

Diritto comunitario

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario^(*)

di ANTONIO SAGGIO

La responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per i danni causati con violazione del diritto comunitario si colloca in un contesto giuridico articolato, nel quale altre forme di responsabilità - quella degli Stati membri e delle Comunità - sono previste a livello di Trattati. Tale regime di responsabilità è sottoposto ad una disciplina di natura composita, dettata per le sue linee generali dall'ordinamento comunitario, mentre per il resto dai diritti nazionali. La Corte di giustizia ha affrontato questo tema in tempi relativamente recenti ed essenzialmente con riguardo alla responsabilità derivante da attività normative riferibili sia allo Stato che ad entità substatali aventi la relativa competenza.

Il contesto normativo comunitario nel quale si colloca il regime della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario: a) i principi generali che vengono in considerazione

Le fonti scritte dell'ordinamento comunitario non definiscono il regime della responsabilità degli Stati membri per i danni da questi causati ai singoli con la inosservanza di regole comunitarie. È tuttavia evidente che per assicurare la tutela delle posizioni soggettive attribuite ai singoli dall'ordinamento comunitario è indispensabile un regime comunitario della responsabilità degli Stati sia perché ciò consente di garantire il rispetto di queste posizioni anche quando gli ordinamenti nazionali non prevedano al riguardo una tutela compiuta sia perché la previsione di un regime unitario garantisce la stessa tutela in tutta l'area comunitaria. Non sorprende quindi che la giurisprudenza comunitaria abbia elaborato questo regime nei suoi aspetti principali e che abbia compiuto questa operazione facendo leva sui principi generali del sistema, ed essenzialmente sul principio del primato del diritto comunitario e su quello, strettamente collegato al primo, della diretta applicabilità di tale diritto, cioè della sua invocabilità davanti ai giudici da parte dei singoli (1).

Il tema della responsabilità degli Stati membri per violazione di regole comunitarie è collegato ad altre due forme di responsabilità. Mi riferisco in primo luogo alla responsabilità degli Stati membri nei confronti della Comunità per violazione del diritto comunitario, che costituisce garanzia diretta dell'effettività di questo diritto e che la Commissione quale «guardiana dei Trattati» ha il potere di attivare; e poi alla responsabilità della Comunità per i danni cagionati ai singoli, al cui regime la Corte ha largamente attinto nel definire le linee della responsabilità degli Stati verso i soggetti lesi da violazioni del diritto comunitario.

Segue: b) gli istituti dell'ordinamento comunitario che presentano un collegamento con il regime comunitario della responsabilità degli Stati per violazione di regole comunitarie: b.1) la responsabilità degli Stati membri verso le Comunità

La responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario è basata essenzialmente sull'art. 10 CE (2), che impone a detti Stati, da un lato, di adottare «tutte le misure di carattere generale e particolare» finalizzate agli scopi del Trattato e, dall'altro, di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione» di tali scopi. Questa disposizione stabilisce anche, sempre ispirandosi alla stessa logica, che gli Stati membri devono facilitare la Comunità nell'adempimento dei suoi compiti, nell'ambito di quello che si è convenuto di chiamare principio di *leale cooperazione* (3).

Tale responsabilità è accompagnata dalla previsione di un apposito meccanismo giurisdizionale di controllo del rispetto degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri. Gli artt. 226 CE e 141 CEEA stabiliscono, al riguardo, una procedura d'infrazione in base alla quale la Commissione europea dapprima invia un parere motivato allo Stato membro inadempiente e, poi, adisce la Corte per ottenere una sentenza dichiarativa dell'ina-

Note:

(*) Relazione presentata nell'ambito del 46° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 21-23 settembre 2000.

(1) V. le sentenze 15 luglio 1964, causa n. 6/64, *Costa*, in *Racc.* 1964, 1127, e 9 marzo 1978, causa n. 106/77, *Simmmenthal*, in *Racc.* 1978, 629.

(2) Le citazioni degli articoli del Trattato CE sono riferite alla versione consolidata di quest'ultimo, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

(3) Sul punto, v. soprattutto M. Blanquet, *L'article 5 du traité CEE*, Parigi, 1994.

dempimento (4). Una procedura simile può essere attivata anche per iniziativa degli Stati membri nei confronti di uno Stato inadempiente, nei limiti ed alle condizioni previste dagli artt. 227 CE e 141 CEEA (5). Esistono inoltre specifiche ipotesi di inadempimento per le quali disposizioni *ad hoc* del Trattato CE prevedono, in deroga alle norme appena richiamate, una procedura accelerata (6) oppure un potere d'iniziativa affidato a soggetti diversi dalla Commissione e dagli Stati membri (7). Nel caso in cui uno Stato membro, il cui inadempimento sia stato constatato dalla Corte, non ottemperi alla sentenza, gli artt. 228 CE e 143 CEEA prevedono che una nuova procedura d'infrazione possa essere esperita dalla Commissione (o dagli Stati membri), al fine di ottenere un'ulteriore pronuncia della Corte che accerti la violazione dell'obbligo dello Stato di conformarsi alla sentenza. È anche previsto che la Corte, «qualora riconosce che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminare gli il pagamento di una somma forfettaria o di una pena-lità» (8), il cui importo viene proposto dalla Commissione (o dallo Stato membro) al momento dell'azione. Tale pagamento può costituire un mezzo efficace per rafforzare la responsabilità dello Stato membro inadempiente ed indurlo a mettere fine al più presto all'inadempimento (9).

Due aspetti della disciplina di controllo cui si è fatto cenno meritano di essere meglio esaminati in questa sede: il primo attiene alla posizione dello Stato inadempiente, il secondo alle conseguenze della sentenza di accertamento dell'inadempimento nel diritto nazionale.

Per quanto riguarda il primo profilo, occorre sottolineare che, allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario, l'inadempimento viene imputato allo Stato membro unitariamente considerato, quale soggetto autonomo di diritto internazionale, senza che le articolazioni dello Stato stesso (regioni, *länder*, enti pubblici) acquistino un qualche rilievo (10). La Corte ha ripreso questo principio in maniera costante, affermando ripetutamente che, «sebbene ogni Stato membro sia libero di ripartire come crede opportuno le competenze normative sul piano interno, tuttavia a norma [del trattato CE] esso resta il solo responsabile, nei confronti della Comunità, del rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario» (11). Ai fini dell'accertamento dell'inottemperanza agli obblighi derivanti da disposizioni di diritto primario e secondario, dunque, il sistema comunitario «riconosce lo Stato come unico interlocutore delle istituzioni o degli altri Stati membri» (12), e non prende in considerazione, a tale proposito, l'eventuale responsabilità, parziale o totale, degli enti territoriali o, più in generale, degli organismi di diritto pubblico cui di fatto l'infrazione al diritto comunitario è ascrivibile (13). Corollario di tale principio è la regola, anch'essa di origine giurisprudenziale (14), secondo cui uno Stato membro non può invocare la responsabilità di un ente substatuale per giustificare il mancato rispetto di obblighi comunitari.

Quanto invece alle ricadute che la sentenza dichiarativa dell'inadempimento può avere sul piano del diritto na-

Note:

(4) L'art. 88 CECA prevede invece che sia la stessa Commissione, nella sua veste di Alta Autorità, a constatare l'infrazione con apposita decisione, suscettibile d'impugnativa dinanzi alla Corte. Per un esempio, si veda la sentenza 6 luglio 1971, causa n. 59/70, *Paesi Bassi c. Alta Autorità*, in *Racc.* 1971, 639.

(5) Da ultimo, si veda la sentenza 16 maggio 2000, causa n. C-388/95, *Belgio c. Spagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, concernente la compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'obbligo di imbottigliamento del vino Rioja nella regione di produzione previsto nella normativa spagnola.

(6) Tale procedura è caratterizzata dal fatto che la Commissione e gli Stati membri possono adire la Corte senza il previo parere motivato. Si legano al riguardo gli artt. 88, n. 5, comma 2 (in materia di aiuti di Stato), 95, n. 9 (in materia di ravvicinamento delle legislazioni) e 298, comma 2 (in materia di tutela degli interessi essenziale per la sicurezza degli Stati membri), del Trattato CE.

(7) Si tratta dei casi previsti dall'art. 237, lettere a), e d), del Trattato CE, secondo cui il consiglio di amministrazione della BEI (Banca europea per gli investimenti) può agire contro gli Stati membri inadempimenti agli obblighi derivanti dallo statuto BEI, mentre il consiglio della BCE (Banca centrale europea) può agire contro le Banche centrali nazionali che non adempiano gli obblighi derivanti dal Trattato e dallo statuto SEBC.

(8) Art. 228 CE, par. 2, comma 3, e art. 143 CEEA, par. 2, comma 3.

(9) Di recente si è avuta la prima pronuncia della Corte in tema di pena-lità per inottemperanza: si tratta della sentenza 4 luglio 2000, causa n. C-387/97, *Commissione c. Grecia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La relativa massima è segnalata in *Corr. giur.*, 8, 2000, 1104.

(10) Sul punto si veda P. Pescatore, *Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires*, in *Foro padano*, 1972, n. IV, 11.

(11) Sentenza 13 dicembre 1991, causa n. C-33/90, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1991, I-5987, punto 24 della motivazione.

(12) Così G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 184.

(13) Nell'ambito del contenzioso di annullamento, la Corte ha avuto modo di affermare quanto segue: «emerge con chiarezza dal sistema generale dei Trattati che la nozione di Stato membro, ai sensi delle norme istituzionali e, in particolare, di quelle relative ai ricorsi giurisdizionali, comprende le sole autorità di governo degli Stati membri delle Comunità europee e non può estendersi agli esecutivi di regioni o di comunità autonome, indipendentemente dalla portata delle competenze attribuite a questi ultimi. Ammettere il contrario equivarrebbe a mettere in pericolo l'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati, i quali determinano in particolare le condizioni alle quali gli Stati membri, vale a dire gli Stati contraenti dei Trattati istitutivi e di quelli di adesione, partecipano al funzionamento delle istituzioni comunitarie. Le Comunità europee non possono infatti comprendere un numero di Stati membri superiore a quello degli Stati membri che le hanno costituite». Si vedano le ordinanze della Corte 21 marzo 1997, causa n. C-95/97, *Région Wallonie c. Commissione*, in *Racc.* 1997, I-1787, punto 6 della motivazione, e 1° ottobre 1997, causa n. C-180/97, *Regione Toscana c. Commissione*, in *Racc.* 1997, I-5245, punto 6 della motivazione. Si noti che di recente il Tribunale ha riconosciuto il diritto degli enti substatuali di impugnare un atto comunitario che pretendano illegale, ai sensi e con le limitazioni di cui all'art. 230 CE, comma 4, considerando che l'interesse ad agire dei medesimi non poteva ritenersi «ricompreso nell'interesse dello Stato» e, nel caso della regione Friuli-Venezia Giulia, che la ricorrente era «un ente territoriale autonomo rispetto [allo] Stato, titolare di diritti ed interessi specifici». Si vedano le sentenze del Tribunale 30 aprile 1998, causa n. T-214/95, *Wlaamse Gewest c. Commissione*, in *Racc.* 1998, II-717, e 15 giugno 1999, causa n. T-288/97, *Friuli-Venezia Giulia c. Commissione*, in *Racc.* 1999, II-1871.

(14) Si veda, *ex multis*, la sentenza 17 gennaio 1991, causa n. C-157/89, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1991 I-57.

zionale, sin dal 1973 la Corte ha affermato a più riprese che una tale sentenza «può avere pratica rilevanza come fondamento della responsabilità eventualmente facente carico allo Stato membro - a causa dell'inadempimento - nei confronti di altri Stati membri, della Comunità o dei singoli» (15). L'accento alla responsabilità dello Stato verso i singoli non è casuale: si tratta in effetti della prima formulazione - ancora embrionale - di una possibile pretesa dei singoli nei confronti degli Stati per violazioni commesse da questi ultimi rispetto ai diritti di cui i singoli beneficiano in virtù di disposizioni di diritto comunitario.

Segue: b.2) la responsabilità della Comunità nei confronti dei singoli per violazioni del diritto comunitario

La responsabilità della Comunità verso i singoli costituisce il modello di cui la Corte ha tenuto conto quando ha delineato i tratti salienti della responsabilità dello Stato verso detti soggetti. È dunque giustificato un rapido cenno al regime di tale responsabilità, cui si riferiscono gli artt. 235 e 288, comma 2, del Trattato CE ed i corrispondenti articoli del Trattato CEEA (16), ed alla interpretazione di queste fonti fornita dalla giurisprudenza della Corte.

Le disposizioni di base in materia - cioè l'art. 288 CE, comma 2, ed il corrispondente art. 188 CEEA, comma 2 - testimoniano della compenetrazione esistente fra diritto comunitario e diritti nazionali per quanto concerne il regime della responsabilità: secondo dette fonti, infatti, la Comunità deve risarcire, «conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» (17), i danni causati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. Come è stato osservato (18), tale riferimento va inteso non già nel senso che occorre stabilire il minimo denominatore comune fra i differenti sistemi giuridici nazionali, ma piuttosto nel senso che bisogna ispirarsi agli elementi più caratteristici di tali sistemi per costruire il regime meglio corrispondente agli interessi comunitari. Secondo questa logica la Corte e, più di recente, il Tribunale di primo grado, hanno affermato che, perché sussista la responsabilità delle Comunità, deve ricorrere un certo numero di condizioni identificate con riferimento agli ordinamenti nazionali, ma che non è necessario che tali condizioni siano compresenti in tutti gli ordinamenti degli Stati membri (19). Tali condizioni possono essere sintetizzate in questo modo: occorrono l'illiceità del comportamento dell'istituzione o del suo agente, un danno effettivo e l'esistenza di un nesso causale fra il comportamento commissivo od omissivo e il danno subito dalla persona danneggiata. È da notare che queste condizioni sono le stesse che la Corte ha individuato con riguardo alla responsabilità degli Stati membri nei confronti dei singoli, nel segno di una sostanziale unicità del regime comunitario della responsabilità verso i singoli, che questa coinvolga la Comunità oppure gli Stati membri (20). Del resto, fra i due tipi di responsabilità i confini

non sono del tutto chiari, come dimostrano le ipotesi, sempre più frequenti, di danni cagionati a singoli da organi pubblici nazionali in relazione all'applicazione di normative comunitarie. Al riguardo giova rilevare che la Corte ha, sia pure con qualche esitazione, elaborato un criterio pratico per dirimere le questioni legate all'intreccio delle responsabilità comunitaria e nazionale: si tratta del criterio della «competenza efficiente» (21), secondo il quale la competenza spetta normalmente al giudice nazionale, quando questi sia in grado di statuire utilmente sulla materia controversa per garantire la protezione giurisdizionale del soggetto leso (22). Nel caso in cui ciò non sia possibile, al singolo è data la possibilità di rivolgersi alla Corte per ottenere la condanna delle istituzioni comunitarie cui sia ascrivibile il danno sofferto, in modo da essere comunque protetto dalle conseguenze dannose del comportamento di queste ultime. Ciò del resto è conforme al criterio della sussidiarietà.

L'aspetto centrale del regime della responsabilità della Comunità riguarda il caso in cui il danno, del quale si chiede il risarcimento, derivi dall'adozione o dalla mancata adozione (carenza) di un atto comunitario, normativo o meno. Al riguardo si pone innanzitutto il problema (23) se, ai fini dell'azione di responsabilità, debba essere preliminarmente accertata l'illegittimità dell'atto o della relativa carenza. La giurisprudenza comunitaria, dopo avere in un primo momento affermato la necessità della previa dichiarazione di illegittimità dell'atto pro-

Note:

(15) Sentenza 7 febbraio 1973, causa n. 39/72, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1973, 101, punto 11 della motivazione. Il corsivo è mio.

(16) Artt. 151 e 188, comma 2, Trattato CEEA. Tralascio ogni cenno al regime della responsabilità stabilita dal Trattato CECA (artt. 34 e 40), che obbedisce a criteri diversi da quelli generali.

(17) Il corsivo è mio.

(18) Da G. Vandersanden-A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, 325.

(19) Sul punto si veda, ampiamente, M. Migliazza, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea nella giurisprudenza comunitaria*, in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano*, vol. XXI, Milano, 1997, 729.

(20) Di recente, la Corte preferisce richiamarsi ai criteri della responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli anche quando giudica in materia di responsabilità delle Comunità. Si veda, da ultimo, la sentenza 4 luglio 2000, causa n. C-352/98 P, *Bergadem e Goupil c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 42 della motivazione. Sulla essenziale unicità del regime comunitario della responsabilità degli Stati e della Comunità v. i rilievi di G. Tesauro, in *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, in *Revue du marché unique européen*, 1996, 15 ss., spec. 26.

(21) L'espressione è di G. Tesauro, *op. cit.*, 165.

(22) Si veda, ad esempio, la sentenza 29 settembre 1987, causa n. 81/86, *De Boer Buizen*, in *Racc.* 1987, 3677.

(23) Sul quale si veda R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liegi, 1981, 245 ss. Più di recente, P. Passarone, *La responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1993, 129.

duttivo del danno o della carenza (24), si è successivamente orientata, a partire dal 1971 (25), nel senso che l'azione di responsabilità rappresenta un rimedio autonomo, distinto dagli altri mezzi di tutela (azioni di annullamento e in carenza) sia per ciò che concerne la funzione svolta che per quanto riguarda le condizioni del suo esercizio. La Corte ha pure aggiunto che l'azione di responsabilità «è diretta non all'eliminazione di un determinato provvedimento ma al risarcimento del danno causato da un'istituzione» (26), con ciò intendendo che l'eventuale declaratoria di illegittimità dell'atto produttivo del danno rimane *incidentale* e non produce gli effetti tipicamente *erga omnes* dell'azione di annullamento. Segue, come logico corollario, che non si può proporre un'azione di responsabilità che persegue lo stesso risultato di un'azione di annullamento (o in carenza) che sia stata dichiarata non fondata, in quanto l'*illegalità* dell'atto contestato deve essere comunque tenuta distinta dalla sua *illiceità*, intesa quale condizione dell'azione (27).

Nella giurisprudenza comunitaria l'azione di responsabilità è stata ritenuta proponibile con riferimento sia ad atti amministrativi diretti a specifici destinatari che ad atti normativi di portata generale. Con riguardo a questi ultimi la Corte ha affermato che, qualora il danno derivi da un «atto normativo che implica delle scelte di politica economica, la responsabilità della Comunità per il danno che i singoli possono aver subito in conseguenza di questo atto sussiste unicamente in caso di violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli» (28). La circostanza che in questi casi la risarcibilità sia subordinata alla sussistenza di una violazione grave di fatto limita la possibilità di riconoscere il risarcimento tutte le volte che sia messo in discussione un atto che implichi un elevato grado di discrezionalità in capo all'istituzione che lo adotta. In effetti, sono rare le ipotesi in cui la Corte ha ritenuto ammissibili domande risarcitorie correlate ad atti di portata generale (29) adottati dalle istituzioni comunitarie. Il fatto che solo la violazione di una norma «superiore» dia luogo a responsabilità limita ulteriormente l'ambito dei danni risarcibili, perché non tutte le violazioni «gravi» di regole comunitarie concernono necessariamente norme superiori, intendendosi con questa formula quelle norme che sono espressione di principi generali.

Anche se nella maggior parte dei casi è possibile collegare la violazione di una norma determinata, di diritto derivato e di carattere settoriale (cioè una norma che non è possibile definire «superiore»), ad una norma superiore, e se quindi il problema interpretativo trova di regola una soluzione sul piano concreto, conviene comunque domandarsi se con l'aggettivo «superiore» si vuole indicare la collocazione della norma sul gradino più alto della gerarchia delle fonti, ciò che equivarrebbe a fare riferimento alla violazione di norme primarie e non dunque esclusivamente ai principi generali. Una tale interpretazione larga non mi sembra che trovi conferma nella giurisprudenza della Corte, che appare invece orientata in

senso restrittivo e che, di fatto, ha riconosciuto la responsabilità della Comunità derivante da attività caratterizzate da margini di discrezionalità solo in tempi relativamente recenti e solo in un numero abbastanza limitato di casi. Si aggiunga che la Corte afferma la responsabilità degli Stati di norma con esplicito riferimento alla violazione di principi generali (30).

Infine, ricordo sul punto che il danno risarcibile deve essere certo e attuale, e che la prova di esso incombe, ovviamente, sul ricorrente. La Corte ha precisato, a tal fine, che possono essere presi in considerazione tanto il danno emergente che il lucro cessante, e che sono risarcibili sia il pregiudizio materiale che quello morale (31). Nella liquidazione del danno, inoltre, deve tenersi conto degli interessi moratori e della svalutazione monetaria.

Il regime della responsabilità degli Stati membri nei confronti dei singoli: a) fonti formali pertinenti di diritto comunitario derivato (direttive sugli appalti pubblici)

La responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per violazione del diritto comunitario si colloca dunque in un contesto giuridico articolato, nel quale altre forme di

Note:

(24) Nel senso di dichiarare l'inammissibilità di una domanda risarcitoria basata sulla pretesa invalidità di un atto il cui annullamento non era stato preliminarmente richiesto v. la sentenza 15 luglio 1963, causa n. 25/62, Plaumann, in *Racc.* 1963, 195.

(25) Con le sentenze 28 aprile 1971, causa n. 4/69 *Lütticke*, in *Racc.* 1971, 325, e 2 dicembre 1971, causa n. 5/71, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, in *Racc.* 1971, 975.

(26) Sentenza 17 maggio 1990, causa n. C-87/90, *Sonito*, in *Racc.* 1990, I-1981, punto 14 della motivazione. Sul punto si veda anche M. Migliazza, *op. cit.*, 760 ss.

(27) Ordinanza della Corte del 26 ottobre 1995, cause riunite n. C-199/94 P e n. C-200/94 P, *Pevasa e Impesca c. Commissione*, in *Racc.* 1995, I-3709. In pratica, chi vuole agire in via risarcitoria nei confronti di un'istituzione comunitaria per i danni cagionati da atti adottati da quest'ultima deve o proporre un'azione autonoma di responsabilità, attenendosi alle condizioni limitative ad essa afferenti, o proporre un'azione di annullamento corredata da una domanda risarcitoria, restando inteso che, in quest'ultimo caso, il rigetto della domanda di annullamento comporta per se il rigetto di quella per danni.

(28) Sentenza *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, citata, punto 11 della motivazione. Il corsivo è mio.

(29) A titolo di esempio può citarsi la sentenza 19 maggio 1992, cause riunite n. C-104/89 et n. C-37/90, *Mulder*, in *Racc.* 1992, I-3061, con la quale la Corte ha ritenuto che un regolamento comunitario in materia di quote latte era lesivo del principio del legittimo affidamento e, quindi, produttivo di danni risarcibili.

(30) Sul punto v. G. Vandersanden-A. Barav, *op. cit.*, 335-337, che sono orientati per una interpretazione larga dell'espressione «norma superiore». Essi infatti sostengono che tale regola deve consistere «*en une disposition du traité, en un règlement de rang supérieur ou en un principe général du droit, comme par exemple l'interdiction de discrimination, l'égalité devant les charges publiques, le respect de la sécurité juridique, ou le principe de proportionnalité*». Questi Autori ricordano che la Corte ha considerato che il principio del legittimo affidamento può essere definito regola superiore di diritto e richiamano in proposito la sentenza del 10 maggio 1975, causa n. 74/74, *CNTA*, in *Racc.* 1975, 533.

(31) Sentenza 3 febbraio 1994, causa n. C-308/87, *Grifoni*, in *Racc.* 1994, I-341.

responsabilità - degli Stati membri e delle Comunità - sono previste a livello dei Trattati. Le forme di responsabilità finora esaminate non sono tali da garantire un'efficace protezione dei singoli in caso di lesione da parte dello Stato di diritti loro riconosciuti da norme comunitarie (32): era dunque necessario un passo in avanti, ossia l'esplicito riconoscimento di una forma di tutela aquiliana che, pur non espressamente prevista dai Trattati, assicurasse l'effettiva realizzazione degli obiettivi perseguiti da questi ultimi. Questo tema è stato oggetto di innumerevoli interventi dottrinali a partire dalla sentenza *Franco-vich* del 1991 (33).

Dico subito che sia il diritto comunitario derivato che la giurisprudenza della Corte anche prima della sentenza *Franco-vich* si erano occupati in più occasioni di questo tema, riconoscendo in varie forme la responsabilità delle amministrazioni pubbliche per i danni cagionati ai privati con violazioni del diritto comunitario.

Sul piano del diritto comunitario derivato un riconoscimento delle pretese risarcitorie dei singoli verso lo Stato è venuto con le direttive 89/665 (34) e 92/13 (35), che nell'ambito degli appalti pubblici hanno definito un regime particolare per i ricorsi volti a proteggere gli operatori che partecipano alle procedure di aggiudicazione. Il rispettivo campo di applicazione è diverso, nel senso che la prima (89/665) concerne in generale tutti gli appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi indetti dalle amministrazioni pubbliche degli Stati membri, mentre la seconda (92/13) riguarda solamente i settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (c.d. «settori esclusi»), cui si applicano regole affatto specifiche. Peraltro, entrambe sono volte a soddisfare l'esigenza di assicurare ai partecipanti alle procedure di gara la possibilità di proporre ricorsi efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici (36).

La direttiva 89/665/CEE prevede che, in caso di violazione del diritto comunitario, le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici possano *sempre* formare oggetto di ricorso da parte degli operatori interessati e di controllo da parte di appositi organismi pubblici, in vista dell'ottenimento delle misure seguenti: a) adozione, con procedura d'urgenza, di provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o a impedire che altri danni siano causati agli interessati, ivi compresa la sospensione della procedura di aggiudicazione pubblica; b) annullamento delle decisioni illegittime (37); c) risarcimento dei danni; d) esecuzione delle decisioni adottate, e loro obbligatoria motivazione se non promananti da organi giudiziari. La direttiva 92/13/CEE prevede lo stesso sistema di ricorsi e la stessa tipologia di misure di tutela, ma con un'importante deviazione: le misure di cui alle lettere a) e b), infatti, possono essere sostituite dall'adozione, con procedura d'urgenza, di provvedimenti diversi intesi a riparare la violazione, quale l'imposizione del pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata, somma il cui importo «deve essere fissato ad un livello sufficientemente ele-

vato per dissuadere l'ente aggiudicatore dal commettere un'infrazione o dal perseverare in un'infrazione» (art. 2, par. 5) (38). Essa prevede inoltre una speciale procedura di conciliazione, regolata dagli artt. 9-11, che può a certe condizioni svolgersi in parallelo con le ordinarie procedure di ricorso previste dalla direttiva in vista dell'ottenimento delle misure prima menzionate.

