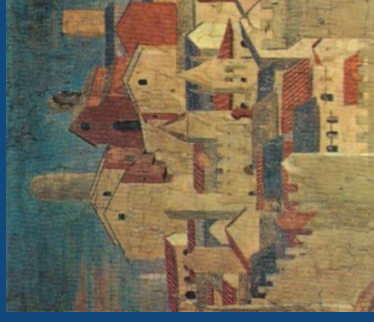


# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line  
[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

**Saggi**

- Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi (a proposito del caso CIR-Fininvest), di Giuseppe Vettori ... p. 279
- Gli ossimori del civilista, di Giovanni Passagnoli ..... p. 294
- La condizione di erede beneficiario come eccezione rilevabile d'ufficio: l'opinione del civilista, di Stefano Pagliantini ..... p. 300

**Materiali e commenti**

- Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia, di Federico Della Negra ..... p. 309
- La protezione dell'*investitore* nel quadro dei più recenti interventi comunitari: la proposta di direttiva MiFID2 e il regolamento Emir, di Serena Meucci ..... p. 321
- La creazione razionale dell'alea nei derivati *otc* e la nullità dello *swap* per vizio di causa, di Daniele Imbruglia ..... p. 332

**Attualità**

- La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice, di Giuseppe Vettori ..... p. 351
- La responsabilità del medico nell'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi (L. 189/2012), di Chiara Sartoris ..... p. 358
- La direttiva 2011/24/UE sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un diritto alla salute europeo?, di Alessandro Errante Parrino ..... p. 379
- Legge di riforma del condominio: il possibile conflitto di competenze tra stato e regioni nella disciplina del distacco del condomino dall'impianto di riscaldamento centrale, di Valentina Alvirgini ..... p. 385

*Persona e Mercato* è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:** Giuseppe Vettori

**Comitato di direzione:** Emanuela Navaretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

**Comitato dei revisori:** Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Cappallo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Mangeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zuccho.

**Segreteria:** P.zza San Marco 5,

50121 Firenze.

**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it)

**Info:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Federico Della Negra; Daniele Imbruglia; Serena Meucci; Chiara Sartoris; Alessandro Errante Parrino; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Giuseppe Vettori.

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

all'esclusiva competenza statale, con totale preclusione di un intervento legislativo per le Regioni<sup>11</sup>. Esiste infine un terzo orientamento giurisprudenziale secondo il quale in materia di «ordinamento civile» sussisterebbe un rapporto Stato-Regioni di «leale collaborazione»<sup>12</sup>.

Nonostante i buoni argomenti sui quali si fondano le tesi più permissive, deve essere riconosciuta prevalenza alla tutela del principio di eguaglianza, quale valore primario, e pertanto l'«ordinamento civile» deve essere qualificato come materia di esclusiva competenza statale.

Dopo la riforma del 2001, infatti, la Consulta sembra avere abbracciato la nozione di «ordinamento civile» non come limite al diritto privato regionale, ma come «materia», che dunque circoscrive la sfera di competenza legislativa dello Stato.

Del resto il giudice costituzionale ha già in passato evidenziato che «la regolamentazione dei rapporti privatistici attiene all'esclusiva competenza dello Stato, giacché ad essa sottostanno esigenze di unità e di eguaglianza, che possono essere salvaguardate solo se esclusivamente all'ente esponenziale dell'intera collettività nazionale è riconosciuto il potere di emanare norme in proposito» (sentenza n. 154/1972, punto 5)<sup>13</sup>.

Secondo altra parte della dottrina non sarebbe il principio di eguaglianza il parametro che permette di distinguere gli ambiti di competenza legislativa statale da quelli di competenza regionale, ma piuttosto l'interesse pubblico, a tutela del quale verrebbe riconosciuta potestà legislativa esclusiva allo Stato in taluni settori<sup>14</sup>.

La stessa Corte Costituzionale ha chiarito, in una propria pronuncia, che «I limiti della competenza regionale ... vanno ricercati, più che nella natura delle norme da emanare, nelle finalità per cui l'Ente Regione è stato creato. E poiché non è da dubitare che il decentramento regionale è in funzione del soddisfacimento di interessi pubblici, le finalità

che la Regione deve perseguire qualificano la competenza legislativa attribuitale ... Conseguo che le leggi regionali non possono disciplinare rapporti nascenti dall'attività privata rivolta alla terra, quale bene economico, sia nella fase organizzativa, che in quella produttiva; rapporti che devono essere regolati dal codice civile»<sup>15</sup>.

È pertanto evidente che, vuoi nel rispetto dell'interesse pubblico, vuoi per tutelare il principio di eguaglianza, l'«ordinamento civile» e quindi anche la disciplina del condominio degli edifici, che in esso rientra, debbano essere regolati con legge statale.

A tal stregua sembra necessario riconoscere che la legislazione regionale non possa impedire o vietare ai singoli condomini di dotarsi di impianto di riscaldamento autonomo, distaccandosi dall'impianto condominiale, qualora vengano soddisfatte le condizioni previste dal nuovo art. 1118 c.c.

Le eventuali leggi regionali confliggenti con la legge di riforma del condominio degli edifici dovranno pertanto essere considerate illegittime per contrasto con l'art. 117 Cost. e dunque per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

<sup>11</sup> C. cost., 18.3.2005, n. 106; C. cost., 28.4.2006, n. 173, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>12</sup> C. cost., 16.6.2005, n. 234; C. cost., 19.7.2005, n. 285; C. cost., 19.12.2006, n. 422, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); v. anche FLORENZANO, *Le Società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008, p. 147; LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, cit., p. 181 ss.

<sup>13</sup> C. cost., 27.7.1972, n. 154, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1570 ss.; v. anche CABIDDU e GABRIELE (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Milano, 2008, p. 149. Sul punto, tuttavia, cfr. i rilievi critici di ADDIS, *Fonti legali della proprietà privata e decentramento normativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 30 ss.

<sup>14</sup> CHIOLA, *Regioni e Ordinamento civile. Materia o limite?*, 2006, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>15</sup> C. Cost., 2.7.1956, n. 7, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).



In passato la Consulta si è ripetutamente trovata ad affrontare questioni di costituzionalità riguardanti il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di condominio di edifici ed in tutti i casi affrontati il Giudice costituzionale ha ribadito che tale materia rientra nell'«ordinamento civile» e deve essere disciplinata unicamente con legge statale.

Nel 2007 la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale gli artt. 2, 1° e 3° co., della legge della Regione Marche 9.12.2005, n. 28, che istituiva un registro degli amministratori di condominio, per violazione dell'art. 117 Cost., poiché l'individuazione delle figure professionali e l'istituzione di nuovi albi rientrano nella competenza esclusiva dello Stato<sup>5</sup>. La Corte aveva affrontato un caso simile nel 2005, quando aveva dichiarato incostituzionale la legge della Regione Abruzzo 19.11.2003, n. 17, nella parte in cui istituiva il registro regionale degli amministratori<sup>6</sup>.

Analogamente, nel 2008 la Consulta ha affrontato una questione di incompatibilità di una legge regionale con la normativa statale in materia di condominio: con sentenza n. 369 del 2008 la Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 45, 4° co., della legge della Regione Lombardia 16.7.2007, n. 15, nella parte in cui condizionava all'approvazione dell'assemblea condominiale lo svolgimento dell'attività di bed & breakfast in appartamenti situati in edifici condominiali.

Anche in questo caso, il Giudice costituzionale ha ravvisato una violazione, perpetrata dal legislatore regionale, dell'art. 117, 2° co., lett. f), Cost.<sup>7</sup>. Dal punto di vista formale, nei casi sopra affrontati, si può senza meno ravvisare una violazione da parte del legislatore regionale del riparto di competenze legislative Stato-Regioni così come definito dall'art. 117 Cost.

Tuttavia parte della dottrina sostiene che, ancorché la necessità di riferirsi alla competenza esclusiva

con la dottrina, a cura di Ruperto, IV, Milano, 2009, p. 1575.  
<sup>5</sup> C. Cost., 2.3.2007, n. 57, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1325 ss.; e in *Giur. cost.*, 2007, p. 2 ss.; v. CELESTE e TERZAGO, *Il Condominio. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008, p. 130; v. anche CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, Milano, 2008, p. 192; ONIDA e TANDAZZO (a cura di), *Viva vox constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2007*, Milano, 2008, p. 184.  
<sup>6</sup> C. Cost., 20.9.2005, n. 355, in *Giur. cost.*, 2005, p. 5 ss.; in *Riv. giur. edit.*, 2005, I, p. 1785 ss.; e in *Giur. it.*, 2006, p. 899 ss.; v. anche AMAGLIANI, *L'amministratore, in Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro e Morello, III, *Condominio negli edifici e comunione*, a cura di Basile, Milano, 2012, pp. 335-336.  
<sup>7</sup> C. Cost., 14.11.2008, n. 369, cit.; v. DEGRASSI e FRANCESCHELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 487.

dello Stato nella materia «ordinamento civile» sia da ricondurre all'esigenza di tutelare in modo eguale in tutto il paese medesime fattispecie di diritto privato, nel rispetto del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., in realtà in alcuni casi la legislazione regionale si rivela più avanzata rispetto a quella statale e può offrire una miglior tutela dei diritti della persona<sup>8</sup>.

La normativa regionale potrebbe dunque, secondo tale dottrina, in alcuni casi, «integrare la legislazione statale, chiarendone il senso, elevando la qualità del trattamento... potrebbe correggerne le storture e le ambiguità. Ma l'intervento potrebbe avere anche lo scopo opposto».

In buona sostanza, pertanto, consentire alle Regioni di adottare leggi volte ad esplicitare o integrare una norma statale, adottata in una materia di esclusiva competenza dello Stato quale l'«ordinamento civile», potrebbe comportare una «moltiplicazione degli istituti privatistici» e dunque determinare una disparità di trattamento in situazioni equivalenti, in sprezzo al principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

La stessa Corte costituzionale, in realtà, ha chiarito che «la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza»<sup>9</sup>.

Nella giurisprudenza costituzionale si possono in realtà individuare tre distinti orientamenti con riguardo al rapporto tra «ordinamento civile» e legge regionale.

Secondo un primo orientamento l'«ordinamento civile» costituirebbe un titolo di legittimazione trasversale all'intervento dello Stato, che consentirebbe alla legge statale di disciplinare gli aspetti civili-stici dei rapporti giuridici, riconoscendo altresì in capo alle Regioni una competenza residuale<sup>10</sup>.

Secondo altro orientamento l'«ordinamento civile» sarebbe qualificabile come «materia» riservata

<sup>8</sup> AIPA, *op. loc. cit.*

<sup>9</sup> C. Cost., 6.11.2001, n. 352, punto 6.3, in *Foro it.*, 2002, I, c. 638 ss.; e in *Regioni*, 2002, p. 579 ss., con nota di LAMARQUE, *Aspettando il nuovo art. 117 cost.: l'ultima pronuncia della Corte costituzionale sul limite del diritto privato della legislazione regionale*; v. anche C. Cost., 24.10.2001, n. 342, in *Regioni*, 2002, p. 558 ss., con nota di CONSULICH, *De immortaliatae (argentariae) animae*, ovvero della (inramontabile?) natura creditizia delle fondazioni di origine bancaria, da Bolzano a Palermo, v. DEGRASSI e FRANCESCHELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 467.  
<sup>10</sup> C. Cost., 29.9.2003, nn. 300 e 301; C. Cost., 28.7.2004, n. 282; C. Cost., 1.2.2006, n. 29; C. Cost., 16.6.2005, n. 232, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).



Legge di riforma del condominio: il possibile conflitto di competenze tra Stato e Regioni nella disciplina del distacco del condominio dall'impianto di riscaldamento centrale (Valentina Alvirgini)

Orbene tale legge regionale, posta a tutela del risparmio energetico e della qualità dell'aria, risulta legittimata dal D.Lgs. n. 192/2005, che all'art. 17 prevede la cosiddetta «clausola di cedevolezza»<sup>2</sup> ed in particolare che le norme del decreto summenzionato si applichino a tutte le Regioni e provincie autonome che non abbiano ancora provveduto al recepimento della Direttiva 2002/91/CE e fino all'entrata in vigore della normativa di attuazione regionale o delle provincie autonome; il Decreto impone anche l'obbligo a carico delle Regioni, nell'adottare le norme di attuazione, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ad i principi fondamentali desumibili dal Decreto stesso e dalla Direttiva europea n. 91/2002.

Tale legge regionale, tuttavia, si pone in contrasto con quanto previsto a livello nazionale dalla nuova legge che disciplina il condominio degli edifici; la normativa della Regione Piemonte sembra infatti escludere che i singoli condomini possano dotarsi di impianto di riscaldamento autonomo, poiché ciò determinerebbe un conflitto con la disciplina di settore in materia di prestazioni energetiche degli edifici. Pare dunque profilarsi una violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, così come previsto dall'art. 117, 2° co., della nostra Costituzione, che, alla lett. f), prevede espressamente che spetti allo Stato la competenza esclusiva a legiferare nella materia denominata «ordinamento civile»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vedi anche «Chiarimenti in merito alla disciplina in materia di distacco dell'impianto centralizzato di riscaldamento» della Regione Piemonte, del 27.2.2013, Prot. 3310/DB10.00, p. 3; secondo quanto ivi evidenziato, la Regione Piemonte avrebbe «in un'ottica di maggiore salvaguardia della qualità dell'aria e del miglioramento delle prestazioni energetiche degli edifici piemontesi ... ritenuto di vietare gli interventi finalizzati alla trasformazione di impianti termici centralizzati in impianti con generazione di calore separata per singola unità abitativa». La Regione ha poi chiarito che: «le novità apportate dalla L. 220/2012, in materia di distacco dell'impianto termico centralizzato, non sono suscettibili di apportare alcuna modifica, deroga o sostituzione al descritto quadro normativo predisposto dal legislatore regionale nell'esercizio dei pertinenti poteri di disciplina e nella sfera di materia di propria spettanza» (p. 5), con ciò escludendo che la legge regionale esistente e confliggente con la nuova normativa nazionale che disciplina il condominio possa essere qualificata come incostituzionale. Analogo ragionamento era stato fatto dalla Regione Emilia Romagna, nella comunicazione della Giunta del 13.5.2013, PG.2013.0116541, in relazione alla DAL 156/08, che offriva la disciplina in materia di rendimento energetico degli edifici.

<sup>3</sup> Per un riferimento alla letteratura più recente cfr. GHERA, *Ordinamento civile e autonomia regionale: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1180 ss.; ALPA, *Ordinamento civile e diritto privato re-*

Partendo da tale assunto, dunque, si dovrebbe escludere che le Regioni possano derogare a quanto previsto dalla normativa statale che disciplina il condominio degli edifici.

In più occasioni la Corte costituzionale ha chiarito che «la regolamentazione statale, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. f) Cost., pone un limite diretto a evitare che la norma regionale incida su un principio di ordinamento civile» ed ancora che «l'esigenza di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che, nell'ambito dell'ordinamento civile, disciplinano i rapporti giuridici tra privati deve ritenersi un'esplicazione del principio costituzionale di eguaglianza»<sup>4</sup>.

*giornale. Un aggiornamento sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Vita not.*, 2009, p. 1279 ss.; BRUNETTI, *Le avventure del diritto privato regionale: nuovi spragli per l'ordinamento civile?*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4792 ss.; LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, in *Regioni*, 2007, p. 181 ss.

<sup>4</sup> C. cost., 14.11.2008, n. 369, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 276; vedi anche C. cost., 1.4.1998, n. 82, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1745 ss., con nota di DALFINO, *La successione nei debiti progressi delle Unità sanitarie locali*; in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1487 ss.; e in *Giur. cost.*, 1998, p. 772 ss., con nota di VITUCCI, *Interessi moratori e legge regionale*; ed ancora C. cost., 24.7.1996, n. 307, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 987 ss., con nota di SCALERA, *Regioni a statuto speciale e iscrizione nell'albo delle imprese artigiane (art. 13, comma 6, legge n. 443 del 1985)*; e in *Regioni*, 1997, p. 156 ss., con nota di VITALI, *Iscrizione all'albo delle imprese artigiane e privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c.: problemi interpretativi della legge-quadro sull'artigianato*), in cui si legge «Questa Corte ha, in proposito, più volte chiarito che il limite alla competenza regionale in relazione al diritto privato si basa sull'esigenza che sia assicurata su tutto il territorio nazionale una uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra soggetti privati, trattandosi di rapporti legati allo svolgimento delle libertà giuridicamente garantite ai predetti soggetti ed al correlativo requisito costituzionale del godimento di tale libertà in condizioni di formale eguaglianza»; C. cost., 26.10.1995, n. 462, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3585; C. Cost. (ord.), 23.6.2000, n. 243, *ivi*, 2000, p. 1837 ss.; e in *Riv. giur. edit.*, 2000, I, p. 1019 ss., con nota di LAMARQUE, *Questione manifestamente infondata o legge regionale (probabilmente) incostituzionale per violazione del limite del diritto privato?*, nella quale viene specificato che il limite che la potestà legislativa regionale incontra nel diritto privato si fonda «sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati»; *Turrisno, Diritto e Diritti*, Milano, 2010, p. 487, sul punto IZZO, in *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata*

## VALIDITA', RESPONSABILITA' E CUMULO DEI RIMEDI. A PROPOSITO DEL CASO CIR-FININVEST.

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. La sentenza di primo grado. - 3. La sentenza della Corte di Appello di Milano. - 4. Le reazioni dottrinarie. - 5. La sentenza della Corte di Cassazione. - 6. Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie. - 7. La cumulabilità dei rimedi nel sistema interno e comunitario e il diritto ad un rimedio efficiente. - 8. Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica amministrazione. - 9. La tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido. Responsabilità precontrattuale, contrattuale ex lege o aquiliana. - 10. Cumulo dei rimedi e danni endo-familiari.**

### 1. Il caso

Un caso giudiziario risolto di recente dalla Corte di cassazione<sup>1</sup> ha segnato la storia finanziaria e politica degli ultimi venti anni ed ha posto all'attenzione dei giudici un problema che ha diviso il pensiero giuridico sul ruolo del contratto e dell'illiceito, della fattispecie e dei contegni, della validità e della responsabilità, si da costituire lo specchio di un tempo, dominato da una complessità sociale e giuridica, alla ricerca di un nuovo ordine negli istituti fondamentali del diritto dei privati.

Al centro di tutto sta la rilevanza di un comportamento illecito nella fase precedente un contratto concluso e non impugnato dalla parte che ha ritenuto di essere stata danneggiata. Vediamolo da vicino. La fattispecie è riassunta nella sentenza di legittimità. Si richiama un primo accordo (Formenton-Cir del 21 dicembre 1988) che aveva attribuito alla Cir il controllo del gruppo Mondatori e la successiva decisione della famiglia Formenton di trasferire, in violazione del patto, alla Fininvest le stesse azio-

ni. Da ciò scaturirono varie iniziative cautelari e Cir attivò la clausola arbitrale contenuta nel primo accordo. Il Collegio accettò l'obbligo dei Formenton di stipulare il contratto definitivo, ma il lodo fu impugnato e la Corte di Appello di Roma annullò la decisione degli arbitri e con essa tutte le pattuizioni relative alle azioni. Proposto il ricorso per Cassazione le parti iniziarono trattative per comporre la lite, spinte anche dalle forze politiche del tempo. L'accordo fu raggiunto (il 29 aprile 1991) dividendo i media di proprietà della società contesa: Espresso e Repubblica alla Cir, il gruppo Mondatori alla Fininvest. Il contenuto economico di tale transazione fu riferito da Cir ricordando che Fininvest, prima del lodo, era arrivata ad offrire, come conguaglio, sino a 400 miliardi, mentre invece dopo l'annullamento di tale decisione fu Cir a dover versare alla controparte, sempre come conguaglio, la somma di 365 miliardi «in conseguenza dell'indebolimento della propria posizione contrattuale dovuto proprio a quella pronunzia giudiziaria»<sup>2</sup>. Infine la Corte di Appello di Milano accertò che un giudice della Corte di Appello di Roma era

Note:

<sup>1</sup> Cass., sez. III, 26 giugno 2013, n. 21255.

<sup>2</sup> Cass. 26 giugno 2013, cit. 9-10.



stato corrotto e lo condannò assieme ai corruttori.<sup>3</sup> Da qui l'azione di danni promossa da Cir.<sup>4</sup>

## 2. La sentenza di primo grado

Il Tribunale di Milano<sup>5</sup> decise, nel primo grado di giudizio, che la corruzione del giudice Metta aveva influito in modo rilevante sulla sentenza di annullamento del lodo perché il fatto illecito aveva determinato un contenuto della transazione ben diverso da quello che le parti avrebbero programmato in assenza della corruzione.

Ritene che la lite iniziata da CIR davanti al Tribunale di Milano, ai sensi dell'art. 2043 c.c. era diversa da quella oggetto della transazione, sicché non poteva essere invocato il giudicato della Corte di Appello di Roma che aveva deciso sulla impugnazione del lodo. Né poteva essere preclusiva dell'azione di responsabilità aquiliana la validità o efficacia del contratto di transazione che era stato concluso a seguito della decisione della Corte di Appello di Roma. Non era, infine, decorso alcun termine di prescrizione, perché CIR si era costituita parte civile nei processi penali promossi contro chi aveva agito per conto del gruppo Fininvest.

Come si è osservato esattamente la sentenza risentiva della recente evoluzione giurisprudenziale che aveva ritenuto possibile esperire l'azione acqui-

<sup>3</sup> Silvio Berlusconi fu assolto per prescrizione del reato.

<sup>4</sup> V. sul punto G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extraccontrattuale per indebitamento di posizione negoziale*, in *Resp.civ.prev.* 9, 2011, 1807 ss. «La transazione poneva così fine alla complessa e combattuta lite intercorsa. Successivamente venne accertato che uno dei membri della Corte di Appello di Roma che aveva annullato il lodo Pratis era stato corrotto. Di tale fatto, obiettivamente gravissimo, anzi abominevole, si è occupato il giudice penale che ha condannato il corrotto e il corruttore. CIR come abbiamo detto, aveva abbandonato il ricorso per cassazione nei confronti della sentenza della Corte di Appello di Roma preferendo la soluzione transattiva. Scoperta la corruzione del giudice Metta, CIR da un lato aveva evitato di coltivare la via della revocazione della sentenza della Corte di Appello romana e dall'altro aveva pure evitato di impugnare la transazione. La pietra tombale della transazione, non rimossa, presidiava dunque la "legge" che le parti si erano date. Senonché la difesa di CIR ebbe un'idea tanto geniale quanto giuridicamente ardita di aggirare il macigno della transazione giocando la carta della responsabilità extraccontrattuale».

<sup>5</sup> Si veda il testo in *Resp.civ.prev.*, 2010, 586 con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*; ma v. anche M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Cont. Imp.*, 6, 2009, 1169 ss.

<sup>6</sup> M. FRANZONI, *op. cit.*, 1174 ss.

<sup>7</sup> Cass., n. 19024 del 2005.

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., n. 26724 del 2007 e n. 14056 del 2010.

<sup>9</sup> Le tre osservazioni sono contenute nella motivazione di Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, v. sul punto le osservazioni di M. FRANZONI, *op. cit.*, 1175-1176.

liana per «proteggere una parte(contractuale)verso l'altra» secondo lo schema ipotizzato nell'art. 1440 c.c. che lascia inalterata la validità di un contratto, oggetto di un comportamento in mala fede di una parte, compensando la vittima con un risarcimento pari allo svantaggio subito per effetto del contegno illecito. È noto che l'utilizzo, in via analogica o indiretta, di tale rimedio è stato possibile allorché la Corte di cassazione ha ritenuto, in modo innovativo rispetto al passato che la responsabilità precontrattuale prevista nell'art. 1337 sia esperibile anche in presenza di un contratto già concluso e perfetto<sup>6</sup>. Indirizzò questo<sup>7</sup> confermato poi da sentenze successive<sup>8</sup>.

I passaggi di questo indirizzo sono noti ma è bene ricordarli: «l'art. 1337 c.c. assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto».

Quando «il danno deriva da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto».

Sicché «non vi è motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s'intende, il danno trovi il suo fondamento (non già nell'inadempimento di un'obbligazione derivante dal contratto, ma) nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto»<sup>9</sup>. In tal caso

# LEGGI DI RIFORMA DEL CONDOMINIO: IL POSSIBILE CONFLITTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI NELLA DISCIPLINA DEL DISTACCO DEL CONDOMINIO DALL'IMPIANTO DI RISCALDAMENTO CENTRALE

Di Valentina Alvingini

L'entrata in vigore della nuova disciplina del condominio degli edifici (l. 11/12/2012, n. 220) offre l'occasione per affrontare alcuni interrogativi circa l'esistenza di un potenziale conflitto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di distacco del singolo condominio dall'impianto di riscaldamento centralizzato.

Il nuovo art. 1118, 4° co., c.c., prevede la possibilità per ciascun condominio di distaccarsi dall'impianto di riscaldamento o di condizionamento condominiale, pur mantenendo la proprietà dello stesso (e dunque l'onere di concorrere al pagamento delle spese condominiali di manutenzione straordinaria, di conservazione e di messa a norma dell'impianto), se dal suo distacco non derivano notevoli squilibri di funzionamento o aggravati di spesa per gli altri condomini.

Orbene, la nuova formulazione dell'articolo sopra citato, che nella sostanza codifica quanto già pacificamente riconosciuto dalla costante giurisprudenza (v. tra le altre, Cass., 3-4-2012, n. 5331; 24-7-2007, n. 16365; 30-3-2006, n. 7518 e 25-3-2004, n. 5974), sembra consentire al singolo condominio di

detarsi di un impianto di riscaldamento individuale, pur nel rispetto delle condizioni appena menzionate. Ciò potrebbe vanificare quanto disposto dal D.P.R. 2-4-2009, n. 59, che al contrario, all'art. 4, 9° co., dispone essere «preferibile», negli edifici con più di quattro unità abitative, il mantenimento di impianti termici centralizzati, laddove esistenti, salvo casi di comprovate esigenze tecniche o di forza maggiore. Tale normativa nazionale sembra porsi in conflitto anche con la legge della Regione Piemonte 28-5-2007, n. 13 (recante «Disposizioni in materia di rendimento energetico nell'edilizia»), che prevede, al capo V, art. 19, che gli edifici nuovi e quelli soggetti agli interventi di cui all'art. 2, 2° co., lett. d) ed e) della medesima legge, composti da più di quattro unità abitative, siano dotati di impianto centralizzato di produzione di acqua calda sanitaria e di riscaldamento, nonché di sistemi automatizzati di termoregolazione e contabilizzazione individuale del calore.

dell'impianto centralizzato in caldaie indipendenti «è finalizzata al conseguimento del risparmio energetico, sicché essa consente alla maggioranza dei condomini - escludendo la necessità dell'unanimità - di decidere la dismissione dell'impianto di riscaldamento centralizzato e la sostituzione di esso con impianti autonomi rispondenti alle caratteristiche di legge. Ne consegue che non è più consentito alla minoranza dissidente di mantenere in esercizio il dismesso impianto, risolvendosi una tale eventualità in un dispendio maggiore di energia e non in quello del risparmio perseguito dalla legge».

<sup>1</sup> Cass., 21-11-2008, n. 27822, in *Arch. locazioni*, 2009, p. 146, non solo ha ammesso il distacco del condominio dall'impianto di riscaldamento centralizzato ma ha anche consentito alla maggioranza dei condomini di determinare la dismissione dell'impianto condominiale centralizzato; nella pronuncia il Supremo Collegio afferma che la normativa che regola la trasformazione la

ad autorizzazione preventiva l'assunzione dei costi dell'assistenza sanitaria prestata in un altro Stato membro quando il suo sistema obbligatorio di sicurezza sociale o il suo sistema sanitario nazionale si sarebbe fatto carico dei costi di queste cure, se esse fossero state prestate sul suo territorio».

384

**5.4. Trasparenza nelle informazioni e diritti dei pazienti.**

La direttiva sulle cure transfrontaliere arricchisce i cittadini europei di un nuovo diritto alla salute che è il diritto all'accesso al mercato dei servizi sanitari a spese del proprio servizio sanitario nazionale. In tal modo si offre ai cittadini la possibilità di raccogliere i benefici del mercato unico e agli Stati membri di poter ottimizzare le risorse in questo settore, con un'auspicata riduzione dei costi e un miglioramento della qualità e specializzazione delle cure.

Affinché ciò sia possibile è però necessaria una maggiore informazione e trasparenza sui costi e i prezzi delle prestazioni sanitarie e sulla qualità dei servizi sanitari stessi. Pertanto gli Stati dovranno cooperare in tal senso istituendo dei punti di contatto nazionale<sup>31</sup> e garantire che i prestatori di assistenza sanitaria presenti sul loro territorio rispettino le prescrizioni della direttiva<sup>32</sup>.

Infine la direttiva individua nel riconoscimento e nella tutela dei diritti dei pazienti la condizione indispensabile affinché essi abbiano fiducia nell'assistenza sanitaria transfrontaliera. Non è possibile la circolazione dei pazienti senza che essi siano tutelati nei loro diritti: sicurezza dei pazienti e certezza dei diritti sono due requisiti fondamentali della direttiva.

- Ai pazienti deve essere garantito<sup>33</sup>:
- a) che gli siano fornite informazioni sugli standard qualitativi delle cure;
  - b) che i prestatori di assistenza sanitaria gli forniscano informazioni pertinenti al compimento di una scelta informata;
  - c) che esistano procedure trasparenti per le denunce e mezzi di ricorso nel caso in cui i pazienti subiscano un danno;
  - d) che per le cure prestate esistano sistemi di assicurazione professionale o garanzie o analoghi meccanismi commisurati alla natura e alla portata del rischio;
  - e) la protezione della privacy in ambito medico conformemente alle direttive 95/46 e 2002/58;

<sup>31</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 6.  
<sup>32</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 4.2.  
<sup>33</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 4.2.

- f) il diritto alla cartella clinica e all'accesso ad essa.

**6. Conclusioni.**

La direttiva 2011/24 meriterebbe un'analisi completa del suo contenuto ma ciò comporterebbe una lunga trattazione; si è cercato, in queste poche righe, di indicare alcuni dei punti cardine, in particolare il meccanismo del rimborso delle cure ricevute all'estero che costituisce il motore del sistema che la direttiva vuole razionalizzare e che la Corte di Giustizia ha creato con la sua giurisprudenza.

L'aspetto fondamentale del fenomeno è costituito dalla commistione tra aspetti legati al mercato unico ed all'esplicazione dell'autonomia privata dei pazienti e aspetti legati ai diritti dei pazienti come persone e come cittadini oggetti dei sistemi nazionali di protezione sociale.

Sebbene la direttiva sia prudente nel disciplinare i diritti dei pazienti e obblighi degli Stati è evidente che un'efficace attuazione di essa implicherà un'armonizzazione dei diritti dei pazienti, dei sistemi di tutela di tali diritti, e un confronto sul diritto alla salute come diritto "sociale".

Nell'ordinamento giuridico italiano la salute è stata una delle prerogative fondamentali della persona costituzionalizzata; occorre interrogarsi sul ruolo della persona nel diritto europeo e sullo statuto del diritto alla salute europeo.

Il metodo della libera circolazione dei servizi, che la Corte di Giustizia ha indicato, conferisce ai cittadini-pazienti europei il compito di attivare il sistema e plasmarlo col potere delle proprie scelte individuali; questi soggetti sono privati e dunque di essi dovrà occuparsi il diritto privato europeo.

«il titolo dell'azione risarcitoria fatta valere può fondarsi sull'art. 1440 c.c., così come sull'art. 1337 o sull'art. 2043».

Di questo avviso è stato anche l'estensore della sentenza del Tribunale di Milano nel caso CIR-Fininvest perché, pur senza propendere per una precisa soluzione, la decisione sembra orientarsi verso l'art. 2043 c.c., modellando il danno ingiusto sulla base di tali articoli.

In buona sostanza, secondo il Tribunale di Milano, «tanto l'art. 1440 quanto l'art. 1337 possono essere letti in chiave di protezione dell'esercizio dell'autonomia privata di ciascuna parte, la cui lesione costituisce un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., a prescindere dalle vicende del contratto concluso e dalle regole che gli sono applicabili secondo l'art. 1321 ss. Così la parte che induce l'altra a concludere un contratto, carpandone la buona fede con raggiri causa di un pregiudizio per il *deceptus*, così come la parte che corrompe qualcuno per conseguire un risultato contrattuale che altrimenti non avrebbe ottenuto, commette un fatto illecito fonte di danno».<sup>10</sup>

**3. La sentenza della Corte di Appello di Milano**

La Corte di Appello di Milano con un'articolata motivazione ha respinto l'eccezione di Fininvest sull'effetto tombale della transazione conclusa il 29 aprile 1991 e ha ribadito che «il contenuto della transazione era relativo a rapporti contrattuali inter-

<sup>10</sup> Così M. FRANZONI, *op. cit.*, 1176. È solo il caso di ricordare che la sentenza di primo grado, una volta accertata la responsabilità, liquidò il danno sulla base dei seguenti parametri e criteri: la posizione di CIR nei confronti di Fininvest era stata indebolita dalla corruzione del giudice Metta e dalla conseguente sentenza che aveva annullato il lodo favorevole a CIR. Ciò aveva determinato la conclusione della transazione a condizioni diverse da quelle che sarebbero state sottoscritte in assenza del fatto illecito. Il danno fu stimato in Euro 284.051.294,49. Le spese di lite (per Euro 8.207.892,77) dovevano essere imputate a Fininvest. La sconfitta di CIR aveva prodotto un danno all'immagine che venne calcolato in Euro 20.658.276,00. La somma così realizzata rivalutata e con l'aggiunta degli interessi sfiorava i 900 milioni di Euro, ma il giudice ritenne di dover limitare il danno alla perdita di chance di contrattare in modo libero e privo di condizionamenti illeciti e l'importo fu ridotto del 20%. A ciò si doveva aggiungere il danno non patrimoniale, da liquidare in separata sede su richiesta dell'attore, che il Tribunale ritenne dovuto per la violazione del diritto costituzionalmente garantito ad avere un giudice terzo ed imparziale (art. 24 e 111 Cost.) e la lesione dell'onore e reputazione della CIR.

correnti fra le parti, mentre l'oggetto del giudizio riguardava pretese di CIR aventi natura extraccontrattuale basate sulla corruzione del giudice Metta». Sicché «non poteva essere condiviso il riferimento di Fininvest all'art. 1972 c.c. (transazione su titolo nullo: è nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo...), in quanto nel caso di specie non era addotta alcuna invalidità riferita ad un contratto illecito, ma si agiva ai sensi dell'art. 2043 c.c.»<sup>11</sup>

La Corte ha precisato che «uno stesso accadimento può configurare, ad un tempo, illecito contrattuale ed extraccontrattuale, addirittura con relativo concorso delle pretese»<sup>12</sup>.

Sul nesso di causalità fra la corruzione del giudice e il danno lamentato da CIR, la Corte ha ritenuto che la presenza di un giudice corrotto rende di per sé *tamquam non esset* la sentenza collegiale ed ha accettato, comunque in fatto, che il giudice Metta aveva condizionato la determinazione degli altri due componenti. Da ciò si trae che «il danno sofferto da CIR era conseguenza immediata e diretta della corruzione perché 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 condizione di forza e non nella condizione di debolezza nella quale si trovava».

La Corte ha considerato errata la conclusione del Tribunale che aveva espresso un dubbio su quale sarebbe stata la sentenza in assenza della corruzione e aveva pertanto liquidato il danno come perdita di una *chance* di ottenere una sentenza favorevole. Ciò perché l'applicazione del criterio di accertamento del nesso causale (basato sul parametro del «più probabile che non» v. Cass. n. 2119/2007) «rendeva ampiamente provata l'esistenza di un nesso di causalità immediato, diretto e non interrotto fra la corruzione del giudice Metta e l'annullamento del lodo». Da qui la conclusione che «la corruzione 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»<sup>13</sup>.

Sempre sul nesso di causalità la Corte ha esaminato anche l'incidenza che la corruzione ebbe sulla rinunzia al ricorso per Cassazione di CIR contro la sentenza «comprata». Ciò perché la controparte aveva exceptio che la Cassazione avrebbe potuto annullare la sentenza. Si è reputato così che la rinunzia al ricorso fu conseguenza «doverosa e inevitabile

<sup>11</sup> V. il testo in G. IUDICA, *op. cit.*, 1809 ss. e in [www.giuffrè.it/riwise/resp](http://www.giuffrè.it/riwise/resp).  
<sup>12</sup> Si citano: Cass., Sez. Un., 2001 n. 99, Cass. 2000 n. 6356; Cass. 1995 n. 2577; Cass. 2005 n. 27713.  
<sup>13</sup> G. IUDICA, *op. cit.*, 1814.





della transazione» che «non poteva essere ritardata neppure per pochi mesi», stante anche le pressioni politiche che «erano diventate concretamente irrisolvibili».

Sulla scelta di CIR di non chiedere la revocazione della sentenza della Corte di Appello di Roma e la conseguente invalidità della transazione (ai sensi degli artt. 1972, 1973, 1974, 1975) la Corte ha osservato che «la revocazione della pronuncia della Corte di Appello non costituisce né logicamente, né giuridicamente, il presupposto necessario o una condizione di procedibilità per l'azione risarcitoria proposta da CIR» la quale ha legittimamente scelto di agire ai sensi dell'art. 2043 cc. e di richiedere «il danno da interesse positivo determinato da deteriori condizioni economiche della transazione» determinate dal fatto illecito riferibile a Fininvest. Un danno che «comunque lo si voglia descrivere nella fenomenologia degli eventi (indebolimento della posizione negoziale), non costituisce certo una inedita ipotesi di responsabilità; ci si trova viceversa dinanzi ad una lineare richiesta di risarcimento che troverà di seguito la sua quantificazione».

La Corte ha accertato dunque la responsabilità di Fininvest e liquidato il danno, anche a seguito di una CTU, in modo di poco inferiore a quello fissato dal giudice di primo grado.

#### 4. Le reazioni dottrinarie

Un'autorevole nota di commento reputa errata la sentenza della Corte di Appello di Milano per una pluralità di motivi. Si lamenta che si siano trascurati gli effetti preclusivi della transazione rispetto all'azione aquiliana, si imputa di aver ricostruito in modo inesatto il nesso causale fra corruzione del giudice e collegialità della sentenza, ma soprattutto si considera inammissibile l'inedito danno da interesse positivo determinato da indebolimento della posizione negoziale.<sup>14</sup> Su questa ultima critica, che più interessa il nostro tema, occorre soffermarsi.

La figura si reputa peculiare per una serie di considerazioni. La posizione indebolita (di CIR), si osserva, «non è che la posizione di forza o di debolezza di una parte nell'ambito di una trattativa conclusasi con la stipulazione di un contratto. E tanto la disciplina del contratto e della responsabilità contrattuale, quanto la disciplina della responsabilità precontrattuale, contemplano e riconoscono sì la rilevanza della «debolezza» di una parte rispetto all'altra, ma non sempre e comunque bensì entro precisi limiti». Basta pensare alle figure dei vizi del consenso e alla

responsabilità precontrattuale che limita il danno all'interesse negativo (spese ed occasioni perdute e non l'utilità che può derivare dal contratto).

Tale indicazione sistemica sembra, all'autore della critica, superato dalla sentenza della Corte milanese per una serie di motivi precisi che inducono a respingere le conclusioni dei Giudici di Appello.

In primo luogo si osserva che «il riconoscimento della posizione di debolezza negoziale alla stregua di una situazione soggettiva qualificata ai sensi dell'art. 2043 c.c. sembra incompatibile con la tipicità e la ratio stessa dei rimedi conoscitivi». Siamo anzi al cospetto, si afferma, «di un uso libertino e disinvolto, oltre che tecnicamente non corretto, della responsabilità civile, impiegata proprio per aggirare quei limiti che il legislatore ha posto alla tutela delle situazioni di debolezza contrattuale». Si precisa poi che «la Corte si astiene dal delineare i tratti costitutivi di questa nuova fattispecie di danno ingiusto che sotto l'egida rassicurante di un'affermata linearità pretende di introdurre nell'ordinamento». Sicché non sarebbero chiariti «la misura, la soglia di rilevanza, la natura, il carattere dell'indebolimento che consentirebbero di qualificare come ingiusto il danno, cioè meritevole in se stesso di essere risarcito in via aquiliana in quanto costituente lesione di una situazione soggettiva qualificata». Ne sarebbe una riprova la mancanza nella sentenza di una specifica trattazione della ingiustizia del danno in questione.

La nota termina con un fermo monito «C'è da augurarsi, per la tenuta stessa dell'ordinamento dei rapporti contrattuali, che questa decisione milanese resti un infortunio isolato e che non sia presa a modello dalla giurisprudenza a venire, sia di merito che di legittimità».<sup>15</sup>

Su tutto ciò le opinioni sono diverse. Una parte della dottrina critica la tendenza giurisprudenziale che considera esperibile un'azione di responsabilità per la presenza di un fatto illecito verificatosi nella fase precedente un contratto che sia poi validamente concluso. Non solo.

Le sentenze recenti<sup>16</sup> sono sottoposte ad una critica di sistema che giustificherebbe, secondo taluni, l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione sui «modi di concretizzazione della clausola generale»<sup>17</sup>. Secondo tale teoria l'obbligo di informazione

<sup>15</sup> G. IUDICA, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> Cass., n. 19024 del 2005, n. 26724 del 2007, n. 3773 del 2009, n. 14056 del 2010.

<sup>17</sup> V. E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido. L'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 9, 2011, c. 1987; Id., *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 12, 2010, 1155 ss; ed altresì G. D'AMICO, *Regole di vali-*

ne europea del welfare state, il diritto alla salute è un diritto sociale, per cui lo Stato assume su di se l'onere di prestare l'assistenza sanitaria ai propri cittadini, sopportandone in tutto o in parte i costi che vengono trasferiti sulla collettività attraverso il prelievo fiscale.

I soggetti del mercato non sono meri privati che operano attraverso i tradizionali strumenti contrattuali ma soggetti sia pubblici che privati che operano attraverso sovvenzioni pubbliche, somministrate attraverso strumenti negoziali di varia natura, sicché spesso il paziente fruitore delle prestazioni gratuitamente o a seguito di un contributo minimo, mentre la maggior parte del costo è coperta dal sistema di tutela, pubblico o assicurativo che sia.

Seppur tenendo conto di queste peculiarità, la Corte di Giustizia<sup>23</sup> è intervenuta sulla materia stabilendo che i sistemi di autorizzazione finalizzati al rimborso delle spese sanitarie sostenute in un altro stato membro costituiscono delle limitazioni alla libera circolazione dei servizi sanitari stessi, a meno che siano giustificati da motivi di interesse generale.

La direttiva fa proprie quelle istituzioni e prevede un vero e proprio diritto al rimborso delle spese sostenute per le cure transfrontaliere, creando in tal modo un nuovo diritto alla salute europeo. Tuttavia questo diritto esige una regolamentazione puntuale in quanto gli Stati devono tenere sotto controllo la spesa sanitaria; inoltre l'erogazione del rimborso a spese dei contribuenti esige un controllo pubblico sui soggetti eroganti i servizi sanitari stessi che dovranno assicurare degli standard qualitativi e di sicurezza adeguati.

La direttiva delinea un sistema di regole idonee a consentire e potenziare la circolazione dei pazienti nel mercato dei servizi sanitari, tentando di «pervenire a una più generale, nonché efficace, applicazione dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia»<sup>24</sup>, e offrendo «ai cittadini dell'Unione chiarezza sui loro diritti allorché si spostano da uno Stato membro all'altro, per assicurare la certezza del diritto»<sup>25</sup>.

#### 5.3. Struttura della direttiva: il diritto al rimborso.

Analizzare puntualmente le disposizioni della direttiva e le relative implicazioni esulerebbe dallo scopo di questo contributo, pertanto mi limiterò ad indicarne sinteticamente alcuni aspetti che offrano un'idea essenziale del suo funzionamento.

<sup>23</sup> V. la giurisprudenza citata nelle note 12-13-14.

<sup>24</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 8.

<sup>25</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 9.

La direttiva intende «agevolare l'accesso ad un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e di qualità (...) nel pieno rispetto delle competenze nazionali relative all'organizzazione e alla prestazione dell'assistenza sanitaria»<sup>26</sup>.

Per realizzare quest'obiettivo l'art. 7.1. della direttiva prevede che lo Stato membro di affiliazione del paziente «assicura che i costi sostenuti da una persona assicurata che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera siano rimborsati, se l'assistenza sanitaria in questione è compresa tra le prestazioni cui la persona assicurata ha diritto nello Stato membro di affiliazione»<sup>28</sup>.

La direttiva non impone agli Stati l'ampliamento delle prestazioni sanitarie a cui i loro cittadini hanno diritto ma che, laddove una prestazione sia stata inserita tra quelle assicurate, essi sostengano quei costi anche per prestazioni erogate a livello transfrontaliero.

Ai sensi dell'art. 7.4 l'obbligo di rimborso dovrà essere adempiuto «in misura corrispondente ai costi che il sistema avrebbe coperto se tale assistenza sanitaria fosse stata prestata nello Stato membro di affiliazione, senza che tale copertura superi il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta»<sup>29</sup>. Dunque nessun maggior costo per gli Stati rispetto a quello che avrebbero coperto se la prestazione fosse stata erogata presso una struttura nazionale.

Nonostante ciò agli Stati restano dei poteri di controllo che si sostanziano nella possibilità di sottoporre ad autorizzazione preventiva il suddetto rimborso; tuttavia tale possibilità viene circoscritta a specifiche ipotesi previste nell'art. 8 che individua le ragioni che possono consentire il controllo autorizzativo dello Stato di affiliazione e i criteri ai quali esso è subordinato<sup>30</sup>.

Ad ogni modo, secondo l'art. 7.8, la regola generale resta il diritto al rimborso non subordinato ad alcuna autorizzazione e l'art. 8 ne costituisce un'eccezione; sul punto illuminante è il considerando n. 38, secondo il quale «come regola generale, lo Stato membro di affiliazione non dovrebbe subordinare

<sup>26</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 1.

<sup>27</sup> Che è «lo Stato membro competente a concedere alla persona assicurata un'autorizzazione preventiva a ricevere cure adeguate al di fuori dello Stato membro di residenza». Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 3, lett. c).

<sup>28</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 7.1.

<sup>29</sup> Direttiva 2011/24/UE, cit., art. 7.4; v. anche considerando n. 13.

<sup>30</sup> Si rimanda alla lettura dell'art. 8, per i tali indicazioni che sviluppano in maniera organica la giurisprudenza con la quale la Corte di Giustizia ha individuato i c.d. motivi di interesse generale che consentono di ostacolare la libera circolazione dei servizi; si vedano le sentenze citate nella nota 14.





la conseguente espansione della competenza dell'Unione.

L'idea iniziale era di disciplinare la materia inserendola nella direttiva sui servizi<sup>15</sup> ma a seguito dei problemi nella ratifica della Costituzione Europea e per la sua delicatezza si optò per una disciplina separata. La parte dedicata alle cure transfrontaliere fu stralciata e il Consiglio formulò le Conclusioni sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea, contenenti la "dichiarazione sui valori e principi comuni"<sup>16</sup>, che dovevano costituire i presupposti per l'avvio di un dibattito istituzionale sul tema, ad essa seguita la Comunicazione della Commissione riguardante l'azione comune sui servizi sanitari<sup>17</sup> ed il libro bianco "Un impegno comune per la salute"<sup>18</sup>, che condusse alla proposta di direttiva della Commissione del 2008, confluita nella Direttiva 2011/24/UE del Parlamento e del Consiglio, del 9 marzo 2011, "concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera"<sup>19</sup>.

La direttiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, "concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera", consultabile in <http://ec.europa.eu>.

Case C-158/96, Kohll v Union des caisses de maladie, cit.; Case C-120/95, Decker v Caisse de maladie des employés privés, cit.

15 Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, "relativa ai servizi nel mercato interno".

16 Conclusioni dell'Unione Europea, cit.

17 Comunicazione della Commissione "Consultazione riguardante l'azione comune sui servizi sanitari" (SEC(2006) 1195/4 del 26.9.2006).

18 Libro bianco della Commissione dal titolo "Un impegno comune per la salute. Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013", cit.

19 Direttiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, "concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera"; consultabile in <http://ec.europa.eu>.

20 Case C-158/96, Kohll v Union des caisses de maladie, cit.; Case C-120/95, Decker v Caisse de maladie des employés privés, cit.

21 V. sopra nt 12-13-14.

22 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

23 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

24 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

25 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

26 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

27 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

28 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

29 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

30 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

31 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

32 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

33 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

34 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

35 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

36 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

37 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

38 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

39 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

40 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

41 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

42 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

43 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

44 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

45 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

46 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

47 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

48 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

49 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

50 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

51 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

52 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

53 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

54 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

55 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

56 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

57 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

58 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

59 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

60 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

61 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

62 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

63 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

64 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

65 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

66 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

67 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

68 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

69 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

70 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

71 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

72 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

73 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

74 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

75 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

76 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

77 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

78 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

79 Direttiva 2011/24/UE, cit., considerando n. 2.

### 5.1. Il fenomeno delle cure transfrontaliere e la base giuridica della direttiva.

La direttiva disciplina il fenomeno delle cure transfrontaliere ovvero la possibilità per i pazienti di spostarsi in altri paesi per ricevere assistenza sanitaria. Tale fenomeno, finora disciplinato dai citati regolamenti sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, riguarda circa l'1% della spesa sanitaria dell'intera Unione e, prevalentemente, è riferibile a zone di confine o a particolari tipi di cure da fruirsi in centri specializzati, oltre che ai lavoratori recatisi presso altri Stati membri con le relative famiglie. L'idea che sia alla base di tale normativa è la cooperazione tra sistemi sanitari, ciascuno operante nel proprio sistema normativo, e non l'integrazione di essi in un unico ordinamento.

Completamente diversa è l'idea alla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>21</sup>, in quanto, costituendo l'assistenza sanitaria un servizio ai sensi dell'art. 56 del TFUE, il corretto riferimento normativo per intervenire in materia di salute e sanità diventa l'art. 26 del TFUE, sul funzionamento del mercato interno<sup>22</sup>.

In quest'ottica il concetto di cure transfrontaliere si dilata fino a comprendere la circolazione non solo dei pazienti ma anche dei prestatori di servizi sanitari, dei prodotti sanitari, degli stessi professionisti sanitari. Se i servizi sanitari costituiscono un mercato non possono che applicarsi le disposizioni europee relative al mercato e alla concorrenza.

Per questi motivi la base giuridica della direttiva, sebbene il primo considerando richiami l'art. 168 TFUE, è costituita dall'art. 114, richiamato dal secondo considerando, in ragione del fatto che "la maggior parte delle disposizioni della direttiva hanno lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone, servizi".

### 5.2. Il mercato e la libera circolazione dei servizi sanitari.

Il paziente, in questo modo, diventa, nel mercato dei servizi sanitari, l'equivalente del consumatore nel mercato dei beni di consumo. Il paziente è il soggetto deputato alla selezione dell'offerta dei servizi sanitari nel mercato unico.

Tuttavia il mercato dei servizi sanitari è un mercato singolare, poiché questi ultimi rientrano tra i servizi di interesse generale e inoltre, nella tradizione

previsto dall'art. 1337 non può oltrepassare i limiti fissati dalle fattispecie legali dell'art. 1338 e dalle norme sui vizi del volere e della rescissione. Ciò perché "la concretizzazione giudiziale del principio di cui alla clausola generale deve rimanere coerente al sistema normativo, pena la rottura della coerenza interna dell'ordinamento giuridico". Né può reputarsi rilevante, si osserva, "sul piano del rapporto che precede la conclusione di un affare, una circostanza che invece, sia sul piano del contenuto negoziale, che su quello dell'adempimento (e dunque del rapporto che segue la stipulazione del contratto) è irrilevante"<sup>18</sup>.

Contro tale posizione si sono formate nel tempo visioni opposte.

Taluna replica che l'art. 1337 attribuisce rilevanza a scortezze non considerate nelle regole di validità, secondo il parametro offerto dall'art. 1440 c.c., altri giustificano l'autonomia delle due disposizioni in base alla differenza disciplinare dell'atto e dei comportamenti soggetti a regole di validità gli uni e di responsabilità gli altri, sicché una pronuncia di compatibilità per un contegno scorretto risulta trattabile con il persistere della validità del contratto che risponde a regole ed esigenze diverse<sup>20</sup>. Ma il dibattito è assai articolato<sup>21</sup>.

La giurisprudenza di legittimità in riferimento a fattispecie emerse nel diritto dei mercati finanziari a tutela degli investitori ha adottato, come si è riferito, un orientamento "a cui intende dare continuità". In base a tale convincimento "la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase ante-

dità e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 245 ss.; Id., Buona fede in contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 351 ss.

18 E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione del contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, cit. 1987.

19 M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e già F. BENATTI, *Colpa in contratto*, in *Contr. impr.*, 1987, 298; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, 68 e ss.

20 G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese*, op. cit., 74,75,78-79,80-81 e in part. 98 e sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità: 124 ss., sull'autonomia dell'art. 1337: 112,114,115 ss., 100 ss.; Id., *Efficacia ed opportunità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 144 ss.; Id., *Consensus traslativo e circolazione dei beni*, *Analisi di un principio*, Milano, 1999, voce *Opponibilità*, in *Enc. Giur.* 1999, 1 ss.

21 Alla sentenza della Corte di Appello, questa *Rivista* ha dedicato nel 2011 un ampio ventaglio di commenti da p. 1059 a p. 1113 con interventi di A. PALMERI, B. TASSONE, L. VASQUES, F. DI CIOMPO, R. SIMONE, P. G. MONATERI, A. NICITA, G. LENER, A. MASTRORILLI.

riore alla conclusione di un qualsiasi rapporto contrattuale espone all'obbligo di risarcire i danni a prescindere dal fatto che il contratto sia poi stato concluso o meno e che la violazione del dovere di buona fede possa o meno aver inciso sulla validità stessa del contratto<sup>22</sup>.

22 Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (est. Rordof). Si può solo ricordare per adesso che pronunciandosi su una richiesta di danni subiti dal sottoscrittore di azioni offerte in base ad un prospetto infedele al vero la Corte precisa quanto segue. Il richiamo della disciplina della responsabilità precontrattuale (ricondata per lo più nel *genus* della responsabilità aquiliana) è scarsamente utile in settori come quello in esame ove «nessuna trattativa è concepibile e l'aderente all'offerta è in grado di determinare la propria scelta contrattuale non già sulla base di un'interlocuzione diretta con la controparte, bensì unicamente alla luce delle informazioni reperibili sul mercato. Ragione per cui la disciplina di settore... già all'epoca dei fatti di causa... poneva a carico dell'offerente l'obbligo di predisporre un prospetto informativo redatto secondo criteri ben determinati, soggetto a controllo da parte dell'autorità di vigilanza e destinato appunto a consentire al pubblico di compiere le proprie scelte d'investimento o disinvestimento in maniera consapevole». «Nulla vieta di ricondurre la violazione dell'obbligo di (corretta) redazione del prospetto ad una più ampia nozione di responsabilità precontrattuale, ove per ciò si intenda qualsiasi responsabilità derivante da comportamenti antigiuridici posti in essere nella fase che precede il perfezionamento di un rapporto contrattuale; ma resta il fatto che si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificatamente allude l'art. 1337, al cui disposto, pertanto è lecito far riferimento, in situazioni come quella in esame, solo nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un'offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari sul mercato». «Ove, quindi, vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura un'ipotesi di violazione del dovere del *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima secondo i principi della responsabilità aquiliana». «La responsabilità non è esclusa dal fatto che il contratto di sottoscrizione delle azioni offerte pubblicamente in vendita o in sottoscrizione sia stato comunque concluso e che, pertanto, le azioni siano state comprate o sottoscritte dal destinatario dell'offerta male informato dal prospetto non correttamente redatto». Sul punto v. ora anche Cass. 26 settembre 2013, n. 22099.



5. La sentenza della Corte di cassazione

La Corte di cassazione<sup>23</sup> ha confermato la decisione della Corte di Appello, ad eccezione del capo relativo al danno non patrimoniale, con una articolazione più interessano la nostra indagine.

Si è respinto il ricorso sull'eccezione di prescrizione ritenendo esatta la sentenza di appello che fa decorrere l'inizio del termine dalla notifica alla CIR (15.12.1999) della richiesta di rinvio a giudizio degli imputati del reato di corruzione in atti giudiziari. Ciò perché solo in tale momento si erano realizzati i «necessari presupposti di sufficiente certezza in ordine agli elementi costitutivi del diritto azionato».

Si è ritenuto che non vi fosse alcuna «preclusione da giudicato conseguente alla mancata impugnazione della sentenza "corrotta" con il rimedio della revocazione», per una pluralità di motivi. In primo luogo perché con la transazione del 29 aprile 1991 le parti avevano risolto tutte le controversie insorte, sicché tale fatto, intervenuto quando ancora la sentenza della Corte di Appello non era passata in giudicato (neanche formale), aveva un effetto preclusivo rispetto «ai diritti ed ai rapporti oggetto dei precedenti accertamenti (arbitrali) e giudiziari in quanto sopravvenuti ad essi e tale da escludere *tout court* l'idoneità ad acquistare autorità di cosa giudicata (non soltanto sostanziale)». In secondo luogo perché «era sopravvenuta la giuridica impossibilità - (i titoli azionari) - di veder accolta l'originaria domanda in sede di giudizio di revocazione». Sicché difettava nel nostro caso l'interesse ad agire in revocazione ed era possibile per il danneggiato dalla sentenza ingiusta esercitare un'autonoma azione risarcitoria in base ai principi costituzionali di effettività della tutela e del giusto processo, su cui occorre soffermarsi, per il particolare interesse della motivazione.

La Corte respinge anche il motivo basato sulla «eccezione di transazione», con cui Fininvest ha sostenuto che esistevano mezzi di impugnazione di tale atto che non erano stati esperiti, sicché la composizione transattiva della lite copriva il dedotto e il deducibile. Nella motivazione si affronta l'interrogativo «sulla funzione della responsabilità civile nella sua moderna dimensione di rimedio generale, ed i suoi rapporti concorrenti e/o alternativi con la sfera della libertà contrattuale» e la sentenza conferma, correggendo parzialmente, la decisione della Corte di Appello.

Il passaggio fondamentale è il seguente. Si reputa che nel caso di specie non «esistano ostacoli di sistema alla proposizione di un'autonoma azione di risarcimento del danno» in presenza della transazione. Per due motivi.

