

Introduzione

La Corte d'Appello di Milano sul caso CIR-Fininvest

La vicenda, data la notorietà dei protagonisti e la rilevanza mediatica suscitata, ha ormai assunto i contorni della saga, con aspri scontri tra entrambe le parti.

Per il precedente grado di giudizio si rinvia alle osservazioni di Pasquale Santoro (1) a Tribunale di Milano, 3 ottobre 2009, Giudice Mesiano (2).

Il Tribunale di Milano aveva:

a) avallato la dimensione extracontrattuale del rapporto tra Fininvest e CIR;

b) ritenuto provata, sia pure per presunzioni, la responsabilità diretta della Fininvest, oltre che ex art. 2049 c.c., per il fatto del proprio mandatario Cesare Previti, per la corruzione del giudice relatore del collegio della Corte d'appello di Roma che aveva inficiato di nullità il lodo di equità reso a proposito del contenzioso CIR-Formenton;

c) ammesso che la detta corruzione aveva influenzato l'esito del giudizio, portando a una sentenza ingiusta;

d) riconosciuto la sussistenza del nesso di causa tra sentenza ingiusta e indebolimento della posizione negoziale di CIR nella successiva transazione;

e) accertato il danno patrimoniale da perdita di *chance* di un giudizio imparziale (con quantificazione nell'ordine dei settecento milioni di euro) e di quello non patrimoniale da lesione del diritto all'immagine (da liquidare in separata sede).

La pronuncia era stata prontamente impugnata e la sua esecutività sospesa per effetto di accordo, raggiunto tra le parti sotto l'egida della Corte d'appello, basato sulla concessione di una fideiussione a prima richiesta fornita da un *pool* di istituti di credito.

La sentenza della Corte d'Appello di Milano, sez. II, 10 luglio 2011, n. 3461 (3), non meno complessa di quella impugnata, conta in originale 283 pagine, che hanno richiesto quattro mesi di elaborazione dal momento della decisione e l'impegno di tutti i componenti del collegio, che figurano come coestensori. Vi vengono gestiti nove motivi d'impugnazione per parte Fininvest e quattro dell'appello incidentale di CIR, cui si aggiungevano tre motivi di appello incidentale condizionato. Le spese di lite vengono im-

putate per $\frac{3}{4}$ all'appellante e compensate per il resto in vista del ridimensionamento della domanda risarcitoria avanzata dall'originaria attrice. Infatti, la corte ambrosiana ribadisce la correttezza dell'addebito in capo a Fininvest della responsabilità per i danni riportati dalla controparte, ma si discosta dal giudizio di primo grado per quanto concerne la ricostruzione del nesso eziologico, nonché in punto di valutazione dei danni.

Note:

(1) *Due casi di danno da perdita di chance: per sentenza ingiusta e per tardiva consegna di un telegramma*, in questa *Rivista*, 2010, 79.

(2) In questa *Rivista*, 2010, 76; nonché in *Foro it.*, 2009, I, 3193, con nota di richiami di A. Palmieri-R. Pardolesi; *Resp. civ.*, 2010, 611, con nota di C. Scognamiglio, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*; *Dir. famiglia*, 2009, 1886, con nota di F. Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*; *La responsabilità civile*, 2010, 258, con nota di M. Tescaro, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*.

(3) Pubblicata in www.judicium.it, con nota di B. Sassani, *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*.

Nesso di causalità

Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di *chance* alla logica del “più probabile che non”

di **Alessandro Palmieri**

Il raffronto tra la sentenza di primo grado e quella resa in appello nel caso Cir c. Fininvest evidenzia che le due pronunce, malgrado abbiano entrambe ravvisato gli estremi della responsabilità della convenuta, non si sono ispirate a criteri omogenei nella ricostruzione del nesso di causalità, con riflessi anche sulla quantificazione del danno patrimoniale. L'autore analizza le divergenze tra le due decisioni e si sofferma sulla regola del “più probabile che non” adottata dalla Corte d'Appello di Milano, ripercorrendo l'itinerario giurisprudenziale che ne ha consolidato il ruolo di standard probatorio in materia di causalità civilistica e analizzando le ricadute sulla figura della perdita di *chance*.

Il computo del maxi-risarcimento nel caso Cir c. Fininvest: divergenze tra il primo e il secondo verdetto

La sentenza con cui il Tribunale di Milano ha definito in primo grado la vertenza tra Cir e Fininvest era destinata inevitabilmente a suscitare l'interesse di un pubblico più vasto rispetto ai lettori delle riviste giuridiche. Il clamore mediatico era scontato se si guardava all'identità stessa dei contendenti, oltre che naturalmente al *background* fattuale della lite che affondava le radici nel 'duello rusticano' per il controllo della casa editrice Mondadori, con tutto quel che ne è seguito. Come se ciò non bastasse, a calamitare l'attenzione dell'opinione pubblica è stato anche il maxi-risarcimento disposto dal giudice monocratico: la convenuta Fininvest è stata condannata a pagare una somma che, attualizzata al giorno della pronuncia il cui deposito risale all'autunno del 2009, sfiorava i 750 milioni di euro, importo suscettibile di essere ulteriormente incrementato in un secondo tempo se si pensa che, per quanto riguarda il danno non patrimoniale, la statuizione si limitava a riconoscere la fondatezza della pretesa attorea soltanto relativamente all'*an* (1).

All'esito del giudizio di appello, l'entità della con-

danna è stata ridotta, ma il dato numerico finale è tale che si può a ragion veduta continuare a parlare di maxi-risarcimento: senza contare gli accessori maturati in epoca posteriore alla data di pubblicazione della sentenza di prime cure, la cifra che figura nel dispositivo supera di poco i 540 milioni di euro. Il consistente sconto è attribuibile all'interazione di diversi fattori. Innanzitutto, la corte ambrosiana ha optato per una differente metodologia di computo del pregiudizio oggettivamente misurabile, che la Cir aveva risentito per essersi trovata, a causa dell'altrui illecito, in condizioni deteriori nel momento in cui si era seduta al tavolo delle trattative per ad-

Nota:

(1) La sentenza di primo grado nel caso Cir c. Fininvest (Trib. Milano 3 ottobre 2009) può leggersi in versione integrale in *Foro it., Le banche dati, archivio Merito ed extra*, n. 2009.681. La pronuncia è commentata da Santoro, *Due casi di danno da perdita di chance: per sentenza ingiusta e per tardiva consegna di un telegramma*, in questa *Rivista*, 2010, 76; Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. famiglia*, 2009, 1886; Scognamiglio, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ.*, 2010, 611; Tescaro, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*, in *La responsabilità civile*, 2010, 258.

divenire ad una sistemazione concordata della *querelle*. È stata, poi, operata una correzione di quello che si è ritenuto un errore di calcolo. Infine, si è proceduto a calmierare anche l'importo riconosciuto equitativamente a fronte della componente del pregiudizio patrimoniale che - per usare le parole della Corte - non possedeva una «valenza di tipo tecnico economico» e, perciò, non era suscettibile di essere liquidata nel suo preciso ammontare.

La segnalata decurtazione sarebbe stata ancor più marcata se i giudici di seconde cure avessero avallato la scelta del Tribunale che, una volta determinato l'importo che a suo dire rispecchiava il pregiudizio patrimoniale verificatosi, aveva effettuato un'ulteriore operazione contabile, applicando a detto importo un coefficiente di abbattimento percentuale. La discrasia sul punto non si spiega per via del fatto che, secondo il Tribunale, difettavano i presupposti per asserire con certezza che le condotte da cui scaturiva la responsabilità della Fininvest avessero impedito alla Cir di ottenere in sede transattiva un risultato in linea con i parametri di mercato e, dunque, di evitare il danno patito per l'alterazione di questi parametri; tale impostazione delle linee generali del problema, a ben vedere, non è aliena al ragionamento della Corte d'Appello. In fondo, entrambi gli organi giudicanti sono dell'avviso che i comportamenti addebitabili alla società convenuta hanno innalzato il rischio che la perdita economica si materializzasse. Piuttosto, esprimendo siffatto rischio in termini di probabilità che la giustificazione causale della diminuzione patrimoniale fosse rinvenibile nelle suddette condotte, la posizione del Tribunale si caratterizzava in quanto il ristoro concesso veniva ridotto in ragione del grado assegnato a tale probabilità. Dal momento che il primo giudice riteneva che, ponendosi *ex ante*, in un caso su cinque le cose avrebbero preso una brutta piega per la parte danneggiata a prescindere dall'illecito, la somma teoricamente spettante a quest'ultima subiva un taglio del venti per cento.

Dal canto proprio, la Corte d'appello non condivideva proprio questi sviluppi, dando invece primario rilievo al convincimento che l'incidenza delle accertate scorrettezze sul risultato negativo oltrepasasse la fatidica soglia del cinquanta per cento. Questa constatazione era più che sufficiente far ritenere che le conseguenze dell'illecito dovessero essere ascritte *in toto* a chi era tenuto a rispondere delle condotte idonee a produrre tali conseguenze secondo la ricostruzione maggiormente accreditata in termini probabilistici.

Dal danno legato alla compromissione delle probabilità di ottenere una sentenza favorevole alla corruzione del giudice quale antecedente causale dell'intera perdita patrimoniale

Volendo ricorrere a semplici, ma efficaci, slogan per riassumere i contrapposti atteggiamenti tenuti dai due organi giudicanti sulla questione testé analizzata, afferente alla tematica dell'individuazione del nesso eziologico (quantunque il primo giudice ne discorresse a proposito della determinazione del danno risarcibile), si potrebbe dire che il Tribunale si muove nell'ottica della "perdita di *chance*" (2), mentre la Corte d'appello sposa il criterio del "più probabile che non".

Com'è noto, la vertenza finita all'attenzione dai giudici meneghini si riallaccia idealmente a un'altra controversia vagliata anni addietro dalla Corte d'appello di Roma, ossia quella insorta a seguito dell'impugnazione del c.d. lodo Mondadori (3). Come accertato in maniera inoppugnabile in sede penale, tale giudizio era inficiato dalla corruzione del magistrato che aveva ricoperto il ruolo di relatore in seno al collegio che aveva annullato il lodo, sovvertendo la decisione degli arbitri, sì da far pendere la bilancia in favore di Fininvest. E, tra le persone condannate in veste di privati corruttori del giudice, figurava un legale che curava ad ampio raggio gli interessi di detta società.

Proviamo, dunque, a isolare nella complessa vicenda una sequenza causale semplificata, così congegnata: "1) corruzione del giudice relatore → 2) emanazione di una sentenza erronea contraria agli interessi di Cir → 3) indebolimento della posizione negoziale di Cir → 4) accordo transattivo stipulato a condizioni poco vantaggiose per Cir = lesione di un

Note:

(2) Su tale figura, v., da ultimo, Chindemi, *Danno non patrimoniale da perdita di chance, nesso causale e criteri risarcitori*, II ed, Milano, 2010; Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. privato*, 2010, 49; Severi, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ.*, 2010, 2209; Vittoria, *Responsabilità medica e perdita di chances - Un itinerario giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 581.

(3) Cfr. App. Roma 24 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1861, con nota di F. Caso, *De bello Segratense: di arbitrati, patti parasociali ed altro ancora* (annotata altresì da G. Carbone, *Alcuni limiti presunti e non delle convenzioni di voto*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 843; M. Rubino-Sammartano, *I patti parasociali: caduta di un mito?*, in *Foro pad.*, 1991, I, 135; A.M. Leozappa, *Limiti di validità del sindacato di voto*, in *Giur. merito*, 1992, 315; D. Grossi, *Se sia ammissibile l'intervento di terzo nel giudizio di nullità del lodo; se sia ammissibile, in tale sede, il riesame del giudizio di fatto degli arbitri connesso all'applicazione di norme imperative*, in *Riv. arbitrato*, 1992, 305).

interesse giuridicamente rilevante → 5) diminuzione patrimoniale subita da Cir". Ebbene, il passaggio delicato, arrivati al quale le strade del Tribunale e della Corte si sono divise, è quello che conduce dal punto 1) al punto 2).

Il Tribunale muove dalla premessa secondo cui «nessuno può dire in assoluto quale sarebbe stata la decisione che un collegio nella sua totalità incorrotto, avrebbe emesso», per escludere che, in mancanza del reato ascritto al giudice relatore, la Corte capitolina avrebbe senz'altro fatto prevalere la Cir. Diversamente, l'episodio di corruzione aveva privato la stessa Cir delle *chances* che in partenza dovevano esserle riconosciute di ottenere un provvedimento giurisdizionale di conferma del lodo (4). Le *chances* che vengono azzerate determinano la probabilità *x* da assegnare al fatto che l'evento *sub* 1) si ponga quale antecedente necessario dell'evento *sub* 2). In linea teorica, sarebbe possibile replicare il medesimo ragionamento in ciascuno degli *steps* successivi. Nel caso in esame, tuttavia, ciò non avviene e, dunque, il valore enucleato si ripercuote, senza aggiustamenti di sorta, sugli ulteriori anelli della catena; di modo che si può sostenere che, in uno scenario non perturbato da elementi criminosi, sussistevano identiche *chances* di non incorrere in alcuna diminuzione patrimoniale, la quale consegue anch'essa con la medesima probabilità *x* alla corruzione (5).

La Corte d'appello, allorché si interroga sulla genesi dell'evento *sub* 2), ritiene che il suo collegamento all'evento *sub* 1) rappresenti - riprendendo anche in questo caso uno stralcio della motivazione, a propria volta mutuato da una pronuncia della Suprema Corte (6) - «l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili». Sicché, ai fini del processo civile, si può ritenere dimostrata con certezza la scaturigine dalla corruzione della sentenza che non aveva confermato il lodo. E, proseguendo lungo la concatenazione dianzi esposta, dove non si incontrano ostacoli che frenano l'incedere dell'interprete, si può configurare la sussistenza di un legame tra la corruzione e l'evento *sub* 5), vale a dire l'intero pregiudizio ad essa riferibile. Poiché le colpe dei corruttori, sempre ai fini civilistici, ricadono sulla Fininvest, è quest'ultima che deve sobbarcarsi il fardello risarcitorio.

Come si è già evidenziato, la ricostruzione della Corte d'appello si fonda sulla piena adesione all'orientamento secondo cui la causalità civile obbedisce alla logica del "più probabile che non". La sentenza d'appello nel caso *Cir c. Fininvest* offre così lo spunto per riflettere su tale figura, emersa non da

molto tempo nel dibattito, non di rado artificiosamente complicato, riguardante nesso di causalità e sui suoi rapporti con la tematica della *chance* perduta.

La regola della "preponderanza dell'evidenza" quale standard probatorio per l'accertamento del nesso causale nel giudizio civile

Se consultiamo le banche dati in cui sono catalogate le decisioni della Suprema Corte, limitandoci a quelle ufficialmente massimate fino alla conclusione del 2010, notiamo che il criterio del "più probabile che non" fa il suo debutto sul finire del 2007 (7), per poi guadagnare immediatamente il consenso delle sezioni unite in un gruppo di sentenze depositate all'inizio dell'anno seguente (8). Da quel momento in

Note:

(4) Tali *chances* vengono considerate molto elevate nella pronuncia del Tribunale (secondo cui si attestavano all'ottanta per cento), dove si valorizzava la circostanza che il lodo impugnato era stato emesso all'esito di un arbitrato rituale di equità, sì che i margini per la sua censurabilità erano particolarmente ristretti, alla stregua della disciplina all'epoca vigente.

(5) Il che può indurre a operare una traslazione delle *chances* sul versante del danno, come fa il Tribunale, che (riferendo peraltro il danno a un elemento diverso dalla perdita patrimoniale) riconosce testualmente «nella perdita della rilevantissima opportunità di ottenere una decisione favorevole da parte della Corte di Appello in sede di impugnazione del lodo, il danno subito da CIR nella vicenda in esame, consistito nella perdita di una *chance*».

(6) La citazione è tratta da Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, in questa *Rivista*, 2009, 959, con nota di Manenti, *Disastro di Ustica: configurabile l'illecito omissivo a carico dei ministri tenuti a garantire la sicurezza dei cieli* (annotata altresì da Di Giandomenico, *La colpa omissiva e l'obbligo di vigilare nel trasporto aereo: ipotesi ricostruttive della responsabilità del soggetto omissivo*, in *Dir. trasporti*, 2010, 423).

(7) Cfr. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in questa *Rivista*, 2008, 43, con nota di Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione* (annotata altresì da Bona, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due «dimensioni di analisi»*, in *Corr. giur.*, 2008, 42; Locatelli, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del «più probabile che non?»*, in *Resp. civ.*, 2008, 332; Barni, *Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: non se ne può prescindere, ma, ...*, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1169).

(8) Cfr. Cass. 11 gennaio 2008, n. 576, in *Cass. pen.*, 2009, 69, con nota di Blaiotta, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano* (annotata altresì da Travaglino, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. merito*, 2008, 694); Cass. 11 gennaio 2008, n. 581, in questa *Rivista*, 2009, 667, con nota di Oliari, «*Debito di sangue*»: danno da emotrasfusione e prescrizione (annotata altresì da Greco, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ.*, 2008, 841; Romeo, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, in *La responsabilità civile*, 2008, 983; Querci, *La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 635;

(segue)

avanti la formula è stata ripresa, e considerata utile a fungere da criterio guida, in altre tredici pronunce (9), al punto che più di recente si parla di criterio consolidato (10), oppure di criterio “ripetutamente adottato dalla giurisprudenza” della Corte di legittimità (11).

Se si passa ad analizzare il contenuto dei provvedimenti in cui viene enunciata la regola del “più probabile che non” - talvolta detta anche della “preponderanza dell’evidenza” (12) -, non sfugge come per lo più essa si è andata ad innestare nel corpo di controversie riguardanti la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (13), dove si trattava essenzialmente di accertare il legame tra il comportamento (attivo od omissivo) del sanitario e il peggioramento della salute o il decesso del paziente, con il ventaglio dei correlati pregiudizi, patrimoniali e non, per lo stesso assistito, i suoi prossimi congiunti o eredi. In

Note:

(continua nota 8)

Viola, *La nuova responsabilità civile lungolatente - Commento a margine delle sezioni unite 581/2008*, in *Vita not.*, 2008, 839; Cass. 11 gennaio 2008, n. 582, in *La responsabilità civile*, 2008, 688, con nota di Dragone, *Le sezioni unite, la «vicinanza alla prova» e il riparto dell'onere probatorio*; Cass. 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, I, 451.

(9) Cfr. Cass. 13 giugno 2008, n. 15986, in *Giudice di pace*, 2009, 27, con nota di Gaetani; Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36, con nota di Casaburi, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»* (annotata altresì da Cricenti, *Il c.d. dissenso informato*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 175; Gorgoni, *Libertà di coscienza v. salute - Personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ.*, 2009, 126; Polizzi, *«È vietato mangiare sangue»: il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, *ibid.*, 2112; Pellegrino, *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei testimoni di Geova - Tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, in *Giur. it.*, 2009, 1126; Valore, *Il dissenso al trattamento terapeutico*, *ibid.*, 1400; Petri, *Preventivo rifiuto alla emotrasfusione e carattere inequivoco della manifestazione*, *ibid.*, 1661; Rossetti, *Dissenso all'atto medico e danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2406; Masoni, *I testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, in *Dir. famiglia*, 2009, 58; Forte, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corr. giur.*, 2008, 1674; Barni, *Sul rifiuto del sangue, un compromesso onorevole*, in *Riv. it. medicina legale*, 2009, 206; Silingardi e Santunione, *Il rifiuto anticipato dei trattamenti trasfusionali: la cassazione civile in bilico tra un passato che non passa ed un futuro ipotetico*, *ibid.*, 213; Cass. 18 novembre 2008, n. 27337, in *Foro it.*, 2009, I, 767, con nota di Landini, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno da reato* (annotata altresì da Castelli, *Vecchi e nuovi orientamenti sull'applicabilità dell'art. 2947, 3° comma, c.c.*, in *Corr. giur.*, 2009, 483; Tomarchio, *Danni da reato, mancata presentazione della querela e termini di prescrizione: il revirement delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2009, 850; Bona, *Reato e prescrizione dell'azione risarcitoria: con il revirement delle sezioni unite il termine più lungo trova applicazione anche in assenza di querela*, in *Resp. civ.*, 2009, 837; Cardano, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno nascente da reato perseguibile a querela di parte*, in *La responsabilità civile*,

2009, 513; Suppa, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da reato in mancanza di querela*, in *Riv. nel diritto*, 2009, 347; Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in questa *Rivista*, 2010, 372, con note di Capecechi, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 c.c.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?*, e Tassone, *Il frazionamento della responsabilità secondo la cassazione e in prospettiva di comparazione* (annotata altresì da Bona, *«Più probabile che non» e «concause naturali»: se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici peggiori della vittima*, in *Corr. giur.*, 2009, 1657; Miotto, *Il «difficile» concorso di cause naturali e cause umane del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 382; Tassone, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, in *Foro it.*, 2010, I, 1002; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit.; Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in questa *Rivista*, 2009, 1167, con nota di Cacace, *Figli indesiderati nascono - Il medico in tribunale* (annotata altresì da Di Ciommo, *Giurisprudenza-normativa e «diritto a non nascere se non sano» - La corte di cassazione in vena di revirement?*, *id.*, 2010, 144; Liserre, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Corr. giur.*, 2010, 369; Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1268; Gorgoni, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ.*, 2009, 2075; Viola, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *La responsabilità civile*, 2009, 706; Siano, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, *ibid.*, 814; Buffone, *Le conseguenze dannose della «nascita indesiderata» si propagano intersoggettivamente tra padre, madre e nascituro - Tutti soggetti da risarcire*, in *Riv. nel diritto*, 2009, 822; Ballarani, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata» dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. famiglia*, 2009, 1180; Feola, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Dir. e giur.*, 2010, 91; Salvatore, *Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita*, *ibid.*, 549; Bitetto, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del bebè prejudice*, in *Foro it.*, 2010, I, 155; Di Ciommo, *«Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*, *ibid.*, 157; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1276, con nota di Querci, *Un ulteriore passo in avanti verso l'autonomizzazione della responsabilità della struttura sanitaria (pubblica)* (annotata altresì da Schiattone, *Carenza di attrezzature e responsabilità autonoma della struttura sanitaria*, in *La responsabilità civile*, 2010, 101); Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ.*, 2009, 1779, con nota di Ziviz, *La «questione morale»* (annotata altresì da Benatti, *Il problema della quantificazione del danno non patrimoniale*, in *La responsabilità civile*, 2010, 192; Azzarri, *Funzioni e sostanza del risarcimento innanzi alla lesione dell'intangibilità sessuale del minore*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 24); Cass. 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 160; Cass. 8 luglio 2010, n. 16123, *id.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 271; Cass., ord. 29 luglio 2010, n. 17694, *id.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 173; 10 novembre 2010, n. 22837, *ibid.*, n. 174; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, *id.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 322.

(10) Cass. 10 novembre 2010, n. 22837, cit.

(11) Cfr. Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, ord., cit.

(12) Tale locuzione si rinviene in Cass. 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; Cass. 11 gennaio 2008, n. 581, cit.; Cass. 11 gennaio 2008, n. 582, cit.; Cass. 11 gennaio 2008, n. 584; Cass. 18 novembre 2008, n. 27337, cit.; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit.; Cass. 8 luglio 2010, n. 16123, cit. Inoltre, nella motivazione di Cass. 1° giugno 2009, n. 13530, cit., si ritrova la versione in lingua inglese della formula, allorché si menziona il principio “preponderance of the evidence”.

(13) Nei due terzi delle pronunce esaminate si discute di pregiudizi riconducibili all'operato di medici.

tali contesti, appare arduo stabilire con ‘certezza matematica’ se una diversa condotta del medico avrebbe giovato al paziente; considerato oltretutto che sovente si prospettano differenti opzioni terapeutiche, tutt’al più, sulla base della letteratura scientifica e delle *best practices* dell’arte medica, si possono azzardare previsioni sulle probabilità di riuscita di un certo intervento o di una certa cura. Ne deriva la proficuità di un approccio che compari le *chances* di successo astrattamente associate a ciascuna strategia. Il cennato esordio in Cassazione è avvenuto, infatti, proprio in occasione dell’esame circa la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata, nei confronti del medico addetto al pronto soccorso, nonché della Usl presso la quale egli era incardinato, da un malcapitato subacqueo che, durante un’immersione, si era trovato in difficoltà per un guasto al dispositivo di riserva dell’aria, accusando un malore. Trasportato in ambulanza al vicino ospedale, il sommozzatore veniva visitato dal medico di guardia e, dopo una breve somministrazione di ossigeno, era dimesso. Soltanto diverse ore più tardi, dopo una grave crisi, il paziente era sottoposto, su indicazione di altri sanitari, a un trattamento in camera iperbarica. Il punto-chiave era, dunque, verificare se l’invalidità riportata dal subacqueo (o, quanto meno, il suo aggravamento) fosse dipesa dalla tardività del suo avvio a un centro iperbarico, addebitabile al medico di guardia che non aveva preso tale decisione. Pur non essendo sicuro che un’indicazione curativa appropriata al momento dell’arrivo del paziente in pronto soccorso gli avrebbe arrecato effettivo giovamento, dalle consulenze tecniche espletate in giudizio emergeva la sussistenza di «una ragionevole probabilità (ancorché percentualmente non quantificabile) che un più tempestivo intervento terapeutico avrebbe potuto modificare il decorso della [patologia] presentata dal paziente»; se non altro, risultava che in questa eventualità le probabilità di guarigione o di esiti meno gravi sarebbero state superiori rispetto a quelle associate ad un intervento svolto a distanza di tempo. Tali considerazioni hanno indotto la corte di merito ad affermare la sussistenza del nesso causale, non smentita dal Supremo Collegio (14).

Il criterio in esame, tuttavia, presenta una vocazione generalista; prova ne sia che lo stesso ha trovato spazio nella ricostruzione degli elementi costitutivi di altre tipologie di illecito. Lo ritroviamo, infatti, accostato alla responsabilità della pubblica amministrazione per la violazione di obblighi di controllo o sorveglianza (15), a quella del produttore (16), o ancora nell’ambito della discussione sui danni discendenti dalla commissione di atti di libidine (17). An-

cor più in generale, si attribuisce al criterio del “più probabile che non” il ruolo di standard probatorio che caratterizza l’indagine sulla sussistenza dell’illecito (contrattuale e non) in sede civile (18).

Invero, alla base dell’entrata in scena e della diffusione del criterio della “preponderanza dell’evidenza” sembra esserci proprio l’intento di affrancare la valutazione sul nesso di causalità in sede civilistica dalla sudditanza rispetto all’omologo problema riguardante l’accertamento del reato (19), dove è in auge il diverso (e più garantista) criterio della prova “oltre il ragionevole dubbio”, consacrato dalla celebre sentenza *Franzese* (20). L’adesione giurispruden-

Note:

(14) Cfr. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

(15) Cfr. Cass. 11 gennaio 2008, n. 581, cit., con riferimento ai danni subiti da chi aveva contratto gravi patologie per la somministrazione di emoderivati infatti; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit., con riferimento ai danni subiti dalla compagnia aerea il cui veicolo era stato coinvolto nella sciagura di Ustica del 27 giugno 1980.

(16) Cfr. Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, cit., che ha cassato la pronuncia di merito con cui era stato escluso il nesso di causalità tra l’impiego di un gel abbronzante e le ustioni subite dall’utilizzatore del prodotto.