Il sistema risarcitorio previsto dalle due direttive è finalizzato all'effetto utile della protezione giuridica dei soggetti lesi, e per questo non viene definito nelle sue componenti essenziali, bensì lasciato alla competenza degli Stati membri. Questi ultimi possono utilizzare le regole e le procedure esistenti nei loro ordinamenti con riguardo a situazioni analoghe non connesse col diritto comunitario, a condizione che queste non si risolvano in uno svantaggio per i portatori di posizioni soggettive di matrice comunitaria rispetto ai portatori di analoghe posizioni di diritto interno (39). A tal fine, gli artt. 2, par. 5,

Note:

(32) Ciò vale per la responsabilità degli Stati membri verso le Comunità per violazione di obblighi comunitari. L'azione promossa dalla Commissione persegue infatti l'interesse generale e non quello particolare dei singoli, e non è legata al rispetto di condizioni di gravità o importanza dell'infrazione.

(33) Sentenza 19 novembre 1991, cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Franco-vich* e a., in *Racc.* 1991, I-5357.

(34) Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GUCE L 395 del 30 dicembre 1989, p. 33). Il campo di applicazione di tale direttiva è stato esteso agli appalti pubblici di servizi per effetto dell'art. 41 della direttiva 92/50 del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GUCE L 209 del 24 luglio 1992, p. 1).

(35) Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GUCE L 76 del 23 marzo 1992, p. 14).

(36) V. l'art. 1, par. 1, di entrambe le direttive. L'importanza di queste fonti nel contesto della responsabilità dello Stato verso i singoli è stata colta da L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, 229, nota 15. V. anche P.G. Ferri, *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, 1261.

(37) Nella sentenza 28 ottobre 1999, causa n. C-81/98, *Alcatel Austria*, *Racc.* 1999, I-7671, la Corte ha stabilito che gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta al ricorrente di ottenere l'annullamento di una decisione di scelta dell'offerente che ha partecipato alla procedura di aggiudicazione, malgrado la possibilità di ottenere un risarcimento dei danni dopo la conclusione del contratto.

(38) Per quanto concerne i problemi sollevati da questa disposizione, si veda la sentenza della Corte 19 maggio 1999, causa n. C-225/97, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1999, I-3011, punti 20-33 della motivazione.

(39) Per un'applicazione recente in Italia, v. la sentenza T.a.r. Lombardia 23 dicembre 1999, *Iprams c. Fondazione Teatro Carlo Felice di Genova*, in *Corr. giur.*, 2000, 391, con commento di A. di Majo.

della direttiva 89/665 e 2, par. 1, comma 2, della direttiva 92/12 prevedono che gli Stati membri possono, nel caso in cui un risarcimento dei danni venga domandato in relazione ad una decisione presa illegalmente, subordinare l'azione per danni al previo annullamento della decisione contestata. Le direttive, inoltre, non dicono espressamente quali organi dello Stato debbano considerarsi responsabili per le violazioni del diritto comunitario, ed essere quindi tenuti a risarcire i danni alle persone danneggiate: riprenderò più avanti questo tema, che coinvolge direttamente il ruolo delle amministrazioni aggiudicatrici.

In sostanza, le due direttive sopra menzionate, quanto alla prospettiva che qui interessa, non fanno altro che ribadire che la Comunità ha titolo ad intervenire sul regime della responsabilità degli Stati per violazione di regole comunitarie tanto è vero che una tale responsabilità è esplicitamente contemplata in fonti comunitarie le quali, prevalendo su quelle interne, non consentono agli Stati di disciplinare diversamente nei rispettivi ordinamenti questa responsabilità. Le stesse fonti, però, nulla dicono circa gli elementi che devono sussistere perché si abbia responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici, se si fa eccezione per il riconoscimento della risarcibilità delle lesioni di posizioni soggettive non aventi natura di diritto soggettivo. Al riguardo vanno dunque applicate le pertinenti disposizioni di diritto nazionale, in conformità al noto orientamento della giurisprudenza comunitaria che più volte ha affermato che i profili procedurali e sostanziali delle azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti da violazioni di regole comunitarie sono retti dal diritto interno. Vero è però che gli Stati non sono del tutto liberi nel disciplinare la materia: devono rispettare i criteri generali che la giurisprudenza ha individuato (40).

Segue: b) i diversi profili della disciplina dell'istituto secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, con speciale attenzione alla responsabilità derivante da attività normativa

Quanto poi alla giurisprudenza comunitaria pertinente, ho già detto che anche prima della sentenza *Francovich* la Corte aveva riconosciuto la responsabilità degli Stati per i danni cagionati ai singoli. Accennando alle sentenze dichiarative degli inadempimenti degli Stati membri nei confronti della Comunità, prima ho sottolineato che esse possono avere rilevanza come fondamento per un'eventuale azione di responsabilità per i danni sofferti dai singoli a causa dei comportamenti degli Stati, sia concretizzino o meno questi comportamenti in atti normativi (41). Ma vi sono altri casi nei quali la Corte fa cenno alla responsabilità degli Stati come conseguenza della violazione da parte dei medesimi di obblighi comunitari. Mi riferisco anzitutto alla sentenza *Humblet* del 1960 (42), nella quale la Corte - nell'interpretare il protocollo sui privilegi e le immunità CEE nel quadro di una causa pregiudiziale - sottolinea che uno Stato, che violi i

principi del suddetto protocollo, ha non solo l'obbligo di ritirare tutti gli atti adottati in violazione del diritto comunitario, ma anche quello di eliminare gli effetti anti-giuridici degli atti stessi (43). Nella sentenza *Russo c. AIMA* del 1976 (44), poi, la Corte chiaramente afferma che, «nell'ipotesi che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà risponderne, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione» (45). Tuttavia, nonostante la nozione di responsabilità dello Stato verso i singoli sia in esse presente, queste sentenze non permettono di costruire le linee del regime giuridico di tale responsabilità. Esse infatti si limitano ad affermare questa responsabilità, muovendo dal presupposto che il funzionamento corretto dell'ordinamento comunitario richiede che i singoli, portatori di posizione soggettive di matrice comunitaria, siano come tali tutelati di fronte ai comportamenti lesivi delle amministrazioni nazionali. Le dette sentenze in particolare non si pronunciano sulla configurabilità di una responsabilità degli Stati membri per i danni cagionati nello svolgimento di attività legislativa, ovvero per l'omissione di tale attività in contrasto con gli obblighi comunitari. Solo la sentenza *Francovich* prende posizione al riguardo, con particolare riferimento all'ipotesi della mancata adozione di misure legislative interne imposte per l'attuazione di una direttiva comunitaria.

La sentenza *Francovich* è stata pronunciata nell'ambito di due cause pregiudiziali promosse dai Pretori di Bassano del Grappa e di Vicenza e aventi ad oggetto la quali-

Note:

(40) Un collegamento manifesto fra il regime di responsabilità previsto dalle direttive in esame ed il regime generale di responsabilità dello Stato verso i singoli trova un riscontro nelle sentenze 17 settembre 1997, causa n. C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.* 1997, I-4961, punto 45 della motivazione; 24 settembre 1998, causa n. C-76/97, *Tögel*, in *Racc.* 1998, I-5357, punto 27 della motivazione; e 4 marzo 1999, causa n. C-258/97, *HI*, in *Racc.* 1999, I-1405, punto 27 della motivazione. In queste sentenze infatti la Corte afferma che, se le direttive «ricorsi» non sono state completamente recepite negli ordinamenti nazionali e se il diritto interno non può essere interpretato in senso ad esse conforme, allora «gli interessati possono chiedere secondo le adeguate procedure del diritto nazionale il risarcimento del danno subito per la mancata attuazione» di tali direttive nei termini prescritti.

(41) Fra le tante, v. le sentenze 7 febbraio 1973, causa n. C-39/72, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1973, 101, punto 11 della motivazione, e 24 marzo 1988, causa n. C-240/86, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1988, 1835, punto 14 della motivazione.

(42) Sentenza 16 dicembre 1960, causa n. C-6/60, *Humblet c. Stato belga*, in *Racc.* 1960, 1092.

(43) Sul punto v. M. Wathelet-S. Van Raepenbusch, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?*, in *Cahiers de droit européen*, 1997, n. 1-2, 13. Questi autori parlano, a proposito della sentenza *Humblet*, di un «arrêt précurseur» (p. 15).

(44) Sentenza 22 gennaio 1976, *Russo c. AIMA*, causa n. 60/75, in *Racc.* 1976, 45.

(45) Punto 9 della motivazione.

ficazione o meno come direttamente efficaci di alcune disposizioni della direttiva 80/987 (46) che prevedono garanzie specifiche per il pagamento dei crediti di lavoro. La Corte decideva nel senso che le disposizioni controverse, benché sufficientemente precise e incondizionate per quanto riguarda la definizione della categoria dei beneficiari e del contenuto delle garanzie, non precisavano l'identità del soggetto tenuto a garantire le prestazioni dovute in caso di insolvenza del datore di lavoro, identità che doveva essere stabilita dagli Stati membri sulla base di scelte largamente discrezionali. Pertanto gli interessati non avrebbero potuto far valere i loro diritti nei confronti dello Stato dinanzi ai giudici nazionali in mancanza di adeguati provvedimenti di attuazione della direttiva. Di fronte al mancato recepimento di una direttiva, le cui disposizioni non possedevano efficacia diretta, sorgeva il «problema dell'esistenza e della portata di una responsabilità dello Stato per danni derivanti dalla violazione degli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario» (47). La Corte, come è noto, rispondeva positivamente al quesito basandosi essenzialmente sul criterio dell'*effetto utile* delle norme di diritto comunitario. Essa affermava che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro» (48). La Corte accentuava l'importanza dell'obbligo risarcitorio proprio nell'ipotesi in cui l'efficacia di una norma comunitaria attributiva di un vantaggio sia subordinata al relativo recepimento nell'ordine giuridico nazionale, recepimento che lo Stato avrebbe dovuto porre in essere e che invece ha ommesso, e cioè nell'ipotesi di carenza da parte dello Stato. Tale ipotesi, nei fatti, è la più insidiosa per gli operatori beneficiari di disposizioni comunitarie che richiedono, per essere pienamente efficaci, un'azione dello Stato. Ma la responsabilità sussiste anche nel caso inverso, ossia nel caso di *adozione*, da parte dello Stato, di un atto normativo (o amministrativo) che, contravvenendo a disposizioni comunitarie, causi un pregiudizio a chi beneficia dei vantaggi che da tali disposizioni derivano. Ciò è inerente al sistema di tutela giuridica instaurato dai Trattati, e costituisce una conseguenza dei principi scaturenti del già citato art. 10 CE: in tal senso, del resto, si esprime la stessa sentenza *Francovich*, che fra gli obblighi derivanti dal diritto comunitario pone a carico degli Stati membri anche quello, di carattere generale, di «eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario» (49). Nella sentenza *Francovich*, la Corte, ammessa la configurabilità della responsabilità degli Stati verso i singoli per violazioni del diritto comunitario, identifica tre condizioni perché questa possa essere riconosciuta: è necessario che la direttiva violata «implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli», che «il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni del-

la direttiva» e che vi sia «un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi» (50). Restavano tuttavia senza risposta, o per lo meno senza una risposta sufficientemente esplicita, almeno due questioni: se lo Stato sia tenuto a risarcire i danni derivanti ai singoli dalla lesione di situazioni soggettive di interesse legittimo (51) (la sentenza *Francovich* parla infatti solo di «diritti») e se vi siano criteri di portata generale e di matrice comunitaria che, come tali, debbono essere applicati dalle giurisdizioni di tutti gli Stati membri, quando queste si pronunciano su una richiesta di danni originati da violazioni di regole comunitarie, e dai legislatori nazionali (a livello statale o sub-statale), quando intervengono a disciplinare i diversi profili di tale responsabilità. Su queste due questioni la sentenza *Francovich* fornisce soltanto alcune generali indicazioni non prive di ambiguità e in ogni caso enunciate con riferimento diretto alla sola responsabilità da attività (o da carenza) normativa (52). Sarà la giurisprudenza successiva, ed in particolare la sentenza *Brasserie du pêcheur*, a fornire le risposte a questi interrogativi. L'affermarsi, in sede giurisprudenziale, del principio della responsabilità dello Stato verso i singoli costituisce un elemento di novità nell'ambito del diritto comunitario soprattutto quando si tien conto del fatto che la sentenza *Francovich* collega il sorgere della responsabilità statale all'ipotesi *residuale* in cui al singolo non venga offerta

Note:

(46) Direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (GUCEL 283 del 20 ottobre 1980, p. 23).

(47) Sentenza *Francovich*, punto 29 della motivazione.

(48) *Ibidem*, punto 33 della motivazione.

(49) *Ibidem*, punto 36 della motivazione. A questo proposito la Corte si riferisce, molto significativamente, alla sentenza *Humblet*, citata. In dottrina si è osservato (R. Kovar, *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978) che la responsabilità dello Stato, in quanto legislatore, si impone in virtù della stessa prevalenza del diritto comunitario rispetto ai diritti nazionali, quale mezzo per garantire la piena tutela dei diritti attribuiti ai singoli operatori.

(50) Sentenza *Francovich*, punto 40 della motivazione. Sulle condizioni stabilite dalla Corte in ordine al riconoscimento della responsabilità dello Stato, v. O. Dubos, *Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire*, in *Revue des Affaires européennes*, 1997, 1, 209. In senso più critico, P. Mori, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, 513, e J. Steiner, *From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law*, in *European Law Review*, 1993, 2, 3.

(51) Mi riferisco naturalmente ad una categoria giuridica propria del diritto continentale, la cui trasferibilità nel sistema comunitario è sicuramente problematica.

(52) Le ambiguità non vengono chiarite neppure nelle sentenze immediatamente successive che si inquadrano nella stessa problematica. V. le sentenze 16 dicembre 1993, causa n. C-334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.* 1993, I-6911, punto 22 della motivazione, e 14 luglio 1994, causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.* 1994, I-3325, punto 27 della motivazione.

dal diritto nazionale alcuna forma effettiva di protezione contro l'inerzia del legislatore nazionale nel provvedere al recepimento di una direttiva priva di effetto diretto, ovvero contro l'azione dello stesso legislatore che risulti confliggente col diritto comunitario. In pratica, si offre al singolo la possibilità di far valere la responsabilità del legislatore nazionale anche quando quest'ultima non sia prevista dal relativo ordinamento o, nei fatti, risulti impossibile utilizzarne appieno le potenzialità (53). In tale contesto, la sentenza *Brasserie du pêcheur* del 1996 (54) costituisce il necessario sviluppo dei principi affermati nella sentenza *Francovich*. Essa infatti definisce il regime (di matrice comunitaria) della responsabilità dello Stato per violazione di regole comunitarie ricalcando la disciplina della responsabilità della Comunità. Già si è osservato che tra i due regimi esiste una sostanziale unità. Seguendo questa linea la Corte determina innanzitutto l'ampiezza della responsabilità dello Stato in funzione del carattere discrezionale o vincolato dell'attività od omissione all'origine del danno ed enuncia una serie di principi e regole relativi soprattutto alla responsabilità dello Stato da attività legislativa ma estensibili, ove possibile, alle altre forme di responsabilità dello Stato. Ne risulta un quadro abbastanza completo del regime di questa responsabilità, regime che ha natura composita nel senso che è formato in parte - essenzialmente per i principi di base - da fonti comunitarie e per il resto dalle diverse fonti nazionali applicabili in ragione dei criteri di collegamento vigenti in ciascun ordinamento nazionale. Nella sentenza anzidetta la Corte afferma innanzitutto, in via generale, che l'obbligo risarcitorio sussiste in qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione abbia dato origine al danno e quindi anche quando si tratti di un organo legislativo o di una giurisdizione. Trae argomento in tal senso dalla considerazione che la facoltà di far valere innanzi ai giudici nazionali posizioni soggettive derivanti da disposizioni comunitarie aventi effetto diretto non costituisce una garanzia sufficiente ad assicurare la piena applicazione dell'ordinamento comunitario, dal momento che non è idonea a garantire comunque al singolo i diritti che hanno la loro fonte in tale ordinamento. La Corte ribadisce così quanto già aveva affermato nella sentenza *Francovich*, e cioè che la piena efficacia delle norme comunitarie può essere assicurata unicamente riconoscendo ai singoli la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti di matrice comunitaria siano lesi da uno Stato membro.

Perché la tutela del singolo sia effettiva è necessario dunque che la possibilità di ottenere il risarcimento venga garantita sia quando il singolo si trovi nella impossibilità di far valere direttamente davanti al giudice nazionale determinate disposizioni di una direttiva (è questo il caso della sentenza *Francovich*, relativa ad una fattispecie nella quale le disposizioni della direttiva, per il loro carattere insufficientemente preciso, non si prestavano ad

essere direttamente applicate) sia, a maggior ragione, quando, come nell'ipotesi considerata nella sentenza *Brasserie du pêcheur*, i singoli possano far valere innanzi ai giudici nazionali la lesione di un diritto loro direttamente conferito da una fonte comunitaria. La soluzione accolta non è riferita, né era comunque riferibile, a disposizioni puntuali dell'ordinamento comunitario riguardanti specificamente le conseguenze delle violazioni di tale diritto da parte degli Stati, ma esclusivamente ai principi fondamentali di tale ordinamento. Si tratta di un classico esempio di regime giuridico di origine giurisprudenziale, per definire il quale la Corte di giustizia si è rifatta essenzialmente, in base ai poteri di cui essa dispone in virtù dell'art. 220 CE, alle esigenze fondamentali inerenti al sistema. Questa sentenza conferma dunque che la Corte svolge un ruolo di impulso inteso allo sviluppo e al completamento dell'ordinamento comunitario, ponendo rimedio alle carenze di disposizioni specifiche in questo o quel settore, anche quando i suoi interventi si risolvano in una riduzione delle competenze degli Stati membri, e ciò nonostante che questa linea si scontri con la resistenza degli Stati che difendono la quota di sovranità di cui sono ancora portatori (55).

Sempre nella sentenza *Brasserie du pêcheur* la Corte identifica poi i presupposti della responsabilità dello Stato. Per arrivare a questo risultato, facendo difetto disposizioni specifiche pertinenti, procede tenendo conto dei principi propri dell'ordine comunitario e soprattutto dell'obbligo degli Stati membri di assicurare la piena efficacia delle disposizioni comunitarie e l'effettiva tutela dei diritti da esse riconosciuti, nonché dell'obbligo di cooperazione facente carico agli Stati membri in virtù dell'art. 10 CE. La Corte poi, sempre nella stessa prospettiva, tiene conto altresì della giurisprudenza formata con riferimento all'art. 288 CE relativo alla responsabilità della Comunità e del rinvio che questa disposizione fa ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri, nonché della necessità di assicurare ai singoli una tutela grosso modo equivalente, indipendentemente dalla natura, comunitaria o nazionale, del soggetto che ha cagionato il danno.

Facendo espresso riferimento, conformemente al quesito del giudice *a quo*, alla responsabilità da attività normativa, la Corte distingue l'ipotesi in cui l'organo dello Stato

Note:

(53) Sul punto, v. W. Van Gerven, *European Standards for Civil Liability of the State*, in *Compliance and Enforcement of European Community Law*, *European Monographs*, l'Aia-Londra-Boston, 1999, 335.

(54) Sentenza 5 marzo 1996, cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame* in *Racc.* 1996, 1029.

(55) Un esempio della diffidenza delle autorità statali verso un tale ruolo della Corte è offerto dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 12 ottobre 1993, sull'adesione della Germania al trattato sull'Unione europea. V. al riguardo A. Saggio, *L'activisme judiciaire dans l'espace communautaire: son rôle dans l'intégration européenne et ses limites*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, n. 38, 83 ss., spec. 90.

che esercita l'attività legislativa dispone di un ampio potere discrezionale (come avviene, ad esempio, quando gli atti normativi implicano scelte di politica economica) dall'ipotesi in cui, viceversa, lo stesso organo non dispone sistematicamente di un ampio potere discrezionale giacché l'ordinamento gli impone obblighi di risultato, di condotta o di astensione, tali da ridurre il suo margine di valutazione (così avveniva ad esempio nel caso considerato nella sentenza *Franovich*, nel quale una direttiva imponeva allo Stato di adottare entro un certo termine i provvedimenti necessari per conseguire un determinato risultato e non attribuiva ai singoli posizioni soggettive direttamente azionabili). Questa distinzione, basata sulla natura o intensità della violazione, è funzionale alla identificazione dei presupposti della responsabilità, considerato che tali presupposti sono intesi a limitare la risarcibilità del danno quando l'attività normativa nazionale è espressione di un potere discrezionale, potere che in tal caso è paragonabile a quello del quale si avvalgono le istituzioni comunitarie per l'attuazione delle politiche comunitarie. Una tale restrizione della responsabilità ha lo scopo di assicurare agli Stati membri un certo margine di sicurezza nell'esercizio dei loro poteri di normazione, di metterli, cioè, al riparo dalle numerosissime azioni di danni cui presumibilmente sarebbero esposti ove la loro responsabilità fosse assoggettata al regime comune (56).

Per conseguire questo risultato la Corte individua tre condizioni, che corrispondono a quelle cui la stessa Corte subordina la responsabilità della Comunità derivante da atti espressione di scelte discrezionali. Queste condizioni sono le seguenti: a) che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; b) che la violazione sia sufficientemente caratterizzata, sia cioè manifesta e grave; e infine c) che vi sia un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo (comunitario) dello Stato ed il danno (57).

Quanto alla condizione *sub a*) è significativo che la sentenza *Brasserie du pêcheur*, così come a suo tempo la sentenza *Franovich*, usi l'espressione «diritti» e non «diritti soggettivi». È ragionevole ritenere che quando la Corte parla di diritti senza aggettivazione nel contesto del regime giuridico della responsabilità degli Stati vuole in realtà indicare qualsiasi situazione giuridica soggettiva, senza distinzioni tra diritti soggettivi e interessi legittimi, distinzione che peraltro è estranea alla cultura giuridica di alcuni dei Paesi membri (58). Questa interpretazione trova conferma nella sentenza *Franovich* che, al punto 45 della motivazione, ammette esplicitamente che in quel caso i lavoratori non potevano chiedere direttamente allo Stato italiano il pagamento dei loro crediti in base alla garanzia che la direttiva pone a carico dello Stato, ma unicamente reclamare nei confronti dello Stato il risarcimento dei danni cagionati dalla mancata attuazione della direttiva, ciò evidentemente in quanto titolari di uno specifico interesse rispetto alla adozione delle disposizioni interne di attuazione.

Quanto poi alla condizione *sub b*), relativa ai caratteri della violazione, la sentenza *Brasserie du pêcheur* afferma che la condizione della responsabilità, secondo cui la violazione deve essere sufficientemente caratterizzata, ha la stessa portata sia per quanto riguarda la responsabilità della Comunità ai sensi dell'art. 286 CE sia per quanto attiene alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, nel senso che in entrambe queste forme di responsabilità «il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione di diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'Istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale» (59). La Corte dunque, seguendo la sua giurisprudenza riguardante la responsabilità della Comunità nei confronti dei singoli, richiede che la violazione del diritto comunitario sia «grave» perché sia configurabile la parallela responsabilità degli Stati. Essa precisa ancora che la violazione deve riguardare una norma superiore. Al riguardo ci si può chiedere se una violazione vada considerata «grave» solo quando concerne una norma superiore, nonostante la formulazione giurisprudenziale apparentemente distingua tra gravità e collegamento ad una norma superiore di guisa che potrebbe anche ipotizzarsi una violazione grave di norme non qualificabili come superiori. Una violazione infatti può in astratto essere grave non solo in ragione della natura o forza della norma violata ma anche in funzione della intensità degli

Note:

(56) Sul punto, ampiamente, v. F. Toriello, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Contratto e Imprese/Europa*, 1997, 685; G. Tesaro, *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario*, Atti del Convegno (Venezia 1996), Bruxelles, 1997, 298; A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1994, IV, 13; G. Catalano, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, 321.

(57) Si tratta, in pratica, di una più razionale esposizione delle condizioni previste dalla sentenza *Franovich*. Nello stesso senso, v. le successive sentenze 7 marzo 1996, causa n. C-192/94, *El Corte Inglés*, in *Racc.* in 1996, I-1281, punto 22 della motivazione, e 4 dicembre 1997, causa n. C-97/96, *Daihatsu Deutschland*, in *Racc.* 1997, I-6893, punto 25 della motivazione. L'elenco delle condizioni è stato più di recente riesaminato dalla Corte - senza alcun mutamento sostanziale - nella sentenza 2 aprile 1998, causa n. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, in *Racc.* 1998, II-1531, punti 106-112 della motivazione.

(58) Questa interpretazione si risolve nel collegare la risarcibilità del danno all'importanza (non alla natura) della posizione soggettiva lesa nella valutazione che ne fa l'ordinamento. Diviene dunque particolarmente rilevante per stabilire se si tratta di danno risarcibile la condizione della gravità dell'infrazione, che è legata appunto alla consistenza dell'interesse leso e quindi alla tutela, più o meno intensa, che ad esso l'ordinamento ritiene debba assicurare. È questo un approccio simile a quello seguito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana nella nota sentenza 22 luglio 1999, n. 500/99/S.U. (in *Foro it.*, 1999, I, 2487), sulla quale v. G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, 5, 1126.

(59) Cit., punti 55, 56 e 57 della motivazione.

effetti pregiudizievole che essa comporta. La giurisprudenza della Corte sembra accreditare la tesi che restringe la responsabilità alla violazione di norme superiori, facendo coincidere la «gravità dell'infrazione», rilevante ai fini della responsabilità, con la violazione di una norma superiore. Per il resto faccio rinvio alle considerazioni svolte in precedenza a proposito della responsabilità della Comunità.

Per dare luogo a responsabilità la violazione deve inoltre essere «manifesta», nel senso che deve essere agevole per le autorità degli Stati membri identificare la portata del precetto comunitario che viene in considerazione. La Corte fa riferimento a questa condizione già nella sentenza *Brasserie du pêcheur*, laddove afferma che il giudice nazionale per stabilire se vi sia responsabilità dello Stato può prendere in considerazione, tra l'altro, «il grado di chiarezza e di precisione della norma violata». In più di una sentenza la Corte ha escluso la responsabilità dello Stato proprio perché la violazione contestata non poteva considerarsi manifesta nel senso ora detto. Così nella sentenza *British Telecommunications* del 1996 (60) la Corte ha escluso che integrasse gli estremi della violazione grave e manifesta (61) la scelta, operata in buona fede dal Regno Unito, di recepire una direttiva dandone un'interpretazione - successivamente respinta dalla Corte - che all'atto della trasposizione della direttiva era condivisa anche da altri Stati membri e non appariva manifestamente contraria né al testo della direttiva, né allo scopo da essa perseguito.