Sotto un primo aspetto perché l'eventuale impugnativa «sarebbe stata destinata ad una pronunzia di rigetto per difetto di interesse... (perché) l'eventuale impugnazione avrebbe condotto ad un risultato non soltanto oggettivamente impossibile (stante la sopravvenuta inesistenza dei titoli azionari scambiati tredici anni prima dell'introduzione della domanda), ma soprattutto radicalmente contrario all'interesse della CIR di veder riconosciuti i propri diritti così come originariamente riconosciuti nel lodo Pratis». Si osserva, peraltro, che in precedenza (Cass. n. 20260 del 2006) si era ritenuto che il contraente vittima del dolo dell'altro può esperire la richiesta di risarcimento ex art. 2043 c.c., anche «senza proporre contemporaneamente domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.».

Sotto un secondo aspetto reputa la Corte che l'autonomia della azione risarcitoria deve essere affermata anche in presenza di un contratto concluso e valido. Ciò tenendo conto del principio oggi espresso nell'art. 30 del codice del processo amministrativo, ma anche di ulteriori considerazioni.

Si esclude che in tal modo sia possibile una riscrittura dei contenuti economici del contratto «attraverso il ricorso indebito alla responsabilità civile» per un motivo chiaro. Tale considerazione risente di una obsoleta concezione del contratto giustificata da un'astratta funzione economico-sociale, quando invece occorre considerare lo «specifico negozio oggetto di esame in sede di giudizio»<sup>24</sup>. Si ritiene che oramai nel nuovo diritto dei contratti è ammessa un'azione di risarcimento del danno nella fase delle trattative pur in presenza di un contratto valido o di un'impugnativa in difetto dei presupposti concreti. Su tutto questo si deve dire qualcosa di più.

Sulla buona fede come rimedio risarcitorio la Corte richiama la dottrina e la giurisprudenza di legittimità.<sup>25</sup> Affronta il tema della teoria dei vizi in-

<sup>24</sup> V. sulla causa concreta Cass. n. 29672 del 2008 e da ultimo V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 4, 957 ss. v. anche M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2, 2009, 273 ss.  
<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007 e G. VETTORI, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.contr.*, 2008, ora in *Id. Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss.

dinare le politiche degli Stati membri guardandosi bene dall'oltrepassare le competenze spettanti ad essi. Pertanto il tramo della politica comunitaria, anche nella tutela della salute, è stato il mercato unico.

L'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori richiedeva che fosse loro prestata assistenza sanitaria in altri Stati e così si è sviluppato il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, prima, con il regolamento 1408/71<sup>10</sup>, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità; successivamente, con il regolamento 883/04<sup>11</sup>, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, che ha inglobato il primo.

Questi regolamenti fanno sì che i cittadini europei, che si spostano in altri Stati per svolgere prestazioni lavorative o per brevi soggiorni turistici, possano ricevere assistenza sanitaria come se fossero soggetti di quel sistema di protezione sociale; i costi per l'assistenza saranno, però, rifusi dallo Stato di origine del paziente. Inoltre, previa autorizzazione è possibile programmare delle cure in un altro Stato a spese del proprio sistema sanitario nazionale.

Come dice il nome del regolamento 883/04 si tratta di un mero coordinamento dei sistemi nazionali che non implica per gli Stati oneri economici né giuridici di grande rilievo.

4. La libera circolazione dei servizi sanitari.

Tale approccio, legato al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, è stato, però, sconvolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che con sentenze del 1998, Kohl<sup>12</sup> e Decker<sup>13</sup>, ha creato un sistema parallelo per l'accesso alle cure in altri paesi dell'Unione.

Il sig. Kohl e il sig. Decker, cittadini lussemburghesi, si erano spostati in Germania per acquistare, rispettivamente, un apparecchio orto-dentistico e delle lenti da vista, beni la cui fornitura era coperta dal servizio sanitario lussemburghese; quest'ultimo si era rifiutato di rimborsare queste spese, sostenendo che avrebbero dovuto essere previamente autorizzate. La C.G. ritenne che tali prestazioni fossero

<sup>10</sup> Regolamento (CEE) n. 1408/71 del 14 giugno 1971, del Consiglio, «relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità».

<sup>11</sup> Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, «relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale».

<sup>12</sup> Cass. C-158/96, Kohl v Union des caisses de maladie, [1998] ECR I-1931.

<sup>13</sup> Cass. C-120/95, Decker v Caisse de maladie des employés privés, [1998] ECR I-1831.

oggetto della disciplina sulla libera circolazione di beni e servizi, di cui all'art. 56 TFUE, e che subordinarne il rimborso a previa autorizzazione costituisce un ostacolo ingiustificato a tale libertà, incompatibile col diritto comunitario, in quanto fungeva da deterrente alla ricezione del servizio in uno stato diverso da quello di affiliazione. Solo «ragioni superiori di interesse generale» avrebbero potuto giustificare limitazioni alla libera circolazione dei servizi e dei pazienti, basate sui criteri oggettivi e non discriminatori, previamente disposti e soggetti ad un test di proporzionalità rispetto agli interessi tutelati.

Con queste decisioni la C.G. inaugurava un sistema alternativo a quello dei regolamenti sulla sicurezza sociale; un sistema che conduce la salute e le prestazioni sanitarie nell'ambito delle quattro libertà fondamentali e nel diritto del mercato unico.

Su questa scia vari casi<sup>14</sup> sono stati decisi dalla C.G., la quale ha applicato la disciplina sulla circolazione dei servizi ad ogni tipologia di prestazione sanitaria, prescindendo dall'erogazione in strutture pubbliche o private e dal fatto che fossero prestate gratuitamente (cioè a spese del servizio sanitario dello Stato di provenienza) o a spese totali o parziali del paziente.

In via giurisprudenziale la C.G. ha elaborato un vero e proprio sistema di accesso alle cure transfrontaliere, fondato sul diritto dei cittadini di scegliere i prestatori di assistenza sanitaria all'interno del mercato unico e sulla libertà dei prestatori di svolgere la loro attività nei confronti di tutti gli utenti potenziali di quel mercato.

Il sistema che ne è risultato è molto complesso e frammentato ed ha scatenato un dibattito presso le Istituzioni politiche europee e presso gli Stati membri. Ad essi si sono poste due alternative che sono state contemplate: ordinare il sistema nato con la giurisprudenza Kohl&Decker per ottimizzarne i risultati e renderlo maggiormente fruibile ai cittadini dell'Unione; circoscriverlo, riabilitando i poteri degli Stati (soprattutto autorizzativi), per evitare che possano lievitare i costi e la portata applicativa con

<sup>14</sup> Case C-368/98, Vanbraekel and others v Alliance nationale des mutualités chrétiennes, [2001] ECR I-5363; Case C-157/99, Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds and Peerboms v Stichting CZ Groep Zorgverzekering, [2001] ECR I-547; Case C-385/99, Müller-Fauré v Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekering and van Riet v Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekering, [2003] ECR I-4509; Case C-56/01, Inizan v Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, [2003] ECR I-12403; Case C-372/04, The Queen ex parte Wats v Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health, [2006] ECR I-4325.

<sup>23</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.





complessivo stato psico-fisico e dinamico-relazionale<sup>5</sup>.

Oltre ciò la salute è stata oggetto di un impegno positivo dello Stato che, con l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, si è fatto carico direttamente degli oneri necessari *"alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio"*<sup>6</sup>.

In altri termini la salute dei cittadini europei non può che rivestire un ruolo fondamentale nel divenire del progetto europeo: sia per esigenze economiche, legate alla necessità di riuscire a sostenerne i costi, che per esigenze di giustizia e coesione sociale, poiché il diritto ad essere curati è divenuto un corollario del diritto fondamentale alla salute; assicurare la realizzazione effettiva nell'ordinamento europeo potrebbe rappresentare un primo passo verso un Europa dei diritti, meno rivolta al mercato e più attenta alla persona.

## 2. La salute nelle fonti del diritto europeo.

Sulla base del principio delle competenze di attribuzione, l'Unione Europea può agire soltanto nei settori in cui ciò sia contemplato dai trattati e soltanto per gli obiettivi che i trattati stessi indicano<sup>7</sup>.

La *"tutela e il miglioramento della salute umana"* rientrano tra le competenze c.d. del "terzo tipo" ovvero, quelle in cui l'Unione *"svolge azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza"*<sup>8</sup>, come risulta dall'art. 6 lett. a) dello stesso TFUE.

Tuttavia il ruolo della salute nelle politiche ed azioni europee non può essere relegato alla sola politica sanitaria, poiché sono le stesse disposizioni di applicazione generale, di cui al titolo II dello stesso TFUE, a prevedere che, nell'attuazione di esse, l'Unione debba garantire un'elevata tutela della salute umana<sup>9</sup>.

Una specificazione dell'importanza di tale tutela si ha con riferimento alla politica sociale di cui al

<sup>5</sup> Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. It.*, 1975, I, 54; Trib. Genova, 20 ottobre 1975, in *Giur. It.*, 1976, I, 443; Corte cost., sent. 14 luglio 1986, n. 184; Corte cost., sent. 27 ottobre 1994, n. 372.

<sup>6</sup> L. 23 dicembre 1978, n. 833: "Istituzione del servizio sanitario nazionale".

<sup>7</sup> L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2010, p. 356.

<sup>8</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 5, del TFUE.  
<sup>9</sup> Art. 9 TFUE.

titolo X del TFUE; l'art. 153 lett. a) prevede che l'Unione sostenga e completi l'azione degli Stati per *"il miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori"*.

Allo stesso modo il titolo XV, protezione dei consumatori, all'art. 169 inserisce la tutela della salute dei consumatori tra le finalità dell'azione dell'Unione in tale materia.

Infine il titolo XX, all'art. 191, statuisce che, nell'attuazione della politica in materia ambientale, l'Unione debba perseguire la protezione della salute umana.

Le ultime disposizioni citate specificano quanto il TFUE prevede in termini generali nel titolo XIV dedicato alla sanità pubblica; infatti il primo comma dell'art. 168 espone il principio conosciuto come HIAP, ovvero *Health in all policies*:

*"Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana"*.

Malgrado emerga vigorosamente l'importanza della tutela della salute nell'ordinamento europeo, l'azione dell'Unione in tale materia appare relegata al completamento e coordinamento delle politiche nazionali. Ciò emerge con chiarezza dal proseguito dell'art. 168 che fa riferimento alla prevenzione delle malattie e dei grandi flagelli, alla sorveglianza sulle minacce di carattere transfrontaliero; alla prevenzione circa l'uso di sostanze stupefacenti; al miglioramento della complementarità dei servizi nelle zone transfrontaliere.

Il rigido riparto di competenze tra Unione e Stati membri si palesa nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea relativo alla protezione della salute. Tale disposizione nel prevedere il diritto di ogni persona *"di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche"* ne ha subordinato la realizzazione al fatto che ciò possa avvenire *"alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali"*.

In altri termini viene confermato il riparto di competenze previsto dal TFUE secondo il quale spetta agli Stati l'organizzazione della prestazione dei servizi di assistenza sanitaria mentre l'Unione può solo esercitare poteri di completamento e coordinamento.

## 3. Il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Coerentemente alle disposizioni enunciate nel paragrafo precedente si è sviluppata l'azione delle istituzioni comunitarie che si sono limitate a coor-

completi e le critiche mosse in dottrina ad un uso incontrollabile del rinvio giurisdizionale del difetto della libertà contrattuale, lesa da un fatto diverso da quelli tipicamente indicati nel codice civile. Fininvest aveva osservato che in tal modo sarebbe possibile un controllo del contenuto contrattuale al di là della specifica previsioni normative in virtù della clausola generale di buona fede di difficile concretizzazione. Né sarebbe possibile utilizzare, sempre secondo tale tesi, la responsabilità aquiliana come *"cerotto universale"* di qualsiasi insoddisfazione equitativa<sup>10</sup> perché le ipotesi di invalidità assorbirebbero ogni valutazione diversa da quella indicata nelle diverse fattispecie. La Corte replica a tale argomentazione aderendo ad un'impostazione dottrina che reputa la responsabilità aquiliana (2043 c.c.) e pre-contrattuale (1337 c.c.) espressiva della *"dimensione funzionale del rapporto"* autonoma rispetto alla struttura negoziale. Come si è osservato le regole di comportamento precedono e seguono la vicenda negoziale che è arricchita nella sua più intima essenza da doveri di che trovano la loro fonte nel sistema della responsabilità contrattuale, pre-contrattuale e, se del caso, extracontrattuale. Sicché queste tutele<sup>11</sup> pur in presenza di un contratto valido, non sono necessariamente destinate a *"compen-*

sare" eventuali lacune di sistema delle regole di validità, ma appaiono funzionali a governare secondo buona fede i differenti aspetti della complessa vicenda interpersonale... operando (nella diversa e più ampia) logica del rapporto e (della complessità della fattispecie). Un rimedio di questo tipo, secondo la Corte, non è in contrasto con le esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici per un motivo chiaro. La slealtà che *"altera i presupposti della trattativa precontrattuale attraverso la commissione di un illecito penale"* non può non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa. Non solo.

La sentenza si sofferma sul principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto *"ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato"*.

Il che significa riconoscere la *"facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionario"*, in forza di *"un itinerario di pensiero"* indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 Conv. eur. umani (v. Corte di Giustizia a partire dal caso Johnston del 1986), e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Le quali tutte indicano non solo un diritto di *"accesso al*

giudizio" ma *"un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela"*<sup>12</sup>.

La buona fede nella trattativa insomma instaura, secondo questa visione, *"un'ipotesi peculiare di momento relazionale avente ad oggetto la reciproca pretesa a che quella fase non sia inquinata da comportamenti sleali"*, con il conseguente ricorso, in caso di violazione, al risarcimento dei danni.

Da qui la Corte trae il convincimento, confermato dall'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa<sup>13</sup>, che la pretesa della CIR, ricollegata alla violazione della buona fede, debba trovare tutela con un rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità della transazione conclusa e conferma l'inquadramento di tale azione nell'area della responsabilità aquiliana di cui si individuano, nella specie, gli elementi costitutivi<sup>14</sup>.

## 6. Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie

La rilevanza del tema induce a chiedersi se la decisione sia pericolosa *"per la tenuta stessa dell'ordinamento dei rapporti contrattuali"*<sup>15</sup> o se, invece, sia coerente con un ordine che si sta manifestando nella disciplina dell'illecito e del contratto.

<sup>10</sup> L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guisa di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c. (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

<sup>11</sup> L'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa *"pur esprimendo un principio di settore"* ha confermato *"l'inspersione del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio"*.

<sup>12</sup> Nel modo seguente: *"il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali) da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievole condizioni) in costanza di doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebitamento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)"*.

<sup>13</sup> G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebitamento della posizione negoziale*, cit. 1819.



Per motivare la mia piena adesione a questa seconda conclusione è necessario affrontare diversi aspetti. Dalla tipicità delle azioni di validità e di responsabilità, alla possibilità di un cumulo dei rimedi nel sistema nazionale e comunitario nell'ordinamento interno e comunitario, al rilievo dell'illecito (*fraus omnia corrumpit e neminem laedere*) in funzione correttiva del contratto. Iniziamo dal primo<sup>30</sup>.

Le sentenze come si è visto, con diverso rigore e profondità, utilizzano in pieno le clausole generali (buona fede e danno ingiusto), potenziano l'azione risarcitoria (ai sensi dell'art. 2043 e 1337) e sono alla ricerca di una compiuta disciplina positiva del rimedio. Le obiezioni sono chiare.

La disciplina del contratto e della responsabilità precontrattuale riconoscono la rilevanza della "debolezza" di una parte entro precisi limiti e non si può identificare in tale posizione una situazione soggettiva tutelata dall'art. 2043 e 1337 perché ciò sarebbe incompatibile con la tipicità e con la *ratio* stessa dei rimedi conosciuti. Di più. Saremo in presenza di un uso disinvolto della responsabilità civile, impegnata per aggirare i limiti che il legislatore ha posto alla libertà di contrarre.

Tali osservazioni, comprensibili guardando al passato, non tengono conto della pluralità di forme di valutazione del contratto che si manifestano, oggi, sotto vari profili.

Si consideri intanto che il rapporto fra illecito e contratto è da sempre al centro della riflessione teorica e pratica. In Francia nell'applicare l'art. 1382 del *code civil* si ammette il cumulo delle azioni di responsabilità ogni volta che si ravvisa la violazione di un rapporto obbligatorio. Il codice tedesco condiziona la responsabilità aquiliana alla violazione di un diritto (§ 823), ma le ipotesi di violazione di una situazione soggettiva aumentano progressivamente, anche perché si riconosce (§ 826) una responsabilità in presenza di norme di protezione e la progressiva equiparazione del dolo alla *culpa lata* espande le ipotesi di applicazione. Il codice civile italiano non segue né l'una né l'altra ipotesi, ma prevede la clausola generale del danno ingiusto lasciando alla giurisprudenza la sua concretizzazione. La casistica i-

<sup>30</sup> Sul punto v. ora il limpido saggio di A. DI MAIO, *Girustia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur.dir.priv.*, 2013, 3, 787 ss.; e con una visione diversa affatto A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 5, 1105. Sulla possibilità di mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione v. ora Cass. (ord.) del 4 luglio 2013 con cui si rimette gli atti al Primo Presidente della Corte segnalando un contrasto fra le varie sezioni della Corte.

nizia sin dagli anni sessanta. La sentenza annotata da Rodolfo Sacco<sup>31</sup>, proprio nel 1960, ammetteva il concorso fra responsabilità contrattuale ed aquiliana, in un caso di informazioni inesatte fornite da un terzo. Negli anni Ottanta Francesco Galgano<sup>32</sup>, in dialogo con la giurisprudenza del tempo, poneva in luce come la responsabilità extracontrattuale era, già allora entro certi limiti, un'azione a protezione del contratto.

La seconda obiezione fa leva sulla mancata coerenza del sistema. L'esercizio di un'azione di danni in presenza di una trattativa o nella fase ancora precedente non si giustifica, si osserva, perché si reputa rilevante "sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che investe la fase di adempimento. Ciò si reputa illogico, perché il criterio della responsabilità dovrebbe essere sempre coerente alla fattispecie che rappresenta il limite delle sue possibilità funzionali».

Mi sembra agevole replicare che non esiste un condizionamento reciproco fra struttura e funzione. Questa consapevolezza risulta già chiara dagli studi di Norberto Bobbio negli anni Settanta<sup>33</sup>, ove le due visioni del diritto sono valorizzate come interdipendenti e complementari, sicché l'interprete deve tener conto dell'una e dell'altra.

D'altra parte la dottrina civilistica aveva subito colto questa diversità. Proprio in quegli anni si prende atto che la fattispecie e la sua disciplina non possono essere definite solo in base agli effetti da cui andrebbero desunti tutti gli estremi del fatto<sup>34</sup>, ciò per un motivo chiaro. In tal modo si tende a risolvere sul piano degli effetti un problema che può essere affrontato solo riflettendo «sulla pluralità di valutazioni che la norma sollecita nei confronti di uno stesso negozio», la cui unità si frammenta «in una serie di prospettive diverse, a seconda che si consideri la formazione dell'accordo, la sua giustificazione causale, gli effetti od il suo rilievo esteri-

<sup>31</sup> Corte d'Appello di Palermo, 11 giugno 1959, in *Il Foro Padano*, 1960, 1420 con nota di R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043* V. anche nello stesso anno P. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, I, 336 ss.

<sup>32</sup> F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Con.imp.*, 1985, I ss.; per una visione diversa C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv.dir.priv.*, 1989, I, 539 ss.

<sup>33</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Prefazione di M.G. Losano, Roma-Bari, 2007, e in particolare il saggio (del 1969) *La funzione promozionale del diritto*, 3 ss.

<sup>34</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 62 ss. G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 50 ss.

## LA DIRETTIVA 2011/24/UE SUI DIRITTI DEI PAZIENTI RELATIVI ALL'ASSISTENZA SANITARIA TRANSFRONTALIERA. VERSO UN DIRITTO ALLA SALUTE EUROPEO?\*

Di Alessandro Errante Parrino

**SOMMARIO: Introduzione: salute e coesione sociale. – 2. La salute nelle fonti del diritto europeo. – 3. Il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. – 4. La libera circolazione dei servizi sanitari. – 5. La direttiva sui diritti dei pazienti nelle cure transfrontaliere. – 5.1. Il fenomeno delle cure transfrontaliere e la base giuridica della direttiva. – 5.2. Il mercato e la libera circolazione dei servizi sanitari. – 5.3. Struttura della direttiva: il diritto al rimborso. – 5.4. Trasparenza nelle informazioni e diritti dei pazienti. – 6. Conclusioni**

### 1. Introduzione: salute e coesione sociale

In un momento storico tanto travagliato per gli Stati europei, e per l'intero mondo occidentale<sup>1</sup>, sono molteplici gli interrogativi che emergono sulla sostenibilità economica del modello sociale europeo.

Se, da una parte, una maggiore coesione sociale tra gli Stati membri appare l'unica soluzione in grado di consentire un rilancio dell'Unione stessa, dall'altra, le recenti politiche di austerità hanno provocato una sostanziale contrazione nella spesa degli Stati per la prestazione di servizi volti alla realizzazione dei diritti dei cittadini.

La spesa sanitaria costituisce uno dei capitoli più onerosi per i bilanci nazionali e il dibattito politico è attento alla possibilità di razionalizzare tale spesa rimuovendo gli sprechi che ottimizzando l'organizzazione delle risorse e l'erogazione dei servizi.

\* Il presente scritto riproduce l'intervento al convegno "Diritti e Coesione Sociale. I diversi modelli di giustizia sociale nell'Unione Europea", tenutosi a Firenze 18 maggio 2013.

<sup>1</sup> P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Persona e merc.*, 2011, 4, 245.

Nelle politiche dell'Unione Europea essa non costituisce un semplice costo, in quanto la stessa Commissione considera la spesa sanitaria un investimento, dato che "una popolazione in buona salute è anche una condizione essenziale per la produttività e la prosperità economica"<sup>2</sup>; secondo il Consiglio i sistemi sanitari costituiscono "uno degli elementi essenziali dell'alto livello di protezione sociale dell'Europa e contribuiscono notevolmente alla coesione e giustizia sociali"<sup>3</sup>.

La salute è importante per il benessere dei singoli e della società, essa va tutelata "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"<sup>4</sup>.

Il diritto dei privati ha contribuito alla tutela di tale diritto fondamentale che ha rappresentato un presidio per la protezione della persona nel suo

<sup>2</sup> Libro bianco della Commissione dal titolo "Un impegno comune per la salute: Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013" (COM (2007) 630).

<sup>3</sup> Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione Europea, del 22 giugno 2006, (2006/C 146/01); in <http://ec.europa.eu/>.

<sup>4</sup> Art. 32 Costituzione.





Così strutturato, il sistema francese della responsabilità medica costituisce senz'altro un valido modello di riferimento, se non altro per il fatto che esso sembra aver dato effettiva risposta alle esigenze individuate dalla dottrina: ossia, la necessità di un intervento normativo che da un lato non frustrasse gli obiettivi della ricerca medica con sanzioni eccessive, obbligando i sanitari ad atteggiamenti di medicina difensiva, e dall'altro che garantisse l'efficace e integrale riparazione dei danni.

L'impressione è che tanto il modello francese quanto i disegni di legge italiani ispirati al primo propongano soluzioni volte, principalmente, a dare una risposta al problema della medicina difensiva. Se l'intento è liberare il medico dall'esigenza di difendersi dal rischio di esposizioni risarcitorie, la strada della traslazione dei danni dai professionisti alle strutture consente sicuramente di realizzare l'obiettivo. In particolare, l'introduzione dei meccanismi dell'assicurazione obbligatoria consentirebbe di raggiungere consistenti vantaggi: i pazienti si vedrebbero garantita una riparazione più sicura e rapida, mentre i medici subirebbero una minor commissione del loro prestigio sociale in virtù della spersonalizzazione della vicenda risarcitoria.<sup>83</sup>

Al tempo stesso, tuttavia, l'impostazione seguita dalle attuali proposte di legge lascia qualche perplessità. In primo luogo, si profilerebbe una disparità di trattamento tra il medico dipendente da struttura sanitaria, che sarebbe esente da responsabilità diretta, e il medico libero professionista, che rimarrebbe soggetto alle normali regole della responsabilità civile, nonostante la preziosa svolta sia sempre la medesima. In secondo luogo, si profilerebbe il rischio di una eccessiva deresponsabilizzazione della categoria medica, anche perché i progetti di riforma prevedono quasi tutti la possibilità di esperire azioni disciplinari nei confronti dei professionisti solo in caso di dolo e colpa grave.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Di tali vantaggi è testimone il modello adottato dai Paesi Scandinavi, dove l'assicurazione obbligatoria è stata introdotta proprio come strumento di tutela per le grosse difficoltà incontrate nel riconoscimento di congrui risarcimenti da parte dei pazienti danneggiati. Tali assicurazioni mirano ad ottenere risarcimenti congrui attraverso un'essata valutazione delle conseguenze dovute alle azioni dannose dei medici, a snellire la procedura risarcitoria - rendendola più semplice, veloce e meno costosa - nonché ad alleviare il carico di lavoro dei tribunali evitando inutili contenziosi.

<sup>84</sup> Così R. BREDA, *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 433, a proposito dell'analisi del d.l. n. 108/2001, le cui considerazioni possono valere, *mutatis mutandis*, anche con riguardo alle attuali proposte di legge, che pongono problematiche simili.

Si potrebbe forse suggerire, in conclusione della presente analisi, l'opportunità di un intervento normativo specifico e organico in questo settore, che si prenda in carico il compito di risolvere i suddetti interrogativi, magari prevedendo l'introduzione, accanto alla tutela risarcitoria, di sistemi di controllo dei rischi, in chiave preventiva. È sicuramente ragionevole la posizione di quegli studiosi che propongono di attivare meccanismi di *risk-management*, cioè di monitoraggio sistematico degli errori medici, in modo tale da individuare le cause e prevenirne la ripetizione.<sup>85</sup> In altri termini, si potrebbe suggerire la creazione di un sistema che da un lato garantisca la prevenzione dei rischi al fine di ridurre il tasso in cui ricorrono ipotesi di responsabilità; dall'altro rafforzando la responsabilità della struttura sanitaria, anche attraverso la previsione di un obbligo assicurativo idoneo sia a offrire garanzie risarcitorie al danneggiato che a rispettare le esigenze di bilancio del danneggiante.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Si vedano, in particolare: L. NOCCO, *La gestione del rischio clinico ed il monitoraggio degli errori medici: spunti di riflessione in chiave comparativa*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 444 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità medica a un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 428 ss. Questi autori osservano che il principale limite del modello della responsabilità civile è costituito dal suo intervento *ex post*, poiché, essendo ovviamente finalizzato alla riparazione del danno, esso non può che operare solo dopo il verificarsi di quest'ultimo, mentre la finalità preventiva è perseguita solo indirettamente. Da qui, l'idea di integrare il sistema della responsabilità civile del medico con un meccanismo di monitoraggio degli errori medici, il cui obiettivo sia quello di evitare che questi si verifichino, cosicché non vi sia la necessità del risarcimento.

<sup>86</sup> In tal senso U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004, 183.

no». Di più. Si è dimostrato che la sequenza di atti che disciplinano la conclusione del contratto è deputata dal piano della fattispecie dallo stesso codice civile che utilizza il criterio formale del procedimento, per quella fase essenzialmente dinamica.<sup>35</sup> Non solo.

Assumere il contratto e l'illiceito «come termini alternativi per una valutazione delle situazioni soggettive tutelate», è un errore perché si vede solo merito del fenomeno e non si collegano «tutti i profili valutativi in ordine alla precisazione di un limite alla condotta che può derivare dalla presenza di un contratto».<sup>36</sup> Sul punto la dogmatica ci è di aiuto in modo decisivo.

Ogni «figura di qualificazione giuridica si esaurisce automaticamente in sé e non ha l'efficienza di dar luogo automaticamente a nuove conseguenze giuridiche»<sup>37</sup> e così nel contratto non è dato trovare gli elementi per risolvere un problema di sistemazione che è ad esso estraneo. Può accadere che una preesistente qualificazione giuridica di un atto sia la base per il sorgere di nuove conseguenze, ma in tal caso quel elemento di ordine formale precipita ad elemento di fatto. Ed è ciò che avviene nel nostro caso. «Nella valutazione delle interferenze e dei limiti alla condotta che si verificano per la presenza di un contratto questo non è che una situazione presupposta per il sorgere di nuove ed eventuali conseguenze giuridiche, per la cui realizzazione entrano in gioco altre norme che assumono come elementi di fatto, appunto, la fattispecie e i congegni che in concreto determinano il verificarsi delle interferenze».<sup>38</sup>

Se ciò è esatto la conseguenza che può trarsi è questa.

«Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei congegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronunzia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei congegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità».<sup>39</sup> Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con

<sup>35</sup> G. BENEDETTI, *op. cit.*, 62.

<sup>36</sup> G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, cit., 114.

<sup>37</sup> A.E. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dottrinale nelle figure di qualificazione giuridica, in Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, 390 ss. in part. 391.

<sup>39</sup> G. VETTORI, *op. cit.*, 145.

profili del tutto innovativi, condivisi da una parte della dottrina.<sup>40</sup>

La risarcibilità del «danno da scorrettezza» in «funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto» è stato ritenuto «compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici» perché validità e responsabilità «operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione». Tale azione valuta un comportamento e il giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia, ma corregge, sul piano risarcitorio, il contenuto del contratto e può essere considerato una «trappola nominalistica» o un «eclisse nella conoscenza dei valori»<sup>41</sup> solo da chi è uso a critiche spiacevoli e affrettate. Di più.

Ho ricordato più volte<sup>42</sup> che secondo questo autore tale soluzione avrebbe comportato una riprova della giurisprudenza e del legislatore europeo così forte da giustificare anche sanzioni corporali a carico del povero studioso o giudice che l'avesse affermata. Ebbene vedremo subito che il quadro europeo è in perfetta sintonia con il nuovo rimedio.

#### 7. La cumulabilità dei rimedi nel sistema interno e comunitario e il diritto ad un rimedio efficiente

Uno sguardo ai Principi e alla giurisprudenza comunitaria conferma il quadro che sopra si è ricostruito per la disciplina interna. Basta un rapido cenno.

L'art. 8.102 del PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo

<sup>40</sup> Mi permetto di rinviare solo per una sintesi delle varie opinioni a G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, op.cit. 252 ss., 271 ss.

<sup>41</sup> Così G. VETTORI, negli scritti del 1983, 1988 e 1999 citati alle note 19 e 20 e M. Mantovani, *I vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e già F. Benatti, *Colpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 298.

<sup>42</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt.dir.civ.com.*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, 745.

<sup>43</sup> V. da ultimo G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, 82. La polemica spero sia terminata. Ogni cosa ha la sua fine.

fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto.

La sentenza *Courage*<sup>44</sup> della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario «il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale, in contrasto con l'art. 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni». La risposta è stata netta. «Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione». «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza».

Ancora. Dagli artt. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. «Il titolare del diritto deve (poter contare) mezzi che gli consentano di reagire alla violazione», e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito<sup>45</sup>.

L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta, non solo come «un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale», ma come «diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»<sup>46</sup>.

La costruzione di un rimedio risarcitorio efficiente a partire da tale principio è scanda benissi-

mo, nel dialogo fra dottrina, Corti Supreme e legge, sulla vicenda della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Dalla sentenza 500 del 1999, che amplia la nozione di danno ingiusto sino a comprendere la lesione di un interesse giuridicamente protetto, alla delicatissima questione del rapporto fra tutela demolitoria e risarcitoria in presenza di un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Il conflitto sulla pregiudizialità o meno della eliminazione dell'atto impegna, ai massimi livelli, la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ed è poi affrontata dalla legge nel Codice del processo amministrativo. La sequenza merita di essere ricordata.

## 8. Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica Amministrazione

Le sezioni unite della Cassazione hanno rafforzato, sul piano della tutela, la svolta sulla risarcibilità degli interessi legittimi affermando una regola che va ben oltre quella situazione soggettiva. «Se l'ordinamento protegge una situazione sostanziale, in presenza di condotte che ne implicano o non ne consentono la realizzazione, non può non essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione, assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo». Ai sensi, dunque, degli artt. 24 e 113 Cost. «spetta al loro titolare l'azione e se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio»<sup>47</sup>, arreato da una condotta altrui.

L'autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di protezione della situazione soggettiva». Nel diritto societario l'art. 2377 c.c. limita la impugnativa della delibera assembleare condizionandola al possesso di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale, ma non impedisce il diritto al risarcimento dei danni. Nel diritto del lavoro la giurisprudenza non esclude l'azione di danni quando sia preclusa l'azione di impugnativa del licenziamento.

<sup>47</sup> Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254 e la nota di I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009.

nario deve provvedere alla stipula di un'idea politica di assicurazione commisurata al proprio rischio<sup>74</sup>.

È evidente come anche quest'ultimo disegno di legge tenti di superare la problematica della responsabilità del professionista sanitario aggirando la questione della natura della medesima. Nessuno dei progetti di riforma attualmente in discussione sembra affrontare tale aspetto, né tanto meno offre una soluzione ermeneutica al problematico rinvio all'art. 2043 c.c. contenuto nella Legge Balduzzi. L'impressione è che il legislatore intenda accantonare del tutto la costruzione giurisprudenziale della responsabilità da contatto sociale qualificato, nonché la eventuale restaurazione di un regime di responsabilità aquiliana. L'attenzione si è, invece, spostata su un altro punto di vista: la soluzione proposta è quella a favore della responsabilizzazione della struttura sanitaria, sostanzialmente sul modello dell'esperienza francese<sup>75</sup>, la quale ha dedicato a tali problematiche una normativa specifica.

In Francia la promulgazione della legge 2002-303<sup>76</sup>, confluita nel *Code de la santé publique*, ha rappresentato una prima e concreta risposta alla domanda di certezza proveniente sia dall'utenza interessata che dalle professioni sanitarie<sup>77</sup>. La legge afferma la centralità del ruolo della colpa nel siste-

<sup>74</sup> Tale previsione si pone in linea si continuità con quanto previsto dalla Legge Balduzzi circa la introduzione di un obbligo assicurativo a carico dei professionisti della sanità in modo da proteggere il danneggiato dal rischio di insolvenza del responsabile e da tutelare il patrimonio di quest'ultimo da aggressioni per fini risarcitori.

<sup>75</sup> Questa tendenza sembra essere coerente anche con gli obiettivi della attuale politica comunitaria, che punta ad adottare una Convenzione internazionale volta a dettare regole sulla responsabilità medica condivise da un alto numero di Stati in tutta Europa, e necessarie soprattutto in vista del progressivo aumento delle cure transfrontaliere, conseguenza dell'aumento della mobilità. A questo punta il Consiglio d'Europa, che ha istituito un gruppo di esperti *ad hoc* per monitorare e trovare soluzioni all'incremento di cause in materia di responsabilità medica. Si veda sul punto l'articolo di M. CASTELLANETA, *Colpa medica: il 53 per cento dei ricorsi in Italia liquidati direttamente dai sanitari coinvolti*, in *Guida al diritto*, n. 11, del 12 marzo 2011, p. 14 ss.

<sup>76</sup> Si tratta della legge n. 303 del 4 marzo 2002 (cd. *Loi Kouchner*), la legge «Sui diritti del malato e sulla qualità del sistema sanitario».

<sup>77</sup> Si osserva (v. G. COMANDÉ, G. TURCHETTI (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, 105 ss.) che tale soluzione legislativa ha soddisfatto l'esigenza di un intervento normativo che non frustrasse gli obiettivi della ricerca medica con sanzioni eccessive e sproporzionate, obbligando i sanitari alla medicina difensiva, ma, nel contempo, garantisse l'integrale ed efficace riparazione dei danni.

ma della responsabilità sanitaria che, accanto al rinovato ruolo della solidarietà nazionale<sup>78</sup>, costituisce uno dei pilastri in materia di *accident médical*<sup>79</sup>.

La responsabilità medica in Francia segue due binari. Da un lato, vi è la responsabilità valutabile secondo il diritto privato, applicabile a studi privati, cliniche private e cure private in ospedali: in tal caso, la giurisdizione spetta al giudice civile e la responsabilità sorge in virtù di un rapporto di diritto privato tra il medico libero professionista e il paziente (inteso come cliente del professionista); il paziente-cliente può citare davanti al giudice personalmente il medico e/o la struttura privata in cui è avvenuto il trattamento sanitario<sup>80</sup>. Dall'altro, vi è la responsabilità valutabile secondo il diritto pubblico, applicabile in caso di prestazioni sanitarie rese da ospedali e altre strutture pubbliche: in tale ipotesi, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo e la responsabilità è amministrativa. Infatti, il paziente è visto come utente di un servizio pubblico: egli può citare in giudizio soltanto la struttura, ma non i sanitari, i quali non assumono alcuna responsabilità diretta e personale verso l'utente<sup>81</sup>, e può farlo solo in conseguenza del verificarsi di un «errore colpevole»<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> In sostanza, è il sistema di sicurezza sociale a farsi carico del danno subito dal paziente quando nessuna colpa sia stata commessa durante l'atto o le cure mediche.

<sup>79</sup> Si segnala che, comunque, più di recente, la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* ha introdotto alcune novità, estendendo notevolmente l'area della responsabilità oggettiva, in particolare, a partire dal 1993, tutto il sistema sanitario ospedaliero pubblico è stato collocato nell'ambito della responsabilità senza colpa. Più in generale, si osserva che Paesi come Francia, Germania e Inghilterra hanno optato per un sistema basato sulla responsabilità civile, affiancato ad un sistema *no-fault* per specifiche tipologie di danno, rispetto alle quali è previsto un indennizzo standardizzato, senza la ricerca e l'attribuzione di responsabilità.

<sup>80</sup> Si tratta di una responsabilità contrattuale quale obbligo di mezzi. Tale orientamento è stato inaugurato dall'*arrêt Mercier* del 1936 (Cass. civ., 20-5-36, in *Gaz. Parl.*, 1936, 2-41).

<sup>81</sup> La responsabilità del sanitario può sussistere quando questi abbia commesso un errore particolarmente grave o un reato oppure quando il fatto sia avvenuto senza alcuna attinenza con il servizio.

<sup>82</sup> Il paziente-utente ha 4 anni di tempo per agire in giudizio e ha l'onere di provare l'errore. Il principio è che l'errore è del servizio pubblico che non ha funzionato o ha funzionato male o con ritardo. In ogni caso, l'ordinamento francese prevede un sistema di composizione amichevole del contenzioso in materia di responsabilità medica, a cui è preposto un ente, la Commissione regionale, caratterizzato da terzietà rispetto ai titolari degli interessi in conflitto.





comesso con dolo. In ogni caso, i disegni di legge in commento prevedono sempre l'obbligo del previo esperimento di un tentativo di conciliazione stragiudiziale<sup>69</sup> affidato ad appositi servizi, a pena di improcedibilità della domanda di risarcimento proposta davanti al giudice civile<sup>70</sup>.

Tra i vari disegni di legge in discussione in Parlamento se ne segnala uno in particolare, che forse, più degli altri, mostra di aver compreso la necessità di promuovere una riforma organica dei criteri di accertamento della responsabilità del medico tanto in ambito penale quanto in ambito civile; inoltre, esso tiene conto altresì dell'esigenza di armonizzare tale materia all'ordinamento comunitario in ragione della vigente libera circolazione dei professionisti e dei pazienti<sup>71</sup>.

Si tratta del disegno di legge ad iniziativa del Senatore Bianco e altri, recante "Norme in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità in ambito medico e sanitario". Nella relazione di accompagnamento a tale disegno di legge si prende atto che «*su questa materia non servono interventi settoriali, correzioni di parti, ma è necessario riequilibrare per via legislativa l'intero sistema della responsabilità del medico e dell'esercente la professione sanitaria (...), fermo restando la tutela del diritto dei cittadini dell'esercizio dell'azione penale e civile a fronte della presunzione di un danno subito*».

Pertanto, in ambito penale viene prevista una fattispecie specifica che circoscrive, definendola, l'area dei comportamenti colposi aventi rilievo penale in

<sup>69</sup> A tal riguardo, si ricorda che il d.lgs. n. 28/2010 ha stabilito che dal 21 marzo 2011 chi intende avviare un giudizio in materia di risarcimento del danno da "responsabilità medica" è tenuto a espertare preliminarmente un tentativo di mediazione, pena l'improcedibilità della successiva domanda giudiziale (art. 5). Quanto ai problemi interpretativi e applicativi posti dalla nuova disposizione, si veda F. ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione nelle controversie*, in *Resp. civ.*, 2012, 11, 739 ss.

<sup>70</sup> Altre misure contemplate sono: la istituzione del Garante del Diritto alla Salute con funzioni sia di Difensore civico per le problematiche sanitarie (con poteri ispettivi e di sindacato nei confronti delle strutture sanitarie pubbliche e accreditate) sia di mediatore; la istituzione di un Fondo di solidarietà che operi secondo parametri indennitari, in tempi rapidi e certi, su una predeterminata casistica di sinistri e ai cui risarcimenti si accede su richiesta diretta del cittadino oppure su indicazione del Garante, al termine della procedura obbligatoria di conciliazione (per questi aspetti si veda, in particolare la proposta di legge n. 1581).

<sup>71</sup> Il riferimento è alla Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in GU-Ue n. L. 88 del 4 aprile 2011, p. 54 ss.

caso di morte o di lesioni personali<sup>72</sup>. In ambito civile viene proposta l'introduzione di una disciplina che, integrando con una fattispecie specifica la previsione più generale contenuta nell'art. 2236 c.c., delimiti la colpa in ambito medico alle sole ipotesi di colpa grave come in essa definita<sup>73</sup>, e riequilibri la posizione delle parti soprattutto sotto il profilo probatorio. A tal fine, si prevede l'inserimento nel codice civile dell'art. 2236bis (Responsabilità civile dell'esercente la professione medica o sanitaria), rivolto non solo all'operatore sanitario, ma anche alla struttura sanitaria che suo tramite ha erogato la prestazione.

Nella relazione si legge altresì che «*non sussiste ragione per diversificare i modelli della responsabilità dell'una rispetto a quella dell'altro, considerato il vigente sistema sociale dell'erogazione delle prestazioni sanitarie essenziali*». Pertanto, la responsabilità civile verso terzi per danni a persone occorsi nell'erogazione delle prestazioni in una struttura sanitaria pubblica o privata viene posta a carico della struttura stessa. Quest'ultima ha quindi l'obbligo di dotarsi di copertura assicurativa per responsabilità civile verso terzi e per responsabilità civile verso prestatori d'opera. L'azione risarcitoria può essere rivolta (entro il termine decadenziale di due anni dalla data di consapevolezza del fatto le cui conseguenze hanno comportato un danno psicofisico al paziente) esclusivamente alla struttura. Quest'ultima dispone di azione di rivalsa verso i professionisti (da esercitarsi entro un anno dal risarcimento avvenuto sulla base di un titolo giudiziale divenuto inoppugnabile o di un titolo stragiudiziale stipulato con il soggetto danneggiato), ma solo quando il danno risarcito sia conseguenza della inosservanza delle buone pratiche e delle regole dell'arte ovvero se il fatto lesivo è conseguenza di suo dolo o colpa grave. Al fine di garantire l'efficacia dell'azione di rivalsa, ciascun professionista sa-

<sup>72</sup> Si propone l'introduzione nel codice penale di un art. 590ter (Morte e lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito medico e sanitario), che offra una definizione di colpa: «*la colpa sussiste quando l'azione o l'omissione dell'esercente la professione medica o sanitaria, inosservante delle buone pratiche e delle regole dell'arte, crei un rischio irragionevole ed inescusabile per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento*».

<sup>73</sup> Ai sensi dell'art. 5 del suddetto d.l.: «*Costituiscono colpa grave: a) l'errore determinato da inescusabile negligenza dell'operatore; b) l'imprudenza inosservante delle regole dell'arte, dei regolamenti e delle leggi dalla quale sia derivato un rischio irragionevole e inescusabile per la salute psico-fisica del paziente, rimasta inenotata; c) l'esecuzione di atti preventivi, diagnostici, terapeutici e riabilitativi caratterizzati da grande imperizia e dai quali sia derivata una lesione al paziente*».

L'art. 1440 del codice civile sancisce espressamente la coesistenza di un contratto valido e di un'azione di risarcimento, in presenza di un contegno illecito della controparte. Da ciò si trae la conclusione che «*nei diversi settori dell'ordinamento, sia possibile chiedere il risarcimento senza aver prima ottenuto l'invalidazione dell'atto*». Per un motivo chiaro: «*l'atto annullabile produce provvisoriamente i propri effetti; l'atto nullo, anche se non produce effetti, lascia dietro di sé, in ogni caso, la traccia di un comportamento*»<sup>48</sup>. Illecito che giustifica la reazione dell'ordinamento e legittima un'azione di danni.

Il ragionamento evoca il metodo e l'essenza del saggio di Jering che, alla fine dell'800, fu qualificato come una vera e propria "scoperta giuridica"<sup>49</sup> mossa dall'intuizione che un'adeguata tutela dei contraenti non può prescindere da una valutazione del loro comportamento nella fase antecedente alla conclusione dell'accordo. La costruzione giuridica era scandita da precisi passaggi. L'autore muove dal problema se il soggetto, che è stato causa della nullità, debba risarcire il danno sofferto dall'altro per aver confidato sulla validità del contratto. Nel diritto romano non poteva essere concessa né l'*actio doli* (in assenza di una condotta dolosa) né l'*actio legis aquiliae* (che presupponeva una lesione alla persona o alle cose). La consultazione del Digesto offre al problema una soluzione. Jering trae da alcune fonti l'esperibilità di un *actio ex contractu* anche in presenza di un atto invalido (perché la cosa era extracommerciale). Il motivo di ciò gli è chiara. Il contratto non determina solo un obbligo di adempimento, ma anche l'obbligo di risarcire il danno. La nullità esclude il primo effetto, ma non il secondo che permane e può essere oggetto di un autonomo *actio*. Non solo. Fondamento di tale ulteriore obbligo è la colpa e da qui il nostro autore trae la regola generale. Ogni volta che ricorra una *culpa in contrahendo* sorgerà un obbligo di risarcire il danno. Tale costruzione ha avuto fortuna in ogni ordinamento seppur con contorni diversi. In Italia si pensava, in passato (e non solo), che la clausola generale di buona fede ceda di fronte ad una regola speciale, come l'art. 1338 e alle regole di validità che dovrebbero assorbire ogni altro comportamento scorretto prima del contratto, ma la presenza di specifiche norme che ammettono la coesistenza di un contratto valido e di un obbligo risarcitorio (1440, 1812, 1821, 1892, 1893) smentisce tale rilievo.

<sup>48</sup> I. PAGNI, *op. cit.*

<sup>49</sup> BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur.*; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, 2000, 347; Id., *Correttezza*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 423; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque... "contrattuale"?*, in *Cont. imp.*

La verità è che tale la compatibilità, fra validità e responsabilità, va verificata e disciplinata, volta a volta, nei vari settori dell'ordinamento.

Nel diritto amministrativo dopo la svolta della Cassazione e il conflitto con il Consiglio di Stato si doveva trovare una soluzione capace di «*valutare la reazione che corre tra il diritto all'annullamento dell'atto e il diritto al risarcimento del danno*»<sup>50</sup> in quella particolare materia. Si arriva così all'art. 30 del d.lgs. 20 luglio 2010, n. 104 che regola la coesistenza e l'autonomia dell'azione di danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e precisa che il giudice, nel determinare il risarcimento, «*valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*».

### 9. La tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido. Responsabilità precontrattuale, contrattuale ex lege o aquiliana

I contorni della tutela risarcitoria in presenza di un contratto o di una relazione negoziale richiama in particolare due ipotesi.

*La responsabilità precontrattuale e da contatto sociale*

Se il contegno illecito si verifica nella fase di trattative e di conclusione del contratto siamo nell'ambito di una responsabilità precontrattuale che la giurisprudenza più recente inquadra nell'area contrattuale aderendo all'antica intuizione di Luigi Mengoni<sup>51</sup> o alla più recente discussa figura del

<sup>50</sup> I. PAGNI, *op. cit.*

<sup>51</sup> V. Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Foro it.*, 2012 ove si tratta della domanda di danni conseguenti a una gara in presenza di un comportamento «*lesivo dell'affidamento in una condotta regolare e lecita del convenuto*». In particolare si fa riferimento ad un'ignoranza di una «*causa di invalidità del negozio nota a controparte*» che comunque era tenuta a conoscerla, in una situazione analoga a quella prevista dall'art. 1338 c.c. Pur in assenza del contratto si afferma la responsabilità per «*la violazione dell'obbligo di buona fede applicabile già per il contatto precedente e preparatorio del negozio, derivato tra le parti per effetto del bando e delle attività successive di gara*». Tale violazione secondo la Corte «*non deriva da mero inadempimento contrattuale né è effetto di un torto aquiliano*» ma determina responsabilità perché la parte che ha indetto la gara era in mala fede e ha lesso una posizione soggettiva preesistente nata da un contatto qualificato appunto dalla regola di buona fede.



contatto sociale<sup>52</sup>, la quale, in verità, aleggia in entrambe le ipotesi ed è oggetto di forti critiche<sup>53</sup>.

Si imputa alla giurisprudenza di legittimità dubbia consistenza del ragionamento e si critica il rinvio all'art. 1173 sulle fonti delle obbligazioni osservando che «in nessun luogo dell'ordinamento si parla del contatto» che la Corte di cassazione trarrebbe da un generico rilievo della «coscienza sociale», allineandosi ad una posizione che era emersa nella dottrina tedesca, ma che è stata poi superata dal nuovo § 311 del BGB interpretato, in Germania, dal senso di escludere dai «contratti simili» a quelli dei numeri 1 e 2 della norma l'ipotesi di «contatto sociale semplice»<sup>54</sup>.

Osservo solo che sin dalla prima sentenza della Cassazione la giurisprudenza italiana si è preoccupata di precisare la fonte che consente di trascorrere da una forma di mero contatto di fatto ad una figura dotata di rilevanza giuridica. Ed è bene ricordare che a tal fine non è affatto necessario che esista una norma espressa, ma la rilevanza può trarsi dalla osservazione attenta del sistema<sup>55</sup>. Analisi che si fonda sin dal primo precedente<sup>56</sup> dando rilievo ad un principio da cui si trae, assieme ad altri dati, la giuridicità del rapporto. Il caso di specie trattava di responsabilità medica e il criterio formale era ricavato dall'art. 32 della Costituzione. Negli altri casi la ricognizione specifica della relazione è stata condotta, in modo più o meno rigoroso e condivisibile, su altri elementi giuridici e non di fatto. Fra questi, ai fini del nostro caso è utilizzato quanto disposto dall'art. 1337.

Sul punto è possibile rivendicare una priorità della nostra dottrina che individuò subito una regola efficiente e utile che solo da poco è stata inserita nel

<sup>52</sup> Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648 veduta in *I contratti*, 2012, 4, con nota critica di F. Della Negra. Ma v. anche Cass. 26 aprile 2012, n. 6526 e Cass. 18 aprile 2012, n. 6061.

<sup>53</sup> A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialenkontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. civ.*, 2013, 1, 77 ss.

<sup>54</sup> V. ora sul punto A. DI MAIO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 812 ss.

<sup>55</sup> V. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979 p. 133 ss.

<sup>56</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 «La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c. stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie può annoverarsi il diritto alla salute) che trascendono singole proposizioni legislative».

BGB. Con essa, osservava nel 1957 Luigi Mengoni, si sottrae all'area dell'illecito indifferenziato e dalla sfera del fatto una relazione sociale che è qualificata dal rispetto della buona fede. Si può dubitare che da questo obbligo nasca la prestazione che è richiesta dal nostro art. 1174<sup>57</sup>. Ma su questo la nostra dottrina, in dialogo proficuo con la giurisprudenza, ha dimostrato in modo assai convincente la peculiarità e la piena giuridicità della figura di un obbligo tedesco, ma non può certo chiudere, con una soluzione negativa, un'opera meritoria della nostra giurisprudenza teorica e pratica.

Si tratta certo di precisare i contorni della fattispecie risarcitoria.

Sull'onere della prova sussistono ancora incertezze una volta riconosciuta la natura contrattuale del rapporto. Si osserva che la parte che agisce «ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito», sicché l'attore «ha l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno»<sup>58</sup>. Sembra di capire, e in questo senso il ragionamento sarebbe condivisibile, che il danneggiato debba allegare un inadempimento qualificato dell'altra parte, indicando i fatti da cui si trae la violazione del dovere di buona fede senza necessità di prova dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo. Dovrà provare altresì il danno in concreto subito. Spetterà alla controparte dimostrare che il suo contegno non è stato di mala fede.

Sull'entità del danno da scorrettezza le pronunzie della Cassazione sono chiare sin dal 2005<sup>59</sup>. Si dovrà risarcire il minor vantaggio o la maggiore perdita che è causa del comportamento illecito e ciò si inserisce bene in una nuova dimensione del danno contrattuale che è volto a ricomprendere «tutti gli interessi che in qualche modo, figurano insoddisfatti o lesi a seguito del mancato contratto e/o alla sua

<sup>57</sup> V. E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine dell'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, Milano, 2008, 628 ss., Id., in *Persona e Mercato*, A. DI MAIO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 69 ss., e C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 679 ss.

<sup>58</sup> Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648 cit. p. 237-238.

<sup>59</sup> V. Cass. 20 dicembre 2011, cit.

<sup>60</sup> R. RORDOF, *La patologia del contratto: tra regole di validità e regole di comportamento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Scritti per Adolfo di Majo, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 225.

medica attraverso lo strumento dell'assicurazione obbligatoria delle strutture e dei soggetti in esse operanti; l'altra era quella della prevenzione dei danni attraverso una opportuna gestione dei rischi clinici. In particolare, nella prospettiva della riparazione veniva previsto un regime di responsabilità delle strutture stesse per i danni arrecati ai pazienti, o da questi comunque subiti nel caso dell'erogazione di servizi sanitari, non più fondato sul fatto illecito del medico, bensì sul «difettoso funzionamento dell'attività sanitaria»<sup>65</sup>. La prova liberatoria veniva posta a carico delle strutture, che avrebbero dovuto «dimostrare di aver adottato tutte le misure messe a disposizione della scienza e della tecnica per evitare l'accadimento di danni per la salute dei pazienti»<sup>66</sup>.

In secondo luogo, viene in considerazione lo Schema di testo unificato per i disegni di legge n. 50, 352, 1067, 1183 del 2009 («Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario»), presentato dal Sen. Saccomanno il 4 febbraio 2009 e adottato dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato il 25 marzo 2009. Si tratta di un disegno di legge teso a sintetizzare i contenuti delle proposte presentate negli anni precedenti. Come il progetto del SISDIC, anche quest'ultimo si muoveva su due assi portanti: da un lato, si prevedeva l'introduzione di un vero e proprio obbligo di assicurazione a carico delle strutture, costruito traendo spunto dalla vigente normativa in tema di in tema di RC auto; dall'altro, si proponeva una modifica sostanziale dei criteri di imputazione della responsabilità sanitaria in ambito pubblico o privato accreditato. Sotto quest'ultimo profilo, la modifica mirava a spostare interamente sulle strutture il peso della responsabilità verso i terzi danneggiati, facendo salva la possibilità di rivalsa integrale o parziale nei confronti del dipendente che abbia cagionato il danno con dolo o con colpa.

Entrambi i disegni di legge menzionati non sono riusciti, per vari motivi, a sfociare in un concreto Entrambi i disegni di legge menzionati non sono riusciti, per vari motivi, a sfociare in un concreto

<sup>65</sup> A tal riguardo, G. COMANDÉ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-biame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno e resp.*, 2010, 11, 981 osserva che «la logica del "difetto" nella erogazione della prestazione sanitaria ricorda molto quella dell'art. 4:202 dei *Principles of European tort law* spingendosi fino a coprire non solo le "attività libero-professionali intramurarie" ma anche le "attività di carattere tecnico o amministrativo funzionalmente coordinate con le predette prestazioni"».

<sup>66</sup> Nella relazione al Disegno di legge del SISDIC viene precisato quanto segue: «Alla base della configurazione assunta dalla prova liberatoria vi è l'accoglimento di quel principio di precauzione che, mutato dal diritto comunitario, esige, a fronte di attività rischiose per la salute delle persone, un controllo delle attività in termini di prevenzione del rischio dalle stesse create».

intervento legislativo. Nel frattempo, è invece intervenuta la Legge Balduzzi. Essa presenta un evidente ribaltamento di prospettiva rispetto ai progetti di riforma che l'hanno preceduta: questi ultimi tendevano a spostare il carico risarcitorio e il conseguente obbligo assicurativo sulla struttura; la nuova Legge, invece, ispirandosi alla disciplina della RC auto, introduce l'obbligo assicurativo a carico dei professionisti della sanità. In questo modo, il legislatore tenta di evitare che «la sovraesposizione della struttura, senza il filtro personale del medico, finisca per incidere rivolte ad enti ritenuti di per sé solvibili»<sup>67</sup>. Inoltre, la nuova Legge non prende minimamente in considerazione la posizione della struttura sanitaria e afferma una responsabilità del professionista che sembra ancorata allo schema aquiliano, con tutti i problemi applicativi già evidenziati.

L'emanazione della Legge Balduzzi, comunque, non ha arrestato le istanze riformatrici. Anzi, le problematiche che essa pone hanno contribuito a far emergere la necessità di un intervento normativo più consapevole e coerente.

In questa ottica sembrano muoversi alcuni recentissimi disegni di legge presentati alla Camera dei Deputati nella seduta del 16 ottobre 2013<sup>68</sup>. Queste proposte sono accomunate dal tentativo di contemporaneamente lesingenza di ristoro del danneggiato con quella del medico a non essere destinatario di un numero eccessivo di azioni giudiziarie a suo carico. Il punto di equilibrio sembra essere individuato nel coinvolgimento sempre maggiore della struttura sanitaria, finora rimasta ai margini del regime della responsabilità medica. La responsabilità civile per eventuali danni a persone causati dal personale medico e non medico viene posta a carico delle strutture sanitarie, le quali devono essere obbligatoriamente assicurate per il rischio sanitario; esse sono chiamate a rispondere in prima battuta per qualsiasi azione risarcitoria derivante da danno imputabile a colpa sanitaria. Si ammette poi che le strutture abbiano azione di rivalsa nei confronti dei propri prestatori d'opera soltanto qualora il fatto sia stato

<sup>67</sup> Tanto osserva M. HAZAN, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità (Legge 8 novembre 2012, n. 189, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 258, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, G.U.: 10 novembre 2012, n. 263, suppl. ord. n. 201)*, cit., 66.