(17) Cfr. Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, cit.; in questo caso, nel quale la vittima del reato era una bambina che lamentava disturbi psichici persistenti a distanza di anni dal turpe episodio in cui era rimasta coinvolta, il Supremo Collegio ha evidenziato che «la valutazione probabilistica del nesso di causalità, contenuta nella CTU in termini elevati (nel 70/80% dei casi gli atti sessuali e di libidine compiute su minori costituiscono la condizione o la causa determinante un danno psichico grave di natura permanente) costituisce un criterio soddisfacente di imputazione della condotta alle conseguenze di menomazione psichica».

(18) Cfr. Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit.

(19) Proprio sui diversi standard di certezza probatoria nel giudizio penale e in quello civile (con la conseguenza che il p.m. potrebbe non esercitare l’azione penale a fronte di una *notitia criminis* e chiedere l’archiviazione, sul rilievo che non sia possibile raggiungere nel dibattimento sufficienti risultati probatori ai fini dell’affermazione della responsabilità penale, mentre il giudice civile, che nell’accertamento incidentale del fatto di reato è sottoposto alle regole civilistiche ed all’utilizzo dei mezzi propri, tra cui la regola del “più che probabile che non”, può ritenere l’esistenza dello stesso), fa leva Cass. 18 novembre 2008, n. 27337, cit., per pervenire alla statuizione che, qualora l’illecito civile sia considerato dalla legge come reato, ma il giudizio penale non sia stato promosso, anche per difetto di querela, all’azione risarcitoria si applica l’eventuale più lunga prescrizione prevista per il reato, purché il giudice, in sede civile, accerti *incidenter tantum*, e con gli strumenti probatori ed i criteri propri del procedimento civile, la sussistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto-reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi.

(20) Cfr. Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, 601, con nota di Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*. In tale pronuncia si è evidenziato, tra l’altro, come in sede penale non sia consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o no, dell’ipotesi di accusa
(segue)

ziale al “più probabile che non” risolve indubbiamente non pochi problemi al danneggiato che non possa avvalersi di meccanismi presuntivi per dimostrare il nesso causale (21). Ciò si ripercuote non soltanto sull'accertamento della responsabilità in capo al danneggiante, ma anche sulla commisurazione del *quantum*. Infatti, da un lato, il criterio enunciato tende ad annettere l'area della determinazione del pregiudizio derivato dalla lesione degli interessi vulnerati; dall'altro, l'applicazione del criterio nello stadio logicamente anteriore, in cui va effettuata la ricostruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, finisce con il condizionare l'entità della somma da liquidare. Il condizionamento è tendenzialmente favorevole al danneggiato, in quanto gli permette di conseguire anche la frazione di pregiudizio che costituisce la proiezione delle probabilità che lo stesso pregiudizio (o un suo antecedente) fosse stato cagionato da un fattore diverso da quello riconosciuto come preponderante. Il rovescio della medaglia consiste nel fatto che quando la condotta del convenuto non rivesta tale preminenza, la regola in discorso impone di ritenere infranto il legame tra detta condotta e le conseguenze che le sono asseritamente imputate.

Dunque, come dimostrano in maniera evidente le modalità con cui la Corte ambrosiana ha condotto, prestando dichiaratamente ossequio al “più probabile che non”, la valutazione del pregiudizio scaturente dal deposito di una sentenza comunque influenzata da un giudice corrotto, l'evoluzione giurisprudenziale tende a ridimensionare il ruolo della *chance*, quanto meno nell'analisi relativa al nesso causale e nella conseguente funzione moderatrice dell'ammontare del danno risarcibile. Non è da credere che ciò porti a emarginare la problematica della lesione di *chance*, che da parte sua mostra una significativa vitalità nella giurisprudenza degli ultimi anni, sia sul versante civile (22), che su quello amministrativo (23). La recente casistica segnala, ad esempio, il caso del ballerino al quale era stata illegittimamente negata l'ammissione alla scuola di danza di una prestigiosa istituzione teatrale; orbene, il giudice di merito, con statuizione confermata dal Supremo Collegio, ha risarcito non solo la voce qualificata come “pregiudizio patrimoniale in senso stretto”, corrispondente alla mancata percezione dei compensi che vengono erogati agli allievi della scuola, ma pure il danno da perdita di *chance*, consistito nella perdita di concrete possibilità di lavoro conseguenti al forzato ed illegittimo fermo artistico nel periodo in cui il giovane allievo avrebbe avuto maggiori possibilità di guadagni professionali (24). Per non parla-

re, in ambito lavoristico, delle controversie risarcitorie legate all'esito delle procedure di selezione del personale per l'accesso a qualifica superiore (25). In quest'ambito va segnalata, in particolare, la sottolineatura dell'esigenza (suscettibile di avere una valenza non soltanto settoriale) di una ponderazione quanto più accurata possibile delle probabilità di

Note:

(continua nota 20)

toria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica».

(21) Tale facilitazione sussiste, ad esempio, nei giudizi di risarcimento del danno per violazione delle regole antitrust, in cui l'allegazione dell'accertamento dell'infrazione ad opera dell'Autorità garante fa sì che il giudice possa ricorrere a presunzioni per affermare l'esistenza del nesso causale tra la violazione e il danno lamentato, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo (cfr. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in questa *Rivista*, 2007, 755, con note di Afferni, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, e Carpagnano, *Una pietra sopra - Commento alla sentenza della corte di cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement* (annotata altresì da Palmieri, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagiavo cammino dell'azione risarcitoria per danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2007, I, 1097; Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, *ibid.*, 1102; Bastianon, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni «lungolattenti»*, in *Corr. giur.*, 2007, 648; Bianchi, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ.*, 2007, 1616).

(22) Cfr. Cass. 26 marzo 2010, n. 7414, *id.*, Rep. 2010, voce *Danni civili*, n. 323; Cass. 11 settembre 2009, n. 19682, in *Lavoro e prev. oggi*, 2009, 1440 (commentata da Caponetti, *Diritto alla formazione e danno da perdita di chance del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 282).

(23) Specialmente nel campo delle controversie risarcitorie in materia di contratti pubblici: v., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, in *Riv. nel diritto*, 2010, 568, con nota di Caruso, *Risarcimento del danno dovuto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto*.

(24) Cass. 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 534.

(25) Cfr. Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 1031, con nota di Barbarisi, *La quantificazione e l'onere della prova del danno da perdita di chance nei concorsi privati* (annotata altresì da Iarussi, *Potere discrezionale del datore di lavoro e perdita di chance per annullamento di concorso*, in *Lavoro giur.*, 2010, 795); Cass. 2 febbraio 2009, n. 2581 e Cass. 23 gennaio 2009, n. 1715, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 795, con nota di Cardanobile, *Buona fede e correttezza nelle procedure concorsuali in ambito privato: gli obblighi formali e la tutela sostanziale degli interessi delle parti* (la seconda è annotata anche da Arcidiacono, *Obbligo di buona fede del datore di lavoro e perdita di chance*, in *Lavoro giur.*, 2009, 1030; Murrone, *Brevi considerazioni sul danno da perdita di chance ed onere probatorio*, in *Argomenti dir. lav.*, 2009, 885).

raggiungimento del traguardo sperato; e così si sono espresse riserve a fronte della quantificazione del risarcimento fondata sul criterio meramente statistico della proporzione tra il numero dei posti messi a concorso e il numero dei concorrenti che precedevano quello che lamentava il pregiudizio, senza fare alcun riferimento alla valutazione comparativa dei titoli dei candidati (26).

Occorre, nondimeno, puntualizzare che per lo più in tali pronunce, la *chance*, considerata alla stregua di «un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione», finisce per essere invischiata nel discorso sulla quantificazione delle poste patrimoniali, con il duplice corollario che essa staziona nell'ambito del danno emergente e che il suo ristoro è condizionato all'accertamento della ragionevole "probabilità" della sua esistenza (il che in linea teorica sembrerebbe impegnare l'interprete a cimentarsi in una, alquanto intricata, 'ricerca della probabilità che sussista una probabilità') (27).

Nonostante qualche presagio oscuro, tuttavia non è affatto detto che la *chance* non disponga ancora di qualche valida carta da giocare sul terreno della causalità. D'altronde, l'esordio del "più probabile che non" in Cassazione, quale fulcro della "causalità civile ordinaria", vedeva affiancata a quest'ultima una "causalità da perdita di *chance*" (28). E i due approcci sono accomunati dal tentativo di misurare, sia pure per approssimazione, le probabilità dei decorsi causali alternativi. Nel *leading case* del 2007 la lesione della *chance* veniva intesa come sacrificio della possibilità di conseguire un bene diverso dall'interesse leso dall'altrui violazione (29). Prendendo le mosse da tale concezione, si può ritagliare uno spazio riservato alla causalità da perdita di *chance* se non altro quando tale strada sia coltivata dalla parte che si dolga della preclusione della possibilità di conseguire un vantaggio ulteriore rispetto all'interesse giuridicamente rilevante che è stato conculcato dall'illecito. Preclusione che, ove dimostrati i presupposti teorici per il conseguimento del beneficio, aprirebbe le porte a un risarcimento necessariamente limitato in funzione della probabilità che il beneficio medesimo si concretizzasse. Un'istanza di tal fatta dovrebbe verosimilmente avere di mira non tanto il rapporto tra l'agire del danneggiante e la lesione dell'interesse giuridicamente rilevante, quanto piuttosto il nesso tra detta lesione e le conseguenze negative per la persona offesa, di carattere patrimoniale e non. Il vantaggio di cui si è parlato, invero, può anche ridondare sul piano dei pregiudizi non patrimoniali (30); e, ove riportato sul piano del dan-

no patrimoniale risarcibile, frequentemente può racchiudersi nella categoria del lucro cessante (31).

Note:

(26) Così Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, cit.

(27) Cfr. Cass. 17 dicembre 2008, n. 29485, in *Lavoro e prev. ogg.*, 2009, 559, con nota di Girolami, *Licenziamento illegittimo e cessazione dell'attività aziendale: criteri per il risarcimento del danno da perdita di chance*.

(28) Cfr. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

(29) Discorrendo di responsabilità medica, si considerava la possibilità di guarigione del paziente come un "bene" autonomo rispetto al diritto alla salute.

(30) Si pensi alla *chance* di una migliore qualità della vita durante il decorso della malattia e alla *chance* di vivere più a lungo, entrambe venute in rilievo nel caso vagliato da Cass. 18 settembre 2008, n. 23846, in questa *Rivista*, 2009, 155, con nota di Calcano, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale* (annotata altresì da Tassone, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, *ibid.*, 525; Amendolagine, *La risarcibilità del danno da perdita di chance conseguente all'omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale*, in *Corr. giur.*, 2009, 815; Feola, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 293, e *La responsabilità del medico per il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *Dir. e giur.*, 2008, 582; Fiori e Marchetti, *Il più probabile che improbabile ed il più improbabile che probabile*, in *Riv. it. medicina legale*, 2010, 174).

(31) Per una visione intermedia che considera come lucro cessante il danno futuro derivante dalla definitiva perdita, a causa del comportamento altrui, del bene ultimo avuto di mira; mentre qualifica danno emergente la *chance* in senso stretto, cioè la lesione della possibilità di raggiungere il risultato sperato, v., da ultimo, Trib. Piacenza 11 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 596.

Nesso di causa

Perdita di *chances* e nesso causale nel caso CIR-Fininvest (*)

di **Bruno Tassone**

L'Autore esamina innanzi tutto la sentenza in commento e quella di primo grado alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali intervenuti in materia di elemento eziologico. Inoltre, viene sottoposto a vaglio critico l'assunto condiviso da entrambe le decisioni rispetto al primo elemento della catena causale (la certa derivazione di una sentenza in ipotesi foriera di danni dalla corruzione di uno dei tre membri del collegio) e viene poi esaminato il modello decisorio concretamente adottato. Emergono in tal modo due diverse tecniche utilizzate per gestire i problemi di "incertezza causale" che il caso di specie presentava, con alcuni elementi di originalità rispetto agli approcci tradizionali, nonché i vari nodi che - sul piano generale - strutturalmente presenta il rapporto fra il nesso causale e la perdita di *chances*.

Introduzione

La sentenza del Tribunale di Milano nel caso CIR-Fininvest del 2009 e quella resa il 9 luglio 2011 dalla Corte d'appello di Milano costituiscono due ottime opportunità per testare, in chiave problematica, il modo in cui la perdita di *chances* si relaziona al nesso causale. I due temi, infatti, si presentano sempre più legati e, al riguardo, spicca nella motivazione del collegio meneghino il richiamo alla sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21619 (come si vedrà, appena "riconfermata" nel suo impianto generale dai giudici di legittimità) con cui la Cassazione ha elaborato una "scala discendente" per differenziare la causalità ordinaria e quella da perdita di *chances*, dopo aver separato le strade dell'accertamento civile e penale (1). Ma andiamo con ordine.

Il giudice monocratico si era confrontato con la complessa vicenda rilevando che non vi era la possibilità di stabilire con assoluta certezza se la corruzione del giudice Metta da parte di Fininvest avesse portato all'illegittima sentenza della Corte d'appello di Roma del 24 gennaio 1991 che aveva posto nel nulla il lodo Pratis del giugno 1990; o meglio - il passaggio è cruciale - che, una volta fatta derivare la sentenza dalla condotta del consigliere estensore, non si poteva affermare con totale sicurezza che un collegio incorrotto avrebbe assunto una diversa determinazione, sicché le probabilità di conferma della decisione arbitrale andavano stimate nella misura dell'80%.

Su tale presupposto la strada al risarcimento era apparentemente spianata (ancorché ciascun anello

della catena sollevi in realtà difficoltà sue proprie (2)): il lodo era intervenuto a fronte della mancata esecuzione dell'accordo del dicembre 1988 (all'origine della "guerra di Segrate" e contenente anche un patto di sindacato) volto a consentire a CIR l'acquisizione del controllo del gruppo Mondadori, sostanzialmente decretando che il programma concordato dalle parti andava rispettato; ma la Corte d'appello lo aveva totalmente riformato. Di qui l'indebolimento della posizione negoziale di CIR rispetto alla trattativa da tempo in corso ai fini della spartizione, la conclusione della transazione del 29 aprile 1991 in termini molto più sfavorevoli e il conseguente risarcimento del danno. D'altronde, di là dalle difficoltà tecniche che presentava l'operazione di determinazione del *quantum*, tramite gli atti ac-

Note:

(*) Il presente contributo riproduce in parte le considerazioni svolte nella relazione dal titolo "La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile" presentata al Convegno "Il nesso di causa nell'illecito civile e nella medicina legale: problemi aperti, classi di fattispecie e prospettive", tenutosi presso la Luiss Guido Carli di Roma in data 28 gennaio 2011.

(1) La pronuncia - sulla quale si tornerà più oltre - è fra le altre pubblicata in *Corr. giur.*, 2008, 35, con nota di M. Bona, *Il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

(2) Le "grandi linee" della catena vengono così ricostruite da Alessandro Palmieri nella nota pubblicata in questo stesso fascicolo: 1) corruzione del giudice relatore → 2) emanazione di una sentenza erronea contraria agli interessi di CIR → 3) indebolimento della posizione negoziale di CIR → 4) accordo transattivo stipulato a condizioni poco vantaggiose per CIR = lesione di un interesse giuridicamente rilevante → 5) diminuzione patrimoniale subita da CIR.

quisiti al procedimento emergeva chiaramente che, posta la necessità di addivenire ad una soluzione bonaria sia in vista della sopravvivenza dell'azienda sia in ossequio ai *desiderata* di una parte del mondo politico, la transazione era stata conclusa mercé un cospicuo esborso da parte di CIR invece che con la percezione, da parte sua, di una cifra miliardaria (3). Tuttavia, come in parte anticipato, il primo anello della catena richiedeva di sciogliere un nodo assai aggrovigliato: occorreva verificare quale incidenza aveva avuto il relatore sul resto del collegio - il cui presidente e consigliere *a latere* pure avevano votato a favore dell'impugnazione, senza conseguenze sul piano penale - e, inoltre, cosa sarebbe accaduto in assenza della corruzione (4). In proposito, il giudice monocratico accoglieva la domanda subordinata di CIR concernente la perdita di *chances*, concludendo che la medesima non aveva diritto al ristoro del danno subito per via dell'illegittima riforma del lodo, bensì - e si noti come già tale 'rappresentazione' del problema ponga l'interprete su una strada più facile da percorrere - di quello connesso alla mera perdita della possibilità di vederlo confermato (5).

La corte d'appello, invece, ritiene che, una volta accertato il legame fra la corruzione del giudice Metta e la citata sentenza - secondo la regola del "più probabile che non" e condividendo sul punto la valutazione del giudice monocratico -, non fosse poi dato di considerare la remota possibilità, definita "esistenziale", che il collegio addivenisse comunque alla medesima determinazione: ad avviso dei giudici di seconde cure «una sentenza "normale", non condizionata dalla presenza di un componente corrotto che aveva alterato tutto l'iter decisionale, certamente non sarebbe giunta alle conclusioni alle quali pervenne la Corte d'appello di Roma» (6), perché la sentenza «è "tamquam non esset" [...] già per la sola presenza nel collegio del giudice corrotto, a prescindere dal merito della decisione e dal convincimento degli altri componenti del collegio» (7).

Peraltro, anche a chiedersi «cosa avrebbe deciso un "collegio normale" dopo un percorso decisionale anch'esso "normale" ed "impregiudicato" nelle opinioni di tutti i suoi componenti» nonché riprodotto *in vitro* il giudizio che un ideale trio di magistrati avrebbe svolto (in ventitre lunghe pagine) (8), si conclude che «la corruzione di Metta ha privato CIR non tanto della "chance" di una sentenza favorevole, ma, senz'altro, della sentenza favorevole, nel senso che, con "Metta non corrotto", l'impugnazione del lodo sarebbe stata respinta»: alla domanda «era più probabile che un giudice incorrotto avrebbe emesso una sentenza giusta oppure una sentenza

ingiusta?», si risponde che «la prima ipotesi era di gran lunga la più probabile e ciò giustificava l'affermazione di un rapporto diretto ed immediato fra corruzione, sentenza ingiusta e danno subito da CIR» (9).

Di qui, peraltro, l'ulteriore rimprovero mosso al tribunale di non aver valutato «un diverso esito di *quel*

Note:

(3) Al pregiudizio in parola si devono aggiungere il danno da lesione dell'immagine imprenditoriale - il cui accertamento è richiesto in via generica e con rinvio ad altro giudizio per la sua quantificazione - nonché quello derivante dagli esborsi sostenuti per il contenzioso civile. Con riguardo alla prima e più importante voce di danno (quella di cui nel testo), ci si può limitare a ricordare - per così dire "a colpo d'occhio" - che durante la trattativa pre-sentenza Metta CIR aveva chiesto 528 miliardi e la Fininvest ne aveva (ad un certo punto) offerti 400, mentre la transazione obbligherà la prima ad un versamento di 365 miliardi. Per varie considerazioni sui problemi legati alla quantificazione del danno, si vedano le riflessioni svolte da A. Nicita in questo stesso fascicolo.

(4) Mentre gli snodi più recenti della vicenda penale vengono riassunti dalle decisioni in commento, per vari riferimenti a quelli più risalenti, L. Marini, *Corruzione ambientale, status dell'imputato e attenuanti generiche*, in *Questione giustizia*, 2002, 781, nonché O. Villoni, *Questioni in tema di corruzione in atti giudiziari e di appello contro la sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.*, 2001, 3572.

(5) In specie, come si legge alle pagine 125-126 della sentenza nella versione originale (cui si farà d'ora in avanti riferimento), «nessuno può dire in assoluto quale sarebbe stata la decisione che un collegio nella sua totalità incorrotto, avrebbe emesso» e «una sentenza ingiusta avrebbe potuto essere emessa anche da un collegio nella sua totalità incorrotto», sicché appare più corretto «determinare concettualmente il danno subito da CIR come danno da perdita di *chances*», perché «la corruzione del giudice Metta privò la CIR di ottenere da quella Corte una decisione favorevole», apprezzando quindi la domanda di accertamento proposta da CIR in sede arbitrale come «conseguenziale ad una pluralità di opzioni concretamente possibili, mentre la Corte d'Appello di Roma decise per la nullità della convenzione per intero, che era l'unica opzione sulla base della quale si potesse rigettare la domanda attorea». Per una rapida individuazione di dette opzioni, si veda la successiva nota 8.

(6) Pagina 155 della sentenza d'appello nella versione originale, alla cui numerazione si farà d'ora in poi riferimento.

(7) Pagina 156.

(8) Dalla pagina 160 alla pagina 183. In via di estrema sintesi e con semplificazioni estreme: un lodo rituale di equità era censurabile ai sensi del vigente art. 829 c.p.c. solo per violazione di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, essendo però fortemente discusso se fossero tali quelle in forza delle quali si potevano ritenere vietati sindacati di voto - peraltro contenuti in puntuali limiti di tempo ed oggetto - quali quelli previsti con la convenzione del 1988 e, comunque, che nel caso di specie se ne riscontrasse la violazione; a prescindere da ciò, risultava poi non facilmente contestabile la scindibilità delle clausole del sindacato dal resto dell'accordo, sicché la loro nullità non si sarebbe potuta estendere ad esso; senza contare che tale profilo del lodo era censurabile solo per assoluta inintelligibilità della motivazione, con la grande difficoltà a ritenere che il Prof. Rescigno, il Prof. Irti e il giudice Pratis non fossero stati in grado di rendere comprensibile il proprio pensiero.

(9) Pagina 185 (corsivo aggiunto).

giudizio “collegiale”» (10), mentre «il problema che il tribunale si sarebbe dovuto porre era [...] quello [di] ricostruire [...] come avrebbe deciso una Corte incorrotta o, meglio, proprio *quella* Corte nel caso in cui Metta non fosse stato corrotto» e «stabilire [...] se il lodo sarebbe stato confermato, alla luce delle regole e della giurisprudenza all'epoca vigenti e a disposizione di una “Corte normalmente preparata”» (11).

Leggendo i suddetti passaggi il lettore avrà forse avvertito una certa contraddizione fra il rilievo da ultimo riportato (l'assenza di un accertamento in concreto) e la lunga analisi “di laboratorio” volta a definire cosa un collegio dotato di normale perizia ed esperienza in materia avrebbe fatto (peraltro formulata *ad abundantiam*, dopo aver ritenuto la sentenza di per sé “tamquam non esset”). E proprio tale punto pare strettamente connesso al tema dell'accertamento del nesso causale e della perdita di *chances*, sul quale si ritornerà con specifico riferimento alle sentenze in commento dopo aver tentato una prima collocazione delle stesse all'interno dei tumultuosi orientamenti in argomento.

Le tappe di un cammino giurisprudenziale (in piena evoluzione)

Come già messo in luce nella nota di Alessandro Palmieri, colpisce che, a fronte di un identico accertamento in fatto, la medesima controversia sia vagliata in primo grado alla luce della perdita di *chances* e in secondo grado alla stregua della “causalità civile ordinaria”. Infatti, ciò induce a chiedersi - già *prima facie* - se si tratti di differenze ontologiche o di mere tecniche di gestione del (medesimo) nesso eziologico. In altri termini, è unico il filo che lega i passaggi presi in considerazione dalle due corti di merito, ma diverso il modo di “etichettarlo” in applicazione dell'art. 2043 c.c.

D'altronde, si è già accennato sulle pagine di questa *Rivista* che una prospettiva attraverso cui guardare alla (storia più recente della) perdita di *chances* è proprio quella di considerare come l'elaborazione in materia di nesso causale sia arrivata fino al caso *Franzese* e quali direzioni abbia poi preso (12): rinviando a quanto già esposto per le tappe meno recenti e volendo solo gettare le basi per la trattazione di quelle successive (13), si può ricordare che, sebbene la *condicio* rappresenti in qualche modo un'elaborazione di ‘seconda generazione’ rispetto ai primi studi della dottrina (soprattutto tedesca) - che ben presto si rende conto dei rischi di eccessivo allargamento delle maglie della responsabilità ad essa con-

naturati (14) -, uno schema dominante suggerisce ancora di utilizzarla come teorica di base, seppur con il corredo di vari temperamenti (15): come enunciano appunto (con non secondarie precisazioni di carattere processuale) le dieci sentenze a Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008 (16), oltre che una recentis-

Note:

(10) Pagina 188 (corsivo aggiunto).

(11) Pagina 189 (corsivo aggiunto).

(12) In particolare, si tratta Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, fra le tante in *Foro it.*, 2002, II, 601, con nota di O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, la cui massima vuole che «[n]on è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”».

(13) Sia consentito, al riguardo, il rinvio a B. Tassone e D. Nicotra, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale* (in nota a Trib. Palmi, 11 febbraio 2006), in questa *Rivista*, 2007, 325 ss., il cui percorso è stato ripreso e proseguito in B. Tassone, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali* (in nota a Trib. Rovereto 2 agosto 2008, Trib. Modena 25 agosto 2008, Trib. Roma 27 novembre 2008 e Cass. 18 settembre 2008, n. 23846), *id.*, 2009, 538 ss., nonché aggiornato con *Id.*, *Riflessioni minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima* (in nota a Trib. Terni, 2 luglio 2010), *id.*, 2011, 435 ss.

(14) Peraltro, se sul versante penalistico le controindicazioni di cui nel testo possono essere ridimensionate dalla presenza dell'elemento soggettivo (per quanto il problema resti per i delitti aggravati dall'evento), lo stesso non avviene in sede civile, vuoi perché ci si trova a volte di fronte a fattispecie di responsabilità oggettiva, vuoi per il modo in cui alcune corti interpretano l'elemento eziologico: è il caso del danneggiato trasportato in ospedale per esser lì vittima di ulteriori danni (Trib. Perugia, 8 giugno 1991, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 636) o del malato che, affetto da depressione a causa del sinistro, decide di togliersi la vita a distanza di un anno e mezzo (Cass., sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2037, in questa *Rivista*, 2000, 1203). Per un ampio e articolato commento alla casistica in materia, R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, *passim*.

(15) Fra cui quelli dell'efficienza causale, della causalità adeguata, dell'*id quod plerumque accidit* o della causalità umana. Per alcuni distinguo si vedano H.L.A. Hart e T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, 1985, 465 ss., mentre per ampie rassegne sulle numerose teorie in materia M. Capecechi, *Il nesso di causalità - Da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, 128 ss. e, più di recente, L. Nocco, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 33 ss.

(16) In specie, ciò avviene nel segmento argomentativo della decisione 576 ripreso dalle pronunzie 581, 582 e 584. Un *pattern* motivazionale identico a quello spiegato dalla n. 576 con riguardo al nesso di causa è peraltro contenuto nelle decisioni 577, 578, 581, 582 e 584, che si leggono, fra le altre, in *Foro it.*, 2008, I, 453, con nota di A. Palmieri, ove pure una ‘mappa’ delle statuizioni alla quale si rinvia.

sima decisione della terza sezione del 9 giugno 2011, n. 12686 (17).

Tuttavia, la giurisprudenza degli ultimi anni dimostra che la linea di continuità fra le più moderne elaborazioni e l'originaria impostazione è in parte apparso: quando l'illecito è ascritto al responsabile su base fondamentalmente probabilistica, il procedimento di sottrazione mentale che caratterizza la *condicio* mostra tutti i propri limiti e le maglie che apparivano prima troppo larghe possono restringersi fino a diventare per la vittima un muro invalicabile. Di qui l'accelerazione impressa, forse involontariamente, dalla pronuncia *Franzese*: se da un lato la responsabilità (del sanitario) viene notevolmente ristretta (18), dall'altro si creano i presupposti per dare al giudizio civile il ruolo di "contrappeso" di quello penale attraverso un minor rigore in sede di accertamento del nesso.