La sentenza *Brasserie du pêcheur*, a proposito della caratterizzazione dell'infrazione, afferma anche (62) che, se l'attività legislativa necessaria all'attuazione di una direttiva è vincolata, non offre cioè allo Stato alcuno spazio di scelta, l'omissione dello Stato deve essere considerata per ciò solo tale da dare luogo a responsabilità nei confronti dei singoli cui lo Stato stesso avrebbe dovuto garantire alcuni diritti collegati all'ordinamento comunitario (63). In questo modo, il presupposto in discorso, cioè il carattere grave e manifesto della violazione, se all'apparenza viene richiesto anche in ordine all'attività normativa vincolata, perde però, in tal caso, qualsiasi rilevanza pratica dal momento che, in sostanza, la sua presenza si presume *iuris et de iure*. Non c'è dunque alcuna effettiva differenza tra l'affermazione che il presupposto in questione non è richiesto quando l'attività dello Stato è vincolata - come sembra suggerire la sentenza *Brasserie du pêcheur* - e l'altra secondo cui, nelle medesime condizioni, lo stesso presupposto è, sì, richiesto, ma è nello stesso tempo *in re ipsa* e non abbisogna quindi di alcuna dimostrazione.

La verifica del carattere grave e manifesto della violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato è al centro dell'analisi delle giurisdizioni nazionali chiamate ad applicare, con risultati peraltro non uniformi, i principi enunciati nella sentenza *Brasserie du pêcheur*. Infatti, il *Bundesgerichtshof*, con sentenza del 24 ottobre 1996 (64), respingeva le pretese risarcitorie della società fran-

cese *Brasserie du pêcheur* relativamente al periodo anteriore alla sentenza del 13 marzo 1987 (65), con la quale la Corte aveva dichiarato incompatibili col diritto comunitario le condizioni restrittive previste dalla legislazione tedesca sulla purezza della birra e aveva giustificato tale scelta col fatto che l'infrazione compiuta dalla Germania, collocandosi in un contesto normativo caratterizzato da scarsa chiarezza circa l'uso degli additivi nella birra, non integrava gli estremi della violazione grave e manifesta del diritto comunitario. Invece, la *House of Lords*, con la sentenza *Factortame* del 28 ottobre 1999 (66), accoglieva integralmente le pretese risarcitorie della parte istante in relazione al pregiudizio subito da taluni operatori a causa del sistema di immatricolazione dei battelli da pesca instaurato nel Regno Unito nel 1988, sistema il cui carattere palesemente discriminatorio veniva ritenuto una violazione grave e manifesta del diritto comunitario.

La Corte esclude, infine, che la normativa nazionale possa subordinare la responsabilità dello Stato, per i danni cagionati con violazione del diritto comunitario, al carattere doloso o colposo della condotta dell'autorità pubblica cui l'inadempimento è imputabile. Questa esclusione risulta però attenuata per il fatto che la stessa pronuncia riconosce poi che, per valutare se una violazione del diritto comunitario sia oppure no manifesta e grave, il giudice nazionale può tener conto del profilo soggettivo della condotta dell'entità pubblica cui il danno è imputato.

Sempre nella sentenza *Brasserie du pêcheur*, la Corte indica poi i criteri in funzione dei quali il giudice naziona-

Note:

(60) Sentenza 26 marzo 1996, causa n. C-392/93, in *Racc.* 1996, I-1631, punti 43-45 della motivazione.

(61) Il corsivo è mio.

(62) Punto 56 della motivazione.

(63) Seguendo questa linea, nella sentenza 23 maggio 1996, causa n. C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Racc.* 1996, I-2253, la Corte afferma (punto 28 della motivazione) in termini generali che «si deve considerare che, nell'ipotesi in cui lo Stato membro ..., al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta» (il corsivo è mio). Alla stregua di questo criterio la Corte ha ritenuto che configuri una violazione grave e manifesta del diritto comunitario il fatto che il Regno Unito abbia, fra il 1990 ed il 1993, negato sistematicamente il rilascio di licenze per l'esportazione di animali da macello vivi destinati alla Spagna, adducendo come pretesto il mancato rispetto nei matatoi di questo Stato membro delle regole comunitarie sull'abbattimento degli animali. Lo stesso ragionamento la Corte svolge nella sentenza *Bergaderm e Goupil c. Commissione*, in precedenza citata, punto 44 della motivazione.

(64) In *Europarecht*, 1997, 291.

(65) Causa n. 178/94, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1994, 1227.

(66) In *Common Market Law Reports*, 1999, 3, 597 e in questa *Rivista*, 2000, 1187, con commento di A. Lazari, *La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della cross-fertilization*.

le provvede in concreto sul risarcimento. Al riguardo afferma: a) che il risarcimento deve essere adeguato (è chiaro che non c'è garanzia effettiva delle situazioni soggettive di origine comunitaria se il risarcimento non è adeguato); b) che, ferma in ogni caso l'adeguatezza, i criteri, in base ai quali l'ordinamento di ciascuno Stato stabilisce che sia determinato l'ammontare del risarcimento, non possono essere meno favorevoli di quelli che si applicano a richieste analoghe fondate su violazioni del diritto interno e non possono, altresì, essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento; c) che la persona lesa deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per limitare l'entità del danno; d) che il risarcimento non può essere limitato ai soli danni arrecati a determinati beni specialmente tutelati; e) che, analogamente, non possono essere escluse dal risarcimento determinate perdite patrimoniali, quali il lucro cessante, perché altrimenti in certi contesti di natura commerciale il ristoro sarebbe impossibile.

Questo insieme di regole è conforme ai principi comuni in tema di responsabilità dell'amministrazione pubblica generalmente presenti negli ordinamenti degli Stati membri. La Corte, in effetti, si limita a procedere alla loro rilevazione seguendo il metodo indicato nell'art. 288 CE, cui, come è noto, essa riconosce portata generale. Solo la disposizione sotto la lettera c) suscita qualche perplessità, perché in sostanza introduce, in termini del tutto generali, l'onere di una prova negativa a carico del danneggiato che è l'attore nel giudizio e che, come tale, dovrebbe essere tenuto a fornire solo la prova della condotta illecita dell'amministrazione, oltre che naturalmente del danno e del nesso causale (67). Quanto poi alla condizione sotto la lettera d) (impossibilità per gli Stati di limitare la risarcibilità ai soli danni arrecati a determinati beni specialmente tutelati) non ritengo che essa contraddica l'affermazione fatta in precedenza secondo cui l'intensità della lesione della posizione soggettiva può condizionare la risarcibilità con l'implicazione che la risarcibilità è collegata alla scelta di assicurare a determinati interessi la tutela giurisdizionale. Infatti, quello che la Corte considera inaccettabile è soltanto la limitazione a beni determinati della garanzia rappresentata dal risarcimento, non già una esclusione della responsabilità per la lesione di interessi che, avendo oggettivamente scarsa importanza, non abbisognerebbero di tutela giurisdizionale di tipo risarcitorio: ciò che la Corte vuole evitare è sostanzialmente la discriminazione di trattamento tra portatori di interessi riconducibili in tipi o categorie determinati in funzione della loro specifica natura (68).

Gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria successivi alla sentenza *Brasserie du pêcheur* confermano le linee della responsabilità statale quali finora descritte. Nelle sentenze *Denkavit* e *Brinkmann* del 1996 (69) la Corte adotta una soluzione simile a quella della sentenza *British Telecommunications*, citata, ritenendo insussistente la

violazione grave e manifesta del diritto comunitario riferita alle norme di attuazione di una direttiva secondo un'interpretazione di questa che, sebbene non accolta dalla Corte, poteva apparire non irragionevole al momento dell'adozione delle misure nazionali. Nella sentenza *Rechberger* del 1999 (70), invece, la violazione grave e manifesta di una direttiva comunitaria è stata affermata dalla Corte sul rilievo che l'Austria non disponeva di alcun potere discrezionale in merito alla data di entrata in vigore nel proprio ordinamento delle garanzie previste dalla direttiva stessa. Vale la pena ricordare anche la sentenza *Comateb e a.* del 1997 (71), nella quale la Corte, esaminando ancora una volta i problemi connessi al rimborso del «dazio di mare» («*octroi de mer*») francese, afferma che «non si può impedire agli operatori di domandare dinanzi ai giudici competenti, secondo le appropriate procedure previste dal diritto nazionale e nelle condizioni contemplate nella sentenza *Brasserie du pêcheur* ..., il risarcimento dei danni subiti a causa della riscossione di un tributo non dovuto, a prescindere dalla questione della traslazione del detto tributo». Lo stesso ragionamento è stato fatto dalla Corte nella successiva sentenza *GT-Link* del 1997 (72), relativa alla esazione di tasse portuali da parte di un'impresa pubblica che abusa della propria posizione dominante nel mercato comune. Nella sentenza *Dillenkofer* del 1996 (73), poi, la Corte torna sulla questione della presunta necessità di un accertamento preventivo del mancato rispetto del diritto comunitario da parte dello Stato e tra l'altro ribadisce quanto già affermato nella sentenza *Brasserie du pêcheur*, e cioè che «non si può subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da

Note:

(67) Sull'onere di una prova negativa a carico dell'attore v. A. Saggio, *Ripetizione dell'indebito e diritto comunitario*, in *Corr. giur.*, 1985, 757 ss.

(68) Il principio della responsabilità dello Stato membro per i danni subiti dai singoli è stato ripreso ed affermato anche nell'ambito dello Spazio economico europeo dalla Corte AELS (EFTA) nella sua sentenza 10 dicembre 1998 (causa E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, non ancora pubblicata negli *EFTA Court Reports*, punto 44 della motivazione), che si è basata, tra l'altro, sull'esigenza di garantire l'omogeneità e l'uguaglianza di trattamento dei diritti di quanti beneficiano delle disposizioni dell'Accordo SEE.

(69) Sentenze 17 ottobre 1996, cause riunite n. C-283/94, n. C-291/94 e n. C-292/94, *Denkavit e a.*, in *Racc.* 1996, I-5063, punti 47-53 della motivazione; e 24 settembre 1998, causa n. C-319/96, *Brinkmann*, in *Racc.* 1998, I-5255, punti 24-32 della motivazione.

(70) Sentenza 15 giugno 1999, causa n. 140/97, *Rechberger c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.* 1999, 3499, punti 51 e 52 della motivazione.

(71) Sentenza 14 gennaio 1997, cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, *Comateb e a.*, in *Racc.* 1997, I-165, punto 34 della motivazione.

(72) Sentenza 17 luglio 1997, causa n. 242/95, *GT-Link*, in *Racc.* 1997, I-4449, punto 60 della motivazione.

(73) Sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite n. C-178/94; n. C-179/94, n. C-188/94, n. C-189/94 e n. C-190/94, *Dillenkofer e a. c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.* 1996, I-4845. Tale sentenza riguarda l'interpretazione della direttiva 90/314/CEE del Consiglio del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (*GUCE L* 158 del 23 giugno 1990, p. 59).

parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile allo Stato (...), né all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento» (74), sottolineando così che l'azione di responsabilità contro lo Stato ha un carattere del tutto autonomo rispetto alle altre forme di tutela utilizzabili dal singolo, proprio come l'azione di responsabilità contro la Comunità prescinde da una previa azione di annullamento dell'atto che cagiona il danno da risarcire (75).

Non è inutile a questo punto esaminare brevemente gli sviluppi che la vicenda legata alla sentenza *Francovich* ha avuto nella giurisprudenza comunitaria. Sono necessarie al riguardo alcune precisazioni preliminari riferite al diritto interno. Dopo la pubblicazione della sentenza *Francovich*, il Governo italiano adottava, per recepire nell'ordinamento nazionale la già citata direttiva 80/987, il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 (76), che attribuiva ai lavoratori interessati il diritto ad ottenere i benefici loro spettanti in base alla direttiva, mediante domanda all'apposito Fondo di garanzia gestito dall'INPS. Nel decreto si stabilivano anche dei criteri restrittivi per la determinazione del risarcimento di coloro che avessero subito danni a causa della mancata attuazione della direttiva, e si disponeva che l'azione doveva essere promossa entro un anno dall'entrata in vigore del decreto stesso. Ovviamente, i criteri restrittivi stabiliti in sede nazionale suscitavano la reazione dei lavoratori interessati, le cui pretese risarcitorie venivano in molti casi respinte dai giudici di merito proprio in ragione del carattere restrittivo delle norme di attuazione (77). Nascevano pertanto numerose controversie fra singoli ed INPS, alcune delle quali sfociavano, per iniziativa dei Pretori di Bassano del Grappa, di Frosinone e di Venezia, in cause pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia, la quale rendeva al riguardo, nel 1997, le tre sentenze *Bonifaci* (78), *Palmisani* (79) e *Maso* (80). Nella sentenza *Bonifaci*, interrogandosi sulla portata del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di un obbligo comunitario da parte del Governo italiano, già accertato nella sentenza *Francovich*, la Corte osserva che «l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva ai lavoratori vittime dell'attuazione tardiva consente, in linea di massima, di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della violazione del diritto comunitario, a condizione che la direttiva sia stata regolarmente recepita. Infatti, tale applicazione dovrebbe avere l'effetto di garantire a questi ultimi i diritti di cui essi avrebbero beneficiato se la direttiva fosse stata recepita entro il termine prescritto» (81). Ed inoltre aggiunge quanto segue: «Tuttavia, nell'ambito della controversia di cui esso è investito, spetta al giudice nazionale, alla luce dei principi che discendono dalla giurisprudenza della Corte (...), far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino

l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti» (82). Si configura quindi un sistema risarcitorio a carattere misto, nel quale il danno può essere liquidato dallo Stato con criteri presuntivi, fatto salvo il diritto del soggetto interessato di provare l'esistenza di danni ulteriori, mediante i mezzi di prova previsti nel diritto nazionale applicabile per le azioni di danni (83).

In tale sistema si inserisce coerentemente, secondo la Corte, anche il termine di decadenza di un anno previsto dal d.lgs. n. 80. Ed infatti, nella sentenza *Palmisani* la Corte, partendo dal presupposto che «la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza... costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto» (84) e costituisce quindi una scelta compatibile con la necessità di assicurare l'effettività del diritto comunitario, afferma che il termine di un anno a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva nell'ordinamento giuridico in-

Note:

(74) *Ibidem*, punto 28 della motivazione. V. in proposito M. Fragola, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. com. e scambi intern.*, 1997, 681.

(75) Nella sentenza *Rechberger*, già citata, punti 75 e 76 della motivazione, la Corte ha precisato, riferendosi alla già richiamata direttiva 90/314 sui viaggi «tutto compreso», che la responsabilità dello Stato membro per violazione dell'obbligo - previsto dalla direttiva - di approntare un adeguato sistema di garanzia per il rimborso delle somme versate, e per il rimpatrio, in caso di fallimento dell'organizzatore del viaggio, vale anche nel caso di «comportamenti imprudenti dell'organizzatore» o di «eventi eccezionali o imprevedibili»: «tali circostanze, infatti, non sono tali da escludere l'esistenza di un nesso di causalità diretto in quanto non avrebbero ostato al rimborso delle somme depositate e al rimpatrio dei viaggiatori se il sistema di garanzia fosse stato attuato conformemente» alla direttiva *de qua*.

(76) *GURI* n. 36 del 13 febbraio 1992.

(77) La Corte costituzionale italiana si è occupata del problema nelle sentenze 16 giugno 1993, n. 285 (in *Foro it.*, 1993, I, 2393) e 31 dicembre 1993, n. 512 (in *Foro it.*, 1994, I, 316), giungendo alla conclusione che le norme *de quibus* del decreto legislativo n. 80 non erano da considerare incostituzionali. Al riguardo v. L. Daniele, *L'attuazione in Italia della sentenza Francovich all'esame della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 393.

(78) Sentenza 10 luglio 1997, cause riunite n. C-94/95, e n. C-95/95, *Bonifaci e a. e Berto e a.*, in *Racc.* 1997, I-3969.

(79) Sentenza 10 luglio 1997, causa n. C-261/95, *Palmisani*, in *Racc.* 1997, I-4025.

(80) Sentenza 10 luglio 1997, causa n. C-373/95, *Maso e a.*, in *Racc.* 1997, I-4051.

(81) Sentenza *Bonifaci*, punti 51 della motivazione; sentenza *Maso*, punto 39 della motivazione.

(82) Sentenza *Bonifaci*, cit., punto 53 della motivazione; sentenza *Maso*, cit., punto 41 della motivazione. Il corsivo è mio.

(83) Per una applicazione di tale sistema, v. la sentenza 25 febbraio 1999, causa n. C-131/97, *Carbonari e a.*, in *Racc.* 1999, I-1103, punto 53 della motivazione.

(84) Sentenza *Palmisani*, cit., punto 28 della motivazione.

terno non può considerarsi tale da rendere praticamente impossibile, o particolarmente difficile, la proposizione dell'azione di risarcimento, anche perché lo stesso provvedimento precisa altresì le condizioni di indennizzo del danno subito a seguito della tardiva attuazione (85). La Corte si mostra invece molto più cauta in ordine al problema dell'*equivalenza* fra il termine (di decadenza) annuale stabilito dal decreto n. 80 e quello quinquennale (di prescrizione) previsto per le analoghe azioni risarcitorie fondate sull'art. 2043 del codice civile italiano: l'accertamento di tale equivalenza è, infatti, lasciato al prudente apprezzamento del giudice nazionale, e solo nel caso in cui quest'ultimo dovesse stabilire «che il regime italiano di diritto comune in materia di responsabilità non può servire di base ad un'azione contro i pubblici poteri per un comportamento illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio [e che quindi non si può] procedere ad alcun altro pertinente raffronto tra la controversa condizione relativa ai termini e le condizioni relative a reclami analoghi di natura interna» (86), dovrebbe concludersi nel senso della compatibilità dello speciale termine di decadenza di un anno previsto dal d.lgs. n. 80. Insomma, la Corte utilizza ancora una volta il criterio dell'*effettività* della tutela, subordinando la conformità al diritto comunitario di una modalità procedurale nazionale, cui è assoggettato il beneficiario di un diritto di origine comunitaria, alla condizione che essa non sia meno favorevole di quelle che riguardano i regimi analoghi di protezione dei diritti di natura interna (87).

Segue: c) la responsabilità riferita al comportamento di soggetti pubblici diversi dallo Stato

Una volta individuati gli elementi che devono ricorrere perché sussista la responsabilità dello Stato per violazione di regole comunitarie, resta da esaminare la questione se l'ordinamento comunitario consenta di identificare un soggetto pubblico responsabile diverso dallo Stato, in concorrenza o in alternativa a quest'ultimo. Il punto di partenza di questa analisi, che ha evidenti e ampi riscontri nella pratica, sta nella individuazione degli interessi generali che giustificano la configurazione della responsabilità dello Stato. Si è già detto che il fondamento di tale responsabilità risiede nel dovere degli Stati di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato CE o da fonti di diritto derivato e di facilitare alla Comunità l'adempimento dei propri compiti (art. 10, comma 1, CE). Questa regola fondamentale, che in sostanza impone un dovere di reciproca collaborazione alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri, è espressione dell'esigenza di garantire la effettività dell'ordinamento comunitario: senza il concorso degli Stati membri, che si manifesta in tutti i settori della loro attività, non si potrebbe parlare di effettività dell'ordinamento comunitario, sarebbero dunque messe in discussione la stessa regola del primato e la facoltà dei singoli di far va-

lere direttamente davanti alle giurisdizioni nazionali le posizioni soggettive loro attribuite dal sistema comunitario.

Da questa premessa deriva che la responsabilità di un ente substatuale, territoriale o non territoriale, per violazione di regole comunitarie, la cui base giuridica non può che essere ricondotta all'ordinamento comunitario, in nessun caso può indebolire la effettività della tutela che va garantita ai soggetti portatori di posizioni soggettive di matrice comunitaria pregiudicate dal contegno di enti pubblici substatuali.

La Corte di giustizia si è occupata una prima volta di questo problema nella sentenza *Konle* del 1999 (88). Nel quadro di una controversia tra un privato e l'amministrazione austriaca relativa all'autorizzazione alla vendita di un terreno situato nel Land del Tirolo, il giudice adito si rivolgeva alla Corte nelle forme dell'art. 234 CE chiedendo, tra l'altro, se, in base al regime comunitario della responsabilità degli Stati membri per violazione di regole comunitarie, l'obbligo di cooperazione tra Stati membri e istituzioni di cui all'art. 10 CE poteva considerarsi adempiuto allorché secondo il diritto interno la responsabilità di un Land parte di una struttura federale prevede che, nel caso di violazioni imputabili al Land, il danneggiato possa rivolgersi per il risarcimento unicamente nei confronti di detto Land e non anche nei confronti dello Stato federale nel suo insieme. La Corte ha affermato nella sentenza suddetta che ogni Stato membro ha l'obbligo di garantire che gli individui vengano risarciti dei danni loro derivanti dalla violazione del diritto comunitario indipendentemente dalla natura statale o non statale della pubblica autorità che abbia commesso la violazione e indipendentemente altresì dal soggetto pubblico sul quale l'ordinamento nazionale fa ricadere in concreto l'onere del risarcimento. A questo riguardo la Corte ha precisato che uno Stato membro non può sottrarsi a tale obbligo invocando la ripartizione interna delle competenze. La Corte ha anche precisato che le esigenze del diritto comunitario sono soddisfatte alla sola condizione che le modalità procedurali dell'ordinamento interno permettano la protezione effettiva dei di-

Note:

(85) *Ibidem*, punto 29 della motivazione.

(86) *Ibidem*, punto 39 della motivazione.

(87) Di recente, la Corte di cassazione (sezione lavoro), nella sentenza dell'11 giugno 1998, n. 5846 (in *Foro it.*, I, 2791), ha riconosciuto che l'indennità risarcitoria prevista dal decreto legislativo n. 80 trova la sua causa diretta e immediata nella responsabilità civile dello Stato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, in relazione al fatto illecito dello Stato stesso (ossia, il mancato recepimento nei termini della direttiva 80/987) come fonte di obblighi risarcitori. Ciò costituisce un mutamento d'indirizzo rispetto ai precedenti orientamenti della Cassazione, secondo cui il pregiudizio derivante dal mancato recepimento di una direttiva, pur essendo risarcibile, non si considerava connesso causalmente ad un fatto illecito dello Stato.

(88) Sentenza 1° giugno 1999, causa n. C-312/97, *Konle c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.* 1999, I-3099.

ritti che i singoli traggono dall'ordinamento comunitario, nel senso che far valere questi diritti non deve essere più difficile che far valere diritti loro attribuiti dall'ordinamento interno. Muovendo da queste premesse, la sentenza *Konle* sembra indicare che, negli Stati a struttura federale, l'obbligo risarcitorio previsto in capo ad uno Stato parte di uno Stato federale va considerato, in presenza di certe condizioni di carattere generale, conforme al diritto comunitario, e che, sempre a certe condizioni, possa essere esclusa l'obbligazione dello Stato membro considerato nel suo insieme, secondo una libera scelta compiuta dal medesimo. Questa affermazione però, occorre sottolinearlo, è fatta dalla Corte con specifico riferimento agli Stati a struttura federale e non in termini generali. Ci si deve allora domandare se essa possa essere estesa ai rapporti tra uno Stato membro e qualsiasi altra entità pubblica. Mi sembra che una tale estensione sia legittima purché l'ordinamento nazionale garantisca comunque l'effettività del risarcimento dei danni cagionati da violazioni del diritto comunitario: ciò perché solo in questo modo si assicura il corretto funzionamento dell'ordinamento comunitario nel suo insieme e si permette agli individui di svolgere un ruolo di vigilanza e stimolo a questo riguardo.

La Corte di giustizia ha sviluppato i principi enunciati nella sentenza *Konle* nella successiva sentenza *Haim* del 2000 (89). Nel caso preso in esame in quest'ultima sentenza, un cittadino di uno Stato membro aveva chiesto ad un ente pubblico tedesco l'ammissione all'esercizio della professione di dentista nel quadro del regime convenzionale della cassa di malattia e l'ente respingeva la domanda per il fatto che egli non aveva compiuto in Germania il tirocinio imposto dalla legislazione locale. L'interessato reclamava allora il risarcimento dei danni che aveva subito per il mancato esercizio dell'attività professionale. Il giudice adito chiedeva alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, se, «nel caso in cui un dipendente di un ente di diritto pubblico giuridicamente autonomo di uno Stato membro nel dare applicazione al diritto nazionale nell'ambito di una decisione individuale compia una violazione del diritto comunitario, accanto alla responsabilità dello Stato possa sussistere anche quella dell'organismo di diritto pubblico» (90). Tale quesito riguarda dunque un problema che la sentenza *Konle* non aveva esplicitamente risolto: mi riferisco alla concorrenza della responsabilità dello Stato membro con quella dell'ente pubblico diverso dallo Stato all'origine del pregiudizio. La Corte risponde affermativamente al quesito. In primo luogo, essa osserva che la responsabilità per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili ad una pubblica autorità nazionale costituisce un principio, inerente al sistema del Trattato, che crea obblighi in capo agli Stati membri (91). Si tratta di un principio di portata potenzialmente assai ampia che denuncia il proposito di sviluppare ulteriormente le affermazioni contenute nella sentenza *Konle*. La Corte ribadisce poi concetti già espressi in

detta sentenza, affermando che gli Stati membri devono garantire che i singoli ottengano il risarcimento del danno loro cagionato da soggetti pubblici a causa di violazioni del diritto comunitario indipendentemente dalla natura statale o non statale della pubblica autorità che abbia commesso la violazione e indipendentemente altresì dal soggetto pubblico sul quale l'ordinamento nazionale pertinente fa ricadere in concreto l'onere del risarcimento (92). Inoltre, ricorda che dalla propria giurisprudenza non risulta che «al risarcimento dei danni provocati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario debba necessariamente provvedere lo Stato membro perché i suoi obblighi siano adempiuti», tanto è vero che, per gli Stati a struttura federale, essa ha già statuito (93), come dinanzi si è detto, che il risarcimento non deve necessariamente provenire dallo Stato federale, a condizione però che «le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quelli derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno». La Corte poi introduce nuovi criteri che traggono dalla sentenza *Konle* le implicazioni che questa contiene. In tale prospettiva precisa che il decentramento della responsabilità vale anche per gli Stati membri che non hanno una struttura federale, qualora «talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato»; ciò posto, essa afferma in termini ancora più espliciti che «in tali Stati membri il risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti di ordine interno adottati in violazione del diritto comunitario da un ente di diritto pubblico può... essere garantito da quest'ultimo»; e aggiunge che «il diritto comunitario non osta neppure alla sussistenza della responsabilità di un ente pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario *accanto a quella dello Stato membro stesso*» (94). La Corte conclude la sua motivazione sul punto affermando che «il diritto comunitario non osta a che la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazio-

Note:

(89) Sentenza 4 luglio 2000, causa n. C-424/97, *Haim*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, segnalata in *Corr. giur.*, n. 8/2000.