<sup>68</sup> Si tratta delle proposte di legge n. 259 (di iniziativa del deputato Fucci), 262 (di iniziativa del deputato Fucci), 1324 (di iniziativa del deputato Calabro), 1312 (di iniziativa dei deputati Grillo e altri) e 1581 (di iniziativa dei deputati Vargù e altri), attualmente all'esame delle XII Commissioni della Camera dei Deputati.





pa»). Così ragionando, si porrebbe ad una concezione quasi sanzionatoria del risarcimento del danno, tendenzialmente estranea al sistema della responsabilità civile<sup>60</sup>. Quest'ultimo, infatti, è retto dalla regola fondamentale di cui all'art. 1223 c.c. (Risarcimento del danno): non è necessario tenere conto della qualificazione della condotta del danneggiante<sup>61</sup>, giacché il risarcimento deve in ogni caso comprendere tanto la perdita subita quanto il mancato guadagno<sup>62</sup>. Diversamente, l'art. 3 della

<sup>60</sup> L'idea che la valutazione dell'elemento soggettivo incida sulla entità del *quantum debetur* contrasta, infatti, con la natura del risarcimento civile e sembra rispondere ad istanze proprie del diritto penale. Il grado della colpa è uno degli indici adottati dal legislatore penale quale parametro di commisurazione della pena ex art. 133, comma 1, n. 3, in quanto, in questa sede, stabilire il grado della colpa serve a determinare la durata e l'intensità della sanzione.  
<sup>61</sup> Il risarcimento del danno risponde alla esigenza di ripartire il torto, non di punire il colpevole; pertanto, in sede civile, assume minor rilievo l'elemento soggettivo del danneggiante, poiché ciò che l'ordinamento intende garantire è il riequilibrio patrimoniale o il risarcimento dell'offesa psico-fisica del danneggiato.  
<sup>62</sup> Con la sentenza Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss., con note di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, e di A. PALMIERI, R. PARDOLESI-SIMONE e G. PONZANELLI; in *Obbligaz. e contr.*, 2009, 206 ss., con nota di G. VITTORI. *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, è stata segnata una svolta giurisprudenziale in tema di danno non patrimoniale, in quanto, anche in materia contrattuale, è stato riconosciuto il risarcimento dei danni non patrimoniali. In particolare, come esempi di obbligazioni contrattuali nei cui ambiti possono assumere consistenza anche interessi non patrimoniali, le Sezioni Unite richiamano soprattutto i cd. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In tali contratti, infatti, gli interessi da realizzare attingono alla sfera della salute, con la conseguenza che l'adempimento del debitore è suscettibile di ledere i diritti inviolabili della persona, cagionando pregiudizi non patrimoniali. Per questa via, le Sezioni Unite pervengono ad una nuova lettura costituzionalmente orientata degli artt. 1218 e 1223 c.c., affermando che «nell'ambito della responsabilità contrattuale, il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato». Pertanto, oggi, l'art. 1218, nella parte in cui dispone che «il debitore il quale non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno», non può riferirsi al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, ove l'adempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona. Similmente, alla luce di questa lettura, l'art. 1223 deve includere, tra le perdite subite e le mancate utilità risarcibili, anche i danni non patrimoniali determinati dalle lesioni dei diritti inviolabili. Il danno

legge Balduzzi mira a ridurre il *quantum* del risarcimento in deroga all'art. 1223 c.c., chiedendo al giudice, «anche nella determinazione del risarcimento del danno», di tenere «debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»; tanto sarebbe, in realtà, previsto - come detto - allo scopo dichiarato di ridurre i costi del contenzioso (sebbene ciò possa finire per danneggiare il diritto alla salute del paziente).

Una prima conclusione in ordine al discorso finora svolto va, a questo punto, formulata. In definitiva, il riferimento all'art. 2043 c.c., contenuto nel ripetuto art. 3, comma 1, può essere considerato come del tutto neutro rispetto alle regole applicabili in tema di responsabilità civile. Più precisamente, si osserva che la Legge non incide sulla fattispecie della responsabilità, semmai opera sull'effetto, nel senso che, una volta esclusa la responsabilità penale, resta comunque fermo l'effetto, cioè l'obbligo di risarcire. Su questo versante il legislatore ha, invece, inciso significativamente, imponendo che il giudice, nella determinazione del risarcimento, tenga conto delle linee guida e delle buone pratiche.

## 6. Recenti proposte di legge in tema di responsabilità medica e il confronto con il modello francese: spunti per una possibile soluzione

In questo scenario di incertezza interpretativa si collocano diversi tentativi di riassetto sistematico dell'intera materia della responsabilità medica. Già da tempo sono allo studio, in sede parlamentare, numerosi disegni di legge che, prima ancora della Legge Balduzzi, hanno tentato di offrire soluzioni alle problematiche in esame<sup>63</sup>.

In primo luogo, si ricorda il disegno di legge elaborato dalla SISDIC<sup>64</sup>, recante «Norme sulla riparazione e prevenzione dei danni da attività sanitaria». Gli interventi proposti si muovevano in due direzioni. Una era quella della riparazione dei danni subiti dai pazienti a causa o in occasione di attività non patrimoniale da inadempimento può, in tal modo, essere risarcito a norma dell'art. 1223 se ed in quanto conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo del debitore.

<sup>63</sup> Il primo è il d.d.l. n. 864 del 3 luglio 1996, di iniziativa del Sen. A. Tomassini, sulla cui base è stato poi sviluppato il d.l. n. 108 recante «Nuove norme in tema di responsabilità professionale del personale sanitario», presentato al Senato il 6 giugno 2001 sempre su iniziativa del Sen. Tomassini.  
<sup>64</sup> Si tratta della Società italiana degli Studiosi di Diritto Civile.

violazione»<sup>61</sup>, superando le strettoie del riferimento all'interesse negativo e positivo per differenziare l'ipotesi della mancata conclusione del contratto da quella della presenza di un contratto su cui ha inciso un contegno illecito dell'altra<sup>62</sup>.

A tal fine sarà utilizzabile con necessario rigore sia il riferimento alla prevedibilità sia il concorso o l'esclusione della responsabilità ai sensi dell'art. 1227. Se la parte danneggiata era a conoscenza dell'illecito o della scorrettezza anteriore e conclude lo stesso il contratto non si potrà esperire un'azione sia per aver accettato implicitamente il contenuto sia per la chiara prevedibilità del danno subito.

Più delicata è l'applicabilità dell'art. 1227 con riferimento al mancato esercizio dell'azione di eliminazione degli effetti. L'art. 30 del codice del processo amministrativo attribuisce un rilievo importante al mancato esercizio delle azioni demolitorie, ma tale soluzione non può essere esportata al di fuori di quel settore di ordinamento ove il provvedimento dell'Amministrazione condiziona la stessa situazione soggettiva del privato.

Nei rapporti fra privati il principio di effettività della tutela ammette la scelta autonoma dei contraenti e la sentenza della Cassazione svolge un esame approfondito sul rapporto fra rimedi specifici e per equivalente. Ritenendo applicabile questo ultimo in modo ampio e sempre che non sia accordato in forma prevalente e con piena utilità il rimedio specifico<sup>65</sup>.

### Illecito e contratto oltre la trattativa.

Se il contegno illecito si verifica in una fase ove non è ravvisabile una trattativa o un contatto qualificato le ipotesi possono essere ancora diverse.

L'obbligo può derivare dalla legge come nel caso dell'offerta pubblica di acquisto e allora la responsabilità sarà *ex lege* di natura contrattuale. Per un motivo evidente.

Le disposizioni in tema di OPA disciplinano i comportamenti che i soci devono assumere in presenza di mutamenti degli assetti proprietari di società quotate. L'esigenza di tutela degli investitori azionisti è compresa nella finalità di tutela del mercato finanziario e dei capitali (prevista nell'art. 92 del T.U.F.) e si articola secondo una ricostruzione scandita in giurisprudenza secondo il seguente

<sup>61</sup> A. DI MAIO, *Una New age per le tutele contrattuali*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*. Scritti per Adolfo di Maio, Torino, 2012, 6 e ivi G. TRAVAGLINO, *Il danno da inadempimento*, 547 ss.; G. SMORTO, *I criteri di determinazione del danno non patrimoniale e il danno morale*, 437 ss.  
<sup>62</sup> Sul danno contrattuale v. ora P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 110 ss.; G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.

schema. «L'obbligo di lanciare l'OPA si configura... come un obbligo contrattuale che *ope legis* si inserisce nel contratto sociale», ma la norma non prevede come sanzione, in caso di violazione, «il potere del singolo azionista pretermesso di ottenere coattivamente il risultato», bensì solo l'obbligo a carico dell'inadempiente di rivendere il pacchetto acquisito in eccedenza. Da qui l'esigenza di un'attenta interpretazione, la quale reputa che la disciplina « non esaurisca gli strumenti di autotutela accordati dall'ordinamento a chiunque vanti una posizione giuridicamente rilevante » e non esclude affatto la risarcibilità di un danno ingiusto<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Nella sentenza «il principio del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 rappresenta il cardine dei diritti soggettivi contrattuali e non», incorporati nel nostro caso nelle azioni dei soci di minoranza. Ne segue la risarcibilità del danno in presenza di una responsabilità contrattuale (Trib. Milano, 9 giugno 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3210). Il groviglio teorico è evidente. L'apparato sanzionatorio della legge è completato dal principio del *neminem laedere*. Non si parla di concorso di azioni o di cumulo di danni ma di una responsabilità contrattuale per la violazione della regola aquiliana. Senza contare la difficoltà della liquidazione del danno « correlata a titoli per loro natura destinati alla fluttuazione » (A. Palmieri, *Osservazione a Trib. Milano 9 giugno 2005*, in *Foro it.*, 2005, I, 3210). La Corte di Appello ha di recente ribaltato il ragionamento (App. Milano, 15 gennaio 2007, in *Giur.it.*, 2007, 1707). Si è sostenuto che la disciplina dell'OPA esclude l'esistenza di un diritto soggettivo degli azionisti a ricevere un'offerta di acquisto e, dunque, anche il diritto al risarcimento da inadempimento di un obbligo contrattuale. L'unico danno, ipotizzabile, si osserva ancora, è l'interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale e non l'utilità derivante da un contratto concluso. Resta dunque il dubbio sul danno dovuto in presenza di un comportamento scorretto imputabile alla controparte in presenza di un obbligo legale di comportamento. E la Corte di cassazione (n. 14400 del 2012) conclude per la natura contrattuale della responsabilità e del danno. «Sarebbe però errato dedurre che dal relativo inadempimento derivi una responsabilità di tipo precontrattuale, che secondo la tradizione (benché controversa) impostazione della giurisprudenza avrebbe natura aquiliana; e sarebbe arbitrario ricondurre tale responsabilità alla previsione dell'art. 1337 c.c., non foss'altro perché, in una fattispecie di questo tipo, non si danno né le trattative né la formazione del contratto cui detta norma allude. Come è stato già affermato altre volte dalla corte (si veda, in particolare, la pronuncia di Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712), la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la



La responsabilità sarà, invece, di natura aquiliana quando non si possa ravvisare né una trattativa né un obbligo di legge e si tratterà in tal caso di individuare, nella specie, tutti gli elementi di tale formazione di responsabilità come nella sentenza che ha dato impulso a questo scritto, la quale motiva la decisione sul punto seguendo: «il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che causa corrotta ingiusto (perché conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali), da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievole condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)»<sup>64</sup>.

La compatibilità fra azioni contrattuali e responsabilità sta qui, come si è detto, nell'autonomia rilevanza dei conegni e della fattispecie negoziale. Il giudizio sui primi non può essere assorbito dalla valutazione sull'atto, perché non può rimanere senza conseguenza un conegno riprovato e illecito che ha inciso su una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento. Altro naturalmente è il quantum del risarcimento che seguirà il principio della causalità giuridica e le regole espresse dall'art. 1227 del codice civile.

### 10. Cumulo dei rimedi e danni endofamiliari

È solo il caso di ricordare che il problema del risarcimento da parte di un coniuge del danno causato dalla violazione del dovere coniugale è affrontato nelle sentenze di legittimità, prima con incertezze e oscillazioni e poi con piena consapevolezza

qualificazione "contrattuale" non vale a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire, ma, in un quadro sistematico peraltro connotato da un graduale avvicendamento dei due tradizionali tipi di responsabilità, essa può discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (anche non di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento».

<sup>64</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255, cit. e la nota 28 di questo scritto

dell'ammissibilità e dei limiti del cumulo dei rimedi tipici della separazione personale e dell'illecito civile.

Una lontana pronunzia<sup>65</sup>, coeva alla riforma del 1975, non escludeva, in certe circostanze, la possibilità di un illecito a carico di un coniuge infedele, ma due sentenze più recenti avevano negato, a priori, la sussistenza di un danno ingiusto in presenza della violazione dell'obbligo coniugale<sup>66</sup> e il risarcimento nel caso di separazione imputabile<sup>67</sup>, sulla base della autonomia e autosufficienza della disciplina familiare in ordine ai doveri coniugali. Pochi anni dopo l'inversione di tendenza è stata netta. Si è ammesso, in linea teorica, la piena risarcibilità di una lesione e di un danno cagionato da un coniuge all'altro che integri i presupposti dell'art. 2043 c.c.<sup>68</sup> e si è affermata la responsabilità di un genitore per la violazione degli obblighi di assistenza del figlio, evocando la categoria discussa del danno esistenziale<sup>69</sup>.

Una sentenza della Cassazione del 2005<sup>70</sup> ha segnato un punto di svolta, significativo sotto vari profili. Si è delineato il giusto equilibrio fra comunità familiare e diritti dei singoli. Ha acquisito concretezza il rilievo della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare. Si è precisata la fonte e la misura del danno risarcibile per la lesione di tali situazioni soggettive.

Insomma il passaggio dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità è recepito pienamente come rilevanza giuridica di un modello delineato dal legislatore e dalla giurisprudenza teorica e pratica, sicché si è affermato, con molta precisione, che i singoli componenti del nucleo familiare «conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 della Costituzione», in virtù del quale «il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza

<sup>65</sup> La sentenza della Cass. n. 2468 del 1975, citata nella motivazione della sent. n. 9801 del 2005 in *Famiglia e diritto*, 2005, 2, 366, non esclude «che la violazione dell'obbligo di fedeltà, a prescindere dai rapporti di natura personale, possa determinare... un obbligo risarcitorio».

<sup>66</sup> Cass. 22 marzo 1993, n. 3367 in *Rep. Foro it.* 1993, *Separazione dei coniugi*, n. 34.

<sup>67</sup> Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, in *Rep. Foro it.* 1993, *Separazione dei coniugi*, n. 60.

<sup>68</sup> Cass. 26 maggio 1995, n. 3866, in *Rep. Foro it.* 1995, *Separazione dei coniugi*, n. 82.

<sup>69</sup> Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.* 2001, 1, 187 ss. e, per la sintesi di tali precedenti giurisprudenziali, v. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 2, 366.

<sup>70</sup> Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit. 365 ss.

In considerazione di tutto ciò, si rende indubbiamente necessario, nel settore sanitario, un intervento normativo di riordino e di specificazione anche con riguardo al tema delle raccomandazioni, al fine rendere più agevole l'applicazione dell'art. 3 in commento. Anche perché, oltre a dover considerare le linee guida e le buone pratiche nella sua attività di ricostruzione dei fatti e di valutazione del nesso causale, compito del giudice è, altresì, quello di valutare le medesime in relazione alle specificità di ogni singola vicenda. Le regole di condotta codificate nelle linee guida devono adattarsi al caso concreto alla luce di un criterio di personalizzazione: ossia il giudice è chiamato a tenere conto dell'unicità della fattispecie esaminata e, soprattutto, delle condizioni cliniche del paziente<sup>56</sup>. La posizione di garanzia del medico nei confronti del malato impone al primo persino l'obbligo di non rispettare quelle direttive, ove esse si pongano in contrasto con le esigenze di cura del secondo: è soltanto la salute del malato a dover orientare le scelte del sanitario<sup>57</sup>.

L'ulteriore questione che pone l'art. 3 della Legge Balduzzi in tema di linee guida è quella di stabilire quando la colpa lieve possa venire in considerazione all'interprete e agli operatori del settore di orientarsi nella selezione delle condotte raccomandate.

A questo proposito, A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit., 428, propone di affrontare le problematiche applicative poste dalle linee guida attraverso una considerazione il più possibile sistematica dell'influenza di fattori specifici del paziente (quali età, aspettativa di vita, comorbidità, ecc.), già in sede di elaborazione delle linee guida: l'individuazione di cerchie di destinatari (pazienti-modello) più ristrette e particolareggiate (che ricorda l'analogo evolversi e raffinarsi del parametro dell'agente-modello in sede giuridica), ed il passaggio da linee guida costruite quali generici rilevamenti delle prassi mediche, a strumenti di taglio più specifico, adattati anche alle esigenze delle strutture e delle organizzazioni che li adottano, rappresentano, secondo gli esperti, le più importanti leve per attribuire maggior valore e affidabilità alle linee guida».

Pertanto, il medico non solo può, ma deve discostarsi dalle linee guida, ove ciò si renda necessario, posto che la scelta di decidere diversamente da esse, nell'interesse di un specifico paziente, costituisce anche espressione della sua autonomia professionale. A questo riguardo, invece, il Tribunale di Milano rileva come il fatto che le linee guida rappresentino il parametro della non punibilità per il sanitario in colpa lieve induce alla redazione di raccomandazioni da codificare, finendo per bloccare l'evoluzione del pensiero scientifico e la sperimentazione clinica. Si arriva così alla conclusione che l'area di non punibilità sia «ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano accritica e rassicurante lesione alle linee guida o alle buone prassi ed è altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica».

zione, nonostante il medico si sia attenuto alle stesse. La disposizione sembra prevedere che il solo fatto di aver applicato le linee guida non implichi, di per sé solo, il rispetto delle *leges artis*, e non sia, quindi, sufficiente ad esonerare il medico da un eventuale obbligo risarcitorio: altrimenti, laddove le linee guida e buone pratiche si identificassero con le *leges artis*, si dovrebbe negare qualunque l'osservanza carico del medico. Allora, affinché si possa predicare la colpa del sanitario (nonostante l'osservanza delle linee guida/buone pratiche), è necessario che questi abbia infranto un'altra regola di comportamento, e cioè le *leges artis*<sup>58</sup>. Quindi, per tale via, il legislatore ha ampliato ed arricchito il quadro normativo nella valutazione della colpa grave.

Riportando l'attenzione sul versante civilistico dell'art. 3, si osserva che il rispetto delle linee guida rileva non solo ai fini della valutazione del *quantum* del risarcimento. In questo modo, l'entità del risarcimento è stata ancorata ad una valutazione dell'elemento soggettivo del danneggiante. L'accertamento della colpa lieve sembra andare ad incidere sulla quantificazione del danno sino a consentire al giudice di graduarla in relazione alla maggiore o minore gravità della condotta del professionista.

Questa impostazione desta, tuttavia, qualche perplessità in quanto - come è stato osservato<sup>59</sup> - essa pare riecheggiare l'art. 133 c.p. (Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena), secondo il quale, nella determinazione della pena, il giudice «deve tenere conto della gravità del reato desunta: (...) dalla intensità del dolo o dal grado della col-

<sup>58</sup> Sul punto si veda M. HAZAN, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità (Legge 8 novembre 2012, n. 189, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 258, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, G.U.: 10 novembre 2012, n. 263, suppl. ord. n. 201)*, cit., 68. Inoltre, si veda G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 277, il quale rileva come un comportamento conforme alle linee guida non impedisce un sindacato in ordine a eventuali profili di colpa generica. In questo senso, linee guida e *leges artis* sembrerebbero non necessariamente sovrapponibili: «le prime provvederebbero a tradurre soltanto alcune cautele riferibili a una certa situazione, mentre ne residuebbero di ulteriori, definiti alla stregua della diligenza e della perizia richieste nel caso di specie».

<sup>59</sup> Così M. HAZAN, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità (Legge 8 novembre 2012, n. 189, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 258, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, G.U.: 10 novembre 2012, n. 263, suppl. ord. n. 201)*, cit., 70.





come criterio di determinazione del danno risarcibile.

Se linee guida e buone pratiche assumono rilievo nella formulazione di un giudizio di responsabilità civile, si rende necessario definirle. E qui si profila il primo elemento di criticità. Esse si configurano come mere raccomandazioni, ma il problema è che la legge non offre alcun criterio di individuazione e determinazione<sup>52</sup>. Tanto meno vi è una indicazione normativa che consenta di selezionare le condotte raccomandate o accreditate, così come non vi sono norme che specificano le fonti delle linee guida, le autorità titolate a produrle, le procedure di raccolta e di valutazione dei dati statistici e scientifici. Vi è poi il problema di individuare le “comunità scientifiche” abilitate all’accreditamento di tali linee guida e buone prassi, anche perché, allo stato attuale, sussiste un concorso di molteplici fonti (internazionali,

nazionali, regionali e locali) nella elaborazione delle medesime<sup>53</sup>.

Non a caso, l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano<sup>54</sup>, nello svolgere analoghe considerazioni, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività (*sub specie* del principio di legalità), anche con riguardo al dovere del medico di attenersi a linee guida e buone pratiche. Si osserva la formulazione della disposizione « è tanto elastica da non consentire al giudice e prima ancora agli operatori sanitari di determinare esattamente i confini dell’esimente ». In altri termini, i confini di tale area di non punibilità risultano assolutamente imprecisi e non determinabili proprio per la circostanza che il legislatore, riconosciuta la rilevanza normativa delle raccomandazioni, non ha poi offerto alcun criterio di individuazione e determinazione delle stesse<sup>55</sup>.

pratiche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica. In quella occasione, la Cassazione, considerando la legge Balduzzi come legge penale più favorevole rispetto alla precedente disciplina, rinviò gli atti alla Corte d’Appello affinché valuti se le linee guida sono state rispettate. Si segnala che di avviso diverso sembra essere, invece, Cass., 18 giugno 2013, n. 39165, in *Dir. e giur.*, 24 settembre 2013, che ammette la esclusione della responsabilità penale anche qualora le linee guida siano state rispettate: «La responsabilità del personale sanitario, anche in seguito al d.l. Balduzzi, può escludersi anche laddove siano violate le linee guida dettate dalla comunità scientifica. L’eterogeneità delle fonti e l’opinabilità delle *best practices* impediscono a queste di assurgere a strumenti di preconstituita e ontologica affidabilità, per cui l’osservanza o meno delle stesse non è mai causa automatica di assoluzione o condanna».

Le linee guida sono state definite ufficialmente nel 1992 dall’*Institute of Medicine* statunitense come «raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche». Il concetto di “buone pratiche” viene normalmente ricondotto nella categoria dei “protocolli”. Questi ultimi costituiscono una specificazione analitica delle linee guida, configurandosi come veri e propri regolamenti comportamentali rigidi e definiti per il medico, come tali vincolanti e non derogabili. Il valore vincolante dei protocolli discende, normalmente, da una fonte normativa di rango superiore, quale la legge ovvero da regolamenti di servizio adottati dalle singole strutture ospedaliere. Sul punto si vedano: L. CAZZO, M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, cit., 486; D. CASTRONOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 973.

Sul punto si veda A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, 7-8, II, 416 ss. (nota a Cass., III sez. pen., 17 novembre 2010, n. 7214). In Italia nel 2006 è stato istituito il Sistema nazionale linee guida (Snlg), ossia una banca dati gestita dall’istituto superiore della sanità e dal Centro nazionale di epidemiologia, sorveglianza e promozione della salute. Il sistema raggruppa distintamente tutte le linee guida *evidence-based* raccolte dai professionisti dell’iss, e quelle prodotte a seguito di *Consensus Conference*. Uno spazio apposito è poi dedicato alle linee guida regionali elaborate dai servizi sanitari regionali e diffuse soprattutto in Piemonte, Emilia-Romagna e Toscana. L’Autore sottolinea come in tal modo si sia delineato un sistema complesso e decentrato di *clinical governance*, nel quale le fonti regionali, ove accreditate dal sistema nazionale, possono concorrere a definire il quadro delle linee guida di riferimento per determinate patologie. Accanto a linee guida accreditate a livello pubblico istituzionale dal Snlg, ulteriori linee guida continuano ad essere predisposte da varie associazioni scientifiche, sia nazionali che internazionali, nonché da aziende sanitarie e persino da singoli reparti ospedalieri. Per risolvere il problema della proliferazione e del possibile conflitto delle linee guida, in Italia, prevale un approccio volto a mediare ed integrare le fonti di carattere privatistico, emanate dalle associazioni mediche, con le fonti accreditate a livello istituzionale. Inoltre, l’Autore rileva come il contributo di competenze professionali diverse da quella medica (come quello di economisti e amministratori sanitari) e soprattutto il coinvolgimento di pazienti, utenti dei servizi sanitari, consente di trovare il giusto bilanciamento tra l’interesse ad una maggiore qualità delle cure e l’esigenza di contenimento dei costi, nonché di superare le incognite relative all’affidamento ai privati della definizione di *standard* valutativi.

<sup>54</sup> Trib. Milano, 21 marzo 2013, cit.  
<sup>55</sup> Invece - osserva il giudice milanese - nel campo della sicurezza del lavoro, è prevista un’apposita procedura di identificazione, raccolta, codificazione, pubblicità, e adozione delle linee guida e delle buone prassi, che consente

assume i connotati di un diritto inviolabile ... la cui violazione costituisce il presupposto logico della responsabilità civile». Né si può eccepire al riguardo la «specificità e completezza del diritto di famiglia», in ordine alla violazione di obblighi e diritti nascenti dal matrimonio. Ciò perché separazione, divorzio e relative discipline hanno “funzioni e limiti” che non sono «strutturalmente incompatibili con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti»<sup>71</sup>.

Ne segue un principio pienamente condivisibile. Non la violazione in sé del dovere coniugale è fonte di danno, ma quelle «condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona» e fonte del risarcimento di quei danni di cui si provi l’entità patrimoniale e non patrimoniale.<sup>72</sup>

Una recente pronuncia della Cassazione<sup>73</sup> consolida questo indirizzo motivando espressamente «la compatibilità e non la pregiudizialità tra i rimedi tipici della separazione fra coniugi e la disciplina dell’illecito civile»<sup>74</sup> utilizzabile dal coniuge, secondo i Giudici di legittimità, in presenza della prova del nesso di causalità fra la violazione del dovere coniugale ed il danno che non può consistere «nella sola sofferenza psichica causata dall’infedeltà ... ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto»<sup>75</sup>.

La varietà dei casi e dei diversi criteri di comparabilità evoca una sola conclusione.

Le interferenze fra contratto e responsabilità, fra contatto “sociale” e illecito, non sono che segni della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un’opera sapiente della legge.

<sup>71</sup> Cass. 10 maggio 2005, n.9801 cit., 368.

<sup>72</sup> V. il commento alla sentenza di G. FACCI, *L’illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 2, 372 ss.

<sup>73</sup> Cass., 15 settembre 2011, n. 18853 «Discende, infatti, dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi dell’illecito civile».

<sup>74</sup> La relativa azione deve ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esigibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima *causa petendi* dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da un diverso *petitum*.

<sup>75</sup> Traggo queste osservazioni dalle Dispense che ho messo a disposizione degli studenti del mio corso di diritto civile sul sito [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it) voci materiali. Il titolo è il seguente *La responsabilità fra regole e clausole generali*. Le pagine da p. 89 a 95. Non solo per queste pagine debbo un ringraziamento, per la collaborazione, al Dr. Mario Mauro.

ge e dei giudici capace di «integrare organicamente, in un unico quadro solido e applicabile»<sup>76</sup> vecchi *ius* e nuove *leges*, si da fissare orientamenti condiziati nelle risposte alle esigenze sempre più articolate della vita di relazione.

<sup>76</sup> A. SCHIAVONE, (Ius. *L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 8) riferisce con tali parole l’opera di Giustiniano nel rigenerare un ordine giuridico. «Nulla di simile era stato fatto prima. E l’obiettivo era alto: rimodellare il pensiero degli antichi maestri nella forma di un diritto codificato».

## OSSIMORI DEL CIVILISTA

Di Giovanni Passagnoli

| 294

**SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La contemporaneità oltre le antitesi. - 3. L'oggetto del diritto civile. - 4. La centralità del diritto intertemporale. - 5. Postilla sul metodo e sul ruolo del civilista.**

### 1. Considerazioni introduttive

Un discorso sull'identità coinvolge aspetti che vanno dalla formazione, al metodo, all'oggetto, alla funzione o ruolo del civilista. E certo non sfugge la circostanza che l'identità si definisca necessariamente in termini relativi e che, in particolare, essa vari in ragione del contesto formale, delineato dal sistema delle fonti del diritto, di tempo in tempo mutevole nella sua struttura e nei suoi contenuti. Né può sfuggire in qual modo l'identità sia condizionata dalle innumerevoli variabili di contesto - politiche, culturali, sociali, economiche, tecniche e così via - nelle quali il civilista è chiamato ad operare. Senza, peraltro, che tra i due profili, quello *formale* e quello che riduttivamente viene designato come il piano del *fatto*, nonché in genere tra nessuna delle dimensioni nelle quali quest'ultimo può articolarsi, possa davvero tracciarsi una netta distinzione. Basti, per tutte, pensare al modo in cui la struttura formale delle fonti da un lato ci appaia come espressione del contesto politico e dall'altro operi, rispetto a quest'ultimo quale cornice vincolante; anzi, da ultimo, tanto vincolante da far ipotizzare un primato del diritto sulla politica<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per i termini, appassionanti, di tale dibattito, si vedano, S. RODOVA, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 41 ss.; 49; G. VETTORI, *I principi comuni del diritto*

In questi termini, l'ampiezza del discorso sarebbe paralizzante e ne consiglia una consapevole delimitazione. Mi occuperò quindi, con la necessaria sommarietà imposta dai limiti di questa lezione, di un solo aspetto: l'oggetto della scienza civilistica, con una postilla riguardo al *metodo* e al *ruolo* del civilista.

### 2. La contemporaneità oltre le antitesi.

Per definire l'oggetto, il metodo ed il ruolo del civilista nella dimensione che gli è propria, quella della *contemporaneità*<sup>2</sup>, assume rilievo centrale la considerazione, preliminare e per certi versi ovvia, della trasformazione epocale che, nei suoi tratti salienti e generali ed a prescindere dai giudizi di valore che ciascuno possa formulare al riguardo, è da tempo sotto gli occhi di tutti. Dalla globalizzazione - e per certi versi mercificazione - dei rapporti, dei

<sup>2</sup> Insuperato, per profondità e chiarezza nell'analisi della formazione, dell'identità e del metodo del civilista, il saggio di G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1229 ss.

circodavano questa pronuncia della Corte, è stata persa l'occasione di ricevere alcuni necessari quanto autorevoli chiarimenti in merito alla compatibilità dell'art. 3 con la Carta Costituzionale.

Ciò nonostante, l'analisi di questa ordinanza di rimessione offre qualche interessante spunto di riflessione, anche sul piano civile, quanto al menzionato problema dell'ambito soggettivo di operatività della nuova norma. Il giudice milanese ha excepto l'incostituzionalità dell'art. 3 sotto due distinti profili: da un lato, esso viene criticato sul piano della tecnica redazionale utilizzata dal legislatore, e quindi per violazione dei principi di determinatezza e tassatività<sup>30</sup>; dall'altro lato, esso viene censurato sul piano assiologico per violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e funzione rieducativa della pena, anche e soprattutto in considerazione degli importanti beni giuridici che vengono in rilievo nell'esercizio dell'attività professionale medico-chirurgica. Sotto quest'ultimo profilo, il giudice milanese contesta la legittimità costituzionale della disposizione perché la locuzione "*qualsiasi esercente la professione sanitaria*" si riferirebbe non soltanto ai medici, ma a tutti gli operatori sanitari (veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori socio-sanitari, operatori di assistenza sanitaria etc.); in questo modo, si avrebbe una dilatazione del suo ambito soggettivo di applicabilità tale da modificare e stravolgere la *ratio* giustificativa di questa norma eccezionale. Si osserva, infatti, che la disposizione "*si rivolge anche a soggetti privi del compito di adottare scelte terapeutiche e/o diagnostiche (quindi estranei al tema della medicina difensiva), che pur fanno parte della categoria degli operatori sanitari*"<sup>31</sup>.

medici si siano attenuti - o, quantomeno, se sia sorta questione in ordine al fatto che essi si siano attenuti - a "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" proprie del contesto di riferimento, così che possa venire effettivamente in discussione l'applicabilità della norma censurata<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Si legge nell'ordinanza: «Una serie di dubbi sul rispetto dei principi di determinatezza e di tassatività sorgono dalla locuzione per cui "l'operatore sanitario non risponde penalmente per colpa grave"». Questa formula appare suscettibile di ricevere due interpretazioni tra loro contrastate, che conducono a due diverse collocazioni dogmatiche. «Si tratta quindi di una formula criticamente equivoca, non superabile con una mera attività ermeneutica, che evidenzia un dato normativo impreciso, indeterminato e quindi in attrito con il principio di ragionevolezza e di tassatività, sub specie del principio di legalità ex artt. 3 e 25, comma 2 Cost.». Inoltre, l'insufficiente descrizione della fattispecie si estende alla troppo vaga contestazione della colpa generica, non contenendo alcun riferimento particolare alla imperizia.

Inoltre, la disposizione è considerata costituzionalmente illegittima perché limita l'applicazione della clausola di non punibilità per colpa lieve ai soli esercenti la professione sanitaria: così viene creata una norma limitata ad una ristretta cerchia di professionisti; mentre se ne esclude l'applicazione anche in favore di quei soggetti (concorrenti nel reato) che non rivestono quella particolare qualifica soggettiva, ma che hanno agito nella consapevolezza di contribuire alla condotta altrui. In altri termini, il sanitario che si è attenuto alle linee guida o alle buone prassi *«godrebbe della non punibilità in quanto esercente la professione sanitaria, mentre il soggetto che ha con colpa lieve cooperato con il sanitario (adeguandosi alle linee guida), continua a risponderne del medesimo reato colposo da cui invece il sanitario è prosciolto»*. Per questi motivi, si ravvisa una violazione dell'art. 3 Cost.

Le considerazioni svolte dal Tribunale di Milano appaiono senz'altro ragionevoli e segnalano le numerose difficoltà interpretative poste dalla Legge Balduzzi, la quale, anziché portare ordine in una materia tanto delicata quanto bisognosa di un intervento sistematico, ha contribuito ad aumentare i dubbi e difficoltà interpretative. E la pronuncia della Corte Costituzionale che dichiara la infondatezza della questione di legittimità dell'art. 3 per un vizio di forma non fa altro che frustrare questa esigenza di chiarezza.

### 5. Il ruolo di "linee guida e buone pratiche" nell'accertamento della responsabilità medica e la loro incidenza sulla quantificazione del danno.

Un ulteriore aspetto di problematicità posto dalla Legge Balduzzi consiste nel fatto che l'art. 3, comma 1, riconosce rilevanza normativa alle cd. "linee guida e buone pratiche mediche accreditate dalla comunità scientifica". Queste vengono richiamate sia come criterio di valutazione della condotta<sup>31</sup> che

<sup>31</sup> In realtà, la valutazione della condotta del sanitario tramite il criterio delle linee guida era già una prassi consolidata nella giurisprudenza penale. A tal riguardo, si vedano: Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35922, in *Foro it. online*; Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 4391, in *Cass. pen.*, 2012, 2060; Cass. pen., 23 novembre 2010, n. 8254, in *Foro it.*, 2011, II, c. 416; Cass. pen., 14 novembre 2007, n. 10795, in *Foro it.*, 2008, II, c. 279.

Con la legge Balduzzi il rispetto delle linee guida esclude la responsabilità penale per colpa lieve, come per prima ha affermato Cass., 29 gennaio 2013, n. 16237, cit. Come già accennato, in questa pronuncia la Corte esclude la responsabilità penale del comportamento del sanitario che operi nel rispetto di determinate linee guida e buone



| 371





In secondo luogo, l'articolo in commento si espone ad un'altra censura di ordine costituzionale. Con il suo obiettivo di ridurre il fenomeno della medicina difensiva e i costi del servizio sanitario, esso finirebbe per subordinare la tutela della salute (diritto della persona costituzionalmente garantito) a problemi "di cassa". Alla luce della nuova disciplina sembra che la preoccupazione primaria per il legislatore non sia quella di offrire ai cittadini un servizio efficiente e funzionale alla tutela del diritto costituzionale alla salute, bensì quella di risparmiare i costi della sanità. Il problema è che tale obiettivo viene perseguito tentando di ridurre, attraverso il richiamo all'art. 2043 c.c., il contenzioso con i pazienti danneggiati che chiedono il risarcimento dei danni subiti<sup>45</sup>.

Infine, la necessaria aderenza delle leggi al dettato costituzionale fa sorgere un ulteriore elemento di perplessità. L'art. 3 si riferisce agli «*esercenti la professione sanitaria*» in generale, senza operare alcuna distinzione, configurandosi così come una *lex specialis* per i soli medici dipendenti del sistema sanitario. Sorge il dubbio che, in questo modo, sia stata introdotta una disciplina discriminatoria verso tutti gli altri professionisti, con ipotetica violazione dell'art. 3 Cost., venendo trattate in modo irragionevolmente differenziato situazioni uguali<sup>46</sup> (quella

del paziente che conclude un contratto con il medico libero professionista e quella del paziente che si presenta in pronto soccorso).

Il problema dell'ambito soggettivo di operatività della norma è stato rilevato anche dal Tribunale di Milano<sup>47</sup> nell'ambito della sua ordinanza di rimesa alla Corte Costituzionale, sia pure con riferimento ai profili penalistici della nuova disposizione. Si ritiene che l'art. 3 ponga una questione di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost., nella parte in cui introduce una norma *ad professionem*, delineando un'area di non punibilità riservata a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi.

La Corte Costituzionale<sup>48</sup> si è recentemente pronunciata su questa ordinanza di remissione dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della Legge Balduzzi: «*Il giudice a quo ha omissis di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione*». In tal modo, e nonostante le attese che

quale osserva che il principio di eguaglianza «è stato formulato dalla giurisprudenza nel senso che impone un trattamento diverso per situazioni diverse, il cui "appiattimento" nell'ambito della stessa regola può dunque essere altrettanto in contrasto con il principio di eguaglianza quanto una differenziazione ingiustificata di situazioni eguali», salvo comunque segnalare che stabilire «quando le situazioni sono "eguali" o "diverse", e come diverse discipline siano o meno adatte a regolare, può richiedere giudizi controversi e valutazioni opinabili». In altri termini, non è sempre facile individuare quale sia il confine tra discriminazioni vietate e legittime differenze di disciplina. Le scelte del legislatore sono in ogni caso assoggettate al controllo del giudice costituzionale al fine di verificare che esse non risultino «irragionevoli», tanto nel senso di una ingiustificata discriminazione tra situazioni uguali quanto in quello di una ingiustificata parificazione di situazioni diverse. L'Autore precisa anche che il carattere indeterminato del criterio di "ragionevolezza" implica la necessità che il controllo del giudice costituzionale sia ispirato a grande prudenza: «le scelte del legislatore possono essere censurate, sotto questo profilo, solo quando palesemente contrastino con quello che potrebbe definirsi un "senso di giustizia" generalmente apprezzabile, o appaiano indifendibili perché prive di ogni possibile giustificazione».

<sup>45</sup> Trib. Milano, 21 marzo 2013, cit.  
<sup>46</sup> Corte Cost., 6 dicembre 2013, n. 295, in *www.ilcaso.it*  
<sup>47</sup> Più in particolare, la Corte Costituzionale rileva come nell'ordinanza non siano stati specificati «la natura dell'evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato causato e il grado della colpa ascrivibile agli imputati; ma, soprattutto, non si precisa se, nell'occasione, i

costumi, delle conoscenze, all'accrescersi straordinario dei saperi e delle comunicazioni, al soverchiare della scienza e della tecnica sulla condizione umana e sulle tradizioni antropologiche. Dal rarefarsi e tra queste di quella, intergenerazionale, alla crisi di quelle risorse, all'accrescersi delle disuguaglianze dei modelli economici e sociali e tra questi ultimi di quello familiare. Dal deperire e riaffiorare – ma in chiave sempre più relativa, multiculturale, disomogenea – degli ideali e delle coscienze, sino all'avanzare, potente e magmatico, del processo di *denazionalizzazione e delegificazione*, in Europa, ma non solo, delle fonti del diritto.

E'elenco, impressionante, del cambiamento e, con esso, dei nuovi e impensati conflitti tra interessi, valori, principi che – per il necessario tramite della cultura e della sensibilità, anche interdisciplinare, del giurista – reclamano la tutela del diritto, potrebbe *ampliarli* di molto.  
 Ma ciò che preme, sempre per dimensionare il discorso in questa lezione, è invece *specificarlo*, guardando a *taluni* riflessi salienti di una simile complessità sulla identità del civilista. Né potrà stupire che quest'ultima si connoti per quella medesima complessità, se vogliamo, per quelle stesse contradizioni che affliggono e vivificano la società odierna, nel transito, per dirla con Paolo Grossi, "da un paesaggio di certezze immobili a una incertezza mobilissima".

Non è un caso se, quasi a dar plastica rappresentazione di questa transizione e con particolare riguardo al nuovo e condizionante "assetto istituzionale in Europa", si sono utilizzate, come è stato esattamente notato<sup>5</sup>, "coppie di termini antagonisti: mercato e diritti, liberalismo e solidarietà, liberismo e dirigismo". Ma tale schematismo, si avverte, non consente di comprendere la complessità: non si può "desertare" ciò che sta accadendo in Europa come una coppia di antitesi in conflitto<sup>6</sup>.

E' tempo, come è stato scritto, di "arrendersi intormentito alle scelte pluralistiche serpeggianti nella società, coglierne la ricchezza e anche la provvi-

<sup>3</sup> Emblematico, al riguardo, il punto di arrivo della riflessione di un Maestro come L. MENGONI (*Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2001, I, p. 1 ss.), che sottopone a serrata critica tanto il non cognitivismo etico che la radicalizzazione positivista, con riferimento al dibattito fruttuosamente acuito da N. IRITI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.  
<sup>4</sup> P. GROSSI, *Un impegno per il giurista d'oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2007, p. 46.  
<sup>5</sup> G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla Ceda al Trattato di Lisbona*, cit., p. 115.  
<sup>6</sup> G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo*, cit., p. 130.

denzialità<sup>7</sup>, con la consapevolezza che il diritto "è un prodotto della storia, ma non è giustificato dalla storia. Altro è riconoscere la storicità del nostro modo di conoscenza dei valori, altro attribuire alla storia una funzione costitutiva di quei valori"<sup>8</sup>.

Una resa, dunque, non al nichilismo, ma, tutto al contrario, alla "complessità aperta"<sup>9</sup>, che si offre all'attività ermeneutica sotto un solo, superspinto, ma potente indice unificante<sup>10</sup>: la centralità dei *diritti fondamentali*<sup>11</sup>.

Il percorso – con la sua valenza metodologica – è tracciato: guardare, *oltre le antitesi*, ai luoghi del discorso sull'identità nel prisma di taluni aspetti della complessità del presente che – per enfatizzarne, in chiave simbolica, il rilievo di prima e sia pur disarmonica *vintesi* – esprimerò come *ossimori*<sup>12</sup> del civilista nell'ora presente.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *Un impegno per il giurista d'oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 47.

<sup>8</sup> Ancora L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2001, I, p. 1 ss.

<sup>9</sup> G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1239.

<sup>10</sup> Si tratta di un aspetto assai controverso, come ben sciolpisce S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 41 ss., ove evidenzia in qual modo, specie nell'assetto istituzionale europeo, l'enfasi posta sui diritti fondamentali e sui poteri delle Corti chiamate a dar loro attuazione, si presti a contrapposte letture, tra quanti vi scorgono lo scardamanto dei principi democratici e in particolare della divisione dei poteri e quanti invece, come l'A., approdano alla "costatazione del fatto che i diritti fondamentali si presentano come l'unico strumento giuridico impugnabile nei confronti di poteri che davvero non incarnano alcuna logica democratica. E' troppo dire che in essi si è rifugiata l'unica democrazia possibile nel tempo della globalizzazione?" (ivi, p. 58).

<sup>11</sup> E' questa la prospettiva di G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo*, cit., pp. 122-123; e vedi già G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., pp. 1255-1256.

<sup>12</sup> L'ossimoro, infatti, nella misura in cui predica ad un sostantivo o ad un verbo, in forma di aggettivo od avverbio, una qualità che nega in parte il significato proprio del primo, si presta, nella sua struttura logica, a costituire il *paradigma di una sintesi concettuale*, la cui *disarmonia, a ben vedere, è misura della sua stessa concretezza*. Di recente, impregna la figura un attento osservatore del presente, per evidenziare una "stridente quanto *apparentemente* [corsivo mio] insababile contraddizione" riguardando a taluni profili del neoformalismo negolare: cfr. V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 415 ss..



3. L'oggetto del diritto civile

Ma andiamo con ordine. L'oggetto del diritto civile ci appare, nel volgere di pochi decenni, profondamente cambiato, per ragioni diverse e concorrenti.

Il diritto civile, dopo la lunga e fruttuosa stagione della emersione di nuovi conflitti di interesse, nel contesto di un impressionante cambiamento istituzionale, che proprio la Costituzione recepisce e formalizza nel testo rinnovato del suo art. 117.

Muta anzitutto, nel profondo, la dimensione antropologica sovrastata al diritto dei privati, con una parabola che si sviluppa dal *civis al consumer*, ma che al contempo e in diversa prospettiva - che con l'altra reagisce nel segno della complessità, cioè della interazione e della distinzione tra i due aspetti - si sviluppa anche dal *soggetto di diritto* alla *persona*.

In un quadro, va detto, nel quale la centralità del valore della persona è affermata e negata, idealizzata e smitata sino alla reificazione dell'umano, secondarie e dinamiche, non tutte palesi, che attraversano l'economia, la società, la scienza. In breve e non a caso, la centralità della tutela reclamata dalla persona ci appare direttamente proporzionale all'ampiezza degli attentati e dei rischi cui la libertà e la dignità sono esposti da un tempo che - ancora e sempre - divora i suoi figli.

Ovvia, a questo punto, la considerazione del mutamento, epocale, che si registra sul piano delle fondamenta e la cui cifra, come ho ricordato, consiste in due tratti, complementari: la *denazionalizzazione* e la *delegificazione* del diritto civile.

Il fenomeno è in atto dal dopoguerra, ma l'accelerazione e l'estensione proteiforme del suo procedere ne fanno un aspetto centrale del presente. Si pensi al dato, preponderante sebbene meno evidente sul piano istituzionale, della mondializzazione dei mercati: il diritto dei contratti è oggetto di una continua contaminazione tra modelli e culture, veicolata dalla prassi mercatoria<sup>13</sup>, dai principi di *soft law*, dalla cultura professionale, dalla giustizia arbitrale internazionale<sup>14</sup>, in un quadro favorito dalle comunicazioni globali - quindi da una sorta di extraterritorialità, ancora incognita, del diritto - oltreché dal diffondersi di norme convenzionali di diritto materiale uniforme, ovvero dalla adozione di comu-

<sup>13</sup> Preziose riflessioni sul punto in A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 119 ss.

<sup>14</sup> Sul convergere di questi aspetti, vedi ancora P. GROSSI, *Un impegno per il giurista d'oggi*, cit., p. 143 ss..

ni modelli di diritto internazionale privato, ove l'enfasi è posta, proprio, sulla libertà di scelta della legge applicabile.

Si pensi alle proclamazioni di diritti nelle convenzioni delle Nazioni Unite ed al riflesso di queste, in ragione del rango costituzionale riconosciuto ai loro principi, dapprima sulla interpretazione delle norme vigenti e, poi, sul rinnovamento delle discipline di settore travolte da una assiolgia che le sovrasta. Emblematica, per tutte, la vicenda che, sul volgere del millennio, ha consentito di riconquistare a civiltà e dignità, nella interna legislazione, le regole dei rapporti genitoriali, sull'onda della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo<sup>15</sup>.

Si pensi, per restare al diritto convenzionale, al ruolo insostituibile della CEDU - ora parte integrante del diritto dell'Unione - nel diffondersi di un nuovo quadro di principi, che da un lato infrangono le barriere nazionali, dall'altro inverano il primato di una normazione per principi e con essa della CorteEDU, coi riflessi dei quali dirò.

Si pensi infine alla croce e diletto dell'odierna scienza civilistica: l'assetto istituzionale multivello delle fonti europee, vera e propria - ecco un ossimoro emblematico - *gerarchia ancipite*, le cui regole - costituzionali - di funzionamento e di relazione sono scritte, giorno per giorno, nel dialogo tra le Corti, enfatizzato nelle sue capacità pervasive nel serrato ed ormai formalizzato rapporto tra i principi dell'Unione, quelli della CartaEDU e, tramite il ricordato art. 117, quelli della nostra Costituzione.

Torneremo su questi aspetti, tra breve, parlando del metodo e dell'interpretazione.

4. La centralità del diritto intertemporale

Preme qui, sempre a proposito delle fonti e dell'oggetto del diritto civile, stigmatizzare la centralità, in tempi di transizione di ordinamenti, del problema del *diritto intertemporale*.

Già Emilio Betti osservava che "nel trapasso storico da una legislazione precedente ad una posteriore"<sup>16</sup> si verifica il fenomeno, insidioso, della *duplex interpretatio*: i fatti giuridici sono oggetto di una doppia valutazione, alla stregua delle norme nuove e di quelli previgenti.

<sup>15</sup> Su questa vicenda, mi permetto di rinviare a G. PASSAGNOLI, *L'affidamento dei minori tra Carducci e Tomasi di Lampedusa, in Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova, 2007, p. 121 ss..

<sup>16</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, rist., Milano, 1990, II, p. 826.

sanitario, da effettuarsi secondo la logica aquilana, costituirebbe presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria. In tal modo, quest'ultima e il medico dipendente tornerebbero a rispondere dei danni subiti dal paziente a titolo diverso, rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale. Tale soluzione appare indubbiamente irragionevole, implicando un regime giuridico diverso nei confronti di una prestazione che non può che essere sempre la stessa, a prescindere dalla esistenza di un contratto d'opera professionale tra medico e paziente.

L'interessante ragionamento svolto dal Tribunale di Arezzo, diretto a ribadire la natura contrattuale della responsabilità tanto del medico dipendente quanto della struttura sanitaria, sembra trovare sostegno in una pronuncia della Corte di Cassazione<sup>41</sup>, datata anch'essa febbraio 2013. Qui, sia pure all'interno di un *obiter dictum*, viene confermata la validità della giurisprudenza sul contatto sociale, a tutela della posizione del paziente.

La Corte di Cassazione afferma che l'art. 3 della Legge Balduzzi non incide sulla costruzione della responsabilità civile da contatto sociale. Si ritiene che l'intento perseguito dal legislatore sia, semplicemente, quello di dettare una regola penale volta ad evitare azioni pretestuose e ad agevolare l'esercizio della professione sanitaria. Per quanto riguarda la responsabilità civile, invece, la Corte è dell'avviso che tale materia continui a seguire «*le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la cd. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale*»<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Dir. e giust.*, 2013, 238, con nota di F.V. VALERI, *Intervento chirurgico assentito sulla base di diagnosi di tumore inesistente: il consenso non può certo definirsi "informato"*. La sentenza riguarda la responsabilità di due medici chirurghi di un'azienda ospedaliera per un'errata operazione di laparoscopia. La paziente aveva rilasciato uno specifico consenso informato basato sull'inesatta informazione sulle proprie condizioni di salute: le era stato erroneamente diagnosticato un tumore conclamato e diffuso tale da rendere improrogabile l'intervento. Solo ricorrendo in Cassazione la paziente ottiene il risarcimento del danno subito per i postumi invalidanti riportati dall'intervento rivelatosi non necessario, oltre che per violazione del principio del consenso informato.

<sup>42</sup> A questo riguardo, la Cassazione precisa: «punto fermo, ai fini della nomofilachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni Unite nel novembre 2008, e tra queste Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973, ed in particolare nel punto 4.3 del cd. preambolo sistematico, che attiene ai cd. contratti di protezione conclusi nel settore sanitario, ed agli *incipit* giurisprudenziali ivi richiamati, e seguiti da decisioni di consolidamento».

La lettura congiunta delle sentenze del Tribunale di Arezzo e della Corte di Cassazione consente di delineare un indirizzo giurisprudenziale che tenta di inserire l'imprecisa formulazione della Legge Balduzzi nel quadro dell'orientamento prevalente negli ultimi quindici anni. Nonostante le considerazioni della Cassazione vengano svolte all'interno di un *obiter dictum*, l'autorevolezza dell'organo da cui promanano esprime una prima presa di posizione della giurisprudenza di legittimità sul problema: al tempo stesso, tale pronuncia rafforza l'idea che lo schema contrattuale rimanga quello da preferire, anche sotto il profilo della coerenza e continuità con la giurisprudenza costante.

4. I possibili profili di incostituzionalità dell'art. 3 della Legge Balduzzi: in particolare, l'ordinanza del Tribunale di Milano.

A sostegno dello schema contrattuale giocano anche considerazioni ulteriori e più generali. La tesi della natura aquilana della responsabilità medica sembra prestare il fianco ad almeno altre tre osservazioni critiche, sotto il delicato profilo della compatibilità dell'art. 3, comma 1, con il dettato costituzionale.

In primo luogo, l'art. 3 desterebbe dubbi di ordine costituzionale in relazione all'art. 77, comma 2, Cost., in quanto il testo originario del decreto legge non «*circoscriveva il novero delle azioni risarcitorie esperibili da parte dei danneggiati alla responsabilità ex art. 2043 c.c.*»<sup>43</sup> (né, tanto meno, conteneva alcuna previsione di carattere penale). Si è visto come, invece, la legge di conversione del decreto modificò profondamente il testo dell'art. 3, poiché, richiamando l'art. 2043 c.c., sembra escludere l'art. 1218 c.c. dai rimedi in tema di responsabilità medica. Si sarebbe, allora, in presenza di una scelta legislativa talmente dirimente nella sua portata che, dal punto di vista costituzionale, non avrebbe potuto essere compiuta in sede di conversione di un decreto legge, il quale non prevedeva nulla su questo punto<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Costi Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.

<sup>44</sup> Oltretutto, il fatto che l'attenzione del legislatore si sia spostata, in sede di conversione, dal versante civilistico a quello penalistico della responsabilità determinerebbe un mutamento sostanziale dell'oggetto dell'art. 3 (si veda sul punto L. CAIAZZO, M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, cit., 490): ciò violerebbe il principio secondo cui va preservata la sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione di un decreto legge.





Quando anche si volesse sostenere che il riferimento all'art. 2043 c.c. implichi l'applicazione della normativa sulla responsabilità extracontrattuale, la conseguenza automatica - quanto inaccettabile - di tale impostazione sarebbe quella di doverne dare attuazione anche in ipotesi pacificamente contrattuali, quali sono quelle di cui all'art. 2230 e seguenti, evidente come un ragionamento di questo tipo, portato alle sue estreme conseguenze, provi troppo, quindi perda di plausibilità, e non possa essere condiviso.

L'impostazione delineata dal Tribunale di Arezzo poggia anche su una riflessione di carattere solo apparentemente più pratico, ma, a ben vedere, condotta sulla *ratio* del provvedimento: l'eventuale inquadramento extracontrattuale della responsabilità medica non sembra essere una strada percorribile, poiché non risulta «neppure funzionale ad una poli-

della legge e degli atti giuridici. Milano, 1971; Id., *L'eremenica come metodica generale delle conoscenze dello spirito*, Roma, 1990. Secondo Betti, l'interpretazione giuridica, quale *species* del *genus* "interpretazione in funzione normativa" pone un problema preciso: quello «dell'intendere per agire, o comunque per decidere, ossia per prendere posizione rispetto a precetti da osservare o in ordine a dogmi, valutazioni morali, o situazioni psicologiche da tenere in conto». In questa ottica, l'interpretazione «non ha una funzione meramente ricognitiva del pensiero (...), ma la funzione di svilupparne le direttive per l'azione pratica o un'opzione». La peculiarità del problema del giurista-interprete sta, dunque, nel fatto che «il suo intendere non è teso a provocare un'esperienza contemplativa, estetica o intellettuale, ma all'agire o al decidere rispetto a una situazione della vita sociale»; pertanto, egli «deve saggiare proprio in tale direzione la portata del risultato del procedimento teorico» (così G. BENEDETTI, *Una testimonianza sulla teoria eremenica di Emilio Betti*, in *Riv. Dir. civ.*, 1990, 6, 794). Betti evidenzia che per realizzare tale finalità, «l'interprete deve raffigurarsi le reazioni e le ripercussioni pratiche, e in questo senso, *drammatizzarsi* (realize si direbbe in inglese), l'esito dell'interpretazione che sta per proporre e sostenere». Pertanto, «l'interpretazione che interessa il diritto non può appoggiarsi a una ricognizione teorica, ma deve andare oltre, sia per rendere il precetto assimilabile nella vita sia per sottoporre il fatto ad una diagnosi giuridica». Per questo motivo, l'interprete deve raffigurarsi un caso concreto della vita per valutare le sue conseguenze pratiche, i risvolti effettivi che l'interpretazione ipotizzata implicherebbe. Nel contempo, la sua valutazione non può più essere condotta alla luce di canoni logico-conoscitivi, ma secondo criteri assiologici di plausibilità e ragionevolezza. In altri termini, «l'intendere del giurista-interprete, ordinato all'agire, deve trovare il suo vago finale proprio in quella dimensione. Di qui la *drammatizzazione*, e cioè il tutto nell'azione. (...) Se l'esito eremenico non resiste a tale impatto, l'interprete deve rivedere, ricominciare daccapo, sperimentare nuovi itinerari».

tica di *abbattimento dei risarcimenti*». Questa considerazione consente di rilevare come il Tribunale di Arezzo prenda le distanze dalla impostazione seguita dal Tribunale di Torino anche in merito al titolo di responsabilità della struttura sanitaria. Secondo il giudice aretino, la responsabilità solidale della struttura, nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero assoggettati al regime aquiliano, conserverebbe natura contrattuale in virtù del contratto di ospedalità<sup>39</sup>, che viene tacitamente concluso con la accettazione del paziente. Per questa via, si finirebbe per frustrare proprio quella finalità di contrasto al fenomeno della medicina difensiva che - paradossalmente - sembrava costituire la ragione legislativa del rinvio all'art. 2043 c.c.