Venendo allora alla perdita di *chance*, interessa particolarmente che il distacco dall'insegnamento delle Sezioni Unite penali non sia avvenuto inizialmente perché una contrapposizione frontale perché, con la decisione del 4 marzo 2004, n. 4400 (19), la via seguita è passata proprio attraverso il richiamo alla figura *testé* menzionata (20). Del resto, sulla scia dell'orientamento poi respinto dalla predetta decisione delle Sezioni Unite penali, la Cassazione civile aveva da tempo riconosciuto la possibilità di accertare l'elemento eziologico mediante valutazioni di tipo probabilistico (21) e non sarebbero mancate a breve pronunce tese a smentire l'applicabilità dell'insegnamento *Franzese* all'illecito aquiliano (22), con statuizioni sempre più incisive (23).

A questo punto, dopo le indicazioni (in parte sibilline) che Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, ha offerto rispetto al modo di intendere il nesso - e la presa di coscienza che esso solleva un «problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura [...] destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto» (24) -, interviene in diretta continuità (grazie alla mano del medesimo estensore) la già citata Cass. 21619/2007: la quale pone - fra gli altri - il non secondario problema di capire come una causalità civile ordinaria, accertata su base probabilistica, possa convivere con una causalità da perdita di *chances*

causalità adeguata, sulla base della quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo a quegli venti che non appaiano - ad una valutazione "ex ante" - del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei diversi valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio".

(18) Rinviando per i necessari riferimenti a Tassone e Nicotra, *Autonomia e diversità di modelli*, cit., si può ricordare che l'operazione avviene attraverso una limitazione del criterio di imputazione oggettivo in contrasto con un orientamento sorto negli anni '80 e giunto all'apice nei primi anni '90, peraltro reificando (sebbene in termini non così espliciti) la distinzione fra causalità generale e causalità individuale.

(19) La pronuncia - che si legge fra le altre in *Foro it.*, 2004, 1403 - afferma che, «in presenza di fattori di rischio legati alla gravità della patologia o alle precarie condizioni di salute del paziente», la diagnosi errata o inadeguata del soggetto esercente la professione sanitaria «aggrava la possibilità che l'evento negativo si produca» e determina «in capo al paziente la perdita delle *chances* di conseguire un risultato utile», sicché è dato allo stesso di avanzare una domanda «diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato». Sebbene la sentenza esprima ampia approvazione per il *dictum* proveniente dalle Sezioni Unite penali, nella trama motivazionale e nell'enunciazione della regola da applicare in sede di rinvio rimangono affermazioni con esso incompatibili: fra cui quelle inerenti l'espressa conferma dell'orientamento avvertito dalle Sezioni Unite penali, la menzione della sentenza *Franzese* quale semplice 'specificazione' di questo e, infine, un doppio riferimento alle probabilità di salvezza con cui la Suprema Corte «sembra invitare [...] a valutare se «"probabilmente" il paziente avrebbe avuto la "probabilità" di salvarsi», che appare ben lontano da un giudizio di «alta credibilità razionale», come ad esempio ricorda M. Rossetti, *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico. Ma è contrasto tra le sezioni civili e penali della Suprema Corte*, in *Dir. giust.*, 2004, fasc. 14, 35 ss.

(20) Peraltro, alcune pronunce di merito avevano già stabilito che non sono applicabili all'accertamento del nesso causale svolto in sede civile i principi valevoli per l'accertamento effettuato in sede penale optando per la sussistenza del nesso causale ove, secondo le statistiche cliniche, si potesse affermare che la probabilità che dalla condotta del convenuto fosse derivato l'evento lesivo sussisteva nel 50% + 1 dei casi. Sul punto, si veda ad esempio Trib. Venezia, 10 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2005, 426 ss.

(21) Si vedano, anche al di fuori dell'area della colpa medica, Cass. 13 maggio 1982, n. 3013, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Professioni intellettuali*, n. 45; Cass. 10 luglio 1987, n. 8290, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, 662; Cass. 16 novembre 1993, n. 11287, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *cit.*, n. 56; Cass. 6 febbraio 1998, n. 1286, *id.*, 1998, I, 1917; Cass. 21 gennaio 2000, n. 632, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, 1817; Cass. 4 giugno 2001, n. 7507, in *Dir. econ. ass.*, 2001, 1166.

(22) Si consultino anche Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in questa *Rivista*, 2006, 269 ss., Cass. 23 settembre 2004, n. 19133, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1239, Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in questa *Rivista*, 2005, 23 ss., nonché Cass., sez. lav., 5 settembre 2006, n. 19047, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 37, 71.

(23) Fra le prime decisioni che segnano la maggior distanza dall'orientamento di cui si discute, vi è Cass. 19 maggio 2006, n. 11755, in questa *Rivista*, 2006, 1238 ss., con nota di L. Nocco, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*.

(24) Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, fra le altre in *Corr. giur.*, 2006, 257 ss., con nota di Rolfi, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*.

Note:

(17) Secondo la decisione di cui nel testo, infatti, «il nesso causale è regolato dai principi di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., per il quale un evento è causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché della cosiddetta

pure essa accertata su base probabilistica; anzi, secondo la decisione della Corte d'appello di Milano (ma, come si vedrà, questa non è affatto l'unica interpretazione possibile del "decalogo" offerto dalla Suprema Corte), da valutare secondo il medesimo canone del "più probabile che non"; e da mettere poi in relazione ad una situazione protetta (dai più espressamente ricondotta nell'alveo del danno emergente) che pure trova definizione con l'ausilio delle percentuali (di addivenire ad un risultato più favorevole o meno dannoso secondo il canone della "mera possibilità", stando sempre a Cass. 21619/2007) (25).

Peraltro, il divario fra accertamento civile e penale viene, almeno sul piano formale, ridimensionato dalle Sezioni Unite con le citate pronunce dell'11 gennaio 2008 (26). Ma, come dimostrano proprio le due decisioni rese nel caso CIR-Fininvest - oltre che la recentissima Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, sulla quale fra un attimo si tornerà -, la necessità di un coordinamento fra il criterio del "più probabile che non" e la teorica della perdita di *chances* non è affatto venuta meno e continua a schiudere le porte ad una messe di problemi (o forse anche di opportunità) (27).

D'altronde, sempre sulle pagine di questa *Rivista* si è sostenuto che la regola in concreto adottata da Cass. 21619/2007 sfiorava i territori dell'illecito senza danno (accertato). E dopo quella pronuncia si registrava almeno un ulteriore tassello: con la sentenza del 19 maggio 2008, n. 23846, la Suprema Corte finiva per risarcire - sotto l'etichetta della perdita di *chance* - "voci" per un verso da leggere in termini "ordinari" e certi e, per l'altro, in termini di pregiudizio del tutto volatile e di dubbia consistenza (28). Infine, leggendo Cass. 4400/2004 in chiave di *apportionment of liability* fra condotta omissiva umana e concausa naturale (lo stato del paziente) (29), acquisiva ancor maggiore rilevanza la successiva sentenza del 16 gennaio 2009, n. 975 (30): nell'enunciare il principio del "frazionamento della responsabilità" e nell'affrontare in apparenza il solo tema del concorso fra causa umana e naturale (31), essa in realtà schiudeva le porte all'accertamento proporzionale della responsabilità anche sul piano della causalità commissiva (32).

Tuttavia, la possibilità di non addossare al danneggiante la parte di pregiudizio eziologicamente riconducibile alla causa naturale è stata da pochissimo ed espressamente esclusa da Cass. 15991/2011 riprendendo Cass. 21619/2007; salvo stabilire poi - sul piano operativo - che è dato al giudice del merito di tenere conto della concausa (seppur con limiti che

paiono più stringenti di quanto non consentisse la liquidazione "equitativa" propiziata da Cass. 975/2009) in sede di determinazione del *quantum* non sul piano della causalità materiale, bensì su quello della causalità giuridica, gettandosi così le basi per un ripensamento della teoria del doppio nesso formatasi sull'art. 1223 c.c.; e se pure su tale aspetto

Note:

(25) La pronuncia afferma in sostanza che ai fini dell'accertamento del nesso causale possono essere individuati tre livelli: il primo è quello delineato dalla sentenza *Franzese*, che - mette conto aggiungere - se vale in sede penale sarà *a fortiori* utilizzabile in sede civile, ove ve ne siano i presupposti; il secondo è quello della «la causalità civile "ordinaria", che costituisce una dimensione d'analisi del nesso di causa distinta dalla "causalità da perdita di chance"» e che «si attesta sul versante della probabilità relativa (o "variabile") [...] caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale», in particolare individuato anche dalla «relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più probabile che non"»; il terzo, infine, è rappresentato dalla «causalità da perdita di *chance*, attestata sul versante della mera possibilità di conseguire un diverso risultato terapeutico, da intendersi non come mancato raggiungimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, dovendosi intendere l'aspettativa di guarigione da parte del paziente come "bene", e cioè come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute».

(26) Dato che, secondo le suddette decisioni, la differenza sarebbe in definitiva solo di standard probatorio.

(27) Per ulteriori rilievi critici e per la dottrina che ha toccato lo specifico aspetto problematico in questione, sia consentito il rinvio a Tassone, *Diagnosi erronea*, cit.

(28) La sentenza - che si legge in questa *Rivista*, 2009, 155 ss. - si occupa del danno derivante dalla mancata rilevazione e cura di un processo morboso terminale, le cui conseguenze si valutano in termini di perdita di *chances*. È peraltro evidente che la ridotta qualità della vita e la maggior sofferenza connesse al ritardo nella diagnosi e nella somministrazione di farmaci, oltre che alla minore invasività che un tempestivo intervento chirurgico avrebbe avuto (perché da effettuare su masse tumorali più ridotte), derivano dalla condotta in modo certo. Viceversa, i pregiudizi relativi alla diminuita possibilità di "auto-determinarsi" una volta saputo del male e alla riduzione delle aspettative di vita rischiano di porsi fra l'incerto e l'imponderabile.

(29) Per tale lettura sia consentito il rinvio a Tassone, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile - Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 237.

(30) La sentenza si legge fra le altre in questa *Rivista*, 2010, 372, con note di M. Capecchi, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 c.c.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?*, e di B. Tassone, *Il frazionamento della responsabilità secondo la casazione e in prospettiva di comparazione*.

(31) Ciò riprendendo un orientamento degli anni '70 poi tacitamente abbandonato, oltre che alcune sentenze di merito rimaste abbastanza ignorate. Al riguardo, sia consentito il rinvio a B. Tassone, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, in *Foro it.*, 2010, I, 994. Per ulteriore casistica, si veda la meticolosa rassegna di Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 164 ss.

(32) Il rilievo è di Capecchi, *Il revirement della Corte di Cassazione*, cit.

si dovrà ritornare più diffusamente in altra sede, non ci vuol molto per capire il suo rilievo per il caso di specie (cui si deve ora volgere l'attenzione), potendosi forse riportare alla "situazione del danneggiato" alcune delle concause idonee ad incidere negativamente sull'esercizio del potere negoziale di CIR).

Sulla "derivazione causale" della sentenza della Corte d'Appello di Roma dalla corruzione del giudice Metta

Come si è detto, le decisioni di primo e di secondo grado ritengono che la sentenza della Corte d'appello di Roma sia causalmente derivata dalla condotta del giudice Metta. Esse traggono, tuttavia, conseguenze ricostruttive diverse: secondo il tribunale ne discende ulteriormente - a riprova della varietà delle lenti con cui la causalità cerca di inquadrare il mondo - la perdita della (consistente) possibilità di veder confermato il lodo Pratis, mentre il collegio la usa per formulare l'equazione corruzione del giudice = sentenza ingiusta = danno risarcibile. Ma è proprio l'assunto posto alla base delle due pronunce che non convince e che - come si dirà fra breve - sembra poi incidere sul modello decisionale adottato.

Innanzitutto, vale la pena di ricordare che, secondo un costante orientamento, «la condanna generica al risarcimento dei danni pronunciata dal giudice in sede penale integra gli estremi di una sentenza contenente solo l'accertamento della potenziale capacità lesiva del fatto-reato e dell'esistenza, probabile, di un nesso di causalità tra l'illecito ed il pregiudizio lamentato», dacché «spetta al giudice della liquidazione accertare in sede civile l'esistenza effettiva del danno stesso e determinarne l'ammontare, con la verifica del nesso di causalità in concreto» (33): non essendo Fininvest entrata nel giudizio quale parte civile e non facendo stato nei suoi confronti le statuizioni civili rese nei confronti degli altri imputati (peraltro in termini di condanna generica), le pronunce intervenute in quella sede non possono essere direttamente usate a fini risarcitori (34). Ma anche ove una condanna generica vi fosse stata - e ciò esclude ancor di più ogni automatismo -, rimarrebbe ferma la necessità di confrontarsi con i problemi del nesso causale in modo autonomo, visto il diverso "perimetro" che caratterizza il giudizio penale (35). Peraltro, da questo punto di vista le due decisioni in commento non si espongono a censure, perché i dati emergenti dal processo penale sono rivalutati in un modo che (almeno ai fini della motivazione e tenendo conto della diversa logica che regola l'istruttoria in sede civile) appare effettivamente "indipen-

dente". Tuttavia, ciò non fuga ogni dubbio: non è dato di sapere cosa sarebbe accaduto in assenza della corruzione; se gli altri due consiglieri siano stati "schiacciati" dalla personalità di Metta; se non abbiano letto le carte per mancanza di tempo (ad esempio a fronte della "pressione", magari non imputabile al solo relatore, transitata attraverso il timore di pregiudicare nelle more l'attività di un importantissimo gruppo imprenditoriale); se si siano fidati troppo; se il peso della responsabilità li abbia portati a lasciar fare; o se invece erano pienamente convinti della decisione che andavano ad adottare e poi della motivazione che l'avrebbe accompagnata, fino alla sua ultima parola.

D'altro canto, può un accertamento giudiziale che considera quell'evento decisivo all'interno di una più complessa domanda risarcitoria farsi carico di tutte queste variabili? Va considerato il modello teorico disegnato dall'art. 276 c.p.c. secondo cui i giudici non collaborano ma concorrono in piena autonomia alla formazione della deliberazione collegiale (36)? O deve il magistrato valutare cos'è veramente

Note:

(33) Fra le tante, Cass. pen., 5 giugno 2008, *Ballandi*, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Danni penali*, n. 2, nonché - in sede civile - Cass. 13 novembre 2009, n. 24030, *ibid.*, voce *Giudizio (rapporto)*, n. 88.

(34) Peraltro, colpisce che non si trovi nelle decisioni in parola alcun cenno ai criteri che la sentenza del Tribunale di Milano 4688/2003 aveva usato per condannare gli imputati per la somma di euro 380.000.000, salvo poi ad essere riformata sul punto da quella della Corte d'Appello 737/2007, in chiave di condanna generica. Per una panoramica sulle vicende penali, corredata dai necessari richiami giurisprudenziali, si veda la nota di richiami a Trib. Milano, 3 ottobre 2009, cit., di R. Pardolesi e A. Palmieri, in *Foro it.*, 2009, I, 3193.

(35) In effetti, sembra di poter affermare che nel giudizio penale si discorre solo della commissione di un reato e che solitamente (fatta ad esempio salva la valutazione delle circostanze attenuanti e aggravanti) al giudice non interessano gli elementi che stanno al di fuori della fattispecie criminosa, anche perché il principio di tassatività gli crea già fin troppi (e giusti) problemi. In breve, non gli interessa il danno: c'è stata nel caso di specie la corruzione di un giudice - rispetto alla quale la censurabilità della sentenza Metta e le singolari modalità con cui si è addivenuti alla sua pronuncia sono ovviamente "indizi" da valutare *ex post* - e tanto basta. Accertare il legame fra quella specifica fattispecie criminosa e la sentenza che il collegio ha pronunciato è insomma affare del giudice civile.

(36) Nel rinviare anche all'esame degli artt. 118, 119, 131 e 141 delle disposizioni attuative, vale la pena di rileggere la norma alla luce del caso in discussione: «La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio. Ad essa possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione. Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, quindi l'altro giudice e infine il presidente. Se intorno a una questione si prospettano più soluzioni e non si forma la maggioranza alla prima votazione, il presi-

(segue)

successo, quali gli equilibri psicologici, in che modo le singole personalità hanno interagito in quel momento, da quali elementi sono state realmente influenzate, che ruolo hanno effettivamente giocato? Ovviamente, qualsiasi decisione formata in modo analogo a quella della Corte d'appello di Roma si candida ad essere vagliata quale atto giuridico invalido - ad esempio tramite le regole in materia di revocazione - e può costituire un rilevante indizio ai fini dell'accertamento della retrostante corruzione, secondo gli orientamenti che le due sentenze non mancano di richiamare (37); ma non pare che una loro integrale 'traslazione' sul piano dell'accertamento del nesso sia attuabile, perché ciò vuol dire 'estendere' all'intero collegio gli effetti della corruzione o un dolo processualmente rilevante: fino a non lasciar spazio, ad esempio, per un concorso fra una condotta dolosa del soggetto corrotto e una condotta colposa degli altri due giudici rilevante *ex lege* 117/1988.

Di contro, una considerazione "esseriana" della fattispecie non può condurre a negare a CIR un qualche diritto al risarcimento del danno: davanti alle insidie del giudizio contro-fattuale si stagliano pur sempre un giudice relatore corrotto, un procedimento con mille stranezze, una decisione arbitrale che - approvata (ancorché a maggioranza) da insigni giuristi - è stata totalmente riformata, peraltro attraverso gli strettissimi canali attraverso cui doveva passare la relativa impugnazione.

In proposito, entrambe le sentenze proclamano coraggiosamente di voler svolgere un accertamento in concreto, in parte senza riuscire a gestire totalmente e in parte gestendo in maniera diversa i relativi problemi di 'incertezza', come emerge già dalla lunga motivazione del Tribunale (38), la quale conclude nel senso della «derivazione causale dalla corruzione del giudice Metta» in ragione di un «assai probabile condizionamento del collegio» (39); mentre la sentenza d'appello, rigettata «la prova di resistenza» proposta da Fininvest (40), afferma radicalmente «la natura solo formalmente collegiale della sentenza della Corte d'Appello di Roma» (41), facendo leva sulle dichiarazioni «rese dagli altri due componenti del collegio in sede penale» (42).

Tuttavia, con riguardo a tale ultimo profilo, viene da chiedersi fino a che punto si possano considerare attendibili - ai fini che interessano la complessa valutazione del nesso di causa nella diversa sede civile - le deposizioni degli altri due giudici, evidentemente preoccupati di sminuire il loro ruolo e le conseguenti responsabilità; e quale valore il giudice civile debba attribuire alle stesse nel quadro istruttorio che gli

si para davanti: dovendo determinare (con un po' di sofisticazione) prima la probabilità (per così dire da 0 a 100) che le medesime riflettano realmente e

Note:

(continua nota 36)

dente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così successivamente finché le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva. Chiusa la votazione, il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è quindi stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice».

(37) Si vedano Cass., sez. un. pen., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro it.*, 2003, II, 453, nonché Cass. pen., 16 maggio 2007, *Novelli*, in *Cass. pen.*, 2009, 170, con osservazioni di Carella Prada, *Sul rapporto tra il reato di riciclaggio e la corruzione in atti giudiziari, "mediato" da una sentenza del giudice civile*. Per varie osservazioni sul rilievo della prima decisione e nel senso che la medesima avrebbe in realtà dovuto orientare il Tribunale di Milano in senso inverso - perché la presunzione di collegialità viene superata solo dallo specifico accertamento del "concreto condizionamento", nel caso di specie posto in essere da un giudice che non faceva parte del collegio -, F. Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio "garantista" sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. famiglia*, 2009, 1886 ss.

(38) Secondo le parole di cui alle pagine 82 ss. della sentenza del Tribunale "è notorio" che il giudice relatore può esercitare una notevole influenza sul collegio per via della sua maggiore conoscenza del fascicolo in punto di fatto e di diritto, nonché della possibilità di orientare la discussione; nel procedimento penale era emerso che il presidente si era focalizzato sullo studio della «questione giuridica» - cioè «presumibilmente della validità dei patti di sindacato», su cui il Metta «presumibilmente orientò la discussione» - e non anche sui limiti attraverso i quali poteva essere censurato un lodo rituale di equità «che rappresentava il punto focale della causa» e sul quale «non sembra» che il giudice corrotto si soffermò (perché attraverso un inesistente vizio di motivazione si erano fatte passare, sostanzialmente, una delibazione *ex novo* del merito e la pronuncia rescissoria); il consigliere a latere, dal canto suo, si era limitato a «leggere gli atti regolamentari» di rito, confermando che il relatore era «da tutti giudicato molto preparato in diritto».

(39) Si vedano le pagine 125 della sentenza di Tribunale e 49 ss. della decisione d'appello.

(40) Come emerge dalle pagine 154 ss. della decisione, secondo Fininvest il teste Paolini aveva riferito che erano state esaminate «tutte le questioni giuridiche che l'appello poneva» e il teste Valente non solo lo aveva ribadito, ma aveva aggiunto che egli aveva voluto, come presidente del collegio, che «fossero fissati tutti i punti particolari che il collegio riteneva dovessero essere trasfusi nella motivazione della sentenza» e che aveva letto «attentamente la sentenza verificando che la motivazione corrispondesse agli appunti scritti in camera di consiglio».

(41) Pagina 159.

(42) Sempre alle pagine 154 ss. della decisione di seconde cure viene riportata la dichiarazione del presidente Valente per cui «io mi pigliai... il compito di andare a verificare gli articoli di dottrina che erano stati pubblicati [...] sulla validità dei patti di sindacato azionario»; emerge poi che «Vittorio Metta espose la sua tesi circa l'invalidità del lodo [e] tutto considerato, il collegio si convinse e pronunciò sul lodo come pronunciò»; concludendo che «le sfuggenti dichiarazioni del consigliere Paolini e lo studio solo teorico e monotematico da parte del presidente Valente evidenziano la dinamica decisionale di un collegio che ha visto la presenza decisiva del giudice relatore corrotto».

completamente la discussione sviluppatasi in camera di consiglio e poi (sempre per così dire da 0 a 100) il 'peso' dell'elemento istruttorio in tal modo acquisito ai fini della dimostrazione del primo degli elementi fattuali necessari a verificare l'esistenza del nesso.

In tale chiave il modello del "più probabile che non" svela tutto il proprio fascino, ma anche il suo carattere artificiale; anche perché - sul punto si ritornerà fra un momento appena - l'accertamento in concreto rischia di svaporare non poco quando il giudizio va a stabilire cosa un altro e ipotetico collegio avrebbe deciso, a non voler addirittura saltare il problema considerando la sentenza come 'mai resa'.

(Segue:) Nesso di causa vs. perdita di chances nella regola decisionale adottata

Se si soppesasse in astratto l'incidenza della 'concausa Metta' sul primo anello della catena, si potrebbe pervenire alla conclusione che la sua corruzione - in quanto relativa ad un consigliere su tre - ha privato CIR solo del 33% delle possibilità di addivenire ad una diversa sentenza; o al più al 50%, tenendo a mente che il collegio decide a maggioranza e, quindi, che bastava incassare il voto favorevole di un altro suo membro (peraltro per tutte le "sotto-decisioni" sugli argomenti che hanno consentito tanto il giudizio rescindente quanto quello rescissorio); e se a ciò si aggiunge la considerazione di tutti gli altri elementi istruttori - che valorizzano le imponderabili alchimie di una discussione necessariamente legata all'interazione fra più volontà -, non è arduo approdare alla *preponderance of the evidence*.

Del resto, ancorché declinabile in più modi, la forza della regola sta nel carattere centrifugo che si attribuisce alla 'verità processuale', la quale scende dagli empirei cieli della filosofia del diritto - è ovvio che sul piano generale non è dato al giudice (e se per questo nemmeno all'uomo) di conoscere fino in fondo tutte le cause degli eventi - su quello della singola domanda risarcitoria; al punto che persino il garantista principio "*in dubio pro reo*" può convivere in sede penale, oltre che civile, con una verifica svolta in via presuntiva (43).

Ma dall'affermare che la sentenza Metta è "più probabilmente che non" derivata dalla sua corruzione, al negare ogni incidenza della condotta degli altri consiglieri (da valorizzare invece sulla falsariga della logica "interruttiva" di cui all'art. 41 c.p.), quasi che gli stessi avessero il ruolo di "concause naturali" strutturalmente inerti, ne corre: il collegio era pur sempre da ritenersi attrezzato ad applicare le *techni-*

calities connesse all'impugnazione dei lodi e - l'esperienza giudiziale lo insegna - una pronuncia in punto di rito sarebbe stata certamente più facile sul piano tecnico, se non anche foriera di minori responsabilità (44). In sostanza, rimane un dubbio sulla reale efficacia eziologica della condotta di Metta - non certo teorico o "esistenziale" -, considerando che gli altri due giudici non sollevarono obiezioni 'a monte' sull'ammissibilità dell'impugnazione e che, quindi, una decisione di egual contenuto sarebbe pur sempre potuta intervenire.

Sul punto si è già detto che la corte meneghina getta il cuore oltre l'ostacolo e, non volendo fermarsi a considerare la sentenza come "tamquam non esset", valuta cosa un decisore 'ideale' e 'altro' avrebbe fatto. Ma in tal modo, pur potendosi in teoria ipotizzare che l'operazione sia volta solo ad individuare il parametro di un giudizio 'storico', qualcosa non torna: è vero che non è precluso al giudice civile di ricostruire il diverso corso degli eventi anche in relazione ad una pronuncia che si sarebbe potuta rimuovere - è il caso della responsabilità dell'avvocato che lascia scadere i termini di impugnazione -, ma nella fattispecie che qui ci occupa non si parla di un successivo giudizio mai svolto, bensì di cosa è accaduto in quello che ha effettivamente avuto luogo. In altre parole, è rispetto alla specifica camera di consiglio o, comunque, al singolo procedimento decisionale, che bisogna valutare le conseguenze della condotta di Metta; anche perché se si procede al 'rifacimento' della decisione che un altro collegio avrebbe in ipo-

Note:

(43) In proposito, è la stessa corte milanese a ricordare che secondo Cass. 11 novembre 2008, n. 26972 (fra le altre in questa *Rivista*, 2009, 19) «il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri», mentre a mente di Cass. 1° agosto 2007, n. 16993 (in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Presunzione*, n. 4) «il convincimento del giudice può ben fondarsi anche su una sola presunzione, purché grave e precisa, nonché su una presunzione che sia in contrasto con altre prove acquisite, qualora la stessa sia ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli elementi di giudizio ad essa contrari», con la precisazione per cui non «occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità [...] alla stregua di canoni di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possano verificarsi secondo regole di esperienza».

(44) Ciò, a tacer d'altro, avrebbe lasciata aperta la via al sindacato della Cassazione sulla violazione di una regola processuale e delle connesse norme sostanziali, quali - ad esempio - quelle in punto di qualifica delle regole sui patti di sindacato come norme di ordine pubblico.

tesi reso, attraverso l'art. 2043 c.c. si procede ad una sorta di giudizio di revocazione sulla sentenza.