(90) V. sentenza *Haim*, citata, punto 24.

(91) La Corte si richiama in particolare alle sentenze *Francovich*, *Brasserie du pêcheur*, *British Telecommunications*, *Hedley Lomas*, *Dillenkofer* e *Norbrook Laboratories*, tutte citate.

(92) V. sul punto la sentenza *Konle*, citata, punto 62 della motivazione.

(93) *Ibidem*, punti 63 e 64 della motivazione.

(94) Sentenza *Haim*, punti 31 e 32 della motivazione. Il corsivo è mio.

ne del diritto comunitario *possa sorgere oltre a quella dello Stato membro stesso*» (95).

Il problema centrale che le due sentenze appena menzionate sollevano è quello se, ed eventualmente in quali limiti, sia configurabile una responsabilità di carattere esclusivo in capo ad un ente pubblico substatale o se invece la responsabilità di questi soggetti concorra sempre e necessariamente con quella dello Stato. Se si accoglie questa seconda ipotesi, resta da definire la natura del concorso tra le due responsabilità, nel senso che si deve stabilire se la responsabilità dello Stato sia solidale o sussidiaria rispetto a quella dell'ente substatale.

Le affermazioni contenute nella sentenza *Haim* a questo riguardo non sono prive di una certa dose di ambiguità. Da un lato la sentenza afferma che dalla giurisprudenza della Corte non si può ricavare che al risarcimento dei danni provocati da provvedimenti interni contrastanti col diritto comunitario «debba necessariamente provvedere lo Stato membro perché i suoi obblighi siano adempiuti» e a conferma di questo assunto richiama la sentenza *Konle* riguardante gli Stati membri a struttura federale (96). D'altro lato, poi, essa afferma che negli Stati membri, in cui talune funzioni legislative o amministrative «sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato», il risarcimento può essere garantito da quest'ultimo ente (97). Sembra anche che tale responsabilità decentrata possa in qualche caso essere persino esclusiva (98).

Si tratta però di una lettura che non convince. Si è già detto più volte che la garanzia del risarcimento deve essere *effettiva*. Da ciò consegue che, qualora la conduzione della responsabilità in capo ad enti diversi dallo Stato non garantisca questa effettività, la responsabilità dello Stato non può essere esclusa. La effettività della garanzia riguarda sia il profilo sostanziale del risarcimento, che come si è già visto è in parte disciplinato da principi comunitari, messi in evidenza dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e fondati sulle esigenze di funzionamento del sistema, sia sotto il profilo procedimentale, nel senso che le modalità procedurali previste nell'ordinamento interno per le azioni risarcitorie basate sulla violazione di regole comunitarie non devono rendere le azioni risarcitorie dei singoli più difficili delle analoghe azioni dirette contro lo Stato per far valere diritti derivanti dall'ordinamento interno. Soprattutto tenuto conto di ciò la responsabilità degli Stati membri concorrente con quella di enti pubblici diversi dallo Stato non può essere esclusa, ma ad essa va, a mio avviso, riconosciuta natura sussidiaria destinata di fatto a concretarsi solo in casi eccezionali. Ciascuno Stato, infatti, nell'ambito della sua autonomia può individuare il soggetto pubblico responsabile, come può definire le modalità procedurali dell'azione e le condizioni sostanziali del risarcimento (99), ivi compresa la individuazione del soggetto obbligato: ciò è conforme al criterio della sussidiarietà di cui all'art. 5, comma 2, CE (100).

Si aggiunga che il riconoscimento della responsabilità di enti diversi dallo Stato, come obbligati principali, è in linea con la tendenza - che si manifesta sia a livello comunitario che sul piano nazionale - al trasferimento progressivo delle competenze dello Stato verso organismi periferici. Senza dire che, all'indebolirsi del ruolo dello Stato centrale, conseguente al processo di integrazione europea che implica cospicue cessioni di sovranità all'ente sopranazionale, non può non accompagnarsi, per evidenti ragioni inerenti all'equilibrio del sistema, l'intensificarsi dei rapporti tra le autorità pubbliche substatali e le autorità comunitarie: in questo quadro e secondo questa logica può essere letta anche la previsione della responsabilità degli enti locali sostanzialmente in sostituzione di quella dello Stato. Resta beninteso il limite rappresentato dall'obbligo, che i Trattati pongono a carico dello Stato, di garantire la effettività delle regole comunitarie: laddove tale garanzia si indebolisse perché gli enti substatali non assicurano un tale risultato non potrebbe non riemergere la responsabilità dello Stato. La *regula iuris*, che suggerisco quale criterio per poter stabilire quando sorge, accanto alla responsabilità degli enti diversi dallo Stato, la responsabilità di quest'ultimo, ha, è vero, un certo coefficiente di indeterminatezza, ma occorre considerare che la fonte di tale regola risale alle esigenze di funzionamento del sistema comunitario, e cioè ad un principio generalissimo, cui la giurisprudenza della Corte ha fatto sovente ricorso per completare le lacune del diritto scritto, e che spetterà inevitabilmente ai giudici nazionali individuare, nel confronto con i casi concreti, le modalità e i limiti di tale concorso di responsabilità. Si aggiunga che gli Stati membri, come si è detto più volte, hanno l'obbligo di rendere possibile, anche effettuando ove è necessario appropriati interventi normativi, la operatività di questa responsabilità (sussidiaria) dello Stato e che, se la protezione giurisdizionale

Note:

(95) *Ibidem*, punto 34 della motivazione. Il corsivo è mio.

(96) Punti 29 e 30 della motivazione.

(97) Punto 31 della motivazione.

(98) *Ibidem*, punto 32 della motivazione.

(99) V. la sentenza *Francovich*, citata, punto 43 della motivazione.

(100) Vale la pena di ricordare che gli artt. 11 e 12 della legge 9 marzo 1989, n. 86, contenente «norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari» (*GURI* n. 58 del 10 marzo 1989), nota come «legge La Pergola», attribuiscono poteri sostitutivi allo Stato, nel caso di inadempiamento delle regioni, delle province autonome e degli enti pubblici agli obblighi loro derivanti dal diritto comunitario. Palesemente tali disposizioni si ispirano alla stessa logica e alle stesse esigenze che stanno alla base della *garanzia sussidiaria* dello Stato rispetto agli obblighi risarcitori per violazione di regole comunitarie gravanti su enti substatali. Sul punto, v. V. Guizzi, *La legge La Pergola n. 86/89. Una impostazione nuova nel circuito decisionale e operativo Italia-Comunità*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, 3; A. Ruggieri, *Prime osservazioni sul riparto delle competenze Stato-regioni e della legge comunitaria nel sistema delle fonti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1991, 711.

dei singoli non è effettiva in assenza di tali interventi e se nonostante ciò gli Stati membri omettono di adottare le misure necessarie, si potrebbe configurare con riferimento a questa omissione un'ipotesi di responsabilità dello Stato per omissione di attività normativa.

Non ritengo che la presa in conto, per definire il rapporto tra la responsabilità dello Stato e quella di soggetti pubblici diversi dallo Stato legate alla stessa attività, del diritto comunitario derivato - che ha previsto la responsabilità di enti diversi dallo Stato in materia di appalti pubblici, e in particolare della già citata direttiva 89/665 - possa inficiare le conclusioni cui ora sono pervenuto. Detta direttiva prevede, è vero, il diritto delle persone lese dalla violazione delle regole che disciplinano la aggiudicazione degli appalti pubblici ad ottenere un risarcimento dei danni: ciò è affermato in termini espliciti in diverse sue disposizioni (101).

La stessa direttiva sembra indicare il soggetto responsabile nella «amministrazione aggiudicatrice», dal momento che è a questa che risalgono le violazioni del diritto comunitario dalle quali possono scaturire i danni per i partecipanti alle gare: la direttiva fa infatti riferimento ripetutamente alle autorità aggiudicatrici, i cui atti possono essere viziati e pregiudicare gli interessi dei concorrenti agli appalti. La stessa direttiva però non esclude che, accanto alla responsabilità delle autorità pubbliche direttamente coinvolte nelle procedure di appalto, possa configurarsi anche la responsabilità, beninteso sussidiaria, dello Stato quale garante ultimo della effettività della tutela che l'ordinamento comunitario deve assicurare ai singoli. Nella fattispecie *de qua* si può anche immaginare una base legale diversa per la responsabilità dello Stato, riconducibile all'obbligo dello Stato di dare esecuzione alla direttiva (102); si può, in altri termini, ipotizzare che il fatto che le amministrazioni aggiudicatrici non assicurino la piena tutela delle posizioni individuali sia ascrivibile alla difettosa attuazione della direttiva: in tal caso sussisterebbe la responsabilità dello Stato per l'omessa corretta attuazione della direttiva, vale a dire una responsabilità per attività normativa del tutto autonoma rispetto alla responsabilità, eventualmente concorrente, delle amministrazioni aggiudicatrici.

Posto dunque che, secondo la giurisprudenza della Corte che sin qui è stata analizzata, la responsabilità dello Stato (dandosi al termine Stato una portata omnicomprendente, che ne abbraccia tutte le articolazioni) per il risarcimento dei danni causati a privati dalla violazione di regole comunitarie può far capo anche ad un soggetto pubblico diverso dallo Stato, occorre portare l'attenzione su tale nozione e innanzi tutto domandarsi se per qualificare un organismo come ente pubblico diverso dallo Stato occorre riferirsi al diritto comunitario oppure al diritto nazionale. Se, come sembra corretto fare, si muove dal presupposto, ripetutamente confermato nella giurisprudenza della Corte, che spetta agli Stati membri disciplinare non solo gli aspetti procedurali ma anche quelli sostanziali della responsabilità, è giustificato concludere nel senso

che sono gli ordinamenti degli Stati membri che identificano il soggetto obbligato. Considerato tuttavia che esiste una gamma amplissima di soggetti che gli ordinamenti nazionali qualificano come pubblici e che per di più la nozione di soggetto pubblico è estranea a certi ordinamenti e considerata altresì l'esigenza di assicurare, nei limiti del possibile e per lo meno tendenzialmente, la uniformità del regime della responsabilità dello Stato verso i singoli per violazione di regole comunitarie, è ragionevole ricercare se esistano anche parametri comunitari per la identificazione dei soggetti pubblici, parametri destinati a costituire la cornice non superabile entro i cui limiti deve operare il legislatore nazionale (103).

Non mi sembra che si possano trarre sicure indicazioni di portata generale sulla nozione comunitaria di organismo pubblico diverso dallo Stato dalle varie direttive in materia di appalti pubblici (104). Tali direttive definiscono le amministrazioni aggiudicatrici diverse dallo Stato e nel contempo prevedono, come si è visto in termini abbastanza trasparenti, la responsabilità di tale entità per le violazioni del diritto comunitario da esse compiute nella gestione delle procedure di gara. In queste direttive figura una disposizione, formulata sempre negli stessi termini, che stabilisce quanto segue: «ai fini della presente direttiva si intendono per... b) *amministrazioni aggiudicatrici* diverse dallo Stato gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico. Per *organismo di diritto pubblico* si intende qualsiasi organismo: - istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e - avente personalità giuridica, e - la cui attività è finanziata in modo

Note:

(101) V. sul punto gli artt. 1, par. 2, 2, par. 1, lett. c), 5 e 6, comma 2, della direttiva 89/665, citata.

(102) Possano trarsi argomenti in tal senso dalle sentenze *Dorsch Consult, Tögel ed HI*, citate, che ammettono espressamente la possibilità per gli operatori interessati di invocare la responsabilità dello Stato in caso di mancato, od incompleto, recepimento in diritto interno dei sistemi di protezione giuridica instaurati dalle direttive «ricorsi».

(103) Ricordo, ad ogni buon conto, che la giurisprudenza della Corte ha sempre dato una lettura molto ampia della nozione di «Stato». Così, nella sentenza 12 luglio 1990, causa n. C-188/89, *Foster e a.*, in *Racc.* 1990, I-3313, punto 20 della motivazione, la Corte ha ritenuto che rientri in tale nozione «un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli».

(104) Si tratta, allo stato attuale, delle direttive del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*GUCEL* 209 del 24 luglio 1992, p. 1) e del 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*GUCEL* 199, del 9 agosto 1993, p. 1), 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*GUCEL* 199 del 9 agosto 1993, p. 54), e 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*GUCEL* 199 del 9 agosto 1993, p. 84).

maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo amministrativo, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico». In tale direttiva figurano poi, in un apposito allegato, gli elenchi, riferiti a ciascun Paese membro, degli organismi o categorie di organismi cui le direttive sono applicabili (105). Se si porta l'attenzione sulle funzioni degli enti che figurano negli elenchi suddetti e sulla collocazione di questi enti rispetto allo Stato, si può osservare che gli elementi essenziali che li accomunano sono riassumibili nel fatto che la loro attività è finanziata in tutto o almeno in larga parte dallo Stato o da altre entità pubbliche e nel fatto che la loro gestione è sottoposta ad una qualche forma di controllo pubblico (106).

Considerato il carattere settoriale delle fonti ora richiamate, sarebbe, credo, arbitrario ricavarne sostanziose indicazioni di carattere generale. Può solo dirsi che, tendenzialmente, in presenza degli anzidetti elementi uno Stato membro non potrebbe escludere la natura pubblica dell'organismo e, correlativamente, la propria responsabilità (peraltro solo eventuale) per il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da enti di questo tipo.

Ad una diversa conclusione non si può, a mio avviso, pervenire neppure sulla base della più recente giurisprudenza della Corte relativa ai seguiti del caso *Francovich*. In particolare, nella sentenza *Palmisani*, già citata, la Corte dà atto del fatto che l'attrice aveva lamentato che l'art. 2, n. 7, del d.lgs. n. 80 del 27 gennaio 1992 lascerebbe sussistere «un'incertezza quanto al soggetto di diritto pubblico tenuto a risarcire il danno», ma rinuncia a prendere posizione sulla questione limitandosi ad osservare che il procedimento pregiudiziale «istituisce una cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento non contenzioso, estraneo ad ogni iniziativa delle parti...» e che, nella fattispecie, il giudice a quo «nella sua ordinanza aveva espressamente respinto le affermazioni della ricorrente» relative alla asserita incertezza quanto al soggetto pubblico obbligato al risarcimento (107). La Corte, quindi, si pone sul terreno della identificazione del soggetto responsabile del danno e tenuto al risarcimento, ma si trincerava dietro la funzione propria del procedimento pregiudiziale che le precluderebbe la possibilità di occuparsi della individuazione del soggetto autore del danno e perciò obbligato al risarcimento. Ora, nella prospettiva che qui interessa, non può trarsi alcun argomento da una simile affermazione puramente formale. Può avere invece rilievo quello che la Corte non ha ritenuto di affermare, e cioè il fatto che essa non abbia riconosciuto la qualità dell'INPS come soggetto responsabile del danno ma solo come soggetto che, secondo il legislatore italiano, è passivamente legittimato rispetto alle azioni risarcitorie ed è altresì incaricato di effettuare, all'esito di queste, il pagamento degli indennizzi qualora ne vengano accertati i presupposti. L'obbl-

go risarcitorio, dunque, incombe sullo Stato che deve assicurare la tutela effettiva dei soggetti lesi (di qui l'esigenza che, quando il danno è stato cagionato da un ente pubblico diverso dallo Stato, tale responsabilità persista quanto meno a titolo sussidiario), ciò che evidentemente limita la libertà dello Stato-legislatore quando disciplina la materia. Senza dire che l'esercizio della potestà normativa è in ogni caso subordinato anche ad un limite ulteriore, dal momento che il regime nazionale delle azioni risarcitorie connesse a violazioni del diritto comunitario non può comunque essere meno favorevole di quello applicabile ad analoghe azioni di natura interna. Tornando alla nozione di ente pubblico diverso dallo Stato ed all'interrogativo se vi siano, nell'ordinamento comunitario, dei parametri giurisprudenziali o di diritto positivo che limitano la libertà degli Stati membri di fissare le regole per la individuazione di soggetti pubblici responsabili diversi dallo Stato e di definire il regime della responsabilità loro applicabile, mi sembra che la conclusione, cui si perviene dopo questo lungo excursus sulle fonti in qualche modo pertinenti e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia nel senso che, anche nella più limitata prospettiva degli organismi di diritto pubblico diversi dallo Stato, l'ordinamento comunitario in ogni caso impone agli Stati membri di garantire la tutela effettiva delle posizioni individuali di origine comunitaria. Rimangono peraltro - e di questo sono consapevole - molte zone d'ombra nella qualificazione dei soggetti responsabili dei danni cagionati ai singoli in seguito a violazioni del diritto comunitario. Che dire, ad esempio, della responsabilità dei concessionari privati di pubblici servizi? Questi rivestono sicuramente un ruolo importante nell'ambito del diritto comunitario (108), e parte-

Note:

(105) Per l'Italia vengono indicati come organismi di diritto pubblico la sola Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno e come categorie di organismi gli enti portuali e aeroportuali, i consorzi per le opere idrauliche, le università statali, gli istituti universitari statali, i consorzi per i lavori interessanti le università, gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologi, gli enti di ricerca e sperimentazione, le istituzioni pubbliche di previdenza e assistenza, gli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza, i consorzi di bonifica, gli enti di sviluppo o di irrigazione, i consorzi per le aree industriali, le comunità montane, gli enti preposti a servizi di pubblico interesse, gli enti preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero e gli enti culturali e di promozione artistica.

(106) V. al riguardo l'analisi di G. Marchegiani, *Gli organismi di diritto pubblico e le associazioni nella normativa comunitaria in materia di appalti*, in *Rivista di diritto europeo*, 1988, 750 ss. Questo Autore individua l'elemento che giustifica la responsabilità dello Stato per congegni di soggetti sostanziali nell'esistenza di una connessione strutturale tra il loro bilancio e quello dello Stato.

(107) Sentenza *Palmisani*, punto 31 della motivazione.

(108) Basti pensare all'enfasi con cui l'art. 16 CE parla dei «servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale» ed all'importanza delle disposizioni derogatorie concernenti le «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale» (art. 86, par. 2, CE).

cipano spesso all'esercizio di attività *lato sensu* pubbliche, o comunque inerenti alla potestà d'imperio dello Stato. Escluderne *a priori* la responsabilità sembra dunque incompatibile col criterio dell'*effettività* della protezione giuridica che ai singoli deve essere garantita nell'ipotesi di danni loro cagionati da detti concessionari in violazione di regole comunitarie attributive di diritti, come, ad esempio, quelle sulla concorrenza.

Segue: d) la responsabilità dello Stato nell'ambito del regime degli aiuti

Nel settore degli aiuti di Stato la responsabilità dei soggetti pubblici presenta profili di particolare interesse. La comunicazione della Commissione del 1995 sulla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato (109) affronta espressamente la questione delle eventuali pretese risarcitorie avanzate dalle imprese concorrenti rispetto alle imprese beneficiarie degli aiuti, individuandone la base legale nei principi enunciati nella sentenza *Franovich*. L'obbligo risarcitorio *de quo* esiste certamente in capo al soggetto pubblico che eroga l'aiuto, ma non si può escludere che sia anche ravvisabile, a certe condizioni, in capo al beneficiario dell'aiuto illegittimo, benché la Corte non si sia pronunciata chiaramente in questo senso nella sua giurisprudenza.

Per quanto riguarda, in primo luogo, la responsabilità dello Stato membro considerato, il riferimento alla sentenza *Franovich* va esteso logicamente anche alla sentenza *Brasserie du pêcheur* e riguarda il principio della piena efficacia delle norme comunitarie.

La regola in questione presuppone che l'ordinamento comunitario attribuisca ai singoli delle posizioni soggettive, la cui integrità è garantita dagli strumenti processuali apprestati dagli ordinamenti nazionali. Occorre dunque stabilire, in tema di aiuti, quali disposizioni hanno effetto diretto, di maniera che la loro inosservanza da parte delle autorità nazionali può essere sanzionata attraverso il riconoscimento della loro responsabilità. Si tratta dell'art. 87, par. 1, CE, che fissa la nozione di aiuto, cui è collegato il sorgere di taluni obblighi per gli Stati, ed essenzialmente dell'obbligo di denunciare gli aiuti alla Commissione affinché questa stabilisca se e in che limiti siano compatibili con il mercato comune. Si tratta poi dell'art. 88, par. 3, CE, che definisce il procedimento che Stati e Commissione devono seguire in materia e in particolare prevede l'obbligo degli Stati di notificare i progetti di aiuti alla Commissione e quello correlativo di non dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedimento abbia condotto ad una decisione finale.

Nell'ambito delle procedure relative all'erogazione degli aiuti di Stato ed ai controlli amministrativi e giurisdizionali su tali operazioni, può accadere che le autorità nazionali, violando le pertinenti regole comunitarie, cagionino danni sia ai soggetti cui le erogazioni siano ingiustamente rifiutate sia ai concorrenti dei soggetti illegitti-

mamente beneficiari delle erogazioni. Questi ultimi possono essere pregiudicati in vario modo: sia dalla corresponsione di aiuti non notificati sia da quella di aiuti notificati ma poi erogati prima che fosse intervenuto il riconoscimento della loro compatibilità col mercato comune da parte della Commissione. Nel primo caso le autorità nazionali, erogando gli aiuti, violano quanto meno l'obbligo di notificarli previamente alla Commissione; nel secondo, violano più specificatamente l'art. 88, par. 3, ultima parte, CE, che impone loro di non erogare aiuti prima che la loro compatibilità col Trattato sia stata accertata con una decisione che interviene all'esito di un'apposita inchiesta nel corso della quale la stessa Commissione sente tutti gli interessati. Quest'ultima disposizione è di effetto diretto come l'art. 87, par. 1, CE, di guisa che i singoli possono invocare sia l'una che l'altra davanti ai giudici nazionali.

Il soggetto pregiudicato dell'erogazione illegittima di un aiuto notificato potrà pertanto far valere davanti ai giudici nazionali la violazione delle anzidette disposizioni di applicazione diretta e reclamare, su questa base, dall'autorità pubblica, che ha effettuato tale erogazione, il risarcimento dei danni subiti. Essendosi la pubblica autorità resa responsabile della inosservanza di un obbligo di astensione, per il cui adempimento non dispone di alcun margine di apprezzamento, i danneggiati avranno titolo al risarcimento dimostrando semplicemente il legame causale tra tale violazione ed il pregiudizio subito; non dovranno quindi fornire alcuna prova in ordine alla gravità dell'infrazione.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, un'eventuale responsabilità dell'impresa beneficiaria dell'aiuto, che non abbia, ad esempio, verificato, facendo uso della necessaria diligenza, se quest'ultimo sia stato eseguito secondo la procedura prevista dall'art. 88, par. 3, CE, la Corte svolge, nella sentenza *SFEI* (110), un ragionamento formale, fondandosi essenzialmente sul rilievo che il sistema di controllo degli aiuti di Stato, istituito dall'art. 88, par. 3, CE, riguarda specificamente lo Stato membro e non impone alcun obbligo al beneficiario dell'aiuto. Da ciò la Corte deduce che il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per far sorgere la responsabilità del beneficiario che non abbia verificato se l'aiuto ricevuto fosse stato previamente notificato alla Commissione. Nonostante la sua formulazione in termini ampi e generali, questo ragionamento non sembra tale da escludere, in tutti i casi, la possibilità di riconoscere sulla base del diritto comunitario la responsabilità dell'impresa beneficiaria unitamente a quella dell'ente pubblico erogante. In effetti, se è vero che l'obbligo di notifica e quello di non erogare gli aiuti pri-

Note:

(109) GUCE C 312 del 23 novembre 1995, p. 8.

(110) Sentenza 11 luglio 1996, causa n. C-39/94, *Syndicat français de l'Export international (SFEI)*, in *Racc.* 1996, I-3547.

ma della decisione finale della Commissione riguardano esclusivamente gli Stati membri, non è meno vero che la detta disposizione ha natura solo procedurale, volta com'è a definire le modalità di applicazione del divieto generale di aiuti di Stato (divieto che comunque è accompagnato da talune deroghe), enunciato nell'art. 87, par. 1, CE. Ora, è giustificato domandarsi se quest'ultima disposizione si rivolga esclusivamente agli Stati membri o se, tenuto conto del suo collegamento col successivo art. 87, par. 3, CE, essa vada piuttosto interpretata nel senso che impone anche alle imprese beneficiarie dell'aiuto un obbligo di diligenza almeno per ciò che riguarda il rispetto della procedura istituita dal Trattato. Tale questione non è affrontata dalla Corte, che non prende posizione sulla portata e sugli effetti dell'art. 87, par. 1, CE, nel quadro del sistema di controllo comunitario degli aiuti di Stato. In effetti, la protezione dei diritti dei terzi sembra, secondo la giurisprudenza, trovare il suo fondamento nell'art. 88, par. 3, CE. La Corte infatti si limita ad affermare esplicitamente la diretta applicabilità dell'art. 88, par. 3, ultima frase, CE, ed a sottolineare che spetta ai giudici nazionali garantire alle imprese il rispetto dell'obbligo di notifica degli aiuti, nonché il rispetto del connesso divieto di versare gli aiuti prima della decisione finale della Commissione. Tuttavia, occorre notare che la Corte implicitamente riconosce l'efficacia diretta dell'art. 87, par. 1, quando ammette che il giudice nazionale può applicare (e quindi interpretare) tale disposizione, in particolare per quanto riguarda la portata della nozione di aiuto, al fine di garantire il rispetto della prescrizione di cui all'art. 88, par. 3, CE (111). In realtà, lo speciale ruolo del giudice nazionale, consistente nell'assicurare il rispetto delle disposizioni di ordine procedurale dell'art. 88, par. 3, CE, è indissociabile dall'applicazione, da parte dello stesso giudice, dell'art. 87, par. 1, CE, che enuncia il principio generale del divieto di aiuti di Stato, principio che può essere fatto valere dalle imprese concorrenti nei confronti, soprattutto, del soggetto pubblico erogatore dell'aiuto, sempre, beninteso, che ricorrano le condizioni previste all'art. 88, par. 3 (112).