Oltretutto, l'idea che rispetto alla struttura sanitaria rimanga fermo il paradigma contrattuale mentre il medico risponda a titolo aquiliano, determinerebbe qualche complicazione applicativa e processuale<sup>40</sup>. Si pensi all'ipotesi in cui il malato convenga in giudizio sia la struttura che il singolo professionista, al cui comportamento sia imputabile l'evento lesivo; ebbene, in tal caso, l'accertamento della colpa del

<sup>39</sup> Il "contratto di ospedalità" o "contratto di assistenza sanitaria" si configura come un autonomo e atipico contratto a prestazioni correlative, al quale vengono applicate le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c. In forza di questo contratto sorge, a carico della struttura ospedaliera, una obbligazione avente ad oggetto una complessa prestazione di assistenza sanitaria. Essa non si esaurisce nella semplice esecuzione delle cure mediche e di quelle chirurgiche, ma si estende ad una serie di ulteriori prestazioni: l'assistenza post operatoria attraverso l'impiego di personale medico ausiliario o paramedico, l'apprestamento delle attrezzature, la somministrazione di medicinali, nonché la fornitura di servizi alberghieri (vitto e alloggio) in favore dei pazienti all'interno della struttura sanitaria (così Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ.*, 2005, 11, 1, 2703, con nota di V.N. FLAMMINI, *L'irritazione della morte ingiusta*; in *Danno e resp.*, 2005, 537). Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente stesso. In definitiva, l'ente ospedaliero può incorrere in responsabilità sia per fatti a sé direttamente ascrivibili ex art. 1218 c.c. sia ex art. 1228 c.c. per eventi dannosi cagionati da prestazioni professionali rese da medici o da altri soggetti operanti all'interno di esso.

<sup>40</sup> Si veda sul punto Si veda M. HAZAN, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità (Legge 8 novembre 2012, n. 189, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 258, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, G.U. 10 novembre 2012, n. 263, suppl. ord. n. 201)*, in *Danno e resp.*, 2013, I, 64.

Ciò avviene, si può dire, quotidianamente, nel fluire continuo, alluvionale, accidentato delle fonti europee, di quelle armonizzate, di quelle interne.

La questione di armonizzazione massimamente i rapporti contrattuali pendenti, per due ragioni, che è utile ricordare.

Da un lato, le dimensioni dell'intervento delle fonti europee sul diritto dei contratti - quantitativamente estesissimo e qualitativamente apicale - conseguente emergere di un articolato quadro di principi, capaci di riflettersi sul sistema, nella misura in cui enunciano nuove gerarchie di valori ed attribuiscono organica rilevanza a categorie di interessi, in precedenza marginali se non irrilevanti per il diritto.

Dall'altro, il tradizionale privilegio accordato - in una tradizione di pensiero risalente, radicata e diffusa anche altrove - alla ultrattività della forza di legge del contratto rispetto allo *ius superveniens*, in antitesi con quanto avverrebbe per le situazioni dinamiche, i diritti di personalità, i diritti reali; situazioni rispetto alle quali, benché vi sia una fattispecie acquisitiva del diritto interamente collocata nel passato, nulla osterebbe all'abbandono della *lex temporis* a favore dello *ius superveniens*.

Certo è che al deporre dei modelli teorici tradizionali del diritto intertemporale (dal diritto acquisitivo, al fatto compiuto, sino alla teoria gradualistica)<sup>17</sup> fa riscontro un contesto assiologico di diritti fondamentali multilivello, nel quale la dialettica tra autonomia e libertà trova composizione formale, sul piano dei rapporti tra le Corti e tra le Corti, e non compete più al principio di irretroattività porre un limite razionale alla invasività legislativa nel diritto dei privati.

Le situazioni soggettive resistono o cedono non sulla base di un astratto giudizio di intangibilità dell'esistente, che evidentemente diviene del tutto implausibile in tempi di intenso rinnovamento. Esse, piuttosto, resistono o cedono - nel contesto assiologico dei rapporti di prevalenza o sovrappresenza che a livello apicale si instaurano tra valori in conflitto - in funzione del vago di ragionevolezza<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Per una analisi del problema ed un tentativo ricostruttivo, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. G. PASSAGNOLI, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 543 ss.

<sup>18</sup> Secondo A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 29 ss., 50 ss., in prospettiva critica rispetto agli orientamenti della Corte Costituzionale, la ragionevolezza costituirebbe un limite alla retroattività delle norme solo a condizione di intenderla come violazione, ad un tempo di eguaglianza e libertà, cioè allorché al "privato è inflitto un pregiudizio contrario alla giustizia retributiva o

delle disparità di trattamento che conseguano alla pura e semplice considerazione temporale della vigenza della norma.

Ben si giustifica in questo contesto l'orientamento della Corte di Giustizia circa la naturale efficacia retroattiva delle sue pronunce in sede di rinvio pregiudiziale, con riferimento alle disposizioni che avrebbe dovuto assegnarsi alle disposizioni sin dal momento della loro entrata in vigore. E si comprende anche la circostanza che la Corte al contempo si riservi il potere di precisare quali effetti debbano invece considerarsi come definitivamente prodotti, disponendo in tal caso - con una flessibilità estranea alle categorie tradizionali - la efficacia soltanto *ex nunc* della propria interpretazione pregiudiziale<sup>19</sup>.

Similmente è a dirsi per le pronunce della Corte EDU, in un significativo contrappunto tra questa e la nostra Corte Costituzionale, alla stregua del già ricordato nuovo testo dell'art. 117 Costituzione. Si pensi, per tutte, alla vicenda della dichiarata illegittimità costituzionale della normativa interna in materia di indennità di espropriazione dei suoli agricoli e non edificabili (C. Cost. 10 giugno 2011, n. 181) perché in contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, sulla base di plurime precedenti pronunce in tal senso della Corte di Strasburgo. Qui il Giudice delle leggi, richiama in motivazione il proprio diverso precedente orientamento, espresso nella sentenza 261 del 23 luglio 1997, ma consapevolmente se ne discosta. E l'argomento, grandemente significativo ai fini del nostro discorso, consiste nel fatto che, mentre all'epoca non poteva essere evocato come parametro costituzionale interposto la disciplina della Cedu, una tale operazione ermeneutica è oggi possibile grazie al nuovo testo dell'art. 117. Ciò, si badi, nonostante che nei giudizi *a quibus* di quella pronuncia si trattasse di espropri, tutti, di data anteriore alla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Come dire che, sebbene la illegittimità costituzionale, in termini formali, sia sopravvenuta, essa trova ugualmente applicazione retrospettiva nella specie. Il profilo assiologico prevale così sul criterio temporale, pur ordinariamente dirimente nel giudizio di ragionevolezza.

Si delinea insomma un sistema di diritto intertemporale che consolida un nuovo ossimoro del

distributiva che sia innanzitutto violenza alla libertà di scelta che il diritto è impegnato a garantire<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto vedi ancora G. PASSAGNOLI, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, cit., e ivi nota 89. M. MARI, *Il rinvio pregiudiziale. Uniformità ed efficacia del diritto comunitario negli Stati membri, in Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. Gambino, Milano, 2002, p. 481 ss.



presente: la *irretroattività retrospettiva*, nel farsi del diritto europeo.

### 5. Postilla sul metodo e sul ruolo del civilista.

Non è questa la sede per un compiuto discorso sul metodo, sul quale in questi anni tanto e bene si è profusa la nostra dottrina più autorevole. Mi limiterò perciò a qualche spunto paradigmatico.

Anzitutto una premessa, tratta dal più attento osservatore degli statuti epistemologici della nostra disciplina.

La formazione di un diritto europeo non può andar disgiunta dalla "formazione di un civilista europeo"<sup>20</sup>; insomma, prima del metodo la cultura, specie nella "prestruttura euristica"<sup>21</sup> della capacità di comprendere il proprio tempo.

Questo inconfutabile rilievo, ne richiama un altro, anch'esso pregnante e formulato dal medesimo Autore sin da quando, nel 1985 venne ratificata e resa esecutiva la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, che fu primo vero banco di prova di un nuovo orizzonte del civilista contemporaneo.

Vi è, come tutti sanno, una disposizione, centrale nel sistema della normativa uniforme: l'art. 4, che esclude dall'ambito applicativo della Convenzione tanto i profili di validità del contratto, che quelli concernenti l'efficacia traslativa di questo. Un "prezzo pagato" alle esigenze di uniformità, che certo provocò "un disorientamento, quanto meno un disagio, sull'interprete municipale, dominato com'è da un'idea totalizzante di regolamento legale". Come pensare la vendita senza trasferimento di proprietà? Come distaccarsi da un consolidato bagaglio concettuale? La via, sin da allora, additata è lineare e calza benissimo al presente: "l'interprete ha da essere più consapevole e affinato", egli ha da essere nutrito "di storia dogma e comparazione: con una ardita trasposizione si potrebbe parlare di <dottrina ignoranza>".<sup>22</sup> Un altro ossimoro, dunque, la cui remotissima attualità stupisce soltanto l'osservatore superficiale.

Il discorso sul metodo dovrebbe continuare con quello che appare un prodotto tanto elevato della nostra cultura giuridica, cioè una sintesi della complessità così riuscita, da impedire quasi di scorgervi

<sup>20</sup> G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1294; e vedi anche A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 129 ss.

<sup>21</sup> G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1234.

<sup>22</sup> G. BENEDETTI, *Commento all'art. 4*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 10 dell'estratto.

l'ossimoro che vi si cela: la *dogmatica flessibile* di Luigi Mengoni.

Uno strumento mai come oggi<sup>23</sup> indispensabile per raccordare il molteplice ai principi, in una tensione costante dell'interprete - consapevole della ineludibile componente assiologica di ogni pur moderata e storicizzata concettualizzazione su basi induttive - dal momento topico o problematico a quello dogmatico<sup>24</sup>, per quanto "flessibile", poiché relativizzato in chiave ermeneutica.

Detto altrimenti, con Benedetti, nelle "riflessioni sull'ermeneutica emerge il senso che la *dogmatica* assume nell'età che ne rifiuta il nome"<sup>25</sup>.

Nel comune contesto ermeneutico, tuttavia, le regole dell'interpretazione cambiano in funzione del diverso livello ordinamentale, come attenta dottrina ha già evidenziato<sup>26</sup>.

Dalla inapplicabilità delle regole interpretative nazionali per i testi comunitari, per i quali la Corte di Giustizia adotta un criterio essenzialmente teleologico, corredato da vari principi complementari e, tra essi, quelli storico, logico, sistematico ed evolutivo<sup>27</sup>, al canone - centrale - di conformità<sup>28</sup> della interpretazione delle fonti interne derivate a quella delle corrispondenti disposizioni comunitarie, col temperamento della c.d. dottrina di contro limiti, praticata dalla nostra Corte Costituzionale.

Sino al problema delle lacune, coerentemente risolvibile solo pensando al diritto privato europeo come ad un insieme assiologicamente orientato, nel quale come è stato detto, risulta ormai ingiustificata

<sup>23</sup> L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 23 ss.

<sup>24</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 46 ss.; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, cit., p. 100 ss.

<sup>25</sup> G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1293.

<sup>26</sup> V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 413-414, che ben scandisce i diversi livelli

dell'interpretazione e delle regole ermeneutiche "a seconda che l'interpretazione abbia ad 'oggetto' i testi normativi comunitari *tout court*, oppure il diritto interno di derivazione comunitaria (il c.d. diritto nazionale armonizzato) oppure ancora il diritto interno c.d. puro, ossia di esclusiva formazione nazionale". Per una ampia analisi della materia, vedi E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato ludica - Zatti*, Milano 2008, p. 109 ss.

<sup>27</sup> Si veda ancora V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, p. 417.

<sup>28</sup> V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, p. 420.

riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto d'opera professionale; di conseguenza, «il detto gestore risponde dei danni al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ.».

Si aggiunge, pertanto: «il positivo accertamento della responsabilità dell'istituto postula (...)», sebbene si tratti di responsabilità contrattuale, «(...) purché si assuma illecita, non potendo detta responsabilità affermarsi in assenza di tale colpa (...)». Tant'è che si afferma «poiché sia l'art. 1218 che il successivo art. 2049 cod. civ. presuppongono, comunque, un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, cosicché, in assenza di tale colpa, non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale del committente per fatto illecito dei suoi preposti»<sup>35</sup>. Il giudice ha comunque cura di precisare che «tale responsabilità si perfeziona solo in presenza di un contratto di ospedalità (ricovero previamente concordato), ma anche in caso di ricovero urgente (in cui c'è un contratto di ospedalità concluso factis o un contatto sociale qualificato)».

In questo contesto giurisprudenziale si inserisce un'altra pronuncia di merito, quella del Tribunale di Arezzo<sup>36</sup>, datata febbraio 2013, che si segnala per la presa di distanza dai precedenti di Varese e Torino, nonostante la contiguità temporale con questi ultimi.

In tale pronuncia trova più attento e approfondito sviluppo l'idea che il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nella Legge Balduzzi vada letto, semplicemente, come un'impresione tecnica del legislatore. Secondo il Tribunale di Arezzo, non vi sono ragioni per sostenere che la novella legislativa incida sull'attuale costruzione della responsabilità del

<sup>35</sup> A questo riguardo, il giudice precisa che va «fatta eccezione per il riferimento all'art. 1176 e all'art. 2236 c.c., che ora devono ritenersi superati dall'essime speciale introdotta dal Decreto Balduzzi (aver agito in conformità alle buone prassi riconosciute dalla comunità scientifica)».

<sup>36</sup> Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Il giudice si pronuncia sulla domanda risarcitoria proposta da una coppia di genitori per i danni riportati dal figlio appena nato a seguito della perdita del testicolo sinistro; questa sembra, infatti, conseguire ad una tardiva diagnosi di torsione del funicolo da parte dei sanitari dell'ospedale in cui il bambino è stato partorito. Nella sua decisione il Tribunale rigetta la domanda degli attori per l'impossibilità di ravvisare un nesso causale apprezzabile tra la condotta omissiva dei sanitari (il mancato controllo del neonato per circa 15 ore) e il pregiudizio sofferto dal neonato (la necrosi del testicolo), risultando di gran lunga "più probabile che non" l'immunità del ritardo diagnostico.

medico dipendente quale responsabilità contrattuale. Il riferimento all'art. 2043 c.c. non sarebbe sufficiente a determinare un *revirement* giurisprudenziale nel senso del ritorno allo schema della responsabilità aquiliana: piuttosto, l'art. 3 della Legge si limiterebbe «a determinare un' *estime* in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), a fare salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio» senza nulla specificare sulla natura della responsabilità e «a sottolineare la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)».

A sostegno di questa posizione vengono addotte due ragioni fondamentali. Innanzitutto, una ragione di carattere sistematico: richiamare un obbligo (quello contenuto nell'art. 2043 c.c.) non equivale a richiamare interamente la relativa disciplina (quella della responsabilità aquiliana). Infatti, è vero che l'art. 2043 c.c. (Risarcimento per fatto illecito) costituisce la norma cardine in tema di responsabilità risarcitoria da fatto illecito. Al tempo stesso, tuttavia, «la concreta disciplina della responsabilità aquiliana è contenuta *altrove*» nel codice civile (essendo completata dalle norme contenute negli artt. 2697 e 2947, nonché negli artt. 2055 e seguenti). In modo speculare, lo stesso discorso può essere svolto - sostiene il giudice aretino - per la responsabilità contrattuale: essa trova la propria disciplina non solo nell'art. 1218 (Responsabilità del debitore) del codice civile, ma anche in altre disposizioni (in particolare, negli artt. 2946 in tema di prescrizione ordinaria, nonché negli artt. 1223 e seguenti in tema di selezione e quantificazione delle conseguenze risarcibili). Ne consegue che il suddetto riferimento all'art. 2043 c.c. appare come «*del tutto neuro rispetto alle regole applicabili*» e consente «*di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale*», come delineati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 577/2008<sup>37</sup>.

La seconda considerazione viene svolta tramite la tecnica dell'argomentazione per assurdo<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Il riferimento è a Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., in cui si stabilisce che «l'attore paziente, danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto - o il contatto sociale - e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, a struttamento idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante».

<sup>38</sup> Con riguardo alla tecnica del ragionamento per assurdo, si veda la teoria sulla drammatizzazione di Emilio Betti, del quale si citano: E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1953; ID., *Interpretazione*



erano accordati per l'intervento e avevano stipulato uno specifico rapporto negoziale, pertanto può essere data applicazione esclusivamente all'art. 1218 c.c. Ragionando in tal modo, il giudice evita sostanzialmente di applicare la legge Balduzzi.

La nuova normativa è, invece, concretamente recepita dal Tribunale di Torino<sup>31</sup>, in una decisione di poco successiva. In questa occasione viene rigettata la domanda del paziente per i danni subiti in ospedale (frattura del femore), per non avere fornito la prova della colpa delle parti convenute, e quindi del fatto illecito. Questo ragionamento sull'onere della prova mostra in modo evidente quale sia l'orientamento a cui aderisce il Tribunale di Torino. Anzi, la pronuncia non solo si pone in linea con la tesi seguita dal giudice di Varese, favorevole al ritorno della responsabilità aquiliana del medico, ma si spinge oltre: afferma che tanto il sanitario quanto la struttura intratterrebbero con il paziente un rapporto disciplinato ex art. 2043 c.c.

La sentenza introduce, dunque, un ulteriore elemento di complessità nell'analisi del problema: essa tenta di riflettere anche sul titolo della responsabilità della struttura sanitaria, nel silenzio sul punto della Legge Balduzzi. Viene propugnata l'idea che la responsabilità della struttura possa sì essere ipotizzata, ma solo con riferimento agli enti pubblici.

Si osserva che, mentre la norma del decreto sanciva la natura contrattuale della struttura sanitaria pubblica e dei medici pubblici dipendenti, la legge di conversione opta, invece, per la soluzione opposta: sembra cioè fondare la responsabilità risarcitoria del medico pubblico dipendente sui criteri della responsabilità aquiliana. Se «resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043», significa che la norma in questione è quella che «disegna i criteri per l'individuazione della responsabilità del medico pubblico dipendente e della struttura pubblica nel quale questi opera». Pertanto, si sostiene che l'art. 3 «cambia il "diritto vivente", operando una scelta di campo del tutto chiara (anche se opposta a quella del decreto legge), e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica. Se "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c." in tutti i

<sup>31</sup> Trib. Torino, 26 febbraio 2013, cit.: «Se la norma del decreto scorpora la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica, e dei medici dipendenti, quella della legge di conversione opta per la soluzione opposta. Scompare, infatti, ogni riferimento esplicito alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico dipendente (...); campeggia un riferimento all'art. 2043 c.c. (...). La legge di conversione, quindi, ribaltando la norma del decreto legge, faceva una chiara scelta in tema di responsabilità risarcitoria del medico pubblico dipendente, pare riferire quest'ultima ai criteri della responsabilità aquiliana».

casì in cui il medico (ed è da intendere, come ricordato, anche la struttura sanitaria nella quale egli opera) sia chiamato a rispondere del suo operato, che questo sia penalmente rilevante o meno, significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale».

L'idea che tanto il medico dipendente quanto la struttura in cui questi opera abbiano natura extracontrattuale non trova, invece, sostegno in una recente pronuncia del Tribunale di Emma<sup>32</sup>. Essa richiama, in buona sostanza, l'orientamento espresso dal Tribunale di Varese (di cui ripercorre l'iter argomentativo), e quindi mostra di preferire lo schema extracontrattuale. Ma le conclusioni del ragionamento sono espresse in modo ancor più cristallino. Si afferma che il titolo di responsabilità del medico e della struttura sanitaria è duplice: «a) contrattuale per la struttura sanitaria (...); b) extracontrattuale per il medico (...)». Se ne conclude che «la conseguenza della riforma (...) è quella di deviare il flusso del contenzioso per errori medici dei sanitari alle strutture ospedaliere, alleggerendo la posizione dei medici e scongiurando il proliferare della cd. medicina difensiva».

Dunque, con riguardo al titolo di responsabilità del medico dipendente, il giudice di Emma ribadisce che «il legislatore abbia tracciato una riga orizzontale su tutta la giurisprudenza di Cassazione degli ultimi venti anni, riproponendo un orientamento arcaico risalente al 1979». Il riferimento è a quella Cassazione<sup>33</sup> in cui si è sostenuto che l'accettazione del paziente in ospedale comporterebbe la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero; a questo rapporto contrattuale non parteciperebbe il medico dipendente che provvederebbe allo svolgimento dell'attività diagnostica e/o terapeutica, quale organo dell'ente; di conseguenza la responsabilità di questi sarebbe soltanto extracontrattuale.

Quanto alla responsabilità della struttura sanitaria, il Tribunale di Emma dimostra di non condividere l'idea del giudice torinese, allineandosi, invece, con la giurisprudenza costante della Suprema Corte<sup>34</sup>. Atteso che il ricovero del paziente in una struttura (pubblica o privata) avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso e il soggetto gestore della struttura, «l'adempimento del contratto, con

<sup>32</sup> Trib. Emma, 18 maggio 2013, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Il giudice accoglie la domanda di condanna dell'Azienda ospedaliera di Emma e del medico dipendente al risarcimento dei danni subiti dal paziente a seguito di un intervento terapeutico volto a ricomporre una frattura del polso provocata da una caduta accidentale.

<sup>33</sup> Cass., 24 marzo 1976, n. 1716, cit.

<sup>34</sup> Il riferimento è a Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ., mass.*, 2006, 5.

la diffidenza sull'uso "dei principi e delle clausole generali da parte delle Corti e della dottrina"<sup>29</sup>.

Se tutto ciò appaia condivisibile, ne risulta profondamente modificato il ruolo del civilista, oggi.

Un ruolo, come è stato scritto efficacemente, che va oltre il "pregiudizio illuminista che sia riservata solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale e negata al diritto civile nelle sue articolazioni la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci ricorda sempre la *common law*"<sup>30</sup>.

Così l'interprete - a condizione che la "provvedutezza sapientiale"<sup>31</sup>, che ne costituisce la fonte di legittimazione, non costituisca un alibi o una chimera - diventa "protagonista attivo del processo di integrazione europea"<sup>32</sup>, con una "attività che non è semplicemente cognitiva come un tempo si pensava, ma concorre alla formazione del diritto"<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo*, p. 131. Il punto, peraltro, è al centro di un serrato dibattito sulla scorta argomentativa della "origine contrattualistica dell'ordinamento comunitario e il suo carattere tipicamente settoriale" che renderebbero inutilizzabili sia l'analogia sia, almeno in linea generale, il ricorso ai principi generali" (cfr., V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, p. 418; E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, p. 235 ss.).

<sup>30</sup> Vedi ancora G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo*, p. 131; S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 41 ss.

<sup>31</sup> Così, P. GROSSI, *Un impegno per il giurista d'oggi*, cit., p. 49.

<sup>32</sup> V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, p. 437.

<sup>33</sup> L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 1 ss..





## LA CONDIZIONE DI EREDE BENEFICIATO COME ECCEZIONE RILEVABILE D'UFFICIO: L'OPINIONE DEL CIVILISTA

Di Stefano Pagliantini

| 300

**SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'eccezione di responsabilità intra vires come mera deduzione difensiva ed il valore della giustizia della decisione. – 3. Il significato utile dell'art. 510 c.c. e l'automatizzato espandersi degli effetti protettivi. – 4. Chiosa finale.**

### 1. Premessa

Ancora un *decisum* delle Sezioni unite<sup>1</sup>: e, nel segno di quel *test* di specifica ragionevolezza del risultato che già aleggiava in sede di rilevanza officiosa della nullità<sup>2</sup>, una decisione di pregevole fattura.

La *questio*: il limite *intra vires* della responsabilità patrimoniale dell'erede (art. 490 c.c.), il quale risulta che abbia accettato con beneficio di inventario, costituisce oppure no motivo di un'eccezione in senso stretto? Ove infatti la si dovesse qualificare come tale, ovvio che sarebbe di esclusiva spettanza dell'erede convenuto sollevarla, col risultato, nel caso ciò nondimeno una Corte dovesse procedere a rilevarla *ex officio*, di incorrere in un'ultraprezione. Se invece, come le Sezioni unite persuasivamente

<sup>1</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, che leggesi per esteso in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).  
<sup>2</sup> Per un commento a Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: puni fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 15 ss. Ma, per chi lo voglia, nel tentativo di simmetrizzare gli sviluppi dell'(intricata) vicenda, può vedersi anche PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21/083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in *Corr. giur.*, 2013, 173 ss.

evidenziano, la si dovesse assimilare ad una mera deduzione difensiva, se ne potrebbe correttamente prospettare la rilevanza officiosa.

Il problema, come si può intuire, in prima battuta ha una veste squisitamente processuale, epperò i suoi riverberi sostanziali sono tutt'altro che di marginale spessore. E non soltanto per il (sonnacchioso) ambito del diritto ereditario.

### 2. L'eccezione di responsabilità intra vires come mera deduzione difensiva ed il valore della giustizia della decisione.

È un vero *revirement* quello che le Sezioni unite mettono qui in scena: nei precedenti che si conoscono, infatti, appariva incontroso che quella di responsabilità *intra vires hereditatis* o di eredità beneficiata fosse una situazione da iscrivere nella classe delle eccezioni in senso proprio, come tale improponibile per la prima volta in Cassazione e, per effetto del nuovo art. 345 c.p.c., nel giudizio di appello<sup>3</sup>. L'eccezione avente ad oggetto il limite di responsabilità per eredità beneficiata rappresenta,

<sup>3</sup> V., selezionando da un fitto catalogo, le più significative: Cass. 26 giugno 2007, n. 14766; Cass. 22 dicembre 2005, n. 28381; Cass. 14 marzo 2003, n. 3791, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2747 ss.; Cass. 18 giugno 2002, n. 8818.

ciò per due ragioni. Innanzitutto, viene in considerazione il dato testuale: la disposizione fa riferimento, in termini generali, all' "esercente una professione sanitaria", senza delineare alcuna distinzione tra medico libero professionista e medico dipendente, né tanto meno tra dipendente di struttura pubblica e dipendente di struttura privata. Inoltre, non è possibile prescindere dalla *ratio* della legge: se la finalità è quella di contrastare il fenomeno della medicina difensiva attraverso un alleggerimento degli oneri probatori a carico del medico dipendente, a maggior ragione una tale previsione dovrebbe valere per il medico libero professionista, il quale risponde direttamente e in prima persona del proprio operato. Ma, così ragionando, si giungerebbe alla conclusione - tanto paradossale quanto inaccettabile - di dover applicare l'art. 2043 c.c. anche in presenza di un contratto vero e proprio tra professionista e paziente<sup>4</sup>.

Tali considerazioni sembrano trovare ulteriore sostegno nel ragionamento svolto dal Tribunale di Milano all'interno dell'ordinanza con cui ha rimesso al vaglio di legittimità costituzionale l'art. 3 della Legge Balduzzi<sup>5</sup>. Rilevato che la disposizione «si applica a tutti gli esercenti la professione sanitaria senza distinzione fra il settore pubblico e il settore privato in cui essi operano», il Tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale di questa disposizione per violazione, tra gli altri<sup>6</sup>, degli artt. 3 e 28 Cost. Ciò proprio in quanto i medici pubblici dipendenti riceverebbero un trattamento privilegiato rispetto ad altri dipendenti dello Stato e di enti pubblici che, «non esercitando una professione sanitaria, ma pur esercitando una attività che ha una rilevanza quotidiana con i medesimi beni giuridici (...) non sono gratificati dalla colpa lieve».

<sup>4</sup> Se ne deve concludere che la nuova disposizione riguarda solo le ipotesi di responsabilità "per contatto", cioè quelle in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente danneggiato e sanitario: mentre nei casi in cui sussista un contratto in senso tecnico tra medico e paziente non potrebbe che trovare applicazione l'art. 1218 c.c. e la disciplina della responsabilità contrattuale.

<sup>5</sup> Trib. Milano, 21 marzo 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1263, con nota di F. PONTIS, *Nota a Trib. Milano, 21 marzo 2013*, sez. IX. Sul punto, si rinvia al paragrafo n. 4 del presente lavoro.

<sup>6</sup> Il Tribunale di Milano ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012 in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost., nella parte in cui introduce una norma *ad professionem*, delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi evento lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi.

### 3. Gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza.

È interessante vedere quali siano state le reazioni della giurisprudenza davanti al discorso dettato dall'art. 3 in commento. Anche quest'ultima, come la dottrina, si è divisa quanto al modo di interpretare il richiamo all'art. 2043 c.c.

Varie pronunce di merito, negli ultimi mesi, si dimostrano favorevoli a sostenere una lettura della responsabilità medica in linea con il modello extracontrattuale.

Come anticipato, nella prima pronuncia sul tema, il Tribunale di Varese<sup>7</sup> ha proposto una interpretazione restrittiva dell'art. 3 in commento, identificando una responsabilità contrattuale tra paziente danneggiato e struttura, ma extracontrattuale tra medico e paziente<sup>8</sup>. Secondo questa lettura, la nuova disposizione restaurerebbe il regime di responsabilità anteriore al *revirement* del 1999. In particolare, il fatto che in sede civile, anche in caso di colpa lieve, sia ammessa azione contro il medico *ex art.* 2043 c.c. conduce il giudice di Varese a formulare la seguente conclusione: «così facendo, il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana».

Oltretutto, secondo il Tribunale di Varese, la proponibilità di una tale scelta interpretativa non porrebbe alcun problema in punto di compatibilità costituzionale, visto e considerato che «nel vigore dell'orientamento pretorio che proponeva come modello di azione l'art. 2043 c.c. non si era dubitato della costituzionalità di una impostazione del genere».

Si deve però precisare che, nel caso di specie, il giudice pronuncia la sua decisione senza applicare l'art. 2043 c.c.: egli ritiene che la nuova previsione riguardi soltanto «le ipotesi di responsabilità per "contatto", e cioè le ipotesi (al confine tra contratto e torto) in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente danneggiato e sanitario oppure un rapporto contrattuale atipico di spedalità». Nel caso esaminato, invece, il medico e la paziente si

<sup>7</sup> Trib. Varese, 26 novembre 2012, cit.

<sup>8</sup> Si deve comunque precisare che nel caso di specie, il giudice pronuncia la sua decisione senza applicare l'art. 2043 c.c., ritenendo che la nuova previsione riguardi soltanto le ipotesi di responsabilità per contatto, mentre, nel caso esaminato, il medico e la paziente si erano accordati per l'intervento e avevano stipulato un specifico rapporto negoziale; pertanto, viene data applicazione all'art. 1218 c.c.



determinato il superamento della tendenza giurisprudenziale alla contrattualizzazione della responsabilità medica attraverso il ricorso alla teoria del contatto sociale qualificato<sup>20</sup>. Dunque, in mancanza di un vero e proprio rapporto contrattuale fra medico dipendente della struttura e paziente, il primo risponderrebbe dei danni arrecati all'altro quale autore di un fatto illecito<sup>21</sup>.

A sostegno di questa lettura interpretativa viene addotta un'argomentazione fondamentale. L'adesione al modello fondato sull'art. 2043 c.c. appare coerente con l'intento di attenuare la responsabilità professionale medica: esso implica infatti un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul sanitario e un dimezzamento, sempre a vantaggio di quest'ultimo, dei termini della prescrizione.

In definitiva, il riferimento al fatto illecito si giustificerebbe con l'intento di restringere i limiti non solo della responsabilità penale, ma anche di quella civile. La Legge Balduzzi, in questo senso, appare come l'occasione di mettere in discussione il modello della responsabilità contrattuale da contatto sociale e di riequilibrare l'asimmetria processuale creatasi tra medico e paziente.

Tra i sostenitori della tesi aquiliana vi è chi perviene a conclusioni parzialmente differenti. L'attenzione viene concentrata sulla locuzione "in tali casi" con cui la Legge introduce la salvezza degli obblighi risarcitorio ex art. 2043 c.c., pur in assenza di condanna in sede penale per essersi il medico attenuto alle linee guida, e in presenza di colpa lieve. Si ritiene che "in tali casi", ma solo in essi si applichi la virtù del richiamo all'art. 2043 c.c., una disciplina della responsabilità meno gravosa per il medico di quella contrattuale. In altri termini, il riferimento all'art. 2043 c.c. avrebbe una portata circoscritta, e non avrebbe l'effetto di ricondurre l'intera materia della responsabilità medica nell'alveo dell'illecito extracontrattuale<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Si ricorda come la tendenza alla contrattualizzazione della responsabilità civile attraverso la teoria del contatto sociale qualificato si sta recentemente estesa al di fuori del settore sanitario, con esiti spesso discutibili. Si veda sul punto M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, 1693 ss.

<sup>21</sup> Tale ricostruzione è proposta da G. IANNI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto e il cd. danno da nascita indesiderata*. La cd. riforma Balduzzi, in [www.legalso.it](http://www.legalso.it); G. BUFFONE, *L'equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Focallini introdotto dalla Legge 189/2012*, in F. Martini, U. Genovesi (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Rimini, 2012, 21.

<sup>22</sup> Così M. L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi su-*

Un diverso orientamento considera, invece, il richiamo all'art. 2043 c.c. come una semplice imprecisione da parte del legislatore, di per sé inidonea a mutare quell'orientamento giurisprudenziale costante che predica, in funzione di una più incisiva tutela del paziente, la natura contrattuale della responsabilità medica. Si ritiene che la pur meritevole finalità di contrastare il fenomeno della medicina difensiva non possa realizzarsi attraverso lo svilimento degli strumenti di tutela del paziente come forniti dal paradigma contrattuale. Inoltre, la circostanza che il riferimento all'art. 2043 c.c. possa essere letto come un'imprecisione del legislatore sembra suffragata – secondo questa tesi – anche dagli atti parlamentari: il riferimento è alla parte in cui il Ministro della Salute ha espressamente affermato che «la norma (...) non stravolge la disciplina della responsabilità medica»<sup>23</sup>.

A sostegno di questa seconda impostazione militerebbe una considerazione ulteriore, relativa alla portata soggettiva della disposizione in commento. La lettura che aderisce al paradigma extracontrattuale presuppone che l'art. 3 costituisca una disposizione speciale, applicabile ai soli medici dipendenti e alle rispettive strutture<sup>24</sup>, anzi, a rigore, con riguardo a queste ultime, la disposizione dovrebbe valere solo per i medici pubblici dipendenti, coerentemente con la finalità perseguita dalla legge (cioè quella di «procedere al riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica»<sup>25</sup>).

In realtà, l'art. 3 non sembra avere un ambito applicativo così ristretto sotto il profilo soggettivo, e scitati dalla Legge Balduzzi, in *Giust. Civ.*, 2013, 7-8, 293 ss.

<sup>23</sup> Dichiarazione resa dal Ministro della Salute Renato Balduzzi in occasione della seduta del Senato n. 825 del 30 ottobre 2012, relativamente al primo comma dell'art. 3, come modificato dalla Camera in sede di conversione del decreto legge. Inoltre, c'è stato anche chi ha rilevato che il riferimento alla *lex aquilia* non possa essere caricato di intenti rivoluzionari; esso sarebbe piuttosto giustificato per il fatto che, in presenza di «una disposizione tuttora incentrata sulla responsabilità penale, era naturale il collegamento all'illecito extracontrattuale, che del *crimen* costituisce, sul piano del diritto privato, il naturale e speculare risvolto» (così L. CAJAZZO, M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. giur.*, 2013, 4, 495).

<sup>24</sup> Così B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel cd. «Decreto Balduzzi»* cit., 1239.

<sup>25</sup> Come si legge nella premessa al decreto legislativo n. 158/2012.

veniva detto, un dato indiscusso fin da Cass. 4373/1980<sup>4</sup>: logico allora che, ove l'eccezione non fosse stata ritualmente proposta nel processo di cognizione, la qualità di erede con beneficio di inventario non fosse deducibile per la prima volta in sede di esecuzione<sup>5</sup>. E, per la verità, anche la (poca) dottrina interessata alla questione aveva mostrato di pensarla allo stesso modo<sup>6</sup>, intendendo conseguentemente l'omessa eccezione o la contumacia alla streghia di una tacita rinuncia dell'erede rimasto inerte. Una rinuncia *per facta concludentia*, piuttosto controversa in dottrina, ma che l'ultima parte dell'art. 490 c.c. parrebbe riconoscere. Pur così stando le cose, aleggiava forte la sensazione che il tutto integresse più uno stereotipo settoriale, ascrivibile alla (fuorviante) idea di una pretesa separazione del diritto successorio, che una regola di decisione strutturata. Di qui l'ordinanza di rimessione promossa da Cass. 4852/2012<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. 9 luglio 1980, n. 4373, seguita pedissequamente da Trib. Milano, 15 maggio 1995, in *Giur.*, 1995, 2269 ss.

<sup>5</sup> Così – ancora – Cass. 16 aprile 2013, n. 9158; Cass. 4 settembre 2012, n. 14821. Anteriormente v. Cass. 15 aprile 1992, n. 4633. Tra le decisioni di merito, v. specialmente Trib. Milano, 17 luglio 2006, n. 8778, in *Giur. mer.*, 2007, 1323 ss.; Trib. Palermo, 9 marzo 2009, in *Giur. al dir.*, 2010, fasc. 1, 57, ove l'aggiunta secondo cui «estrinsecandosi sin dalla fase di cognizione, la limitazione di responsabilità va eccitata anche nel giudizio conseguente a opposizione a decreto ingiuntivo, laddove l'organo giudicante ha il potere-dovere di statuire sulla pretesa fatta valere con il ricorso per ingiunzione e sulle eccezioni contro di essa proposte».

<sup>6</sup> L'allusione è a GIUS. AZZARITI, *Accettazione con beneficio di inventario*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 5, Torino, 1997, 167 ss., a SANTARSIERE, *Accettazione beneficiata dell'eredità. Profili sostanziali e processuali*, in *Giur. mer.*, 2007, 1325 ss. e, *funditus*, a TEDOLDI, *Profili processuali della responsabilità dell'erede "beneficiario"*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 570 ss., visto che pure la stringente critica di questo a. si appuntava su di una rilevanza del *beneficium inventarii* nel processo di esecuzione, sul presupposto che l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. integri una «domanda di accertamento dell'impignorabilità relativa dei beni personali dell'erede beneficiario». La questione, che evidentemente assume come esatta la (minoritaria) concezione processuale del beneficio di inventario quale dichiarazione limitativa della responsabilità, esula però dall'economia di questo scritto. Per ogni richiamo si rinvia agli spunti di L. COVIELLO JR., *L'accettazione dell'eredità col beneficio d'inventario e gli artt. 510 e 564 cod. civile*, in *Foro it.*, 1951, I, 995 ss.

<sup>7</sup> V. Cass. 26 marzo 2012, n. 4852, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2031, la cui parabola argomentativa è in parte qui ripresentata dalle Sezioni unite.

Orbene, il motivare del supremo giudice è opportunamente *tranchanti*: forte del *grand arrêt* 1099/98<sup>8</sup>, secondo cui «il regime normale delle eccezioni è quello della rilevanza di ufficio» avendo l'istanza di parte un perimetro limitato ai casi tecnici di legge ed alle ipotesi di azione costitutiva<sup>9</sup>, il rilievo officioso della suddetta eccezione è proclamato apertamente e senza tentennamenti. Certo, la *querelle* processuale sull'atteggiarsi di una tempestiva allegazione dell'eccezione come precondizione di rilevanza è vivacissima<sup>10</sup>, ma conta di più il risultato che la Corte ha di mira: e questo si incida nell'idea che, se non si provvedesse a rilevare l'eccezione risultante dagli atti ma non specificamente allegata dalla parte, l'effetto sarebbe quello di una *decisione non giusta*. Da un lato infatti è assodato che l'accettazione dell'eredità ex art. 484 c.c. vale «da sol[er]a» come fatto impeditivo della funzione ereditaria che basta ad immesare la separazione patrimoniale, dall'altro non consta che lo *status* di erede beneficiario sia assimilabile ad una situazione di tipo potestativo. Di conseguenza, in un contesto siffatto, sostenere che l'allegazione e prova a cura di parte funga da *conditio sine qua non* della rilevanza avrebbe il significato in tutto e per tutto di impastoiare surrettiziamente quanto *prima facie* riconosciuto: e cioè che un'accettazione beneficiata, in quanto fatto impeditivo della maggior pretesa ereditaria, ha rilevanza «per il suo solo emergere nel processo». Per inciso, nel caso *de quo*, rispetto al debito ereditario di cui si faceva questione, erano stati convenuti in giudizio più eredi: dalle risultanze processuali risultava poi che uno di essi aveva accettato con beneficio di inventario. Ergo, specie se non si legge formalisticamente l'art. 510 c.c., la rilevanza qui non fa una grinza. Paradossalmente, se l'eccezione non fosse rilevabile *ex officio*, nonostante che dagli atti risulti un fatto modificativo della responsabilità ereditaria, non si riuscirebbe più a scongiurare l'effetto perverso di un'aggressione dei beni personali dell'erede. In *executivis* costui non potrebbe infatti eccipere un doversi accertare la limitazione di responsabilità che *ex lege* gli deriva da un'accettazione beneficiata. Per chi ragiona nei termini di un'argomentazione orientata alle conseguenze, quello palesato è esattamente il tipo di ri-

<sup>8</sup> V. Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Corr. giur.*, 1999, 1007 ss., con nota di NEGRI, *L'eccezione di "aliunde peremptum" è preclusa in appello*.

<sup>9</sup> Quindi, volendo esemplificare, nelle ipotesi di annullamento e nei casi di cui agli artt. 1242 c.c. (eccezione di compensazione) e 2938 c.c. (in tema di prescrizione).

<sup>10</sup> V., per tutti ed ampiamente, ORIANI, *Eccezione, in D.Disc. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1992, VII, 266, Id., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, in *Corr. giur.*, 2005, 1011 ss.

sultato dal quale è d'uopo rifuggire perché trascendente i limiti del ragionevolmente accettabile.

Naturalmente, una pluralità di dati normativi fanno da indicatore sistematically assertivo: sono sintetizzabili, come la migliore processualistica rileva e la Cassazione mostra di voler condividere, nel combinato disposto degli artt. 101 e 183, 4° comma, c.p.c.<sup>11</sup>, ma, più in generale, l'impressione è che non si abbia un argomento tecnico capace di rompere o di appannare l'idea chiave che il «valore [potiore] della giustizia della decisione» ordina e funzionalizza il regime delle eccezioni, quale concretizzazione settoriale di quel canone costituzionalizzato di un giusto processo che si legge nell'art. 111, 1° comma, Cost.<sup>12</sup> C'è, lo si intravede in filigrana, un *leit motiv* che agglutina la sentenza in epigrafe e Cass. 14828/2012: se il rilievo incidentale di una nullità, quando sia pendente una domanda di risoluzione, consente di ovviare al notorio paradosso di una pronuncia che statuisca la risoluzione di un contratto nullo<sup>13</sup>, allo stesso modo un'eccezione in senso lato, pacifica e rilevata dal giudice, evita l'incongruità di accertare l'esistenza di una pretesa dell'attore che un fatto impeditivo, prodotto eppoi non specificamente allegato, verrebbe viceversa a mostrare inesistente. Le preclusioni sono da intendere, in quest'ottica, come una tecnica procedurale formalizzata ad un valore bussola – la giusta decisione – che fa da canone di valutazione concretizzante l'obbligo del giudice di indicare tutti i fatti processualmente rilevanti, per il decidere, nel contraddittorio tra le parti. Propendere per l'opposto verrebbe a vulnerare un giusto processo, visto che questo palesemente non vi sarà quando è impedito il formarsi «di una decisione frutto della ricostruzione veritiera

<sup>11</sup> V. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 2012, 203 s.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>3</sup>, Bari, 2012, II, 67 s.; CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità indubbia ma pacifica poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 357 ss.; CHIZZINI, *Legittimazione durch Verfall*, in *Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, spec. 62 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935.

<sup>12</sup> Sulla nozione di giusto processo civile, v. per tutti le riflessioni di CIPRIANI, *Il processo civile nello Stato democratico*, a cura di Garofoli, Milano, 2005, 109 ss.

<sup>13</sup> Sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «eppur si muove»*, in *Contratti*, 2012, 874 ss. e, in una prospettiva più di sistema, Id., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 753 ss.

dei fatti allegati»<sup>14</sup>. Da quest'angolo prospettico, il rilievo incidentale della nullità e dell'eccezione documentata *ex actis simul stabunt* perché sono due facce della stessa medaglia. È *ragionevole*, nel senso di *giusto* ed *intrinsecamente sensato* rispetto alle caratteristiche del caso concreto, se dalla documentazione di causa risulta l'accettazione con beneficio di inventario di uno dei convenuti, che allora il giudice rilevi tale fatto impeditivo a favore anche degli altri: quel che funge da preclusione sta invero nel fatto contrario – dimostrato – che uno o più di coloro non siano più da qualificare come chiamati all'eredità in quanto risulta che sono divenuti eredi puri e semplici, *ab initio* o perché decaduti dal beneficio ovvero per avere *medio tempore* rinunciato all'eredità.

### 3. Il significato utile dell'art. 510 c.c. e l'automatizzato espandersi degli effetti preclusivi.

Ma la *novitas* della pronuncia non si arresta qui. Più di una battuta merita pure la reinterpretazione che le Sezioni unite operano dell'art. 510 c.c., quanto all'automatizzato effetto estensivo dell'accettazione con beneficio di inventario che sia stata fatta da uno dei chiamati. Questione molto spinosa in quanto la dottrina maggioritaria è di solito orientata a credere che gli effetti vantaggiosi di cui il chiamato può giovare abbiano natura meramente procedurale, esprimendosi soltanto dal rinnovare quelle formalità pubblicitarie – trascrizione, iscrizione, inventario *et similia* – che la legge prescrive come indispensabili perché un soggetto possa avvalersi del beneficio di inventario<sup>15</sup>. Tutto si condensa, secondo l'opinione prevalente, in un banale scambio reciproco «di funzioni e di vantaggi fra più chiamati all'eredità»<sup>16</sup>,

<sup>14</sup> Così CIA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 273.

<sup>15</sup> V., in luogo di tanti, CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu – Messineo, Milano, 1961, 205; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1964, 369; LOREFICE, *L'accettazione con beneficio di inventario*, in AA. VV., *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994, I, 288; RAVAZZONI, *Beneficio d'inventario*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 2.

<sup>16</sup> Così AZARA, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, 200. Non dissimile BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 125. Più di recente, un periodo in contemperanti rinvio in VASCELLARI, *sub art. 510*, in CIAN –

medico nell'ambito delle molteplici condotte sussimili sotto la categoria «colpa lieve»: il rispetto delle linee guida avrebbe esonerato il sanitario da responsabilità, con la precisazione che la verifica di tale condotta sarebbe dovuta avvenire «in particolare» e «nel caso concreto»<sup>16</sup>, sarebbero, comunque, rimaste ferme le regole in materia di reparto dell'ordine della prova (il medico, per andare esente da responsabilità, avrebbe dovuto dimostrare di aver osservato, nel caso concreto, «le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»).

L'art. 3 attualmente vigente è, invece, il risultato di una profonda modifica intervenuta in sede di conversione del decreto in legge<sup>17</sup>: «L'esercizio la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

L'unico elemento che accomuna la nuova versione a quella originaria è dato dal riconoscimento normativo della rilevanza delle linee guida e buone pratiche. Per il resto, è evidente come l'attenzione del legislatore si sia spostata dal versante civilistico a quello penalistico della responsabilità medica, at-

<sup>16</sup> È stato osservato che la versione originaria dell'art. 3 utilizzava l'espressione «in particolare» probabilmente per sottolineare che, sebbene la valutazione in ordine al rispetto delle linee guida e buone pratiche occupi un'area preponderante, è comunque salvaguardata la discrezionalità del giudice, il quale, nel decidere il caso sottoposto a giudizio, dovrebbe considerare anche altri elementi. A ciò si aggiunge che la valutazione in ordine ai protocolli non avrebbe dovuto essere basata su criteri astratti; al contrario, la locuzione «in concreto» sembrava imporre una valutazione non solo sulla correttezza delle modalità con cui viene eseguito l'intervento sanitario, ma anche sulla loro efficacia curativa in relazione alle specifiche condizioni del paziente (si veda sul punto G. VETTORI, *La responsabilità fra regole e clausole generali*, in *www.personaemercato.it*).

<sup>17</sup> La Commissione Giustizia, in quell'occasione, ha rilevato: «La limitazione della responsabilità civile ai soli casi di dolo e colpa grave nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto, nello svolgimento della propria attività, a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale, appare essere in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza, in quanto per un medesimo fatto un soggetto potrebbe essere penalmente responsabile ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato commesso». Questi rilievi sono stati accolti in sede di conversione dalla Camera dei Deputati e poi confermati dal Senato, ed hanno portato all'attuale formulazione dell'art. 3.

traverso l'introduzione – come accennato – di una sorta di esimente penale in questa materia: ciò nel tentativo dichiarato di porre soluzione al problema della cd medicina difensiva.

Che la *ratio* della norma sia quella di ridurre il fenomeno della medicina difensiva sembra emergere anche dal secondo periodo del primo comma: qui si prevede che nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico «resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.». Ecco venire in gioco il discorso riferimento, in tema di responsabilità civile medica, all'art. 2043 c.c. e alla clausola generale del *meminem laedere*. Alla luce di tale rinvio, sembrerebbe che la responsabilità civile del medico sia da qualificare in termini extracontrattuali, concretamente – appunto – con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica. Infatti, in base a tale schema, è il paziente a soggiacere ad un regime probatorio più gravoso: egli ha l'onere di identificare il responsabile e accettare l'*an debeat*, nonché di determinare il *quantum debeatur*.

In realtà, l'idea che sia intervenuto un *revirement* in tema di responsabilità del medico dipendente (nelle ipotesi in cui non sia stato concluso un contratto) non può essere pacificamente accettata e, non a caso, sul punto si è aperto un acceso dibattito.

Già nella prima sentenza resa dopo la legge Balduzzi<sup>18</sup> viene dato conto della esistenza, in dottrina, di due diverse possibili letture dell'art. 3.

Un primo orientamento, rimanendo fedele ad un'interpretazione letterale della disposizione, sostiene che il legislatore abbia espresso una preferenza per lo schema aquiliano<sup>19</sup>, in tal modo, si sarebbe

<sup>18</sup> Si tratta di Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Guida al diritto*, 2013, 17, 23. Il caso riguardava un intervento di rinoplastica su paziente affetta da patologia bisognosa di correzione chirurgica. Dopo l'intervento, la paziente lamentava i sintomi di quella che veniva diagnosticata come una tuberite con deviazione del setto nasale, comportante postumi permanenti pari al 5%. Nell'aggravato in giudizio la donna chiedeva l'accertamento della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico, con conseguente condanna al risarcimento del danno patito.

<sup>19</sup> La giurisprudenza di legittimità, come ricorda anche il Tribunale di Varese, 26 novembre cit., ammette, infatti, che il legislatore abbia la possibilità prendere posizione su un certo orientamento «non solo mediante leggi di interpretazione autentica ma anche con norme che, seppur (in modo indiretto o implicito, siano espressioni dell'adempimento) ad un determinato approccio emmenetico». In questo caso – ragiona il giudice di Varese – con l'art. 3 in commento il Parlamento avrebbe, appunto, espresso la sua preferenza per l'impostazione giurisprudenziale che applica l'art. 2043 c.c., anziché lo schema del contatto sociale qualificato.



L'art. 3 del decreto legge non conteneva alcun richiamo all'art. 2043 c.c., ma affermava soltanto: «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale».

La norma, per come formulata, interveniva sulla sola responsabilità civile, escludendo la colpa lieve in caso di osservanza delle «linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica». In questo modo, il legislatore intendeva determinare i casi di esclusione della responsabilità professionale sanitaria, incidendo su di un piano prettamente civilistico.

È stato osservato che questa norma presentava una notevole importanza pratica<sup>12</sup>. Essa sanciva, per la prima volta, la positivizzazione dell'approdo giurisprudenziale del 1993<sup>13</sup>, poi confermato dalle Sezioni Unite nel 2008<sup>14</sup>: cioè quello che qualifica

pubblica, attraverso la riorganizzazione e il miglioramento dell'efficienza di alcuni fondamentali elementi del Servizio stesso».

<sup>12</sup> Sul punto si veda Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che rigetta la domanda del paziente per i danni subiti in ospedale (frattura del femore), in quanto essa non ha fornito la prova della colpa delle parti coinvolte, e quindi del fatto illecito.

<sup>13</sup> Il riferimento è a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit. La dottrina (si veda, in particolare, A. LANOTTE, *L'obbligo del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, cit., 3322) ha rilevato come merito della teoria del contatto sociale sia quello di avere evidenziato la rigidità della tradizionale bipartizione contratto-tortto, apparendo essa insufficiente a coprire in modo esaustivo tutte le situazioni che si presentano nelle relazioni sociali. In particolare, si segnala che la problematica della natura della responsabilità medica è legata alla ulteriore questione della definizione dei confini, sempre più evanescenti, tra responsabilità aquiliana e contrattuale (si veda sul punto G. VITTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., 393, il quale rileva come la distinzione tra le aree di responsabilità sia oggetto di un confine labile in Europa; in particolare, il riferimento alla teoria del contatto sociale consente di attrarre nell'area contrattuale una serie di rapporti e di invertire l'onere probatorio in presenza di una posizione soggettiva del danneggiato ritenuta meritevole di particolare protezione).

<sup>14</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 849, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsa-*

come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente. In effetti, l'art. 3 del decreto richiamava, confermandola, la norma dell'art. 2236 c.c.15, e quella dell'art. 1176 c.c., collocandosi nell'ottica della responsabilità contrattuale.

In altri termini, la ratio dell'art. 3 sembrava semplicemente quella di più certa la responsabilità del

*bità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. L'impostazione contrattuale comporta, infatti, rilevantissimi vantaggi per la parte attrice danneggiata, soprattutto sul piano processuale. Le Sezioni Unite, richiamandosi alla disciplina degli oneri probatori tracciata dalle stesse nel 2001 (si tratta di Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento*; in *Corr. giur.*, 2001, 12, 1565, con nota di V. MARCONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contratto e ne riaprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 2, 113, con nota di U. CARNEVALLI, *Inadempimento e onere della prova*), affermano: in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, ed allegare (non più provare il nesso causale) l'inadempimento del debitore («stratagemma idoneo a provocare il danno lamentato») (a riguardo G. VITTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 5, 395, sottolineando come il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato abbia determinato «la svolta anche in merito alla prova del nesso di causalità (...). Il creditore non deve più provare il nesso causale, ma deve semplicemente allegare un inadempimento tale da determinare in concreto il danno subito»). Rimane, invece, a carico del debitore dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante, ossia che non ha determinato il danno lamentato (in altri termini, il debitore deve dimostrare la mancanza in concreto del nesso causale tra condotta ed evento). Inoltre, dalla natura contrattuale della responsabilità medica discende l'applicazione del regime prescrizione ordinario, nel senso che il paziente danneggiato ha la possibilità di agire in giudizio, per ottenere il risarcimento del danno, nel termine più lungo di dieci anni.*

<sup>15</sup> Nel confermare quanto disposto dall'art. 2236 c.c., il decreto Balduzzi si apriva richiamando la distinzione tra interventi che comportano «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà» e le ipotesi di accertamento della colpa lieve. Mentre rispetto ai primi la regola di responsabilità restava invariata (nel senso che il professionista risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave), con riferimento alle seconde, il parametro della diligenza a cui deve uniformarsi il professionista sanitario veniva fatto coincidere con il rispetto dei protocolli e delle linee guida indicati dalla comunità medica.

secondo un canovaccio che vede l'atto necessario, eseguito tempestivamente da uno dei coeredi beneficiari, salvare dalla decadenza gli altri, mentre non si verifica la vicenda contraria perché l'atto causa di decadenza per uno dei coeredi ha carattere personale e non intacca il beneficio dei restanti chiamati. Rimane inteso, per questa lettura di fatto appiattita sull'idea di un'accezione beneficiaria come la risultante di due negozi differenti<sup>17</sup>, che l'art. 510 c.c. formalizza sì una dispensa ma non dal rendere la dichiarazione solenne di cui all'art. 484 c.c.<sup>18</sup>. Non è diversa d'altronde, come viene fatto notare, la regola che si riscontra nel § 2063 BGB, visto che la dispensa, di cui gli altri chiamati si giovano, teoricamente inerte alla *Errichtung des Inventars*. Il che trascurare la differenza lessicale specifica che passa tra le due previsioni: quella italiana, diversamente dalla tedesca, avendo posto ad oggetto della vicenda estensiva l'accezione con beneficio di inventario e non il beneficio *tout court*. Donde, se così stanno le cose, l'improprietà di sostenere che l'art. 510, al pari del modello germanico, contempla una riduzione dell'inventario involgente anche gli altri chiamati, come se quest'inventario fosse stato da loro presentato.

In realtà, il senso dell'art. 510 parrebbe piuttosto neficaci si espandono a tutti i chiamati, fatta salva naturalmente la facoltà di ognuno di loro di rinunciare all'eredità o di accettarla quale eredi puri e semplici, senza che abbia a distinguersi tra tipologie di effetti. Una riduzione teleologica dell'art. 510 non avrebbe infatti ragion d'essere, se è vero che la natura formale dell'accezione beneficiaria ne implica di sicuro una manifestazione chiara ed univoca, non anche un'accezione che si inverte nelle forme rigorose di cui all'art. 484 c.c. Risultato: il chiamato convenuto, «che resista ed invochi il beneficio», esprime nel processo, come le Sezioni unite esemplarmente rilevano, questa sua volizione. Non

TRABUCCHI, *Commentario breve al cod. civ.*, Padova, 1996, 494.

<sup>17</sup> È la famosa – ma anche discussa – tesi suggerita da VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Milano, 1942, 215 ss, riprodotta poi, a mo' di *editio minor*, in ID., *Inventario (Beneficio di)*, in *Nss. Dig. It.*, IX, s.d., ma Torino, 1963, 19.

<sup>18</sup> Il discorso sunteggiato torna, di recente, anche nella pagina di un'attenta dottrina – v. CIATTI, *Il beneficio di inventario e la separazione dei beni del defunto*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo e Pertingieri, Napoli, 2008, I, 359 s. – che sembra però, come tra breve si evidenzierà nel testo, volere fare una questione di accettazione beneficiaria che potrebbe, all'occorrenza, rivelarsi non economicamente vantaggiosa per i chiamati.

si tratta tanto, quindi, di praticare un'interpretazione in chiave evolutiva dell'art. 510, quanto e piuttosto di preferire un'esegesi sistematica della disposizione: che non a caso già si era autorevolmente suggerita di leggere nel senso di un'attribuzione automatica della qualità di erede beneficiario *salvo rifiuto*. Un rifiuto che retrocederebbe questi soggetti nella condizione propria di un qualsiasi chiamato, legittimato per ciò stesso a rinunciare o ad accettare entro il termine decennale dall'apertura della successione<sup>19</sup>.