Il Tribunale di Milano, invece, sembra svolgere una verifica più *in medias res*: è vero che - sempre rimanendo all'interno del primo anello della catena - il 'segmento' costituito dalla derivazione causale della sentenza dalla corruzione è definito in modo identico; ma tutte le incertezze che contornano il relativo accertamento sembrano riacquisire rilievo attraverso il richiamo alla perdita di *chances*. Peraltro - a quanto consta - è la prima volta che tale categoria per così dire 'reagisce' sul nesso di causalità ordinario e ne tempera gli effetti attraverso un'ulteriore scomposizione del fatto, sì da tener conto di concause che sono tutt'altro che ignote (anche se munite di incidenza accertabile solo in via ipotetica) e forse da non addebitare integralmente (nelle loro conseguenze) al convenuto.

D'altronde, è chiaro che, se la complessa serie di circostanze che porta dalla condotta al danno viene visualizzata in più passaggi dotati di plausibile autonomia e ciascuno di essi viene poi deciso all'insegna del "più probabile che non", alla fine può accadere che la fedeltà al modello di riferimento, almeno nella sua configurazione matematica, risulti tradita: se la condotta X e i susseguenti eventi A, B e C sono legati al danno D ciascuno da una probabilità di verifica maggiore dell'ipotesi avversa (quindi X è al 51% all'origine di A, che è al 51% all'origine di B e così via), in che misura quel pregiudizio è davvero ricollegato all'originario comportamento del convenuto secondo la formula del 51%?

L'obiezione, ovviamente, viene rintuzzata dall'osservazione per cui è la stessa scomposizione della catena nei singoli anelli ad essere artificiale, evocandosi così la gorliana idea per cui, in fondo, quella del nesso è sovente una questione solo 'mentale' (45); e non è forse un caso che in alcuni quadranti la responsabilità dell'avvocato venga valutata non solo rispetto al vantaggio che il cliente riconnette ad una sentenza favorevole (in ipotesi non identico al *petitum*), bensì all'eventuale insolvenza della controparte (venendo da considerare che l'80% delle possibilità di ottenere 100.000 euro per via dell'alea generale del giudizio scende al 40% se si apprezza, ad esempio e nello specifico, un concorso di colpa della vittima, e poi al 20% se si prendono in esame le difficoltà finanziarie del convenuto; ma basta tarare l'aspettativa dell'attore sulla somma di 20.000 euro ed ecco che il suo conseguimento è ben più probabile che non alla fine della catena, equivale alla probabilità del 40% di ottenere 40.000 euro prima del processo di esecuzione e a quella del 20% di conse-

guire euro 80.000 prima che si svolga l'istruttoria in sede di cognizione (46)).

Dunque, sorge il dubbio che - a livello operativo - il Tribunale di Milano abbia in realtà impiegato il doppio passaggio nesso di causa-perdita di *chance* per valutare, in controparte, l'incidenza della sola condotta di Metta (nella misura dell'80%) sull'*iter* che dalla corruzione ha portato alla declaratoria di invalidità del lodo (senza operare poi ulteriori sconti nei passaggi successivi). Il che apre la strada a considerazioni di carattere più generale, anche se necessariamente sintetiche e interinali.

Considerazioni conclusive (e provvisorie)

Unico l'accertamento in fatto e unica l'individuazione degli anelli della catena causale. Almeno tre i modelli applicabili ("più probabile che non" duro e puro, accertamento del nesso temperato dalla perdita di *chance*, considerazione della concausa a fronte di altri fattori di non secondaria incidenza eziologica). Due le soluzioni raggiungibili (risarcimento integrale o proporzionale).

Di fronte a tale scenario, si colloca l'obiezione della corte d'appello secondo cui il tribunale «sovrapponeva impropriamente, come evidenziato anche da Fininvest, il piano del nesso eziologico con quello del tipo di danno risarcibile» (47). Ma la sovrapposizione - a ben vedere - è *in re ipsa*, perché almeno in questo caso la perdita di *chances* è una finzione. Comoda, necessaria, lodevole - perché animata dall'intento di sfuggire all'approccio *all-or-nothing* e di dare un senso alle varie incognite che segnano la ricostruzione del nesso -, ma pur sempre una finzione: è davvero distinguibile un danno 'finale' derivante dalla mancata conferma del lodo Pratis ed un distinto danno - reificato in autonoma situazione giuridica protetta - per via della possibilità che quel lodo fosse confermato?

Forse, se non si tratta del tutto o in tutti i casi di una finzione - potendosi (ad esempio e in altre situazioni) immaginare decorsi alternativi in chiave di perdita di *chances* -, si è perlomeno di fronte ad una tecnica di gestione dei problemi propri del nesso. Ma

Note:

(45) Il riferimento è a G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.

(46) La riflessione, certamente da sviluppare altrove, nasce dalla lettura della casistica in tema di responsabilità professionale inventariata da H. Luntz, *Loss of Chance in Medical Negligence*, 2011, disponibile presso il sito www.ssrn.com.

(47) Pagina 188.

allora occorre chiamare le cose con il proprio nome per accorgersi che, probabilmente, la sovrapposizione sta 'a monte', cioè nella citata sentenza 16 ottobre 2007, n. 21619, ove si ipotizza che il nesso eziologico sia da accertare - pur se non necessariamente nei medesimi termini della "causalità civile ordinaria", bensì "sul versante della mera possibilità" - anche rispetto alla figura di cui si tratta.

Diviene però evidente - al netto delle considerazioni svolte e di quelle che si dovranno svolgere in altra occasione - che, quando la verifica del pregiudizio addebitabile al convenuto si sposta tutta sul versante del danno risarcibile, il nesso esiste sempre (o quasi) al 100%, sicché non si comprende più dove finisce la causalità e dove inizia la perdita di *chances*: se è la stessa *possibilità* che il lodo Pratis sia confermato a divenire oggetto di tutela, una volta affermata la derivazione causale della sentenza (che quel lodo ha riformato) dalla corruzione, è chiaro che la *chance* è stata eliminata con un grado di probabilità prossimo alla certezza (il che parrebbe valere, anche qui con riserva di ritornare sul punto, per molte delle fattispecie decise all'insegna della perdita di *chances*); salvo poi scaricare i relativi problemi sulla consistenza del bene protetto tramite la fatidica soglia del 50%, spiegandosi forse così le prese di posizione critiche - se non anche le vere e proprie crisi di rigetto - che anche di recente hanno connotato alcune decisioni in ambiente di *Common Law* (48); e salvo poi doversi davvero ingegnare per scongiurare il rischio di concedere ristoro a qualsiasi 'possibilità' che l'attore aveva di migliorare la propria posizione (come sa bene, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa che si occupa del danno connesso all'illegittima aggiudicazione delle gare): cosa assai difficile, in principio, quando il nesso si tramuta in danno (dacché la sua lieve entità non potrebbe di per sé condurre a negare tutela).

Peraltro, nel più recente arresto costituito da Cass. 15991/2011 si ipotizza che il più "probabile che non" possa essere inteso in termini relativi invece che assoluti e si nega cittadinanza alla «aberrante regola del 50 *plus unum*» in favore della «compiuta valutazione dell'evidenza del probabile» (49), con enunciazioni in linea con altre pronunce (50); così consentendosi per un verso di scendere (anche in forza del regime ordinario) al di sotto della fatidica soglia sopra indicata e, per l'altro, smentendo l'interpretazione di chi aveva ritenuto che la "causalità civile ordinaria" potesse propiziare l'operatività di un criterio più rigido di quanto a prima vista non sembrasse (51); il che però - giova sottolinearlo - avrebbe dato qualche possibilità in più all'impresa

volta al suo coordinamento con la perdita di *chances*.

Ovviamente, con quanto si è detto non si può e non si vuole patrocinarne un'incondizionata e acritica applicazione del nesso causale in chiave proporzionale; ma va considerato che nel torno di tempo di un mese o giù di lì - segnatamente con le citate decisioni 12686/2011 e 15991/2011, cui aggiungere Cass. 14 giugno 2011, n. 12961 -, la stessa Suprema Corte pare aver trattato della causalità in termini non sempre (linguisticamente e comunque a livello operativo) coincidenti (sotto il primo profilo parlando di «più probabile che non», di «serie ed apprezzabili probabilità di successo», nonché di *condicio* temperata dal criterio della «causalità adeguata»). E se a ciò si aggiunge che uno sguardo dall'alto - anche oltre i confini nazionali - sulla perdita di *chance* induce a ritenere che essa abbia più "anime", il quadro diviene veramente complesso.

Note:

(48) Si vedano la *House of Lords* in *Hotson vs. Health Berkshire* del 1987 (2 All ER 909) e *Greg vs. Scott* del 2005 (4 All ER 812) per il Regno Unito, la Corte Suprema in *Laferrière vs. Lawson* del 1991 (1 SCR 541) per il Canada, la Suprema Corte del Kentucky in *Kemper v Gordon* del 2008 (272 SW 3d 146) per il relativo stato dell'Unione d'America, nonché la *High Court* in *Tabet vs. Gett* del 2010 (240 CLR 537) per l'Australia.

(49) Da cui discende che «se, in tema di trasfusione di sangue infetto, le possibili cause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica pari al 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata - o geneticamente trasmutata in risarcimento da *chance* perduta - dovendo viceversa il giudice [...] valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto».

(50) Ragionando di nesso eziologico e di valutazione della prova, sostiene Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, fra le altre in questa *Rivista*, 2009, 959, con nota di M. Manenti, *Disastro di Ustica: configurabile l'illecito omissivo a carico dei ministri tenuti a garantire la sicurezza dei cieli*, che «la scelta da porre a base della decisione di natura civile va compiuta applicando il criterio della probabilità prevalente» e cioè scegliere «in sede di decisione sul fatto [...] l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili», con la precisazione che trattasi «di una scelta comparativa e relativa all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi».

(51) Al riguardo, rileva R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in questa *Rivista*, 2008, 61, che non è chiaro fino a che punto la Suprema Corte enunci un criterio solamente alternativo a quello proposto dalla sentenza *Franzese* o - come sembrerebbe - anche diverso da quello propugnato dalle numerose decisioni civili che fanno leva su una valutazione di carattere probabilistico, suggerendo un canone di maggior rigore: è infatti chiaro che se le varieguate formule usate dalla giurisprudenza in questione sono il segno di una certezza che manca e da surrogare tramite il miglior convincimento che il giudice sia in grado di formarsi, non si sta necessariamente proponendo di far leva sulla soluzione che appare semplicemente ed aritmeticamente più probabile dell'altra.

Transazione, vizio del consenso e corruzione in atti giudiziari

La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione CIR-Fininvest

di Luciano Vasques

L'articolo si propone l'obiettivo di verificare, nel contesto della nota "Guerra di Segrate", se gli accordi transattivi stipulati tra CIR e Mediaset prima della scoperta di alcuni fatti corruttivi, possano, in tutto od in parte, precludere parte delle richieste risarcitorie poi accordate dalla Corte di Appello di Milano a favore di CIR. È dato opinare che la transazione CIR-Mediaset in realtà potrebbe produrre degli effetti preclusivi, dato che i fatti corruttivi, anche se per ipotesi fossero stati conosciuti in modo pieno e qualificato alla data della stipula della transazione, non avrebbero nei fatti potuto indurre CIR a non stipulare la transazione ovvero a stipulare quest'ultima a condizioni migliori.

Gli effetti preclusivi della transazione e fatti successivi

Intendiamo svolgere alcune considerazioni sulla tenuta dell'accordo stragiudiziale intervenuto tra i gruppi Fininvest CIR all'indomani della sentenza del Corte d'Appello di Roma che annullava il "Lodo Pratis" (1). In particolare, ci proponiamo di verificare la tenuta giuridica e fattuale di tale accordo alla luce del successivo accertamento della corruzione del Giudice Metta, avvenuta tramite l'intervento di un legale che curava gli interessi del gruppo del "Biscione".

Ci chiediamo, in particolare, se il regolamento patizio di interessi disciplinato dall'accordo di natura stragiudiziale concluso in data 29 aprile 1991 - che prevedeva, tra le varie disposizioni contrattuali, la classica clausola di chiusura in ordine a qualunque tipo di vertenza e controversia relativa alle partecipazioni in AME o AMEF - potesse in qualche modo avere efficacia preclusiva in ordine alla successiva richiesta di risarcimento danni collegata alla corruzione in atti giudiziari poi accertata con sentenza passata in giudicato (2).

L'accordo stragiudiziale concluso tra le parti è il frutto di un'opera di ricucitura del celebre contenzioso tra CIR e Mediaset realizzata anche grazie all'intervento di noti politici in auge alla data dei fatti. Le parti, tenuto conto anche dell'esito dell'annullamento del Lodo Pratis da parte della Corte d'Appello di Roma, avevano trovato un accordo sia in ordi-

ne alla distribuzione dei vari *asset* societari, sia con riferimento alle reciproche pretese economiche, ad divenendo ad una composizione del contenzioso che chiudeva ogni questione riferibile alla lite per il controllo del complesso gruppo editoriale.

Il punto 10 della transazione dispone che: «non appena avvenuta la completa esecuzione degli accordi di cui agli artt. 1), 2) e 4) le parti abbandoneranno nelle forme opportune, e con integrale compensazione delle relative spese, tutte le azioni giudiziarie ed arbitrali in corso, con reciproche rinunce alle corrispondenti domande e ad ogni altra pretesa alle corrispondenti domande e ad ogni altra pretesa afferente i rapporti oggetto di lite».

Il rinvio a giudizio e successiva condanna del giudice Metta ha rimesso in discussione l'avvenuta transazione e spostato la bilancia del dare ed avere a favore del gruppo CIR-De Benedetti, consentendo a quest'ultimo di disattendere l'impegno di non belli-

Note:

(1) App. Roma 24 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1861.

(2) La sentenza n. 737/2007 della Corte d'Appello penale di Milano ha nei fatti confermato la sentenza n. 4688/2003 del 29 aprile 2003 del Tribunale di Milano, sez. IV penale che, giudicando sulla vicenda relativa al Lodo Mondadori, ha ritenuto colpevole Vittorio Metta (Giudice Relatore della sentenza 259/1991, *cit.*) del reato di corruzione in atti giudiziari assieme ad altri imputati. A seguito del rigetto del ricorso per cassazione proposto dagli imputati contro la sentenza n. 737/2007 della Corte di Appello di Milano, i fatti penali ascritti sono stati confermati con sentenza divenuta definitiva.

geranza tra le parti. Il *quid pluris*, secondo quanto ora rappresentato dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano (3), è individuato nella conoscenza "qualificata" della corruzione del giudice Metta; conoscenza che, secondo il collegio milanese, giustifica un'ulteriore richiesta risarcitoria da parte della CIR, malgrado si tratti di fatti 'coperti' dalla transazione. Nella sentenza della Corte d'Appello di Milano si riporta la difesa sul punto di Fininvest, la quale ha obiettato che, prima della transazione, taluni rappresentanti di CIR avevano anche pubblicamente ventilato l'esistenza di una corruttela non meglio definita che avrebbe comunque influenzato il verdetto di annullamento del Lodo Pratis. Tale fattore, secondo la difesa Fininvest, non avrebbe potuto di certo qualificare il successivo accertamento dei comportamenti corruttivi come fatti nuovi, non noti alle parti in sede di stipula della transazione.

A siffatta obiezione sia il Tribunale, sia la Corte d'appello di Milano replicano che una cosa sono singole voci ed indiscrezioni che, per quanto provenienti da fonti qualificate, sono da equiparare al rango di semplici pettegolezzi di palazzo, tutt'altra questione il rinvio a giudizio di un giudice e la successiva condanna di quest'ultimo per fatti corruttivi specificamente ascritti. Si è, dunque, in presenza di un fatto nuovo identificabile con l'acquisita contezza di fatti gravissimi, idonei, secondo il Tribunale e la Corte d'Appello di Milano, ad attivare una richiesta risarcitoria.

La Corte d'Appello di Milano afferma che il problema dell'effetto preclusivo della transazione non sussisterebbe poiché il contenuto della transazione era relativo a rapporti contrattuali intercorrenti fra le parti, mentre l'oggetto del giudizio riguarderebbe pretese di CIR aventi natura extracontrattuale basate sulla corruzione del giudice. Rileva, inoltre, la Corte d'Appello di Milano (4) che uno stesso accadimento può configurare, ad un tempo, illecito contrattuale ed extracontrattuale, addirittura con relativo concorso delle pretese (5). Sul punto va rilevato che quando si intende dirimere un contenzioso che riguarda rapporti contrattuali, è evidente che la clausola di chiusura, almeno nella più probabile intenzione delle parti, prescinde dal titolo della pretesa (contrattuale od extracontrattuale) e riguarda qualunque questione collegata al contenzioso oggetto di valutazione in sede transattiva. Sul punto forse occorre approfondire il perimetro di validità della transazione, indagando sulla effettiva volontà delle parti di 'coprire' con l'accordo transattivo anche questioni di natura extracontrattuale (6). Dunque i profili extracontrattuali possono ben essere coperti

da una transazione; sta dunque all'interprete il verificare l'effettiva volontà delle parti in ordine all'ambito di operatività della transazione. Tuttavia, anche a voler accettare la tesi della Corte di Milano, emerge come nel giudizio per responsabilità aquiliana collegata ai fatti corruttivi, non possano di certo in modo surrettizio richiedersi risarcimenti che riguardino il peggioramento della posizione negoziale nell'ambito di trattative poi culminate nei contratti oggetto della transazione. Tale operazione, riteniamo, richieda comunque una indagine circa la portata dell'effetto preclusivo della transazione.

A questo punto occorre chiedersi se la richiesta risarcitoria formulata da CIR contrasti con l'intervenuta composizione stragiudiziale: la legittimità della prima riteniamo presupponga la dimostrazione che la transazione sia afflitta da un qualche vizio che ne limiti in tutto od in parte gli effetti; la richiesta risarcitoria riguarda, infatti, il contenzioso CIR-Fininvest, rientrando tra quelle «... domande e ad ogni altra pretesa afferente i rapporti oggetto di lite» per le quali le parti avevano pattuito un reciproco impegno di non belligeranza.

Vizi della transazione - cenni sulla disciplina civilistica

Il legislatore, disciplinando la transazione, ha inteso creare uno strumento che consente di chiudere controversie insorte tra le parti, evitando nuovi fronti di contenzioso originati dalla materia del contendere che con la transazione si è intesa dirimere. Per tale motivo il legislatore ha in dettaglio individuato le ipotesi nelle quali la transazione può essere messa in discussione, escludendo, ad esempio, l'errore di diritto (7) dal novero delle cause di annullamento.

Note:

(3) App. Milano, sez. II, 10 luglio 2011, n. 3461, De Ruggiero (Pres.), Saresella (Est.), che riforma Trib. Milano 3 ottobre 2009. In questa *Rivista*, 2010, 76.

(4) App. Milano, sez. II, 10 luglio 2011, n. 3461, cit., p. 105.

(5) La Corte richiama Cass., sez. un., n. 99/2001, Cass. n. 6356/2000, Cass. n. 2577/1995 e Cass. 16 dicembre 2005, n. 27713.

(6) Sul punto richiamiamo la sentenza della Corte di Appello di Torino, 14 aprile 2003 (Vitrò Pres., Scotti Est.) la quale ha puntualizzato che i diritti a restituzioni o risarcimento dei danni, ancorché traggano origine da un illecito penale, rientrano nella disponibilità delle parti, e, pertanto, possono costituire oggetto di transazione ovvero di arbitrato irrituale o libero.

(7) La dottrina equipara l'errore di diritto nelle transazioni all'errore di fatto che pertanto non è rilevante quando incide sul *caput controversum* (Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1986, 331), l'errore di diritto, di contro, assumerebbe ri-

(segue)

La giurisprudenza è rigorosa nel valutare i vizi del consenso che possano condurre all'annullamento di una transazione; si è sovente osservato che la disciplina del contratto di transazione, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1969 c.c., esclude il rimedio dell'annullamento per errore se non nelle ipotesi specificamente previste di cui agli artt. 1970 ss. c.c. Tale disciplina, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 1970 e 1975 c.c. (ossia transazione su pretesa temeraria o su titolo nullo), esclude anche la configurabilità dell'errore nella transazione conclusa sulla base di una situazione di fatto diversa da quella ritenuta da una delle parti contraenti e tale che, se questa ne avesse avuto esatta conoscenza, non avrebbe concluso l'accordo. Ciò perché, ove sia consentito alle parti di impugnare l'accordo sul presupposto dell'errata conoscenza del *caput controversum*, verrebbe svilita l'utilità sociale e la funzione stessa dell'istituto negoziale, pregiudicando la funzione di certezza del diritto a quest'ultimo attribuita dal legislatore (8).

In dottrina si ammette, per l'errore di fatto, l'operatività della disciplina generale in tema di vizi della volontà contrattuale. L'errore potrebbe, dunque, rilevare, conducendo all'annullabilità della transazione, qualora debba ritenersi essenziale (secondo i criteri di cui all'art. 1429 c.c.) e riconoscibile (9). Vi sono anche implicite aperture per rimettere in discussione una transazione in relazione a fatti successivi alla transazione che, per quanto causalmente legati ai fatti oggetto di quest'ultima, erano assolutamente non prevedibili alla data dell'accordo transattivo (10).

Senza entrare nel merito delle complesse questioni interpretative relative ai vizi della volontà nelle transazioni e partendo dall'ipotesi di lavoro di uno spazio di applicabilità della disciplina contrattuale dell'errore e del dolo quale causa di annullamento, occorre chiedersi se i fatti relativi al successivo accertamento della corruzione del giudice Metta possano in qualche modo consentire di accertare un vizio del consenso idoneo a individuare un profilo di possibile invalidità della transazione intercorsa tra i gruppi CIR e Mediaset.

La corruzione e i fatti successivi alla transazione

Un primo dato fattuale da considerare è che la corruzione *ex se* non è un fatto nuovo; quest'ultima, infatti, per quanto compiutamente ricostruita e divenuta verità processuale dopo la transazione (in particolare, con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna), ha avuto luogo e si è comunque con-

sumata prima della stipula della transazione. Partendo da tali premesse fattuali, il dato effettivamente nuovo, rispetto al tempo di stipulazione della transazione, consiste nella piena e qualificata conoscenza dei fatti corruttivi ricostruiti in via presuntiva dopo il rinvio a giudizio e consolidati come realtà processuale con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Sul punto solo una precisazione; il rinvio a giudizio di per sé aumenta la presunzione di verità dei gravi fatti corruttivi oggetto di verifica in sede di dibattimento penale, ma non fornisce certezze legali sulla verità dei fatti oggetto di accertamento, certezza che può, in via formale, sostenersi a rigore solo con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e che legittima il ricorso per revocazione della sentenza della Corte di Appello di Roma ai sensi delle norme di cui agli artt. 395, n. 6, e 396 c.p.c.

Note:

(continua nota 7)

levanza qualora riguardi una questione estranea alla controversia. Tra gli altri Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 1194; Gallo, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 458).

(8) Cass. 13 maggio 1996, n. 4448, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Transazione*, n. 5, ha affermato che «... In considerazione del fatto che il presupposto del dubbio sui diritti controversi - che è caratterizzato dalla transazione - è costituito non dall'incertezza oggettiva sullo stato di fatto e di diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle rispettive situazioni giudiziarie degli obblighi e diritti delle parti, non è possibile attribuire alcuna incidenza sulla validità ed efficacia del negozio di transazione oltre a quanto previsto dagli artt. 1971 e seguenti del Codice civile. Ciò comporta che non possa in alcun modo incidere l'accertamento successivo dell'assoluta infondatezza delle contrapposte pretese».

(9) In questi termini Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993, 798; D'Onofrio, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, 220; Pugliatti, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949, 270. Secondo autorevole dottrina, le norme di cui agli artt. 1972 ss. c.c. costituirebbero deroghe o specificazioni rispetto alla disciplina dell'annullabilità per errore (Santoro-Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1986, 147 ss.). Si tratterebbe di situazioni «che agiscono come motivi erronei determinanti della volontà transattiva».

(10) Si ammette peraltro che la transazione possa anche coprire danni futuri, purché ragionevolmente prevedibili e comunque teleologicamente collegati ai fatti oggetto di transazione. Cass. 17 gennaio 2003, n. 615, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Transazione*, n. 8, ha riconosciuto che la transazione può anche coprire danni futuri non ancora manifestatisi, purché ragionevolmente prevedibili alla data di stipula della transazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva rigettato la domanda proposta dal locatore nei confronti del conduttore per il risarcimento degli asseriti danni provocati all'immobile condotto in locazione, sul rilievo che le parti, all'atto della risoluzione del rapporto, avevano stipulato una transazione con la quale avevano inteso prevenire liti future, senza apporre alcuna riserva in ordine ad eventuali danni all'immobile).

Dunque, è la successiva conoscenza da fonte qualificata e certa della corruzione (ovvero, in sede di introduzione del giudizio, del ragionevole sospetto di una consumata corruzione) a giustificare sia l'ammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio, sia il successivo risarcimento poi confermato dalla Corte di Appello di Milano a favore del gruppo CIR. Senonché, questa impostazione muove dall'implicito presupposto di una sterilizzazione parziale degli effetti della disciplina pattizia degli accordi definiti nella transazione.

Conoscenza qualificata della corruzione e nesso causale con un vizio del consenso di CIR in sede di stipulazione della transazione

Quale tipo di patologia può essere individuato nella transazione?

Un primo ordine di considerazioni riguarda una possibile ipotesi di annullabilità per vizio del consenso; CIR non avrebbe stipulato la transazione ovvero avrebbe stipulato la transazione a condizioni diverse se avesse saputo in modo qualificato della corruzione in atti giudiziari del giudice Metta. Pur sussistendo voci insistenti su una non perfetta imparzialità del collegio giudicante, esse non bastavano, secondo la Corte di Milano, a indurre CIR a non concludere (o a chiudere a condizioni diverse) la transazione. Quanto dire che, se invece i responsabili della corruzione fossero stati rinviati a giudizio prima della transazione, CIR non avrebbe concluso la transazione o comunque, non con quelle previsioni contrattuali.

Tale conclusione porta tuttavia a chiederci, come controprova della validità di quest'ultima, quale sarebbe stata l'arma in più della quale CIR avrebbe potuto disporre con una conoscenza qualificata dei fatti corruttivi prima della stipula della transazione. A parte gli evidenti effetti mediatici e la pressione dell'opinione pubblica sulla controparte Fininvest (elemento di difficile valutazione da un punto di vista fattuale e giuridico), riteniamo che l'unico profilo rilevante ai nostri fini sia che la conoscenza di tali fatti avrebbe potuto consigliare CIR a non rinunciare (o a rinunciare solo a fronte di migliori condizioni economiche definite nella transazione) al ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma, dato che il parallelo procedimento penale avrebbe ancor di più aumentato le chances di successo dell'annullamento della sentenza condizionata dal giudice Metta, consentendo al Lodo Pratis di riprendere pieno vigore. CIR avrebbe

anche potuto scegliere la via dell'istanza di revocazione, anche se solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna del giudice Metta (intervenuta, ricordiamo, ben oltre il termine della introduzione del giudizio presso il Tribunale di Milano). Sarebbero, dunque, le maggiori chances di successo del ricorso per cassazione e la possibilità di ottenere un giudizio di revocazione gli elementi in più che CIR avrebbe potuto considerare con una conoscenza qualificata della corruzione. Dunque, un atto doloso di controparte (la corruzione) taciuto da quest'ultima avrebbe viziato il consenso di CIR, rendendo annullabile la transazione per vizio del consenso, dato che, se CIR avesse avuto una conoscenza qualificata dei fatti corruttivi, grazie al rinvio a giudizio degli attori dell'illecito, avrebbe negoziato condizioni migliori o perfino non stipulato la transazione.