Considerazioni conclusive

Da tutto quanto sin qui detto risulta che la responsabilità degli Stati verso i singoli per violazione di regole comunitarie è sottoposta ad una disciplina di natura composita, nel senso che le sue *linee generali*, tanto quelle relative al procedimento quanto quelle relative ai profili sostanziali, sono dettate dall'ordinamento comunitario, mentre per il resto occorre riferirsi ai diritti nazionali che vengono in considerazione secondo i criteri di collegamento applicabili. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha ormai formulato al riguardo un complesso articolato di regole che si impongono agli Stati membri. Ne deriva che il diritto nazionale ha in materia un ruolo *subordinato*, nel senso che esso si applica nei limiti in cui è coerente rispetto alle regole comunitarie. La Corte ha

affrontato questo tema in tempi relativamente recenti ed essenzialmente con riguardo alla responsabilità derivante da attività normative, attività, queste, che beninteso sono riferibili sia allo Stato che ad entità substatali aventi la relativa competenza. La ragione del carattere tardivo e parziale di questo intervento su di un tema certamente assai importante sta nel fatto che solo alcuni Stati membri conoscono la responsabilità da attività normative, istituto che viceversa è iscritto nei Trattati per quanto riguarda la responsabilità della Comunità. È evidente che, in questo stato di cose, i regimi nazionali della responsabilità non offrivano in tutti i Paesi membri la garanzia della tutela effettiva delle posizioni soggettive di matrice comunitaria di fronte a violazioni del diritto comunitario ascrivibili alle autorità pubbliche nazionali e che in ogni caso tale garanzia si presentava quanto meno frammentata e differenziata nei diversi ordinamenti in contrasto con l'esigenza di assicurare in tutta l'area comunitaria una tutela sostanzialmente equivalente a tutti gli individui di fronte all'operato delle autorità pubbliche. Gli aspetti più significativi del regime comunitario della responsabilità sono, come si è visto, la risarcibilità delle lesioni di posizioni soggettive diverse dai diritti soggettivi e la responsabilità sussidiaria dello Stato rispetto al risarcimento dei danni cagionati da soggetti pubblici substatali.

In questo quadro, come va letta l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui spetta agli Stati definire i profili procedurali e sostanziali della loro responsabilità per violazione di regole comunitarie? Vi è contraddizione tra questo assunto e le conclusioni cui si è pervenuti e che peraltro rispecchiano affermazioni della stessa Corte? Se contraddizione vi è, si tratta sicuramente di una contraddizione solo apparente. Occorre infatti al riguardo considerare che il regime complessivo (composito) della responsabilità dello Stato riflette la contrapposizione tra due esigenze: quella di assicurare l'autonomia degli Stati membri in omaggio al principio di sussidiarietà e quella di garantire un trattamento il più possibile uniforme ai singoli che subiscono lesioni della propria sfera giuridica per effetto di violazioni, da parte di autorità pubbliche, di norme comunitarie, cioè di norme che in quanto tali sono chiamate a produrre gli stessi effetti senza discriminazioni tra i destinatari in tutta l'area comunitaria. È persino superfluo rammentare che la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia - che rappresenta la straordinaria novità del sistema dei Trattati - ha garantito l'unità dell'ordinamento comunitario ed ha permesso la enunciazione di principi fondamentali come quello del primato, talvolta anche attraverso la forzatura della lettera dei testi tanto

Note:

(111) Sentenza *SFEI*, punto 49 della motivazione.

(112) V. A. Saggio, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, 1.

da suscitare la reazione degli Stati (113). Le suddette contrastanti esigenze trovano conciliazione quando si riconosce priorità all'esigenza di assicurare la effettività delle regole comunitarie di fronte a quella di rispettare l'autonomia degli Stati membri. In altri termini, garantire l'effettività delle regole comunitarie che attribuiscono ai singoli posizioni soggettive si risolve in un limite alla autonomia degli Stati membri. Di questo limite devono tener conto le autorità di questi Stati, ivi comprese quelle legislative e quelle giudiziarie, a tutti i livelli.

Postilla sul regime della responsabilità dei singoli per violazione di regole comunitarie

Questa relazione ha un ambito ben limitato. Essa esamina il regime della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario: il tema della responsabilità dei singoli è quindi fuori dai suoi obiettivi. Tuttavia, probabilmente non è inutile chiedersi, quanto meno per proporre una visione d'insieme del tema della responsabilità secondo il diritto comunitario, se questo diritto non intervenga anche a disciplinare, in tutto o in parte, il regime della responsabilità dei singoli per violazione di regole comunitarie. Le ipotesi possibili di tale responsabilità sono molteplici e interessano settori disparati dell'ordinamento. Basti ricordare la responsabilità delle imprese che violano le disposizioni in materia di concorrenza e in questo modo cagionano danni ad altre imprese. La giurisprudenza della Corte sin qui non ha affrontato in modo espresso la questione. Penso tuttavia si possa affermare, in termini molto generali, che le ragioni che stanno alla base della natura comunitaria di una parte importante del regime giuridico della responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario non possano non valere anche per la responsabilità degli individui collegata sempre alla inosservanza di regole comunitarie: mi riferisco essenzialmente alla esigenza di garantire la effettività delle posizioni giuridiche soggettive fondate sul diritto comunitario. Tale esigenza essendo inerente al sistema ricorre evidentemente anche quando chi cagiona il pregiudizio è un privato: ciò che qualifica tale situazione è infatti la circostanza che il pregiudizio consegue al mancato rispetto dell'ordinamento comunitario, con la ovvia implicazione che il ripristino del corretto funzionamento del diritto comunitario violato avviene nel modo più efficace quando è lo stesso ordinamento comunitario a dettare le regole, sia sostanziali che processuali, del meccanismo risarcitorio. Si aggiunga che ciò consente di garantire che l'azione dei giudici nazionali, chiamati a pronunciare sulle domande risarcitorie, sia uniforme quanto meno nei suoi tratti essenziali in tutta l'area comunitaria, evitando così ingiustificate discriminazioni legate alla localizzazione del danno.

Se, come detto, la giurisprudenza sin qui non si è occupata di questo problema, questo viene tuttavia affrontato dall'avvocato generale Van Gerven nelle conclusioni presentate, il 27 ottobre 1993, nella causa n. C-128/92, *Banks* (114). Egli ritiene che dall'insieme della giurispru-

denza della Corte, e soprattutto da quella relativa alla responsabilità della Comunità, possa trarsi una folta serie di indicazioni quanto agli elementi di matrice comunitaria del regime della responsabilità dei singoli ed individua il fondamento di tale responsabilità essenzialmente nell'esigenza di garantire la effettività dell'ordinamento comunitario (115).

Se però è indubitabile che esiste un parallelismo fra il regime della responsabilità degli Stati, da un lato, e degli individui, dall'altro, per inosservanza del diritto comunitario, non mi sembra che possa trattarsi di un parallelismo perfetto, tenuto conto del fatto che le ragioni che hanno condotto a limitare la responsabilità degli Stati, soprattutto richiedendo una violazione caratterizzata dalle regole comunitarie nel senso che in precedenza è stato chiarito, non possono valere rispetto alla responsabilità di un soggetto privato.

Note:

(113) Cfr. la decisione della Corte costituzionale tedesca del 12 ottobre 1993, già citata. Recentemente, tuttavia, la stessa Corte sembra abbandonare, o quanto meno attenuare, questa posizione. V. la decisione del 7 giugno 2000 sulla conformità del regime comunitario del commercio delle «banane» alla Costituzione tedesca, in cui la Corte ha considerato irricevibile il quesito pregiudiziale perché nell'ordinanza di rinvio non veniva dimostrato che l'evoluzione del diritto comunitario comportava un abbassamento, rispetto al parametro costituzionale, del livello di tutela dei diritti fondamentali. Il riferimento ai soli diritti fondamentali sembra suggerire un ritorno alla giurisprudenza precedente la sentenza del '93.

(114) In *Racc.* 1994, I-1212, punti 36-54.

(115) V. W. Van Gerven, *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1993, 1.

Danni da contagio

Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità

di UMBERTO IZZO (*)

L' intervento fa il punto sul problema della qualificazione giuridica della responsabilità gravante sulla struttura sanitaria cui afferisce il centro trasfusionale incaricato di curare la preparazione, il controllo, la conservazione e la fornitura del sangue impiegato a fini trasfusionali. Vengono evidenziati alcuni interrogativi che attengono al rapporto che s'instaura fra l'uso giudiziale delle presunzioni e le regole sostanziali maneggiate dalle Corti, in un settore in costante evoluzione come quello della responsabilità per l'esercizio di attività sanitarie.

Introduzione

Dopo essere stato diffusamente analizzato in dottrina (1), il danno da contagio post-trasfusionale comincia ad essere protagonista di un manipolo crescente di pronunce giurisprudenziali anche alle nostre latitudini, con un *decalage* quasi decennale rispetto ai tempi in cui azioni risarcitorie di questo tipo, promosse soprattutto in conseguenza di episodi di contagio determinati dal virus HIV (e dunque, in ragione della particolare cronistoria di questo virus, non prima del 1985), hanno cominciato a distillare precedenti in serie nei principali paesi industrializzati (2). L'ennesima, indiretta, conferma di una macchina giudiziaria che scinde sistematicamente l'anima formale del diritto dal suo risvolto effettuale, proiettando l'esito dell'azione in giudizio al di là del prisma del *delai reasonable*? Forse.

Giova ricordare a tal fine che la drammatica valenza della «posta in gioco» nelle azioni risarcitorie proposte da soggetti portatori di virus invalidanti ed ingravescenti rende particolarmente severa la valutazione che viene fatta a Strasburgo sui tempi di definizione di questo tipo di azioni (3).

In attesa di conoscere l'esito dell'appello interposto dall'avvocatura dello stato avverso Trib. Roma 27 novembre 1998 (4), ove il ministero della sanità, con sentenza parziale sull'*an* della responsabilità, dopo esser stato giudicato colpevole d'aver negligenemente esercitato i suoi poteri istituzionali e regolamentari in tema di emovigilanza a cavallo della metà degli anni ottanta, è stato condannato a risarcire 395 emofilici e politrasfusi italiani vittime del contagio per via ematica nel corso di quel decennio, una recente sentenza di merito offre il destro per fare il punto sul problema della qualificazione giuri-

dica della responsabilità gravante sulla struttura sanitaria cui afferisce il centro trasfusionale incaricato di curare la raccolta, la preparazione, il controllo, la conservazione e la fornitura (al medico, che ne cura la somministrazione al paziente) del sangue impiegato a fini trasfusionali (5). Ma non solo: la lettura di questa sentenza, come vedremo in queste colonne, innesca alcuni interrogativi cruciali, che attengono al delicato rapporto che s'instaura fra l'uso giudiziale delle presunzioni e le regole sostanziali maneggiate dalle Corti, in un settore in costante evoluzione come quello della responsabilità per l'esercizio di attività sanitarie.

Note:

(*) Università di Trento - izzo@alpha.jus.unitn.it

(1) Indicazioni nella nota di richiami che correda il testo di App. Firenze, 7 giugno 2000, pubblicata in questo numero della *Rivista*, 297.

(2) Un riscontro comparatistico è nei contributi raccolti in E. A. Feldman, R. Bayer (eds.), *Blood Feuds: Aids, Blood, and the Politics of Medical Disasters*, New York - Oxford, 1999; si veda altresì E. A. Feldman, *Blood Justice: Courts, Conflict, and Compensation in Japan, France, and the United States*, in 34 *Law & Soc'y Rev.* 201 (2001).

(3) Sul punto, U. Izzo, *La «posta in gioco» e la ragionevole durata del processo nelle azioni promosse per il risarcimento del danno da contagio da HIV*, in questa *Rivista*, 1999, 190. Le cronache, per inciso, hanno dato notizia nell'autunno del 2000 che lo Stato italiano è stato condannato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ad indennizzare centinaia di attori del procedimento promosso davanti al Tribunale di Roma nei confronti del Ministero della Sanità, per l'irragionevole durata raggiunta dalla procedura, avviata nel 1993 ed attualmente in fase di appello.

(4) Pubblicata in questa *Rivista*, 1999, 214, con nota di U. Izzo, *La responsabilità dello stato per il contagio da HIV ed epatite di emofilici e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile*.

(5) Si tratta di App. Firenze 7 giugno 2000, cit.

Un caso emblematico

Partiamo dal retroscena in fatto della sentenza che propizia questa riflessione, una pronuncia parziale sull'an della responsabilità. Un paziente, ricoverato in stato di shock emorragico presso l'ospedale di Arezzo alla fine del novembre 1989, riceve la trasfusione di ben tredici sacche di sangue. A distanza di qualche mese dalle dimissioni, il paziente accusa malesseri che lo costringono ad un nuovo ricovero, in occasione del quale il malcapitato manifesta i valori clinici che accompagnano l'insorgere di un'infezione epatica (transaminasi fuori dalla norma) e scopre d'essere affetto da epatite C attiva.

Il rapporto eziologico fra gli episodi trasfusionali e l'insorgenza dell'infezione virale viene avallato dalla Commissione Medica Ospedaliera, che visita il paziente quando egli chiede di essere ammesso a fruire dei benefici indennitari attribuiti dalla legge 210/92 ai soggetti danneggiati in modo irreversibile dall'insorgere di un'epatite post-trasfusionale. L'accertamento amministrativo consegue, in effetti, ad un quadro nosologico-indiziario che prospetta una cronologia dell'incubazione del virus dell'epatite C (infezione/primi sintomi) pienamente compatibile con la tempistica standard avvalorata in letteratura medica, che nella circostanza appare ulteriormente corroborata dalla disponibilità di accertamenti clinici attestanti come, all'atto del suo primo ricovero, il paziente recasse valori epatici nella norma e fosse dunque (verosimilmente) immune da pregresse complicanze epatiche. Munito di questi indici presuntivi sulla probabile causa della sua infezione, il paziente adisce la giustizia per ottenere il risarcimento del danno da contagio dalla USL di afferenza del centro trasfusionale (fornitore delle sacche del sangue trasfusogli), imputando l'accaduto all'omessa e/o negligente effettuazione di controlli sul liquido ematico da parte dei medici operanti nella struttura trasfusionale dell'ente.

La difesa della USL convenuta (e dell'assicuratore di quest'ultima) s'incetra subito su due elementi: da un canto, viene contestata l'incapacità attorea di soddisfare l'onere della prova relativo al nesso di causalità materiale fra la trasfusione ed il contagio, dall'altro, si sottolinea in via subordinata che il contagio, quand'anche fosse ritenuto causalmente riferibile alle trasfusioni, non potrebbe che essere ascritto ad una causa non imputabile all'ente convenuto, attesa la conclamata impossibilità di effettuare all'epoca delle trasfusioni (si era nel novembre 1989) un controllo sierologico atto ad accertare la presenza del virus dell'epatite C nel sangue donato, misura precauzionale che infatti, sottolinea la difesa, non era imposta dalla normativa vigente all'epoca dei fatti.

In sede istruttoria la CTU accerta che i nominativi corrispondenti ai numeri (riportati in cartella clinica) identificanti le sacche di sangue trasfuse nell'occasione corrispondono a donatori che negli anni successivi all'accaduto hanno regolarmente continuato a donare il proprio sangue, senza mai rivelare la propria positività al test per l'epatite C. La prova attorea del nesso di causalità mate-

riale non è raggiunta ed il giudizio si chiude in primo grado col rigetto della domanda.

La pronuncia in discorso prende le mosse proprio da questo capo della sentenza impugnata. I giudici d'appello confutano subito i presupposti fattuali dell'accertamento istruttorio compiuto sui donatori in primo grado: se la cartella clinica attestava la trasfusione al paziente di 13 sacche di sangue, l'accertamento peritale ha potuto dare esito negativo solo nei confronti di 11 donatori, poiché due delle 13 sacche trasfuse al paziente, non essendo state annotate in cartella clinica con l'indicazione del loro numero identificativo, hanno impedito al perito di risalire all'identità di coloro che le avevano donate. Questa lacuna conoscitiva travolge il valore probatorio dell'accertamento peritale compiuto in prime cure. E - come vedremo fra un attimo - diventa l'asse su cui la sentenza in rassegna sviluppa il suo impianto argomentativo, per rovesciare l'esito assegnato alla controversia in primo grado. I giudici fiorentini mostrano di attribuire un valore preciso (e nel contempo decisivo) ad un riscontro probatorio viziato d'incompletezza: il fatto che la documentazione relativa all'evento trasfusionale rechi sacche non numerate e quindi anonime appare alla Corte un indice inferenziale sufficiente per concludere che «il sangue [non] era, al momento delle trasfusioni, 'rigorosamente' controllato». La motivazione a tal fine passa in rassegna la copiosa normativa emanata all'indomani dell'entrata in vigore della legge 107/90, per desumere la presa d'atto legislativa dei rischi sottesi all'atto trasfusionale, e non già per imputare l'inosservanza delle norme richiamate ai sanitari responsabili della fornitura del sangue trasfuso all'attore: si era infatti nel 1989 e l'apparato normativo richiamato era di là dall'essere promulgato. Lo scopo di questo monitoraggio sulla densa *regulation* in tema di attività trasfusionale dispiegatasi ministerialmente in anni successivi al verificarsi dei fatti di causa è invece quello di corroborare un sillogismo retrospettivo: se è vero che di lì a poco il legislatore avrebbe imposto l'adozione di un rigoroso apparato di cautele per neutralizzare il rischio di contagio, i sanitari addetti al centro trasfusionale all'epoca dei fatti non potevano ignorare il pericolo che il sangue trattato fosse attinto da virus, e quindi, in forza di questa consapevolezza, avevano l'obbligo di improntare la loro condotta alla massima diligenza esigibile per evitare tale evenienza dannosa (anche se la motivazione condensa questo passaggio argomentativo facendo riferimento al fatto che la conoscenza di un siffatto stato di rischio faceva sì che il contagio del paziente si configurasse come un «evento prevedibile» da parte dei sanitari addetti al centro trasfusionale).

Da qui alla specificazione dell'addebito di responsabilità il passo è breve, e merita il virgolettato: «[s]e dunque in questo contesto si trasfondono tredici sacche di sangue, delle quali undici sono numerate e come tali ne è stata identificata la provenienza e verificata dal CTU, tramite il personale medico del centro trasfusionale dell'ospedale ove il [paziente] era ricoverato, che proveniva da

persone risultate negative ai tests allora praticati non altrettanto può dirsi per le altre due non numerate, delle quali lo stesso medico del centro trasfusionale nulla ha detto e nulla poteva dire a causa proprio del loro anonimato, la conclusione è univoca: è stato trasfuso sangue proveniente da persona ignota, sulla quale non è consentito fare alcuna verifica». Si tratta di condotta coscientemente colposa, al limite del dolo eventuale - sottolinea la Corte, mantenendo il fraseggio penalistico - «per aver praticato una attività terapeutica sicuramente e notoriamente rischiosa senza quel preventivo accertamento necessario, ancorché non sempre sufficiente».

A questo punto il riscontro fattuale della negligenza viene vestito giuridicamente: la condotta dei non meglio identificati «sanitari» operanti nel centro trasfusionale, che non avrebbero dovuto fornire «sangue proveniente da persona ignota, su cui non è consentito effettuare alcuna modifica», viene proiettata in negativo sul parametro generale della diligenza dell'obbligazione contrattuale di mezzi del professionista scandito dal secondo comma dell'art. 1176 c.c., per poi tradursi, attraverso la clausola generale della responsabilità aquiliana (e lasciando nell'ombra l'art. 2049 c.c.), nella responsabilità della USL convenuta, datrice di lavoro dei sanitari negligenzi. La Corte prosegue, precisando che la natura extracontrattuale della responsabilità dell'ente ospedaliero comporta anche il diritto al risarcimento del danno morale, essendo la condotta colposa individuata suscettibile d'integrare il reato di lesioni personali gravissime, di cui all'art. 590 c.p., in relazione all'art. 593, secondo comma, n.1, c.p. Questa, nei suoi tratti salienti, l'architettura decisionale della sentenza.

La responsabilità dell'ente ospedaliero per il contagio post-trasfusionale del paziente

Conviene a questo punto compiere una rapida rassegna sulle opzioni astrattamente adottabili dall'interprete che intenda qualificare giuridicamente l'azione risarcitoria promossa dalla vittima del contagio post-trasfusionale. Sappiamo infatti che il modello di responsabilità applicabile alla struttura sanitaria cui afferisce il centro trasfusionale (che cura la raccolta, la preparazione, il controllo, la conservazione e la fornitura del sangue destinato a fini trasfusionali) può, almeno in via teorica, essere costruito impiegando diversi schemi argomentativi. Si può guardare al contratto: il paziente, nell'ambito del contratto atipico (di cure e ospedalità (6)) che lo lega all'en-

Nota:

(6) L'idea che il rapporto fra la struttura sanitaria ed il paziente vada inquadrato sul piano contrattuale, a prescindere dalla natura pubblica o privata della struttura, è ormai radicata in giurisprudenza (il precedente di legittimità che si suole rievocare per identificare il definitivo consolidarsi di questo orientamento è Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296, nota Princigalli), e riscuote ormai unanime consenso in dottrina, v. P. Iamiceli, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza* (a cura di P. Cendon), VI, Torino, 1998, 311, 400 ss.; P. Stanzione, V. Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 513 ss.; nonché R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosi-*

stema della responsabilità civile, Padova, 1995, 254 ss. Nell'ambito di questo legame contrattuale si avverte però l'esigenza di distinguere fra la nuda prestazione professionale erogata dal medico dipendente, funzionale ad assolvere l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e/o terapeutica a favore del paziente assunta dalla struttura con l'accettazione di quest'ultimo in ospedale, e le prestazioni (erogate direttamente dalla struttura) strumentali ed accessorie rispetto alle attività curative e diagnostiche di natura intellettuale erogate dai professionisti di cui la struttura si avvale (lo rileva, fra gli altri, V. Zeno-Zencovich, *La sorte del paziente*, Padova, 1994, 95; sul punto v. da ultimo, M. Gorgoni, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria»*, nota a Cass. 16 maggio 2000, n.6318, in *Resp. civ.*, 2000, 952). Fra le prestazioni (contrattualmente dovute dalla struttura al paziente, ma) non aventi natura strettamente professionale, che le Corti di merito fanno sempre più spesso confluire nell'oggetto di un contratto atipico di ospedalità (si veda Pret. Tolmezzo, 21 aprile 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1550, nota Sanna; Trib. Trieste, 19 febbraio 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 971, nota Caricato; e l'antesignana Trib. Verona, 4 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 696, nota Pinto Borea), vengono in rilievo la disponibilità di attrezzature e strumenti diagnostici e terapeutici ed il loro corretto funzionamento, la fornitura di medicinali, l'alloggio ed il vitto del paziente, la predisposizione di un ambiente idoneo a garantire l'incolumità del malato nel corso della degenza, etc. Orbene, se è evidente che, in un'azione risarcitoria promossa nei confronti della struttura, la disciplina del contratto d'opera professionale applicabile al professionista (con la limitazione prevista dall'art. 2236 c.c.) e la sottostante obbligazione di diligenza dovuta dal professionista (con le conseguenze che la natura di quest'obbligazione riverbera sull'assetto probatorio del giudizio di responsabilità) possono venire in rilievo solo quando il danno lamentato dal paziente mostri d'essere determinato dalla inadeguata prestazione diagnostica e/o curativa svolta dal professionista dipendente della struttura, è del pari evidente che sarebbe privo di giustificazioni logico-sistematiche il tentativo di sottrarre la valutazione della prestazione intellettuale del medico operante alle dipendenze della struttura alla disciplina del contratto d'opera professionale, si da diversificare il regime di responsabilità applicabile alla prestazione professionale del medico, a seconda che tale prestazione sia erogata in forma giuridicamente mediata, da un medico che opera alle dipendenze di una struttura sanitaria, ovvero sia erogata nell'ambito di un contratto di cure stipulato dal paziente direttamente con il professionista. In dottrina v'è stato chi ha avvertito l'idea che l'ente ospedaliero possa rispondere in via contrattuale nei confronti del paziente assumendo le vesti di un macroiatra (quale parte di un contratto d'opera che ha per oggetto la prestazione intellettuale dei sanitari propri dipendenti), F. Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 710, spec. 720-21, sostenendo che il contenuto del rapporto negoziale fra struttura sanitaria e paziente si colora di atipicità, per rientrare nello schema generale della *locatio operis* e porre a carico della struttura un'obbligazione di risultato, con i medici dipendenti nelle vesti di ausiliari del debitore ex art. 1228 c.c. La possibilità che una struttura sanitaria concluda un contratto d'opera intellettuale è invece ammessa da F. Cafaggi, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIII, 1998, Torino, 137, 165-66, il quale supera l'ostacolo posto dal principio della personalità della prestazione resa dal contraente di questo tipo di contratti, sottolineando come il parametro espresso dall'art. 2232 c.c. debba oggi essere letto in chiave funzionale, per estenderne la riferibilità all'*intuitus societatis* della struttura, sul presupposto che l'instaurarsi di una relazione fiduciaria (ossia lo scopo cui è funzionale il requisito della personalità) non presupponga necessariamente l'erogazione in forma individuale della prestazione dedotta nel contratto di cura. Altri, più di recente (S. Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 501, 505), nel criticare il recente orientamento di legittimità che vede operare in termini contrattuali la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente, accogliendo la teorica dell'obbligazione senza prestazione, attraverso l'idea del contatto sociale intercorrente fra medico e paziente (si veda Cass. 22 gennaio 1999, n.589, in questa *Rivista*, 1999, 294, con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico come responsabilità da contatto*) - ritengono «poco plausibile (...) una qualificazione del medico alla stregua di un ausiliario dell'Ente ex art. 1228 c.c., atteso che le professioni liberali sono storicamente e normativamente caratterizzate dal principio dell'indipendenza dell'esercente la professione». Per la verità, qualsiasi tentativo di qualificare giuridicamente la responsabilità vicaria dell'ente nei con-

(segue)

te, conclude anche un contratto di fornitura di sangue preparato all'uso terapeutico; l'ente, di conseguenza, s'impegna a fornire al paziente sangue su cui siano effettuati tutti i controlli tesi ad escludere che il liquido ematico trasmetta virus al ricevente (7). Percorrendo questa strada, si potrebbe approdare al modello di responsabilità delineatosi nell'esperienza francese, ove circa quarant'anni di evoluzione giurisprudenziale hanno sancito il sorgere di una vera e propria obbligazione di risultato in capo al centro trasfusionale: il sangue fornito da un *centre transfusionel* transalpino deve infatti essere reso immune da ogni rischio per il suo utilizzatore finale, anche quando contro il virus protagonista del contagio non possa essere esperito altro mezzo di prevenzione, che non sia evitare di somministrare la trasfusione stessa (8). Ma è verosimile che il modello francese, conformatosi attraverso un percorso giurisprudenziale fortemente condizionato da circostanze storico-istituzionali proprie di quell'ordinamento, alle nostre latitudini non sia proponibile e non possa attecchire: le attività propedeutiche alla fornitura di sangue sono esercitate sotto la supervisione professionale di operatori della medicina (9), ed il criterio di valutazione di un servizio erogato attraverso la prestazione professionale di un professionista della salute impone al paziente (creditore della prestazione o danneggiato, a seconda della prospettiva contrattuale od extracontrattuale dalla quale muove la sua pretesa risarci-

scelta per qualificare la responsabilità della struttura sanitaria per il danno cagionato al paziente dalla (inadeguata) prestazione professionale del medico dipendente della struttura non può atteggiarsi prescindendo dal modello che informa il giudizio di responsabilità avente ad oggetto l'esplicazione delle energie intellettuali di un professionista (e quindi la disciplina del contratto d'opera professionale con l'adempimento di un'obbligazione di mezzi o di diligenza, ove il giudizio sia promosso sul piano contrattuale, ovvero la colpa professionale nel caso di un giudizio radicato in via extracontrattuale). In caso contrario, si dovrebbe dichiarare esplicitamente di voler diversificare la regola di responsabilità applicabile ad una data attività materiale in funzione della diversa identità del soggetto passivo della pretesa risarcitoria promossa dal soggetto che assuma d'essere leso dallo svolgimento di quella stessa attività materiale. Il che varrebbe quanto abbracciare l'idea che l'attività terapeutica e diagnostica svolta da un professionista, sol perché egli ha materialmente esplicato tale attività nell'ambito di una struttura sanitaria, debba rispondere ad un criterio di valutazione tale da imporre (come regola generale) al destinatario della pretesa risarcitoria (in questo caso: l'ente) di rispondere all'allegazione attorea dimostrando che l'attività concretamente svolta dal professionista sia conforme al modello ideale di condotta che avrebbe dovuto essere seguito nella circostanza, invertendo l'assetto probatorio del giudizio di responsabilità che avrebbe avuto luogo ove il danno derivante da quella stessa attività materiale fosse stato lamentato in un'azione promossa direttamente nei confronti del prestatore d'opera intellettuale, esecutore della prestazione.