Forse la (vera) controindicazione che mina questa tesi risiede nel fatto che la qualità trasmessa non sempre potrà rivelarsi pienamente favorevole: il vantaggio, come si è fatto notare, potrebbe convergersi in un pregiudizio meramente patrimoniale ogni qual volta l'ammontare dell'asse ereditario non riuscisse a «coprire i costi richiesti dal procedimento (sigillazione, inventario e così via)»<sup>20</sup>. Ma, a tacere del rilievo che il problema di una *dammosa hereditas* sarebbe allora da accertare caso per caso, è innegabile che il pensare ad un negozio unilaterale di rifiuto, cancellante retroattivamente degli effetti che si sono inversi ma non ancora stabilmente, dischiude un diverso modo di rappresentare una fattispecie normativa che la *communis opinio*, negando che possa esservi una qualche situazione sostantiva della quale il chiamato possa avvantaggiarsi, finisce, in realtà, per sterilizzare. Come osservano le Sezioni unite, se la valenza protettiva dell'art. 510 si dovesse comprendere in una mera esenzione procedurale, allora la disposizione sarebbe *inutiliter data*, se è vero che già in via sistematica è concettualizzabile, senza ricorrere a chissà quale intuizione argomentativa, un propagarsi – a tutti i colori che sono nella condizione di usufruiri – di siffatti effetti vantaggiosi. Lo si deduce dal richiamo coordinato degli artt. 1073, 5° e 6° comma, e *maxime* degli artt. 1305, 1309, 1310, 3° comma, c.c., rispettivamente sull'efficacia espansiva nel primo caso dell'uso di una servitù compiuta da uno dei comproprietari del fondo dominante, nel secondo degli effetti vantaggiosi connessi ad atti posti in essere da uno dei comproprietari o concroditori solidali; e non c'è una ragione plausibile perché l'art. 510 risulti espressivo o

<sup>19</sup> Quella sunteggiata è l'opinione – isolata sì ma corroborata al contempo da più di un supporto argomentativo vincente – di DONISI, *L'efficacia estensiva dell'accezione di eredità con il beneficio di inventario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 416 ss. Mostra di volerla riprendere, di recente, HERCOLANI, *L'accezione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Tratt. dir. delle succ. e don.*, diretto da Bomlimi, I, *Successione ereditaria*, Milano, 2009, 1319.

<sup>20</sup> Così CIATTI, *Il beneficio di inventario e la separazione dei beni del defunto*, cit. 360.





partecipe di una logica diversa. Non a caso è opinione consolidata che, siccome per l'operare dell'azione di riduzione può rendersi necessario il presupposto di un'accettazione beneficiata (art. 564 c.c.), al legittimario pretermesso, accettante con beneficio ed autore dell'inventario, può venire equiparato quel chiamato che decida di avvalersi dell'efficacia estensiva<sup>21</sup>. Donde il convincimento che, per come è stato formulato, nel disposto dell'art. 510 sia da riconoscersi esistente un *quid pluris* ed un *quid alii* trascendenti la finalità pratica di evitare che i coeredi cadano invischiati nel compimento di attività procedimentali destinate a tradursi in un'inutile duplicazione del loro agire. Ometterlo, produrrebbe il risultato di alimentare tutta una serie di fraintendimenti.

Ed infatti.

*Nulla quaestio*, evidentemente, sulla circostanza che la norma dia implicitamente corpo al caso di un concorso tra eredi beneficiati ed eredi puri e semplici: diversamente dall'art. 958 del codice previgente, il cui senso si sostanzialmente nel ritenere sufficiente la volontà di un *solo chiamato* di accettare con beneficio di inventario perché questa forma di accettazione si rendesse poi *obbligatoria per tutti i conchiamati* che non avessero avuto intenzione di rinunziare, l'art. 510 fa salva la facoltà di un conchiamato di accettare puramente e semplicemente nonostante sia intervenuta un'accettazione beneficiata. Sotto questo profilo è vero che la norma ha di mira la tutela dei creditori di quei chiamati, propensi a compiere un'accettazione pura, che sarebbero viceversa danneggiati da un'accettazione beneficiata singola con efficacia plurisoggettiva. Epperò non si vede per quale motivo una garanzia patrimoniale dei suddetti creditori dovrebbe andare a detrimento degli altri chiamati, essentisi dal solo rinnovare delle formalità, e non passare per il medio di un rifiuto bivalente, prodromico com'è ad una accettazione ex art. 474 c.c. ovvero ad una rinunzia. Si riscontra, insomma, un'eccedenza assiologica nell'interpretazione dominante, che cozza apertamente con la *littera legis* – è l'indicativo *grov* e non il modale *più giovane* a figurare nel corpo dell'art. 510 – di una previsione per certo provvista, di nuovo le S.U. lo fanno ben risaltare, di una *ratio* «marcatamente protettiva». E, se così è, francamente non si capisce perché mai un'estensione *ope legis* del beneficio di inventario implicherebbe, come invece apoditticamente si è avventurata a sostenere

nera Cass. 2532/1999<sup>22</sup>, un art. 510 «in contrasto con gli art. 2, 3 e 42 della Costituzione». Parrebbe vero infatti, in virtù del discorso che precede, esattamente il contrario.

Ancora, pur a dare per buono l'assunto tradizionale denegante una qualche *vis expansiva* sostanziale all'accettazione beneficiata altrui perché non vi può essere un acquisto dell'eredità sprovvisto di una qualche positiva determinazione volitiva, non si può per questo sostenere, come invece normalmente si fa<sup>23</sup>, che il prodursi di «effetti espansivi di protezione» finirebbe per coniare una *forma atipica* di accensione, per di più destinata ad estrinsecarsi inattuamente. Il chiamato resistente, che a seguito di una sollecitazione officiosa del giudice voglia profittare del beneficio, compie, non v'è chi non lo veda, un'attività qualificata *endoprocessuale*, finendo elettricamente per «accetta[re] comunque»<sup>24</sup>. Semplicemente trattati di una volizione occasionata da un'iniziativa giudiziale tendente a dare contezza alla parte dell'esistenza di un *fatto impeditivo favorevole*, del quale non abbia tempestivamente profittato, prima che maturi una qualche preclusione istruttoria. Se l'accettazione beneficiata altrui giova, il giudice *deve creare* i presupposti perché i conchiamati possano invocarla<sup>25</sup>. Diversamente, a causa di una non contestazione, una verità apparente (la falsa maggior pretesa del creditore) prevarebbe sulla situazione fattuale veritiera nonostante che «le emergenze processuali consentano di accertarla»<sup>26</sup>. Riplicare, secondo un *tozoz* argomentativo ricorrente,

<sup>22</sup> V. Cass. 19 marzo 1999, n. 2532, in *Giur. it.*, 2000, 735 (senza però che sia fornito un solo argomento a sostegno della pretesa incostituzionalità).

<sup>23</sup> E di questo avviso per es., nella letteratura più recente, L. CAVALLAGLIO, *sub art.* 510, in *Delle Successioni*, a cura di Cuffaro e Delfino, Torino, 2009, I, 345 s. Ma per il rilievo, viceversa, che potrebbe bastare un'accettazione del chiamato manifestata in una qualsiasi forma v. GROSSO – BURDESE, *Le Successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1977, 317.

<sup>24</sup> Il punto è ben colto da NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari. II. L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione dell'eredità*, Milano, 1969, 205. Ben più sfumata la posizione di C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia e le successioni*<sup>3</sup>, Milano, 2001, 545. In questo senso non è vero, pur se coerente alla tesi propugnata, che gli altri chiamati «non saranno tenuti ad un'agere, allo scopo di profittare dell'effetto proprio» di un'accettazione beneficiata altrui (così DONISI, *L'efficacia estensiva dell'accettazione di eredità con il beneficio di inventario*, cit. 421).

<sup>25</sup> Nittidamente L. COVIELLO JR., *In tema di interpretazione dell'art. 510 c.c.*, in *Foro pad.*, 1956, I, 423 ss., spec. 430 s.

<sup>26</sup> Così CEsA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit. 273.

iniziato ad interrogarsi sulla possibilità che la nuova disposizione abbia determinato il ritorno ad un modello di responsabilità come disegnato anteriormente al 1999<sup>10</sup>, con tutte le note conseguenze processuali che lo schema extracontrattuale comporta: lo spostamento di tutto l'onere probatorio a carico della parte attrice, cioè della parte debole del rapporto intercorrente tra medico e paziente, nonché l'accorciamento dei termini di prescrizione dell'azione risarcitoria da dieci a cinque anni.

Si rende, dunque, necessario riflettere sulla ambiguità letterale dell'art. 3 in punto di responsabilità civile del medico al fine di comprenderne significato e portata, anche alla luce delle prime recenti pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità. Peraltro, l'analisi di questa discutibile previsione normativa deve essere svolta tenendo conto del fatto che essa presenta altri profili di criticità.

essere debitrice di «prestazione», non il medico, che deve solo garantire la «protezione» del paziente». In sostanza, «a fondamento della responsabilità (contrattuale) del medico si pone l'adempimento del paziente nella professionalità di esso e cioè nel patrimonio di esperienze ad esso facente capo, il che» – secondo l'Autore – «è sufficiente per ritenere che non possa trattarsi di responsabilità del *quisque de populo*».

Secondo la tesi tradizionale, l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero (detto «contratto di ospedalità»), il quale assume, a proprio carico, nei confronti del primo, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica. A questo rapporto contrattuale il medico rimane del tutto estraneo, poiché egli instaura con il paziente solo un rapporto «giuridicamente indiretto», tanto è vero che il paziente non ha alcuna facoltà di scelta del medico che lo prenderà in cura (essendo l'ente ospedaliero a scegliere il medico in funzione della disponibilità, dell'orario, del tipo di intervento ecc.). Ragionando in questi termini, l'orientamento tradizionale arriva alla conclusione che la responsabilità del sanitario verso il paziente «per il danno ragionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale»; di conseguenza, «solo a questo titolo il medico dipendente è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del paziente, e non anche a titolo di responsabilità contrattuale» (così Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, 1115).

In tal senso, in dottrina si vedano: P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto civile, diretto da Sacco, Torino, 1998, III, 770 ss.; G. VISENTINI, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 265 ss.; F. GAIGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 3, 722 ss.

In primo luogo, la disposizione e, segnatamente, il presupposto richiesto alla responsabilità aquiliana del medico, pone problemi di compatibilità con taluni valori costituzionali: primi tra tutti, il principio di eguaglianza e quello di ragionevolezza, nonché il diritto fondamentale alla tutela della salute.

In secondo luogo, viene in gioco la questione della rilevanza riconosciuta dalla legge alle «*linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*» nella formulazione di un giudizio di responsabilità civile. Nel caso in cui siano integrati gli estremi della esimente penale, resta comunque ferma la responsabilità civile: non sembra cioè che un comportamento aderente alle linee guida basti ad esonerare il professionista da un eventuale obbligo risarcitorio. In considerazione di ciò, si pone il problema di chiarire cosa siano le «linee guida e buone pratiche» a cui si riferisce il legislatore ai fini della formulazione di un giudizio di responsabilità civile del medico.

A quest'ultimo profilo si lega, infine, l'esigenza di soffermarsi sul significato del terzo periodo della disposizione, laddove si precisa che nella «*determinazione del risarcimento deve tenersi debitamente conto della condotta conforme alle linee guida e alle buone pratiche*»: ciò significa che la rilevanza normativa assunta da «linee guida e buone pratiche» finisce per incidere anche sulla quantificazione del risarcimento, sebbene ciò implichi che la valutazione dell'elemento soggettivo influenzi l'entità del *quantum debetur*.

## 2. Il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nella Legge: due diverse letture

Per meglio comprendere il significato e la portata della nuova disposizione, con riguardo al problema della natura della responsabilità medica, si deve considerare che l'attuale dettato della medesima è il risultato di alcune rilevanti modifiche intervenute in sede di conversione del decreto legge n. 158/2012<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Si tratta del decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più elevato livello di tutela della salute». Tale provvedimento si inserisce nel contesto di una legislazione di urgenza volta essenzialmente al risanamento della finanza pubblica. In questo scenario, la *ratio* che ha ispirato le nuove disposizioni è quella di razionalizzare l'offerta sanitaria, come è dato leggere nella motivazione stessa del decreto legge: il provvedimento è stato emanato in considerazione della «straordinaria necessità di procedere al riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della concentrazione delle risorse finanziarie destinate al servizio Sanitario nazionale, a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa



compagnamento al provvedimento: «l'art. 3 mira a contenere il fenomeno della cd. medicina difensiva (...): la norma si propone di determinare i casi di esclusione della responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria (...)».

In considerazione di tutto ciò, ancora più problematica appare l'analisi della seconda parte della disposizione in commento, a cui è dedicato il presente lavoro. Sotto il profilo civile, si tratta di valutare se l'art. 3 imponga o meno un ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità del medico dipendente ospedaliero. La questione nasce dalla circostanza che la disposizione (con riguardo ai casi in cui non sussista responsabilità penale perché il medico si è attenuto alle linee guida e versa in colpa lieve) rinvia all'art. 2043 c.c. del codice civile, ove è espressa la clausola generale del *neminem laedere*, anziché all'art. 1218 c.c. in tema di responsabilità contrattuale.

Ciò ha indotto taluni a riflettere sulla possibilità che sia intervenuta, sia pure incidentalmente, una modifica dei criteri di accertamento della responsabilità civile del medico (ma non della struttura, che non è presa in considerazione dalla norma<sup>8</sup>), finora to delle liste di attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie». In altri termini, si tratta di un comportamento della pratica medica volto ad adottare o evitare determinate misure e decisioni diagnostiche-terapeutiche, il cui obiettivo è quello di scongiurare il rischio di azioni giudiziarie, più che quello di assicurare la salute e la garanzia del paziente. Il fenomeno della medicina difensiva può atteggiarsi in due diverse modalità: una attiva (positiva) e una passiva (negativa). La prima si caratterizza per un eccesso di prestazioni e atti diagnostici e/o terapeutici, non realmente necessari dalla situazione contingente, al fine di ridurre le accuse di malasanità. La seconda, invece, si caratterizza per il tentativo di evitare determinate categorie di pazienti o determinati interventi diagnostici e/o terapeutici perché potrebbero prospettare un rischio di contenzioso.

Del tema si sono occupati, di recente: P. MARIOTTI, A. SERPETTI, A. FERRARIO, R. ZOIA, U. GENOVESE, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Santarcangelo di Romagna, 2011; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, 1107 ss.; A. ROJATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, 1126 ss.

<sup>8</sup> Fatto salvo quanto previsto dal successivo art. 3bis in tema di «Gestione e monitoraggio del rischio clinico», nell'ottica «di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività», il legislatore pone a carico delle aziende sanitarie il compito di curare l'analisi, studiare e adottare le necessarie soluzioni «per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi (...)». Proprio il fatto che la norma si riferisca nella rubrica all'«esercente la professione sanitaria» pone il problema di

consolidati sullo schema contrattuale, o meglio del contatto sociale<sup>9</sup>. Dottrina e giurisprudenza hanno

stabilito se essa si applichi anche alla struttura: taluni autori (si veda M. RIDOLFI, *La riforma del decreto Balduzzi: novità e conseguenze nell'ambito dei procedimenti civili di medical malpractice*, in F. Martini, U. Genovese (a cura di), La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa, Rimini, 2012, 88) escludono questa possibilità, mentre altri (si veda M. BONA, *La R.C. Medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per la (dis)applicazione della nuova disposizione*, in F. Martini, U. Genovese (a cura di), La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa, cit., 39) ne ammettono l'applicabilità, sia pure limitatamente alla responsabilità per l'operato dei medici (e quindi, con esclusione delle fattispecie di danno che fanno capo alla struttura stessa).

<sup>9</sup> Si veda Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di A. Di MAIO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di A. Di CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero* e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è una obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Resp. civ.*, 1999, 652, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Contratti*, 1999, 11, 999, con nota di E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*. Con questa storica sentenza la Cassazione ha respinto la tesi della natura extracontrattuale e ha affermato che la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi da inadempimento, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario; e ciò non per l'esistenza di un progresso rapporto obbligatorio tra le parti, bensì in virtù di un rapporto di fatto originato dal «contatto sociale» (si vedano sul punto: E. BETTI, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1984; R. SACCO, *Il contratto di fatto*, nel *Trattato Resegno*, 10, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995). In altri termini, la responsabilità contrattuale del medico dipendente deriva non dall'inadempimento di una obbligazione di prestazione, che non ha mai assunto, bensì dalla violazione di obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui, che trovano fondamento nell'affidamento ineluttabilmente generato nel malato dallo status professionale del medico.

In particolare, A. Di MAIO, *Profili della responsabilità civile*, Milano, 2010, 76, evidenzia come la natura contrattuale della responsabilità del medico appaia la soluzione più confacente alla realtà economico-sociale, con la precisazione importante, tuttavia, che in ordine a tale responsabilità «non si ipotizza lo stesso obbligo di prestazione derivante da un comune contratto, ma un obbligo di protezione ossia di conservazione dello stato soggettivo del paziente, che si aggiunge a quello di prestazione sussistente verso la casa di cura. È solo quest'ultima ad

che l'ammettere il rifiuto di un chiamato divenuto automaticamente erede beneficiario cozza col principio *semel heres semper heres*, non varrebbe a granché.

L'art. 510, di là dalla circostanza che il suddetto rifiuto neutralizza in realtà l'effetto espansivo dell'altri dichiarazione beneficiaria sicché la perdita dell'eredità viene ad essere un effetto riflesso e non quello principale<sup>27</sup>, può ben intendersi anche in un altro modo: nello specifico leggendolo come una disposizione che si limita, la sentenza in epigrafe lo dice assai bene, ad imputare provvisoriamente ai chiamati l'effetto favorevole della separazione patrimoniale. Un effetto precario ed interinale destinato a caducarsi per il prodursi di un fatto che sia legato a caducarsi per una decadenza dal beneficio *de iure* (artt. 485, 2<sup>a</sup> comma, e 487, 2<sup>a</sup> comma, c.c.) ovvero a motivo del sopravvenire di una volizione contraria del chiamato stesso, risolti ad accettare *totit court* od a rinunziare all'eredità, con un consenso rimesso perciò soltanto ad una sua dichiarazione di avvalersi «espressamente» del beneficio. È pur sempre vero infatti che soltanto il chiamato è in grado di valutare se persiste un personale interesse di segno opposto a giovarsi di un effetto legale — la situazione di separabilità dei patrimoni — comunque automatico. Anche di qui, com'è facile intuire, origina allora il rilievo officioso di uno stato di eredità beneficiata a favore del chiamato che sia rimasto «inizialmente contumace». Perché il regime del beneficio di inventario possa operare con pienezza, l'eccezione di separazione patrimoniale senza dubbio *serve*: ma, se risulta pacificamente dagli atti, ben potrà assumere la veste di una questione iscritta nel novero di quelle di cui il giudice ritiene opportuna la trattazione (art. 183, 4<sup>a</sup> comma, c.p.c.).

Quand'è così, la marcata assonanza col c.d. diritto di interpellato, di cui si discorre quando si fa questione di una nullità di protezione, viene allora intuitivo visto che, nel segno di quel canovaccio interpretativo europeo che Cass. 14828/2012 ha pienamente recepito<sup>28</sup>, per espungere dal contratto una

<sup>27</sup> La notazione, serratamente argomentata, si legge in DONISI, *L'efficacia estensiva dell'accettazione di eredità con il beneficio di inventario*, cit. 426.

<sup>28</sup> V., da ultimo, C. giust. UE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif v. Cspai*. Un interpellato — §§ 30, 31 e 35 — che reitiera lo schema di una convalida endoprocedurale, venendo in rilievo una nuova — e validante — volontà del consumatore. Per ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice*, in [www.iustitiae.it](http://www.iustitiae.it), 2013, fasc. 7, spec. 393 s., viceversa l'opposizione del consumatore avrebbe il valore di introdurre nel giudizio «ulteriori elementi di fatto a partire dai quali il giudice possa diversamente valutare» l'agire del consumatore. *Ergo*, non si avrebbe una sanatoria: il che però, salvo non si

clausola vessatoria, occorre che il consumatore, giudizialmente edotto, non si opponga. Né il parafelismo, tra una nullità rilevabile *sub condicione* di una non opposizione preclusiva ed un'eccezione di beneficio di inventario caducabile o consolidabile sul presupposto di una volontà univoca del chiamato, deve sorprendere più di tanto: se l'art. 510 è vocato a dispiegare degli effetti favorevoli al chiamato che non abbia ancora accettato, donde un'opposizione che neutralizza o respinge un'efficacia estensiva *in itinere*, l'art. 36, 1<sup>a</sup> comma, c. cons. codifica pur sempre una nullità che opera soltanto a vantaggio del consumatore. In ambedue le fattispecie l'inerzia del convenuto è una vicenda neutra ed incolore: tradurla in una prova legale avrebbe lo stesso significato di convertire indebitamente «una tecnica di semplificazione processuale in un modo di fissazione formale dei fatti»<sup>29</sup>. Con tutto quello che poi ne conseguirebbe, il corollario a questo punto è *in re ipsa*, in termini di veridicità della vicenda non contestata quantunque dagli atti processuali emergesse nitidamente un'altra verità.

#### 4. Chiosa finale

Un regime processuale delle preclusioni che non consentisse al giudice di riconoscere d'ufficio il diritto del chiamato a giovarsi dell'accettazione beneficiata altrui, quantunque le risultanze processuali asseverino incontrovertibilmente l'esistenza di questa circostanza, si mostrerebbe senza dubbio ostativo, nel senso di idoneo ad arrecare pregiudizio, all'effettività del sistema di protezione normativa riservato al chiamato ad una eredità *dammosa*. Ebbene, in questo ideale parallelismo con le pratiche interpretative europee, non è certo casuale che il richiamo all'effettività tomì prepotentemente in un recentissimo arresto della Corte di giustizia<sup>30</sup>, quant'altro all'ammissione di un potere del giudice di disporre officiosamente una riduzione del prezzo del bene mobile compravenduto allorché il consumatore abbia domandato la sola risoluzione del contratto ma questa non possa editorialmente operare a motivo del carattere minore del difetto di conformità denunziato (art. 3, § 6 dir. 99/44/CE). Per la Corte di giustizia (art. 3, § 6 dir. 99/44/CE). Per la Corte di giustizia un siffatto potere sussiste perché una domanda giudiziale non può ostacolare il raggiungimento di

voglia ipotizzare una rinunzia all'azione, lascia inerte — ci sembra — il problema sulla natura giuridica sostanziale dell'opposizione.

<sup>29</sup> Cfr. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit. 272.

<sup>30</sup> V. C. giust. UE, 3 ottobre 2013, causa C-32/12, *Duarte Hueros c. Autocoba SA*.



una decisione che riconosca al consumatore, il quale non abbia ottenuto la riparazione del difetto eccetto, quel diritto alla riduzione del prezzo previsto dalla legge (art. 3, § 5 dir. 99/44/CE). In caso contrario, volendo cioè riconoscere alla domanda giudiziale un valore preclusivo, si avrebbe che il consumatore sarebbe «definitivamente privato della possibilità di usufruire [di un] diritto [accordatogli dalla legge]»<sup>31</sup>.

Cambiano, com'è evidente, il contesto ed i termini normativi di riferimento: ma, nell'ottica dei principi di un *giusto rimedio civile*<sup>32</sup>, tra il consumatore che non ha domandato la riduzione del prezzo ed il chiamato inerte o non profitante ex art. 510 c.c. non passa una spiccata differenza.

<sup>31</sup> C. giust. UE, 3 ottobre 2013, cit., § 37 della motivazione.

<sup>32</sup> Evocato da P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in questa *Rivista*, 2011, spec. 10.

modo, «il legislatore attribuisce un ruolo al requisito soggettivo ai fini dell'an respondeatur in campo penale»<sup>3</sup>.

Il legislatore sembra così aver preso posizione sul dibattito dottrinale relativo alla opportunità di introdurre distinzioni quanto al grado della colpa per la selezione del penalmente rilevante<sup>4</sup>.

Tale previsione normativa pone, tuttavia, qualche problema interpretativo, atteso che il codice penale non prende in considerazione, ai fini della esclusione della responsabilità, la colpa lieve<sup>5</sup>. Oltre legge. La Corte, muovendo dall'art. 2 c.p. (Successione di leggi penali e legge più favorevole al reo), ha annullato con rinvio la condanna per omicidio colposo a carico del chirurgo che aveva provocato la morte del paziente per lesione dei vasi sanguigni, con conseguente emorragia letale. Al vaglio della Corte è stato sottoposto il quesito se la Legge n. 189/2012 abbia determinato o meno «la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie». Nella dispositivo della decisione la Corte dà una risposta positiva: «si è affermato il principio secondo cui la nuova normativa ha parzialmente decriminalizzato le fattispecie colpose in questione, facendo così scattare l'applicazione della norma più favorevole ex art. 2 c.p.».

<sup>3</sup> Così B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel cd. «Decreto Balduzzi»*, in *Corr. giur.*, 2013, 10, 1236, la quale rileva, altresì, che la disposizione in commento «prevedendo la responsabilità penale nelle sole ipotesi di colpa grave e colpevole, costituisce, *de lege lata*, superamento del rifiuto ad accogliere distinzione alcuna quanto al grado, lieve o lievissimo, della colpa per la selezione del penalmente rilevante». L'Autrice sottolinea, inoltre, come tanto è stato previsto «nella sfera della colpa professionale, settore dove in campo civilistico opera - ed in quello penalistico si discute se operi - la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.».

<sup>4</sup> Sul punto si veda CASTRONOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 530 ss.

<sup>5</sup> Muovendoci in un'ottica comparatistica, è possibile rilevare come la limitazione della responsabilità penale del medico alla colpa grave sia prevista dalle *Raccomandazioni per l'armonizzazione della legge sostanziale e procedurale* formulate dall'*European Science Foundation*, e sia radicata da tempo nel diritto inglese (dove in sede penale rileva solo la *gross negligence*, mentre in sede civile anche la colpa lieve).

Con specifico riferimento al nostro ordinamento penale - come è noto - non esiste alcuna differenza tra colpa lieve e colpa grave: l'art. 43 c.p., nel definire il delitto colposo, non prevede alcuna distinzione espressa tra i due tipi di colpa. Il grado della colpa viene normativamente richiamato ai soli fini della commisurazione giudiziale della pena, ai sensi dell'art. 133, comma 1, n. 3, c.p., mentre non assume mai alcun rilievo ai fini della determinazione dell'elemento soggettivo del delitto. Il problema che si pone in sede penale consiste, allora, nella circostanza che la legge Balduzzi ha fatto assurgere la colpa grave a ele-

tutto, sembrano delinearsi problemi di legittimità in quanto al riferimento alla colpa grave è slegato da qualsiasi profilo di speciale difficoltà tecnica: è infatti prevista una limitazione della responsabilità colposa pur in assenza di adeguati presupposti di complessità<sup>6</sup>.

Il contenimento della responsabilità penale così previsto può essere compreso solo nell'ottica di prevenire il contenzioso e di ridurre gli oneri assicurativi. In effetti, la *ratio* dell'art. 3 sembra essere quella di tentare di contrastare il fenomeno della medicina difensiva<sup>7</sup>, come si legge nella relazione di accompagnamento di *discrimen* tra punibilità e non punibilità del personale sanitario, ma essa non ha provveduto a fornire una definizione della nozione di colpa grave (visto che né il codice civile e né il codice penale la definiscono). In tal modo, il legislatore ha perso l'occasione di fare chiarezza su tale incerta categoria giuridica, nonostante gli spunti offerti dai vari progetti di riforma del codice penale elaborati negli ultimi anni (si veda, in particolare, la proposta di riforma del Centro Studi Federico Stella, che definisce la colpa come grave «quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento»<sup>8</sup>).

La circostanza per cui nell'ordinamento penale il grado della colpa rileva in funzione del *quantum* della pena, e non dell'*an*, non ha comunque impedito che si ponesse la questione del ruolo che avrebbe potuto assumere l'art. 2236 c.c. La dottrina tradizionale ha sostenuto l'applicabilità, in sede penale, della limitazione prevista dall'art. 2236 c.c. per evitare che comportamenti insuscebili di generare un illecito civile potessero assumere rilievo nel più rigoroso campo penalistico. Su questa linea, anche la giurisprudenza di legittimità più risalente ha affermato che la responsabilità penale possa configurarsi solo ove sia riscontrabile la colpa grave. Tale indirizzo ha ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale (v. Corte Cost., 29 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1973, I, c. 19). A partire dagli anni Ottanta, invece, si è diffuso un orientamento dottrinale e giurisprudenziale che sostiene la inapplicabilità, in sede penale, dell'art. 2236 c.c. e che valua la colpa professionale sulla base delle regole generali di cui all'art. 43 c.p. Un orientamento più recente, infine, tende ad ammettere che l'art. 2236 c.c. possa trovare applicazione anche nella responsabilità penale come regola di esperienza a cui attenersi nel valutare l'addebito di imputazione, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà. In tal modo, i criteri di cui all'art. 2236 c.c. svolgerebbero un ruolo in sede di personalizzazione dell'addebito colposo e di valutazione della misura soggettiva della colpa.

<sup>7</sup> Come è dato leggere nella Relazione illustrativa del Decreto Balduzzi, per «medicina difensiva» si intende un «insieme di atti e comportamenti posti in essere al fine di evitare i possibili contenziosi», e consistenti nella «prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull'aumen-





## LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO NELL'ART. 3, COMMA 1, DELLA LEGGE BALDUZZI (L. 189/2012)

Di Chiara Sartoris

| 358

La responsabilità del medico nell'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi (Chiara Sartoris)

**SOMMARIO:** 1. L'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi e il problema della natura della responsabilità medica. - 2. Il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nella Legge: due diverse letture. - 3. Gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza. - 4. I possibili profili di incostituzionalità dell'art. 3 della Legge Balduzzi: in particolare, l'ordinanza del Tribunale di Milano. - 5. Il ruolo di "linee guida e buone pratiche" nell'accertamento della responsabilità medica e la loro incidenza sulla quantificazione del danno. - 6. Recenti proposte di legge in tema di responsabilità medica e il confronto con il modello francese: spunti per una possibile soluzione.

### 1. L'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi e il problema della natura della responsabilità medica.

La disciplina della responsabilità medica è stata recentemente oggetto di un discusso intervento normativo ad opera della Legge n. 189/2012 (cd. Legge Balduzzi).

L'art. 3, comma 1, rubricato "Esercenti la professione sanitaria", ha dettato una nuova normativa, intervenendo tanto sul versante penale quanto su quello civile. Sennonché, la disposizione in esame ha immediatamente generato un acceso dibattito in merito alla sua corretta interpretazione: per come formulata, essa suscita numerosi interrogativi tanto da aver contribuito a rendere ancora più incerta e problematica la regolamentazione di una materia tanto delicata, che da anni richiede di essere oggetto di un intervento normativo consapevole e sistemativo.

Due sono i punti di vista da cui è possibile analizzare la nuova disposizione.

Sotto il profilo penale, il legislatore sembra aver introdotto una sorta di esimente: la responsabilità

penale<sup>1</sup> è esclusa ove l' "esercente la professione sanitaria" si sia attenuto alle "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" e versi, in astratto, in ipotesi di colpa lieve. In altri termini, la compresenza di questi due elementi (l'osservanza di linee guida e buone pratiche, da un lato, e la presunzione di colpa lieve, dall'altro) elide l'antigiuridicità del comportamento del sanitario<sup>2</sup>. In tal

<sup>1</sup> A questo proposito, si ricorda che, nel panorama europeo, soltanto in Italia e in Polonia il medico può essere riconosciuto penalmente responsabile. Nel nostro ordinamento il sanitario può essere gravato da una condanna penale per omicidio (colposo, doloso o preterintenzionale) ovvero per lesioni personali (dolose o colpose) come conseguenza del proprio operato; parallelamente, in Polonia, il medico è penalmente responsabile se, nell'ambito della condotta in oggetto, sussistono quattro condizioni: abbia commesso un atto che è proibito dall'ordinamento; le conseguenze di tale azione siano rilevanti e significative; esista un nesso di causalità tra l'azione commessa e l'evento delittuoso occorso; tale condotta sia attribuibile al sanitario stesso.

<sup>2</sup> A questo riguardo, si veda Cass. pen., 29 gennaio 2013, n. 16237, in *Dir. e giust.*, 2013, 452, con nota di F.G. CAPITANI, *Il Decreto Balduzzi promuove il giudice penale a "cultore" della scienza medica*, che costituisce la prima decisione in cui viene data applicazione alla nuova

# Materiali e commenti



servazione attenta del sistema<sup>34</sup>. Analisi che si fonda sin dal primo precedente<sup>35</sup> dando rilievo ad un principio da cui si trae, assieme ad altri dati, la giuridicità del rapporto.

Da qui la necessità di esaminare che cosa sta accadendo in tale versante<sup>36</sup>.

I contributi contenuti in questa sezione si pongono di seguire un dialogo apertissimo.

<sup>34</sup> v. P. RESCIGNO, voce "obbligazioni", in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 193 ove si riconosce la possibilità che la fonte dell'obbligo sia in un principio.

<sup>35</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit. "La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie può annoverarsi il diritto alla salute) che trascendono singole proposizioni legislative".

<sup>36</sup> G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Questa rivista*, p. 209 e ss.





Alcune risposte sono fornite dalla giurisprudenza penale.<sup>29</sup> «A nessuno è consentito anteporre la logica economica alla tutela della salute» sicché<sup>30</sup> il comportamento non è penalmente rilevante quando l'azione si è svolta nel rispetto "dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica". E' chiara la ratio di fondo.

Si segue un modello incentrato nell'affidamento ad un sapere o ad un sapiente "presuntivamente neutrale"; ci si affida ad un quadro scientifico di riferimento attraverso linee guida e protocolli accreditati dalla comunità scientifica, conoscibili con facilità<sup>31</sup>. Tutto ciò incide nella responsabilità penale in modo chiaro.

b) Assai meno chiara è l'incidenza della Legge Balduzzi sulla responsabilità civile. L'alternativa espressa nei primi commenti è fra un ritorno ad un regime aquilano e altre diverse interpretazioni<sup>32</sup>. Certo è che il legislatore ha avuto un chiaro intento. Ripensare la funzione del risarcimento del danno con l'emergere di un problema non più individuale (fra medico e paziente) ma sociale. Ricercare un equilibrio nuovo fra valori da bilanciare: dignità e salute, efficienza del sistema sanitario, contenimento dei costi. Ma tutto ciò si è operato con pericolosa ambiguità nell'uso degli articoli 2043 e 1218 del codice civile.

Una interpretazione razionale e sistematica porta a ritenere che si è operato sull'effetto e non sulla natura della responsabilità: esclusa la responsabilità penale si è detto che in questi casi "resta comunque

altre organizzazioni. Anche dati comparative, con uno strumento che semplifica le ricerche nelle linee guida internazionali per un primo giudizio sull'affidabilità in termini di valutazioni comparative. Esperienze di implementazione, una piattaforma per la condivisione e implementazione a livello locale delle raccomandazioni contenute nelle linee guida". I problemi sono evidenti: vi è una sovrapposizione tra indicazioni orientate all'ottimale rapporto rischi-benefici e indicazioni orientate nel senso costi-efficacia con possibili ambiguità nella fissazione delle regole. Esiste un potenziale conflitto tra raccomandazioni orientate a livello scientifico nazionale e regole di carattere locale

<sup>29</sup> Cass., 23 novembre 2010, n. 8254, cit.

<sup>30</sup> Cass., 30 gennaio 2013, ancora medita.

<sup>31</sup> Anche la giurisprudenza è oscillante. Secondo un primo orientamento, dovrebbe essere applicabile il regime aquilano (cfr. T. Varese, 26 novembre 2012; T. Torino, 26 febbraio 2013); secondo un altro orientamento, invece, la responsabilità medica trova ancora la sua disciplina nelle regole contrattuali (T. Arezzo, 14 febbraio 2013; T. Caltanissetta, 1 luglio 2013). Quest'ultima tesi è stata confermata anche in un *obiter dictum* della Suprema Corte, Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in DeLuca.

fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", inteso come sistema della responsabilità civile. Se la norma si compone di una fattispecie e di un effetto la legge sembra richiamare l'effetto, l'obbligo di risarcire tanto che su di esso si incide in modo molto pesante.

Basta un sguardo al contenuto della legge. Il giudice nella determinazione del danno deve tener conto delle linee guida e delle buone pratiche.

Si rinvia agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni e la modifica di questa ultima norma (con la L. 24 febbraio 2012, n. 27) esclude il risarcimento del danno per le lesioni di lieve entità che non siano suscettibili di accertamento clinico strutturale obiettivo. Si prevedono disposizioni in tema di assicurazioni e di CTU.

E' evidente quale sia la funzione di un tale risarcimento.

Ogni epoca è caratterizzata da una finalità prevalente. Negli anni '70 si era sollecitato un ampliamento dell'area del danno risarcibile con finalità distributive: compito primario dell'interprete era la ricerca del criterio migliore per trasferire il peso del danno dal danneggiato ad altri soggetti, mentre il sistema si orientava per il superamento del ruolo della colpa e l'emersione di forme di responsabilità oggettiva. Il problema della responsabilità civile divenne dunque un problema di *policy* e non di *principle*. Si trattava di allocare nel modo migliore un costo<sup>32</sup>.

Negli anni successivi si è progressivamente appannato il criterio distributivo e compensativo per una ragione chiara. Compensare vuol dire riuovere in termini pecuniari un danno provocato. La logica è di scambio.

Il danno non patrimoniale rompe questo schema e il problema diviene la ricerca di un limite e di un contenimento attraverso la rilettura degli articoli 2059 e 1223<sup>33</sup>. La responsabilità medica è lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio.

Osservo solo che sin dalla prima sentenza della Cassazione la giurisprudenza italiana si è preoccupata di precisare la fonte che consente di trascorrere da una forma di mero contatto di fatto ad una figura dotata di rilevanza giuridica. Ed è bene ricordare che a tal fine non è affatto necessario che esista una norma espressa ma la rilevanza può trarsi dalla os-

<sup>32</sup> G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

<sup>33</sup> A. DI MAIO, *Profili della responsabilità civile*, cit. p. 103 ss.

## IL DIRITTO DEL CONSUMATORE ED I CONSUMATORI NEL QUADRO GIURIDICO EUROPEO. ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SUI RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA\*.

Di Federico Della Negra

**SOMMARIO:** 1. *Le linee della ricerca.* - 2. *La nascita e lo sviluppo del diritto dei consumatori.* - 3. *Le tecniche di armonizzazione e la loro incidenza sulla protezione del consumatore.* - 4. *I modelli di consumatore: il "consumatore ragionevolmente attento ed avveduto".* - 5. *(segue)* Il "consumatore vulnerabile". - 6. *I recenti orientamenti della Corte di Giustizia.* - 6.1. *La sentenza Banco Español de Crédito.* - 6.2. *La sentenza Mohamed Aziz.* - 6.3. *La sentenza RWE Vertrieb.* - 7. *Il consumatore vulnerabile come paradigma generale della tutela consumeristica?* - 8. *Considerazioni conclusive: il consumatore e i diritti fondamentali.*

### 1. Le linee della ricerca.

I consumatori in Europa sono 500 milioni e la spesa per i consumi ammonta al 56% del PIL dell'UE.<sup>1</sup> Sono alcune delle cifre che indicano l'urgente necessità, non soltanto teorica, di approfondire il rapporto tra tutela del consumatore e sviluppo del mercato interno. Due termini quelli di "consumatore" e "mercato" che si intrecciano tra loro, con effetti che restano da chiarire, in quello di "contratto". Rappresenta questo un mero strumento, che facilita gli scambi e lo sviluppo del mercato ovvero ne costituisce l'attento regolatore? In altri termini,

\* *Lo scritto riproduce, con alcune modifiche e l'aggiunta delle note essenziali, la relazione svolta al convegno "Diritti e coesione sociale. I diversi modelli di giustizia sociale nella Unione Europea", il giorno 8 maggio 2013 a Firenze.*

<sup>1</sup> Cfr. la proposta di Regolamento relativo a un programma per la tutela dei consumatori (2014-2020), COM(2011) 707.

quale ruolo spetta al diritto del mercato: "disciplina della viabilità o delle destinazioni"<sup>2</sup>?

Quest'ultima è in effetti la prospettiva che emerge dall'*acquis* comunitario, dove la mano del mercato, per mezzo del diritto contrattuale, si manifesta in maniera sempre più visibile.<sup>3</sup>

L'affermarsi della normativa a favore del consumatore ha infatti certamente ridisegnato i confini tradizionali dell'autonomia privata ma non ha determinato, quale corollario, "la morte

<sup>2</sup> N. IRTI, L'ordine giuridico del mercato, *Roma-Bari, 1998*, p. 101, *optando saldamente per la prima alternativa. In questo senso anche M. BARCELLONA, La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 310 ss.

<sup>3</sup> Cfr. H.-W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa - La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, EUJ Working papers, 2010, disponibile in <http://cadmus.eui.eu>. Nello stesso senso G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 1212.



del contratto”<sup>4</sup>. Quest’ultimo, invece, si è rigenerato ed anzi ha tratto dal pluralismo delle fonti normative in cui si trova ora stabilmente inserito nuova linfa modernizzatrice.<sup>5</sup>

A ciò si è aggiunta, inoltre, la frammentazione degli statuti protettivi sorti a tutela delle cd. parti contrattualmente deboli: non solo i consumatori ma anche investitori, clienti, piccole-medie imprese. Da qui il fiorire di categorie rispettive diversità (come le formule dei tali rispettive diversità (come le formule del “primo”, “secondo”, “terzo contratto”), dall’altro ad attrarle entro modelli di riferimento unificanti (come la categoria del “contratto asimmetrico”).<sup>6</sup>

È in tale contesto di “complessità giuridica”<sup>7</sup> che il recente volume *“The Many Concepts of Social Justice in European Private Law”* a cura di H.-W. Micklitz affronta la tradizionale e al contempo attuale problematica della giustizia contrattuale nel diritto privato europeo. Il presupposto, tracciato nelle pagine introduttive del volume,<sup>8</sup> è che non si possa comprendere la destinazione e la funzione del diritto del mercato se non si individuano, a monte, i destinatari dell’intervento normativo. Applicare tale metodologia al diritto del consumatore si rivela tuttavia un’impresa tutt’altro che agevole. A quale

tipo di consumatore si rivolge il legislatore comunitario?<sup>10</sup> Si tratta di un consumatore razionale, *homo oeconomicus*, ovvero di un consumatore vulnerabile, *homo consumens*,<sup>11</sup> che rischia di essere escluso dall’accesso al mercato dei beni e servizi? Tale questione, è bene sottolinearlo, non è soltanto teorica o speculativa. Come vedremo, essa assume una rilevanza pratica notevole in quanto incide direttamente sull’interpretazione e applicazione del diritto comunitario e dei suoi rimedi.

Per dimostrare tale ipotesi di partenza l’analisi verrà condotta su due diversi livelli. Dopo aver illustrato il quadro istituzionale in cui è sorto il diritto dei consumatori, esamineremo i vari modelli di consumatore, dapprima in relazione al formante legislativo (del diritto comunitario secondario) e, in seguito, a quello giurisprudenziale, verificando in che misura tali modelli vengano recepiti dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

## 2. La nascita e lo sviluppo del diritto dei consumatori

Il primo riconoscimento delle istanze di tutela del consumatore risale, storicamente, al messaggio rivolto da J. F. Kennedy al Congresso Americano il 15 marzo 1962. Con quel discorso, aperto dalla famosa frase *“consumers, by definition, include us all”*, veniva data forma al primo “manifesto” dei diritti dei consumatori fondato sul diritto alla sicurezza dei prodotti, alla completa informazione, alla libera scelta e ad essere ascoltati.<sup>12</sup> In Europa tali diritti furono

<sup>10</sup> Si vedano, in proposito, le considerazioni di N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in Riv. dir. proc. civ. 2010, p. 5, che rileva come il diritto del consumatore ha “capovolto il tradizionale schema della soggettività, che non viene più assunta come un *pruis rippetto all’attribuzione degli effetti*, ma semmai come un posteriorius rispetto alla rilevazione di situazioni di segno meramente fattuale”.

<sup>11</sup> Z. BAUMANN, *Homo consumens. Lo sciamano inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Centro studi Erickson, 2007.

<sup>12</sup> *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, 15 March 1962. *Public Papers of the Presidents of the United States*, John F. Kennedy, p. 235. Sulle origini storiche del diritto del consumatore, negli Stati Uniti ed in Europa, si veda H. Rösler, *The Transformation of Contractual Justice – A Historical and Comparative*

## 5. La legge Balduzzi e la responsabilità civile: fine del “contatto sociale”?

Il testo varato dal Consiglio dei Ministri aveva seguito una linea precisa. Si muoveva dall’art. 2236 c.c., per disporre che nell’accertamento della colpa lieve, il Giudice ex art. 1176 c.c. tiene conto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale.<sup>20</sup>

La legge di conversione ha mutato tutto: l’esercente la professione sanitaria...che si attiene a linee guida e buone pratiche...non risponde penalmente per colpa lieve, ma “in tali casi resta comunque l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c. e il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto delle condotte di cui al primo periodo”<sup>21</sup>.

Si incide così sulla responsabilità penale e si fa salva la responsabilità civile richiamando l’art. 2043 c.c. e non l’art. 1218 c.c. Da qui i problemi interpretativi. Si può leggere la norma come una scelta contrastante con l’elaborazione giurisprudenziale recente o si può interpretare in modo diverso il suo contenuto.

Occorre iniziare dai criteri interpretativi indicati nell’art. 12 delle preleggi al codice per trarre dal testo il “senso fatto valere dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalle intenzioni del legislatore”. Le domande sono due. Che cosa emerge dal significato delle parole in connessione tra loro. Quale è l’intenzione del legislatore e come si esprime nelle norme.

Dico subito che l’intenzione si manifesta in due modi. Si valorizzano le linee guida e le buone pratiche commerciali accreditate dalla comunità scientifica. Si struttura in modo nuovo la responsabilità professionale dell’esercente la professione sanitaria. Vediamo come.

<sup>20</sup> Si riporta il testo originario dell’art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158: “fermo restando il disposto dell’art. 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’articolo 1176 c.c. del codice civile, tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”.

<sup>21</sup> Si riporta il testo vigente dell’art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, coordinato con le modifiche introdotte dalla L. Conv. 8 novembre 2012, n. 189: “L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale per la colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

a) La diffusione delle linee guida è iniziata negli anni ‘70, ha subito un’accelerazione negli anni ‘90 con l’avvento della *evidence based medicine* ed è “paragonata per importanza per il numero di vite salvate alla diffusione di antibiotici e vaccini”<sup>22</sup>. Tali strumenti sono definiti (dall’*Institute of Medicine*) come “asserti (*statements*) sviluppati in modo sistematico allo scopo di aiutare le decisioni del medico e del paziente riguardo alle cure sanitarie più adatte nelle specifiche circostanze cliniche”<sup>23</sup>. I protocolli, meno diffusi, sono più specifici e prevedono “rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurare la riproducibilità e quindi l’attendibilità scientifica”<sup>24</sup>.

Nella prassi, “le linee guida vengono utilizzate nel peculiare meccanismo di interazione che si stabilisce fra giudice ed esperto, attraverso la mediazione del medico legale”<sup>25</sup>. La valutazione del sanitario tramite questi parametri è consolidata (più in penale che in civile)<sup>26, 27</sup>. Il problema più acuto sono le fonti e la competenza ad emanarle. Dopo alcune incertezze e ritardi si è strutturato un modello organico con l’introduzione del *Sistema nazionale linee guida* (SNLG), una banca dati istituita presso l’Istituto Superiore di Sanità ([www.snlg-iss.it](http://www.snlg-iss.it)) ma dal sito emerge un’architettura complessa<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. A. DILANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 424.

<sup>23</sup> Così riportato da A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

<sup>24</sup> Così riportato da A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

<sup>25</sup> A. DILANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

<sup>26</sup> Tra le più recenti cfr. Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35922, in *Foro it. on-line*, la quale fa una rassegna delle sentenze penali più significative in materia di linee guida.

<sup>27</sup> Sul punto v. anche Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 4391, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2069; Cass., 23 novembre 2010, n. 8254, in *Foro it.*, 2011, II, c. 416; Cass. pen., 14 novembre 2007, n. 10795, in *Foro it.*, 2008, II, c. 279.

<sup>28</sup> Cass. pen., 30 gennaio 2013, ancora inedita, esclude la rilevanza penale al comportamento del sanitario che opera nel rispetto dell’area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica. La pronuncia, in base alla considerazione che il Decreto Balduzzi è legge penale più favorevole rispetto alla precedente e che quindi può trovare applicazione anche ai processi pendenti, rinvia gli atti alla Corte d’Appello affinché il Giudice valuti se le linee guida siano state rispettate.

<sup>29</sup> “Linee guida nazionali, con “raccomandazioni di comportamento clinico basato sugli studi scientifici più aggiornati”. Linee guida regionali, con linee guida ed altri strumenti di governo clinico elaborati dai Servizi sanitari regionali in conformità con una metodologia definita. Altri dati evidence based, con un repertorio di linee guida (non snlg) provenienti da enti o istituzioni italiani o da





nella giurisprudenza italiana nel 1999<sup>12</sup> in base ai seguenti presupposti<sup>13</sup>. Il medico non è un *quisque de populo* cui grava un semplice dovere di *neminem laedere* ma la sua prestazione si caratterizza per i seguenti tratti: la professione medica è regolamentata e protetta; il destinatario non è la collettività ma il singolo e specifico paziente; la sua attività ha semipreco e medesimo contenuto e deve essere svolta secondo i canoni della diligenza indicati dall'articolo 1176. Il co., c.c., a prescindere che alla base vi sia un contratto o meno.

Con l'espressione contatto si richiama una duplice connotazione del fatto: (a) con riferimento alla fonte, è un fatto idoneo a produrre l'obbligazione ex art. 1173 c.c.; (b) con riferimento al rapporto, si attaglia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto.

Si ha contatto quando le parti entrano tra loro in una relazione a cui si collegano obblighi di comportamento di varia natura<sup>14</sup>. È noto come la Corte di Cassazione specifica l'onere probatorio<sup>15</sup>. Il paziente danneggiato deve limitarsi a provare il contratto con la struttura sanitaria o il contatto con il medico, l'aggravamento delle patologie o l'insorgere di un problema sanitario, deve invece allegare un inadempimento che sia qualificato, cioè, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato.

Starà poi al debitore dimostrare che l'inadempimento non c'è stato o che, pur esistendo, esso non è stato rilevante sotto il profilo causale. L'ultima giurisprudenza ha anche precisato su chi gravi la prova

<sup>12</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con nota di F. FRACCHIA, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 con nota di A. DI MAIO; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di V. CARBONE; in *NGCC*, 2000, p. 334, con nota di A. THIENE.  
<sup>13</sup> In dottrina cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza previsione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 147.  
<sup>14</sup> Altre ipotesi di contatto sociale indicate dalla giurisprudenza di legittimità si hanno nei confronti dell'insegnante per danni che il minore cagiona a se stesso (Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1287, con nota di F. DI CIOMMO; sul punto v. anche Cass., 18 novembre 2005, n. 24456, in *Foro it. on-line*); della banca che paghi l'assegno a soggetto non legittimato (Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1710, con nota di A. DI MAIO); del mediatore per violazione del dovere di correttezza e buona fede (Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2281, con nota di A. Sesti; in *Corr. giur.*, 2010, p. 206, con nota di R. P. PUCE); da ultimo, dell'editore di lavoro verso il dipendente per erronee informazioni contributive (Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2636).

<sup>15</sup> Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453.

di tale nesso spetterà al sanitario dimostrare che non esiste una causalità materiale fra fatto (positivo o ommissivo) e l'evento, sarà a carico del danneggiato la prova del nesso di causalità giuridica fra l'evento e il danno in concreto esistente (1223 e ss., c.c.). Ciò al di là della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La responsabilità della struttura e del sanitario erano disciplinate dopo la svolta del 1999 in base alla stessa natura contrattuale, derivante per la prima dall'accettazione del paziente e per il secondo in virtù del contatto sociale. Entrambi i rapporti erano assimilati, per analogia, al contratto di opera intellettuale con il conseguente riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico.

Un indirizzo più recente ha qualificato il rapporto paziente-struttura come "un autonomo e atipico contratto di ospedalità"<sup>16</sup> al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento con conseguenze importanti. La responsabilità dell'ospedale (1218) prescinde da una condotta negligente del medico (e dall'applicazione dell'art. 2236 c.c.) ed ha la propria fonte nell'obbligo direttamente riferibile all'ente. Sicché l'obbligazione derivante da tale contratto complesso riguarda, oltre all'alloggio, le prestazioni ospedaliere di carattere medico, paramedico e assistenziale la cui violazione può comportare la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.

Il consenso informato del paziente è oramai disciplinato da norme<sup>17</sup> e principi forti<sup>18</sup>.

Senza il consenso, l'intervento del medico è (salvo lo stato di necessità o l'obbligo di legge) illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente. Si ha la facoltà di scegliere fra le diverse possibilità di trattamento medico, e si può rifiutare la terapia o interromperla in ogni fase, anche terminale<sup>19</sup>. Ciò in presenza di un diritto della persona che trova il suo fondamento negli articoli 2, 13, e 32 Cost.

<sup>16</sup> Sebbene la sentenza faccia riferimento al contatto sociale nel rapporto tra paziente e struttura ospedaliera, al contratto di ospedalità (a riferimento Cass., 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Foro it. on-line*. In termini più corretti, cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Foro it. on-line* nonché Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.).  
<sup>17</sup> Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, in *Foro it. on-line*.  
<sup>18</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.

<sup>19</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, c. 125.

no sanciti per la prima volta nella Carta Europea dei consumatori approvata dal Consiglio d'Europa con la risoluzione 543/1973.<sup>15</sup> Successivamente, a livello comunitario, nel silenzio del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea del 1957, il diritto e i diritti del consumatore fanno il loro ingresso con la risoluzione del Consiglio del 1975 riguardante un programma preliminare "per una politica di protezione e di informazione del consumatore".<sup>14</sup> Obiettivo che dette l'impulso alle prime direttive comunitarie in tema di prodotti difettosi (85/374/CEE), vendita porta a porta (85/577/CEE) e credito al consumo (87/102/CEE).<sup>15</sup>

L'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo, il 1° luglio 1987, ha segnato una svolta importante nell'evoluzione del diritto consumeristico.<sup>16</sup> Con esso infatti venivano poste le basi per il legame, poi divenuto inscindibile, tra protezione del consumatore, tutela del diritto comunitario derivato, e sviluppo del mercato interno, fondato sulla libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, garantito dai Trattati.<sup>17</sup> Negli anni Novanta la protezione del consumatore entra formalmente nell'architettura istituzionale della Comunità. Con l'art. 153 del Trattato CE (inserito dal Trattato di Amsterdam che a sua volta sostituì

*Account of the Impact of Consumption*, in H.-W. MICKLITZ, *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, op. cit., p. 327 ss.

<sup>15</sup> Cfr. G. ALPA-M. BESSONE, *La "Carta Europea dei Consumatori"*, in *Riv. soc.*, 1973, p. 828 ss.; E. GUERINONI, *I del consumatore. Principi e regole*, 2011, Torino, p. 30.  
<sup>14</sup> Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 (GU C 92 del 25.4.1975).

<sup>15</sup> Secondo H.-W. MICKLITZ, *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Paris 2004, p. 725; Id., *Introduction*, cit., p. 25 ss., tale prima fase del diritto dei consumatori si caratterizza per un'impronta "sociale" nella tutela dei consumatori. Si veda in tal senso anche G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, in G. VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 1291 ss.

<sup>16</sup> L'Atto Unico modificava il Trattato istitutivo stabilendo, in particolare, all'art. 100 A che la Commissione nelle sue proposte in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e dei consumatori si dovesse basare su di un livello di protezione elevato.  
<sup>17</sup> Cfr. H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 25.

va l'art. 129A del Trattato di Maastricht), ora trasposto nell'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, l'Unione si impegna a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. È interessante notare, per inciso, che ancora prima della Carta di Nizza che annovera i diritti dei consumatori nel capo intitolato alla "solidarietà"<sup>17</sup> (art. 38), la legge 30 luglio 1998, n. 281, in materia di "Diritti dei consumatori e degli utenti" aveva prefigurato il passaggio dal consumatore al cittadino, qualificando espressamente la tutela del consumatore come protezione di "diritti fondamentali della persona".<sup>18</sup>

### 3. Le tecniche di armonizzazione e la loro incidenza sulla protezione del consumatore

Lasciando per un attimo da parte i riflessi della costituzionalizzazione del diritto dei consumatori, è importante sottolineare che la legislazione europea di fonte secondaria emanata durante gli anni Novanta (si pensi alle direttive in materia clausole abusive (93/13/CE), vendita a distanza (97/7/CE) e vendita di beni di consumo (99/44/CE) mirava a raggiungere un'armonizzazione minima delle legislazioni nazionali.<sup>19</sup> Gli Stati Membri rimanevano dunque liberi di innalzare la protezione del consumatore oltre il "minimo comun denominatore" fissato dalla normativa europea.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Si veda in proposito G. ALPA, Ancora sulla definizione di consumatore, in *Contratti*, 2001, p. 206; N. Lipari, *Clasificación civilística e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, I, p. 15.

<sup>19</sup> Il rapporto sviluppo della legislazione consumeristica ed evoluzione istituzionale dell'Unione Europea è messo in evidenza da H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 15 ss.; G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, cit., p. 1291 ss.; P. MENGOLZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 91.  
<sup>20</sup> Cfr. G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, cit., p. 1299, F. CAFAGGI (a cura di), *Qualità armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003.