Per valutare la correttezza di tali conclusioni, occorre verificare quali sarebbero state, in assenza della conoscenza qualificata dei fatti corruttivi, le chances di successo del ricorso per cassazione avverso la sentenza condizionata dalla corruzione, ovvero di successo del giudizio di revocazione. Sul punto la Corte d'Appello di Milano fornisce uno spunto rilevante. La pronuncia romana è sicuramente da qualificare come ontologicamente errata, affermano i giudici milanesi; sarebbe proprio tale caratteristica a rappresentare un grave indizio dell'efficienza causale della corruzione sull'esito della decisione dell'organo collegiale romano. Ma, se la sentenza era palesemente errata, le chances di annullamento tramite ricorso per cassazione dovevano apparire già allora estremamente elevate, a prescindere dalla conoscenza qualificata della corruzione; la debolezza giuridica della sentenza della Corte di Appello di Roma doveva, pertanto, aver pesato notevolmente nell'ambito delle trattative che avevano condotto poi alla transazione.

In definitiva, se, per ipotesi, prima della transazione il giudice Metta e l'avv. Previti fossero stati rinviati a giudizio per i fatti corruttivi, tale fattore avrebbe realmente potuto aumentare le chances di annullamento della sentenza che, *icto oculi*, secondo la Corte d'Appello di Milano, era palesemente iniqua e giuridicamente infondata? La risposta è probabilmente negativa per le seguenti considerazioni.

i) L'ambito del giudizio di legittimità della Corte di cassazione è delimitato dalle norme di cui all'art. 360 c.p.c., sì che l'avvio di un procedimento penale a carico del giudice Metta, pur potendo esercitare un impatto emotivo sul convincimento del Supremo Collegio, non avrebbe avuto giuridicamente un

effetto diretto sugli ambiti di valutazione in ordine alla cassazione della sentenza della Corte d'appello. Sussistevano già allora sufficienti motivi per ritenere che tale sentenza presentasse notevoli vizi logici e di motivazione soprattutto in ordine alla ammissibilità della domanda di annullamento del lodo.

ii) L'eventuale annullamento da parte della Cassazione non avrebbe chiuso la partita, dato che il Lodo Pratis riconosceva, sì, l'obbligo di contrarre dei Formenton, ma non aveva disposto, ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'esecuzione in forma specifica. A seguito di un eventuale annullamento della sentenza della Corte d'Appello romana, CIR avrebbe dovuto apprestare gli adeguanti strumenti giuridici e giudiziari per obbligare i Formenton a contrarre. Tale aspetto è di notevole rilievo, dato che in tali situazioni il fattore tempo ha un valore cruciale; l'incertezza sulla composizione dei gruppi di controllo crea pericolosissimi stalli decisionali che possono arrecare alle imprese coinvolte notevolissimi danni economici.

iii) La possibilità di una revocazione della sentenza poco aggiunge, dato che, per avviare quest'ultima, occorre attendere l'esito definitivo del procedimento penale. Pertanto, alla data della transazione, la possibile azione di revocazione appariva come strumento meno efficace rispetto al ricorso per cassazione in vista dei lunghissimi periodi di attesa necessari per la revocazione (bisognava aspettare una sentenza passata in giudicato).

Pertanto, pur avvertendo che le valutazioni sopra sinteticamente svolte si basano su fatti di natura postuma e di fattori ipotetici non realizzati nella realtà, possiamo in via di approssimazione affermare che la conoscenza qualificata dei fatti corruttivi avrebbe verosimilmente svolto un effetto non decisivo sulle motivazioni che, alla data di stipula della transazione, ha indotto CIR ad accettare quest'ultima.

Conclusioni

L'assenza di conoscenza "qualificata" dell'illecito (a seguito di rinvio a giudizio degli attori dell'illecito penale contestato) non basta, riteniamo, a dimostrare un vizio del consenso di CIR in sede di stipulazione della transazione.

Ovviamente, se la questione viene vista da un punto di vista storico, il profilo dell'efficienza causale del rinvio a giudizio di alcuni soggetti facenti capo al gruppo Fininvest e del giudice Metta assume un rilievo principalmente metagiuridico (11).

Per fondare il risarcimento a favore di CIR per la corruzione del Giudice Metta, si potrebbe tuttavia considerare un punto di vista diverso. Il procedi-

mento penale ha evidenziato un illecito che giustifica in sede civile un ristoro a favore dei soggetti passivi del reato; se si corrompe il giudice di un contenzioso civile per l'interesse dell'attore del reato consistente nel vedere soccombere una parte del procedimento, quest'ultima subisce gli effetti del reato e ha diritto a chiedere un risarcimento.

Ma che tipo di risarcimento? E come andrebbe calcolato nel caso di specie? Se si afferma che la soccombenza di CIR nella sentenza della Corte di Appello di Roma è eziologicamente collegata alla corruzione (così come sostenuto dai giudici meneghini), potremmo dire che il risarcimento è calcolabile tenendo conto della vittoria di CIR ovvero della non annullamento del Lodo Pratis a conclusione del procedimento presso la Corte d'Appello di Roma. Ma quella sentenza, oltre ad essere viziata dalla corruzione, è, secondo quanto affermato dalla Corte d'Appello di Milano, ontologicamente errata; c'era dunque sempre il rimedio del ricorso per cassazione che conferiva significative *chances* di vittoria. CIR, tuttavia, abbandona volontariamente quella strada e transige.

Per tale motivo riteniamo che la risarcibilità collegabile all'illecito sussiste, ma non può comprendere tutti i danni ricollegabili all'esito della sentenza viziata dalla corruzione, dato che gli effetti non più modificabili di tale sentenza, per quanto originati da un atto illecito di soggetti riconducibili a Fininvest, hanno come causa efficiente ultima anche la volontà di CIR di rinunciare volontariamente ad un ricorso per cassazione con esito quasi sicuramente positivo per quest'ultima.

In breve, c'è spazio per il danno morale, per le spese processuali, per i ritardi provocati da una sentenza corrotta, ma forse non v'è spazio per richiedere i danni prodotti dal giudicato della sentenza sulle trattative culminate con la transazione, dato che la sentenza della Corte d'Appello di Roma è divenuta

Nota:

(11) Sembra che i fatti successivi, più che appalesare illeciti e, in particolare, reati che nessuno conosceva all'epoca della transazione, siano il segnale di un mutamento del clima politico rispetto alla data in cui le parti stipularono la transazione. Probabilmente, a quell'epoca, la politica ed i vari "palazzi del potere" gradivano un certo assetto degli interessi. L'accettazione della transazione è stato allora il minore dei mali. Tuttavia le successive e più recenti iniziative giudiziarie e gli squarci probabilmente parziali apertisi nel "porto delle nebbie" evidenziano un probabile rimescolamento o riassetto di forze che hanno consigliato a CIR di osare di più rispetto a quanto non ha fatto in sede di stipula della transazione. Fattori, dunque, metagiuridici, che tuttavia non incidono sull'obiezione di fondo della sostanziale mancanza di solidi argomenti giuridici volti a giustificare una sorta di invalidità parziale della transazione.

definitiva a seguito di un atto cosciente e volontario di CIR (sempre che non si provi un vizio del consenso di CIR in sede di transattiva).

Ma vi è un'altra strada percorribile, ovvero si ritiene che la sentenza del Tribunale di Roma non era ontologicamente errata e che gli esiti del ricorso per cassazione non erano allora per nulla scontati. Ma se partiamo da tale presupposto fattuale, si indebolisce in modo decisivo la ricostruzione della Corte di Appello di Milano in ordine al nesso causale diretto tra la corruzione e l'esito della sentenza.

La Corte di Appello di Milano ha abbandonato tale impostazione, forse più coerente con il criterio di determinazione del danno adottato dal Tribunale di Milano (12) e poi parzialmente riformata in appello, affermando che la prova del nesso causale della corruzione rispetto al danno la si ricostruisce dal fatto che a seguito di quest'ultima è stata emessa una sentenza ontologicamente sbagliata che ha danneggiato la posizione negoziale di CIR.

Tale impostazione indebolisce il fronte dell'effettivo vizio del consenso di CIR in sede di trattative poi conclusesi con la stipula della transazione e sulla risarcibilità dei danni derivanti dalla definitività della sentenza del Tribunale di Roma. La definitività della sentenza è da legare causalmente non solo alla corruzione accertata, ma anche (e forse principalmente) alla specifica volontà di CIR di non utilizzare gli strumenti apprestati dall'ordinamento per im-

pugnare (con esito sicuramente positivo) una sentenza *ex se* errata per addivenire invece ad un accordo transattivo.

Si potrebbe obiettare, infine, che in assenza di corruzione non ci sarebbe stata 'quella' sentenza della Corte d'Appello di Roma e forse neanche la transazione. Tale conclusione salta, tuttavia, il rimedio della revocazione. Essa, in particolare, sarebbe stata percorribile, riteniamo, solo qualora la sentenza del Tribunale di Roma fosse stata preventivamente revocata con gli strumenti specificamente apprestati dalle norme del Codice di procedura civile (13).

Note:

(12) Per una critica al criterio di determinazione della ingiustizia del danno adottato dal tribunale di Milano (Trib. Milano, 3 ottobre 2009, n. 11786, cit.), danno calcolato come perdita di *chances*, si rinvia a C. Scognamiglio, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 611, e Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio "garantista" sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. fam.*, 2009, 4, 1886. Per un confronto tra il criterio di calcolo adottato dal Tribunale di Milano e quello preferito dalla Corte d'appello si rinvia a Palmieri, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del "più probabile che non"*, in questo stesso numero.

(13) Si rinvia sul punto a Sassani, *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in *Judicium*, 2011, <http://www.judicium.it/admin/saggi/208/Sassani.pdf>.

LIBRI

COLLANA: Nuovi percorsi di diritto di famiglia

MINORI E MASS MEDIA: VECCHI E NUOVI STRUMENTI DI TUTELA

di Alessandra Spangaro



Il tema affrontato in quest'opera è relativo alla **tutela giuridica dei minori di età** nell'ambito dei **mass media** e del **consumo**.

Il volume ricostruisce il **complesso delle norme generali e speciali**, che in vario modo regolano il fenomeno e valorizza il ricorso agli **strumenti del diritto comune**.

Si propone una ricostruzione sistematica di **norme eterogenee**, di plurima fonte normativa (europea, nazionale, convenzionale) e non sempre di univoca interpretazione, al fine di verificare se i **diritti formalmente riconosciuti ai fanciulli** - la cui personalità è ancora in formazione e bisognosa di una tutela particolare - trovino in detti contesti effettiva applicazione.

Si analizza quindi l'attuale posizione del minore nel mondo dei *media* all'interno dell'ordinamento nazionale e internazionale con particolare riguardo al **trattamento che i mezzi di comunicazione riservano ai minori di età**.

Ipsoa 2011, pp. 356, EURO 40,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>

Transazione

Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d'appello CIR/Fininvest

di **Francesco Di Ciommo**

CIR, nel noto caso in commento, ha agito contro Fininvest senza contestare l'efficacia della transazione a suo tempo conclusa tra le parti e senza agire per la revocazione (per corruzione del giudice, *ex art.* 395 c.p.c.) della sentenza la cui erroneità lamenta ed alla quale riconduce il danno di cui chiede il risarcimento. La Corte d'Appello di Milano non ha riscontrato in tale atteggiamento alcuna contraddizione, né ha ritenuto che la transazione in questione ed il passaggio in giudicato della sentenza potessero sortire effetti preclusivi sul giudizio. Al tema, indagato con particolare attenzione sul versante della transazione, sono dedicate le considerazioni che seguono.

La transazione del 29 aprile 1991

Tra i molti approfondimenti cui si presta la corposa e complessa sentenza del 9 luglio 2011, resa dalla Corte d'Appello di Milano nell'ormai celeberrima saga CIR/Fininvest (o Lodo Mondadori, che dir si voglia), vi è senz'altro quello - di particolare interesse - concernente i rapporti tra la transazione in origine stipulata tra le parti e la successiva azione di responsabilità extracontrattuale promossa da CIR ed esitata nella nota condanna di Fininvest al risarcimento multimilionario di cui hanno dato ampia notizia i *mass media*, nazionali e non.

Al fine di svolgere una qualche riflessione in argomento necessita puntualizzare alcune circostanze.

I fatti principali che costituiscono la trama della saga sono risaputi, e comunque sono ben sintetizzati negli altri contributi pubblicati su questo stesso numero di *Danno e responsabilità* a commento della pronuncia in epigrafe. Per quel che qui rileva, uno snodo fondamentale è costituito dalla transazione stipulata in data 29 aprile 1991 tra Silvio Berlusconi, Carlo Caracciolo, Carlo De Benedetti, Lucio

Formenton, Leonardo Mondadori ed Eugenio Scalfari - e cioè tra tutti i principali protagonisti della annosa vicenda - «sia in proprio che in rappresentanza dei Gruppi, delle Società e dei familiari che ad essi rispettivamente fanno capo». Come noto, in forza di tale transazione sono stati ridisegnati, attraverso un'articolata rete di obblighi reciproci sostanzialmente destinati a tradursi nella cessione incrociata di partecipazioni sociali tra i contraenti, gli assetti proprietari del Gruppo Arnoldo Mondadori Editore e del "Gruppo Editoriale L'Espresso" (comprensivo della "Editoriale La Repubblica"), e cioè, in definitiva, di una buona (e pregiata) fetta della migliore editoria italiana.

Scopo perseguito dalle parti, come espressamente si legge tra le premesse della transazione stessa: «risolvere consensualmente tutte le controversie insorte tra esse e tra le società di cui al presente accordo relativamente al controllo di Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. e della AMEF Finanziaria S.p.A.». Va, a questo proposito, ricordato che la transazione giunge a valle dell'annullamento, da parte della

Corte d'Appello di Roma - relatore il Giudice Metta (che solo dopo si scoprirà essere stato corrotto per pilotare la decisione) - del c.d. "Iodo Pratis", in precedenza intervenuto tra i contendenti e che aveva sostanzialmente riconosciuto le ragioni di CIR. A suggellare il proposito di concludere una transazione tombale, in particolare gli artt. 10 ed 11 del testo contrattuale, laddove, rispettivamente, si legge che: «Non appena avvenuta la completa esecuzione degli accordi di cui agli articoli 1), 2) e 4), le parti abbandoneranno, nelle forme opportune, e con integrale compensazione delle relative spese, tutte le azioni giudiziarie ed arbitrali in corso con reciproche rinunce alle corrispondenti domande e ad ogni altra pretesa afferente i rapporti oggetto di lite.»; e che: «Con la conclusione e subordinatamente alla puntuale esecuzione dei presenti accordi le parti tutte, anche in rappresentanza dei rispettivi Gruppi, Società e famiglie, dichiarano di nulla avere più a reciprocamente pretendere in relazione a tutte le vicende formanti oggetto delle varie procedure contenziose ed arbitrali in atto nonché in relazione a tutti i contratti, accordi, impegni fra esse (o talune di esse) stipulati relativi e/o connessi alle rispettive partecipazioni in AME [Arnoldo Mondadori Editore S.p.A., n.d.a.] o AMEF [Arnoldo Mondadori Editore Finanziaria S.p.A., n.d.a.], e che con la firma della presente scrittura si intendono consensualmente risolti, e di nulla avere più a contestarsi l'un l'altra - in qualsiasi sede e con qualsiasi mezzo - con riferimento alle parti e ai rispettivi Gruppi».

Senonché, la transazione si è rivelata tombale solo a parole, perché, pur rimanendo essa pienamente efficace, in quanto nessuno ne ha mai contestato la piena validità, uno dei contraenti, e cioè CIR, una volta affermata in sede penale la responsabilità del giudice Metta per corruzione, ha agito giudizialmente verso un altro dei contraenti, e cioè Fininvest, per ottenere il risarcimento di danni - consistenti, secondo la Corte d'Appello di Milano, nell'indebolimento della posizione negoziale di CIR nell'ambito delle trattative finalizzate alla stipula della transazione, ovvero, secondo il Tribunale di primo grado, nella perdita di *chance* di vittoria nel giudizio di impugnativa del lodo - asseritamente derivanti dalla sentenza della Corte d'appello di Roma che, come detto, aveva (si assume, erroneamente) riformato il c.d. "Iodo Pratis" in ragione della corruzione proprio di Metta (secondo CIR, addebitabile a Fininvest). In definitiva, può dirsi che CIR ha agito per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da una vicenda giudiziale - giova ripeterlo, quella svolta dinnanzi alla Corte d'Appello di Roma - che, a rigore, sem-

brerebbe rientrare nel perimetro della transazione. Proprio tale circostanza è, tuttavia, negata dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano, la quale, nelle pagine da 101 a 105, si occupa della questione e, pur con qualche distinguo rispetto al giudice di prime cure (v. *infra*), condivide con quest'ultimo l'idea che i fatti oggetto della pretesa risarcitoria di CIR siano, a conti fatti, fuori dall'oggetto della transazione (1).

Il tutto senza che i giudici milanesi abbiano avvertito la irrisolvibile contraddizione che pare caratterizzare il comportamento processuale di chi, pur non contestando la piena efficacia della transazione, né agendo per la revocazione (per corruzione del giudice, ex art. 395 c.p.c.) della sentenza la cui ingiustizia lamenta, chiede in giudizio (ed ottiene) il risarcimento per danni che - sia nella interpretazione della fattispecie e secondo la qualificazione giuridica del danno date dal Tribunale, sia nella diversa prospettiva seguita dalla Corte d'Appello (v. *supra*) - sono comunque, per l'appunto, derivanti da, o quanto meno collegati a, tale sentenza.

È, dunque, senz'altro il caso di approfondire il discorso.

Transazione e risarcimento dei danni

Alla tematica in esame è dedicato, in questo stesso numero di *Danno e responsabilità*, un commento a firma di Luciano Vasques che tratta delle possibili ricadute, in tema di invalidità dell'accordo transattivo, della corruzione del giudice Metta, per un verso, e della consapevolezza (qualificata) di CIR circa tale corruzione, per altro verso. Lo scritto si chiude con la condivisibile osservazione per cui, se fosse vero quanto afferma la Corte d'Appello di Milano circa la sicura erroneità della sentenza di annullamento del "Iodo Pratis", allora bisognerebbe ritenere che, anche indipendentemente dalla conoscenza del fatto corruttivo, CIR senz'altro, al momento in cui ha concluso la transazione, era consapevole (o, co-

Nota:

(1) A commento della sentenza di primo grado resa dal Tribunale Milano il 3 ottobre 2009, v. C. Scognamiglio, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 611; E. Gabrielli, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 503; M. Franzoni, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contratto impresa*, 2009, 1181; F. Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. Iodo Mondadori)*, in *Riv. dir. fam.*, 2009, 1898; e C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 33.

unque, vi sono altissime probabilità che lo fosse, vista l'importanza della vicenda e la qualità dei legali coinvolti) della possibilità di riuscire ad ottenere un rovesciamento di tale sentenza in forza del rituale (per altro, già introdotto) ricorso per Cassazione, di talché essa ha rinunciato scientemente, mercé l'accordo transattivo, a tale possibilità di contestazione, senza che la successiva scoperta della corruzione del giudice Metta, possa, dunque, evidentemente aggiungere alcunché rispetto alla causazione di un eventuale danno in capo alla CIR consistente nell'aver concluso la transazione, o nell'averla conclusa a certe condizioni piuttosto che ad altre.

Nelle presenti brevi note - prescindendo completamente dai molti punti critici della sentenza riguardanti, in particolare, il nesso di causalità e la natura giuridica del danno risarcito - oltre ad esplicitare valutazioni parzialmente divergenti da quelle di Vasques circa la validità della transazione conclusa tra CIR e Fininvest, si vuole svolgere una riflessione di tenore parzialmente diverso, finalizzata ad indagare la correttezza dell'operato dei giudici milanesi, nella parte in cui essi hanno ritenuto che per CIR fosse possibile chiedere un risarcimento del danno per aver subito, a causa dell'altrui fatto illecito, un condizionamento rilevante nella formazione della propria volontà transattiva (incidente sull'*an* ovvero anche solo sul *quantum* pattuito), senza contestare la validità, e dunque l'efficacia, della transazione in cui detta volontà è stata riversata. Ovvero, in una diversa prospettiva, più aderente al ragionamento seguito dai giudici milanesi, che sia possibile chiedere il risarcimento del danno - consistente (come detto) nell'indebolimento della propria posizione negoziale derivante dall'aver subito un'ingiusta sentenza a causa della corruzione del giudice - quando gli effetti di tale sentenza sono stati fatti oggetto di una complessa transazione tombale, intervenuta tra le parti prima che la corruzione fosse nota, e ciò anche in mancanza di impugnativa della transazione stessa da parte dell'asserito danneggiato.

CIR, con tutta probabilità, non ha impugnato la transazione perché non interessata a far saltare il delicato equilibrio proprietario dalla stessa determinato, e consolidato nei lustri seguenti. O comunque perché consapevole dell'obiettiva impossibilità materiale, una volta eventualmente rimossi gli effetti dell'accordo transattivo, di far sì che ognuna delle parti tornasse nella titolarità dei diritti antecedenti alla stipula del medesimo, o quantomeno di portare tutti i contraenti sulla stessa ideale curva di indifferenze delle utilità in cui ciascuno si collocava in quel momento. Senza considerare per altro che, in

ogni caso, una volta rimossa la transazione, sarebbero riemersi tra le parti gli effetti della sentenza della Corte d'appello di Roma viziata dalla corruzione del giudice Metta, per paralizzare i quali CIR avrebbe potuto esclusivamente (e sempre che intanto non fossero scaduti i relativi termini processuali, come invece è avvenuto nel caso di specie) proporre una rituale revocazione della sentenza, *ex artt.* 395 ss. c.p.c., essendo, *medio tempore*, sopravvenuto il passaggio in giudicato della stessa per mancata impugnazione tramite ricorso per Cassazione.

È proprio in considerazione di tutto ciò che nella vicenda in esame, piuttosto che alla nullità della transazione si guarda al risarcimento del danno la cui misura viene computata sulla sorta della differenza tra l'esito (indisturbato) della pattuizione in qualche modo inficiata dal dolo del giudice e l'assetto che si sarebbe determinato se l'autonomia privata si fosse potuta spiegare senza alcuna indebita interferenza. E, tuttavia, ammesso e non concesso che nel caso di specie quella battuta da CIR e seguita dai giudici fosse, in punto di fatto, la proverbiale strada obbligata, resta da chiedersi se, in punto di diritto, il perseguimento di tale via appaia corretto.

In altre parole, resta da chiedersi se nel nostro diritto civile chi ritiene di aver subito un danno derivante da un fatto illecito che ha inciso sulla sua volontà a transigere, ovvero ha determinato (a sua insaputa) le condizioni fattuali (*id est*, nel nostro caso, l'emissione di una sentenza ingiusta) presupposto dell'intervenuta la transazione (o delle condizioni oggetto di tale transazione), possa agire per il risarcimento del danno indipendentemente dalla rimozione degli effetti della transazione stessa (e della sentenza che si è scoperto essere ingiusta), e dunque indipendentemente dalla proposizione, e dal relativo accoglimento, delle domande giudiziali di annullamento o nullità dell'accordo transattivo (e di revocazione della sentenza).

La questione, come evidente, coinvolge problematiche più generali inerenti, da un lato, gli effetti degli accordi transattivi e quelli delle sentenze, e dall'altro i rapporti tra rimedi contrattuali e responsabilità civile. Ma, fermo restando che non è dato in questa sede trattare compiutamente tali argomenti, giova andare con ordine per mettere a fuoco gli aspetti più rilevanti del tema specifico reso oggetto del nostro esame.

Effetti transattivi ed invalidità

Come correttamente osservato in dottrina, «se il contratto è essenzialmente un mezzo per la composi-

zione dei privati interessi, la transazione si presenta quale tipo contrattuale in grado di realizzare qualsiasi composizione di interessi disponibili, determinando effetti preclusivi, e capace di generare a un tempo ogni specie di effetto negoziale a carattere costitutivo» (2). Per cogliere compiutamente la natura del negozio transattivo, va dunque posto l'accento sulla sua capacità di consentire qualsiasi composizione di interessi disponibili, a prescindere dalla fondatezza delle rispettive posizioni delle parti e valorizzando esclusivamente il momento della pretesa di queste.

In proposito, Angelo Falzea - discorrendo delle differenze tra atto di accertamento e contratto di transazione - rileva che le parti del negozio transattivo non hanno il proposito di «attuare una puntuale e fedele determinazione della realtà giuridica, ché anzi attraverso la soluzione pratica da essa raggiunta tendono appunto ad evitare le lungaggini e le difficoltà di un accertamento giurisdizionale [...] Lungi dal voler l'accertamento i soggetti, con la transazione, intendono invece evitare l'accertamento, attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica da cui muove la contestazione» (3); per concludere affermando che la transazione è un negozio con effetti preclusivi, e dunque ben si distingue dai fenomeni di accertamento, «perché essa, svolgendosi interamente sul piano delle pretese, non si fonda sul momento della conoscenza, che rappresenta un dato necessario di ogni figura di accertamento» (4). In definitiva, dunque, sempre secondo l'autorevole studioso messinese, nella transazione «l'intento di precludere ogni contestazione sulla situazione giuridica determinata con il regolamento transitorio transattivo costituisce il naturale completamento dell'intento di togliere di mezzo la lite mediante una soluzione di compromesso» (5).

Coerentemente con la particolare natura assegnata dal legislatore alla transazione, che dunque opera come negozio «sugli effetti giuridici» (6), la disciplina dell'invalidità di tale tipo contrattuale, disposta agli artt. 1969-1975 c.c., risulta parzialmente diversa, *rectius* speciale, ed invero anche più scivolosa, rispetto a quella comunemente operante per gli altri negozi giuridici. In particolare, per quanto qui rileva, va evidenziato che il codice civile in tema di transazione, mentre non fa eccezione alle regole generali relativamente alla rilevanza di dolo e violenza (dovendosi reputare applicabili le norme previste per il contratto in genere), per quanto invece attiene all'errore apporta significati-

ve deroghe rispetto alle disposizioni ordinarie in quanto, fermo restando che l'errore ostativo potrà pur sempre esser causa di annullamento del contratto e che l'errore materiale risulterà sempre suscettibile di rettifica ai sensi dell'art. 1430 c.c. (7), una disciplina speciale è approntata per la transazione dall'art. 1969 c.c. in tema di errore di diritto, mentre l'errore di fatto non è oggetto di alcuna specifica disposizione.

La mancanza di disposizioni codicistiche relative all'errore di fatto ha consentito agli studiosi di avanzare diverse tesi in proposito. Secondo una prima opinione, l'errore di fatto sarebbe soggetto alle stesse regole poste dall'art. 1969 c.c. con riferimento espresso al solo errore di diritto: conseguentemente, l'errore di fatto non sarebbe rilevante quando incidesse sulle questioni che hanno formato oggetto della controversia, *caput controversum* (8), mentre rilevarebbe ogniqualvolta, al contrario, cadesse su una questione estranea alla controversia (9), ma che funge da presupposto della transazione, in quanto costituisce elemento che ha indotto le parti a transigere (10).