(7) In questa prospettiva potrebbero sorgere problemi nell'ipotesi in cui l'ospedale ove il paziente è stato curato con la terapia trasfusionale ed il centro trasfusionale fornitore del sangue infetto non afferiscano allo stesso ente sanitario; si pensi al sangue trasfuso in una casa di cura privata o in un presidio ospedaliero pubblico che è convenzionato con il centro trasfusionale di una ASL diversa da quella di propria afferenza. In Francia per superare l'impasse si è escogitata una soluzione originale, che merita d'essere sunteggiata: si è qualificata la convenzione di diritto pubblico disciplinante il rapporto di fornitura di sangue fra l'ospedale ed il centro trasfusionale come un contratto con effetti a favore del paziente, terzo rispetto al negozio, con la conseguenza di far sorgere in capo al centro trasfusionale l'obbligo di fornire al paziente sangue esente da vizi, nell'ambito di una teorica (non esplicitata, ma nei fatti agganciata) alla responsabilità del venditore per i *vices caches* della cosa consegnata all'acquirente, v. Cass. Civ. 2^{me} Ch., 17 décembre 1954, in *D.* 1955, 269, nota critica di R. Rodière e in *J.C.P.*, 1955, II, 8490, nota adesiva R. Savatier.

(8) Si veda Cass. 1^{er} Civ., 12 avril 1995, *deux arrêts*, in *Gaz. Pal.*, 12-13 juillet 1995, 43, nota J. Guigue, nonché in *J.C.P.*, 1995, II, 22467, nota P. Jourdain; notizie più approfondite sull'evoluzione giurisprudenziale dell'esperienza transalpina in tema di danno da contagio in U. Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: responsabilità, rischio e prevenzione*, in questa *Rivista*, 2000, 229, spec. 234, sub nota 17.

(9) La qualificazione giuridica dell'attività di fornitura di sangue sotto il profilo contrattuale è costretta a fare i conti con un dato che attiene allo speciale contesto nel quale questa attività viene svolta: la fornitura di sangue sottende infatti una transazione ibrida, ove la fornitura di un bene (cui verrebbe fatto di riconnettere il regime delle garanzie dovute all'acquirente dal venditore, con la necessità di considerare, però, che nel nostro ordinamento il regime di circolazione del sangue è sottratto alle regole del mercato per espressa volontà legislativa, v. sul punto U. Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: il danno da contagio fra responsabilità del produttore ed esercizio di attività pericolose*, in questa *Rivista*, 2000, 933) risulta possibile attraverso l'opera svolta dai medici trasfusionisti, i quali, nello svolgere le attività che rendono il sangue idoneo all'uso terapeutico, erogano un servizio di natura professionale. Oltreoceano, la prevalenza degli elementi che caratterizzano la fornitura di un servizio di natura professionale su quelli propri della vendita, nel caso di sangue (attinto dall'epatite B) fornito dall'ospedale al paziente per l'impiego trasfusionale, fu riconosciuta quasi cinquant'anni fa nel *leading* *Perlmutter v. Beth Davis Hospital*, 308 N.Y. 100, 123 N.E. 2d 792, 795 (1954), escludendo che al sangue potessero applicarsi le garanzie di *fitness and merchantability* della cosa venduta ai sensi dello Uniform Commercial Code, si veda E. A. Farnsworth, *Implied Warranties of Quality in Non-Sales Cases*, 57 *Columbia L. Rev.* 653, 660 (1957); nonché W. R. Russell, Note, *Product and the Professional: Strict Liability in the Sales-Services Hybrid Transactions*, 24 *Hastings L. J.* 111, 121 (1972).

Note:

(segue nota 6)

frento del paziente per la inadeguata prestazione professionale svolta dal medico dipendente deve fare i conti con la necessità di seguire un parametro di valutazione che tenga conto di questo dato: laddove appaia evidente che il danno al paziente derivi in modo assorbente dall'errore professionale del medico dipendente, senza che manzanze nella predisposizione dei mezzi logistici ed organizzativi da parte della struttura abbiano un ruolo nel determinare l'esito infausto della cura o della diagnosi (è qui che le tensioni verso un modello d'imputazione oggettivo del danno derivante dall'attività medica possono trovare spazio), non è possibile strutturare il criterio di valutazione giuridica applicabile alla pretesa mossa dal paziente nei confronti della struttura in modo difforme da quello che troverebbe applicazione ove l'azione risarcitoria per il medesimo danno fosse portata direttamente ed autonomamente nei confronti del medico. Ancor prima di chiedersi come qualificare la responsabilità vicaria della struttura (in linea schiettamente teorica sappiamo, infatti, che lo si può fare mercé il contratto, richiamando l'art. 1218 e 1228 c.c.; in via extracontrattuale, con l'art. 2049 c.c.; ovvero, nel caso della struttura pubblica, attraverso il rapporto di immedesimazione organica, con un'applicazione verticale dell'art. 28 Cost. in collegamento alla clausola generale della responsabilità aquiliana), conviene infatti notare che se il danno lamentato dal paziente discende dalla inadeguata applicazione delle energie intellettuali prestate dall'operatore sanitario che cura o diagnostica (e solo da ciò: il discorso muta se il danno deriva in misura causalmente prevalente da manzanze tecnologiche, logistiche od organizzative della struttura), l'accertamento della responsabilità della struttura (alle cui dipendenze il medico opera) deve necessariamente uniformarsi ad un criterio d'imputazione del danno di natura soggettiva, perché strutturalmente soggettiva è la valutazione attraverso la quale deve accertarsi l'an della diligenza (contrattuale) o della negligenza (extracontrattuale), che ha caratterizzato l'erogazione di un'attività intellettuale di natura professionale, volta ad interagire in modo diretto con lo stato di salute del paziente e, quindi, con l'imponderabilità che ancor'oggi caratterizza l'organismo umano e la sua risposta all'intervento curativo o diagnostico. In questa prospettiva, la veste giuridica pre-

toria) di evidenziare in giudizio il modello ideale di comportamento al quale l'operato del medico avrebbe dovuto conformarsi (10).

Chi scegliesse il contratto per risolvere il problema che ci occupa finirebbe dunque per misurarsi col seguente scenario processuale: l'attore, gravato della prova del mancato adempimento dell'obbligazione dovuta dal medico secondo i consueti canoni della diligenza professionale, dovrebbe cercare il modello di condotta ideale, utile ad evidenziare l'inadempimento, guardando alla prassi professionale del convenuto (e quindi, in questo caso, alle *leges artis* seguite all'epoca dei fatti dai medici trasfuzionisti addetti ai centri). In concreto ciò significa lasciare l'ultima parola sull'esito della controversia alle opinioni scientifiche che si confrontano in giudizio in guisa di consulenze tecniche, a meno di non aver la possibilità di scovare un comando regolamentare (inteso qui in un'accezione lata, che spazia dalla norma di legge all'ultima delle circolari amministrative) atto a prefigurare un comportamento precauzionale che nella specie mostri d'esser stato pretermesso dall'operatore professionale.

È questo il modello che ha avuto modo di funzionare davanti alle Corti statunitensi, piuttosto compatte nell'applicare alle controversie di cui si discorre una regola di *negligence* appiattita sul valore euristico attribuito alle *professional customs* degli operatori del *blood system* (11): con esiti generalmente poco felici per i cittadini americani contagiati dal sangue infetto per via trasfusionale che nel decennio successivo al 1985 hanno tentato d'essere risarciti dalle *blood banks* statunitensi (12).

Naturalmente, la regola operativa testé descritta governerebbe l'imputazione della responsabilità per il danno da contagio anche fuori dal contratto, sia nell'ipotesi in cui la pretesa risarcitoria del paziente fosse azionata direttamente contro i singoli medici operanti presso il centro in base alla clausola generale del 2043 c.c. (ovvero contrattualmente, in base alla nuova teoria del «contatto sociale»), sia ove l'azione fosse esperita in via mediata contro la ASL cui afferisce il centro trasfusionale per l'illecito commesso dai medici propri dipendenti, in base all'art. 2049 c.c., ovvero, mercé la teorica dell'immedesimazione organica del pubblico dipendente, applicando verticalmente l'art. 28 Cost. al medico dipendente dell'ente pubblico, onde muovere un'azione aquiliana nei confronti della struttura. In tutte queste ipotesi, la struttura della regola di responsabilità applicata non potrebbe produrre esiti risarcitori senza presupporre la capacità del danneggiato di evidenziare in giudizio i dati tecnico-scientifici utili a delineare un modello di condotta professionale ideale, atto a circostanziare in giudizio uno scarto comportamentale (e dunque la colpa extracontrattuale o l'inadempimento contrattuale) rispetto all'operato concretamente posto in essere dai professionisti di turno.

Ma l'imputazione della responsabilità del danno da contagio può essere concepita anche fuori dalle ordinarie re-

gole (contrattuali e non) che informano l'accertamento della *responsabilità professionale* del medico (13). E così la

Note:

(10) È fuori di dubbio che, in linea generale, la regola operativa di cui si parla troverebbe applicazione ove l'azione risarcitoria scorresse sui binari dell'art. 2043 c.c. Altrettanto sarebbe vero ove si ragionasse in termini contrattuali, con l'unica necessità di chiedersi se questa struttura probatoria del giudizio in tema di responsabilità professionale del medico debba continuare ad essere agganciata alla tradizionale teorica espressa dalla dicotomia fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato (come continua ad essere affermato dalle nostre Corti, v. da ultimo Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771), ovvero se la medesima discenda dalla considerazione che una siffatta struttura probatoria è l'unica che può applicarsi quando il risultato dovuto dal debitore (in questo caso il medico) discende «da una determinata condotta conforme ai dettami della diligenza e, quando il debitore sia richiesto dell'opera sua per la conoscenza delle regole di una certa arte, della perizia», per dirla con un Autore (C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117, 123), che, di recente, ha incisivamente ribadito l'avversione concettuale che molta parte della dottrina italiana non ha mai cessato di manifestare nei confronti della dicotomia di derivazione francese (si veda a tal proposito lo studio di D. Carusi, *Responsabilità del medico ed obbligazioni di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 485, anch'egli peraltro critico nei confronti della distinzione transalpina). Per quanto tale scelta possa essere gravida di implicazioni dogmatiche, il dibattito alimentato in sede dottrinale non sembra destinato a modificare la regola probatoria appena vista; l'ormai risalente annotazione mengoniana «[l]e cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello dell'essere curato» (L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss., 280 ss. e 366 ss., 188) conserva inalterata la sua validità anche nell'attuale contesto, ove, a prescindere dai casi in cui il progresso conoscitivo e tecnologico della scienza medica ha consentito di applicare all'attività medica una diversa regola probatoria (addossando al medico l'onere di provare la causa non imputabile del suo inadempimento: è il caso degli interventi di facile esecuzione su cui ci si soffermerà in seguito), davvero non pare che il progresso della medicina sia giunto al punto tale da permettere di associare, come regola generale, l'adempimento della prestazione dovuta dal medico al risultato d'aver ristabilito la salute del paziente.

(11) Per approfondimenti sull'esperienza statunitense si rinvia a Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: responsabilità, rischio, cit.*, 233, nonché L. Di Costanzo, *Il danno da trasfusione ed emoderivati infetti*, Napoli, 1998, 13 ss.

(12) Si veda, per un commento ad uno dei rarissimi casi ove una vittima del contagio da HIV è riuscita a prevalere in giudizio, dimostrando che la banca del sangue fornitrice del sangue infetto, pur uniformando la sua condotta precauzionale a quella seguita dalla maggior parte delle *blood banks* statunitensi nel 1983, versava in *negligence*, con l'effetto di consentire alla giuria di accertare *ex post* che la condotta di un'intera categoria professionale si era atteggiata in modo non conforme al canone della *reasonableness*, v. J. R. Talavera, Note, *Quintana v. United Blood Services: Examining Industry Practice in Transfusion-Related AIDS Cases*, in 2 *Cornell J. L. Pub. Pol'y* 475 (1993).

(13) È opportuno chiedersi se l'impiego del tradizionale modello della responsabilità professionale del medico sintonizzi la valutazione giuridica compiuta dall'interprete sui tratti concreti del fenomeno che, in ultima analisi, sollecita quella valutazione: e cioè, nel nostro caso, l'esigenza di contrastare il rischio trasfusionale, essendo consapevoli che il perseguimento di questa finalità dipende dal dispiegarsi di un'attività complessa, svolta sotto la supervisione di medici professionisti, ma condizionata dalla disponibilità di mezzi strutturali ed organizzativi che devono essere messi a disposizione del centro trasfusionale dalla ASL cui il centro afferisce. In questa prospettiva, più compiutamente sviluppata in Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: responsabilità, rischio, cit.*, 245 ss., può osservar-

(segue)

pretesa risarcitoria per il danno da contagio cagionato dalla fornitura di sangue infetto si presta ad essere azionata direttamente nei confronti dell'ente cui afferisce il centro trasfusionale, facendo leva sul d.p.r. 228/88 ovvero sul criterio d'imputazione posto a carico dell'esercitante un'attività risarcitoria dalla natura dei mezzi adoperati (14). Ed è proprio quest'ultima l'impostazione seguita dall'unico precedente che aveva finora affrontato *ex professo* il problema della qualificazione della pretesa risarcitoria azionata dalla vittima di un contagio post-trasfusionale nei confronti dell'ente cui fa capo il centro trasfusionale fornitore del sangue (sospettato d'essere) attinto da virus (15).

Fatti, presunzioni e responsabilità

Con ciò si può tornare alla sentenza che alimenta queste riflessioni, la quale adotta, com'è già apparso rileggendone l'impianto argomentativo, uno schema decisionale del tutto inedito per sancire la responsabilità dell'ente (di afferenza del centro trasfusionale) nei confronti del paziente contagiato dalla fornitura di sangue infetto. Le ragioni di questa originalità - che sono, lo si vedrà fra breve, le stesse che hanno suggerito il titolo assegnato a queste colonne - possono apprezzarsi sol che si consideri l'addebito concreto su cui viene radicata la responsabilità aquiliana posta a carico del centro trasfusionale aretino: aver trasfuso sacche di sangue su cui non è stato possibile, per la carente registrazione e conservazione dei dati documentali relativi all'evento trasfusionale, effettuare gli accertamenti probatori del caso, onde consentire alla parte lesa di verificare *ex post* che il comportamento tenuto dai sanitari responsabili della fornitura del sangue ricevuto, fosse, o meno, conforme al modello di condotta professionale ideale che in quel frangente temporale gli operatori del centro avrebbero dovuto osservare.

Da questa evidenza processuale si dipana una considerazione presuntiva, che, innestandosi su quella impiegata per ravvedere la prova della causalità materiale fra trasfusione e contagio (16), veste di significati giuridici il fatto constatato in giudizio. A ridosso del rimprovero di non aver tenuto la documentazione in modo da consentire l'accertamento retrospettivo sullo stato di salute dei donatori delle sacche di sangue sospette (17), il ragionamento dei giudici accredita l'ipotesi che i responsabili del centro trasfusionale abbiano allegramente trasfuso due sacche di sangue anonime, acquisite magari da do-

Note:

(segue nota 13)

si come la natura peculiare del rischio di contagio per via ematica e le caratteristiche del servizio istituzionalmente preposto a neutralizzare questa evenienza inducano a ritenere che l'imputazione del danno da contagio non si presti ad essere governata dal modello 'classico' della responsabilità professionale, ove per tale modello s'intenda una responsabilità diretta del medico ovvero vicaria della struttura alle cui dipendenze il professionista opera, invocata in via contrattuale ovvero in via extracontrattuale, ed in ogni caso tale da indurre l'interprete ad utilizzare la regola

operazionale già illustrata nel testo (che, lo si rimarca, presuppone che il danneggiato riesca a produrre in giudizio le informazioni relative al modello ideale di condotta che il professionista avrebbe dovuto seguire nel caso specifico). La personalità della prestazione resa dal professionista, il (sia pur sempre meno ampio) margine di discrezionalità riconosciuto all'operare di quest'ultimo, la stessa misura della diligenza richiesta al prestatore d'opera intellettuale (quale che sia l'angolo visuale giuridico prescelto dall'interprete: il contratto od il fatto illecito), la *ratio* della limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c. (che le Corti ormai applicano pacificamente anche quando la valutazione dell'operato del medico viene effettuata in via extracontrattuale), in breve: tutti i principi generali ed i criteri normativi che hanno modo di giustificarsi concettualmente, mostrando coerenza sistematica nell'ambito della teoria della responsabilità professionale, si rivelano inadatti a propiziare una corretta valutazione giudiziale sul modo in cui sono svolte (e coordinate fra loro) le molteplici attività necessarie a far sì che il sangue fornito al paziente a fini trasfusionali sia esente da virus invalidanti. La selezione e l'accettazione dei donatori, l'operazione di prelievo del sangue (e la corretta conservazione di quest'ultimo durante l'intero processo di fornitura), il controllo della qualità virologica e batteriologica del liquido ematico, la manutenzione delle apparecchiature che servono ad effettuare in concreto tali controlli, la buona conservazione dei reagenti e dei kit di testaggio impiegati, l'identificazione e l'etichettatura delle unità di sangue nel corso dell'intero processo di raccolta, controllo e fornitura e la corretta assegnazione finale delle unità al paziente necessitante, sono tutte attività che confluiscono in un processo di lavorazione seriale altamente standardizzato, realizzabile solo attraverso l'esercizio di un'attività complessa, ove la personalità della prestazione intellettuale resa dal professionista stinge nella proceduralizzazione di un'attività collettiva, svolta da personale altamente qualificato, che dev'essere messo in condizione d'impiegare una tecnologia sofisticata, con la necessità di investimenti continui volti ad assicurare sia la manutenzione ed il buon funzionamento del sistema, che il continuo miglioramento tecnologico del processo (p.e. sostituendo periodicamente le attrezzature e i mezzi diagnostici utilizzati con altri più perfezionati). In questa prospettiva, ad un tempo analitica e realista (si veda da ultimo le prescrizioni regolamentari adottate dal d.c.d.m. del 4 agosto 2000, recante «Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie relative alla medicina trasfusionale»), si comprende perché il modello della responsabilità professionale (concepito per essere applicato all'operato intellettuale del singolo professionista) si rivela uno strumento valutativo inadeguato, impreciso e, in definitiva, incapace di interpretare il corretto esplicarsi dei fattori che determinano il *quomodo* dell'attività su cui tale criterio giudiziale sarebbe chiamato ad operare. La struttura del giudizio-tipo in tema di responsabilità professionale, in altre parole, non si presta ad accertare retrospettivamente in sede giudiziale se la direzione amministrativa, il controllo scientifico ed il coordinamento gestionale delle singole fasi attraverso cui si sviluppa l'attività svolta sul sangue umano dal momento del suo prelievo dal donatore al momento della sua trasfusione al ricevente siano state svolte in modo da garantire, nei limiti delle conoscenze scientifiche note al momento della preparazione del sangue, che le unità di liquido ematico fornite dal centro trasfusionale presentino i minori rischi possibili per il suo destinatario finale.

(14) Per un'analisi dei motivi che inducono ad escludere che il sangue fornito da un centro trasfusionale possa essere considerato un prodotto cui è applicabile il d.p.r. 228/88, e che invece militano a favore dell'idea che l'attività del centro trasfusionale debba essere valutata alla luce della regola di responsabilità scandita dall'art. 2050 c.c., v. Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: il danno da contagio fra responsabilità del produttore*, cit., 933.

(15) Trib. Ravenna, ord. 28 ottobre 1999, in questa *Rivista*, 2000, 1012, commentata in Izzo, *op. ult. cit.*, 941 ss.

(16) Sull'accertamento presuntivo della causalità materiale tra trasfusione e contagio si rinvia a Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: responsabilità, rischio*, cit., 237-45.

(17) Sulla disciplina dell'archiviazione dei dati trasfusionali e sui problemi che le vigenti regole lasciano vivere, specie con riguardo alla durata dell'obbligo di conservazione sancito dalla normativa ministeriale, v. ancora Izzo, *op. ult. cit.*, spec. sub note 26-31.

natori estemporanei, senza ottemperare all'obbligo giuridico di effettuare tutti i controlli del caso e nella piena consapevolezza dei rischi indotti dalla trasfusione del sangue (fra cui quello - ben noto nel novembre 1989 - di veicolare al ricevente il virus dell'epatite C).

L'idea avvalorata in via inferenziale sottende una negligenza generica - ove resta indefinita la possibilità che l'effettuazione di tali accertamenti valesse a neutralizzare lo stato di rischio concretizzatosi in danno del malcapitato paziente -, che però si colora di una riprovevolezza legata all'atteggiamento mentale dei medici del centro trasfusionale (non a caso valutato prossimo al dolo eventuale dalla Corte fiorentina). Un diverso modo di presumere avrebbe potuto guardare ad una negligenza specifica, all'ipotesi cioè che, nella stessa circostanza, i sanitari avessero omesso di porre in essere la misura precauzionale che avrebbe consentito loro di accertare la presenza del virus epatico nel sangue trattato dal centro e, dunque, di escludere quella donazione infetta dal circuito di lavorazione. Il significato di questi diversi modi di utilizzare le argomentazioni sul fatto noto per strutturare il giudizio sull'esistenza del fatto ignorato potrà cogliersi in seguito (18).

Per il momento può rilevarsi che l'imputazione del danno da contagio operata dalla Corte toscana poggia su uno schema presuntivo cui viene riconosciuta una latitudine inferenziale ben più estesa di quella che le Corti di casa nostra manovrano, quando applicano alle controversie in tema di responsabilità medica la regola giurisprudenziale che si suole nominare (con un latinetto di ritorno) *res ipsa loquitur*.

Il modello presuntivo classico: *res ipsa loquitur*

Com'è noto, questa scorciatoia euristica, anticamente adottata dalle Corti di *common law* (19), è ormai routinariamente impiegata anche alle nostre latitudini per attribuire la responsabilità dell'esito infausto della cura all'inadeguato operato del medico (20), quando il pazien-

Note:

(18) Come sottolinea F. Cordopatri, voce *Presunzione* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, Milano, 274, 296, attraverso la presunzione «le argomentazioni sul fatto noto possono costituire strutture del giudizio sull'esistenza del fatto ignorato»; ma v. già, in senso analogo, M. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83, 101-102, «[il ragionamento presuntivo] implica che la presunzione nasca da un'inferenza (e non da un salto meramente intuitivo) della quale siano individuabili le ragioni ed i limiti di validità (in relazione alla regola assunta come criterio di giudizio), e che consenta di individuare lo status logico e conoscitivo dell'asserzione conclusiva inerente al *factum probandum*. Siffatta esigenza di razionalità equivale, in sostanza, ad un'esigenza di controllabilità». È quindi la logica argomentativa - e non (com'è spesso ripetuto tralasciamente) la massima d'esperienza ad essere al centro dell'istituto della presunzione semplice. La massima d'esperienza rappresenta semmai un «consolidamento» della logica argomentativa, che non va confuso con il meccanismo che assiste il funzionamento dell'istituto della presunzione.