La netta inversione di tendenza, verso l'armonizzazione piena, si registra a partire dalla strategia di Lisbona del 2002.<sup>21</sup> Seguendo quanto già anticipato nel Libro Verde del 2001,<sup>22</sup> la Commissione ha posto l'accento sull'esigenza di eliminare<sup>23</sup> gli ostacoli agli scambi transfrontalieri per consentire alla dimensione consumatori del mercato interno di svilupparsi parallelamente alla dimensione im-  
 leuso.<sup>24</sup> Tra questi ostacoli, figura, in primo luogo, la frammentazione legislativa (in parte) dovuta alla possibilità degli Stati membri di mantenere norme imperative-protettive che im-

nalzano la tutela dei consumatori. Tuttavia l'ardito parallelismo istituito dalla Commissione tra esigenze dei consumatori e professionisti pone in ombra un aspetto non secondario. Il prezzo della piena armonizzazione, non è soltanto l'ingessamento del diritto europeo a scapito delle varie culture giuridiche nazionali,<sup>24</sup> ma è soprattutto il rischio di obliterare il più alto livello di tutela consumeristica garantito da quest'ultime. Non a caso, i risultati della consultazione aperta con il Libro Verde, sulla revisione del *consumer acquis* del 2007,<sup>25</sup> han-

<sup>21</sup> Strategia per la politica dei consumatori (2000-2006), COM(2002) 208.

<sup>22</sup> Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM(2001) 531.

<sup>23</sup> Tra le direttive che adottano l'approccio dell'armonizzazione piena o completa si ricordano, in particolare, quelle in tema di pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) e quella in tema di credito al consumo (2008/112/CE).

<sup>24</sup> Si veda, recentemente, L. NIGLIA, *The Double Life of Pluralism in Europe: Between Constitutionalism and Private Law – Arguments for a Post-Formalist Paradigm*, in L. NIGLIA (a cura di), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013, p. 13 ss.

<sup>25</sup> Rapporto sui risultati della consultazione pubblica riguardante il Libro verde sulla revisione dell'acquis relativo ai consumatori, COM(2006) 744.

sui diritti dei consumatori,<sup>26</sup> un approccio misto: la regola generale è quella dell'armonizzazione piena ma gli Stati membri possono introdurre obblighi informativi precontrattuali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva (art. 5, comma 4).<sup>27</sup>

**4. I modelli di consumatore: il "consumatore ragionevolmente attento ed avveduto"**

Certamente, al di là delle problematiche relative a tale tecnica di armonizzazione "mista", nell'intenzione della Commissione,<sup>28</sup> minor frammentazione legislativa implica anche maggior fiducia dei consumatori nel mercato interno e dunque maggiore possibilità di trarne i benefici economici. Il nesso tra sviluppo del mercato concorrenziale e tutela del consumatore è infatti binomiale.<sup>29</sup> Le politiche della concorrenza, eliminando le barriere alla circolazione di merci e servizi, agevolano l'incontro di domanda e offerta al livello del prezzo ottimale; l'aumento dei consumi determina, conseguentemente, la crescita e lo sviluppo del mercato interno.<sup>30</sup> Rimane da capire – sia detto per inciso – in che misura tale correlazione, riesca anche ad assicurare il raggiungimento di "un'eco-

<sup>26</sup> La proposta di direttiva del 2008, COM(2008) 614, prevedeva un regime di armonizzazione completa senza deroghe.

<sup>27</sup> Cfr. R. PARDOLES, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e comitato?*, in *Foro it.*, 2012, p. 177 ss. La piena armonizzazione caratterizza la proposta di regolamento sul diritto comune della vendita, COM(2011) 635, che dovrebbe introdurre uno strumento contrattuale opzionale per i contratti transfrontalieri B2c e B2b.

<sup>28</sup> *Strategia per la politica dei consumatori dell'UE (2007-2013)*, COM(2007) 99 e *la successiva proposta di regolamento relativo a un programma per la tutela dei consumatori (2014-2020)*, COM(2011) 707.

<sup>29</sup> Si veda, soprattutto, K.J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer, 2005.

<sup>30</sup> In realtà alcuni dubbi sono stati avanzati sull'effettiva compatibilità tra diritto antitrust e interessi dei consumatori, essendosi rilevato che in realtà, da un punto di vista economico, il consumer welfare rappresenta un obiettivo non diretto ma mediato della tutela antitrust. In proposito si veda, recentemente, A. Pera, *Le relazioni pericolose: Antitrust ed interessi dei consumatori*, in C. Rabitti Bedonchi, P. Banucci, *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 1165 ss.

come costante l'abbandono del principio tradizionalmente secondo cui l'effetto giuridico (l'obbligo risarcitorio) deve trovare la sua corrispondenza in una fattispecie che ne riproduca gli elementi di fatto.<sup>36</sup>

Abbandonato questo metodo se ne è seguito un altro: "è lo stesso effetto che si vuole raggiungere a orientare la fattispecie". Basta qualche esempio.

Nel danno alla salute le regola dell'art. 2043 è stata oltrepassata dall'art. 32 della Costituzione. Nella perdita del rapporto parentale i criteri fondativi del risarcimento sono i diritti della famiglia e lo stesso può dirsi per il danno morale e esistenziale. In tutti questi casi si aggira la fattispecie prevista nel codice e la si espande sino a coprire nuovi bisogni e interessi. Con la conseguenza inevitabile di dare centralità al giudice e alla funzione di interpretazione applicazione di un sistema articolato di fonti del danno non patrimoniale. Il quale non trova più un suo presupposto nella norma di struttura ma solo nei diritti della persona individuati e ricostruiti nel loro contenuto dal Giudice.<sup>37</sup>

La stessa liquidazione del danno, stante le difficoltà di "una sicura commisurazione" va alla ricerca di "un'equità risarcitoria" e di un principio di parità di trattamento che richiama regole come quelle indicate dal Tribunale di Milano, create da Giudici, che divengono, addirittura, parametri per il giudizio di legittimità delle pronunzie di merito. Ancora il Giudice è protagonista e lo è ancor più quando "personalizza il danno" perché "l'elasticità e flessibilità" della liquidazione necessaria e del tutto opportuna, può comportare l'abbandono di una risposta risarcitoria in favore di una diversa misura riparatoria.<sup>38</sup>

Ciò che accade insomma è chiaro ed è stato indicato in modo limpido. Il rimedio risarcitorio oltrepassa la fattispecie, elude una tipologia e "presenta quel tanto di imprevedibilità e di incertezza che è propria dei rimedi", ma è evidente come tutto ciò "non sia gradito dal sistema assicurativo che vuole prevedibilità e certezze".<sup>39</sup>

La verità è che il danno alla persona risente del carattere del nuovo sistema delle fonti, frantumate e potenziate da nuovi fatti produttivi e da nuovi sog-

<sup>36</sup> Così A. DI MAIO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 49 ss.

<sup>37</sup> v. ancora A. DI MAIO, *Profili della responsabilità civile*, op. cit., p. 19 ss. Id., *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

<sup>38</sup> Queste considerazioni sono di A. DI MAIO e sono contenute in uno schema di discussione (inedito) consegnato ai partecipanti ad un Seminario svolto a Firenze il 13 novembre 2012 durante il corso di dottorato in Diritto privato europeo.

<sup>39</sup> A. DI MAIO, op. cit.

getti, in ogni settore di attività. Sicché l'ordine si regge in virtù di un arco che poggia su due colonne distanti e complementari, la legge e la giurisdizione, la stabilità è assicurata da una reciproca forza propulsiva e da una comunicazione e interazione di spinte dinamiche. Non è possibile chiedersi chi sia il piumo centrale o a chi spetti l'ultima parola né si può richiamare un ordine scandito in norme di struttura certe e definite perché il passato non torna e la storia ci dice che tale confronto è stata sempre un'operazione delicatissima.<sup>40</sup>

Si può solo ricordare che qui il circolo ermeneutico si amplia. Il Giudice trova in un "testo" da ricostruire una difficoltà sempre maggiore ma la parte danneggiata e il suo difensore, partecipano alla funzione applicativa delle regole in modo peculiare. Sarà diverso il loro ruolo a seconda della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità e del conseguente onere probatorio ma graverà su di essi un obbligo di allegare e provare, anche con presunzioni, le circostanze e i fatti che hanno compromesso il valore della persona, le sue sofferenze, l'alterazione delle abitudini, si dà consentire al giudice di valutare il danno in ogni suo aspetto e di risarcirlo mediante tecniche ispirate alla chance e alla valutazione del concorso.

Ciò significa che il danno alla persona vive nel processo e che il ruolo delle parti è profondamente mutato rispetto al passato. Occorre come è stato detto benissimo "fuggire dalle parole (spesso) vane (o lacunose) del legislatore e contrastare (a volte) le parole prepotenti del giudice"<sup>41</sup> con una rinnovata alleanza fra legge e giurisdizione che attribuisce responsabilità nuove a tutti gli attori e operatori chiamati ad attuare un sistema costituzionale delle fonti profondamente mutato.

La responsabilità medica è lo specchio del tempo.

**4. La responsabilità medica fra giudici e legge.**

Su di essa si sono consolidate svolte forti e innovative che hanno inciso nel profondo sulla stessa struttura e disciplina della responsabilità civile.

È radicata la costruzione di una responsabilità contrattuale o da contatto sociale per il medico dipendente e per la struttura sanitaria. La figura conosciuta in Germania e codificata nel BGB compare

<sup>40</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 41 ss., 85 ss.

<sup>41</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 103 ss.





carattere descrittivo. Da qui il rifiuto del risarcimento per semplici "disagi, fastidi, ansie" e l'abbandono di nuovi "immaginari" diritti come "la qualità della vita, lo stato di benessere, la serenità, la felicità" che erano state evocate dalla giurisprudenza di merito negli anni precedenti.

Ebbene che cosa è mutato da allora? Sicuramente molto nei criteri formali di valutazione delle manifestazioni della personalità. Basta qualche cenno.

I Decreti presidenziali del 2009, all'art. 5 hanno reso manifesta la volontà del legislatore di dare autonomia al danno morale che deve essere determinato, caso per caso, fino al massimo di due terzi del valore del danno biologico. Nel diritto vivente di legittimità, in tema di danno parentale, si è affermata l'idea di un danno da determinare in concreto, tenendo conto in particolare dell'incidenza del fatto sulle qualità di vita del danneggiato.

Nel 2010 (il 15 marzo al n. 38) si è approvata una legge fortemente innovativa (una delle prime in Europa) che garantisce l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore per una finalità che è descritta benissimo nell'art. 1. Il trattamento del dolore (cronico, terminale e non solo) è essenziale per la tutela della Dignità del malato e della qualità della sua vita sino al termine. La sofferenza assume così pieno valore giuridico costituzionale ancorata com'è a valori supremi. A questa situazione la legge assicura una protezione piena: dal livello di informazione tramite campagne di comunicazione sulla rilevanza di tale terapia, alla creazione di apposite reti e strutture chiamate a rendere effettiva la cura. La conseguenza è chiara. Il dolore, a certe condizioni, assume una precisa rilevanza giuridica e attiva un processo di protezione e di tutela.

La legge 23 febbraio 2009 n. 11 aggiunge un articolo, il 612bis, al codice penale, (gli atti persecutori) con cui si colpisce la condotta reiterata di chi, con minacce e molestie, può determinare "un perdurante stato di ansia o di paura" o un "timore per la incolumità propria o di un prossimo congiunto" ovvero tale "da costringere ad alterare le proprie abitudini di vita".

Se isoliamo dal contesto della fattispecie penale gli interessi che si proteggono si comprende bene ciò che è cambiato. L'ansia, la paura, il timore ma soprattutto le alterazioni delle abitudini di vita assumono una rilevanza giuridica. La loro lesione determina, a certe condizioni, una reazione penale e fa sorgere l'obbligo di risarcire un danno (morale o

esistenziale) che è alla ricerca di una riparazione efficace?

Se alziamo gli occhi verso le fonti di natura comunitaria il quadro si amplia. Dal Trattato di Lisbona alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 8 e 12) si trae il valore universale della persona e il diritto al pieno rispetto della vita privata e familiare. Nella nostra Costituzione e nella Carta di Nizza-Strasburgo, si ribadisce l'esigenza primaria di un pieno rispetto della Dignità.

Da tutto ciò nelle ultime sentenze di legittimità si traggono conseguenze chiare.

Un autonomo diritto al risarcimento di tutto il danno morale (la sofferenza interiore soggettiva) e dinamico relazionale (esistenziale) che consiste nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiana (Cass. n. 20972 del 2012). Una liquidazione che seppur equitativa deve essere circostanziata sino a superare le stesse Tabelle del Tribunale di Milano se il fatto è particolarmente grave. Una quantificazione del danno che tenga conto di tutte le vicende concrete, eviti calcoli automatici e incontrollabili nonché impori eguali per tutti gli aventi diritto perché, ad esempio parenti della vittima<sup>3</sup>.

Si sollecita insomma un'ermeneutica di tipo induttivo "che dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (rapporto parentale o familiare, onore, reputazione, libertà religiosa, autodeterminazione ed oltre) consenta al giudice del merito una rigorosa analisi e valutazione dell'aspetto interiore del danno (il danno morale) e l'alterazione delle abitudini e della qualità della vita<sup>4</sup>.

Questo il punto di arrivo che suscita in alcuni perplessità.

### 3. La tecnica rimediale e il superamento della fattispecie.

Per taluni autori la vicenda del danno alla persona è un esempio di come il sistema della responsabilità civile sia uscito oramai fuori da ogni ragionevole controllo<sup>5</sup>, per un motivo evidente.

Le risposte alle nuove emergenze "alle quali i giudici hanno dovuto dare risposta" hanno avuto

<sup>2</sup> Questa consapevolezza è chiara nelle ultime sentenze della Corte di Cassazione v. Cass., 17 aprile 2013, n. 9231; Cass.(ord.)26 giugno 2013, n. 16041; Cass., sez.un., 3 giugno, n. 13902; Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, ancora inedita.

<sup>3</sup> Così le sentenze indicate nella nota precedente ma anche Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit.

<sup>4</sup> Così Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, cit.  
<sup>5</sup> M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011

nomia sociale di mercato fortemente competitiva", che mira, tra l'altro, "alla piena occupazione e al progresso sociale" (art. 3 comma 3, Trattato sull'Unione Europea).<sup>31</sup>

Ad ogni modo, è evidente che tale nesso funzionale tra sviluppo del mercato e tutela delle parti deboli si fonda su di un preciso modello di consumatore. Ferma restando la (pur discussa) definizione normativa del consumatore – persona fisica che agisce per fini che non rientrano nell'attività professionale<sup>32</sup> – si tratta, come spesso afferma la Corte di Giustizia, di un consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto" (reasonable consumer well informed and circumspect).<sup>33</sup> La debolezza consumeristica non riguarda dunque aspetti economici né tanto meno sociali ma concerne l'asimmetria informativa nei confronti del professionista ossia un tipico fallimento del mercato.<sup>34</sup> Per questo l'intensa regolamentazione dell'informazione precontrattuale, elemento caratterizzante l'impianto dell'*acquis communautaire* nonché dei progetti accademici di armonizzazione del diritto priva-

<sup>31</sup> Cfr. G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012*, cit., p. 4; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; M. LIBERTINI, *An highly competitive social market economy as a founding element of the European economic constitution*, in *Conc. e mercato*, 2011, p. 498 ss.

<sup>32</sup> Si veda, ex multis, art. 2, 1° comma, direttiva 2011/83/UE. Tale definizione è stata recepita all'art. 33 cod. cons. Per un quadro generale delle nozioni di consumatore negli stati membri si veda soprattutto H. HANS SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, *Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, 2008, p. 340 ss.

<sup>33</sup> Tale criterio è stato per la prima volta impiegato nel caso C-470/93, 6 Luglio 1995, *Handel und Gerverbe c Mars*, Racc. I-01923, in cui la Corte dichiarava che l'art. 30 TCE contrastava con normative nazionali che ponevano restrizioni alla circolazione di merci e prodotti a causa dell'inedietà dei loro messaggi pubblicitari ad ingannare il consumatore. In tal senso, ex multis, C. giust. CE, 16 luglio 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH, Racc. I-04657*; C. giust. CE, 24 ottobre 2002, C-99/01, *Linhart and Biffl*, Racc. I-9375; C. giust. CE, 13 maggio 2003, C-463/00, *Commissione c. Spagna*, Racc. I-4646.

<sup>34</sup> Cfr. G. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, (88) 1970, p. 488 ss.

to europeo,<sup>35</sup> rappresenta il requisito necessario – ma anche sufficiente – per tutelare il reasonable consumer.<sup>36</sup> Tale modello ripone, inoltre, un particolare, e forse eccessivo, affidamento sulle generali abilità economiche e commerciali del consumatore (ability-oriented approach).<sup>37</sup> La capacità di comprendere criticamente e dunque determinare, in conseguenza di ciò, le scelte commerciali assume infatti una particolare importanza nella direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette. L'art. 5, comma 1 individua infatti proprio nella tipologia del consumatore ragionevolmente attento ed informato il criterio di valutazione dell'ideoneità decettiva delle pratiche commerciali poste in essere dai professionisti<sup>38</sup>.

### 5. (segue) Il "consumatore vulnerabile"

Sennonché una parte consistente della dottrina ha sollevato alcune forti obiezioni nei confronti del "riduzionismo economico" che in parte caratterizza il diritto del consumatore.<sup>39</sup> L'idea secondo cui "la cultura moderna improntata al mercato non avrebbe persone da sedurre, ma solo clienti [e consumatori] da sedur-

<sup>35</sup> Tra questi ultimi si pensi, in particolare, ai Principles of European Contract Law (PECL) e ai *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

<sup>36</sup> Sulle funzioni dell'informazione precontrattuale si veda, in particolare, S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, 2001.

<sup>37</sup> T. WILHEMSSON, *Varieties of Welfareism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 2004, p. 712. Si veda anche H.-W. MICHLITZ, *Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse*, *EU working papers*, 2012, disponibile su <http://cadmus.eu>.

<sup>38</sup> Sul significato del consumatore medio nella direttiva si veda G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali: la nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» nei rapporti tra professionisti e consumatori*, Torino, 2007, p. 222 ss.

<sup>39</sup> P. PERLINGIERI, *Il Diritto privato europeo tra riduzione economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 345 ss; P. MENGOLZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, op. cit., p. 92; F. D. BUSNELL, *La fatidica evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 287 ss.



re<sup>40</sup>, trascura, si sostiene, la dimensione personalistica cui, come accennato, anche la Carta di Nizza (art. 38) nonché l'art. 2 del codice del consumo fanno riferimento.

A ciò va aggiunta un'importante considerazione di carattere socio-economico. Il consumatore, infatti, si muove nel mercato con un certo grado di istintività e ingenuità<sup>41</sup>, che si accompagna, oltretutto, ad una generale diffidenza verso forme di regolazione, come quelle comunitarie, ancora percepite, purtroppo, come estranee, in quanto non nazionali.<sup>42</sup> L'intensa regolamentazione dell'informazione precontrattuale, su cui si fonda l'*acquis communautaire*, rischia allora di venir non compresa e/o semplicemente trascurata dal consumatore medio.<sup>43</sup> Tali considerazioni consentono, a nostro avviso, di valorizzare alcune tracce normative dalle quali, in effetti, sembra emergere un diverso modello di consumatore.<sup>44</sup> La stessa direttiva 2005/29 all'art. 5, comma 3 precisa che le pratiche dirette "ad un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo". Un modello, contrapposto a quello della "market-rational regulation", che si

basa su di una "market-rectifying regulation"<sup>45</sup> la quale tende alla "compensazione tra autonomia privata e uguaglianza sostanziale nel rispetto di una necessaria permeabilità del contratto ai valori della persona".<sup>46</sup> Ciò si riflette, a sua volta, in un "need-oriented approach"<sup>47</sup>, il cui punto di riferimento non è un comportamento assunto come razionale ma piuttosto uno stato psicologico (ignoranza, credulità, ingenuità), fisico (età) o sociale (povertà) del consumatore.

Significativamente la figura del "consumatore vulnerabile" aveva fatto il suo ingresso nelle direttive 2003/54 e 2003/55 (sostituite, rispettivamente, dalle direttive 2009/72 e 2009/73) riguardanti la liberalizzazione del mercato interno del gas ed energia elettrica.<sup>48</sup> Queste attribuiscono primaria importanza al fatto che "tutti i consumatori, in particolare i consumatori vulnerabili, possano trarre beneficio dalla concorrenza e da prezzi equi".<sup>49</sup> Riferimento che, a ben vedere, non appare casuale ove si ricordi che l'art. 36 della Carta di Nizza – espressamente richiamata dai considerando delle direttive<sup>50</sup> – secondo cui riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione.<sup>51</sup>

Provisione che, come autorevolmente è stato sottolineato, si pone a fondamento di un modello di giustizia, denominato "access justice" caratterizzato proprio dal fatto di garantire al

<sup>40</sup> Z. BAUMANN, *Capitalismo parassitario*, Roma-Bari, 2009, 34, cui fa riferimento N. LIPARI, *Persona e mercato*, cit., 739.

<sup>41</sup> Cf. J.-U. FRANCK, K. PURNAGEN, *Homo Economicus, Behavioural Sciences, and Economic Regulation: on the Concept of Man in Internal Market Regulation and its Normative Basis*, EU Working Papers, 2012, disponibile su <http://cadmus.eui.eu>.

<sup>42</sup> Il fenomeno del "consumer nationalism" è sottolineato da T. WILHEMSSON, *The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 317; W. DORALT, *Diritto europeo dei contratti: rischi ed opportunità dello strumento opzionale*, in *Resp. Civ. prev.*, 2011, p. 1205.

<sup>43</sup> Si veda, soprattutto, G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, *Journal of Law and Society*, 32, 2005, p. 349 ss.

<sup>44</sup> Si veda, in tal senso, anche M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, p. 51.

<sup>45</sup> T. WILHEMSSON, *Varieties of Welfareism in European Contract Law*, cit., p. 712.

<sup>46</sup> E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 967.

<sup>47</sup> T. WILHEMSSON, *Varieties of Welfareism in European Contract Law*, cit., p. 714.

<sup>48</sup> In proposito si veda, ampiamente, G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009.

<sup>49</sup> Si vedano in particolare i considerando n. 47 e 50, rispettivamente, delle direttive 2009/72 e 2009/73. Il riferimento alla protezione nei confronti delle persone vulnerabili compare, tra l'altro, nel considerando n. 41 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno e nel considerando n. 26 della direttiva 2009/136/CE sui diritti degli utenti in materia di comunicazioni elettroniche.

<sup>50</sup> Considerando n. 68, direttiva 2009/72 e n. 66, direttiva 2009/73.

<sup>51</sup> In questo senso H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 40.

## LA RESPONSABILITÀ MEDICA E IL DANNO NON PATRIMONIALE FRA LEGGE E GIUDICE. UN INVITO AL DIALOGO.

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO:** 1. La necessità di un dialogo. - 2. Le sentenze delle Sezioni Unite del 2008 sul danno non patrimoniale e l'evoluzione delle fonti normative. - 3. La tecnica rimediale e il superamento della *fatisspecie*. - 4. La responsabilità medica fra giudici e legge. - 5. La legge Bultazzi e la responsabilità del medico dipendente: fine del "contatto sociale"? - 6. Le proposte di riforma della responsabilità sanitaria e del danno non patrimoniale.

### 1. La necessità di un dialogo

Il danno non patrimoniale e la responsabilità medica sono state al centro dell'attenzione generale negli ultimi decenni e la loro disciplina è frutto preciso di un confronto fra leggi e giudici che non si può descrivere passivamente. Occorre una riflessione attenta su ciò che è accaduto e su ciò che può e deve essere fatto, qui e adesso, dal legislatore, dalla scienza medica e dalla giurisprudenza teorica e pratica nel suo complesso. Per un motivo preciso.

L'enorme contenzioso ha posto in luce un problema sociale e giuridico che travalica i problemi specifici e ha inciso su categorie fondamentali del diritto dei privati. Dalla distinzione fra le due aree di responsabilità, agli elementi essenziali dell'illiceità contrattuale e aquiliana, sino alla nozione e al contenuto del danno.

Indico alcuni aspetti senza accennare nemmeno ad approfondimenti, troppo noti, ma cercando solo di fissare qualche linea di riflessione che aspira ad un dialogo il più ampio e aperto, con i medici, i giudici, il legislatore e gli studiosi del tema che scuseranno questa mia intrusione su di un argo-

mento che non ho affrontato mai in modo organico. Cominciamo dal danno non patrimoniale.

### 2. Le sentenze delle Sezioni Unite del 2008 e l'evoluzione delle fonti normative.

Dopo la svolta della Corte di cassazione del 2003 la natura e la misura del danno non patrimoniale sono tornate all'attenzione del pensiero giuridico per una pluralità di motivi.

La sentenza delle Sezioni unite del 2008 è stata un punto di arrivo nella delimitazione del danno alla persona, ma molte cose sono mutate da allora.

La risposta della dottrina alle diverse visioni delle sezioni interne alla Corte aveva percepito le esigenze del tempo, fissando un equilibrio fra le istanze della persona e i costi sociali del risarcimento. I permi di questo equilibrio erano sostanzialmente tre.

La continuità con la rilettura costituzionale del sistema del danno non patrimoniale dopo la svolta. Il principio di integrale risarcimento del danno applicato con limiti precisi. L'idea di una categoria unitaria senza necessità di nuovi tipi di danno (morale o esistenziale) che potevano avere, al più, un





“consumer-citizen” un’accesso effettivo ai servizi economici ed ai rimedi giuridici (art. 47 Carta di Nizza) dell’ordinamento europeo.<sup>52</sup> E benché tale disposizione non sia direttamente applicabile nei rapporti interprivati essa potrebbe, nondimeno, essere impiegata in via ermeneutica, ossia nell’interpretazione della normativa europea di fonte secondaria (effetto orizzontale indiretto).<sup>53</sup>

Ciò che però risulta fondamentale capire è fino a che punto la nozione di consumatore vulnerabile, che viene così a delinearsi seppur in modo frammentario a livello normativo, sia in grado di intaccare il paradigma del consumatore-agente-razionale influenzando, in ultima analisi, l’interpretazione del diritto contrattuale europeo.

## 6. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia

### 6.1. La sentenza *Banco Español de Crédito*

A tal proposito risulta di particolare interesse accennare ad alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia, riguardanti la direttiva 1993/13 sulle clausole abusive, dalle quali affiora una modulazione dei rimedi sulla figura del “vulnerable consumer”.

Nella nota causa *Banco Español de Crédito*, la Corte ha attribuito al giudice del procedimento monitorio il potere di esaminare d’ufficio l’abusività della clausola vessatoria anche prima, dunque, dell’eventuale opposizione formulata dal consumatore.<sup>54</sup> Tale decisione che si pone nel solco di un consolidato filone giurisprudenziale che sin dal caso *Océano Grupo Editorial*<sup>55</sup> ha progressivamente esteso il potere

<sup>52</sup> Si veda H.-W. Micklitz, *Introduction*, op. cit., p. 41.

<sup>53</sup> Sull’effetto orizzontale indiretto dei diritti fondamentali si veda, in particolare, G. COMANDÉ, *Comparative remarks*, in G. BRÜGGEMEIER, A. COLOMBI CIACCHI, G. COMANDÉ (a cura di), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge, 1, 2010, p. 721.

<sup>54</sup> C. giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, in questa Rivista con nota di D. ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*; nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto.

<sup>55</sup> C. giust. CE, 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, Racc. I-04941; C. giust. CE, C-473/00, 21 novembre 2002, *Cofidis*, Racc. I-10875; C. giust. CE, 26

del giudice nazionale di esaminare *ex officio* l’abusività della clausola contrattuale.

Tuttavia essa se ne distanzia per una ragione fondamentale. Non soltanto perché questa concerne, per la prima volta, la fase monitoria del procedimento d’ingiunzione, ma soprattutto perché sembra abbandonare il fondamento teorico del consumatore ragionevole su cui le precedenti sentenze sembrano riporre affidamento. In effetti, l’esigenza, costantemente affermata dalla Corte, di colmare attraverso l’intervento d’ufficio del giudice nazionale, una “situazione di inferiorità del consumatore per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione”<sup>56</sup> rimane, in realtà, nella maggior parte dei casi, a livello meramente declaratorio. Come affermato dalla Corte nella sentenza *Pannon GSM*,<sup>57</sup> il potere di esaminare la clausola d’ufficio non implica che il giudice possa automaticamente disapplicare la clausola in esame. Ciò può accadere solo se, secondo il principio del contraddittorio, il consumatore ne invochi la natura abusiva e non vincolante.<sup>58</sup> Ed infatti l’Avvocato Generale Trstenjak, nel caso *Banco Español*, appellandosi proprio a tale importante precedente, afferma che “quest’[ultima] concezione della posizione processuale del consumatore è in linea con il modello di consumatore, anch’esso elaborato nella giurisprudenza della Corte, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”.

La Corte tuttavia non ha seguito, su tale specifico punto, le conclusioni dell’Avvocato Generale ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, Racc. I-10421; C. giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, Racc. I-04713; C. giust. CE, 9 novembre 2011, C-137/08, *Pénzigy Lizing Zrt*, Racc. I-10847; C. giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Astarcom Telecomunicaciones S.L.*, Racc. I-09579; C. giust. UE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank*; C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-397/11, *Jóhannesson*; C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brasseur*. Su tale giurisprudenza si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell’interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 68 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole abusive e tutela solo (procedurale?) del consumatore: le ultimissime della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 658.

<sup>56</sup> Si vedano le sentenze citate in nota n. 48.

<sup>57</sup> C. giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, cit.

<sup>58</sup> In questo senso, recentemente, C. giust. UE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank*, cit.

<sup>59</sup> Conclusioni Avv. Gen. Trstenjak, p. 73.



nerale.<sup>60</sup> Sussiste infatti un rischio non trascurabile, precisa la Corte, “che i consumatori interessati non propongano l’opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, ovvero poiché possono essere dissuasi dal difendersi tenuto conto delle spese che un’azione giudiziaria implicherebbe rispetto all’importo del debito contestato, oppure poiché *ignorano o non intendono* la portata dei loro diritti, od ancora in ragione del contenuto succinto della domanda d’ingiunzione introdotta dai professionisti e, pertanto, dell’incompletezza delle informazioni delle quali dispongono”.<sup>61</sup> Di conseguenza, se il giudice della fase monitoria, che si svolge *inaudita altera parte*, non potesse esaminare *ex officio* la vessatorietà di una clausola, “sarebbe insufficiente che i professionisti avviassero un procedimento d’ingiunzione di pagamento invece di un procedimento civile ordinario per privare i consumatori del beneficio della tutela perseguita dalla direttiva 93/13.”<sup>62</sup>

## 6.2. La sentenza Mohamed Aziz

Nel riferimento ai costi economici per affrontare il giudizio nonché all’ignoranza delle norme giuridiche si riflette non solo la previsione dell’art. 47, comma 3 della Carta di Nizza, ma soprattutto un’immagine di consumatore che appare ben lontana da quella dell’agente razionale. Quest’ultimo avrebbe infatti la possibilità di eccepire la vessatorietà della clausola in standando, mediante opposizione, la successiva fase di merito. Un ulteriore passo in avanti verso tale direzione è stato successivamente compiuto nella recentissima sentenza Mohamed Aziz.<sup>63</sup> Nella vicenda sottoposta all’esame della

<sup>60</sup> Ciò che in precedenza era già avvenuto nella sentenza *Pérezfigli Lizing Zrt*, 9 novembre 2011, C-137/08, cit. e *Eva Martin Martin*, 17 dicembre 2009, C-227/08, Racc. I-11939 dove il giudizio della Corte si è discostato dalle Conclusioni presentate dall’Avv. Gen. Trstenjak aderendo ad una prospettiva più favorevole al consumatore e meno aderente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri. In proposito si veda *amplius* S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell’interpretazione delle Corti*, op. cit., p. 97 ss.

<sup>61</sup> C. giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p. 54.

<sup>62</sup> Ivi, p. 55.

<sup>63</sup> C. giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, Mohamed Aziz.

Corte, un consumatore, nelle more della procedura esecutiva per il pignoramento della sua abitazione principale, agiva in giudizio per veder accertare la vessatorietà della clausola del contratto di mutuo ipotecario in base alla quale era stata avviata l’esecuzione forzata. Tale clausola consentiva alla banca di presentare direttamente, in caso di inadempimento di una singola rata del mutuo, un certificato notarile recante la liquidazione dell’importo mancante.

Ricevuta l’ingiunzione di pagamento, il consumatore, non ottemperava alla richiesta di pagamento delle rate residue, né si opponeva. Poco prima di essere sfrattato dalla sua abitazione, per il passaggio di proprietà all’aggiudicatario, il sig. Aziz domandava però un provvedimento dichiarativo che accertasse l’abusività della suddetta clausola e annullasse l’esecuzione forzata. Poiché il diritto processuale spagnolo non prevede siffatta possibilità, il giudice domandava alla Corte se ciò costituisse una limitazione della tutela del consumatore, lesiva del diritto ad avere una tutela giurisdizionale effettiva dei suoi diritti, ai sensi dell’art. 7 della direttiva 93/13.

La Corte, seguendo le conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott, risponde affermativamente ripercorrendo l’argomentazione del caso *Banco Español*. Presupposto della decisione è proprio la constatazione di un profilo di vulnerabilità del consumatore che “vuoi perché *ignora* o non *comprende* la portata dei suoi diritti” non riesce ad effettuare un’opposizione tempestiva nei confronti del provvedimento esecutivo.<sup>64</sup> L’inerzia processuale del consumatore, stigmatizzata dalla Corte nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*,<sup>65</sup> viene anche

In proposito, sia consentito il rinvio a F. DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *I contratti*, 11/2013, p. 1059 ss.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>65</sup> C. giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*, cit., p. 32 dove la Corte affermava che “il rispetto del principio di effettività non può [...] giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un’omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti [...] ma di supplire integralmente alla completa passività del consumatore interpellato”. La Tuttavia la Corte consentiva al giudice di esaminare la vessatorietà della clausola arbitrale, nonostante il lodo fosse ormai definitivo, in base ai principi di proporzionalità.



qui, come in *Banco Español*, ricondotta alla sua debolezza “intrinsic” che evidentemente travalica il brocardo “*ignorantia legis non excusat*”. Del resto, continua la Corte, negando al giudice del processo di cognizione la possibilità di sospendere la procedura esecutiva, il consumatore otterrebbe “una tutela a posteriori meramente risarcitoria, che si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare il ricorso a suddetta clausola”.<sup>66</sup>

Non solo. La tutela risarcitoria apparirebbe financo sproporzionata se confrontata con la perdita irreversibile, quale effetto del pignoramento, “dell’abiazione del consumatore leso e della sua famiglia”.<sup>67</sup> Quale è il significato del riferimento alle conseguenze socio-economiche dell’esecuzione forzata? Potrebbe essere il segnale di una svolta verso un *social-justice oriented approach*?

Quel che è certo è che l’obiettivo di offrire una tutela più forte, soprattutto nel contesto dell’attuale crisi economico-finanziaria, ai consumatori che stipulino un contratto di credito relativo ad immobili residenziali è alla base di una recente proposta di direttiva europea.<sup>68</sup> Stupisce tuttavia il fatto che la proposta menzioni la Carta dei diritti fondamentali non già in relazione ai “diritti sociali” del consumatore – *in primis* quello “all’assistenza abitativa sancito dall’art. 34, comma 3 – ma al diritto alla protezione dei dati personali (art. 8).

**6.3. La sentenza RWE Vertrieb**

Anche la sentenza *RWE Vertrieb* assume una particolare importanza per dimostrare la crescente attenzione della Corte verso i profili di vulnerabilità o debolezza del consumatore.<sup>69</sup> A differenza delle decisioni in precedenza menzionate, questa pronuncia si concentra su un aspetto “sostanziale” della direttiva 93/13.

Il caso riguarda una clausola del contratto per la fornitura di gas che attribuiva lo *ius variandi* a favore dell’impresa fornitrice. Quest’ultima si riservava il diritto di modificare unilateralmente il prezzo della fornitura, ma senza indicare il motivo, le condizioni o la portata di detta modifica. Al consumatore venivano tuttavia garantite le informazioni relative alla modifica del prezzo con un preavviso ragionevole, al fine di consentirgli l’eventuale esercizio del diritto di recesso. Il giudice nazionale domandava alla Corte se una clausola di questo tipo potesse considerarsi abusiva ai sensi della direttiva 93/13. Come abbiamo visto la direttiva 2003/55 (sostituita dalla direttiva 2009/73) impone agli Stati membri, al fine di garantire un accesso effettivo ai servizi economici di interesse generale, clausole contrattuali eque e trasparenti. L’obbligo di trasparenza è inoltre affermato, parallelamente, dall’art. 5 della direttiva 93/13 la quale, come noto, trova applicazione in tutti i contratti B2C.<sup>70</sup>

Su tale presupposto, la Corte afferma che l’assenza di informazioni riguardanti lo *ius variandi* prima della conclusione del contratto “non può essere compensata dalla mera circostanza che i consumatori, nel corso dell’esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del loro diritto di recedere dal contratto qualora non desiderino accettare detta modifica”.<sup>71</sup> Ciò non è sufficiente dal momento che l’obbligo informativo, soprattutto nei confronti di un consumatore vulnerabile, deve essere funzionale a consentire un esercizio effettivo e non puramente formale del diritto di recesso.<sup>72</sup>

È evidente, allora, afferma la Corte, che tale diritto non può essere realmente esercitato ove, come accaduto nel caso di specie, il consumatore non abbia, in concreto, la possibilità di cambiare il fornitore.<sup>73</sup> Fermo restando dunque che

<sup>70</sup> L’allegato A della direttiva 2003/55 fa salve le norme a protezione dei consumatori previste, tra l’altro, dalla direttiva 93/13. Sui rapporti tra diritto contrattuale e diritto dei mercati regolamentati si veda G. BELLANTUONO, *The Limits of Contract Law in the Regulatory State*, in *European Review of Contract Law*, 2010, p. 115 ss.

<sup>71</sup> C. giust UE, 21 febbraio 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, p. 51.

<sup>72</sup> Ivi, p. 54.

<sup>73</sup> Ragione per la quale è necessario verificare, tra l’altro,

<sup>66</sup> C. giust UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*, p. 60.

<sup>67</sup> Ivi, p. 61.

<sup>68</sup> Proposta di direttiva in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, che come noto non sono coperti dall’attuale acquis comunitario, COM(2011) 142.

<sup>69</sup> C. giust UE, 21 febbraio 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*.



spetta al giudice nazionale stabilire la vessatorietà della clausola in questione,<sup>74</sup> la Corte precisa che a tal fine dovrà essere valutata la concreta possibilità per il consumatore di prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le successive eventuali modifiche e di esercitare realmente il diritto di recesso.<sup>75</sup>

| 318

## 7. Il consumatore vulnerabile come paradigma generale della tutela consumeristica?

Le sentenze menzionate sembrano aprire una crepa nell'idea secondo cui il diritto dei consumatori deve essere piegato alle finalità efficientistiche del mercato. Logica che sta e cade, naturalmente, con l'assunto che gli attori del mercato si comportino secondo canoni di razionalità e siano volti alla massimizzazione del loro utile. L'ingresso, nei testi legislativi e nelle sentenze, di termini come ignoranza, ingenuità, credulità segnano invece l'abbandono di una visione formalistica,<sup>76</sup> che qui veste i panni dell'*homo oeconomicus*. Evidenti sono le ripercussioni sul piano rimediabile. Ciò contribuisce infatti ad innalzare sia la tutela processuale, rafforzando la garanzia di un accesso effettivo alla giustizia, che quella sostanziale del consumatore, ampliando il controllo di vessatorietà sulle clausole dei contratti B2C.

Naturalmente si tratta di un percorso giurisprudenziale che riguarda, specificatamente, la direttiva 93/13. Ed in effetti le soluzioni che emergono dalla giurisprudenza comunitaria so-

<sup>74</sup> «se il mercato rilevante sia concorrenziale, i costi eventuali, per il consumatore, connessi al recesso dal contratto, il termine tra la comunicazione e l'entrata in vigore delle nuove tariffe, le informazioni fornite al momento di tale comunicazione nonché i costi da sostenere e i tempi necessari per cambiare il fornitore» (ivi, p. 55.)

<sup>75</sup> In questo senso si esprime la giurisprudenza consolidata. Si vedano, *ex multis*, C. giust. CE, 7 maggio 2002, C-478/99, *Commissione c. Svezia*, Racc. I-4147; C. giust. CE, 1° aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Racc. I-103403; C. giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, cit.; C. giust. UE, 15 marzo 2010, C-453/10, *Perenicova Perenicová Pereníč*.

<sup>76</sup> Si veda, in tal senso, C. giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, Inviolati.

<sup>77</sup> Sul rapporto tra formalismo positivista e giustizia sociale si vedano le riflessioni di G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., p. 7.

no spesso variagate al punto che può risultare particolarmente complesso tracciare linee di sviluppo dotate di una coerenza generale. Se dunque l'adozione di un parametro più realistico di consumatore risulta *de iure condendo* auspicabile, emergono ancora alcuni segnali "resistenza" che inducono ad un esame più approfondito.

Si pensi, ad esempio, alla vicenda giurisprudenziale che ha riguardato il diritto di recesso previsto dalla direttiva 85/577 per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Con la nota sentenza *Heininger* la Corte aveva esteso la facoltà di recesso anche ai contratti di credito fondiario (esclusi *stricto iure* dall'ambito di applicazione della direttiva), aggiungendo, soprattutto che ove il consumatore non fosse stato correttamente informato sulla possibilità di esercitare tale diritto non poteva porsi il limite temporale di un anno per il suo esercizio.<sup>77</sup> Nella sentenza *Hamilton* la Corte riteneva invece conforme alla suddetta direttiva il termine di un mese dal pieno adempimento delle obbligazioni delle parti, fissato dal legislatore tedesco, ove il consumatore avesse ricevuto un'informazione errata sulle modalità di esercizio di detto diritto.<sup>78</sup> Vero è che nel caso *Hamilton* il termine a quo decorreva non già dalla conclusione del contratto di mutuo ma dall'esecuzione delle obbligazioni. Tuttavia, la Corte parte dal presupposto, condiviso espressamente dall'Avvocato Generale Poiras Maduro,<sup>79</sup> secondo cui la tutela del consumatore non può essere assoluta e fonda la limitazione temporale dello *ius poenitendi* sul "principio generale del diritto civile" secondo cui "la piena esecuzione di un contratto risulta, in linea di massima, dalla realizzazione delle reciproche prestazioni

<sup>77</sup> C. giust. CE, 13 dicembre 2001, C-481/99, *Heininger*, Racc. I-9945. In questo senso anche C. giust. CE, 25 ottobre 2005, C-350/03, *Schulte*, Racc. I-09215; C. giust. CE, 25 ottobre 2005, C-229/04, *Craigslist*, Racc. I-09273.

<sup>78</sup> C. giust. CE, 10 aprile 2008, C-412/06, *Hamilton*, Racc. I-02383. Ai sensi dell'art. 10 della direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE, il diritto di recesso, nel caso di mancata informazione da parte del consumatore, può essere esercitato entro il termine di 12 mesi dalla conclusione del contratto.

<sup>79</sup> Conclusioni Avv. Gen., p. 26, il quale sottolinea che «nell'esercitare il diritto di recesso "il consumatore debba prestare una certa attenzione e avvedutezza"».

trambe le parti la possibile misurazione delle aree scambiate.

Così come per aversi una scommessa valida, l'ordinamento richiede che per entrambi i soggetti sussista l'incertezza oggettiva circa il risultato dell'evento dedotto in giudizio<sup>62</sup>, così, per aversi un derivato valido, si richiede ad entrambi i soggetti contraenti la conoscibilità e la misurabilità del rischio assunto. In ipotesi di scommessa giocata a risultato acquisito o di derivato scambiato senza consapevole misurazione, vi è certamente una condotta scorretta di una parte, ma ciò che rileva, a prescindere da quella, è l'impossibilità di giustificare l'accordo.

A ben vedere, si tratta di interessi diversi, cui, giustamente seguono tutele diverse<sup>63</sup>.

Le regole di comportamento – *know your customer rule*, *know your merchandise rule*, *suitability rule*, etc. – servono ad impedire che il soggetto più forte subordini l'interesse del cliente al perseguimento del proprio. Rispetto a questa normativa, oggi di matrice europea, allo stato attuale la soluzione rimediabile (italiana)<sup>64</sup> è

<sup>62</sup> Nulla è, infatti, la scommessa giocata dopo che è stato conosciuto l'ordine di arrivo della corsa. L'eventuale ricorrenza della giocata non dà diritto al premio, perché "attendendo l'incertezza oggettiva alla causa del rapporto, la mancanza di tale requisito ne determinava la nullità ai sensi dell'art. 1418 in relazione all'art. 1325 c.c." (Corte Cass. 02.12.1993 n° 11924, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 1707).

<sup>63</sup> Questo rapporto di coesistenza di interessi diversi e tutele differenti è la cifra attuale del nostro sistema: G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Questia rivista*, 2013, 4, p. 279.

<sup>64</sup> È noto che il legislatore europeo non ha inteso fornire un'indicazione comune in punto di conseguenze delle violazioni: G. AIPA, Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. *Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. e dir. terziario*, 2009, 3, p. 395. La Corte di Giustizia, di recente interrogata sul rimedio da riconoscere al cliente che ha acquistato un prodotto finanziario inadeguato, ha affermato che "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le conseguenze contrattuali del mancato rispetto degli obblighi in materia di valutazione previsti dall'articolo 19, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2004/39 da parte di un'impresa di investimento che propone un servizio di investimento, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (Corte di Giustizia Un. Eur., sent. 23.05.2011, C-604/11, *Genil 48 SL, Comercial Hosteler de Grandes Vinos SL vs Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, in <http://curia.europa.eu>). Un primo commento

quella indicata dalle sentenze Rordorf. L'accertata violazione delle regole può condurre, a seconda dei casi, al rimedio risarcitorio o a quello risolutivo/risarcitorio. In tal modo, si soddisfa l'*investitore tradito* e – in generale – si offre una tutela alla domanda finanziaria.

Invece, con la verifica sulla razionalità del contratto, si vuole proteggere un interesse differente, ovvero evitare al contraente un *sacrificio ingiustificato*: tale sarebbe, infatti, la pretesa di pagamento delle passività che conseguono da un derivato concluso senza che una parte abbia potuto valutare/valutarne il rischio.

| 347





Per quell'orientamento a motivare la nullità (virtuale, ex art. 1418, co. I, c.c.) del contratto di investimento era l'accertata violazione delle imperative regole di condotta<sup>59</sup>. In questo caso, invece, la nullità non è virtuale e non segue la violazione delle norme di comportamento. Ciò che rileva ai fini della sua dichiarazione è, ex art. 1418, c. II, c.c., l'assenza nel contratto derivato dedotto in giudizio di un elemento essenziale dell'accordo: la causa.

La pronuncia in parola sembra poi essere estranea anche rispetto alla più recente lettura che, nuovamente, avvicina la causa del contratto d'investimento e le regole di condotta.

Secondo questa impostazione, l'insieme degli obblighi riconducibili all'art. 21, T.U., "fan- no sì che tali contratti esorbitino dallo schema del mandato (a negoziare strumenti finanziari) ed assumano ad elemento costitutivo dello scambio, a sua causa necessaria la "cura" dell'interesse del cliente, ossia tutto quanto è necessario a permettergli decisioni di investimento pienamente consapevoli, convenienti e

soprattutto appropriate e adeguate"<sup>60</sup>. Così, ad esempio, si è sostenuto che "l'incidenza di costi impliciti sulle condizioni dell'IRS è causa di nullità, allorché, a causa dell'incidenza dei costi impliciti, l'IRS non risponde all'interesse dell'investitore"<sup>60</sup>.

Nel ragionamento della Corte di Appello, invece, il carattere razionale della creazione dell'alea come elemento essenziale (causa) del derivato di *interest rate swap* non discende dalle regole di comportamento come specificate dalla Consob in attuazione del T.U. o dai principi di cui all'art. 21.

In precedenza si è verificato che esso piuttosto deriva dal modo in cui l'ordinamento regola questo tipo di atti (scommesse razionali/autorizzate), senza che sul punto possano rilevare le possibili disposizioni in tema di comportamento (di una) delle parti contraenti. Il sistema riconosce la piena tutela al titolare di una pretesa sorta a seguito di una scommessa solo qualora la stessa sia accompagnata da una "garanzia esterna" contro i rischi di attribuzioni patrimoniali così congegnate o se presenti, al suo interno, una finalità ulteriore e meritevole. Nel caso del derivato *Irs*, questa è rappresentata dalla valutazione del rischio, il che, sul piano della struttura dell'accordo, richiede per en-

<sup>59</sup> Così M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e le responsabilità di banche e Consob*, Milano, 2009, p. 51-52. In questo senso, anche, A. TUCCI, *La negoziazione in strumenti finanziari*, cit., p. 84, per cui la condotta dell'intermediario in violazione delle regole di condotta si traduce "nella alterazione di un elemento essenziale della fattispecie contrattuale (la causa)".

<sup>60</sup> E la posizione di D. MAFFEIS, *Costi impliciti*, cit., p. 664. In giurisprudenza, milita in questa direzione Trib. Treviso-Montebelluna, ord. 18.11.2011 in [www.ilseso.it](http://www.ilseso.it). Le perplessità sollevate da questa opzione ermeneutica sono presto dette: "Ora, è esatto che l'IRS debba rispondere all'interesse di un'impresa che per lo più lo negozia al fine di coprire il rischio di variazione dei tassi di interesse relativi ad una precedente operazione di mutuo. Non è men vero che tale rispondenza è prescritta dall'art. 21, comma 1°, lett. a), t.u.f. e, in un certo qual modo, la si può intendere come consistenziale all'obbligo dell'intermediario di curare l'interesse dell'investitore. Ma che questa cura dell'affare, anziché venire a calarsi all'interno del rapporto gestorio, sia denominabile come causa in concreto dello *swap* pare invece controvertibile. Già il fine, lo notava Carnelutti, «se è un *post*, come può, facendosi causa, divenire un *prout*?» (S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti*, cit., p. 377).

delle parti di detto contratto e dalla fine dello stesso"<sup>80</sup>.

L'esigenza di raggiungere un equilibrio tra le esigenze del consumatore e quelle del professionista contraddistingue anche il caso *Messner*.<sup>81</sup> Qui la Corte stabilisce che una normativa nazionale può imporre al consumatore il pagamento di un'equa indennità nel caso in cui egli abbia fatto uso del bene acquistato a distanza "in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa". A prima vista parrebbe una brusca inversione di rotta rispetto al precedente di *Quelle AG*, relativo all'interpretazione della direttiva 1999/44, dove la Corte aveva invece escluso il pagamento di qualsiasi indennità d'uso da parte del consumatore.<sup>82</sup>

In realtà, a prescindere dalle non trascurabili differenze rispetto al caso *Quelle AG*,<sup>83</sup> il riferimento alle categorie del diritto civile (per altro ben diverse tra loro, come la buona fede e l'arricchimento senza causa) razionalizza, come autorevolmente è stato notato, gli "eccessi del *consumerism*".<sup>84</sup> Ciò non pare tradursi, tuttavia,

<sup>80</sup> C. giust. CE, 10 aprile 2008, C-412/06, *Hamilton*, p. 42. Da notare invece che l'Avvocato Generale si riferisce invece, più chiaramente, alla prescrizione, considerato "principio comune condiviso dagli ordinamenti giuridici dei vari Stati membri" (Conclusioni, p. 24). Si veda in proposito le considerazioni di P. MENGGOZZI, *Il principio personalista nell'Unione Europea*, op. cit., p. 84.

<sup>81</sup> C. giust. CE, 2 settembre 2009, C-489/07, *Pia Messner*, Racc. I-07315.

<sup>82</sup> C. giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06, *Quelle AG*, Racc. I-02685, secondo cui "il legislatore comunitario ha inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore da tale direttiva" (p. 33). In relazione a tale decisione F. D. BUSNELLI, *La fatidica evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incassato dialogo con i diritti nazionali*, cit., 295 ha sottolineato la "svolta personalistica" della Corte di Giustizia.

<sup>83</sup> Dove il bene venduto non era conforme a quello pattuito, mentre nel caso *Messner* il difetto è sorto successivamente, come rileva S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, op. cit., p. 223.

<sup>84</sup> S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, op. cit., p. 228. Critico invece verso il riferimento a tali principi, per la loro generalità, M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in D. LECCYKIEWICZ, S. WEATHERILL, *The Involvement of EU*

in un effettivo abbassamento di tutela. Anzi, la Corte sottolinea, proprio nella sentenza *Messner*, che domandare al consumatore un'indennità, per il solo fatto di aver usato il bene, avrebbe l'effetto di deprimerne il diritto di recesso, il cui esercizio risulterebbe così subordinato al pagamento di tale indennità.<sup>85</sup>

## 8. Considerazioni conclusive: il consumatore e i diritti fondamentali

Un temperamento dunque, non un regresso, della tutela consumeristica.<sup>86</sup>

È evidente infatti che l'adozione del modello del *vulnerable consumer* non può risolversi in una tutela paternalistica ad assoluta.<sup>87</sup> Essa richiede, piuttosto, una visione più realistica in grado di considerare i fattori economici e sociali che ostacolano l'effettivo accesso del consumatore al mercato interno e ai rimedi giuridici europei. Esclusa, come più volte è stato ribadito, la possibilità di affidare al diritto contrattuale, la possibilità di affidare al diritto contrattuale obiettivi di giustizia sociale che spettano più propriamente al legislatore,<sup>88</sup> appare in questo senso possibile adottare un modello di "access to justice" in cui "the legal system is responsible for establishing tools which transform the theoretical chance into realistic opportunity, thereby eliminating the all sort of barriers which hinder the assertion of the claim to access".<sup>89</sup> Si aggiunga, inoltre, che un'immagine più realistica di consumatore dovrebbe indurre a valorizzare la formula dell'"economia sociale di mercato fortemente competitiva" su cui, secondo l'art. 3, comma 3 del T.U.E., l'Unione Europea dovrebbe fondarsi.

Certo, per concludere, non si può fare a meno di notare che le tre sentenze in precedenza

*Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 131 ss.

<sup>85</sup> C. giust. CE, 2 settembre 2009, C-489/07, *Pia Messner*, cit., p. 23.

<sup>86</sup> In questo senso si veda P. MENGGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, op. cit., p. 91.

<sup>87</sup> Sul concetto di "paternalismo" in senso economico-giuridico si veda C.R. Sunstein, R. H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron*, *University of Chicago Law Review*, 2003, 70, p. 1159.

<sup>88</sup> Si vedano, in particolare, G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., p. 7; E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 967 ss.

<sup>89</sup> H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 37.



menzionate avrebbero potuto compiere un passo più deciso verso tale direzione facendo (e-spesso) riferimento ai diritti fondamentali della Carta di Nizza. Al contrario, i diritti fondamentali, ed in particolare quelli all'accesso effettivo alla giustizia (art. 47), ai servizi economici di interesse generale (art. 36), nonché quello ad una elevata tutela dei consumatori (art. 38), rimangono i "convenuti di pietra" di queste decisioni. Recenti questioni pregiudiziali rivolte alla Corte di Giustizia potrebbero tuttavia segnare una decisiva inversione di rotta. In diversi casi tutt'ora pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia, i diritti fondamentali, ed in particolare, l'art. 47 della Carta, sembrano assumere la funzione di criterio di controllo (costituzionale) della legittimità della normativa nazionale di trasposizione delle direttive comunitarie.<sup>90</sup> Ciò dimostra non soltanto una rinnovata sensibilità dei giudici nazionali per i diritti fondamentali<sup>91</sup> ma soprattutto che le scelte normative riguardanti i modelli di tutela consumeristica, lungi dal costituire mere questioni teoriche, stanno assumendo un peso pratico e applicativo sempre più rilevante nel quadro giuridico europeo.

Non si tratta, allora, di attribuire a tali diritti il ruolo di "stampelle costituzionali",<sup>92</sup> quanto di rafforzare, tramite il loro ingresso nel ragionamento giuridico, la dimensione personalistica del diritto privato europeo consolidando, in tal

modo, l'integrazione tra esigenze del consumatore-cittadino e sviluppo del mercato interno.<sup>93</sup>

#### 4.1. (...) e nei possibili sviluppi del contenzioso tra intermediari e clienti.

All'indomani della sentenza, un'importante associazione consumeristica ha comunicato la propria disponibilità ad assistere in giudizio i clienti di intermediari autorizzati per ottenere la dichiarazione di nullità dei contratti che non contengono l'esplicita indicazione degli scenari probabilistici e di ogni altro elemento che incide sull'alca del contratto<sup>54</sup>.

Inoltre, la sentenza dovrebbe suggerire una maggiore attenzione per gli intermediari autorizzati a quanto indicato dalla Consob. L'Autorità, difatti, già nel 2009 aveva raccolto mandato come doverosa, tra le altre, l'attenta "scomposizione (c.d. *unbundling*) delle diverse componenti che concorrono al complessivo esborso finanziario sostenuto dal cliente per l'assunzione della posizione nel prodotto illiquido, distinguendo *fair value* (con separata indicazione per l'eventuale componente derivativa) e costi – anche a manifestazione differita – che gravano, implicitamente o esplicitamente, sul cliente"<sup>55</sup>.

Infine, oltre che ad un aumento del prossimo contenzioso, la sentenza in parola potrebbe avere degli effetti anche sui contenziosi attualmente in corso tra intermediari e clienti, riguardanti la negoziazione di derivati *over the counter*.

A seguito dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel 2007, è possibile immaginare che le difese dei clienti abbiano resistito alla domanda di adempimento del contratto derivato avanzata dall'intermediario invocando la risoluzione del contratto per grave inadempimento del soggetto abilitato (violazione delle regole di condotta). Lo stesso rimedio sarà altresì stato invocato da quei clienti che, indipendentemente dalla domanda dell'intermediario, hanno inteso divincolarsi dal derivato perché divenuto insostenibile o comunque altro rispetto ai propri bisogni.

<sup>54</sup> Si veda il comunicato di ADUSBEF, 28.09.2013, in [www.adushef.it](http://www.adushef.it).

<sup>55</sup> Consob, Comunicazione 02.03.2009 n° 9019104, in [www.consob.it](http://www.consob.it).

In questi procedimenti già pendenti, qualora dovesse risultare accertata l'irrazionalità della creazione dell'alca, il giudice potrà dichiarare d'ufficio la nullità del contratto<sup>56</sup>. Pertanto, anche nei giudizi in cui non vi è stata una specifica e autonoma domanda in tal senso, il rimedio ablativo *de qua* potrà trovare applicazione secondo i dettami della sentenza in commento.

#### 5. Conclusioni.

I prossimi mesi diranno quali siano le effettive conseguenze di questa decisione.