Si è, tuttavia, rilevato in senso contrario che, in difetto di previsioni normative, pare difficile escludere per l'errore di fatto l'operatività della disciplina generale in tema di contratto. Secondo questo orientamento meno restrittivo, l'errore sarà dunque rilevante, conducendo all'annullabilità della transazione, qualora debba ritenersi essenziale (secondo

Note:

(2) Così A. Palazzo, *Transazione*, voce del *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. XIX, Torino, 1999, ristampa Milano 2008, 386-415, in part. 387. Cfr. Carresi, *La transazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1956; nonché E. Del Prato, *La transazione*, Milano, 1992.

(3) Così A. Falzea, *Accertamento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d., ma 1958, 217.

(4) Così ancora Falzea, *op. cit.*, 217.

(5) Ancora Falzea, *op. cit.*, 218.

(6) Il tema è diffusamente affrontato da G. Doria, *I negozi sugli effetti giuridici*, Milano, 2000.

(7) Cfr. V. Pietrobon, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963; ed anche M. Segni, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 250.

(8) Così E. Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1986, 331.

(9) Così, *ex multis*, P. Gallo, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 458.

(10) Cfr. Cass. 16 marzo 1981, n. 1465, in *Giur. it.*, voce del Rep. "Transazione", n. 4; e così anche Cass. 5 aprile 1975, n. 1217, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1796; Cass. 14 marzo 1973 n. 750, *ivi*, 1973, I, 1, 1432, e Cass. 17 agosto 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 1520.

i criteri di cui all'art. 1429 c.c.) e riconoscibile (11).

Dunque, calando il dibattito dottrinale, di cui si sono appena tracciate le linee essenziali, sul piano concreto della vicenda in esame, appare evidente che, seguendo il ragionamento della Corte d'appello di Milano, la corruzione, con conseguente erroneità, che inficerebbe la sentenza della Corte d'Appello di Roma sul "lodo Pratis", può essere qualificata in termini di fatto illecito, ignorato da CIR fino alla sentenza penale che ha condannato Metta, capace di incidere in modo determinante, sotto il profilo dell'*an*, o quanto meno del *quantum*, sulla formazione della volontà transattiva di tale parte contrattuale. In sostanza, CIR sarebbe stata indotta a stipulare la transazione anche (e forse principalmente) in ragione del rovescio subito dinnanzi alla Corte d'appello di Roma, ma rispetto a tale presupposto, mentre Fininvest conosceva il fatto costituito dalla corruzione, CIR era totalmente ignara della circostanza, e dunque si è indotta a transigere commettendo un errore di fatto - consistente nel ritenere che la sentenza fosse stata emessa da giudici non corrotti - rilevante ai fini dell'annullabilità della transazione, anche in applicazione della tesi più restrittiva tra quelle sopra ricordate (12), giacché non relativo al *caput controversum*, e cioè agli interessi, alle pretese ed ai diritti contrapposti e fatti oggetto di transazione.

Allo stesso risultato - e cioè a ritenere la transazione in parola annullabile su istanza di CIR - si arriva ragionando in termini di dolo, e cioè interpretando la vicenda corruttiva del giudice Metta, ed il silenzio che sulla stessa Fininvest ha avuto durante le trattative e la stipula della transazione, in termini di vizio del consenso di CIR indotto volutamente da Fininvest. Ciò, ovviamente, sempre nella prospettiva delineata dalla sentenza d'appello in esame, secondo la quale a Fininvest è senz'altro riconducibile, se pure (in mancanza di prova piena) in ragione di un giudizio di mera probabilità, l'illecito costituito dalla corruzione.

Per il vero, sembra che vi fosse addirittura una terza possibile via data a CIR per contestare la validità della transazione. Ed infatti, l'art. 1972, comma 2, c.c. sancisce l'annullabilità della transazione quando «è stata fatta relativamente ad un titolo nullo», sempre che a chiederla sia «la parte che ignorava la causa di nullità del titolo». Forzando (leggermente) il dato letterale, ed adattando il concetto di nullità del titolo a quello di sentenza meritevole di revocazione (come noto le sentenze sono titoli giudiziali), si potrebbe finanche sostenere (a parte restando il

discorso concernente il fatto che la corruzione di un giudice sui tre che compongono il Collegio non è detto comporti revocazione ex art. 395, n. 6, c.p.c. (13)) che la revocabilità (per l'appunto, valutata ex artt. 395 ss. c.p.c.) della sentenza emessa dalla Corte d'appello di Roma - o meglio ancora la revocazione, nel caso in cui fosse stata richiesta ed ottenuta - inficia la validità della transazione perché relativa ad un titolo giudiziale che CIR non sapeva, quando ha concluso la transazione, essere non idoneo a produrre effetti giusti e stabili nell'ordinamento.

Corruzione del giudice e fatto illecito dannoso

La possibilità per CIR di agire giudizialmente al fine di far valere l'invalidità della transazione nella sentenza di primo grado era stata negata in radice dal Tribunale di Milano, secondo il quale nella fattispecie non appariva esperibile nessuna azione a riguardo. Viceversa, la Corte d'Appello, forse consapevole della debolezza del ragionamento svolto sul punto dal giudice di prime cure, preferisce prescindere espressamente dalla questione, tanto da affermare (alle pagg. 103 e 104 della sentenza in esame) che, indipendentemente dalla possibilità di CIR di agire per l'annullamento della transazione, ciò che rileva, ai fini dell'accoglimento della sua richiesta risarcitoria, è che la transazione «è riferita unicamente ad ipotesi relative a procedure contenziose e arbitrali, in atto al momento della transazione, nonché a "tutti i contratti, accordi, impegni, fra esse stipulati relativi e/o connessi alle rispettive partecipazioni in AME o AMEF": l'azione di responsabilità per fatto

Note:

(11) Così, tra gli altri, D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993, 798; P. D'Onofrio, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, 220; e S. Pugliatti, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949, 270. In senso parzialmente critico, perché orientato a ritenere che gli artt. 1972-1974 costituiscono deroghe o specificazioni rispetto alla disciplina dell'annullabilità per errore, S. Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1986, 147.

(12) E cioè quella per cui la restrizione posta dall'art. 1969 c.c. in tema di errore di diritto, in ragione della quale «la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti», si applicherebbe, *mutatis mutandis*, anche all'errore di diritto.

(13) Sul punto davvero non pare condivisibile l'assunto della Corte d'Appello di Milano, secondo la quale la sentenza è «*tamquam non esset* [...] già per la sola presenza nel collegio del giudice corrotto, a prescindere dal merito della decisione e dal convincimento degli altri componenti del collegio» (pag. 156 della sentenza), e ciò a meno di non voler considerare "*tamquam non esset*" la presenza e l'attività di ben due giudici su tre non corrotti facenti parte del collegio.

illecito determinato dalla sentenza “comprata” è pretesa diversa ed esula completamente dall’ambito della transazione, al punto che l’ipotesi in esame si sottrae alle considerazioni di Fininvest per cui la transazione copre il dedotto e il deducibile [...]».

Il ragionamento della Corte d’Appello desta qualche perplessità, in quanto affermare la sicura estraneità del fatto illecito, e della conseguente azione di responsabilità extracontrattuale, al perimetro della transazione, nel caso di specie, appare tutt’altro che operazione piana.

Ed infatti, l’illecito da cui deriva il danno lamentato da CIR (si ribadisce, comunque lo si voglia intendere, e cioè sia come fatto dal Tribunale che come fatto dalla Corte d’Appello) non deriva dalla mera corruzione del giudice Metta, bensì dall’operato di quest’ultimo che si è tradotto (nella ricostruzione resa dalla sentenza in esame) nella ingiusta (e non corretta) sentenza della Corte d’Appello di Roma. L’illecito in questione, se davvero fosse circoscrivibile al solo operato del corruttore, con tutta evidenza non avrebbe potuto cagionare alcun danno a CIR perché, se la sentenza non fosse stata emessa (ad esempio nel caso in cui le parti avessero trovato un accordo transattivo nelle more del giudizio), o fosse stata emessa da un diverso collegio in cui non sedeva Metta, la corruzione di quest’ultimo si sarebbe rivelata inoffensiva per CIR. In altre parole, gli effetti della corruzione sono tali da pregiudicare la posizione negoziale di CIR solo in quanto si sono riversati nella ingiusta sentenza. Dunque, l’illecito in questione è a fattispecie complessa e progressiva, e l’epilogo fattuale di tale illecito - o, se si vuole, l’evento in cui si manifesta lo stesso e da cui deriva il danno - non appare affatto estraneo al perimetro della transazione (va a questo proposito ricordato che proprio in forza della transazione CIR non coltiverà il già introdotto ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte d’Appello di Roma).

Da quanto appena evidenziato si ricava che: anche a voler ritenere il fatto corruttivo di Fininvest dotato di una sua apprezzabile autonomia rispetto alla sentenza conseguente (come senz’altro è sul piano penale), non c’è dubbio che in ogni caso esso, proprio in quanto idoneo a ledere, se non a seguito dalla sentenza, interessi di CIR, non potrebbe essere comunque (sul piano della responsabilità civile) considerato fonte dell’obbligazione risarcitoria, giacché - come noto - non è il mero fatto *contra ius* o *non in iure* a far sorgere l’obbligo di risarcimento ma il fatto illecito dannoso, e cioè che abbia prodotto un danno.

Dunque, concludendo, l’illecito in questione, e cioè

il presupposto normativo per l’affermazione della responsabilità risarcitoria, di fonte extracontrattuale, di Fininvest nei confronti di CIR, non sembra potersi considerare estraneo all’oggetto della transazione, come invece lo reputa la Corte d’Appello di Milano.

Un discorso parzialmente diverso, ma che comunque non cambia la sostanza del ragionamento che si va conducendo, si imporrebbe se la Corte d’Appello, sotto questo profilo, avesse seguito la tesi del giudice di primo grado, secondo il quale il danno andrebbe qualificato come perdita di *chance* di ottenere una sentenza corretta - e, dunque, per CIR favorevole - da parte del collegio romano in cui sedeva Metta. In tale prospettiva, infatti, la sentenza resa sul “lodo Pratis” non sembrerebbe configurabile (per utilizzare la terminologia sopra proposta) come evento dannoso, e cioè produttivo di danno, giacché la fattispecie illecita si sarebbe perfezionata in un momento temporalmente precedente, mentre la sentenza rappresenterebbe solo il momento rispetto al quale valutare l’eventuale concreta incidenza dannosa dell’illecito.

Conclusioni

Si è, nei precedenti due paragrafi, accertato che, con tutta probabilità, nella fattispecie, quanto meno in astratto non difettavano i presupposti perché CIR - indipendentemente dal suo diretto attuale tornaconto e dalle brevi considerazioni sopra svolte circa la (im)possibilità effettiva che, a distanza di tanti anni, si potesse dar corso alla restituzione di quanto le parti si erano trasferite in esecuzione della transazione (problemi questi che certo non potevano incidere, e non avrebbero inciso, sulla eventuale decisione giudiziale) - impugnasse efficacemente la transazione e ne ottenesse una pronuncia di annullamento.

Ciò, si badi, sempre che si accetti di prescindere dal fatto che - come ricorda anche Vasques e come sopra cennato - secondo la Corte d’appello di Milano la sentenza resa dall’omologa corte capitolina sul “lodo Pratis” era senz’altro erronea. Se così fosse, infatti, come si è già detto, a livello ermeneutico sarebbe difficile considerare rilevante, sotto il profilo dell’invalidità della transazione, l’errore costituito dalla ignoranza di CIR circa la corruzione di Metta, e ciò perché, in tale diverso scenario, la mancata impugnazione della sentenza erronea (anche in difetto di consapevolezza circa le ragioni profondamente ingiuste ed immorali di tale erroneità) costituirebbe una precisa e consapevole scelta assunta da CIR nell’ambito dell’accordo transattivo.

In buona sostanza, e qui il ragionamento della Corte d'appello di Milano rischia di rivelarsi davvero a rischio avvilitamento: o la sentenza capitolina, anche se assunta con un componente del collegio corrotto, appare corretta, sicché l'illecito costituito dalla corruzione non ha cagionato danni a CIR; o, al contrario, la sentenza in questione non è corretta (questo sostengono i giudici di Milano), ma in tal caso l'erroneità della stessa doveva (sempre applicando il criterio del "più probabile che non") essere ben riconosciuta da CIR (in quanto agli agguerriti legali di questa senz'altro non poteva sfuggire tale erroneità), di talché nello stipulare la transazione essa ha consapevolmente (ed anche qui dovremo applicare il criterio del "più probabile che non") rinunciato ad impugnare tale sentenza, così recidendo ogni possibile nesso causale tra corruzione del giudice ed asserito danno da stipula dell'accordo transattivo.

Sotto il profilo appena evidenziato molto più equilibrato, ed anche più aderente alla realtà dei fatti, appare riconoscere che al momento in cui è stata stipulata la transazione in parola la sentenza capitolina non poteva apparire né senz'altro erronea, né senz'altro corretta (sempre che sia possibile, rispetto a pronunce così complesse, parlare di erroneità e correttezza come fossero categorie dello spirito). Dunque, è plausibile che CIR abbia concluso la transazione pur consapevole che la sentenza romana di appello potesse essere oggetto di giudizio critico da parte della Cassazione.

Se la corruzione del giudice Metta abbia inciso realmente sulla decisione del collegio di cui lo stesso faceva parte, se tale decisione sia stata effettivamente erronea (14), se l'asserita erroneità abbia pregiudicato le ragioni di CIR che si è sentita indebolita confidando che la sentenza fosse stata assunta da un collegio giudicante equo, giusto e terzo rispetto alle parti, e se sulla base di questa erronea valutazione di fatto l'attrice abbia concluso una transazione che (o a condizioni che) altrimenti non avrebbe accettato: queste sono tutte valutazioni che i giudici milanesi avrebbero dovuto compiere al fine di valutare (sempre che gli fosse stato chiesto) se in capo a CIR fosse rilevabile, nella fattispecie, un errore di fatto, cagionato o meno da dolo altrui, vertente su un presupposto della transazione. Per tale via, nell'eventualità di un riscontro positivo, si sarebbe dovuta annullare la transazione ed a questo punto, ritenuto rimosso ogni effetto preclusivo operante tra le parti (ovviamente, il contrario sarebbe stato nel caso di riscontro negativo), si sarebbe potuto prendere in considerazione la domanda di risarcimento avanzata da CIR.

Nella vicenda in esame, invece, è stato completamente omesso il primo passaggio, come se gli effetti preclusivi della transazione non impedissero a CIR di agire per il risarcimento del danno, e ciò senza considerare che, giova ribadirlo, vero è che l'illecito costituito dalla corruzione del giudice Metta non è tecnicamente coperto dalla transazione in quanto costituisce un fatto esterno al *caput controversum*, ma è altrettanto vero che i danni lamentati da CIR derivano direttamente non già da tale corruzione, bensì dalla sentenza romana di appello asseritamente figlia di tale corruzione, sentenza quest'ultima che, in ragione di quanto osservato nel paragrafo precedente, difficilmente può considerarsi estranea al perimetro della transazione.

Da ciò si ricava che, nel vigore della transazione, gli effetti preclusivi di questa avrebbero probabilmente dovuto paralizzare l'azione di risarcimento promossa da CIR, ma così, nel caso di specie, non è stato. Sicché, per questa ed altre ragioni, vien fatto di credere che la saga CIR/Fininvest non sia ancora giunta al suo ultimo episodio.

Nota:

(14) In realtà, qualche dubbio è lecito nutrire circa il fatto che, nell'ambito del procedimento in parola, i giudici potessero realmente valutare - così come, invece, hanno fatto (ben inteso, non per considerare l'invalidità della transazione, bensì per argomentare la condanna al risarcimento dei danni) - la correttezza della sentenza di cui fu relatore Metta. La questione, infatti, pare definitivamente coperta dal giudicato derivante dalla mancata impugnativa di tale pronuncia, sia in Cassazione che tramite revocazione *ex art. 395 c.p.c.*, con conseguente preclusione di ogni ulteriore sindacato sul merito di quanto deciso dalla Corte d'Appello di Roma nell'occasione. Né in senso contrario sembra pronunciarsi la Cassazione panale nella sentenza n. 35325 del 16 maggio 2007 (richiamata nella pronuncia in esame), che infatti, in tema di sindacato sulla correttezza nel merito di una sentenza resa da un collegio giudicante con un componente corrotto, fa espresso riferimento al giudizio per la revocazione della sentenza *ex art. 295 c.p.c.*, e dunque non afferma l'esistenza di un sindacato diffuso su tale correttezza (che, del resto, entrerebbe in contrasto con la disciplina delle preclusioni derivanti dal giudicato).

Nesso di causalità

Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori: atto II

di **Roberto Simone**

La sentenza resa in sede di appello, nel ribaltare, in parte, l'impianto di prime cure, in punto risarcimento del danno - da perdita di *chance* a risarcimento pieno - permette di evidenziare come in ambito causale il criterio del "più probabile che non" sia divenuto strumento di selezione del danno da risarcire, ma con una eccessiva tendenza verso una dimensione puramente processuale e non sostanziale della causalità. Le contaminazioni tra causalità materiale e giuridica nonché il ricorso a parametri di liquidazione del danno tipici del campo contrattuale portano in luce l'opportunità di una rivisitazione del regolamento di confini tra interesse negativo e interesse positivo.

La sentenza romana come fonte di un pregiudizio pieno

CIR critica la sentenza di primo grado innanzitutto laddove si sostiene che, poiché nessuno sa come si sarebbe orientata una corte non corrotta, vi è stata perdita di *chance* e nella parte in cui è stato escluso il nesso di causalità diretto ed immediato tra la sentenza corrotta e il danno subito.

A sostegno delle proprie ragioni CIR invoca il canone del "più probabile che non": poiché la sentenza non poteva che essere favorevole, o meglio era certamente più probabile che fosse favorevole, allora si può ipotizzare il nesso di causalità nei termini esposti: "La corruzione di Metta, in definitiva, aveva privato CIR non tanto della "chance" di una sentenza favorevole, ma della sentenza favorevole *tout court*". In altri termini, tra l'evento di danno e la sentenza corrotta vi sarebbe un nesso di causalità diretto ed immediato, dovendo guardarsi, come poi sosterrà la Corte d'appello di Milano, non ad uno scenario ipotetico ("come avrebbe deciso una corte se non condizionata dalla corruzione del relatore"), ma come quella specifica Corte, il cui relatore non era l'ultimo arrivato, avrebbe deciso: solo confermando il lodo e non inerpicandosi in un clamoroso tentativo di contestazione della possibilità di individuare la *ratio decidendi*. Solo nei limiti di questo stretto varco si sarebbe potuta censurare la decisione nel merito.

L'invocazione del canone indicato (quello del più probabile che non) è erronea, perché questo serve a stabilire il legame tra un antecedente (certo) ed un evento quando esistono più fattori potenzialmente causali, ossia quando si deve in concreto scrutinare

il nesso di causalità materiale, sebbene la netta distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica sia ormai ampiamente criticata. Infatti, la stessa scelta in ordine ad una nozione di causalità materiale è condizionata da ragioni di *policy*, potendo privilegiarsi un modello a prevalente funzione compensativa o altro orientato verso ragioni di *deterrence*. La stessa alternativa tra un modello di spiegazione causale individualizzante o un modello orientato verso spiegazioni per classi di eventi è condizionato da valutazioni di tipo normativo.

Per converso, il canone del "più probabile che non" finisce, nella ricostruzione della corte d'appello - e sia pure inconsapevolmente - per selezionare l'evento di danno da risarcire, che, in realtà, inquadra un elemento costitutivo della fattispecie aquiliana invocata per il solo fatto della corruzione.

Si consideri ancora che nell'economia delle decisioni il ricorso al canone in questione finisce per sovrapporre un problema sostanziale con uno squisitamente processuale quale l'onere della prova. Qual è il livello di probabilità necessaria per potere affermare che si è al cospetto dell'antecedente più probabile: basta una percentuale superiore di un antecedente rispetto agli altri anche se di modestissimo valore? Nelle pronunce della Cassazione non è riscontrabile una netta preferenza verso il 50,01% di probabilità. Ciò, forse, si spiega proprio in base alla riferita commistione di piani sostanziale e processuale. Non si precisa il livello di probabilità necessaria, perché si perviene alla decisione sulla base della probabilità logica: l'antecedente ha valore causale anche perché nel ragionamento probatorio si esclude

la rilevanza di fattori alternativi. A mio avviso si tratta di una spiegazione fortemente influenzata dalla sentenza Franzese (1).

Alla ricerca di un controfattuale

La Corte d'Appello si sofferma a lungo sul tema del controfattuale, che a prima vista ha poca, se non nulla, attinenza con il caso. Non si tratta di una condotta omissiva, per cui alla condotta doverosa omessa si va a sostituire quella dovuta. In realtà, il richiamo al controfattuale serve a fondare il discorso sulla causalità come ormai lo si descrive nelle aule di piazza Cavour. Le regole della causalità sono comuni sotto ogni cielo (penale e civile), ma quel che cambia è la regola del giudizio: oltre ogni ragionevole dubbio nel penale (alta credibilità razionale) vs. "più probabile che non" (probabilità relativa). Il terzo stadio sarebbe quello della possibilità di conseguire il risultato, ossia la perdita di *chance* (per Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, est. Segreto, peraltro, la *chance* perde la sua autonomia, che però rimane in Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, est. Travaglino).

In realtà, qui di omissivo non c'è nulla, c'è solo una condotta attiva: la sentenza era corrotta ed una corte mediamente preparata aveva tanti argomenti per confermare il lodo; la sentenza corrotta è *tamquam non esset*; è il frutto di un reato ed è l'antecedente in mancanza del quale il danno, lamentato in termini di interesse positivo correlato alla transazione, non si sarebbe prodotto.

Il preteso apporto colposo del danneggiato

Fininvest sostiene che il nesso causale tra il fatto e l'evento è stato interrotto dalla decisione di non coltivare il ricorso in Cassazione e di portare a compimento la transazione. La Corte di Milano risponde che «la prospettazione attorea principale è nell'allegazione, quale danno diretto, di "essersi seduta al tavolo delle trattative" concluse in una condizione peggiore, cagionata, con rigida sequenza causale (la sentenza della Corte d'Appello di Roma era frutto della corruzione ed ingiusta nel merito), dal fatto doloso della corruzione che aveva spostato gli equilibri della trattativa in corso ed aveva costretto CIR a definire la controversia in modo sperequato».

A parte il rilievo che non rientra, ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, comma 1, c.c., l'attivarsi sul piano giudiziario, discutere di danno diretto ed immediato non ha senso rispetto alla causalità materiale che si accerta a monte dell'art. 1223 c.c. La sentenza corrotta è causalmente adeguata o è *condicio sine qua non* rispetto all'evento di danno: perdita

del diritto ad ottenere una sentenza favorevole (v. pag. 188 della sentenza della Corte d'Appello di Milano) o lesione della libertà contrattuale in termini di depotenziamento della posizione della parte in pendenza di trattative, che poi ha portato ad una transazione sperequata (v. pag. 190 della sentenza della Corte d'Appello di Milano, dove si richiama la prospettazione di CIR). In ogni caso non c'è bisogno di scomodare, come fa Fininvest, l'idea di una "nuova ipotesi di r.c. alla ricerca di una posizione soggettiva".

Come è stato acutamente evidenziato, anche se pochi se ne sono accorti, nell'art. 2043 c.c. il *contra ius* dal 1999 non c'è più, basta che la lesione non riguardi un interesse di mero fatto. Tale non può ritenersi quello al libero e consapevole dispiegamento delle proprie forze in sede di trattative.

Non vale neppure la pena di porsi, come già detto, il problema della causalità in termini di probabilità relativa. La serie causale è innescata da una condotta attiva e non si deve fare una valutazione in termini controfattuali. Si tratta solo di vedere se esiste una causa sopravvenuta di per sé sufficiente per relegare nel campo dell'irrelevanza la precedente, ma in questo caso sappiamo che CIR non era tenuta a coltivare il ricorso per Cassazione se poi stava transigendo. Spesso gli avvocati cercano di tenere lo stesso piede in due scarpe (trattano e aspettano di vedere cosa fa il giudice). Questo fa parte del gioco, ma bisogna che vi partecipino consapevolmente tutti i giocatori: circostanza certamente non ricorrente nel caso che ci occupa.

Il danno extracontrattuale parametrato sulla base di indici contrattuali?

Una volta stabilita la causalità materiale, si deve passare all'art. 1223 c.c. e verificare se il danno lamentato sia in termini di regolarità rispetto al fatto. Io direi, meglio, se il pregiudizio è la concretizzazione del fatto doloso.

Nota:

(1) Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002.

Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi di accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica» (con note di udienza del procuratore generale presso la Corte di cassazione).

Che ci fosse la responsabilità civile dei magistrati nulla sposta, perché al più si tratta di un condebitore in solido (lo Stato) e tra condebitori non c'è litisconsorzio necessario.

Passando al contesto delle trattative, dalla sentenza emerge chiaramente che il loro andamento subì un ribaltamento di valori a seguito della sentenza corrotta. Questo non permette di inferire che chi sedeva al tavolo delle trattative fosse consapevole che la gara era truccata, ma in ogni caso Fininvest ha tratto vantaggio, tant'è che è stata chiamata a rispondere ex art. 2049 c.c.

Fininvest cerca, invano, di portare l'attenzione sul fatto che la pretesa risarcitoria, ossia l'aver visto sfumare le condizioni del 1990, è parametrata all'interesse negativo (l'occasione perduta), ma questo presupponeva che il contratto fosse annullato, magari a seguito di revocazione della sentenza corrotta. Non si potrebbe invocare come lesione dell'interesse positivo un danno altrimenti configurabile come interesse negativo. Né sarebbe possibile, per ragioni di coerenza di sistema, che sul piano contrattuale il danno possa essere zero ed affermare il contrario sul piano extracontrattuale.

La Corte d'appello replica che quello invocato è proprio l'interesse positivo, ossia l'aver concluso il contratto a condizioni di sfavore, ed i termini della proposta del 1990 sono presi a parametro. Detto altrimenti, si potrebbe ritenere che la corte milanese s'è ingegnata nel riportare in ambito contrattuale il danno da affidamento (il c.d. *reliance interest*) quale criterio concorrente ed alternativo rispetto al danno da aspettativa (c.d. *expectation interest*), secondo quanto praticato nell'esperienza nordamericana. Soluzione, quest'ultima, assimilabile a quanto affermato in materia di scorrettezza nella fase delle trattative cui poi faccia seguito la stipula di un contratto valido (2).

Salterebbe così la netta divaricazione, cara alle nostre latitudini, tra interesse positivo ed interesse negativo, l'uno configurabile in ambito contrattuale, l'altro riportabile solo al piano precontrattuale. In questa prospettiva, la perdita subita trova un limite massimo nelle migliori condizioni in origine previste, da prendere a riferimento al netto di eventuali variazioni di valori legate al mercato (il quesito assegnato ai consulenti d'ufficio fa appunto riferimento alle variazioni dei valori delle società e delle aziende oggetto di scambio fra le parti, che possano essere intervenute tra giugno 1990 ed aprile 1991).