(19) Il *copyright* sull'uso della formula latina per designare la regola spetta al barone Pollock, uno degli ultimi giudici della Court of Exchequer, in *Byrne v. Boadle*, 159 Eng. Rep. 299, 300 (Ex. 1863), «[t]here are certain

cases of which it may be said *res ipsa loquitur*, and this seems one of them». Ma nella sua sostanza la *doctrine* riassunta dal fortunato latinetto aveva ricevuto applicazione già qualche lustro prima dal King's Bench in *Carpue v. London & Brighton Ry Co.*, 114 Eng. Rep. 1431 (K.B. 1844) (nel diritto le etichette possono essere più importanti dei contenuti, se è vero che molti anni dopo Lord Show in *Ballard v. North British Railway Co.* 1923 S.C. 43, 56, chiosò: «[i]f that phrase had not been in Latin, nobody would have called it a principle»). Oltreoceano i presupposti per l'applicazione della regola vengono classicamente presentati nel test formulato da John Henry Wigmore nella prima edizione del suo famoso manuale (*A Selection of Cases on Evidence, for the Use of Students of Law*, Boston, 1906, § 2509) e ripreso da Justice Gibson nel *leading* *Ybarra v. Spangard*, 25 Cal. 2d 486, 489, 154 P.2d 687, 689 (1944), «(1) the accident must be a kind which ordinarily does not occur in the absence of someone's negligence; (2) it must be caused by an agency or instrumentality within the exclusive control of the defendant; (3) it must not have been due to any voluntary action or contribution on the part of the plaintiff», anche se non è mancato chi ha sostenuto la necessità di una quarta condizione, ovvero il fatto che nella circostanza il convenuto appaia nella migliore posizione per spiegare la dinamica dei fatti, v. L. L. Jaffe, *Res Ipsa Loquitur Vindicated*, 1 *Buff. L. Rev.* 1, 6-7 (1951). I manuali specialistici avvertono che la regola probatoria può avere una diversa efficacia a seconda della giurisdizione in cui sia invocata: se in alcuni stati le *jury instructions* lasciano le giurie libere di inferire, o meno, la *negligence* del convenuto, in altri la regola ha effetti più penetranti e realizza una sostanziale inversione dell'onere della prova, per cui il caso si chiude in favore dell'attore, a meno che il convenuto non riesca a confutare la presunzione di colpevolezza (senza contare che alcuni stati hanno scelto di bandire il ricorso giudiziale alla *res ipsa loquitur* nel quadro delle riforme legislative implementate per ovviare alla crisi della *medical malpractice* degli anni 70 ed 80), v. B. R. Furrow, T. L. Greaney, S. H. Johnson, T. S. Jost, R. L. Schwartz, *Health Law: Cases, Materials and Problems*, St. Paul, Minn., 1997, 168 ss. Nella manualistica britannica si usa invece parlare di «control» ed «ordinary course of things», per indicare che la regola può essere applicata se risultano congiuntamente soddisfatte due condizioni: 1) il convenuto dev'essere nell'esclusivo controllo del fattore (che s'inferisce essere) produttivo di danno; 2) la fattispecie deve rientrare in una tipologia di casi, ove, secondo (ciò che noi appelleremo) l'*id quod plerumque accidit*, un danno non si verifica se non a causa della negligenza di chi controlla il fattore produttivo di danno (v. B. S. Markesinis, S. F. Deakin, *Tort law*, Oxford, 1999, 171). Anche in Inghilterra si discute se l'applicazione della regola sottenda una semplice inferenza di negligenza o un vero e proprio rovesciamento dell'ordinario regime probatorio, per quanto a tal proposito si sottolinei che «[t]he differences between the two views of the effects of *res ipsa loquitur* have probably been exaggerated. It is a fine line between the probabilities being equally balanced and tipping the scale one way or the other. *The issue turns upon the cogency that the court attributes to particular pieces of evidence, and this is necessarily a subjective judgement which it is virtually impossible to quantify*», M.A. Jones, *Medical negligence*, London, 1996, 155 ss., spec. 158 (corsivo aggiunto). Dietro l'apparente linearità delle formule esplicative impiegate dai manuali si cela dunque una realtà operativa ben più complessa: «seeing the reason for the *res ipsa loquitur* doctrine is not the same as seeing the cases to which it applies» (W. L. Prosser, *Res Ipsa Loquitur in California*, 37 *Cal. L. Rev.* 183, 183 (1949)). Giova quindi sottolineare che, mentre oltreoceano la regola vive in uno spettro di applicazioni niente affatto omogenee (per le ragioni che si sono accennate), oltremontana il consolidamento teorico di una regola casistica non ha prodotto generalizzazioni od automatismi applicativi: in campo medico il giudice non può limitarsi ad applicare la regola sul presupposto che sia provato (secondo il parere dei consulenti tecnici) che l'intervento medico fosse di facile esecuzione (si veda, infatti la frastagliata casistica riportata da Jones, *op. cit.*, 152), senza considerare che, di regola, la *doctrine* non trova applicazione quando il danno lamentato dal paziente consegue ad un intervento medico che prospetta un rischio iatrogeno statisticamente ineliminabile, poiché tale circostanza lascia vivere il dubbio che il danno si sia potuto verificare anche in assenza di *negligence* (*ibid.*, 154).

(20) Su cui v. Iamiceli, *cit.*, 362 ss.; Cafaggi, *cit.*, 206; De Matteis, *op. cit.*, 210 ss.; M. Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 36; V. Fineschi, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione del* (segue)

te provi che l'intervento terapeutico o diagnostico subito sia di facile esecuzione, si da permettere d'inferire l'inadeguatezza della prestazione resa dal medico dal semplice riscontro dell'esito peggiorativo dell'intervento ricevuto (21). L'attore, in tal caso, è sollevato dal compito di dimostrare in giudizio lo scarto comportamentale fra la condotta ideale da osservarsi secondo le regole dell'arte ed il concreto operato del professionista di turno, con l'effetto di rovesciare sul convenuto l'onere di dimostrare d'aver diligentemente eseguito la prestazione (22).

In dottrina ci si è affrettati a descrivere questa regola probatoria, desumendone (o meglio: attribuendole) significati di natura sostanziale. Si è così di volta in volta ritenuto che la regola in discorso finisca per esprimere, a carico del medico o della struttura, una forma di responsabilità oggettiva (23), ovvero confermi l'artificiosità della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato (per offrire definitiva conferma che l'obbligazione contrattualmente dovuta dal medico o dalla struttura è retta in via esclusiva dall'art. 1218 c.c.) (24), ovvero, semplicemente, trasformi l'obbligazione di mezzi del medico in una obbligazione di risultato (25).

La pur comprensibile ansia di riportare il meccanismo presuntivo adoperato dai giudici al contesto delle norme sostanziali su cui il risultato di questa inferenza standardizzata incide non deve però indurre a trascurare la necessità di comprendere la logica che informa il modo di operare della regola in discorso. Certo, l'applicazione della *res ipsa loquitur* all'attività medica rappresenta uno dei tanti modi di supplire alle circostanze incerte con cui le regole della responsabilità civile fanno i conti quando sono calate nel processo, e non v'è ragione di dubitare che anche in questo caso l'applicazione della regola rifletta, in modo più o meno consapevole, la scelta di risparmiare sul prezzo dell'accuratezza della decisione (26), nella convinzione che, il più delle volte, l'opzione produca un risultato migliore rispetto al rischio che i «misteri sopravvissuti» al processo celino il prezzo ancor più esoso di una decisione infondata (27) (quanto dire che la legittimazione funzionale della regola – ed il proposito con il quale essa è utilizzata dalle Corti – risiede nella sua capacità di gestire l'incertezza, determinando un conveniente *trade-off* fra decisioni positive e decisioni falso positive (28)).

Note:

(segue nota 20)

la responsabilità medica, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, 419; A. Princigalli, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 48 e 82; ma vedi, per un ragionamento ove sembra affiorare in nuce l'idea che, nell'ipotesi di un intervento terapeutico molto sicuro ed efficace, la colpa del medico possa essere inferita dall'esito infausto dell'intervento, in base all'*id quod plerumque accidit*, G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 325-28.

(21) Negli ultimi lustri le applicazioni da parte dei giudici di legittimità della regola (distillata per la prima volta in Cass. 21 dicembre 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 4, con riferimento all'attività chirurgica) si sono moltiplicate, v. Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, *id.*, 1999, I, 2874, nonché in questa *Rivista*, 1999, 1104, nota Comandé (ostetricia); 8 gennaio 1999, n. 103, *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Professioni intellettuali*, n. 173, in *estenso* in questa *Rivista*, 1999, 779, nota De Matteis (anestesia); 4 febbraio 1998,

n.1127, *Foro it. Rep.*, 1998, voce *cit.*, n.153, in *estenso* in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1800 (chirurgia); 30 maggio 1996, n. 5005, *Foro it. Rep.*, 1996, voce *cit.*, n. 167; 11 aprile 1995, n. 4152, *id.*, *Rep.*, 1995, voce *cit.*, n.168 (chirurgia); 16 novembre 1993, n. 11287, *id.*, *Rep.*, 1993, voce *cit.*, n. 115 (chirurgia); 1 febbraio 1991, n. 977, *id.*, *Rep.*, 1991, voce *cit.*, n.108, in *estenso* in *Giur. it.*, I, 1, 1379 (radiografia); 16 novembre 1988, n. 6220, *id.*, *Rep.*, 1988, voce *cit.*, n.94 (chirurgia).

(22) In dottrina v'è però chi ritiene che l'accostamento della regola probatoria applicata dalle nostre Corti nel caso di interventi di facile o routinaria esecuzione al criterio *res ipsa loquitur* impiegato dalle Corti di *common law* sia improprio. Così, Stanzione, Zambrano, *op. cit.*, 69, affermano che le due regole non sono assimilabili: le Corti municipali, una volta che l'attore abbia dimostrato la facilità dell'intervento subito e sul presupposto dell'esito peggiorativo ad esso conseguito, invertono l'onere della prova applicato al giudizio; le Corti statunitensi invece desumono dalla facilità dell'intervento un semplice elemento di prova a favore del *claim* del paziente, senza però che ciò comporti l'inversione dell'ordinario regime probatorio. Ma, a prescindere dal fatto che nell'esperienza di *common law* quest'affermazione non sembra essere affatto pacifica, si può ritenere che l'accostamento concettuale tradizionalmente operato sia ammissibile nella misura in cui si sia consapevoli del fatto che i criteri che informano le decisioni adottate dalle Corti statunitensi o britanniche sotto l'egida del principio di cui si discorre sono tecnicamente molto più rigorosi ed analitici dei fattori decisionali che possono enuclearsi dalle massime tramandate dai nostri repertori nel caso di interventi di facile esecuzione (v. infatti *supra*, sub nota 19).

(23) Lo afferma P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 113 e 753; ma già, assumendo che la regola non abbia più niente a che fare con l'istituto della presunzione semplice, G. Calabresi, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 43, 44-5.

(24) È questa la conclusione di Castronovo, *cit.*, 121 ss., spec. 124; da ultimo ripresa da L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 513, 519-20. Galgano, *cit.*, 716-18, a sua volta, aveva rapportato la regola applicata nel caso di interventi di facile esecuzione alla tesi ricostruttiva proposta per sostenere che la struttura sanitaria (ma non il medico libero professionista) risponda contrattualmente nei confronti del paziente nei termini di un'obbligazione di risultato; nel senso che la regola faccia rivivere nel settore della responsabilità medica l'originale assetto probatorio previsto dall'art. 1218 c.c. anche U. Breccia, *La colpa professionale*, in G. Visintini (a cura di), *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 317, 321.

(25) G. Cattaneo, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, *op. cit.*, 9, 20.

(26) In tal senso, con riferimento all'impiego giudiziale della regola *res ipsa loquitur*, L. Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, in 23 *J. Leg. Stud.* 307, 308 (1994).

(27) Quanto detto riadatta liberamente la scena finale di P. Cendon, *Circostanze incerte e responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1237, 1311, ove, fra cinema e diritto, l'Autore tira le fila del suo documentato tentativo di trarre un senso unitario dal modo in cui le Corti mostrano di far interagire le regole di responsabilità civile con l'incertezza dei fatti su cui esse sono chiamate ad operare: «[s]oltanto perché non è possibile sapere qual è la verità non è detto che si debba parlare di sconfitta. L'importante è che esista comunque un bene (non troppo disomogeneo rispetto a quello di partenza, non tale da sollevare problemi di liceità) attraverso il quale possa compensarsi il male per i misteri sopravvissuti. Il fine ultimo è che vi sia comunque un modello capace di tenere insieme le cose. La verità – la sua ricerca – è una soltanto fra le variabili da armonizzare; tutto sta a valutare la bontà degli obiettivi su cui vanno investite, via via, le risorse che assicura la rinuncia a un accanimento investigativo» (note omesse).

(28) Questa è la spiegazione funzionale della regola in chiave di analisi economica, si veda N. P. Terry, *Collapsing Torts*, 25 *Conn. L. Rev.* 717, 724 (1993); J. J. Johnson, *Bayesian Fact-Finding and Efficiency: Toward an Economic Theory of Liability Under Uncertainty*, 61 *S. Cal. L. Rev.*, 137, 140 (1987); Bruce L. Hay, *Allocating the Burden of Proof*, 72 *Ind. L. J.* 651, 678 (1997).

Tuttavia, ciò che le Corti applicano quando un intervento terapeutico (rivelatosi infausto) sia tale da potersi qualificare «di facile esecuzione» è il consolidamento di un ragionamento presuntivo, reso possibile dal progresso della medicina (29): l'avvenuta, drastica, diminuzione, epidemiologicamente misurabile in soglie prossime allo zero, del rischio iatrogeno sotteso ad alcune tipologie d'interventi terapeutici (30). Il che appare chiaro ove si guardi al modo in cui la regola opera, almeno alle nostre latitudini. Generalizzando su base statistica il risultato di un'inferenza, il principio trova applicazione quando il giudice si convince di poter ricondurre la fattispecie che lo impegna nella classe dei casi per cui la regola è valida (31), nominalmente identificata dai cd. «interventi di facile esecuzione» o «routinari». L'attore propizia questa sussunzione dimostrando che l'intervento subito con esiti peggiorativi rientra in questa classe di casi. Il risultato è il sorgere di una presunzione di negligenza generica in capo al convenuto: s'ignorano le caratteristiche effettuali della negligenza commessa dal convenuto; non si ha modo di sapere quale sia il comportamento precauzionale che quest'ultimo ha ommesso di porre in essere. Tutto ciò non interessa perché la regola, a questo punto, chiede al convenuto di spiegare come è andata, ricostruendo doviziosamente la propria condotta professionale per tentare di dimostrarne la perfetta aderenza alla diligenza esigibile, con l'individuazione dell'ignoto fattore che ha determinato l'esito peggiorativo del suo operato (32). Non riuscendo il più delle volte nell'impresa, il convenuto, responsabile per una mancata diligenza accreditata da una stima probabilistica, soccombe.

Nella sua più rigorosa accezione concettuale, la regola fondata sulla considerazione che «il fatto parli da solo» dovrebbe applicarsi laddove la sussunzione richiesta al giudice sia talmente lineare da consentirgli di compiere questa operazione logica in proprio, sulla base dell'allegazione di fatti processuali provati nella loro verifica storica (è paradigmatico il caso del chirurgo che dimentica un corpo estraneo nel paziente operato, ovvero interviene sul rene sbagliato). La linearità di questo schema è stata però progressivamente incrinata dall'accresciuta capacità dei consulenti tecnici di produrre in giudizio dati epidemiologici sempre più stringenti e precisi in merito alle probabilità che una data tipologia di intervento terapeutico consegua, di norma, l'esito atteso. La *res*, in altre parole, tende oggi a parlare per bocca dei periti.

Pertanto, quando si adopera la regola di cui si discorre, non si chiede al consulente di sfruttare le sue competenze tecniche e la sua capacità di attingere al sapere medico per esprimere un giudizio di valore in merito alla specifica condotta professionale che è protagonista dei fatti di causa, fungendo da filtro sapienziale fra i dati teorici padroneggiati in qualità di esperto e tutte le circostanze specifiche che attengono al caso clinico finito sotto la lente della giustizia (33). Gli si domanda piuttosto una valutazione volta a ricondurre la tipologia dell'intervento terapeutico subito dal paziente in una classe di casi in relazione alla quale, in

Note:

(29) Dimenticare al termine di un'operazione chirurgica una pinza nell'addome del paziente, cagionandone la morte per l'insorgere di complicanze infettive, ottant'anni fa poteva ancora apparire una condotta professionale su cui appariva opportuno indagare, effettuando un supplemento d'indagine peritale, per accertare se tale comportamento fosse o meno conforme al modello di diligenza segnato dallo sviluppo delle conoscenze chirurgiche dell'epoca. Tuttavia, già allora i giudici cominciavano a ventilare l'ipotesi che lo sviluppo della tecnica tendesse a rendere superflua l'indagine peritale sull'operato del medico in relazione al modello della diligenza esigibile, con ciò lasciando intendere che presto il giudice avrebbe potuto procedere da solo ad inferire l'esistenza della negligenza dalle circostanze tipiche di infornuti chirurgici, si veda Cass. 13 maggio 1931, in *Giur. it.*, 1931, I, 1, 872. È interessante oggi rileggere come i giudici di legittimità svolgevano la motivazione tesa a cassare il frettoloso giudizio assolutorio pronunciato dai giudici d'appello, chiarendo quali fossero «i doveri del chirurgo prima, durante e dopo l'operazione, in rapporto ai mezzi che la scienza e la tecnica gli offrono per la prevenzione della grave iattura, di cui il Mignoli fu vittima» (la derelizione della pinza). Ecco il ragionamento della Cassazione: «[a]vrebbe dovuto, quindi, la Corte, innanzi tutto, e ne aveva la piena possibilità, dato che ben quattro perizie medico-chirurgiche, oltre il restante materiale probatorio, erano a sua disposizione, soffermarsi a stabilire, come ne era espressamente eccitata dalle parti, la natura dell'incidente occorso al Mignoli: se raro o frequente nelle cronache chirurgiche; se prevedibile od imprevedibile; evitabile od inevitabile coi mezzi che la progredita tecnica moderna offre all'operatore. Su questi mezzi, sul numero di essi e sulla loro efficacia avrebbe dovuto la Corte particolarmente indagare. Giacché, sia la prevedibilità, sia la evitabilità del sinistro, i due elementi costitutivi della colpa, sono intimamente legati ai progressi della tecnica chirurgica. Le quattro perizie in atti, non esclusa quella prodotta a sua difesa dallo stesso Busachi, accennano a tutto un complesso di mezzi escogitati dalla tecnica moderna, oltre il conteggio dei ferri, per prevenire l'abbandono di elementi estranei nel corpo dell'infermo: il legamento dei ferri a catena, la rastrelliera del Kelly, il tentorio di Sassi, ecc. Se a questa doverosa indagine avesse la Corte proceduto, o non avrebbe disposta la perizia, decidendo senz'altro la lite, o, pur questa disponendo, avrebbe formulato il quesito peritale in modo diverso (...)» (id., 874) (enfasi ovviamente aggiunta). Considerazioni circa la natura routinaria e ormai sicura dell'intervento terapeutico produttivo di danno, svolte al fine di cassare la decisione assolutoria pronunciata in appello a favore del medico, sono svolte anche in Cass. 17 giugno 1936, n. 2107, in *Foro it.*, 1936, I, 815, 818 (iniezione intracutanea cagionante la paralisi del nervo sciatico).

(30) Questa dinamica non è diversa dalla dinamica di cui discorre Mark Grady quando accosta alla regola della *res ipsa loquitur* l'idea che la regola si applichi nelle ipotesi ove il vantaggio che la presunzione offre nel gestire (cioè che l'Autore chiama) il *compliance error* (l'errore, la svista momentanea), legato all'impiego di un mezzo precauzionale, sopravanza lo svantaggio legato al rischio di determinare la responsabilità del convenuto per un danno oggettivamente inevitabile, v. M. F. Grady, *Res Ipsa Loquitur and Compliance Error*, 142 U. Pa. L. Rev. 887, 909-10 (1994), «[i]n most instances where technology has made an activity unusually safe, that same technology has multiplied the possibilities for compliance error relative to those for unavoidable accidents. Hence the paradox: accident in areas with the most safety equipment are the strongest *res ipsa* cases» (note omesse).

(31) «[L]'uso delle regole d'inferenza» - ricorda Taruffo, *cit.*, 93 - «siano o non siano esse costituite da leggi generali e assolute, implica un momento di indeterminazione, relativo alla scelta se applicare o meno una certa regola al caso di specie, che si concretizza nell'atto con cui il giudice riconduce i singoli fatti controversi entro le classi per cui la regola è valida».

(32) Non è questa la sede per sviluppare l'annotazione come meriterebbe, ma si può convenire con Castronovo che la prova liberatoria richiesta al convenuto in un giudizio che vede operare la regola presuntiva in discorso sia strutturata in modo da rendersi indistinguibile dalla prova richiesta al debitore dall'art. 1218 c.c.

(33) Quanto dire, con G. F. Ricci, *Nuovi rilievi sul problema della «specificità» della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129, 1151, che il risultato di una consulenza «tradizionale» «è pur sempre un esito che va filtrato da una mente umana, che dovrà 'interpretare' i dati che l'indagine gli fornisce.»

base ad una quantificazione statistica, l'epidemiologia clinica adduce dati che consentono di ritenere prossima allo zero la soglia residua di rischio iatrogeno (34).

In questa prospettiva, l'ascesa della cd. *Evidence Based Medicine* (35), l'avvento di Internet, quale strumento che semplifica l'accesso alla (e la consultazione della) informazione medica in forma aggregata, e in definitiva lo stesso strutturarsi del sapere medico verso forme di conoscenza assistite da una lettura quantitativa dell'esperienza clinica, elaborata attraverso sofisticati modelli statistici e metanalitici operati dal calcolatore (fenomeni che, già nelle controversie strutturate secondo l'ordinario modello aggiudicativo, promettono di incidere in modo notevole sulla valutazione della *malpractice* medica (36)), assumono, nel caso della valutazione consulenziale richiesta per il funzionamento della *res ipsa loquitur*, un ruolo che tende ad orientare l'esito finale della controversia in modo ben più stringente di quanto non avvenga quando l'accertamento peritale sia svolto nel consueto contesto valutativo (37).

Il problema, di cui occorre quantomeno essere consapevoli nell'applicare questa regola probatoria di carattere presuntivo, diventa allora quello di individuare quale sia la soglia di rischio (38) (tendenzialmente vicina allo zero) che possa essere considerata idonea a propiziare l'applicazione della regola nei confronti di una data tipologia di interventi terapeutici (39), per scongiurare, se non altro, il rischio che i tribunali della penisola diventino teatro di serrati confronti consulenziali volti a stabilire «che lingua parli la cosa» (40).

Note:

(34) Questo diverso modo di strutturare sul piano epistemologico la valutazione consulenziale richiesta nei giudizi ove si discorre di *medical malpractice* è stato di recente approfondito in chiave di *behavioral law & economics*, da W. Meadow, C. R. Sunstein, *Statistics, Not Experts*, Chi. J. M. Olin Law & Economics Working Paper N. 109 (2d Series) [Prelim. draft 11/20/00], in rete: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=252824. Gli autori muovono da questo presupposto: il giudizio degli esperti chiamati a valutare giudizialmente la condotta professionale medica non si sottrae alle distorsioni decisionali messe in luce dalla psicologia cognitiva. In particolare, indagini empiriche tendono a confermare che la valutazione degli *expert witnesses* è sistematicamente attinta da un *optimistic bias* che genera erronee predizioni in merito alla identificazione del modello di comportamento ottimale che, con riferimento alla specifica controversia, diventa il parametro ideale attraverso il quale riscontrare, o non, la *negligence* del medico convenuto. Da qui la proposta dei due scholars: «in light of the evident mismatch between expert recollections and empirical reality, the legal system should rely, wherever it can, not on the former but on statistical evidence of the latter. The best reason for reliance on individual recollections has been an absence of statistical evidence; but this is a gap that is rapidly being filled, and that is likely, in the next generation, to be replaced with a great deal of reliable information» (*ibid.*, 8). È inutile dire che le implicazioni pratiche di questa proposta vadano attentamente discusse alla luce di un dibattito che probabilmente non può essere condotto esclusivamente sul piano giuridico (v. infatti *infra*, il riferimento ai problemi epistemologici innescati dall'ascesa della *Evidence Based Medicine*). Non di meno, può ipotizzarsi che il processo di 'quantitativizzazione' (o se si preferisce: di oggettivizzazione) del criterio valutativo che presiede all'accertamento della responsabilità, quando si adopera un criterio di imputazione del danno di natura soggettiva, sia un fenomeno destinato a dare nuovo impulso (in termini per molti versi ine-

diti) all'antico dibattito dottrinario sulla natura oggettiva o soggettiva della colpa civile.

(35) La *Evidence Based Medicine*, nota agli addetti ai lavori con l'acronimo EBM, viene definita dal suo massimo teorizzatore «the conscientious, explicit, and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients. The practice of evidence based medicine means integrating individual clinical expertise with the best available external clinical evidence from systematic research», v. D. L. Sackett et al., *Evidence Based Medicine: What It Is and What It Isn't*, in *BMJ* 1996; 312:71-72 (13 January), in rete: <http://bmj.com/cgi/content/full/312/7023/71?view=full&pmid=8555924>. Come sottolinea G. Corbellini, *La natura della prova medica*, in *Kéiron*, 4, 2000, 50, 50, «l'EBM è un movimento di pensiero medico che assume come criterio fondamentale per la valutazione degli interventi medici, e della pratica medica in generale, le prove empiriche (evidence) ricavate dai trial clinici e accessibili attraverso la letteratura medica criticamente valutata»; per un approfondimento critico di questa metodologia epistemologica applicata alla clinica si vedano anche gli altri contributi multidisciplinari raccolti nel numero monografico della rivista appena citata.

(36) Sul punto si rinvia a U. Izzo, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, in questa Rivista, 2000, 807, 814.

(37) In un giudizio ove si discute dell'applicabilità della regola «degli interventi di facile esecuzione», al perito non si chiede di valutare se l'intervento subito dal paziente sia stato, o meno, eseguito correttamente. Mancano i dati per farlo. Il perito propizierà la sussunzione del caso nella categoria che rende applicabile la regola adducendo dati espressi secondo i più moderni ed autorevoli canoni dell'epidemiologia clinico-chirurgica: numeri e tabelle accreditate dalla letteratura medica internazionale che indicano le probabilità residue di esito infausto associate a quella tipologia di interventi. Nel far ciò il giudizio peritale perde il rapporto con il caso clinico del danneggiato e si rapporta a dati astratti, filtrati dal circuito della letteratura medica. Alle probabilità di successo o di insuccesso del caso, rilevate dal perito, si rapporteranno in modo inversamente proporzionale le *chances* del paziente di conseguire un risarcimento.

(38) Sui rischi sottesi all'impiego giudiziale di dati statistici e sul travisamento delle leggi statistiche ai fini aggiudicativi v. il caveat di D. W. Vick, *Statistical Significance and the Significance of Statistic*, in 116 L. Q. R. 575, 581 (2000), «(...) most lawyers still venture into the world of statistics with foreboding and with limited understanding, and the application of statistical knowledge to legal questions often yields confusing results. This may be due to unrealistic expectations - expectations that statistics can be a substitute for the difficult, even painful, social and political decisions that lawyers and judges are constantly called upon to make».

(39) Se è vero la regola in discorso determina, in definitiva, un paradosso (e cioè che una prova scientifica sia richiesta per far funzionare una massima di esperienza), sembra utile a questo proposito riprendere il condivisibile caveat che Ricci, *cit.*, 1157, formula a proposito dell'uso giudiziale delle prove cd. scientifiche, «(...) l'impiego della prova scientifica, se da un lato consente di mettere a disposizione della giustizia metodi di accertamento del fatto che, per essere basati sui moderni ritrovati della scienza, possono ridurre il margine dell'errore, dall'altro finisce per comportare da parte dei soggetti del processo una supina ed incondizionata fiducia sul risultato e soprattutto, sull'opera del suo interprete (cioè sul tecnico), tale da escludere ogni (...) capacità critica».

(40) Le incongruenze logiche, prim'ancora che strettamente giuridiche, nascenti dall'applicazione sempre più spregiudicata del principio di cui si discorre da parte della Corti statunitensi [in *Connors v. University Associates in Obstetrics & Gynecology*, 4 F. 3d 123, 125 (2d Cir. 1993)], la *Court of Appeal* del secondo circuito ha ammesso che l'attore in un giudizio di *medical malpractice* possa utilizzare le opinioni dei propri consulenti tecnici per consentire alla giuria di inferire la negligenza del medico in base alla *doctrine* della *res ipsa loquitur*, anche quando tali opinioni, contraddette dai consulenti della difesa, offrano un quadro tutt'altro che pacifico sulle probabilità che l'evento infausto del caso si sarebbe realizzato in assenza di una condotta negligente da parte dei medici convenuti, in un caso in cui una paziente lamentava di aver perso la funzionalità di una gamba, dopo aver subito un intervento chirurgico mirante a ristabilire la sua fertilità], sono analizzate da K. K. Ablin, Note, *Res Ipsa Loquitur and Expert Opinion Evidence in Medical Malpractice Cases: Strange Bedfellows*, 82 Va. L. Rev. 325 (1996).