Allo stato, si può concludere registrando la novità che essa rappresenta una volta collocata nel "panorama in forte movimento"<sup>57</sup> che caratterizza questo particolare contenzioso. Rispetto alla maggior parte delle sentenze di nullità per vizio di causa dei contratti di investimento, la decisione in commento si differenzia per avere dichiarato la nullità senza coinvolgere le regole di condotta.

In modo davvero evidente, la sentenza della Corte di Appello non ha nulla in comune con il filone giurisprudenziale antecedente le sentenze Rordorf e favorevole al rimedio ablativo<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Si pensi all'ipotesi più diffusa di azione di risoluzione dell'IRS avviata dalla cliente per violazione delle regole di condotta. In questa ipotesi, il giudice, accertata l'irrazionalità del derivato, potrà rilevare la nullità d'ufficio: "la ratio dell'art. 1421 c.c. è proprio quella di impedire che al contratto nullo venga riconosciuto vigore, quell'effetto vincolante che l'adempimento postula quale che sia la tutela – fra quelle alternativamente previste dall'art. 1453 c.c. – prescelta" (così, C. CONSOB, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, *suppl.*, p. 24). Per la giurisprudenza si veda, Sezioni Unite, sent. 04.09.2012 n° 14828, in *Contratti*, 2012, 1, p. 869, con commento di S. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «epur si muove»*.

<sup>57</sup> L'espressione si deve a S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 187.

<sup>58</sup> La stessa sentenza, per quello che vale, sottolinea quanto detto nel testo: "La nullità dei contratti di *interest rate swap* – per il rilevato difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, comma 2° c.c., e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2° c.c., - non rappresenta, quindi, una nullità per violazione di regole di condotta dell'intermediario e non è, pertanto, incisa dai principi condivisibilmente statuiti dalle Sezioni Unite con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007."





In particolare, la Corte si concentra sul c.d. *mark to market*<sup>50</sup>. Si afferma che la sola circostanza per cui la società/cliente lo ignorasse “comporta la radicale nullità dei contratti di *interest rate swap*, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la “scommessa” conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutiva perfetta conoscenza – addirittura nella sua precisa misurazione scientifica – avendo predisposto lo strumento.”

L'assenza di *mark to market* rileva poi con riferimento ai costi impliciti e al costo del ricorso del primo contratto *swap* sottoscritto dalle parti.

Difatti, da un lato, avere tacito il valore del derivato al momento del contratto e le modalità di calcolo dello stesso nel periodo di durata ha consentito alla banca di occultare il proprio compenso tra le condizioni economiche del contratto. Dall'altro, invece, la medesima circostanza qualifica come arbitraria la determinazione degli importi dovuti a titolo di recesso dai contratti *swap* sottoscritti dalla cliente. Entrambi questi fatti rendono ancora più evidente come, nel caso oggetto di giudizio, il rischio assunto con il derivato non fosse conoscibile dal cliente.

Alla banca, in buona sostanza, era riservata la modalità di calcolo del valore del derivato nonché la determinazione arbitraria del proprio

<sup>50</sup> In giurisprudenza si definisce il *mark to market* come “un valore che viene dato in un certo momento della sua vita ad un derivato, la cui stima involge notevoli aspetti previsionali, e che di per sé non comporta alcuna giuridica conseguenza sulla posizione delle parti, non si traduce cioè in una perdita monetaria o in un obbligo di pagamento. Si tratta di una sorta di *rating* evoluto, ed infatti l'“iniziale funzione era solo quella di consentire il monitoraggio dell'andamento del derivato, agganciandosi all'ipotesi della istantanea chiusura del rapporto” (così, Trib. Milano, sent. 19.04.2011, n° 5443, in [www.consultalex.it](http://www.consultalex.it)). Secondo R. CESARI, *Mark-to-Market, valutazioni di convenienza economico-finanziaria e giurisprudenza*, in *Riv. dir. banc.*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 7, 2012, il *mark to market* rileva come uno dei vari strumenti con cui misurare il rischio (“naturale condizione operativa” dell'attività finanziaria). Sempre in dottrina, vi è chi afferma che la mancata conoscenza del *mark to market* renderebbe nullo il contratto per indeterminabilità dell'oggetto (1346 c.c.): E. GIRINO, *Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter*, in *Banca borsa*, 2011, 6, II, p. 799-800.

compenso. Qui, a ben vedere, il requisito causale richiama il principio – noto alla giurisprudenza e alla dottrina<sup>51</sup> – che vieta ad un contraente di determinare il contenuto del contratto unilateralmente e senza il ricorso a criteri controllabili<sup>52</sup>.

In conclusione, si deve sottolineare come le indicazioni fornite in ordine alla razionalità che si sviluppano secondo la prospettiva adottata in principio, ossia a cavallo tra elementi essenziali del contratto e regole di comportamento, trasferiscono in uno “spazio” interno alla struttura dell'accordo tutti gli elementi dell'alea prodotta da questo. Per conseguenza, l'omessa comunicazione alla società del *mark-to-market* (e degli altri elementi prima richiamati) non rileva come inadempimento informativo, ma, quale prova dell'irrazionalità del derivato (perché il rischio non era valutabile dalla cliente) riguarda i profili strutturali dell'accordo e giustifica la nullità dei contratti *swap* così conclusi.

Dalla dichiarazione *de qua*, lo si è anticipato, la Corte fa seguire, ex art. 2033 c.c., la condanna per la banca alla restituzione<sup>53</sup> di tutti i

<sup>51</sup> Quanto alla prima, la decisione della Corte di Appello richiama la sentenza di Corte Cass. 27.01.2013 n° 2072 (in [www.iustexplorer.it](http://www.iustexplorer.it)). In dottrina, il principio è ribadito, con riferimento ai contratti derivati, da G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 18-19 e D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *Banca borsa*, 2010, 6, I, p. 784-790.

<sup>52</sup> Il punto merita attenzione, perché anche su quest'aspetto la decisione presenta elementi di originalità. Essa infatti, si discosta da quel filone giurisprudenziale (*ex multis*, Trib. Milano 19.04.2011 n° 5118 in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 735; Trib. Bari, 05.01.2012; Trib. Monza, 17.07.2012 n° 2028 entrambe in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) per cui i costi impliciti mostrerebbero *ex se* il difetto di causa in concreto allorché sarebbe un inequivocabile simbolo della funzione speculativa dei derivati (in senso critico rispetto questa giurisprudenza, si veda il contributo di S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati*, cit., p. 363). In linea con l'accennata irricevibilità della distinzione tra strumenti speculativi e conservativi, infatti, per la Corte di Appello la presenza dei costi impliciti incide sulla causa del contratto nella misura in cui rende evidenti l'irrazionalità e la non consapevolezza nel cliente circa il rischio assunto e scambiato.

<sup>53</sup> Per un'attenta esposizione delle problematiche connesse alle conseguenze restitutorie in materia, si rinvia al contributo di M. MAGGIOLIO, *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, 3, p. 503.

## LA PROTEZIONE DELL'INVESTITORE NEL QUADRO DEI PIÙ RECENTI INTERVENTI COMUNITARI: LA PROPOSTA DI DIRETTIVA MIFID 2 E IL REGOLAMENTO EMIR.

Di Serena Meucci

**SOMMARIO:** 1. *Evoluzione del quadro normativo europeo e protezione dell'investitore.* - 2. *Dalla Investment Services Directive del maggio 1993 alla Direttiva MiFID (2004).* - 3. *Le recenti novità in tema di protezione dell'investitore. La proposta di Direttiva (c.d. Mifid 2) e di Regolamento (c.d. Mifir).* - 4. *Il Regolamento EMIR (European Market Infrastructure Regulation) e le novità in punto di negoziazione di contratti derivati.*

### 1. Le Evoluzione del quadro normativo europeo e protezione dell'investitore.

Il settore dei mercati finanziari e della armonizzazione della disciplina e delle tutele dell'investitore delinea uno degli ambiti più rilevanti e propositivi nel quadro dell'attività normativa europea. Numerosi sono gli interventi che si sono succeduti, ispirati spesso a logiche di ordine sistematico e strutturale, oltre che di disciplina puntuale. Un primato che risulta confermato dall'analisi dell'attualità.

Basti considerare gli interventi adottati o proposti in questi mesi nell'ambito dei mercati finanziari e delle tutele dell'investitore per comprendere la centralità di tali aspetti nell'ottica del legislatore comunitario. I recenti fatti che hanno travolto l'economia globale hanno evidenziato tanto i limiti di ordinamenti ritenuti tra i più avanzati, quanto le esigenze di protezione degli investitori sui quali sono ricac-

duti, a cascata, i fallimenti del mercato<sup>1</sup>. Da ultimo, la crisi e le profonde difficoltà dell'economia reale hanno inaugurato una stagione di interventi normativi di armonizzazione a livello europeo senza precedenti.

L'obiettivo della presente riflessione è proprio quello di valutare dal punto di vista dell'integrazione dei mercati finanziari le novità che caratterizzano l'*investitore* nel riformato quadro normativo europeo.

Con tali premesse e concentrando la nostra indagine sulla protezione dell'investitore, l'analisi si dipanerà intorno a due profili: il recente Regolamento n. 236/2012 in tema di derivati OTC (c.d. Emir) e le proposte di Direttiva della Commissione Europea dell'ottobre 2011 finalizzata ad abrogare la direttiva del 2004, (Mifid 2) e di regolamento sui mercati degli strumenti finanziari a modifica del Regolamento 648/2012. Partiamo da queste ultime.

<sup>1</sup> G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Persona e Mercato*, 2011, 1, p. 3-55.



2. Dalla *Investment Services Directive* del maggio 1993 alla *Direttiva MiFID* (2004).

Le proposte di revisione all'esame della Commissione si inseriscono su una base normativa già profondamente innovata e armonizzata dal sistema delle direttive MiFID il cui antecedente - la "Investment Services Directive" Direttiva n. 93/22/CEE del maggio 1993 - aveva contribuito in modo significativo alla modernizzazione e uniformazione dei mercati finanziari europei<sup>2</sup>.

Successivamente all'entrata in vigore della Direttiva 93/22 e ancor più nell'ultimo decennio, si è assistito ad una accelerazione del processo di trasformazione del mercato europeo dei capitali.

Alcuni dati. In dieci anni il mercato dei *bond* è raddoppiato, la capitalizzazione del mercato azionario è triplicata e il numero dei contratti derivati è aumentato in modo particolarmente sensibile. In parallelo è notevolmente cresciuto il numero degli investitori attivi sui mercati e si è ampliata la gamma e la complessità dei servizi e degli strumenti offerti accanto a quelli tradizionali. Sono inoltre sorti sistemi organizzati di negoziazione (MTF) innovativi rispetto ai mercati regolamentati<sup>3</sup>.

Tutto ciò ha portato le istituzioni comunitarie alla riscrittura della Direttiva del 1993 e all'adozione di un nuovo approccio con l'intento di velocizzare i processi di recepimen-

<sup>2</sup> Il sistema MiFID, in vigore dal 1° novembre 2007, concluda un lungo ed incisivo processo di innovazione normativa, nel quale si sono intrecciati interventi di fonte nazionale e comunitaria. Esso ha ridisegnato la disciplina degli intermediari e dei mercati definendo un nuovo quadro di regole con l'obiettivo di rispondere ai considerevoli mutamenti nelle attività di intermediazione ed alle nuove esigenze di tutela del risparmiatore. L'evoluzione economica e sociale ha reso necessario l'adozione di un approccio nuovo rispetto a quello sotteso alla *Investment Services Directive* del 1993. Per ulteriori approfondimenti al riguardo, v. S. MEUCCI, "Operatore qualificato" nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva MiFID, in *obbl. contr.*, 2008, 4, p. 341 ss.

<sup>3</sup> In tema, v. D.I. PACE, I sistemi organizzati di negoziazione nella proposta di revisione della MiFID: un primo raffronto con le altre sedi di negoziazione, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2012, 3, p. 485 ss.

to nazionale della disciplina comunitaria e ridurre al minimo il rischio di frammentazione del quadro normativo europeo.

L'esigenza di fondo che ha guidato le istituzioni nell'apprestare un intervento sistematico quale quello risultante dalla direttiva MiFID è quella di assicurare nel mutato contesto economico e sociale più efficaci strumenti di protezione degli investitori e maggiore libertà di servizi nella Comunità sulla base di principi di vigilanza armonizzati.

L'evoluzione che si registra segna infatti il passaggio verso una disciplina comunitaria di armonizzazione massima, quale strumento per realizzare un mercato finanziario europeo integrato ed unico.

Significativo è l'approccio adottato, noto come "procedura Lamfalussy", varato con una risoluzione dell'European Council del 2001 ed articolato su quattro livelli legislativi; il primo, riguarda la formulazione di principi quadro e trova concretizzazione nella direttiva di primo livello 2004/39/CE. Il secondo, consiste nelle "misure attuative", ovvero le misure necessarie per implementare a livello operativo quanto deciso al primo livello. Si tratta, più precisamente, di interventi elaborati dalla Commissione Europea e confluiti in due provvedimenti: il regolamento n. 1287/2006 concernente la disciplina dei mercati, e, in particolare, la regolamentazione della "pre-trade e post-trade transparency" delle operazioni; e la direttiva n. 2006/73/CE che detta disposizioni concernenti le regole di condotta (informazione; best execution; adeguatezza e appropriatezza; incentivi e così via) e di organizzazione degli intermediari.

Il terzo livello (Cooperazione) consiste nel recepimento delle Direttive da parte degli Stati membri e nella predisposizione e attuazione delle misure di cui al secondo livello apprestate dalla Commissione, il tutto con il supporto del "Comitato di livello 3" (CESR - *Committee of European Securities Regulators*, composto da rappresentanti delle Autorità di Vigilanza degli Stati membri dell'UE). L'obiettivo del terzo livello è quello di realizzare una effettiva cooperazione tra le autorità nazionali di vigilanza e agevolare l'applicazione uniforme della normativa negli Stati membri.

Il quarto livello (Controllo) trova concretizzazione tramite l'attività di monitoraggio da

il legislatore finanziario non ha dato alcun peso alla ripartizione, sicché la *ratio* sottesa all'art. 23, co. V, T.U. si manifesterà con riguardo sia ai derivati speculativi sia a quelli conservativi.

I confini della razionalità ora richiamati consentono di affermare che dalla qualifica della stessa come elemento essenziale dello strumento derivato non discende un sindacato sulla qualità e quantità delle alea assunte, né un'illiceità di quelle operazioni stipulate col solo intento speculativo o che - *ex post* - rivelino una difformità tra intento della parte contrattuale e caratteristica dell'operazione. Al contrario, in linea con il sistema che affida alla mancanza di causa la tutela di una delle parti contraenti avverso le pretese imponderate, dalla genesi difettose e prive di giustificazione<sup>46</sup>, la razionalità dell'alea come elemento essenziale dell'*I/s* impedisce il riconoscimento di una qualunque validità al derivato che non realizza una valutazione del rischio.

4. Le conseguenze nel caso oggetto di appello.

Così intesa la causa del contratto *I/s*<sup>47</sup>, è di palmare evidenza che le doglianze della società

<sup>46</sup> Per una lettura in questi termini del difetto di causa, si veda R. SACCO [ - G. DE NOVA ], *Il contratto*, \*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 789-792 e p. 802, e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 708; Id. *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 983; qui si sottolinea come la nullità per mancanza di causa sia "ispirata ad una *ratio* «privata» di salvaguardia dell'assetto di interessi dedotto dalle parti nel loro contratto contro fattori che lo perturbano a detrimento di una di esse".

<sup>47</sup> È interessante osservare come la Corte di Appello di Milano (p. 11) ritiene che si possa giungere a risultati non dissimili anche qualora si dovesse escludere per l'*interest rate swap* lo schema di scommessa e quindi l'identificazione della causa nella razionale creazione di alea: "(...) anche laddove volesse ritenersi che l'operazione in derivati non coincida perfettamente con il paradigma funzionale della scommessa (l'alea, come da altri sostenuto, non sarebbe prodotta artificialmente poiché l'evento dedotto in contratto inciderebbe comunque sulla situazione patrimoniale delle parti, aggravandone le passività, riducendo la redditività degli investimenti, o determinando uno squilibrio fra le poste in bilancio), non appare revocabile in dubbio che l'oggetto del contratto *swap* si sostanzia, in ogni caso, nella creazione di alea reciproche e bilaterali; sicché è inconcepibile che la qualità e la quantità delle alea, oggetto del contratto, siano ignote ad uno dei contraenti ed estranee all'oggetto

di commercio pneumatici rilevino in uno spazio<sup>48</sup> interno alla stessa struttura del contratto derivato.

Nell'ottica adottata dalla Corte di Appello, tutti gli elementi che incidono sull'alea assunta con il contratto devono essere esplicitati così che, conoscendoli, entrambe le parti possano valutare il rischio generato dal derivato al momento della conclusione dell'accordo. Viceversa, nella vicenda oggetto di giudizio la banca si era limitata alla consegna del "documentato sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari"<sup>49</sup>, senza informare la cliente del valore degli *swap* al momento della conclusione del contratto e senza indicarle le modalità di calcolo del valore in corso di durata o nel caso di scioglimento anticipato. In sintesi, per la società di assistenza pneumatica era impossibile valutare il rischio assunto.

dell'accordo." Sulla "sovrapponibilità tra mancanza di causa ed inesistenza dell'oggetto" si veda, con riguardo al contratto di investimento, S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati*, cit., p. 380, e, in generale, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 363, per il quale i confini tra difetto di causa e inesistenza dell'oggetto sono labili "per l'ovvia connessione che esiste fra la ragione di un contratto e le prestazioni che esso pone a favore e a carico delle parti."

<sup>48</sup> Si veda *supra*, fine par. 2.  
<sup>49</sup> Il "documento generale" era un testo che aveva la finalità di fornire alcune informazioni di base sui rischi connessi a investimenti e servizi (all. 3, reg. Consob 11522/1998, in *www.consob.it*). Posto che l'obiettivo dello scambio di informazioni con il cliente sulle caratteristiche del prodotto era la formazione di una conoscenza effettiva che permettesse investimenti consapevoli, l'obbligo informativo non si sarebbe potuto dire correttamente estinto dalla consegna di un documento che non avesse descritto tutti i rischi (e neanche altri aspetti significativi riguardanti gli investimenti in strumenti finanziari ed i servizi di gestione patrimoniale personalizzata. Per la giurisprudenza, la doverosa consegna del testo (ex art. 28, b), IRU) non esauriva l'obbligo di fornire le informazioni oggettive (Trib. Forlì, sent. 20.01.2010 n° 20 e Trib. Mantova, sent. 31.03.2009 n° 397, entrambe in *www.ilcaso.it*). In dottrina, condivide questa interpretazione F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari: disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 184: "l'obbligo dell'intermediario di consegnare il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari deve essere considerato esclusivamente come una delle tante tecniche utilizzate dall'ordinamento giuridico per il colmare il *gap* informativo tra le parti; e non, quindi, come una «diabolica» presunzione di consapevolezza del risparmiatore".





A condizione che ne sia consapevole, l'eventuale stipula da parte di un cliente di un *Irs* strutturato in modo da produrgli vantaggi solo raramente non configura un contratto privo di causa.

Questa, come detto più volte, coincide con la valutazione del rischio e ne domanda la misurabilità. Pertanto, ciò che consegue la qualifica della razionalità delle alee come causa tipica dell'*Irs* muove sul piano della conoscenza e della possibilità di misurazione del rischio. L'unico equilibrio che questa interpretazione della causa realizza è a questo livello cognitivo dello scambio, distinto quindi da quello qualitativo. Quando il cliente non è in grado di misurare il rischio che assume con la sottoscrizione, il derivato concluso con l'intermediario – la cui conoscenza dell'alea è pressoché certa, atteso che è sulla base di questa che viene costruito il prodotto – si ritiene essere privo di giustificazione.

In secondo luogo, la razionalità come caratteristica dell'alea creata artificialmente con lo *swap* prescinde dalla ricorrente distinzione tra scopo di copertura o scopo speculativo.

Per questa diffusissima ripartizione<sup>43</sup>, si rientra nel primo caso allorché il cliente abbia sottoscritto il derivato per ridurre il rischio finanziario di un portafoglio preesistente, nel secondo, invece, quando lo stesso abbia inteso assumere esposizioni al rischio per conseguire un profitto. È noto che questa classificazione ha avuto un grande seguito in dottrina<sup>44</sup> e in giuri-

prudenza, dove, per il tramite della causa concreta, è stata utilizzata per dichiarare la nullità di derivati speculativi che il cliente aveva investito con l'obiettivo di proteggerli<sup>45</sup>.

Secondo la decisione della Corte di Appello di Milano in commento, la razionalità che caratterizzerebbe la creazione dell'alea propria dello *swap* ignora questa distinzione. Per un verso, essa, intesa come misurabilità del rischio assunto, nulla ha da dire in punto di corrispondenza tra intento (speculativo o conservativo) e causa del contratto. Per altro verso, la razionalità si ripete, nei termini *supra* ricordati, con riguardo a tutti i derivati indipendentemente da quale sia stato il motivo che ha determinato il cliente alla conclusione del contratto. In tal senso, milita essenzialmente la circostanza per cui

diverso da quello conservativo. Per una critica a questa impostazione, si rinvia al lavoro di G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 112-117.

<sup>43</sup> *Ex multis*, Trib. Bari, ord. 15.07.2010 (in *Contratti*, 2011, 3, p. 244 con nota di G. OREFICE, *Operatore qualificato e nullità virtuale o per mancanza di causa e A. PASAPIA, Rinegoziazione del contratto e nullità per mancanza di causa*), Trib. Monza, sent. 17.07.2010, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 2, con nota di D. TOMMASINI, *Interessi rate *swap* con funzione di copertura e causa concreta del contratto*, p. 142. In dottrina, D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit., p. 639 e A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca Borsa*, 2013, 1, p. 87. Il secondo, in particolare, afferma che "la constatazione di un'utilizzazione "deviante" di un modello negoziale - strutturalmente meritevole sembra dover condurre a un giudizio di non meritevolezza della concreta operazione economica e, in definitiva, di nullità del contratto (...)". *Contra*, tra la giurisprudenza, Trib. Milano 08.02.2012, cit.; in dottrina, invece, si vedano: G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 145-156, (per l'Aurice, la "varietà" di fini perseguibili con lo *swap* non si rifletterebbe "sulla struttura contrattuale né informa la funzione negoziale" e, per conseguenza, non si potrebbe "ritenere che l'oggetto o il meccanismo strutturale vari in funzione delle singole finalità che muovono le parti alla conclusione del contratto."); M. COSSU, *Domestic currency swap e disciplina applicabile ai contratti su strumenti finanziari. Brevi note sul collegamento negoziale*, in *Banca Borsa*, 2006, 2, II, p. 174 (all'Aurice sembrerebbe che "la causa del contratto di *swap* possa essere unitariamente ricostruita e intesa a prescindere dalle diverse funzioni che sostanzialmente la stipulazione assolve, che degradano al rango di motivi, moventi del soggetto agente."); R. LENER - P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti*, cit., p. 396; S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati*, cit., p. 377 e, da ultimo, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?* cit., p. 980.

ROCCHO, *Contratti (in strumenti finanziari) derivati e causa*, in *Banca Borsa*, 2013, 1, p. 109.

<sup>44</sup> La classificazione è adottata anche nel documento di "educazione finanziaria" proposto dalla Consob, *I principali prodotti derivati. Elementi informativi di base*, ottobre 2012, in [www.consob.it/ivi](http://www.consob.it/ivi), anche il testo della comunicazione n° DI/99013791 del 26.02.1999, dove l'indicazione dei criteri con cui determinare la caratteristica speculativa o conservativa dell'operazione.

<sup>45</sup> Inizialmente, la distinzione rilevava in sede di qualificazione del contratto atipico. Si riteneva, infatti, che solo per il derivato conservativo – quello cioè sottoscritto per gestire un rischio sul portafoglio – fosse ammissibile l'azione in giudizio e, quindi, l'esenzione dell'art. 1933 c.c. (Trib. Milano, ord. 24.11.1993 e ID. 26.05.1994, in *Banca Borsa*, 1995, 1, II, p. 80, con nota adesiva, sul punto, di A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative*, cit.). Per G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati*, cit., p. 1136, in prospettiva di *iure condendo*, andrebbe ripresa la distinzione di modo che l'art. 23, co. V, T.U. non trovi applicazione per i derivati conclusi con intento

parte della Commissione circa il corretto recepimento della legislazione europea nei singoli Stati. Ove siano riscontrate difformità, la Commissione è legittimata a intraprendere una procedura di infrazione presso la Corte Europea di Giustizia<sup>4</sup>.

Il nuovo sistema di regole in vigore nel nostro ordinamento dal 2007 risulta, come anticipato, assai più ampio, articolato e dettagliato della precedente disciplina (Direttiva n. 93/22/CEE) che si era limitata a dettare regole generali di armonizzazione minima. Non è questa la sede per approfondire gli aspetti di novità<sup>5</sup>. Il profilo che qui interessa indagare riguarda gli strumenti di tutela e di protezione dell'investitore nell'evoluzione della disciplina comunitaria. Si tratta cioè di esaminare il *dopo-MiFID* e le ragioni che hanno indotto le istituzioni europee a ripensare il quadro normativo.

Gli effetti dell'applicazione del nuovo sistema all'indomani della sua entrata in vigore sono a ben vedere variegati. E ciò è dovuto in larga parte alla profonda instabilità che ha caratterizzato i mercati finanziari sin dai primi anni di vita della MiFID<sup>6</sup>. Risultati positivi, e come tali riconosciuti anche dalle istituzioni comunitarie, si sono registrati sul piano della concorrenza. Risulta infatti rafforzata la concorrenza tra le sedi di negoziazione degli strumenti finanziari, alla quale si è accompagnata una più ampia scelta degli investitori in termini

<sup>4</sup> Completa il sistema così delineato il c.d. "gold plating" tra gli Stati membri, principio che indica il divieto di adottare norme più restrittive sulle materie regolate nelle direttive, salvo diversa previsione. La direttiva MiFID di secondo livello (2006/73/CE) sancisce infatti che per l'applicazione uniforme dei "requisiti armonizzati", "gli Stati membri e le autorità competenti non devono aggiungere regole vincolanti supplementari all'atto del recepimento e dell'applicazione delle disposizioni contenute nella presente direttiva, salvo qualora quest'ultima lo preveda espressamente" (7° Considerando).

<sup>5</sup> Le principali novità introdotte dalla MiFID quanto alla disciplina dei mercati finanziari sono state la creazione di nuove figure di trading venues (Mercati regolamentati, I multilateral trading facilities, MTF, e gli internalizzatori sistematici), l'abolizione dell'obbligo di concentrazione degli scambi in Borsa, l'introduzione di regole di trasparenza pre e post - trading sui titoli e di un nuovo regime di transaction reporting.

<sup>6</sup> In tema si veda altresì le considerazioni e i dati riportati in G. SABATINI, *Il bilancio della MiFID a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Banche e banchieri*, 2010, Vol. 37, p. 209.

di fornitori di servizi e strumenti finanziari disponibili.

Sarebbe tuttavia riduttivo arrestarsi a tali considerazioni senza indagare le ricadute con particolare riguardo all'incidenza sulle tutele dell'investitore. A questo riguardo si può osservare come i risultati di maggiore concorrenzialità del mercato non abbiano portato miglioramenti agli investitori (soprattutto quelli al dettaglio) non foss'altro perché i relativi effetti virtuosi non si sono distribuiti in modo equo.

L'andamento dei mercati finanziari e gli sviluppi tecnologici hanno evidenziato una compressione delle condizioni di parità e di trasparenza tra le diverse sedi di negoziazione degli strumenti finanziari tale da incidere sulla posizione e sulle tutele dell'investitore.

Non solo. La crisi finanziaria ha rivelato le debolezze della regolamentazione normativa della circolazione di strumenti diversi dalle azioni, in primis i derivati OTC (ovvero i derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati). Con riferimento a questo tipo di negoziati, la MiFID ha adottato un approccio "leggero" perseguendo obiettivi di trasparenza minima al fine di favorire l'efficienza del mercato, una scelta che si è mostrata ben presto insufficiente e per certi aspetti dannosa. Proprio tale impostazione viene rivoluzionata, lo vedremo, con la MiFID 2 il cui asse ruota intorno all'esigenza di garantire una più intensa protezione degli investitori resa necessaria dal rapido sviluppo e dalla complessità crescente degli strumenti finanziari<sup>7</sup>.

D'altra parte, la prospettiva di una revisione del sistema è insita nella stessa direttiva MiFID la quale opportunamente contiene clausole di adeguamento. Si tratta di meccanismi volti a valutare la bontà e l'efficacia della normativa sin dalla fine del primo triennio di applicazione così da poter, se del caso, intervenire sulla disciplina. Già alla prima scadenza triennale, si è manifestata l'opportunità di una rivisitazione<sup>8</sup>

<sup>7</sup> In tema v. le riflessioni di G. VETTORI in *Introduzione. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e Responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore* (a cura di G. Vettori), Padova, 2013, p. 4.

<sup>8</sup> E' la stessa Commissione a emulare nel testo della MiFID 2 i limiti del vigente sistema normativo, ovvero: la circostanza che i vantaggi conseguenti alla maggiore concorrenza non si sono distribuiti equamente fra tutti i



per garantire “un livello maggiore e aggiornato di tutela degli investitori”<sup>9</sup>. È la stessa Relazione alla proposta di Direttiva MiFID 2 licenziata dalla Commissione a precisare che “il ritegno della MiFID costituisce una parte integrante del processo di riforma volto ad attuare un sistema finanziario più sicuro, solido, trasparente e responsabile nonché ad assicurare un mercato finanziario dell’UE più integrato, efficiente e competitivo”.

Il processo di revisione, avviato a partire dal 2010, persegue due obiettivi precisi: introdurre strumenti più efficaci di protezione degli investitori, e realizzare una uniformità applicativa più intensa nei diversi sistemi. Tali obiettivi erano già emersi con forza nel G-20 di Pittsburgh del 25 settembre 2009 celebratosi all’indomani degli scandali dei sistemi finanziari<sup>10</sup> e nel successivo G-20 di Toronto del giugno 2010. L’impegno europeo espresso anche in sede internazionale ha originato due filoni di intervento: il regolamento UE n. 648/2012 emanato il 4 luglio 2012 sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (cd *Regolamento EMR*), e l’adozione da parte della Commissione di un testo di proposta di nuova direttiva (c.d. *Mifid 2*) e di regolamento sui mercati degli strumenti

partecipanti al mercato; le difficoltà - soprattutto per quanto riguarda la raccolta dei dati - dovute alla frammentazione del mercato e alla assenza di una effettiva armonizzazione, circostanze che hanno reso particolarmente complesso il contesto in cui avviene la negoziazione.

<sup>9</sup> Così la Relazione alla proposta di Direttiva MiFID 2 COM(2011) 656 definitivo, ove si osserva altresì che “sebbene ampiamente giustificate nell’ambito dell’esperienza della crisi finanziaria, le norme generali della MiFID rivelano tuttavia l’esigenza di miglioramenti mirati, ma ambiziosi”.

Il progetto di una revisione della MiFID era all’ordine del giorno dell’attività della Commissione già nel 2010. V. al riguardo quanto riportato in: Proposte di modifica alla Direttiva MiFID da parte della Commissione Europea, Riv. Soc., 2011, 6, p. 1338.

<sup>10</sup> V. dichiarazione dei capi di Stato o di governo del G-20 a Pittsburgh, 24-25 settembre 2009, in [www.pittsburghsummit.gov](http://www.pittsburghsummit.gov): “All standardized OTC derivative contracts should be traded on exchanges or electronic trading platforms, where appropriate, and cleared through central counterparties by end 2012 at the latest. OTC derivative contracts should be reported to trade repositories. Non-centrally cleared contracts should be subject to higher capital requirements”.

finanziari che modifica il Regolamento n. 648/2012 (c.d. *Mifir*)<sup>11</sup>.

Partiamo dalla proposta di Direttiva (MiFID 2), espressiva di obiettivi ambiziosi e di importanti novità in punto di protezione dell’investitore.

### 3. Le recenti novità in tema di protezione dell’investitore. La proposta di Direttiva (c.d. *Mifid 2*) e di Regolamento (c.d. *Mifir*).

Le proposte della Commissione sono il risultato di consultazioni e di un dialogo intensi. Esse prendono in considerazione i pareri espressi nella consultazione pubblica tenutasi tra l’8 dicembre 2010 e il 2 febbraio 2011 nonché i suggerimenti ottenuti negli incontri con le principali parti in causa, quali le autorità di regolamentazione dei valori mobiliari, gli operatori del mercato, gli emittenti e gli investitori al dettaglio. Degni di nota, anche per il ruolo che tale istituto è destinato a svolgere, sono i pareri espressi dalla Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM)<sup>12</sup>

<sup>11</sup> La Commissione precisa nelle relative relazioni di accompagnamento che le proposte di Direttiva MiFid 2 e di Regolamento MiFid ed il Regolamento Emir del 4 luglio 2012 intendono realizzare gli obiettivi prefissati dal G-20 di Pittsburgh del 25 settembre 2009 e dal G-20 di Toronto del giugno 2010.

<sup>12</sup> Dal 1 gennaio 2011 il ruolo di Autorità di regolamentazione europea degli strumenti finanziari e dei mercati spetta all’AESFEM che ha così sostituito il Comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari (CESR). La missione dell’AESFEM è di migliorare la tutela degli investitori e promuovere il buon funzionamento di mercati finanziari stabili nell’ambito dell’Unione europea (UE). In quanto istituzione indipendente, l’AESFEM persegue i propri obiettivi creando un corpus unico di

norme per i mercati finanziari dell’Unione (si tratta più precisamente di norme tecniche di regolamentazione armonizzate in diversi ambiti di regolamentazione dei valori mobiliari) e ne assicura l’applicazione uniforme sia tramite la supervisione diretta sia attraverso il coordinamento con le autorità di vigilanza nazionali. Non solo. Tale Autorità, oltre al ruolo normativo e di coordinamento, è l’unico ente con poteri di vigilanza diretta sui mercati finanziari, compresa l’area fondamentale della vigilanza sulle agenzie di rating del credito, prima non soggette ad alcuna regolamentazione. Dal luglio 2011, infatti, le agenzie di rating che intendano esercitare la propria attività nell’ambito dell’UE devono registrarsi presso

Solo quando le alee scambiate siano il frutto di un giudizio razionale in termini di entità e natura il contratto che le ha generate può dirsi valido e, quindi, spiegare i suoi effetti. Se, invece, il rischio contrattualmente assunto (rappresentato dagli scenari probabilistici e dalle conseguenze del verificarsi degli eventi) non è creato in modo razionale, l’IRS sarà dichiarato nullo.

In sintesi per la Corte di Appello, a rendere ammissibile il derivato è l’idoneità di questo a porsi come valutazione del rischio. Nella considerazione del derivato OTC, ove il cliente non “scommettitore” o al “giocatore” di Dostoevskij (per il quale la “razionalità” del rischio renderebbe il gioco non più degno di essere giocato). Certo, molto spesso si sente dire che un certo soggetto specula su un’azione “scommettendo” sul rialzo dei prezzi. Ma la differenza è essenziale: lo speculatore (si intenda: in linea di principio) compie una scommessa su basi “razionali” o “razionalizzabili” e, quindi, “vince” perché ha avuto una migliore padronanza delle informazioni, mentre lo scommettitore vero e proprio compie una scommessa niente affatto razionale e niente affatto razionalizzabile e, quindi, vince per “pura fortuna”. E quindi: il primo (speculatore “razionale”) contribuisce alla formazione di un prezzo (del rischio), il quale proprio perché fondato su basi razionali, contribuisce a immettere nel sistema “ricchezza informativa”; mentre il secondo (scommettitore “irrazionale”) non fornisce proprio nessun contributo, dal momento che il prezzo di un rischio puramente casuale “non dice” alcunché al sistema. Ancora: il primo contribuisce a far sì che il mercato dei capitali – che è sempre “quintessenzialmente” un mercato di “derivati” – possa adempiere mediante un meccanismo di prezzi efficienti – al compito (tendenziale) della più efficiente allocazione delle risorse, mentre il secondo è, a tal fine, del tutto inutile. Si comprende, quindi, come l’ordinamento giuridico protegga la “speculazione razionale” – e, quindi, i contratti derivati che siano ascrivibili a tale categoria – mentre non protegga la “scommessa irrazionale”, stabilendo la regola della non coercibilità delle pretese fondate su calcoli irrazionali (cioè su non-calcoli) (art. 1933 e ss. c.c.); e D. MAFFEI, *Costi impliciti nell’interest, cit.*, p. 662 (“Il contratto derivato è sulla carta una scommessa razionale, cioè un particolare tipo di scommessa in cui l’assunzione delle alee non è affidata ad una cieca intuizione, ad una speranza, ad una passione emotiva e irrazionale, bensì alla raffigurazione di scenari probabilistici scientificamente misurati. Ma ciò, appunto, soltanto sulla carta: nel mondo reale il contratto derivato non è una scommessa razionale e non può esserlo, fino a quando uno dei due contraenti, cioè l’investitore, non lo concluda razionalmente e così sulla base di una razionale valutazione (che presuppone la conoscenza) degli scenari probabilistici attualizzati, scientificamente misurati, che sono stati alla base della costruzione dello strumento da parte dell’intermediario.”).

ha potuto misurare il grado di rischio che il derivato genera, i risultati dello stesso rilevano come semplice attribuzione patrimoniale conseguente il caso e, come tali, non sono idonei a fondare una pretesa sul patrimonio del perdente, ovvero il cliente.

### 3.1. Il significato della razionalità.

Una volta individuata la causa dell’IRS, il colpevole si cura di definirla esattamente i confini. Ciò è opportuno, sia perché è bene chiarire il significato del concetto elastico utilizzato (“razionalità”, “razionalità”) sia perché, così facendo, si definisce meglio il rapporto tra elementi essenziali del contratto e regole di condotta<sup>40</sup>.

In primo luogo, la razionalità va intesa come misurabilità o conoscibilità dell’alea e non come identità e neanche equilibrio tra le alee assunte dall’intermediario e dal cliente.

L’ordinamento domanda che gli scenari probabilistici e le conseguenze del realizzarsi dei vari eventi dedotti nel derivato OTC siano “definiti e conosciuti ex ante, con certezza” non solo dall’intermediario, ma anche dal cliente. Solo in questo modo, lo scambio delle alee generate dallo strumento può spiegare la funzione ritenuta meritevole, di valutazione del rischio<sup>41</sup>.

Il sistema non subordina la rilevanza giuridica della scommessa assunta con l’IRS alla perfetta simmetria tra le alee assunte dalle parti

<sup>40</sup> Scrivono, infatti, i giudici del collegio (p. 11) che è particolarmente opportuno “chiarire come debba essere inteso il concetto di “alea razionale”, quale elemento causale (tipico) dei contratti derivati *over the counter*, onde sgombrare il campo da possibili equivoci, che potrebbero sconfinare nell’ulteriore – e diversa – problematica relativa alla adeguatezza dell’informazione”.

<sup>41</sup> Il requisito della bilateralità delle alee, anch’esso diverso dalla razionalità della relativa creazione, è pacifico in giurisprudenza. Tra questa, si veda Trib. Modena, ord. 23.12.2011 in *Contratti*, 2012, 3, con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, e Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, n° 489, in *Banca borsa*, 2010, II, p. 353 con nota di E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell’investitore*.

<sup>42</sup> Nel senso dell’irrelevanza strutturale dell’equivalenza delle alee scambiate militano: tra la giurisprudenza di merito Trib. Milano, sent. 08.02.2012 in [www.italcaso.it](http://www.italcaso.it), e in dottrina R. LENER – P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti*, cit., p. 398; F.





giustificazione ulteriore e diversa dal fine di lucro) idoneo a far conseguire l'effetto tipico dell'azione in giudizio<sup>33</sup>.

Questa esigenza è pienamente colta dalla Corte di Appello di Milano, che arriva a ricostruire con esattezza questa garanzia interna – il cui ricorrere giustifica l'applicazione dell'art. 23, co. V, T.U. – per il tramite della causa del contratto<sup>34</sup>.

Nella sentenza la scelta normativa operata dal legislatore finanziario in favore degli strumenti derivati segue il giudizio per cui il pericolo sociale che li accompagna<sup>35</sup> è inferiore al vantaggio di massimizzazione degli scambi e di incremento della liquidità dei mercati finanziari<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Sul punto in modo simile, già, A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative*, cit., p. 91, per il quale l'esclusione dell'applicazione dell'art. 1933 c.c. – appunto l'effetto tipico delle scommesse autorizzate – è propria dello swap che realizza "interessi che non si esauriscono nel conseguimento di un vantaggio patrimoniale come mero effetto della sorte".

<sup>34</sup> Tale dinamica non deve sorprendere. Di recente, si è rilevato l'ampio numero di ipotesi in cui l'indagine sulla causa del contratto è "utilizzata in funzione di controllo dello scopo pratico e del risultato in concreto realizzato con l'accordo". Sicché, così come "non c'è affatto da stupirsi che la causa sia stata utilizzata nel giudizio di ammissibilità del concordato preventivo" (G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 6, p. 1208; il riferimento è a Corte Cass., sent. 23.01.2013 n° 1521 in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)), anche con riguardo all'IRS il ricorso alla causa non può, ex se, meravigliare. Sull'evoluzione della causa si vedano: nella giurisprudenza di legittimità, la sentenza di Corte Cass., sent. 08.05.2006, n° 10490 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, I, p. 299, con nota di M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*); in dottrina, l'indagine di M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti di impresa*, in *Jus*, 2009, 2, p. 273 e, con riferimento alle più recenti pronunce sul tema, quella di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dia-logo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 957.

<sup>35</sup> Per una descrizione delle complicazioni conseguenti l'uso dei derivati si veda, in luogo di tanti, la ricostruzione della crisi statunitense offerta da N. DUNBAR, *The Devil's Derivatives*, Boston, 2011.

<sup>36</sup> Il nesso tra circolazione dei derivati e aumento del volume di scambi finanziari, quindi, segue la capacità dei secondi di porsi come "strumenti che hanno come contenuto specifico la copertura e la gestione dei rischi" (così li definisce M. ONADO, *Economia e regolamentazione*, cit., p. 51). Sulla concreta capacità di allocazione dei ri-

La principale funzione economica di questo sistema è l'allocazione di risorse e quindi il collegamento tra risparmio e investimenti. Questa dinamica comporta dei rischi ineliminabili (quali, ad esempio, il rischio di credito, il rischio di liquidità, il rischio di tasso di interesse, il rischio di cambio, etc.), per cui una costante dei sistemi finanziari più evoluti e sviluppati è la diffusione di strumenti di autonomia privata con cui poter gestire queste eventualità, appunto i derivati<sup>37</sup>.

Siffatta valutazione ("scelta di ordine pubblico di direzione"<sup>38</sup>), per un verso, propende per il riconoscimento dell'azione in giudizio e dell'esclusione dell'eccezione di gioco (1933 c.c.) e, per altro, impone di verificare che la creazione artificiale di allee – quando avviene over the counter – sia stata *consapevole e razionale*, di modo che il derivato possa porsi come valutazione oggettiva del rischio e così realizzare l'interesse meritevole di tutela. Come rilevano i giudici nella sentenza in parola, "la ratio del riconoscimento legislativo risiede nella *razionalità* delle contrattazioni."<sup>39</sup>

schi propria (*restitutio*, che si assume essere propria) dei derivati, si veda con particolare riferimento ai *credit default swap* anche il fondamentale lavoro di E. BARCELLONA, *Note su derivati crediti market failure o regulation failure?*, in *Banca borsa*, 2009, 6, I, p. 652 (dove, anche, l'efficace definizione di derivato come "quel contratto con cui si dà un prezzo al rischio"). I termini della valutazione tra pericolo sociale e benefici del mercato riportati nella sentenza sono testualmente anticipati da D. MAFFEIS, *Costi impliciti*, cit., p. 663, n° 53.

<sup>37</sup> Nella dottrina civilistica, la posizione favorevole ad identificare nella gestione del rischio la funzione socialmente tipica degli *swaps* è espressa da G. CAPALDO, *Profilo civilistico del rischio finanziario*, cit., p. 210-211.

<sup>38</sup> L'espressione, poco felice, è tratta dalla pronuncia della Corte d'Appello (così come anche il successivo virgolettato): p. 11, n° 5.

<sup>39</sup> Così la sentenza in esame, p. 11. Evidente il debito con quanto scrivono E. BARCELLONA, *Note su derivati crediti*, cit., p. 652 ("Tuttavia – si badi bene, giacché qui emerge la "logica della razionalizzazione" –, in tanto l'operazione ha un senso ed è protetta dall'ordinamento, in quanto la "speculazione" non è affatto una scommessa legata al caso (cioè a qualcosa di non traducibile in un calcolo verificabile sia pure *ex post*), ma è piuttosto legata ad una valutazione oggettiva del rischio: lo "speculatore" (...) deve conoscere, insomma, un insieme di informazioni sulla base delle quali è possibile (non «certa», ma «possibile») una valutazione "razionale" del rischio. Lo "speculatore" – contrariamente a quanto si ritiene comunemente – non è, quindi, affatto assimilabile allo

incentrati prevalentemente su un'analisi dei costi/benefici dei diversi scenari da prendere in considerazione nel riesame della direttiva MiFID<sup>13</sup>.

Il processo di revisione si articola, come detto, in due parti: una direttiva (MiFID 2) ed un Regolamento (Emir).

La direttiva interviene sui requisiti organizzativi e di condotta<sup>14</sup> in merito alla prestazione di servizi di investimento, sui poteri anche sanzionatori spettanti alle autorità competenti<sup>15</sup>, e

<sup>13</sup> L'AESEFEM quale autorità di vigilanza unica. Al riguardo, di particolare interesse è la relazione sul primo anno di attività dell'AESEFEM (2011) reperibile sul sito [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu).

<sup>14</sup> Per approfondimenti, CESR, Consulenza tecnica alla Commissione europea nel contesto del riesame della MiFID e risposte alla richiesta della Commissione europea di informazioni complementari, 29 luglio 2010 e CESR, Seconda serie di consulenze tecniche alla Commissione europea nel contesto del riesame della MiFID e risposta alla richiesta della Commissione europea di informazioni complementari, 13 ottobre 2010; entrambi i documenti sono consultabili in [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu). La preparazione del riesame della MiFID è stata altresì oggetto di due studi commissionati dalle istituzioni europee a consulenti esterni. Il primo, richiesto a PriceWaterhouseCoopers del luglio 2010, riguarda la raccolta dei dati sulle attività dei mercati e altre questioni relative alla MiFID. Il secondo, richiesto a Europe Economics del maggio 2011, si è focalizzato sull'analisi costi-benefici delle varie possibilità di intervento politico da considerare nel contesto del riesame della MiFID. Giva infine precisare che l'AESEFEM sostituisce il Comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari (CESR).

<sup>15</sup> A questo riguardo la MiFID 2, in linea con i lavori della Commissione in materia di governo societario nel settore finanziario COM (2010) 284, prevede il rafforzamento delle disposizioni relative al ruolo e alle responsabilità degli amministratori con incarichi esecutivi e non esecutivi, oltre ad equilibrare la struttura degli organi direttivi. In particolare, le proposte sono volte a garantire che i membri degli organi direttivi possiedano conoscenze e competenze sufficienti per valutare i rischi legati all'attività dell'impresa affinché la gestione avvenga in modo sano e prudente nell'interesse degli investitori e dell'integrità di mercato.

<sup>16</sup> Tale intervento si fonda sulla presa d'atto della frammentazione delle competenze di monitoraggio e sorveglianza proprie delle diverse autorità di regolamentazione (v. al riguardo gli articoli 61, 72, 83 della proposta di Direttiva MiFID 2). Oltre all'ampliamento della possibilità di richiedere informazioni in merito alle posizioni detenute su strumenti derivati e su quote di emissioni, la MiFID 2 autorizza le autorità di vigilanza a intervenire in qualsiasi momento della vita di un contratto derivato e prendere le misure ritenute adeguate. A tali interventi per così dire *ex post*, si aggiunge il potere preventivo di limi-

sulle norme applicabili alle imprese di paesi terzi che operano in Europa attraverso succursali<sup>16</sup>.

Più precisamente la MiFID 2 si propone di estendere l'ambito di applicazione della normativa ad una gamma di operazioni più ampia rispetto allo scenario vigente ed opera una riorganizzazione complessiva del sistema dei mercati finanziari con effetti tutt'altro che secondari in punto di tutela e protezione dell'investitore.

Una delle principali (e al contempo discusse) novità riguarda proprio le negoziazioni degli strumenti finanziari. L'obiettivo del legislatore comunitario è quello di garantire che *tutte* le negoziazioni organizzate avvengano in sedi regolamentate, ricondotte a tre precise tipologie: mercati (regolamentati), sistemi multilaterali di negoziazione e sistemi organizzati di negoziazione<sup>17</sup>. Il regime di trasparenza pre- e post-

tare ex-ante certe concentrazioni purché ciò avvenga in modo non discriminatorio.

Il rafforzamento dei poteri delle Autorità nazionali si accompagna comunque a un coordinamento a livello europeo dal momento che tutte le azioni come sopra intraprese dovranno essere comunicate all'AESEFEM.

<sup>16</sup> Uno degli aspetti principali della proposta riguarda proprio il regime predisposto per i paesi terzi e le regole applicabili alle imprese di investimento extracomunitarie, che variano in base alla prestazione di servizi in favore di clienti al dettaglio ovvero a controparti qualificate (cfr. art. 41 ss.).

Per tutte le imprese è prevista una valutazione preliminare circa l'equivalenza delle giurisdizioni dei paesi terzi, rimessa alla Commissione. Adottata la decisione, le imprese dei paesi terzi potranno chiedere di prestare servizi nell'Unione.

A questo punto, qualora sia prevista la fornitura di servizi ai clienti al dettaglio, dovrà essere aperta – previa relativa autorizzazione – una succursale in uno degli Stati membri, a ciò conseguendo l'applicazione degli obblighi in ordine ai requisiti organizzativi, alle norme di condotta, al conflitto di interessi, alla trasparenza e così via. Diversamente, in caso di servizi prestati a controparti qualificate non è richiesta l'apertura di una succursale, ma la preventiva registrazione presso l'AESEFEM. L'attività di controllo sarà in questo caso svolta dalle autorità del rispettivo paese, pur dovendo predisporre un adeguato accordo di collaborazione tra le autorità di vigilanza dei paesi terzi, le autorità nazionali degli Stati membri e l'AESEFEM.

<sup>17</sup> Viene così introdotta una nuova – la terza – sede di negoziazione (o trading venue), denominata "Sistema organizzato di negoziazione" (Organised Trading Facility – OTF).



negoziazione e di conflitti di interesse viene così esteso a tutte le diverse sedi di contrattazione. Non solo. Le sedi di negoziazione secondarie sono equiparate ai mercati regolamentati sicché i requisiti che riguardano gli aspetti di organizzazione e di vigilanza risulteranno sostanzialmente identici<sup>18</sup>.

Obiettivo analogo perseguono quelle disposizioni della MiFID 2 che introducono un sostanziale rafforzamento del quadro normativo sulla protezione dell'investitore<sup>19</sup>. Ed è questo l'ambito che qui ci interessa e che consente di dare conto delle novità prospettate a livello comunitario.

Se confrontato con il sistema delineato dalla Direttiva "Investment Services Directive" n. 93/22/CEE del maggio 1993, la MiFID già ha apportato notevoli miglioramenti in punto di protezione degli investitori<sup>20</sup>, sia di quelli al

<sup>18</sup> È bene precisare che mentre in tutte e tre le sedi il gestore della piattaforma è neutrale, le prime due (mercati regolamentati e sistemi multilaterali di negoziazione) sono caratterizzate dall'assenza di discrezionalità nell'esecuzione delle operazioni: le quali sono cioè svolte secondo norme predefinite.

<sup>19</sup> Gli OTF (i sistemi organizzati di negoziazione) si caratterizzano invece per un certo margine di discrezionalità sul modo di eseguire un'operazione. Ciò significa che se le disposizioni relative all'accesso e alla metodologia di esecuzione devono essere chiare e trasparenti, i servizi per i clienti possono essere diversi da quelli offerti dai mercati regolamentati e dai sistemi multilaterali di negoziazione, sia dal punto di vista qualitativo che funzionale. Come detto, il gestore è comunque soggetto ai requisiti sulla protezione dell'investitore, sull'esercizio dell'attività e sulla migliore esecuzione nei confronti dei clienti che utilizzano la piattaforma.

<sup>20</sup> Va tuttavia notato che i requisiti di trasparenza sono calibrati per i diversi tipi di strumenti, quali azioni, obbligazioni e derivati, e per i diversi tipi di negoziazione, basati sugli ordini o sulle quotazioni.

<sup>21</sup> Si tratta degli articoli 13, 24, 25, 27, 29, allegato I, sezione A del testo della proposta di Direttiva MiFID 2.

<sup>22</sup> Significativo al riguardo è il Secondo Considerando della Direttiva MiFID di primo livello (Direttiva 2004/39/CE) ove si osserva come circostanze quali la crescita del numero degli investitori che operano nei mercati finanziari e la sempre più ampia gamma (e complessità) dei servizi e strumenti offerti richiedono "che il quadro giuridico comunitario disciplini tutte le attività destinate agli investitori. A tal fine è indispensabile assicurare il grado di armonizzazione necessario per poter offrire agli investitori un livello elevato di protezione e consentire alle imprese di investimento di prestare servizi in tutta la Comunità, nel quadro del mercato unico, sulla base della vigilanza dello Stato membro di origine".

dettaglio che di quelli professionali. E lo abbiamo in altra sede argomentato<sup>21</sup>. A questo riguardo sia consentito solo osservare come il regolamento della MiFID 2 confermi nella sostanza l'impianto vigente in tema di articolazione della clientela, con alcune precisazioni in punto di controparti qualificate speciali quali sono gli enti locali<sup>22</sup>. Sono noti anche alla cronaca gli esiti spesso disastrosi delle operazioni di investimento in strumenti finanziari complessi effettuate da enti pubblici e autorità locali, soggetti che nell'attuale impianto normativo vengono annoverati tra le "controparti qualificate"<sup>23</sup>. La proposta di direttiva, al di là dei limiti e dei divieti recentemente stabiliti dalle discipline dei singoli Stati<sup>24</sup> tra i quali anche

<sup>21</sup> V. S. MEUCCI, "Operatore qualificato" nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva MiFID, cit.

<sup>22</sup> La relazione di accompagnamento alla proposta di Direttiva MiFID 2 evidenzia come la classificazione vigente presenta un grado di flessibilità adeguato e soddisfacente.

<sup>23</sup> L'estensione del mercato dei derivati (soprattutto Interest rate swap) sottoscritta dai Comuni prima del 2008 (data del primo intervento normativo di contenimento, per il quale si veda la successiva nota) è particolarmente significativa e risulta con chiarezza dai dati forniti dalla Corte dei Conti, autorità alla quale il legislatore con l'art. 1, comma 737 della legge finanziaria per il 2007 (Legge 27 dicembre 2006 n. 296) ha attribuito la competenza sulla relativa vigilanza e sulla verifica della regolarità contabile delle operazioni di investimento in strumenti finanziari derivati. V. al riguardo la relazione di apertura del Presidente al Convegno del 23 maggio 2011 sul tema "L'esperienza nell'utilizzo dei derivati da parte degli enti locali italiani", reperibile sul sito [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>24</sup> In Inghilterra è vietato da tempo il ricorso ai derivati da parte delle municipalities. A fondamento di tale divieto vi è la nota pronunzia della Camera dei Lords del 24 gennaio 1991 (caso Hazell vs. Hammersmith and Fulham London Borough Councilin Foro It., 1991, IV, 309) la quale, tra l'altro, ha affermato la natura "aleatoria" e l'"intento speculativo" di tali contratti, per concludere che, ove stipulati da un ente pubblico territoriale, risultano nulli in quanto ultra vires. Da tale pronuncia è disceso il principio che le autorità locali non hanno la capacità di concludere validamente contratti derivati, né a fini di copertura, né tanto meno a fini speculativi.

La scelta risulta dunque diversa da quella accolta dal legislatore italiano il quale, come si vedrà alla successiva nota, ha optato per una rigida regolamentazione legale della materia, limitando l'utilizzo dei derivati solo a finalità di copertura e non speculative e secondo le modalità fissate da un regolamento del MEF. In Inghilterra, la Corte, avendo riconosciuto la natura aleatoria dei contrati-

una qualche forma di "controllo pubblico", successivo) giudiziale (art. 1934 c.c.) o preventivo/legale (art. 1935 c.c.); ii) ricomprende al suo interno un interesse meritevole di tutela che sia diverso dal mero fine di lucro<sup>30</sup>.

Nel primo caso, il "controllo pubblico" agisce a mo' di "garanzia esterna" contro i rischi sociali e i pericoli insiti in questo tipo di attività. Nella seconda ipotesi, invece, l'attribuzione patrimoniale non risponde più solo al caso, ma adempie il diverso scopo perseguito dalle parti. In entrambe le situazioni, l'ordinamento accorda piena tutela al vincitore della scommessa (autorizzata/razionale), e giustifica l'adozione di una disciplina ben più favorevole al vincitore della mera *soluti retentio*.

Secondo la Corte di Appello, l'implicito riconoscimento dell'azione in giudizio disposto dall'art. 23, co. V, T.U. configura un'evidente analogia<sup>31</sup> con la disciplina di cui all'art. 1935 c.c. di modo che l'*Irs* sia qualificabile come un tipo di scommessa autorizzata<sup>32</sup>. Per conse-

<sup>30</sup> M. PARADISO, *Gioco, scommessa, cit.*, p. 62-63. Come esempi di questa garanzia interna alla scommessa, l'A. richiama "lo scopo solidaristico nelle manifestazioni di sorte locali, quali lotterie, tombole e pesche di beneficenza" e "il fine di promozione pubblicitaria e il fine di spettacolo, commessi alle varie manifestazioni a premio organizzate dalle imprese e dai mezzi di comunicazione di massa".

<sup>31</sup> In questi termini, ad esempio, A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative, cit.*, p. 91 e D. MAFFEI, *Costi impliciti, cit.*, p. 661. Partire di analogia è proprio dell'idea di contratto atipico: questo, infatti, "implica logicamente (anche se la cosa non viene esplicitata), che la mancata regolamentazione del contratto atipico costituisca una lacuna in senso tecnico" (R. SACCO [- G. DE NOVA], *Il contratto, cit.*, p. 452).