Quello che potrebbe sfuggire, ancora oggi, è come si possa reclamare in una cornice extracontrattuale un danno tipicamente contrattuale, quale quello da lesione dell'interesse positivo.

È vero che la Corte ammetteva (3) il cumulo di responsabilità, ma questo presuppone(va) che l'invocezione dell'art. 2043 c.c. da fatto reato avvenisse in una cornice contrattuale: lo stesso fatto del debitore poteva essere apprezzato tanto come inadempimento, quanto come fondante una fattispecie aquiliana. Non è questo il caso di specie: la transazione non è stata toccata, né si lamenta un inadempimento, ma solo una scorrettezza, somma, in fase di svolgimento delle trattative (v. la diversità delle condizioni poste). A meno che, partendo proprio dalla scorrettezza nella fase della trattative, non si finisca per ipotizzare la risarcibilità di un danno nei termini indicati. L'intervenuta conclusione del contratto ed a scenario contrattuale intatto non farebbe velo sul dato della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale.

In questa prospettiva, si può ben inserire l'operazione divisata dalla corte, ossia il superamento della polarizzazione tra interesse negativo ed interesse positivo e l'assunzione del danno da affidamento come soluzione alternativa e concorrente al danno da aspettativa.

A questo punto, tuttavia, si può fare un'altra ipotesi. Il danno, forse, era un altro e si sarebbe sposato meglio con l'art. 2043 c.c. e soprattutto con lo scenario da *legal thriller*. Se la sentenza non fosse stata corrotta, Mondadori sarebbe andata a CIR. Ora, nell'impossibilità pratica di rimettere in discussione tutta la sequela di legami azionari, meglio sarebbe stato, a parità di ogni altra condizione, chiedere di retrocedere a CIR tutti gli utili tratti e ritraibili per il futuro da Fininvest da Mondadori (il fatto illecito è stato accertato e non si pone per il futuro altro accertamento), ossia esattamente quanto sarebbe spettato a CIR se la ruota della giustizia avesse girato in senso opposto, rendendola così indifferente rispetto al fatto reato.

In altri e più diretti termini, la vicenda meneghina pone all'attenzione la possibilità di arricchire l'apparato rimediale di un ulteriore tassello, in grado di assolvere, non tanto ad una funzione compensativa della responsabilità civile come da più parti si osserva al cospetto di una deriva bagatellare, quanto ad una sanzionatoria/preventiva/deterrente. È possibile ipotizzare come la "guerra di Segrate" si sarebbe po-

Note:

(2) Cfr. Cass. civ. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440, con nota di Scoditti.

(3) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, c.d. sentenze di San Martino sul danno non patrimoniale hanno relegato in soffitta un istituto, quello del cumulo di responsabilità, applicato per oltre sessant'anni.

tuta candidare a terreno fertile per la (non più) novella categoria dell'arricchimento da fatto illecito, quale espressione di un principio generale sulla cui base «imporre la restituzione dei profitti ottenuti mediante fatto ingiusto indipendentemente dall'impoverimento arrecato ed indipendentemente dallo stato soggettivo in cui l'autore del fatto si trovasse al momento del fatto» (4).

Questa traiettoria ricostruttiva, che ha trovato solo poche epifanie positive nell'art. 18 della l. n. 349/1986 e nella non poco tormentata gestazione dell'attuale art. 125 D.Lgs. n. 30/2005, ma ad altre latitudini declinata in termini di *disgorgement* o di *Eingriffskondition* (5), avrebbe in qualche modo parato l'obiezione del "danno zero" per la parte che

non aveva attaccato la transazione e, forse, sarebbe stata in grado di porre un argine maggiore al principio della necessaria dimostrazione ad opera del danneggiato del danno subito secondo quanto ormai tenacemente affermato dal supremo collegio a più riprese in ambito di responsabilità civile.

Note:

(4) R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 144.

(5) Cfr. P. Pardolesi, *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormenti del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 523 ss.; Id., *Disgorgement*, [voce nuova-2005], in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma.

LIBRI

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

La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli

Nuovi scenari dell'azione ex art. 2054 c.c. e dell'azione diretta ex Cod. Ass. Priv.

di Marco Bona



Il testo affronta la questione sempre attuale della responsabilità civile da circolazione stradale alla luce delle sentenze del novembre 2008 (in cui le Sezioni Unite fanno una ricognizione dello stato dell'arte sul danno alla persona e sul danno non patrimoniale) nonché del nuovo istituto del risarcimento diretto così come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 180/2009. Di particolare interesse l'analisi della tutela risarcitoria dei danneggiati dalla circolazione di veicoli nella prospettiva italiana ed europea.

Vengono analizzati in particolare: il **Codice delle assicurazioni private**, la procedura di **risarcimento diretto** anche alla luce della Corte cost. n. 180/2009, la **responsabilità dei conducenti e dei proprietari dei veicoli**, la **responsabilità per vizi di costruzione e difetti di manutenzione**, la **tutela dei trasportati** e la **prescrizione dell'azione risarcitoria** per i danni prodotti dalla circolazione dei veicoli.

abilità dei conducenti e dei proprietari dei veicoli, la **responsabilità per vizi di costruzione e difetti di manutenzione**, la **tutela dei trasportati** e la **prescrizione dell'azione risarcitoria** per i danni prodotti dalla circolazione dei veicoli.

Ipsoa 2010, Euro 60,00

Per informazioni e acquisti

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

Ingiustizia, dolo, interferenza nelle relazioni economiche

L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente

di Pier Giuseppe Monateri

L'articolo esamina la questione dell'ingiustizia del danno con riferimento al caso deciso, e la individua, a differenza della sentenza in epigrafe, nella rilevanza *ex art.* 2043 del dolo contrario ai buoni costumi. In questo modo la fattispecie viene ricostruita sulla falsa riga del par. 826 BGB, ovvero del modo in cui in diritto anglo-americano viene edificata la *Intentional Interference with Economic Interests*.

Una sentenza non innovativa?

La prima cosa che colpisce nella lettura di questa sentenza è quanto classica essa sia, e quanto classici siano gli argomenti di cui essa si occupa, a partire dalla mai risolta, perché già codicisticamente mal impostata, questione della nullità parziale *ex art.* 1419 c.c.

Ciò che voglio dire è che non siamo di fronte ad una sentenza particolarmente innovativa, che deve far discutere per le soluzioni escogitate, siamo invece di fronte ad una sentenza che non innova, e che semmai può far discutere per le applicazioni che fa, e i ragionamenti che svolge, ma non per le novità assolute che essa propone.

Non vi sono qui *punitive damages*, ed anche gli argomenti sollevati in primo e in secondo grado, per quanto attiene alla configurabilità o meno della perdita di *chances*, sono abbastanza consueti, una volta che si ammetta che tale fattispecie si è verificata. Ugualmente, la trattazione del nesso causale, anche se singolare, avviene comunque all'interno delle teorie più accettate. Il calcolo del danno, infine, appare sì complessissimo ed elaborato, frutto di perizie e ricostruzioni, ma in definitiva in linea col dettato degli artt. 1223-1226 c.c. una volta che si accettino alcune premesse svolte dalla Corte. A ben vedere anche i principi discussi e enunciati in tema di responsabilità vicaria, e di rapporti tra illecito penale e illecito civile non paiono particolarmente rivoluzionari.

La questione dell'ingiustizia del danno

Insomma la sentenza in epigrafe, di primo acchito, pare far discutere più per il nome delle parti, e l'entità del risarcimento, che per le novità di dottrina. Eppure, eppure ... vi son dettagli da scoprire e analizzare compiutamente.

Dico questo specie con riferimento all'unico tema di cui qui, per ragioni ovvie di spazio e di continenza, mi voglio occupare: quello della *ricostruzione dell'ingiustizia* del danno di cui all'art. 2043 c.c. quale elemento necessario della fattispecie di atto illecito da cui può sorgere un obbligo risarcitorio.

Orbene nella ricostruzione di parte della CIR tale problema veniva affrontato nel modo seguente: «il danno ingiusto era consistito nella violazione *del diritto a non subire l'annullamento del lodo*» (p. 18 della sentenza in epigrafe).

Per chi come me fu ancora abituato a cominciare a studiare la responsabilità civile, a partire dai classici, tale frase suona come una delizia, dacché essa ricorda, quasi come calco diretto, le famose ricostruzioni fantasiose, che l'arguzia di Laurent (1) seppe escogitare per tener insieme formule e regole, per cui, ad esempio, chi, con false allegazioni, induce il testatore a cambiar testamento, viola *il diritto d'un altro soggetto a vedersi nominare erede!*

Nota:

(1) Laurent, *Principes de droit civil français*, 5a ed., Bruxelles-Paris, 1893, XX, n. 406.

Ora a me pare ovvio che questi 'diritti' non esistano, non perché l'azione che li viola non sia ingiusta, ma perché la sua ingiustizia non può venire ricostruita in questo modo. A me pare ovvio, infatti, che il requisito dell'ingiustizia del danno si risolverebbe in un nulla se per ogni danno si inventasse la violazione di un diritto *ad hoc*.

Tale impostazione offre, infatti, a Fininvest la possibilità difensiva di ricordare come il Lodo Pratis fu reso, sì in modo favorevole a CIR, ma a maggioranza, non all'unanimità, rendendo trasparente l'esistenza all'epoca di una vera e propria *res dubia*, con quel che ne segue anche in tema di intervenuta transazione.

Purtroppo sia il giudice di prime cure, che il giudice di appello, seguono le parti in questa impostazione finendo sempre per passare, quasi senza scosse, dalla nozione di 'sentenza ingiusta', a quella di 'ingiustizia' di cui all'art. 2043 c.c., che invece è nozione tecnica e formale, non sostanziale, poiché altrimenti l'art. 2043 diverrebbe una norma confuciana.

Seguendo tale impostazione si finisce per doversi intrattenere sui dettagli dell'iter decisionale dell'Appello Roma, e finanche della sua dattiloscrittura, fino alla 'ricostruzione controfattuale', così apertamente denominata, operata dalla Corte di Appello di Milano, sul come avrebbe deciso quella stessa Corte di Appello di Roma ove uno dei suoi componenti non fosse stato corrotto, onde nella sentenza in epigrafe si ricompie - contro-fattualmente - quel giudizio; da ciò derivandone, in ultimo, le conseguenze risarcitorie, che gravano sul soccombente.

Nella sentenza in epigrafe si sostiene *de plano* che il problema debba venire affrontato «nella logica controfattuale del tutto consueta in larga parte delle controversie risarcitorie», per giungere quindi a determinare come avrebbe deciso il caso di specie una "Corte incorrotta".

Peraltro non qualsiasi Corte, o una Corte ideale, ma proprio quella Corte d'Appello di Roma, nel caso cui Metta non fosse stato corrotto (così p. 189).

Ad esser sinceri io invece non condivido questo affidarsi a tale logica, perché - lo si sa - a furia di controfattuali si può dar ragione a Bellarmino su Galileo: dopo tutto basta una serie di epicicli abbastanza numerosa per poter piazzare matematicamente la terra al centro dell'universo.

Per restare, tuttavia, strettamente attinenti alla concretezza, questa impostazione deriva dall'accoglimento nella sentenza in epigrafe (p. 155) di un precedente della Cassazione Penale n. 35525 del 16 maggio 2007, che mi pare divenire il vero punto centrale dell'intera ricostruzione giuridica della vi-

ceda, onde è bene riprenderlo qui compiutamente. Secondo tale Cassazione: «La presenza di un componente dell'organo giurisdizionale privo del requisito di imparzialità, perché partecipe di un accordo corruttivo che lo delegittima in radice, infirma la validità dell'intero iter decisionale ... In sostanza in quel collegio non sedeva un giudice, quanto piuttosto una parte, in violazione non di un generico precetto di legge ma della stessa Grundnorm della giurisdizione, che costituisce il fondamento etico-giuridico del suo esercizio, consentendo alla collettività di accettare perfino l'erroneità o ingiustizia sostanziale delle sentenze». Tale impostazione mi pare veramente ineccepibile: il giudice corrotto equivale a un non giudice, quindi l'intero iter decisionale è *ipso facto* inficiato, senza dover discutere degli apporti causali, venendo meno un principio formale ben diverso, e più importante, tanto da poter far accettare anche l'eventuale "ingiustizia sostanziale" delle sentenze. Per la Cassazione Penale giustamente l'ipotesi del giudice corrotto equivale a quella del non giudice per vizi di nomina, il cui difetto di legittimazione invalida, per giurisprudenza costante, l'atto giudiziario emanato.

Intentional Interference in Economic Relations, e il problema del nesso causale

A ben vedere, in questo modo, cominciamo a rientrare compiutamente nel tipo di illeciti di cui qui si tratta: quelli di *intentional interference in economic relations*.

La corruzione di un giudice in una questione commerciale, per quanto complessa e dubbia, è *di per sé* una *interferenza illecita*, perché intenzionale e contro le regole formali, tale da poter, a mio avviso, persino ribaltare l'onere probatorio sugli apporti dannosi. Questa teoria fu infatti quella seguita dalle Corti di New York allorquando ebbero a stabilire che la prova di una «*intentional interference and resulting damage ... establishes ... a 'prima facie' tort, casting upon the defendant the burden of avoiding liability by showing that his conduct was privileged*» (2).

A mio modo di vedere le cose, sul punto, direi, molto anglo-sassone, questo caso si pone proprio come un caso tipico di *intentional interference with economic interests*, per i quali esiste un principio generale di responsabilità in Common Law fin da *Keeble v Hicke-*

Nota:

(2) Prosser and Keeton, *on Torts*, 5th ed., St. Paul, Minnesota, 1010, con rif. soprattutto a *Thompson v. Allstate Insurance Co.*, 5th Cir. 1973, 476 F. 2d 746.

ringill (3) del 1706. Noi non possiamo permettere queste interferenze intenzionali perché altrimenti mineremmo le istituzioni stesse su cui si basa il capitalismo, e questo è tutto.

Si tratta quindi di un caso di illecito di dolo, che rientra fra quelli studiati da Cendon fin dal 1976, e per l'autonoma considerazione dei quali spesi molti argomenti nel mio Trattato del '98.

Orbene data questa impostazione che si ricava dalla Cassazione Penale, occorre ricordare come, a seguito della propria identificazione tra l'ipotesi del giudice corrotto e quella del non giudice per vizi di nomina, e quindi della invalidità dell'atto giudiziario emanato, essa aggiungesse che «... In ogni caso spetterà al giudice civile ... di valutare se la decisione sia comunque conforme a giustizia, nel merito».

A me non è ben chiaro a quali fini la Cassazione Penale aggiungesse tale inciso. Mi par di capire che nella specie un giudizio civile nel merito potesse ancora svolgersi. Il punto è comunque che nel nostro caso la Corte di Appello di Milano ne trae invece argomento, non già come non potrebbe per affrontare nel merito la questione che fu oggetto del lodo e del suo annullamento, ma per condurre il ragionamento controfattuale su come avrebbe deciso la Corte di Appello di Roma, se un suo giudice non fosse stato corrotto, onde dedurre da tale ricostruzione ipotetica, infine, quale è stato il danno risentito da CIR, e quindi giungere alla sua quantificazione attuale.

Con ciò la sentenza in epigrafe giunge a considerare (p. 179) che una corte "normale" avrebbe «respinto il secondo motivo di nullità proposto dagli impugnanti». Su tale base, innovando rispetto al primo grado, stabilisce (p. 188) che si deve riconoscere che la corruzione ha privato CIR, non tanto della "chance" di una sentenza favorevole, ma "senz'altro" della sentenza favorevole «... nel senso che, con 'Metta' non corrotto, l'impugnazione del lodo sarebbe stata respinta», bollandosi come considerazione "non giuridica" quella per cui «nessuno sa come avrebbe deciso una Corte incorrotta».

Siamo quindi in presenza non più di un danno da perdita di *chance*, cioè dalla perdita di non aver potuto usufruire di un giudizio *fair*, ma di un danno 'tradizionale', calcolabile sulla base di un giudizio rifatto a tavolino sul come quella Corte avrebbe giudicato.

Ingiustizia sostanziale e criteri formali di imputazione dell'illecito

A questo punto, allora, senza entrare nelle diatribe del danno da perdita di *chance*, vorrei essere chiaro

sulle mie considerazioni finali.

L'impostazione seguita dall'Appello di Milano, se mal non comprendo, è quella di ritrovare l'ingiustizia del danno nell'ingiustizia della sentenza della Corte di Appello di Roma, e quindi di calcolarlo sulla base della situazione ipotetica di una decisione favorevole a CIR ricostruita sul fondamento di un ragionamento controfattuale.

Io credo che ci siano soluzioni concettuali più semplici. E sono queste sole che, come dottrinario, mi interessano, in quanto mi interessa soltanto il principio di diritto che si viene elaborando. Da questo punto di vista ritengo pericoloso stabilire che un altro giudice, di fronte a diverse considerazioni e fascicoli endoprocessuali, possa 'rifare' il giudizio di un'altra Corte, ipotizzandone un diverso iter decisionale. Ritengo ciò destabilizzante, e, peraltro, non necessario.

Se, infatti, come ammette la sentenza in epigrafe, la decisione dell'Appello di Roma è a considerarsi "tamquam non esset" (p. 156 e p. 195), allora la mia ricostruzione, concettuale, della vicenda è da intendersi nei termini seguenti.

Qui siamo, in realtà, in presenza di un illecito di dolo, laddove l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. *non va* ricostruita con riferimento a un qualche 'diritto a non vedersi annullare il lodo', né tantomeno con riferimento alla 'ingiustizia sostanziale' della sentenza, ma va ricercata nella presenza dell'elemento intenzionale unito alla contrarietà ai *Guten Sitten*, esattamente come avviene sulla base del par. 826 BGB, e come pure, con altra terminologia, avviene nei *torts* di *intentional interference*.

L'ingiustizia sta nel dolo contrario ai *boni mores*. Onde se, nella vicenda, l'intervenuto Appello Roma è "tamquam non esset", *a prescindere dal merito della decisione*, la situazione a cui fare riferimento per la determinazione del risarcimento, *non* è quella che si sarebbe determinata a seguito di sentenza 'giusta', ma quella che sussisteva *prima* della commissione dell'illecito da parte del convenuto, cioè quella che sussisteva al momento del lodo Pratis.

È infatti principio assolutamente pacifico che il danneggiante deve riportare la vittima nella stessa situazione di indifferenza in cui essa si trovava prima della commissione dell'illecito; onde, se qui l'illecito è la "sentenza corrotta", ne segue che CIR deve essere riportata nella stessa situazione in cui si trovava prima di essa.

Non so, e non desidero sapere, se ciò cambia in qual-

Nota:

(3) [1706] 11 East 574n, per Holt CJ.

che modo la quantificazione finale, gli è che per me non v'è alcun bisogno di 'rifare' il giudizio, né di montare alcune nuove categorie di 'ingiustizia' diversa dal dolo immorale.

Quindi io propongo semplicemente di evitare la confusione tra l'ingiustizia di cui all'art. 2043, e la nozione sostanziale di ingiustizia di una sentenza, e di iscrivere, come da tempo, molto tempo, si suggerisce, tra le ipotesi di ingiustizia di cui all'art. 2043 quella degli illeciti di dolo, e in particolare, certamente, quella delle interferenze economiche intenzionali recate *contra legem* o *contra bonos mores*.

Peraltro la considerazione di tali vicende sotto l'aspetto del dolo, apre naturalmente le considerazioni che vanno in direzione dell'orizzonte, inquietante ma ineludibile, dei risarcimenti *esemplari*, dal momento che la disincentivazione del dolo (specifico, *non* eventuale, cioè della vera e propria *actual malice*) richiede che l'autore del danno debba qui sopportare un fardello commisurato alla 'situazione' del danneggiato, dato che per esso risulta ben diverso vedersi vittima di una mera colpa, o invece oggetto di una vera e propria intenzione di nuocere.

LIBRI

COLLANA: **Monografie Corriere giuridico**
diretta da V. Carbone

Il contratto preliminare nella giurisprudenza

Questioni applicative e forme di tutela

di *Michele Ruvolo*

Il volume esamina le posizioni della giurisprudenza relative: al **contenuto**, alla **forma** ed agli **effetti** del preliminare; alla **distinzione** tra questo ed il **patto di prelazione** ed il **contratto di opzione**; alle caratteristiche del preliminare ad effetti anticipati ed alle varie conformazioni che nella pratica negoziale il preliminare può assumere (per persona da nominare, a favore di terzo eventualmente da designare o con clausola di consenso preventivo alla cessione).

Grande spazio viene poi riservato alle varie **forme di tutela** riconosciute al **promissario acquirente** ed al **promittente venditore**, prima fra tutte quella dell'esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c., esaminata in tutti i suoi aspetti pratici.

L'analisi si sposta successivamente sulle **altre forme di tutela** di cui dispongono le parti, compresi i rimedi spesso meno considerati ma aventi comunque un'evidente rilevanza pratica (si pensi a quelli di cui agli artt. 1482 e 1489 c.c., alla **recessione per lesione**, alla **fissazione giudiziale di un termine**, allo **scioglimento dal contratto da parte del curatore falli-**

mentare ed alla **risoluzione per mutuo dissenso** in caso di esclusione della ricorrenza di un grave inadempimento di una delle parti).

Infine, fatto un quadro sulla **trascrizione del preliminare**, si affronta l'intricata questione dei rapporti e della compatibilità tra **meccanismi caducatori** e **rimedi risarcitori** nonché tra domanda risarcitoria e domanda restitutoria.

L'obiettivo del volume è quello di soddisfare le **esigenze del professionista**, coniugando quanto può servire all'operatore del diritto – particolarmente interessato agli **aspetti pratici** e **applicativi** – con quanto maggiormente suscita l'attenzione di chi rivolga il suo interesse prevalentemente ai **profili sistematici** e **teorici**.

Ipsoa 2011, Euro 28,00

Per informazioni e acquisti

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



Scenario controfattuale e valutazione del danno

Scenario controfattuale e valutazione economica del danno: il caso *CIR/Fininvest*

di **Antonio Nicita**

Le due pronunce richiamate sul caso *CIR/Fininvest* (3 ottobre 2009 e 9 luglio 2011) contengono due diverse costruzioni dello scenario controfattuale. Il passaggio dalla qualificazione di una perdita di *chance* a quella di un danno certo e verificabile rende limpida la relazione causale tra fatto illecito e danno patito. Tuttavia la costruzione del controfattuale, in tale passaggio, rischia di sovrapporre due elementi del tutto distinti, sebbene collegati: la prova del ridotto potere contrattuale di CIR, a seguito di sentenza ingiusta, e la conseguente stima del danno patito.

Il fatto illecito e il danno risarcibile

Il caso CIR/Fininvest costituisce una vicenda molto complessa, unica nel suo genere, nella quale si intrecciano diversi profili giuridici. Ai fini che qui interessano, ovvero l'analisi giuseconomica della valutazione del danno, le due pronunce sul caso (la sentenza di primo grado del Tribunale di Milano del 3 ottobre 2009 e la sentenza della Corte d'appello di Milano del 9 luglio 2011) contengono due diverse valutazioni basate su due distinte costruzioni dello scenario controfattuale.

È bene chiarire subito che, dal punto di vista dell'analisi economica del danno, entrambi gli approcci appaiono, a chi scrive, robusti nella loro consistenza logica interna, condividendo una chiara determinazione del medesimo presupposto causale: la circostanza che un dato evento (da molti esemplificato nella 'sentenza Metta') abbia inciso, negativamente, sul *bargaining power* di una delle due parti nella transazione avvenuta a valle della sentenza. Da cui il cagionamento di un danno risarcibile. Tuttavia, giacché il giudice di seconde cure è intervenuto a modificare la tipologia del danno (da *perdita di chance* a danno certo verificabile) derivante dal medesimo fatto illecito, appare interessante riflettere sulle conseguenze logiche ed economiche di tale diverso orientamento, rispetto alla precedente sentenza. In particolare, assume rilievo a tal fine la costruzione del controfattuale economico, rispetto al quale valutare il danno.

Com'è noto, nella valutazione economica del dan-

no, lo scenario controfattuale indica la più probabile situazione nella quale si sarebbe venuto a trovare il danneggiato, in assenza del fatto illecito che ne ha procurato il danno. La costruzione dello scenario controfattuale individua il valore economico o, per meglio dire, il valore economicamente valutabile di cui avrebbe beneficiato il danneggiato in assenza del fatto illecito. Ai fini della stima attuale di quel danno, il valore così determinato deve poi essere opportunamente attualizzato alla data in cui il danno venga riconosciuto da sentenza inappellabile, eventualmente integrato da altre rilevanti componenti.

Nel caso di specie, il fatto illecito che ha procurato il danno è costituito dalla sentenza della Corte di appello di Roma del 24 gennaio 1991, la quale annullava il c.d. "Lodo Pratis". Come è stato ben riassunto negli altri contributi pubblicati su questo stesso numero, in quel lodo veniva determinata una ripartizione, tra i contendenti CIR e Fininvest, circa gli assetti proprietari del gruppo Arnoldo Mondadori Editore e il gruppo Editoriale L'Espresso, giudicata insoddisfacente da Fininvest. A seguito della citata sentenza della Corte di appello del 1991, i due contendenti si risiedevano al tavolo delle trattative e pervenivano ad una transazione in data 29 aprile 1991. Dal momento che, nel corso degli anni, è stata accertata in sede penale la responsabilità di uno dei tre giudici (il relatore) per corruzione, CIR ha avanzato richiesta di risarcimento dei danni a Fininvest, ritenendo che l'episodio di corruzione abbia viziato la sentenza sul "Lodo Pratis". In particolare, se-

condo CIR, l'esito sfavorevole della sentenza avrebbe generato uno scenario economico-negoziale artefatto, tale da indebolirne la posizione contrattuale *vis-à-vis* Fininvest in sede transattiva e da indurla 'forzatamente' a concedere, in quella sede, più di quanto essa avrebbe concesso in un contesto negoziale non viziato dalla sentenza del 1991. CIR dunque lamentava che il danno subito fosse individuabile nel minor valore di quanto pattuito con Fininvest a seguito della sentenza viziata dall'accertata corruzione di uno dei componenti il collegio. La richiesta di risarcimento del danno avanzata da CIR fa dunque riferimento al ripristino del valore che CIR avrebbe 'liberamente' contrattato e ottenuto, ove il contesto negoziale non fosse stato viziato dalla citata sentenza del 1991. In particolare, CIR prospettava due domande di risarcimento del danno: una principale, relativa al danno da sentenza ingiusta e una subordinata identificata nella perdita da "chance" di avere una sentenza favorevole. A questa principale domanda veniva poi affiancata la richiesta su altre componenti di danno non patrimoniale. Sono dunque due gli snodi centrali per la ricostruzione dello scenario controfattuale sui quali si sono a lungo concentrate, con esiti largamente diversi, le due pronunce dei giudici di prime e di seconde cure: (a) la relazione causale tra la citata sentenza del 1991 e il danno patito da CIR; (b) la relazione causale tra l'annullamento del 'Lodo Pratis' e l'indebolimento del potere negoziale di CIR al successivo tavolo delle trattative con Fininvest.