A questo punto conviene riprendere il filo del discorso, prospettando, in via di mera ipotesi, quale sarebbe stato l'esito della decisione se la sentenza in rassegna avesse adoperato la regola di cui s'è disquisito finora, o meglio, se ne avesse adoperato lo schema inferenziale. Ipotizziamo, in altre parole, che il fatto [contagio conseguente ad emotrasfusione] «avesse parlato da solo».

La presunzione di negligenza generica espressa dalla regola avrebbe, questa volta, dovuto fare i conti con un contesto fattuale capace di rendere autoevidente quale fosse il fattore causale del danno. Ora, una presunzione di negligenza generica, come quella che – lo si è visto – le Corti adoperano quando impiegano la teorica della *res ipsa loquitur* (41), lascia insoddisfatti e non può funzionare quando il contesto produttivo di danno è tale da individuare nitidamente quale sarebbe stato il comportamento precauzionale che, se tempestivamente adottato dall'agente, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento dannoso, e cioè, per esemplificare utilizzando i fatti del caso in rassegna, l'adozione di un test idoneo ad individuare ed escludere le donazioni di sangue infetto dall'epatite C (42).

Si può anzi assumere che il ragionamento presuntivo consolidato in quella che è la più nota regola di matrice giurisprudenziale applicata nel settore della responsabilità medica non possa funzionare quando la fattispecie oggetto del giudizio di responsabilità sia tale da focalizzare l'attenzione di chi è chiamato a valutare i fatti della controversia su una negligenza specifica (43), ovvero, per essere più precisi, sull'omissione di ciò che si definisce una *durable precaution* (ove l'agente esaurisce il suo comportamento precauzionale nella scelta di adottare, o non, una data misura di prevenzione del danno, diversamente dall'ipotesi in cui venga in rilievo l'omissione di una *nondurable precaution*, ove invece l'agente è continuamente chiamato a rinnovare la sua soglia di attenzione preventiva) (44). Non v'è chi non veda come in caso contrario si rischia di far funzionare la responsabilità civile come una sanzione penale conseguente alla commissione di un reato di pericolo, con l'effetto di lasciare totalmente insoddisfatta l'esigenza di dar conto delle ragioni civilistiche che giustificano la riallocazione del danno così operata.

Il problema sotteso al «danno evidenziale»

Evidenziata l'irriducibilità funzionale dello schema d'inferenza seguito dalla Corte fiorentina alla regola probatoria di natura giurisprudenziale con cui da svariati lustri si cimentano i cultori della responsabilità medica, re-

Note:

(41) In questo senso non sembra condivisibile la distinzione tracciata da Monateri, *op. cit.*, 113, fra i casi di *res ipsa* ove si «deve provare semplicemente il danno ed il nesso causale e aspettare che il convenuto debba discolarsi» e quelli ove si deve «indicare la specifica carenza che mediante l'ausilio del principio della *res ipsa loquitur* il giudice ascrive a titolo di colpa al convenuto». Per quanto si va sostenendo nel testo questo secondo caso non può essere ricondotto alla logica che presiede al funziona-

mento della regola: è proprio lo specifico rimprovero mosso al convenuto a far sì che l'attore debba provare le circostanze che fondano la sua critica alla condotta della sua controparte, per persuadere il giudice che l'adozione della specifica precauzione (in concreto mancata) sarebbe valsa ad evitare il prodursi del danno che egli lamenta in giudizio.

(42) Non è un caso che una Corte australiana, adoperando la regola nei termini ad essa riconosciuti dalla giurisprudenza dei paesi gravitanti nell'orbita del Privy Council, ne abbia negato l'applicabilità in un caso molto prossimo a quello in rassegna, «where a patient was infected with HIV from a blood transfusion at a time when the virus had not been identified and there was no test available to show whether a particular blood product was contaminated», v. Jones, *op. cit.*, 154, ove la citazione del caso Dwan v. Farquar [1988] 1 Qd. R. 234. Alcuni passi della motivazione in base alla quale i giudici del Queensland rifiutano di applicare il principio *res ipsa loquitur* nei confronti della *blood bank* fornitrice del sangue trasfuso allo sfortunato Mr. Dwan il 31 maggio 1983 si rivelano particolarmente interessanti. Sull'applicabilità di tale *doctrine* Thomas J. infatti osserva: «[a]s the known circumstances increase so do the available inferences and the drawing of the single probable inference of negligence become less open» (*id.*, 242), per poi concludere: «it seems to me that it was necessary for his Honour to consider the material as to the state of medical knowledge in 1983 to decide whether that material was capable of raising a duty on the part of any of the defendants to have acted differently. In relation to that issue the Hospital filed an affidavit of Dr. Donald deposing to the fact that no relevant tests were available anywhere in the world at the time. There was no objection to the reading of that material and no attempt was made to suggest that the appellant could ever suggest to the contrary (...) It was incumbent upon the appellant to show a departure from ordinary standard of care at the time, and this material tended to highlight that the appellant was and would remain unable to do so» (*id.*, 242-3).

(43) Osserva Grady, *Res ipsa, cit.*, 917, «the distinction between specific and general negligence still seems the best definition of the *res ipsa* doctrine. With specific negligence the plaintiff relies on particular untaken precautions. Those become the organizer of the case» (note omesse). Per propiziare la comprensione di questa logica, l'Autore mette a confronto due celebri casi statunitensi. In *City of Piqua v. Morris*, 120 N.E. 300 (Ohio 1918), una riserva d'acqua municipale esondò a causa di un'eccellente affluenza d'acqua, con danni alle proprietà limitrofe. Non applicando le Corti statunitensi a tale fattispecie la celebre *Fletcher v. Ryland rule* di matrice britannica (responsabilità oggettiva per i danni causati alle proprietà limitrofe dall'accumulo di sostanze pericolose in una proprietà), il caso doveva essere affrontato in *negligence*. La *res ipsa* fu dichiarata inapplicabile «because the flood so great that even if the overflow wickets had been unclogged, the same overflow and bursting would have occurred (...) the court concluded that the untaken precaution would have made no difference in the actual event, so there was non cause in fact» (*ibid.*, 926) (note omesse). Diversamente, nel *leading* *Ybarra v. Spangard* (*cit.*), l'addebito di negligenza era rimasto, per le circostanze di fatto proprie del caso, totalmente generico ed indistinto: un paziente lamentava l'insorgere di una paralisi alla spalla ed al braccio destro al risveglio dall'anestesia ricevuta per sostenere un'appendicectomia, essendo totalmente incapace di indicare la specifica precauzione mancata dal personale medico che aveva effettuato l'intervento. L'indistinto addebito di negligenza mosso contro i convenuti venne accolto dalla Corte adoperando la *res ipsa loquitur*, proprio perché l'assoluta incertezza in merito al fattore causale del danno subito da Mr. Ybarra corrispondeva a quella circostanza di fatto che permette alla logica presuntiva della regola di funzionare, per rovesciare l'onere della spiegazione dei fatti in capo al convenuto (*ibid.*, 927).

(44) La distinzione fra *durable precautions* e *nondurable precautions*, quali fattori identificanti un diverso modo di rapportarsi dell'agente al suo dovere di non cagionare danno e, come tali, utili ad interpretare quella vasta area della *negligence in action* ove l'impiego della celebre formula di *Learned Hand* sconta i limiti dell'approccio quantitativo che si rende necessario per riempire di contenuti la B (il *Burden of precaution*, il costo dell'attività precauzionale del danneggiante) della celebre algebra, è tracciata da Mark F. Grady, *Why Are People Negligent? Technology, Nondurable Precautions, and the Medical Malpractice Explosion*, 82 Nw. U. L. Rev. 293, 303 (1988).

sta da scoprire quale possa essere il fondamento logico (ed eventualmente sistematico) del meccanismo pre-suntivo adottato dalla sentenza che anima la nostra riflessione. Ed è qui che entrano in gioco le suggestioni sottese all'inedita nozione che il lettore ha incontrato nel titolo che annuncia queste pagine: il «danno evidenziale» (45).

Come a più riprese è stato dimostrato in chiave giuridico-economica, esistono solidi (e si dirà: tautologici) motivi per i quali in tutti i sistemi giuridici l'onere della prova di un'azione civile, nei suoi duplici elementi dell'onere di addurre le prove in giudizio e di persuadere il decisore che tali prove sono sufficienti a fondare la propria pretesa, sia di regola fatto gravare su chi adisce la giustizia (46). Esistono, però, e sono viepiù frequenti nel diritto, situazioni in cui questa verità assiomatica può essere revocata in forse, fino a far vacillare l'idea che il rischio della non persuasion nascente dalla perdita di elementi probatori del giudizio debba sempre e comunque gravare sull'attore/danneggiato. E non si tratta – ovviamente – delle ipotesi che vedano il potenziale convenuto alterare o distruggere dolosamente il quadro probatorio cui potrebbero far capo le pretese risarcitorie dell'attore (47). Né tantomeno della colposa violazione di un particolare ed esplicito obbligo di conservazione dei dati gravante sul convenuto. Bensì dei casi in cui quest'ultimo, anche in mancanza di un obbligo esplicito, contribuisca (non intenzionalmente) a rendere impossibile (od estremamente difficile) l'assolvimento dell'onere probatorio della controparte.

Un'ipotesi paradigmatica si coglie proprio sul terreno della malpractice medica (48), ove il paziente/danneggiato sia impossibilitato a provare le sue ragioni per la frammentarietà dei dati clinici (49) (relativi alla cura o alla diagnosi ricevuta) annotati e conservati dal convenuto (50). In questa prospettiva, il rovesciamento dell'allocatione originale del rischio della «non persuasion» di fronte al riscontro di un *evidentiary loss* imputabile al convenuto può giustificarsi in base a considerazioni di efficienza: configurando un *entitlement* dell'attore al valore dell'informazione processuale (o meglio: dell'informazione fattuale adducibile al processo) s'incentiva un'implementazione più efficiente del diritto sostanziale, per ottimizzare l'allocatione del danno lamentato nella controversia in condizioni di incertezza.

Ma la tesi di cui si discorre mostra di avere *appeal* anche alla luce di un ideale di giustizia correttiva: in molti casi la vittima di un danno (risarcibile nella misura in cui sia possibile accedere alle informazioni fattuali che ne sostanziano la pretesa giudiziale) è penalizzato da un disequilibrio strutturale che attiene al suo «stato di dipendenza probatoria» dalla controparte. Il disequilibrio nella distribuzione iniziale delle informazioni rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti del giudizio e nell'allocatione del rischio processuale che tali informazioni vadano disperse è particolarmente evidente proprio nelle azioni risarcitorie che coinvolgono convenuti «forti» co-

me le grandi imprese (nelle controversie in tema di responsabilità da prodotto) ovvero i soggetti che detengono il sapere tecnico-professionale attorno cui ruota la controversia (come nel caso della responsabilità medica).

Il riconoscimento dell'*evidential loss* saprebbe quindi allocare equamente fra le parti un rischio che altrimenti

Note:

(45) L'espressione riprende fedelmente la nozione di «*evidential damage*» (ma chi fosse poco incline alle traslitterazioni linguistiche potrebbe preferire parlare di «danno da perdita di prove») coniata da A. Porat, A. Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, in 18 *Cardozo L. Rev.* 1891 (1997), i quali si cimentano nell'ambizioso tentativo di costruire una risposta teorica unitaria ad un'intuizione piuttosto semplice, e proprio perciò seducente, che viene prospettata nei termini del seguente sillogismo: se è vero che l'incertezza nuoce alla efficiente allocatione della responsabilità in sede giudiziale, allora il diritto deve offrire la possibilità di reagire all'incremento dell'incertezza che aleggia nel processo, consentendo alla parte danneggiata dalla creazione dell'incertezza di imputare il relativo danno alla parte che l'abbia prodotta (*ibid.*, 1960). Inutile dire che le suggestive e documentate riflessioni attraverso le quali i due *scholars* israeliani formulano la loro teoria sono largamente responsabili di quanto si dirà nel prosieguo di queste colonne, anche se ciò - lo si anticipa - non implica affatto che la teoria possa essere accettata integralmente, per proporre una trasposizione che possa funzionare, nei termini generali proposti dai suoi propugnatori, alle nostre latitudini.

(46) Si vedano, informalmente, Hay, *cit.*, 652; nonché, formalmente, B. L. Hay, K. E. Spier, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, in 26 *J. Legal Stud.* 413, 423-24 (1997); e da ultimo, autorevolmente, R. A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 *Stand. L. Rev.* 1477, 1502 (1999).

(47) Negli Stati Uniti la distruzione fisica delle prove ad opera di una delle parti di un giudizio può tradizionalmente indurre la Corte ad applicare l'antica massima *omnia presumuntur contra spoliatores*, v. J. M. Maguire, R. C. Vincent, *Admissions Implied from Spoliation or Related Conduct*, 45 *Yale L. J.* 226 (1935), ma in molte giurisdizioni statali il principio si è evoluto in una *doctrine* che ammette il *tort of evidence spoliation* contro la parte che abbia dolosamente distrutto le prove del giudizio, v. Porat, Stein, *cit.*, 1897-1900.

(48) *Ibid.*, 1909.

(49) Sugli scenari dischiusi dalla digitalizzazione dell'informazione medica, con riferimento al sospetto che l'assetto di molte regole decisionali oggi adottate dai tribunali in materia di *medical malpractice* sia determinato dalla necessità di gestire l'ontologica mancanza di dettaglio delle informazioni poste alla base delle valutazioni giudiziali, v. Izzo, *I problemi giuridici della cybermedicina*, *cit.*, 811 e 814.

(50) Ben prima della sofisticata proposta dottrinale di dare ingresso al 'danno evidenziale' non erano mancate alle Corti statunitensi occasioni per censurare in modo pragmatico il medico (evocato in *malpractice* dal paziente) che avesse ommesso di tenere e conservare la documentazione relativa all'intervento effettuato. Così sia in *Public Health Trust v. Valcin*, 507 So. 2d 596 (Fla. 1987) che in *Welsh v. United States*, 844 F.2d 1239 (6th Cir. 1988) le Corti hanno ritenuto provata la ricostruzione dei fatti allegata dal paziente, per imporre al medico convenuto l'ormai inassolvibile onere di dimostrare di aver diligentemente svolto la prestazione di cura; alla medesima soluzione operativa è pervenuta B.G.H., 27 giugno 1978, in *BGHZ* 72, 132 (139), il *leading* che nell'esperienza tedesca ha definitivamente consacrato l'obbligo giuridico di archiviazione e tenuta della documentazione medica, v. D. Giesen, *Arzt Haftungsrecht/Medical Malpractice Law*, Bielefeld, 1981, 264: «physicians and hospitals owe a (contractual and/or tortious) duty to the patient to keep and update proper medical records on anamnesis, diagnosis, information given, consents received, and therapeutical steps or operations decided upon and carried out».

graverebbe unilateralmente sull'attore, preservando peraltro la necessaria neutralità delle regole procedurali (51).

Queste, ridotte all'osso, le suggestioni logico-argomentative desumibili dall'idea del danno evidenziale, almeno per come questa *doctrine* ci viene proposta da una frangia avanzata della *scholarship* d'oltreoceano. Certo, non si tratta di tesi cui possa attribuirsi un senso (neppure indirettamente) normativo, ma di una serie di concetti – da approfondire e rifinire – che però già oggi sembrano in grado di suggerire un nuovo modo di guardare alla relazione operativa instaurantesi fra il funzionamento dell'istituto delle presunzioni semplici e l'operare delle regole sostanziali della responsabilità civile. Si tratta di donare respiro sistematico e schiettezza argomentativa a ciò che spesso le Corti (pensano, ma) non dicono, preferendo perseguire il risultato aggiudicativo prescelto per vie traverse, con finzioni argomentative fondate sull'impiego di registri decisionali consolidati, scelti al sol fine di occultare il motivo reale che ha orientato l'esito del giudizio in un modo diverso da quello che, prima dell'operare della finzione, ci si sarebbe potuti attendere (52). Il rischio di questo tipo di finzioni è però quello di venir smascherate: in tal caso lo scollamento funzionale fra la regola applicata e le ragioni realmente determinanti della decisione è tale da rendere improvvisamente fragile l'argomentazione formale posta a fondamento dell'aggiudicazione effettuata (53).

Il modello presuntivo ipotetico: la «presunzione da perdita di prove»

Resta ancora nel vago, nondimeno, come possa recepirsi alle nostre latitudini il senso delle suggestioni che accompagnano l'idea del danno evidenziale, resistendo alla tentazione di accreditare proposte troppo impegnative: davvero non pare il caso di battersi perché un nuovo astro sia accolto nell'affollato firmamento delle voci di danno chiamate ad essere scrutate dal giurista municipale.

In questa (più realistica) prospettiva sembra opportuno partire da un dato: se le considerazioni su cui ci si è soffermati forniscono validi argomenti per assumere che, quando sia imputabile al comportamento del convenuto, l'indisponibilità di materiale probatorio cruciale per la verificabilità giudiziale della pretesa attorea vada riequilibrata consentendo all'attore di valersi di un meccanismo presuntivo che operi in suo favore, occorre comprendere come strutturare e quando (eventualmente) ammettere l'operatività di questa presunzione. In prima approssimazione, si può subito convenire che l'intensità di questo strumento presuntivo vada calibrata sull'effetto che l'informazione probatoria andata perduta riverbera sulle *chances* di prevalere in giudizio che l'attore avrebbe avuto se avesse potuto utilmente disporre di quell'informazione.

Questa relazione va tenuta presente (e preservata) perché appare cruciale per evitare che la facilitazione probatoria riconosciuta in via presuntiva all'attore (danneg-

giato dal convenuto sul piano probatorio) operi come una regola di responsabilità oggettiva pura, disattendendo la necessità di mantenere quel conveniente *trade-off* fra decisioni positive e false positive, che abbiamo visto essere il fondamento funzionale dell'istituto delle presunzioni semplici. A tacer del fatto che trascurare questa relazione significherebbe negare una risposta a quanti, altrimenti, si affrettarebbero giustamente ad evocare uno spettro pronto ad aleggiare tutte le volte che s'incide sul funzionamento delle regole di responsabilità per offrire al danneggiato un vantaggio operativo (attinente indifferentemente all'*an od al quantum*) della sua pretesa (54).

Note:

(51) Porat, Stein, *cit.*, 1915. In modo concettualmente diverso, ma operazionalmente simile, Hay, *cit.*, 677, suggerisce che in base a considerazioni di efficienza una Corte possa considerare l'opportunità di sovvertire il tradizionale regime probatorio, quando il giudizio prospetti circostanze tali da consentire fondare la scelta sul riscontro concreto di almeno uno dei seguenti fattori decisionali: «[d]epartures from [the] general rule might then be justified on at least one of four grounds. These are: (1) Based on the information available to the court, the plaintiff probably has a meritorious claim. (2) The plaintiff's costs of presenting evidence are higher. (3) The plaintiff has more at stake in the case. (4) An error in the defendant's favor is more costly than an error in the plaintiff's favor».

(52) In questo contesto, parlare di 'finzioni argomentative' può apparire fuori luogo in relazione alle accezioni classiche nelle quali viene studiata l'antichissima idea che il diritto possa dare credito a (e servirsi) di fatti ed idee fittizie, v. G. Alpa, *L'analogia e la finzione*, in G. Alpa, A. Guarneri, P. G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Torino, 1999, 334 ss. Si osserva, in questa prospettiva, che le finzioni hanno, fra le altre, la funzione di alterare la regola giuridica, lasciando apparentemente (o formalmente) intatto il senso normativo che la regola continua a trasmettere dopo l'applicazione operata ricorrendo alla finzione; in un altro senso si nota che le finzioni permettono al legislatore di risparmiare energie linguistiche, v. A. Gambaro, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Digesto disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 342, 343; ma v. un neolaureato alla corte di Langdell, O. R. Mitchell, *The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?*, 7 *Harv. L. Rev.* 249, 262 (1893), «[a] legal fiction is a device which attempts to conceal the facts that a decision is not in harmony with the existing law. The only use and purpose (...) of any legal fiction is to nominally conceal this fact that the law has undergone a change at the hands of the judges». Orbene, parlare di finzioni argomentative intende fare riferimento alla tentazione di implementare in modo occulto l'ideale aggiudicativo eversivo che il giudicante percepisce essere necessario seguire al cospetto di una data fattispecie, per celare le reali ragioni che hanno determinato il formarsi di quel convincimento e ripiegare su regole formali che presentano il vantaggio di allontanare il sospetto che la decisione presa non sia in armonia con il diritto preesistente. Si può così fingere di articolare la motivazione seguendo registri decisionali già noti, che non impongono soverchi sforzi argomentativi per spiegare il senso della scelta aggiudicativa operata. In tal senso, è verosimile pensare che un giudice possa essere tentato di ricorrere ad una finzione argomentativa perché ciò gli prospetta il vantaggio di conseguire notevoli economie in punto di motivazione.

(53) Sul rapporto fra l'argomentazione giustificativa e le «ragioni reali della decisione», intese quali traccia del procedimento decisorio seguito dal giudicante nell'ambito della motivazione civile, v. M. Taruffo, voce *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 776 ss., spec. 779.

(54) Ci si riferisce, va da sé, al *floodgates argument*, ovvero al rischio che le paratie attraverso cui la responsabilità civile governa il flusso riallocativo dei danni fra l'attore ed il convenuto possano aprirsi in modo ecces-

(segue)

Sulla base delle considerazioni sviluppate finora, si può allora immaginare che il giudizio volto ad accertare il valore probatorio delle informazioni dissipate dal convenuto potrà essere ponderato solo quando la pretesa risarcitoria promossa nei suoi confronti sia fondata su un addebito di negligenza estremamente specifico: occorre in altre parole accettare l'idea che l'operare della presunzione in discorso presupponga la capacità dell'attore di individuare nella condotta del convenuto l'omissione di un comportamento precauzionale specifico, magari imposto da regole tecniche codificate ovvero emanate in via amministrativa e comunque sempre tale da offrire la possibilità di argomentare con ampi margini di verosimiglianza che la precauzione mancata avrebbe potuto valere ad evitare il prodursi del danno.

Come si vede la proposta, cui va attribuito il senso di un'idea che attende più compiute verifiche, guarda ad un meccanismo presuntivo fondato su un concetto anti-tetico a quello che regge la *res ipsa loquitur* o la regola «degli interventi di facile esecuzione». La lettura probabilistica dei fatti, propria dal ragionamento presuntivo, in questo caso non dovrebbe guardare a un'inferenza fondata su una stima quantitativa: «nella maggioranza dei casi una valutazione probabilistica attesta che il danno non si verifica, ergo è verosimile che il danno sia causato dalla negligenza del convenuto, per cui compete al convenuto provare che non è così», bensì ad un'inferenza fondata su una stima qualitativa: «è verosimile che il danno sia stato causato dall'omissione di una particolare condotta preventiva da parte del convenuto, ergo è verosimile che senza la dispersione delle prove relative a quella condotta la pretesa attorea si sarebbe rivelata fondata, per cui compete al convenuto provare che non sia così».

Regole e presunzioni nel gioco delle finzioni argomentative

In chiusura, e tornando alla fattispecie da cui hanno preso le mosse queste osservazioni, può essere interessante chiedersi cosa condizioni la scelta degli schemi argomentativi attraverso i quali l'interprete decide di affrontare un caso controverso, quando l'applicazione dell'apparato di regole tradizionalmente applicabile alla fattispecie conduca ad un esito decisionale confliggente con la decisione che le particolari ragioni del caso gli fanno apparire sensato adottare, sul presupposto che le 'particolari ragioni del caso' siano il fatto nuovo con cui l'interprete è chiamato a misurarsi.

Orbene, se queste 'particolari ragioni' sono prerogativa esclusiva della specificità dei fatti recati dal singolo caso controverso, all'interprete apparirà opportuno aggirare la regola formalmente applicabile alla fattispecie, utilizzando i correttivi che la legge concede proprio per risolvere questo tipo di problemi. La presunzione è certamente uno di essi. Terminata la sua fatica argomentativa, l'interprete avrà così la soddisfazione di essere riuscito a giustificare la soluzione del suo *hard case* senza aver

tradito la necessità sistematica di applicare formalmente l'apparato di regole che per tradizione si applica alla classe di casi in cui la fattispecie andava ricondotta.

Se però le particolari ragioni del caso (il fatto nuovo con cui si misura l'interprete) sono tali da dipendere non già dalle specifiche circostanze fattuali del caso controverso, ma dalla più generale specificità della classe di casi in cui il caso controverso rientra, occorre chiedersi fino a che punto convenga all'interprete assolvere il suo compito scegliendo di applicare formalmente una regola che poi egli stesso, impiegando argomentazioni presuntive, s'incaricherà di aggirare sul piano operativo. Quanto dire che in un'ipotesi del genere appare più sensato indirizzare da subito lo sforzo argomentativo (implicato dalla necessità di risolvere un caso difficile) verso la scelta di applicare al caso una regola sostanziale diversa, che appaia strutturata in modo da interpretare funzionalmente quei 'particolari motivi' che inducono l'interprete a convincersi dell'opportunità di modificare l'esito atteso della sua decisione.

È questo, in definitiva, un dilemma, attinente alla «meccanica dell'argomentazione» (55), che le prime pronunce giurisprudenziali in tema di responsabilità degli enti sanitari per il danno da contagio post-trasfusionale hanno saputo evidenziare molto bene.

Note:

(segue nota 54)

sivo, determinando situazioni di *overcompensation* ed *overdeterrence*, per alterare l'equilibrio attraverso cui la r. c. persegue i suoi obiettivi istituzionali; si veda la nitida messa a fuoco compiuta su questi temi da G. Comandé, *Risarcimento del danno alla persona ed alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999, 290 ss.

(55) Può darsi che questo dilemma possa essere compreso nella prospettiva che in precedenza si è scelto di mettere in luce scorrendo di 'finzioni argomentative'. In tal senso, le ragioni che alimentano il dilemma sembrano rendersi intelligibili evidenziando il ruolo determinante che gli atteggiamenti mentali tendono ad assumere nelle scelte argomentative operate dall'interprete, secondo una dinamica non dissimile da quella che Gambaro, *cit.* 347, ha messo in risalto, individuando i motivi che determinano il ricorso alle finzioni operative nel diritto: «[l]e finzioni operative sono paradossalmente colorate da un acceso conservatorismo ideologico; esse instillano rispetto per la regola inadeguata da cui tendono ad evadere costringendo tutte le parti a considerarla formalmente come 'la regola' vigente. In sintesi: le finzioni appaiono l'unica risorsa possibile ove si assuma che le *regulae juris* consacrate dalla tradizione sono immutabili».