<sup>32</sup> Una simile interpretazione, esempio di ricorso al metodo tipologico in funzione estensiva (su cui si veda, G. DE NOVA, *Tipicità e atipicità nei contratti*, in *Id. Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 157), consente, peraltro, di escludere l'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ai derivati senza dover necessariamente ricondurre questi strumenti finanziari a modelli contrattuali diversi dalla scommessa, quali ad esempio la compravendita. In questo senso, in modo paradigmatico, era il famoso lodo arbitrale 19/07/1997, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 559, con nota di G. CAPALDO, *Contratto di swap, cit.*, e così massimato: "Anche con riguardo alle singole operazioni di swap, che formano parte integrante ed inscindibile dell'unico rapporto contrattuale intercorso tra le parti, la stipulazione per iscritto dei soli contratti quadro soddisfa il requisito di forma eventualmente imposto da disposizioni di legge. Lo swap come tutti i contratti per definizione corrispettivi e diffe-

guenza, il terzo schema privatistico si ripeterà anche con riferimento agli strumenti finanziari derivati in parola.

### 3. La causa del derivato quale scommessa autorizzata: la "razionale creazione di alea"

Dalla qualifica di *Irs* come contratto aleatorio consegue che la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 e 1468 c.c.) non sarà applicabile e neanche sarà esperibile l'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

La Corte di Appello, lo si è visto, non si limita però a considerare il derivato *Irs* come un generico contratto aleatorio ma lo definisce come un tipo di scommessa autorizzata. Questa riconduzione ad un tipo specifico ha proprie e ulteriori conseguenze.

Si è detto che tra le ragioni di questa qualificazione vi sia anche l'esclusione – operata dal legislatore finanziario – dell'articolo 1933 c.c. per gli strumenti derivati. Si è verificato che, in questi casi, il sistema impone per l'ammissibilità dell'azione in giudizio il ricorrere di un "supporto esterno" alla sola *causa lucrandi*, propria di ogni scommessa. Dunque, atteso che, in omaggio al c.d. metodo tipologico, la rilevanza giuridica dell'*Irs* è la scommessa autorizzata e che a differenza delle lotterie ex art. 1935 c.c. non vi è una "garanzia esterna", si deve verificare se *ne*/ concreto *swap* ricorra un particolare fine meritevole di tutela (ossia una

renziali, è anch'esso produttivo di nuova ricchezza e perciò estraneo al gioco e alla scommessa che si limitano a trasferire da un contraente all'altro una ricchezza già esistente, con un'alea esterna e incontrollabile e, cioè, con un rischio non connesso ad alcuna valutazione di convenienza. Infatti lo *swap* è uno strumento contrattuale economicamente e socialmente utile; è radicato nel modello della compravendita. La sottrazione degli strumenti derivati alla disciplina di cui all'art. 1933 c.c. non impone di escludere la natura di scommessa degli stessi. Più semplicemente, si tratta di qualificarli come un tipo di scommessa, appunto quello autorizzato, che sia compatibile con l'azione in giudizio. La preferenza per questa seconda qualificazione, seguita anche dalla Corte di Appello di Milano, si spiega con la migliore capacità dello schema privatistico proposto per l'*Irs* (appunto, scommessa autorizzata) di dare conto del meccanismo del de-



la Corte di Appello ha qualificato l'rs come uno specifico genere di scommessa, quella autorizzata.

A partire dal capo XXI ("Del giuoco e della scommessa") del titolo III ("Dei singoli contratti") del libro IV ("Delle obbligazioni") del codice civile si può distinguere tra più schemi privatistici di scommesse<sup>24</sup>, a seconda degli effetti (ossia, di ciò che viene riconosciuto dall'ordinamento al vincitore del giuoco).

L'articolo 1933 c.c. descrive un primo schema<sup>25</sup>. La disposizione non accorda al vincitore della scommessa l'azione in giudizio per ottenere il pagamento e si limita a prevedere l'irripetibilità dell'eventuale e spontaneo pagamento dei debiti di giuoco. Il fondamento di questa severa scelta normativa risiede nella valutazione del giuoco e della scommessa come atti improduttivi. Come mostra l'unico effetto riconosciuto dall'ordinamento al vincitore (vale a dire la c.d. *soluti retentio*)<sup>26</sup>, il giuoco e la scommessa cui poter applicare l'art. 1933 c.c. non sono atti illeciti o immorali (e difatti non sono sanzionati con la nullità come invece i

giochi proibiti di cui agli artt. 718-723 c.p.), ma sono ritenuti privi di ogni utilità sociale. Si tratta di atti meramente tollerati<sup>27</sup>, sicché l'ordinamento non appresta al vincitore alcuno strumento coercitivo per ottenere il pagamento, appunto limitandosi a rendere irripetibile quanto spontaneamente versato dal perdente in favore del vincitore.

Un secondo schema è previsto dal codice per le scommesse relative alle competizioni sportive (art. 1934 c.c.). In questo caso, si riconosce al vincitore la facoltà di adire il giudice per ottenere il pagamento di quanto è a lui dovuto, nel contempo, si afferma il potere del giudice di rigettare la domanda, anche di ufficio, o di ridurla "qualora ritenga la posta eccessiva".

Un terzo schema è infine rappresentato dalle c.d. lotterie autorizzate (1935 c.c.). Qualora vi sia stata l'autorizzazione legislativa, il codice opta per il riconoscimento della piena tutela al vincitore, al quale viene accordata l'azione in giudizio per il pagamento.

Pertanto, ancorché il termine scommessa rimandi ad un comune meccanismo di attribuzione patrimoniale, è bene, su di un piano civilistico, porre a mente l'esistenza di una pluralità di discipline così da distinguere tra quelle tollerate e quelle autorizzate.

Da questo punto di vista, l'esame dei tre schemi non è superfluo.

In particolare, esso conferma quanto sostenuto di recente<sup>28</sup> a proposito dello statuto normativo del giuoco e della scommessa. Il sistema del codice ritiene quest'ultima, di per sé, idonea a fondare l'azione in giudizio<sup>29</sup> e il perdente sarà sempre "libero di confermare o non il contratto con lo spontaneo adempimento". Ciò accade a meno del ricorrere di un "supporto esterno", ulteriore cioè al mero fine di lucro. Questa dinamica si realizza, ad esempio, quando la scommessa *i*) è accompagnata da

<sup>27</sup> Per questa tesi si veda G. PINO, *Il giuoco e scommessa e il contratto aleatorio*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 791, per il quale l'intento ludico proprio del giuoco e della scommessa esclude, allo stesso tempo, sia la piena meritevolezza dell'atto sia la sua illiceità (e difatti l'ordinamento non riconosce piena tutela al vincitore e non commina la sanzione della nullità).

<sup>28</sup> Così M. PARADISO, *Giuoco, scommessa*, cit. p. 61-63.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 61-63, che riprende la posizione di G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 210 e 239.

l'Italia<sup>25</sup>, si propone di "calibrare meglio i requisiti applicabili alle diverse categorie di ti derivati in parola, ne ha di fatto escluso la legittimazione negoziale agli enti pubblici.

L'art. 62 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazione con L. 6 agosto 2008 n. rubricato "Contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali" singolarmente qualifica le disposizioni dallo stesso dettate come "principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione" e sancisce, poi, "ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica" e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 119 e 120 della Costituzione il divieto per le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati di cui all'articolo 1, comma 3, TUF nonche' di ricorrere all'indebitamento attraverso contratti che non prevedano modalità di rimborso mediante rate di ammortamento comprensive di capitale e interessi.

Tale divieto nasce come temporaneo giacché destinato a essere superato con l'entrata in vigore del regolamento - rimesso alla competenza del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob - volto a individuare la tipologia dei contratti relativi a strumenti finanziari derivati stipulabili dagli enti locali e a stabilire criteri e condizioni per la conclusione delle relative operazioni.

L'art. 62 e il divieto temporaneo di stipulazione di nuove operazioni in derivati sono stati sottoposti alla verifica di costituzionalità. La Consulta con sentenza n. 52 del 18 febbraio 2010 (in Banca borsa tit. cred., 2011, II, nota di E. GIRINO, Natura e funzioni della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale; e in Contratti, 2010, 12 con nota di A.M. BENEDETTI, La competenza statale sulla tutela della pubblica amministrazione-cliente nel settore dei derivati, p. 1109) ha sancito la legittimità di siffatte previsioni in considerazione della natura fortemente aleatoria degli strumenti derivati e del carattere di pericolosità oggettiva per l'equilibrio della finanza locale stante i rischi di oneri impropri a carico dei bilanci pubblici. Più precisamente, ad avviso della Corte, la realtà ha "ampiamente dimostrato che persino le operazioni di rinegoziazione dei contratti derivati, a seguito di ristrutturazione del debito, nel prevedere fin dall'inizio condizioni di sfavore degli enti, comportano l'assunzione di rischi aggiuntivi mediante lo spostamento nel tempo degli oneri derivanti da condizioni ancora più penalizzanti rispetto a quelle iniziali". In tema v. M. ANTONIOLI, Enti pubblici e strumenti finanziari: i nuovi confini della finanza globale, in Il diritto dell'economia, 2011, I, p. 19. Al riguardo, la recente legge costituzionale n. 1 del 2012 ha modificato, con decorrenza dall'anno 2014, l'articolo 119 della Costituzione prevedendo che la possibilità per gli enti territoriali di ricorrere all'indebitamento, oltre ad avvenire solo per finanziare spese di investimento, deve essere correlata alla contestuale definizione di piani di

clienti" (così il Considerando n. 67), estendendo alcune previsioni in materia di tutela degli strumenti finanziari, di informazione e di segnalazione, con particolare riguardo alle operazioni più complesse e rischiose. Più precisamente, l'allegato II alla proposta di Direttiva MiFID 2 da un lato esclude i "comuni e le autorità pubbliche locali" dall'elenco delle controparti qualificate e dei clienti considerati professionali, dall'altro consente a tali soggetti, su loro richiesta, di ottenere un trattamento analogo ai clienti professionali. La tutela così facendo si amplia sensibilmente giacché la disciplina regolare diventa quella della clientela al dettaglio.

Più in generale, l'esperienza maturata dopo l'entrata in vigore del sistema MiFID a nostro avviso ha dimostrato che, per minimizzare il rischio di danni agli investitori, non è sufficiente introdurre obblighi di informazione o comunque forme di tutela "dirette", siano esse contrattuali o meno. La posizione di molteplici disinvestitori che *prima facie* ne sono estranee ma che, a ben vedere, non possono che ricadere sulla relativa sfera giuridica ed economica. E ciò risulta ancor più vero e concreto nelle dinamiche dei mercati finanziari i cui profili di complessità e le interrelazioni tra i molteplici piani coinvolti sono acuiti e financo esasperati dalle difficoltà dell'economia reale.

Questa consapevolezza ha guidato il legislatore comunitario nel perseguire l'obiettivo di rafforzare la posizione dell'investitore in sede di revisione del sistema MiFID. Ne è esempio la previsione, cui abbiamo fatto sopra riferimento, per la quale tutte le negoziazioni organizzate di strumenti finanziari debbano svolgersi in sedi regolamentate. Ancora. Si pensi alla rinnovata disciplina sulla gestione e organizzazione delle imprese di investimento con particolare riguardo all'offerta di consulenza in

ammortamento e a condizione che sia rispettato l'equilibrio di bilancio.

L'articolo 10 della legge n. 243 del 2012, ha poi disciplinato le modalità di ricorso all'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali, stabilendo in particolare che le operazioni di indebitamento siano effettuate in coerenza all'adozione di piani di ammortamento di durata non superiore alla vita utile dell'investimento e nei quali devono essere evidenziate l'incidenza delle obbligazioni assunte sui singoli esercizi finanziari futuri e le modalità di copertura degli oneri corrispondenti.



materia di investimenti e di gestione del portafoglio<sup>26</sup>. Se l'applicazione della direttiva MiFID risulta chiara quando viene fornita, appunto, *consulenza* in materia di investimenti nel corso di una vendita, vi è un (rischioso) vuoto di tutela che investe un ambito assai delicato quale quello della vendita di strumenti finanziari senza consulenza. In questi casi l'impresa di investimento o la banca potrebbero fornire un servizio che non rientra nell'ambito applicativo della MiFID. Emblematico e tutt'altro che infrequente è il caso della vendita da parte di enti creditizi di depositi strutturati o prodotti di investimento *propri*: ipotesi in cui il rischio di conflitto di interesse – e, in modo correlato, le esigenze di protezione – si fanno più intensi. Ebbene, l'art. 1 della MiFID 2 si propone di estendere le norme di condotta e sui conflitti di interesse alle imprese di investimento e agli enti creditizi che vendono titoli senza fornire alcuna consulenza in senso tecnico<sup>27</sup>.

In conformità all'obiettivo di consolidare il quadro normativo sulla protezione degli investitori, la proposta di Direttiva prevede poi un rafforzamento degli obblighi delle imprese di investimento e dei relativi agenti quanto alla ge-

<sup>26</sup> L'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario è altresì quello di porre fine alla frammentazione normativa tra gli Stati membri con riferimento alla disciplina applicabile alle imprese non soggette alla direttiva MiFID e che offrono una gamma limitata di servizi di investimento, frammentazione "non più sostenibile alla luce delle lezioni impartite dalla crisi finanziaria, della complessità dei mercati e dei prodotti finanziari e della necessità degli investitori di poter contare su livelli di protezione simili indipendentemente dalla sede o dalla natura dei fornitori del servizio" (così la Relazione alla proposta di Direttiva).

<sup>27</sup> La formulazione del comma 2 dell'art. 1 nel testo aggiornato della proposta di Direttiva stabilisce che determinate disposizioni "si applicano anche agli enti creditizi autorizzati a norma della direttiva 2006/48/CE, quando prestano uno o più servizi e/o effettuano una o più attività di investimento e quando vendono o consigliano ai clienti depositi diversi da quelli con un tasso di rendimento determinato in relazione a un tasso di interesse". Più precisamente viene estesa l'applicazione degli articoli 2, paragrafo 2, 9, paragrafo 6, 14, 16, 17 e 18; nonché del capo II del titolo II e del capo III del titolo II, escluse certe previsioni. Infine, sono estesi gli articoli da 69 a 80 e gli articoli 84, 89 e 90. La proposta di Direttiva richiede inoltre agli Stati membri di inserire all'interno delle norme applicabili alle società nazionali obblighi in materia di autorizzazioni e di condotta simili a quelli previsti dalla MiFID.

stione dei fondi e degli strumenti dei clienti. A questo riguardo degna di nota - e significativo nel contesto della nostra riflessione - è l'espressa qualificazione della tutela degli strumenti finanziari per conto del cliente come *servizio di investimento*. L'allegato I sezione A della proposta di Direttiva ricomprende infatti tra i "Servizi e attività di investimento", circostanza la quale consegue l'applicazione della relativa disciplina, la "Custodia e amministrazione di strumenti finanziari per conto dei clienti, inclusi la custodia e i servizi connessi come la gestione di contante/garanzie reali"<sup>28</sup>.

La proposta di Direttiva precisa inoltre l'ambito di applicazione con riguardo al regime delle esenzioni. La MiFID, come è noto, inserisce fra i servizi di investimento e le attività che richiedono autorizzazione - cui consegue l'applicazione delle norme in tema di condotta e informazione oltre che di vigilanza e sanzionatorie - le negoziazioni per conto proprio in strumenti finanziari. A questo riguardo la proposta di Direttiva appare più precisa della disciplina vigente nel confinare l'applicazione delle disposizioni alle imprese che forniscono servizi di investimento a livello professionale, così escludendo i casi in cui lo svolgimento di tali attività ha natura prettamente proprietaria o commerciale o che non costituisce attività di negoziazione ad alta frequenza.

Nella rivisitazione del sistema MiFID alla luce degli obiettivi sopra detti è opportuno menzionare infine l'intervento sugli aspetti relativi alle informazioni alla clientela con riguardo ai servizi offerti e all'esecuzione degli ordini. La proposta da un lato incrementa e precisa<sup>29</sup>, dall'altro traspare la normativa in materia

<sup>28</sup> Altra novità è l'inserimento nel menzionato elenco di cui all'Allegato A della attività di "Gestione di sistemi organizzati di negoziazione".

<sup>29</sup> A titolo esemplificativo, si veda l'art. 24 comma 1 bis della proposta di Direttiva MiFID 2, ai sensi del quale "quando l'impresa di investimento informa il cliente che la consulenza in materia di investimenti è fornita su base indipendente" essa deve valutare "un numero sufficientemente ampio di strumenti finanziari disponibili sul mercato". Nei casi di vendita abbinate, ipotesi in cui un servizio di investimento è offerto insieme a un altro servizio o prodotto come parte di un pacchetto o come condizione per l'ottenimento di tale accordo o pacchetto, l'impresa informa "il cliente se è possibile acquistare i diversi componenti separatamente e fornisce giustificati-

cordi in cui la prestazione pattuita è ricollegata al realizzarsi di un evento futuro o al ricorrere di un accadimento che, al momento della perfezione del patto, sia ignoto alle parti<sup>19</sup>.

In secondo luogo, la qualificazione dell'*Irs* come scommessa è accresciuta da un ulteriore profilo. In entrambe le ipotesi, la creazione dell'*alea* è artificiale<sup>20</sup> e, al momento dell'accordo, non è individuabile il soggetto che deve effettuare la prestazione in conseguenza dell'evento<sup>21</sup>. Quest'ultimo aspetto e-

<sup>19</sup> In senso difforme, vi è la posizione minoritaria che definisce l'*interest rate swap* come un contratto commutativo (E. PAGNONI, *Contratti di «swap»*, cit., p. 1412; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati*, cit., p. 74).

<sup>20</sup> L'indagine sul significato, invero non pacifico, di questa categoria di contratti esula dalle presenti osservazioni. A tal proposito si rinvia a R. NICOLÒ, *Alea, Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024. G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, G. SCALFI, *Alea*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1989; E. GABRIELLI, *Alea e rischio contrattuale*, Napoli, 1997; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999; F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004 e G. DI GIANDOMENICO e D. RECCO, *I contratti aleatori*, in *Tratt. Bessone*, XIV, Torino, 2005.

<sup>21</sup> La dottrina è pacifica nel convenire sulla natura artificiale dell'*alea* creata con la scommessa (*ex multis*, E. VALSECH, *Il gioco e la scommessa*, cit., p. 31 e G. DI GIANDOMENICO e D. RECCO, *Del gioco e della scommessa*, in *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 335). Con riferimento allo *swap*, la dinamica di creazione dell'*alea* è sottolineata da E. GIRINO, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, *Borsa banca*, 2013, I, p. 97. Tale specifica comunanza è ben descritta da E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati*, cit., p. 564: "nella misura in cui posso stipulare un *interest rate swap* per convertire in fisso un tasso debitorio variabile del futuro a prescindere dalla circostanza che io sia previamente titolare di un finanziamento a tasso variabile, il prossimo Tale rispetto alla fattispecie del gioco e della scommessa diventa indiscutibile: in ultima analisi, invece che scommettere sulla vittoria di una squadra o dell'altra le parti scommettono sull'andamento di un tasso di interesse".

<sup>22</sup> Con l'*interest rate swap* l'intermediario e il cliente decidono di scambiarsi i a scadenze predeterminate (il somme di danaro *ivi*) che sono calcolate come interessi secondo tassi diversi (moltiplicare un medesimo capitale (nozionale). Nella maggioranza dei casi, le scadenze temporali predeterminate coincidono, sicché, almeno per i casi in cui è presente la diffusa clausola di compensazione (*netting*), ad effettuare il pagamento sarà il soggetto il cui moltiplicatore risulta, in quella data, essere più elevato. Di regola, quindi, è impossibile sapere

solude la possibilità di associare l'*Irs* con l'altro classico esempio di contratto aleatorio (il contratto di assicurazione), così da rendere, in qualche modo, ancora più evidente l'associazione dello strumento finanziario derivato in parola allo schema della scommessa<sup>22</sup>.

In terzo luogo, poi, è lo stesso ordinamento a propendere per un'assimilazione in tal senso. Com'è noto, infatti, il T.U. prevede una specifica disposizione legislativa con cui sottrarre gli strumenti derivati - e, quindi, anche l'*interest rate swap* - all'applicabilità del regime codicistico delle scommesse (art. 23, co. V), così da lasciare intendere un implicito inserimento dei primi nella categoria delle seconde<sup>23</sup>.

### 2.3. (...) autorizzata.

Di più, proprio in forza della previsione normativa contenuta nel T.U. e ora citata, si possono meglio comprendere le ragioni per cui chi tra intermediario e cliente sia tenuto alla prestazione pecuniaria al momento della conclusione del contratto.

In dottrina, la distinzione tra *interest rate swap* e contratti di assicurazione si vorrebbe evidente. Come nota E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati*, cit., p. 560, nei secondi il rischio "fa parte del patrimonio già anteriormente alla stipula del contratto, si da costituire il necessario fondamento logico giuridico. Al contrario, nel mondo degli «strumenti finanziari derivati», è ben possibile, ed anzi normale, che - si badi bene - il contraente che negozia il rischio, non ne sia affatto titolare: fra "italità del rischio" e la sua "negoziazione" si dà, per così dire, perfetta scissione". Anche nei c.d. *swap* definiti conservativi, la gestione del rischio passa per uno schema distinto da quello proprio del pagamento di un premio + assunzione rischio per l'assicuratore (sul punto, si veda no S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, p. 140; M. IRRERA, *Swaps*, cit., p. 319 e, già, B. INZITABILI, *Swap*, cit., p. 617). Nell'*Irs*, invece, la prestazione indeterminata non deve necessariamente ricadere sul soggetto abilitato (a tal proposito, tra gli altri, S. PAGLIANTINI - L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 1137) di modo che non si possa parlare di "trasferimento del rischio da un singolo ad un imprenditore" (in questo senso, G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 182).

<sup>23</sup> In questo senso, significativamente, sia la dottrina che propende per l'assimilazione dell'*IRS* con la scommessa (in luogo di tanti, S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 157) sia Autori contrari (come S. PAGLIANTINI - L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 200) i quali riconoscono che "l'esigenza sentita dal legislatore di precludere l'eccezione di scommessa pare costituire un punto a favore di chi legge possibili sovrapposizioni".





nessun tipo legale (e, dunque, sono *contratti atipici*), scatta nella giurisprudenza un riflesso condizionato a cercare qualche tipo legale, cui il contratto sia riconducibile<sup>13</sup>. Questa attività di ricerca del tipo contrattuale<sup>14</sup> – legale o socialgiurisprudenziale – cui si ritiene di far aderire l'accordo atipico consiste, per utilizzare l'efficace terminologia di Sacco, in un vero e proprio sforzo di sussunzione della fattispecie non disciplinata (il contratto nominato) nel tipo contrattuale<sup>5</sup>.

Puntuale, anche nella sentenza in esame si assiste a questo sforzo di tipizzazione. Secondo la Corte di Appello di Milano, infatti, si può condividere quanto di recente sostenuto in dottrina circa la natura civilistica del derivato di *interest rate swap*: esso si configura come un

*contrattuale*, Padova, 1974, p. 3. Secondo l'A. tre sarebbero i fattori che giustificano il successo di questo "processo": i) il nostro elenco di tipi legali contrattuali è particolarmente ampio e aggiornato (pp. 35-50); ii) la centralità nella disciplina legislativa in materia contrattuale della parte del codice dedicato ai singoli contratti (p. 53); iii) la tradizionale pretesa del nostro ordinamento a che il giudice per giustificare la sua decisione "citi una serie di articoli del codice" (p. 57).

<sup>13</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 410.  
<sup>14</sup> L'opinione più tradizionale (ex multis, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 173-174 e E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist.), p. 181 e ss.) identificava il tipo contrattuale con la causa del contratto. In senso contrario, è tra le altre (G.B. FERRI, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*, per il quale il problema della tipicità attiene alla disciplina e quello della causa alla funzione), la posizione di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 59 e ss., per cui, per un verso, causa e tipo si trovano in un rapporto di autonomia e, per altro verso, si deve ammettere che vi è una eterogeneità di criteri per individuare il tipo contrattuale.

<sup>15</sup> Sul punto, è invero obbligatorio il riferimento a R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 e Id. [-G. DE NOVA], *Il contratto*, \*\*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 439. La posizione dell'A. sul "valore del principio dell'atipicità dei contratti italiani" è nota: "Esso va inteso come competenza della giurisprudenza a riconoscere tipi nuovi creati dalla prassi e dagli affari. Esso non significa però che si possano dare contratti, non appartenenti ad alcun tipo, regolati dai soli art. 1321-1469 del codice civile" (p. 459-460). Nello stesso senso milita anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 410. (...) è difficile, se non impossibile, trovare nella prassi un contratto atipico al quale i giudici dichiarino applicabile la disciplina legale di alcun tipo, sottoggettando esclusivamente alla disciplina del contratto in genere."

contratto rientrante nello "schema privatistico" delle scommesse autorizzate<sup>16</sup>.

**2.2. (...) scommessa (...).**

A ben vedere, a favore della qualificazione dell'irs come scommessa militano una pluralità di fattori.

In primo luogo, questa assimilazione, sebbene sia stata negata da vari Autori<sup>17</sup>, si giustifica con riferimento alla comune appartenenza – dello *swap* come della scommessa – alla categoria dei contratti aleatori<sup>18</sup>, ossia a quegli ac-

<sup>16</sup> Per questa posizione, si vedano i recenti interventi di G. GABRIELLI, *Operazioni sui derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. e impr.*, 2009, 6, pag. 1133 e D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa*, 2011, 5, 1, p. 604. In precedenza, si erano espressi in termini più o meno analoghi A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezione di gioco*, in *Banca borsa*, 1995, 1, II, p. 80; M. FERRARIO, "Domestic Currency swap" a fini speculative e scommessa, in *Contratti*, 2000, 3, p. 258 e S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 155.

<sup>17</sup> Tra gli Autori propensi a negare la qualifica di scommessa agli *swaps*, si vedano D. PRETE, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures)*, in *Dir. comm. int.*, 1992, 1, p. 171, R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di «swap» e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca Borsa*, 1997, 1, p. 128 e G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit. Più di recente, si è riproposto di distinguere la scommessa e i derivati considerando o valutando che, mentre la prima avrebbe sempre natura ludica, la seconda, al contrario, perseguirebbe sempre uno scopo serio (così S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, in G. Gitti – M. R. Maugeri – M. Nota, *I contratti per l'impresa. Banca, impresa e società*, Bologna, 2012, II, p. 199). In senso critico rispetto a questa interpretazione che "non è fedele alla realtà" milita, da ultimo, D. MAFFEIS, *Costi impliciti nell'Interest Rate Swap*, in *Giur. comm.*, 3, 2013, p. 648, il quale richiama E. VALSECCI, *Il gioco e la scommessa. La transazione in Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1986, p. 35 per cui, avuto riguardo alle scommesse oggi diffuse, "il divertimento è un motivo insignificante, assorbito dall'unico intento rilevante, quello di conseguire un guadagno".

<sup>18</sup> Nel senso del testo (aleatorietà dell'IRS) milita la maggioranza degli Autori (ex multis, M. IRRERA, *Swaps*, cit., p. 318; S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 145; S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 196; V. SANGUIGNI, *I contratti di swap*, cit., p. 1137; R. LENER e P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosures in merito agli elementi strutturali e sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *Borsa banca*,

di "trasparenza" in un regolamento (ed *Mifid*) nel quale, tra l'altro, vengono definiti i requisiti in punto di comunicazione al pubblico dei dati relativi alle negoziazioni.

**4. Il Regolamento EMIR (European Market Infrastructure Regulation) e le novità in punto di negoziazione di contratti derivati.**

Uno degli obiettivi emersi a livello internazionale ed espressamente perseguiti dal legislatore europeo è quello di occuparsi dei settori del sistema finanziario meno trasparenti e caratterizzati da scarsa regolamentazione. In questo contesto è avvertita come prioritaria l'esigenza di tutela che investe la negoziazione di quegli strumenti derivati che, pur essendo di fatto standardizzati, vengono negoziati fuori listino (c.d. strumenti OTC, over-the-counter).

L'esperienza maturata dopo l'entrata in vigore del sistema MIFID ha individuato proprio nei contratti derivati negoziati tra le parti fuori del mercato regolamentato (OTC) una grave lacuna in punto di tutela dell'investitore. Si tratta infatti di una forma di contrattazione caratterizzata da scarsa trasparenza e dall'assenza di un soggetto organizzatore o di una pubblica autorità dotata di potere di supervisione e controllo<sup>31</sup>. Tale circostanza ha contribuito in modo

separati dei costi e degli oneri di ciascun componente".

<sup>30</sup> Si tratta della "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012 sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni".

<sup>31</sup> Il problema della scarsa trasparenza dei derivati OTC è emerso con particolare gravità con riguardo agli strumenti finanziari sottoscritti dai Comuni fino al 2007/2008. E lo ha evidenziato più volte la Corte dei Conti all'esito delle verifiche effettuate. Diversamente da quanto accade per i derivati emessi in serie e con caratteristiche standardizzate, i derivati OTC conclusi dagli enti locali non sono destinati alla circolazione e non hanno prezzi di riferimento generati in mercati secondari liquidi e garantiti, pertanto di quelle tutele e garanzie che, nell'ordinamento ha riservato ai contratti standardizzati. In particolare manca quella forma di tutela che deriva dall'esistenza di una controparte centrale che garantisca il buon fine delle operazioni. Inoltre, non vi sono strumenti e modalità di verifica "preventiva" dei contratti

sensibile a destabilizzare il sistema in occasione della recente crisi finanziaria<sup>32</sup>.

In risposta alla situazione creata, la Commissione ha reagito con due Comunicazioni, una del marzo 2009 con cui si era impegnata a presentare, sulla base di una relazione sui derivati e su altri prodotti strutturati complessi, iniziative idonee per aumentare la trasparenza e affrontare i problemi connessi alla stabilità finanziaria, e l'altra di luglio dello stesso anno relativa all'analisi del ruolo svolto dai derivati nella crisi finanziaria, dei benefici e dei rischi associati a tale mercato e dei mezzi per ridurre i rischi<sup>33</sup>.

L'attenzione su tali aspetti e sulle esigenze di tutela che ne derivano è stata recepita anche sul piano internazionale.

In sede di G20 di *Pittsburgh* del settembre 2009 e, poi, di Toronto del giugno 2010 i paesi membri si sono impegnati a delineare un quadro normativo di riferimento per i contratti derivati OTC stabilendo che - al più tardi entro la

all'atto della loro commercializzazione da parte degli intermediari, né si realizzano le condizioni che consentono di ricondurre la fattispecie alla sollecitazione del pubblico risparmio, con conseguente applicazione della «disciplina prospetto».

In tema di contratti derivati in generale v. ex multis D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa* tit. cred., 2011, 5, p. 604; E. BARCELLONA, *Note sui derivati crediti: market failure o regulation failure?*, in *Banca borsa* tit. cred., 2009, 1, p. 652.

<sup>32</sup> La stessa relazione della Commissione europea inverte la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni" del 15 settembre 2010 ha evidenziato come la crisi finanziaria del 2008 ha portato i derivati negoziati fuori borsa, OTC, al centro dell'attenzione delle autorità di regolamentazione. Alle lacune del funzionamento del mercato di detti derivati sono da imputare i crolli più consistenti quali quelli di Bear Sterns nel marzo 2008, di Lehman Brothers il 15 settembre 2008 e il salvataggio di AIG sempre nel settembre 2008.

<sup>33</sup> La prima delle due comunicazioni è datata 4 marzo 2009 "Guidare la ripresa in Europa", mentre la seconda è del 3 luglio dello stesso anno "Garantire mercati dei derivati efficienti, sicuri e solidi". Da segnalare anche la Comunicazione della Commissione europea del 20 ottobre 2009 avente ad oggetto "Garantire mercati dei derivati efficienti, sicuri e solidi: azioni strategiche future", la quale contiene una prima illustrazione delle azioni da intraprendere per aumentare la trasparenza del mercato dei derivati, ridurre i rischi e rafforzare l'integrità del mercato e la sua vigilanza, misure poi trasfuse nel Regolamento Emir.



fine del 2012 - tali contratti avrebbero dovuto essere trattati all'interno di mercati regolamentati o, comunque, su sistemi o piattaforme alternative di negoziazione facenti ricorso a procedure di compensazione gestite da controparti centrali<sup>34</sup>. Insomma, obiettivo comune è quello di adottare misure normative volte ad accrescere la trasparenza e la vigilanza regolamentare sui derivati negoziati al di fuori dei listini ufficiali e caratterizzati da un elevato grado di standardizzazione.

In vista di tali traguardi condivisi a livello internazionale, la Commissione ha compiuto un percorso di rivisitazione della materia dei derivati al fine di analizzare, da una parte, il ruolo rivestito da tali strumenti nella propagazione della crisi finanziaria e, dall'altra, le azioni da intraprendere per accrescere la trasparenza del relativo mercato e rafforzare l'integrità e la vigilanza. Ed è proprio con il regolamento EMIR (European Market Infrastructure Regulation) n. 648/2012 entrato formalmente in vigore il 16 agosto 2012 (non interamente operativo<sup>35</sup> anche se già oggetto di proposte di modifica<sup>36</sup>), che il legislatore ha concretizzato gli impegni assunti, con scelte in linea con quelle accolte da altri sistemi<sup>37</sup>.

Si tratta di enti che si interpongono tra le controparti di contratti negoziati su uno o più mercati finanziari agendo come acquirenti nei confronti di ciascun venditore e come venditori nei confronti di ciascun acquirente. Tra le misure volte a garantire una maggiore trasparenza di tale tipologia di mercato vi è anche la predisposizione di più consistenti requisiti di patrimonializzazione per gli operatori finanziari che concludono contratti OTC su base bilaterale nonché la previsione che tutte le transazioni avvenute ad oggetto contratti derivati: siano comunicate collettivamente ai repertori di dati sulle negoziazioni.

Il Regolamento Emir 648/2012 - pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 27 luglio 2012 - è entrato in vigore in data 16 agosto 2012, tuttavia l'integrale applicazione, come precisato nel testo, è rimandata alla definitiva approvazione di specifiche norme tecniche (c.d. RTS - Regulation on Technical standards) già approvate dal Parlamento Europeo il 7 febbraio 2013, pubblicate il 23 febbraio 2013 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea ed entrate in vigore (unitamente ai primi obblighi dell'EMIR) a partire dal 15 marzo 2013.

Si tratta, in particolare della proposta di modifica formulata dalla Commissione e approvata dal Parlamento nella seduta del 24 ottobre 2012.

Il Regolamento EMIR appare infatti coerente con la legislazione sui derivati OTC adottata dagli Stati Uniti (il c.d. Dodd-Frank Act). Più precisamente, le due normati-

Viene così tratteggiato un quadro europeo comune in materia di regolamentazione dei derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati caratterizzato da un sensibile rafforzamento degli strumenti di tutela dell'investitore, la cui operatività è rinviata alla approvazione di specifiche norme tecniche.

Le linee guida sulle quali poggia la normativa si possono così articolare: standardizzazione delle forme contrattuali, concentrazione delle negoziazioni sui mercati ufficiali e obbligo di segnalazione delle operazioni su derivati OTC al fine di accrescere la trasparenza del mercato<sup>38</sup>. Più precisamente, gli strumenti derivati negoziati over-the-counter caratterizzati da un sufficiente livello di liquidità e le cui negoziazioni possono essere soggette ad un sistema di regolamento secondo procedure standardizzate, dovranno essere trattati su mercati regolamentati, su sistemi multilaterali di negoziazione (MTF) o su sistemi organizzati di negoziazione (OTF).

Non solo. I derivati oltre una certa soglia e tutti quelli che abbiano contenuti standard dovranno essere regolati attraverso soggetti istituzionali (soggetti privati autorizzati a svolgere tale attività dalle competenti autorità europee) i quali si assumono il compito di garantire che la transazione vada a buon fine (c.d. clearing house<sup>39</sup>). Si tratta di una previsione non ancora entrata in vigore, la cui operatività da un lato potrà rappresentare un disincentivo a stipulare i contratti in oggetto i quali probabilmente sconteranno maggiori costi; dall'altro, introduce una garanzia di particolare rilievo giacché riduce il rischio di insolvenza delle parti<sup>40</sup>.

Il Titolo VI del regolamento prevede che le informazioni relative alle operazioni su derivati OTC devono essere comunicate ai repertori di dati sulle negoziazioni. La competenza in materia di registrazione e vigilanza di detti repertori spetta all'ESMA.

Si tratta del c.d. obbligo di compensazione presso controparti centrali (clearing houses, o central counterparties "CCP"), le quali dovranno essere autorizzate a svolgere tale attività dalle competenti autorità Europee, come accade per le Borse nazionali.

Come anticipato, l'applicazione degli obblighi stabiliti dal Regolamento Emir è dilazionata nel tempo. Gli ob-

mancata conoscibilità delle condizioni delle aree assunte con il contratto derivato *Otc*. Occorre procedere con ordine.

### 2.1. La qualificazione del derivato (...)

L'ordinamento, nella sua complessità, non offre una definizione di strumento finanziario, di derivato, di *swap* o di *Irs*. L'art. 1, co. II, T.U. si limita a individuare un ampio insieme di strumenti finanziari, tra cui i derivati<sup>7</sup>, a loro volta distinti in categorie di contratti (opzione, *futures*, *forward* e *swap*).

Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, una sentenza della Suprema Corte<sup>8</sup> ha definito il contratto di *swap* - ossia uno dei vari strumenti finanziari derivati - come «quello in cui due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tasso di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netto, in forza di compensazione».

Una possibile definizione dell'accordo di *interest rate swap* proviene, invece, dalla giurisprudenza di merito. Trattasi di «contratto nominato atipico, in quanto privo di disciplina legislativa, mediante il quale le parti, a scadenze prestabilite e per un arco di tempo predefinito si impegnano a scambiarsi flussi di cassa calcolati applicando ad uno stesso capitale nazionale -

<sup>7</sup> La scienza giuridica è usa dividere la categoria degli strumenti finanziari (ricomprensive, oltre i derivati, i valori mobiliari, gli strumenti del mercato monetario e le quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio) in derivati e non (così, ad esempio, F. ANUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 79). In tal senso milita la circostanza per cui i valori mobiliari, gli strumenti del mercato monetario e le quote OICR sono dei titoli (e non dei contratti, come invece si definiscono i derivati) negoziabili, ossia che, a differenza dei derivati, hanno la loro funzione primaria nella circolazione (a tal proposito, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2006, p. 12, parla di «attitudine alla circolazione»).

<sup>8</sup> Così, Corte Cass., sent. 06.04.2001, n° 5114 (pubblicata in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186, con nota di E. FILOGRANA, «Swaps» abusivi: profili di invalidità e responsabilità precontrattuale).

non oggetto di scambio - due diversi tassi di interesse»<sup>9</sup>.

Entrambe le definizioni ora richiamate descrivono bene i meccanismi generali dei contratti di *swap* e *Irs*.

Rimane, però, un dato da cui partire. Come visto nelle definizioni della dottrina e della giurisprudenza<sup>10</sup> l'*interest rate swap* rappresenta un contratto nominato e, quindi, atipico, ossia privo di una disciplina legale<sup>11</sup>.

Nella nostra esperienza giuridica<sup>12</sup>, è noto, «di fronte ai contratti che non appartengono a

<sup>9</sup> Il riferimento è a Trib. Civitavecchia, ord. 08.06.2011 (pubblicata in *Nuova giuris. civ. comm.*, 2012, 2, I, p. 133 con nota di L. G. VIGORITI, *Profili soggettivi e oggettivi dei contratti di swap su tassi di interesse*).

<sup>10</sup> E, quindi, la definizione di cui *supra* (alla nota 3) e quella di cui alla decisione del Trib. Civitavecchia, 08.06.2011, *cit.*

<sup>11</sup> Il contratto "nominato" si distingue da quello "tipico" per essere il primo privo di una disciplina indicata dalla legge, che, per l'appunto, si limita solo a contemplare "normalmente" (M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 8). La distinzione qui seguita non è pacifica: ancora molto diffuso è l'utilizzo del sintagma "contratto nominato" in luogo di contratto tipico (in luogo di tanti, R. CLARIZIA, *Contratti innominati* (voce), in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988 e, più di recente, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 399). Con specifico riferimento al carattere di atipicità degli strumenti finanziari derivati, si riportano le parole di E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una definizione*, in *Banca borsa*, 2012, 5, I, p. 541-542: «Il legislatore attuale - che, occorre precisarlo, è un legislatore comunitario, prima ancora che nazionale - ha perso integralmente, e parrebbe averlo fatto scienter, ogni aspirazione a quella che (si insegnava un tempo) costituiva il *quid* della attività normativa soprattutto al di qua del canale della Manica: l'astrazione. E cioè la capacità di enucleare, o se si vuole, distillare gli elementi essenziali idonei a definire una fattispecie. Il nuovo "disincantato" legislatore - che evidentemente non crede più nella capacità della legge di identificare una fattispecie (per l'appunto: la «specie»), l'immagine essenziale, di una mutevole realtà fattuale) - si lascia andare (...) ad enucleazione di *nomina* tratti dalla prassi (...). Questo "nuovo" legislatore (per l'appunto, *quammattus ab illo*) è insomma un legislatore "pigro" che, abdicando alla sua funzione essenziale di enucleazione di «fattispecie», preferisce appiattirsi sulla prassi, elencando confusamente figure contrattuali con la sola preoccupazione di non dimenticare nulla, piuttosto che procedere ad una seria identificazione degli elementi rilevanti ai fini di una definizione normativa degna di questo nome: questo compito, per l'appunto, viene lasciato all'interprete.»

<sup>12</sup> Per le ragioni sistemiche di questa tendenza alla tipizzazione del contratto non disciplinato, si vedano i risultati dell'indagine, ancora attuali, di G. DE NOVA, *Il tipo*





sceita, lo si vedrà, si rivela essere un passaggio obbligato nell'esame della domanda di nullità dell'atto.

Solo l'esatta ricostruzione degli elementi strutturali caratterizzanti l'Irs, infatti, potrà consentire di verificare se la presenza di costi impliciti non dichiarati e l'accertata inconsapevolezza della società/cliente in merito al grado di rischio assunto con il contratto derivato possono determinare una violazione delle regole di condotta – e, quindi, alla luce delle sentenze Rordorf la domanda di nullità andrà respinta – o, piuttosto, rappresentare un vizio affettivo agli "elementi intrinseci della fattispecie negoziale" – per cui, in omaggio all'indirizzo giurisprudenziale ora ricordato, la domanda di nullità potrà trovare accoglimento<sup>4</sup>.

Orbene, non vi è dubbio che sulla concreta misura dello scambio di differenziali incidano sia il ricorrere di costi impliciti sia l'incapacità per il cliente di comprendere l'entità del rischio assunto. L'esistenza dei primi rileva a proposito della quantità di alea assunta e scambiata con il contratto<sup>5</sup>. L'impossibilità per il cliente di co-

gnoscere quali siano gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi concorrenti, invece, a escludere una effettiva valutazione del rischio generato dal derivato.

Secondo la Corte di Appello di Milano, la contrarietà di entrambi questi fatti alle regole di condotta non comporta di per sé l'esclusione di ogni indagine sulla validità dell'atto<sup>6</sup>.

Difatti, a differenza dei derivati negoziati su mercati regolamentati, le cui principali caratteristiche (il sottostante, il moltiplicatore, le scadenze di negoziazione, il movimento minimo di prezzo, i prezzi di chiusura, i prezzi finali per il regolamento, i valori e le quotazioni in punti indice e l'orario di negoziazione, etc.) sono definite dalle autorità di mercato, i derivati *over the counter* non sono negoziati in un ambiente regolamentato, ma direttamente tra le parti così che i tratti fondamentali dello strumento di gestione del rischio sono definiti in sede di trattative.

Pertanto, vi sarebbe uno spazio interno alla struttura dell'accordo dove potrebbe rilevare la

nomica" (Cons. Stato, 7 settembre 2011, n. 5032; su cui si veda, per le implicazioni civilistiche, G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. e impr.*, 2012, 4/5, p. 1190). Tra i contributi sulla tematica dei costi impliciti con particolare riferimento agli *interest rate swap* si segnalano i recenti lavori di S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati tra trasparenza e causa*, in *Nuove Leggi Civ.*, 2013, 2, p. 363 e di D. MAFFEIS, *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, p. 468.

Quest'ultimo A. afferma (ivi, p. 649) che per costi impliciti si potrebbero intendere quelli che gravano implicitamente sul cliente e che sono "calcolabili attualizzando le componenti periodiche del derivato stimabili, alla luce dei dati di mercato, al momento della conclusione, e consistenti nella differenza tra un parametro esterno al contratto, che è assunto come astrattamente corretto sulla base di modelli matematico-probabilistici, e che coincide con il *fair value* pari a zero (derivato c.d. *par*), ed il valore, squilibrato a vantaggio dell'intermediario, che invece caratterizza il singolo contratto."

<sup>6</sup> Così, a tal proposito, si legge nella sentenza della Corte di Appello di Milano in esame (3459/2013): "Ciò vale in particolare per la misura dell'alea assunta dalle parti nel derivato *over the counter* e per i c.d. costi impliciti. Relativamente ad essi, questa Corte considera imprescindibile, ai fini del decidere, evitare di assumere, aprioristicamente, che questi elementi debbano costituire oggetto di una semplice informazione intendendo, invece, verificare se non costituiscono elementi essenziali del contratto" (ivi, p. 8).

Quanto sin qui detto chiarisce sia l'importanza del regolamento Emir e, una volta vigente, della nuova Direttiva MiFID 2 in punto di rafforzamento della tutela dell'investitore, sia le sensibili ripercussioni che ne scaturiranno sui mercati europei, finanziari ed assicurativi.

D'altra parte l'obiettivo ribadito come prioritario in più occasioni – tanto a livello internazionale che comunitario – ovvero quello del ripensamento degli strumenti di protezione dell'investitore, può essere perseguito solo con un approccio consapevole della complessità e delle interrelazioni che caratterizzano questo settore, sia al suo interno quanto in rapporto ad altri mercati. E lo abbiamo visto. In questo senso trova giustificazione la proposta di revisione della Direttiva IMD1 (direttiva 2002/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio adottata il 9 dicembre 2002), in punto di intermediazione assicurativa, anch'essa formulata con il fine di dare effettività alle misure di tutela dell'investitore/consumatore, effettività che passa attraverso l'armonizzazione delle discipline nazionali<sup>41</sup>. Come avvenuto per la MiFID, la Commissione ha manifestato l'esigenza di rivedere la Direttiva IMD1 già al termine del primo triennio di applicazione (2005-2008), e ciò alla luce di motivazioni analoghe a quelle che abbiamo sopra enucleato, ovvero il rafforzamento delle tutele dell'investitore/consumatore ed il loro "aggiornamento", reso necessario dalla complessità del mercato degli strumenti finanziari e assicurativi e dal sensibile livello di rischio che li caratterizza<sup>42</sup>. Si pensi a

blighi di utilizzo delle controparti centrali a fini di compensazione delle operazioni in strumenti derivati OTC, per esempio, entreranno in vigore a partire dal luglio 2014.

<sup>41</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 luglio 2012 COM(2012) 360 final. Quanto alla Direttiva IMD1 si tratta dell'unico atto legislativo dell'UE che disciplina la vendita dei prodotti assicurativi. La scelta del legislatore comunitario al riguardo è stata nel senso di una armonizzazione minima: la Direttiva infatti stabilisce principi di alto livello, la cui attuazione ha dato luogo a discipline sensibilmente differenti negli Stati membri. Questa circostanza, che ha concorso all'affievolimento della tutela dell'investitore, ha indotto la Commissione a dare avvio al procedimento di revisione ispirato invece a principi di armonizzazione massima. <sup>42</sup> In questo senso v. anche il considerando n. 139 della Direttiva 2009/138/CE (c.d. Solvency II) che disciplina l'approccio basato sul rischio in materia di capitalizzazione e vigilanza sulle imprese di assicurazione; in quel-

questo riguardo alla regolamentazione delle pratiche di vendita di prodotti assicurativi vita con elementi di investimento, ambito che bene esprime le connessioni fra i due sistemi e che, per questo, non può non rispettare i medesimi standard di tutela della MiFID 2.

In conclusione, la direzione intrapresa dalle Istituzioni comunitarie, seppur con tempi non propriamente incisivi, mostra di accogliere una visione articolata della posizione dell'investitore e, quindi, delle tutele che lo assistono. La stessa proposta di Direttiva IMD2 elaborata dal Parlamento e dal Consiglio<sup>43</sup> nel perseguire obiettivi di "concorrenza non falsata, tutela dei consumatori e integrazione dei mercati" appare coerente con l'approccio "globale" e complesso tratto dall'analisi dei recenti interventi comunitari nel settore dei mercati finanziari, approccio che ci pare essere il solo che può guidare una revisione efficace degli strumenti di tutela dell'investitore.

La sede il legislatore comunitario ha raccomandato alla Commissione di formulare quanto prima, e comunque entro la fine del 2010, una proposta di riesame della direttiva IMD1 sia tenendo conto delle incidenze sui comportamenti, sia garantendo la giusta uniformità con i principi espressi nella Direttiva 2004/39/CE (MiFID I). A questo riguardo il Parlamento europeo ha espresso forti preoccupazioni in merito alle norme per la vendita di prodotti assicurativi vita con elementi di investimento. Di qui la necessità di una modifica dell'IMD1 che tenga conto della revisione in corso della direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MiFID II).

Il progetto di IMD2 in particolare prevede di "ampliare il campo di applicazione dell'IMD1 a tutti i canali di distribuzione (ad es., i cosiddetti direct writer sottoscrittori diretti, gli autonoleggi, ecc.); individuare, gestire e attuare i conflitti di interesse; aumentare il livello di armonizzazione delle sanzioni e misure amministrative previste in caso di violazione delle principali disposizioni dell'attuale direttiva; migliorare la pertinenza e l'obiettività delle consultazioni; garantire che le qualifiche professionali dei venditori siano commisurate alla complessità dei prodotti venduti; semplificare e fare convergere le procedure per l'accesso transfrontaliero ai mercati assicurativi in tutta l'UE".

<sup>43</sup> Così, testualmente: "La Relazione alla proposta di direttiva IMD2 la quale chiarisce altresì l'obiettivo di "migliorare in maniera efficiente la regolamentazione nel mercato assicurativo al dettaglio ... garantire condizioni paritarie tra tutti i soggetti che partecipano alla vendita di prodotti assicurativi e rafforzare la protezione degli assicurati".



## LA CREAZIONE RAZIONALE DELL'ALEA NEI DERIVATI OTC E LA NULLITÀ DELLO SWAP PER VIZIO DI CAUSA.

Di Daniele Imbruglia

| 332

ne della rinegoziazione, la banca aveva anche erogato un *up-front* dell'importo pari alle perdite subite sino allora.

In presenza delle ulteriori passività originate dal secondo *swap*, la cliente aveva quindi adito il Tribunale pavese per ottenere l'accoglimento delle domande di nullità, di annullamento e di risoluzione dei contratti quadro, lamentando la violazione delle regole di condotta (più nello specifico, le doglianze riguardavano sia la presenza di costi impliciti sia l'omessa comunicazione di tutte le informazioni imposte *ex lege* e comunque necessarie ad una scelta consapevole dell'investitore). Il giudice di primo grado, pur non accogliendo la domanda attorea relativa alla nullità dei contratti, aveva tuttavia accertato la responsabilità precontrattuale della banca per violazione delle norme di comportamento; di conseguenza, l'aveva condannata al risarcimento del danno oltre interessi.

L'istituto di credito ha presentato ricorso in appello avverso la decisione del Tribunale. In questa sede, la banca ha censurato, tra le altre cose, la nullità della sentenza per vizio di ultra-petizione (difatti, a detta della difesa soccombenente in primo grado, il giudice pavese avrebbe travalicato i limiti delle domande attoree, accerbando una responsabilità precontrattuale mai dedotta) e per erroneità della motivazione (in particolare, si è contestata la violazione dei doveri informativi, anche in ragione della sottoscrizione della cliente della dichiarazione di cui all'art. 31 reg. Consob 11522/1998). La società, da par suo, ha resistito all'appello della soccombenente e, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ha domandato alla Corte milanese di accertare e dichiarare la nullità dei contratti derivati stipulati tra le parti.

Con la sentenza in parola, la Corte di Appello di Milano ha accolto la domanda proposta dalla cliente mediante l'appello incidentale. Invece di confermare la responsabilità della banca, il collegio ha dichiarato la nullità dei contratti *swap* e, per conseguenza, ha condannato l'appellante alla restituzione di tutti i flussi negativi addebitati alla cliente in esecuzione dei contratti derivati.

Vediamo come ciò si è verificato, ripercorrendo l'iter della decisione che configura un'inedita ipotesi di nullità del derivato.

**SOMMARIO:** 1. La pronuncia della Corte di Appello di Milano n° 3459/2013. 2. I termini del problema. 2.1. La qualificazione del derivato (...). 2.2. (...) come scommessa (...). 2.3. (...) autorizzata. 3. La causa del derivato quale scommessa autorizzata: la "razionale creazione di alee". 3.1. Il significato della razionalità. 4. Le conseguenze nel caso oggetto di appello (...). 4.1. (...) e nei possibili sviluppi del contenzioso tra intermediari e clienti. 5. Conclusioni.

### 1. La pronuncia della Corte di Appello di Milano n° 3459/2013.

In materia di negoziazione di derivati *over the counter*, una recente decisione della Corte di Appello di Milano<sup>1</sup> presenta elementi di novità su cui pare opportuno svolgere delle riflessioni. Se confermata, la soluzione avanzata condurrà con ogni probabilità ad un aumento del contenzioso tra clienti e intermediari autorizzati, nonché ad un ripensamento dei rimedi riconosciuti ai primi.

Il collegio si pronuncia sull'appello proposto da un istituto di credito avverso la sentenza di primo grado del Tribunale di Pavia. Questo giudice aveva condannato la medesima banca al risarcimento del danno, dopo averne accertato la responsabilità precontrattuale per la violazione degli obblighi informativi previsti dal Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24.02.1998 n° 58,

<sup>1</sup> Il testo integrale di Corte di Appello di Milano, sez. I Civile, (pres. Sodano; relat. Rameri), sentenza 18.09.2013 n° 3459, è pubblicato in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

d'ora in avanti T.U.) e dalla fonte secondaria vigente *ratione temporis* (reg. Consob n° 11522/1998).

La vicenda oggetto di giudizio trae origine dalla sottoscrizione di un contratto quadro (*c.d. master of agreement*) tra la banca e la propria cliente, una piccola società di persone operante nel settore dell'assistenza automobilistica. Con anzidetto accordo, quest'ultima intendeva coprire il rischio dell'innalzamento dei tassi relativi ad un precedente finanziamento, concesso dallo stesso istituto di credito e utilizzato dalla cliente per l'acquisto di un capannone dove poter svolgere l'attività di vendita e ricambio di pneumatici. In attuazione del primo contratto quadro, la banca e la società avevano quindi proceduto alla sottoscrizione di un contratto di *interest rate swap*. Dopo un anno dalla sottoscrizione del derivato, a fronte dell'andamento ampiamente negativo per la cliente, le medesime parti hanno deciso di risolverlo e, contestualmente, hanno poi stipulato un nuovo contratto quadro e, in esecuzione di questo, un secondo contratto *swap*. Alla società, in occasio-

### 2. I termini del problema.

Il punto di partenza del ragionamento della Corte di Appello è la determinazione della natura giuridica del contratto derivato *over the counter* (Otc)<sup>2</sup> di *interest rate swap* (Irs)<sup>3</sup>. Tale

<sup>2</sup> A proposito del fenomeno dei derivati Otc in Italia, che ha assunto le dimensioni tipiche degli altri Paesi più avanzati (S. M. BARTRAM S.M., G.W. BROWN e F. FEHLE, *International Evidence on Financial Derivatives Usage*, in *Financial Management*, 2009, 1, 185), si veda la recente pubblicazione di M. GRAZIANO, *Le imprese italiane e gli strumenti derivati*, in *Banca d'Italia – Questioni di Economia e Finanza*, 2012, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it). In base ai dati forniti dalla Centrale del Rischio per il periodo successivo al 2005, l'A. mostra come *a*) circa il 90% dei derivati segnalati sia rappresentato da *swap*, per lo più ancorati a tassi di interesse; *b*) le imprese che presentano posizioni in derivati siano concentrate nelle aree più sviluppate del Paese (Nord Ovest e Nord Est); *c*) la maggioranza delle imprese che ricorrono ai derivati siano altresì operanti nel settore dei servizi (in particolare, le imprese del settore immobiliare); *d*) i derivati siano diffusi principalmente tra le società di capitale. Non meno interessante su di un piano civilistico è la circostanza per cui "L'operatività in derivati è molto più concentrata rispetto a quella creditizia: mediamente ciascuna impresa con posizioni in derivati opera su tali strumenti con 1,2 banche, mentre le stesse imprese ricevono finanziamenti mediamente da 5,2 banche." (ivi, p. 20).

<sup>3</sup> Sulla figura, che costituisce una *sub-specie* di *swap* e quindi rientra nel *genus* degli strumenti finanziari derivati, si segnalano, con esclusivo riferimento alla letteratura italiana e senza alcuna pretesa di completezza, la monografia di G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di «swap»*, Milano, 1999; E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010, p. 62; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, p. 23 (e, per un interessante ricostruzione storica del fenomeno, p. 36); e i contributi di B. INZITARI, *Swaps (contratto di)*, *Contr. e impr.*, 1988, p. 597; E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Econ. dir. terziario*, 1992, p. 399; G. CAPALDO, *Contratto di swap e gioco*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 3, p. 587; M. IRREBA, *Swaps* (voce), in *Dig. comm.*, XV, Milano, 1998, p. 314; G. GIOIA, *Il contratto di «swap»*, in *Giur. it.*, 1999, II, p. 2209; E. PAGNONI, *Contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, II, in *Trattato dei contratti*, dir. da E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2011, p. 1405; S. GILOTTA, *In tema di «interest rate swap»*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, p. 134; V. SANGIOVANNI, *I contratti di swap*, in *I contratti*, 2009, 12, p. 1133; G. RACUGNO, *Lo «swap»*, in *Banca borsa*, 2010, 1, p. 39; S. PAGLIANTINI – L. VIGORTI, *I contratti «swap»*, in G. Gitti – M. R. Mangeri – M. Notari, *I contratti per l'impresa. Banca, impresa e società*, Bologna, 2012, II, p. 184 (per i quali si può definire l'IRS come "un contratto atipico, ma nominato dal t.u.f., consensuale, a effetti obbligatori, a esecuzione differita e a prestazioni corrispettive, in forza del