La relazione causale tra sentenza 'corrotta' e danno patito

Il giudice di prime cure si è posto opportunamente il problema di stabilire se l'accertata corruzione di uno dei componenti, facente funzione di relatore, fosse di per sé un fatto sufficiente a stabilire che la sentenza collegiale potesse esser considerata essa stessa ingiusta, ovvero portatrice di una decisione opposta a quella cui il collegio sarebbe certamente giunto, in assenza dell'accertata corruzione del relatore. In altri termini, non si poteva escludere, secondo il giudice di prime cure, che la decisione collegiale potesse essere comunque indipendente dall'episodio corruttivo, né - aggiungiamo noi - che lo stesso relatore sarebbe giunto ad una conclusione diversa, ove non corrotto. D'altra parte, l'accertata corruzione del relatore comportava di per sé, secondo il Tribunale, una violazione del diritto di CIR ad ottenere una sentenza giusta e dunque l'oggettiva perdita dell'opportunità, economicamente valutabile, di pervenire

alla conferma degli assetti delineati dal 'Lodo Pratis'. Non era necessario, secondo il giudice di prime cure, stabilire se la sentenza fosse stata o meno giusta, perché l'episodio corruttivo aveva già alterato, una volta per tutte, la finalità della sentenza e la legittima aspettativa di CIR al diritto di una sentenza giusta, quale che fosse il merito della stessa. Il 'fatto illecito' era dunque dato, in questa ricostruzione, dalla 'mancata sentenza', ovvero dalla mancata *chance* da parte di CIR di ottenere una sentenza non viziata da episodi corruttivi. Ciò ha portato il giudice Mesiano a stabilire che il primo elemento idoneo a ricostruire lo scenario controfattuale, in assenza dell'episodio corruttivo, fosse rappresentato proprio dalla pronuncia di una sentenza non viziata da quell'episodio. Il secondo elemento è consistito nel chiedersi con quale probabilità le conclusioni del 'Lodo Pratis' sarebbero state capovolte in una sentenza non viziata da episodi corruttivi. Il giudice di prime cure non è entrato nel merito della sentenza ma si è affidato ad una ricostruzione formale, di natura statistica e probabilistica, basata sull'esito di giudizi di impugnazione di lodi arbitrali innanzi alla Corte di appello di Genova dal 2002 al 2006. Da questa ricostruzione emergeva che erano state pochissime le sentenze che avevano annullato lodi arbitrali di diritto e che in nessun caso erano stati annullati lodi di equità, internazionali o lodi dichiarati non impugnabili. Il Tribunale ha dunque quantificato la "chance" di ottenere una conferma del "Lodo Pratis" da parte di CIR in una misura percentuale dell'80%. In altri termini, lo scenario controfattuale di riferimento, ai fini della stima del danno patito da CIR, veniva determinato dal giudice di prime cure in una perdita di 'chance' dell'80% di ottenere una sentenza favorevole. Ciò costituiva tuttavia solo la prima parte della costruzione del controfattuale ai fini della stima del danno. Come diremo più avanti, la seconda parte richiedeva di stabilire la relazione causale tra la perdita della suddetta *chance* e la negoziazione di CIR con Fininvest successiva alla sentenza del 1991.

Il giudice di seconde cure ribalta questo argomento sostenendo che il Tribunale avrebbe potuto e dovuto entrare nel merito della sentenza e che, se ciò avesse fatto, sarebbe certamente pervenuto ad un diverso scenario controfattuale: la sentenza del 1991 era, infatti, ingiusta nel merito - per una serie di considerazioni che qui tralasciamo e che sono state affrontate negli altri contributi pubblicati su questo stesso numero - e viziata pienamente dall'episodio corruttivo. Quest'ultimo, investendo il relatore, avrebbe infatti determinato un anomalo ribalta-

mento della corretta impostazione del caso, sin dalle origini, in relazione al tema più delicato della pronuncia. Secondo questa ricostruzione, non sarebbe necessario individuare la perdita di *chance*, perché il danno subito *in primis* da CIR non sarebbe consistito nel mancato diritto ad una sentenza non viziata, ma in quello, ben più grave, nell'aver subito una sentenza ingiusta a seguito dell'episodio corruttivo. La relazione tra fatto illecito e danno patito è dunque resa più semplice e diretta dal giudice di seconde cure. Con la conseguenza di sottrarre l'emersione del danno e la sua stima all'ambito della stima probabilistica (perdita di *chance*). Di qui, lo scenario controfattuale corretto sarebbe dato dall'ipotesi di una sentenza di conferma del "Lodo Pratis". In questo nuovo scenario, la determinazione del danno patito da CIR andrebbe dunque individuata nel diverso impatto che una sentenza di conferma avrebbe avuto sulle parti negoziali, nella transazione successiva, avvenuta dopo la sentenza. È bene, tuttavia, far notare, da subito, che, per il giudice di seconde cure, l'adesione a un nuovo scenario controfattuale (una sentenza giusta) non avrebbe in nulla modificato il fatto conseguente alla sentenza ingiusta, ovvero la trattativa tra CIR e Fininvest e la sua conclusione. In altri termini, viene pacificamente dato per acquisito che, indipendentemente dalla natura (giusta o ingiusta) della sentenza, le parti si sarebbero, comunque, sedute al tavolo della trattativa e avrebbero raggiunto, comunque, un accordo. Dunque, la natura della sentenza non altererebbe in sé il manifestarsi dei fatti che ne sono conseguiti (la trattativa), ma gli esiti degli stessi (il risultato della trattativa). Infatti, coerentemente con tale impostazione, la stima del danno viene identificata proprio nel divario sussistente tra gli esiti di una trattativa conseguente a una sentenza giusta e gli esiti della stessa associati ad una sentenza ingiusta. Si tratta di una ricostruzione nuova, in qualche misura, rispetto a quella del giudice di prime cure. Non soltanto perché si abbandona la perdita di *chance*, ma anche perché si sposa la tesi che il mutamento dello scenario controfattuale (sentenza giusta) avrebbe lasciato inalterati i fatti che si sono effettivamente realizzati (la trattativa e la sua conclusione). La ricostruzione della perdita di *chance*, non intervenendo a ricostruire lo scenario controfattuale, ma limitandosi a calcolarne la probabilità del suo esito e a trasferirne le conseguenze sulla stima diretta del danno, non aveva avuto bisogno di pronunciarsi sul punto. Dunque se da un lato, la ricostruzione controfattuale del giudice di seconde cure elimina gli elementi probabilistici della perdita di *chance*, sposando la tesi della

sentenza ingiusta di per sé, dall'altro lato essa pare corredare tale scenario di un'assunzione altrettanto forte (la decisione delle parti di concludere una transazione alla medesima data, dopo aver conosciuto l'esito della sentenza), sulla cui probabilità di accadimento sarebbe stato forse utile aggiungere, come diremo, qualche ulteriore qualificazione.

La relazione causale tra l'annullamento del "Lodo Pratis" e l'indebolimento del potere negoziale di CIR

Per il giudice di prime cure, la "chance" di avere una sentenza favorevole da parte di CIR si sarebbe tralasciata *direttamente*, a sua volta, nella "chance" di ottenere una migliore spartizione al successivo tavolo delle trattative con Fininvest. Analogamente, per il giudice di seconde cure, la sentenza giusta, che la Corte avrebbe certamente deliberato in assenza dell'episodio corruttivo di uno dei suoi componenti, avrebbe conferito a CIR un maggior potere negoziale in quella medesima trattativa. Entrambe le pronunce, in altri termini, condividono l'idea che la sentenza del 1991, sfavorevole a CIR, ne abbia per questo indebolito il potere contrattuale nelle successive negoziazioni. Qui ci sembra emerga, tuttavia, in entrambe le pronunce, un elemento che richiede qualche precisazione. Si pone, infatti, il tema di stabilire la *prova* che accerti la relazione causale tra l'annullamento del "Lodo Pratis" e l'indebolimento del potere negoziale di CIR. Occorre cioè esser chiari sugli elementi che rendono più probabile la circostanza che la trattativa con Fininvest sarebbe innanzitutto avvenuta (se non altro alla medesima data, cosa che incide sul valore delle imprese, ai fini della stima del danno) e che la stessa si sarebbe poi conclusa diversamente, e più favorevolmente a CIR, laddove la sentenza del 1991 avesse confermato il Lodo (anche nell'ipotesi che tale esito sarebbe stato favorevole all'80%, come per il giudice di prime cure). Lo spunto nasce dalla circostanza che la "misurazione" del diverso potere contrattuale, in uno scenario controfattuale non viziato dal fatto illecito, non è affatto di facile determinazione. La teoria microeconomica e l'approccio della *teoria dei giochi* ci vengono in aiuto nell'evidenziare la relazione che esiste, in soggetti razionali e pienamente informati, tra potere contrattuale e opportunità esterne alla contrattazione (*outside options*) (1). Le alternative

Nota:

(1) Cfr. Antonio Nicita, Vincenzo Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005; Martin J. Osborne, Ariel Rubinstein, *Bargaining and markets*, Academic Press, New York, 1990.

extra-contrattuali costituiscono, nella prospettiva della contrattazione microeconomica, il punto di partenza della negoziazione (detto anche *default*) o, se si vuole, il punto minimo di equilibrio potenzialmente conseguibile. Nessun contraente può ottenere meno di ciò che avrebbe comunque conseguito in assenza di contrattazione. Se ciascuno conosce le opportunità extra-contrattuali della controparte, ogni possibile ripartizione tra i due estremi costituiti da quelle opportunità costituisce pertanto un potenziale equilibrio negoziale. Lo specifico equilibrio che le parti conseguiranno dipende da una serie di fattori, il principale dei quali è la condizione economica soggettiva del contraente, la sua 'impazienza' rispetto al tempo, la sua capacità finanziaria, la sua stessa capacità 'personale' di negoziatore. Determinare quale equilibrio due contraenti conseguiranno, in un intervallo di valori compreso tra i due estremi rappresentati dalle rispettive opportunità extra-contrattuali, è certamente impossibile in via teorica e astratta. E tuttavia deve rilevarsi che, secondo la citata teoria economica della contrattazione, esiste una relazione tra l'equilibrio contrattuale e la 'variazione' delle opportunità extra-contrattuali. In altri termini, a parità di potere contrattuale, se le opportunità extra-contrattuali di uno dei contraenti si riducono, cambierà anche l'equilibrio contrattuale. Se, ad esempio, il potere contrattuale di due parti le porterebbe a dividersi una data somma a metà, al netto delle opportunità extra-contrattuali di ciascuno, la riduzione delle opportunità extra-contrattuali di una delle due parti genererebbe ancora una divisione a metà, ma questa volta di una somma più elevata. Tuttavia, sommando ciò che ciascun contraente ottiene come somma tra l'ammontare della ripartizione e la sua opportunità extra-contrattuale, si avrà che il soggetto che ha visto ridursi le sue opportunità extra-contrattuali otterrà un ammontare totale più basso e l'altro contraente un totale più alto, rispetto alla situazione precedente. Guardando dunque alla situazione che precede la riduzione delle opportunità extra-contrattuali, si può affermare che la riduzione del *default point* di un soggetto equivale alla riduzione del potere contrattuale che si avrebbe altrimenti nella negoziazione, in assenza di quella riduzione. La teoria microeconomica della contrattazione può dunque suggerire che il peggioramento delle condizioni contrattuali di partenza - nel nostro caso rappresentato per CIR dalla sentenza del 1991 - può certamente ridurre il potere contrattuale del soggetto in questione (CIR). Altra cosa è affermare, con certezza, che ciò sia effettivamente avvenuto. Fininvest, ad esempio, ha sostenuto che, potendo

CIR impugnare, la sentenza del 1991 non avrebbe in nulla intaccato il suo potere negoziale, dal momento che quell'impugnazione avrebbe potuto concludersi in suo favore. In un certo senso, si potrebbe oggi aggiungere, con riferimento alla teoria economica della contrattazione, che la stessa 'minaccia' di appellare la sentenza, da parte di CIR, avrebbe potuto essere un'arma credibile in mano a quest'ultima sul tavolo delle negoziazioni. Ciò è a maggior ragione plausibile in ragione del fatto che, seguendo il giudice di seconde cure, si era di fronte ad una sentenza palesemente ingiusta, dunque agevolmente riformabile se impugnata. A ciò Fininvest aggiungeva che l'approvazione della Legge Maccanico aveva a sua volta limitato le opportunità extracontrattuali di Fininvest e dunque il potere negoziale della stessa e che ciò avrebbe semmai controbilanciato l'effetto della sentenza del 1991 sul potere negoziale di CIR. Il giudice di seconde cure ha ribattuto a queste argomentazioni evidenziando, che la rinuncia al ricorso da parte di CIR era, «in fatto, praticamente obbligata, a prescindere dalle eventuali prospettive di finale successo giudiziario». A sostegno di ciò si potrebbe aggiungere che 'il valore di mercato' delle azioni in mano a CIR si era con ogni probabilità svalutato in ragione dell'incertezza giuridica che la pronuncia del 1991 portava con sé. Inoltre, secondo il collegio giudicante, ammesso che la Legge Maccanico avesse davvero diminuito il potere negoziale di Fininvest, la circostanza che essa abbia ottenuto un esito comunque migliore al tavolo delle trattative, rispetto ad una precedente ipotesi transattiva del 1990, rivelerebbe semmai che il danno potenziale per CIR avrebbe potuto essere persino maggiore, se la Legge Maccanico non fosse entrata in vigore. Il punto in discussione è quello di capire rispetto a quale scenario controfattuale Fininvest abbia potuto migliorare il proprio potere negoziale rispetto a CIR. Emergono dunque tra questioni: (i) l'assunzione che una trattativa si sarebbe aperta comunque tra le parti anche a seguito di sentenza ingiusta, nonostante Fininvest potesse avere l'opzione di impugnare la stessa; (ii) l'assunzione che in questa nuova trattativa CIR avesse beneficiato di un più forte potere contrattuale che avrebbe portato ad una ripartizione più favorevole (per CIR) rispetto a quella avvenuta; (iii) l'assunzione che le parti avrebbero comunque raggiunto, nel nuovo scenario, un equilibrio negoziale. Si tratta di una 'cascata logica', rispetto alla quale persiste il rischio di confondere le tre distinte ipotesi in un *uniquum* argomentativo, sotto il profilo sia della prova del danno che della stima dello stesso.

Prova e stima del danno: i rischi di una causazione circolare e la soluzione del giudice di seconde cure

Per entrambi i giudici di prime e seconde cure, la *prova* della riduzione del potere contrattuale di CIR a seguito della 'sentenza Metta' è data dalla 'proposta Fininvest del 1990', giudicata come una proposta effettivamente avvenuta e negoziata in quell'anno dalle parti. È un fatto che, in quella proposta, i termini della spartizione erano consistentemente più favorevoli a CIR, rispetto alla transazione raggiunta tra le medesime parti nell'aprile del 1991. Occorre tuttavia stabilire se questo fatto debba essere confinato alla prova del danno (effetto della sentenza ingiusta sul potere negoziale di CIR) ovvero se esso costituisca anche un elemento decisivo e determinante ai fini della stima dello stesso (in presenza di sentenza giusta le parti avrebbero riproposto i termini della ipotesi transattiva del 1990). In altri termini, occorre stabilire se, tra tutti gli equilibri negoziali possibili, a seguito di una trattativa conseguente ad una sentenza giusta, le parti avrebbero raggiunto un accordo che replicava proprio l'equilibrio negoziale del 1990. Si tratta cioè di confrontare lo scenario controfattuale 'del libero potere contrattuale' (a seguito di sentenza giusta) e lo scenario controfattuale identificato per la stima del danno, ovvero per la determinazione del maggior valore che CIR avrebbe potuto conseguire nella transazione del 1991 se avesse potuto esercitare il suo 'normale' potere negoziale. Nelle prospettazioni di entrambe le pronunce del Tribunale e della Corte di Appello, questi due scenari controfattuali vengono, in sostanza, fatti coincidere: il minor potere contrattuale di CIR nel 1991 viene così spiegato dalla diversa e meno favorevole spartizione ottenuta da CIR nel 1991, rispetto a quanto ottenuto dalla stessa nel 1990. Contestualmente, la differenza tra quanto ottenuto nel 1991 rispetto al caso del 1990 viene identificata come la 'misura' del danno patito da CIR. Seguendo la teoria economica della contrattazione, si dovrebbe concludere che se la 'proposta Fininvest' del 1990 rivela una diversa misura del potere contrattuale di CIR, essa di per sé non fornisce 'automaticamente' una misura certa del *quantum* che CIR avrebbe potuto ottenere nel 1991, in assenza di annullamento del "Lodo Pratis". Per esempio, nel novero delle possibilità che il nuovo scenario controfattuale della sentenza giusta apre, la stessa Fininvest avrebbe potuto impugnare una decisione avversa e, nelle more, richiedere a CIR una nuova transazione rispetto a quella del 1990. In questo caso, giocando sempre

con le ipotesi, il 'passare del tempo', come peraltro evidenziato dal giudice di seconde cure, avrebbe comunque danneggiato CIR costringendola al tavolo delle trattative con un atteggiamento diverso. In altri termini, se la prova del maggior potere contrattuale di cui CIR avrebbe beneficiato in presenza di una sentenza giusta - e dunque, secondo la Corte, favorevole a CIR - consiste nel controfattuale della 'proposta Fininvest' del 1990, la 'misura' di quel potere contrattuale nella transazione del 1991, ovvero del più probabile esito contrattuale per CIR non può essere con assoluta certezza data, automaticamente, dalla proposta del 1990. Permane dunque un'ambiguità, di assai difficile soluzione, circa il significato da attribuire alla proposta del 1990: non è chiaro se essa possa servire come controfattuale per determinare il danno o anche come controfattuale per determinare il corretto potere contrattuale di CIR, in un contesto non viziato dalla sentenza ingiusta. D'altra parte, individuare nella proposta del 1990 entrambi gli elementi esporrebbe alla critica di assumere come invariati, tra il 1990 e il 1991, tutta una serie di elementi che avrebbero potuto modificare il potere contrattuale e/o il valore della transazione. Abbiamo già detto, in favore del potere contrattuale di Fininvest, che un'eventuale impugnazione da parte della stessa avrebbe potuto controbilanciare la capacità negoziale di CIR. Ma, a ben vedere, anche CIR avrebbe potuto rafforzare il proprio potere contrattuale a seguito di una sentenza ad essa favorevole nel 1991. A meno di ammettere una compensazione tra queste due opposte spinte sul rispettivo potere negoziale delle parti, gli esiti di questi elementi nella selezione del possibile equilibrio negoziale, restano incerti e difficilmente quantificabili, con gli strumenti dell'economista. E ciò, sempre ammettendo che le parti avrebbero deciso prima di avviare e poi di concludere una trattativa. Se, infatti, si condivide il ragionevole principio che le sentenze avverse diminuiscono il potere contrattuale del soccombente, se ne deve concludere che, a seguito di una sentenza giusta nel 1991, Fininvest avrebbe potuto veder diminuita la propria capacità negoziale e, di converso, CIR accresciuto il proprio potere contrattuale, addivenendo a esiti ancor più favorevoli, per CIR, di quelli contenuti nella proposta del 1990. La proposta del 1990 è certamente convincente come elemento utile a ricostruire lo scenario controfattuale del diverso potere contrattuale che CIR avrebbe mantenuto in un contesto non viziato dalla sentenza ingiusta. Essa tuttavia mostra qualche limite quando utilizzata per determinare il danno patito, nel 1991, da CIR.

Il giudice di seconde cure sembra pienamente consapevole di questi limiti laddove demanda ai CTU di depurare, dalla proposta del 1990, gli elementi 'esterni' o, se si vuole, 'di mercato' che avrebbero potuto modificare, nel 1991, il valore della transazione del 1990. I CTU sono stati chiamati a svolgere un'operazione assai complessa - giustamente coperta di *caveat* - al fine di stimare retrospettivamente i valori dei gruppi societari al 1991 rispetto a quelli del 1990. Lo scopo dell'operazione è stato quello di applicare, ai valori del 1991, gli esiti della negoziazione del 1990. In altri termini, si è tentato di applicare ai valori del 1991 il potere negoziale che le parti avevano manifestato nel 1990. Un'ulteriore complicazione è stata generata dalla circostanza che le due proposte differivano tanto nei prezzi quanto nelle quantità oggetto di scambio. Ciò ha comportato l'individuazione di una 'doppia metrica' che tenesse conto della correlazione tra le due variabili. Il risultato complessivo è apprezzabile ma è anche altamente sensibile, nel senso che il risultato finale dipende fortemente dai parametri assunti nei diversi scenari. I CTU hanno dichiarato che i diversi scenari portavano comunque a risultati convergenti e ciò certamente ne renderebbe più solido il risultato. La ripartizione contenuta nella proposta del 1990 è stata aggiustata in eccesso e in difetto rispetto alle più probabili variazioni nel valore dei gruppi societari interessati, avvenute, secondo le stime dei CTU, nel 1991. Il risultato cui si è pervenuti con questo calcolo ha mostrato una rilevante distanza, a danno di CIR, tra il valore conseguibile nel 1991, se CIR avesse mantenuto intatto il proprio potere contrattuale, e quello effettivamente conseguito. Di nuovo, resta da comprendere se ciò costituisca soltanto la *prova* del ridotto potere contrattuale di CIR nel 1991 o anche la misura utile per la stima diretta del danno patito dalla stessa a seguito di quel fenomeno. Il giudice di seconde cure opta nel senso di far coincidere le due cose, individuando così il medesimo scenario controfattuale per determinare, allo stesso tempo, la prova e la stima del danno, l'*an* e il *quantum*. Una strada alternativa avrebbe potuto accettare la proposta del 1990 solo come controfattuale del potere contrattuale delle parti (ovvero del peso relativo nella spartizione del valore complessivo) ma nella determinazione del *quantum* avrebbe potuto chiedere un ulteriore sforzo ai CTU. Ad esempio, quello di determinare l'impatto negativo, sul valore delle azioni in mano a CIR - determinato dal protrarsi della *litigation* a seguito di una probabile impugnazione, da parte di Fininvest, di una sentenza giusta - commisurandolo ai tempi medi della durata

delle controversie ed estendendo così l'orizzonte temporale considerato. Peraltro, l'estensione temporale avrebbe consentito una valutazione di più ampio respiro e, per questo meno sensibile alla volatilità dei parametri, del valore effettivo degli scambi azionari oggetto di trattativa.

Interpretazione del contratto

Note minime intorno alla clausola di inscindibilità

di **Giorgio Lener**

L'Autore esamina la clausola c.d. di "inscindibilità", in forza della quale ciascuna pattuizione contrattuale è inscindibilmente connessa alle altre (con conseguente caducazione dell'intero regolamento negoziale, in ipotesi di inefficacia della singola previsione pattizia), e s'interroga circa la possibilità di superare il dettato letterale di tale clausola, facendo leva sul criterio dell'interpretazione complessiva.

L'accordo Formenton/CIR

L'art. 9 dell'accordo Formenton/CIR del dicembre 1988 così dispone(va): «La Famiglia Formenton e la CIR si danno atto che le pattuizioni della presente Convenzione costituiscono un insieme inscindibile ed equilibrato di diritti e di doveri, e vanno di conseguenza considerate e attuate nella loro interezza». *Prima facie*, dunque, non sembrava potersi dubitare della volontà delle parti di fare applicazione del principio "vitiatur et vitiat", con la conseguenza di dover ritenere "caducato" l'intero accordo, qualora fosse stato "caducato" uno dei patti di cui esso si componeva (il riferimento - *va da sé* - è ai patti parasociali ivi contenuti, dei quali, peraltro, non interessa, in questa sede, valutare la validità a termini della disciplina allora vigente (1)).

Non è stata questa, tuttavia, l'interpretazione che si è data in sede contenziosa, fatta eccezione per la Corte d'appello di Roma, con la ben nota "sentenza Metta" (2). Giova, quindi, brevemente richiamare i passaggi motivazionali delle decisioni rese dai giudici, laici e togati, non prima, però, di aver menzionato, in estrema sintesi, i contenuti dell'accordo *de quo*.

L'art. 2 regolava la gestione della Arnoldo Mondadori Editori S.p.A. (di seguito, "AM") sino alla scadenza (31 dicembre 1990) della convenzione di sindacato in essere della controllante, Arnoldo Mondadori Editore Finanziaria S.p.A. (di seguito, "AMEF"). L'art. 3 regolava la permuta tra azioni AMEF (in portafoglio della Famiglia Formenton) e azioni AM (in portafoglio CIR), da eseguire entro trenta giorni dalla scadenza della predetta convenzione di sindacato. L'art. 4 regolava il diritto della Famiglia Formenton, da un canto, di anticipare la

data di acquisto delle azioni AM, dall'altro, di rivendere a CIR le azioni AM acquistate ai sensi dell'art. 3; esso, inoltre, attribuiva a CIR il diritto di prelazione (sino al 31 dicembre 1995), per il caso di vendita delle azioni AM da parte della Famiglia Formenton. L'art. 5 racchiudeva un nuovo patto di sindacato in cui veniva regolata la gestione di AM nei cinque anni successivi alla scadenza della (al tempo) vigente convenzione di sindacato. L'art. 6 attribuiva alla Famiglia Formenton il diritto ad acquistare da AM il 50% del capitale sociale di Fortune Italia S.p.A. L'art. 7 regolava il diritto della Famiglia Formenton, sin quando avesse avuto una partecipazione in AM non inferiore al 10% delle azioni ordinarie, a che la metà delle erogazioni della medesima AM, computabili come oneri deducibili (con il limite massimo dell'1% del reddito di essa), fossero destinate alla costituenda "Fondazione Mario Formenton". L'art. 8 regolava la forma delle comunicazioni. L'art. 9, al comma 1 (poco sopra testualmente riportato), regolava l'inscindibilità tra le pattuizioni dell'accordo; al comma 2, regolava l'obbligazione vicendevole di esclusiva. Seguivano, infine, l'art. 10, contenente la clausola arbitrale, l'art. 11, contenente la clausola di riservatezza, e l'art. 12, circa il superamento di ogni precedente intesa e il vincolo della forma scritta, a pena di nullità, per le modifiche all'accordo.

Note:

(1) Per un brevissimo riferimento ai contenuti dell'accordo, si veda, subito appresso, nel testo.

(2) App. Roma 24 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1861, con nota di F. Caso.

Il contenzioso civile

In questo contesto negoziale, una volta insorta controversia, gli sforzi argomentativi delle parti - s'intende, prima che si avesse certezza giudiziale della corruzione del giudice Metta - si erano indirizzati verso la validità/invalidità dei patti di sindacato, di cui agli artt. 2 (ad integrazione di quello già stipulato) e 5 (relativo al quinquennio successivo alla permuta azionaria e volto a garantire alla Famiglia Formenton, nonostante una partecipazione largamente minoritaria, un ruolo assai significativo nella *governance* di AM), e alla conseguente caducazione, o non, dell'intero accordo in cui tali clausole erano contenute, avuto riguardo alla clausola di inscindibilità poc'anzi richiamata.

Il collegio arbitrale, nel lodo del giugno 1990, aveva ritenuto, a maggioranza, che «l'affermata inscindibilità non preclude affatto l'indagine tendente ad accertare se talune clausole della convenzione, che singolarmente fossero colpite da nullità, siano da considerarsi parte obiettivamente scindibile del regolamento negoziale». E aveva concluso che non occorreva scrutinare la validità delle pattuizioni dell'art. 2, perché presentavano carattere del tutto strumentale e secondario, in quanto volte a «traghetta- re» la società sino alla data del *closing*, mentre rilevanza primaria (e sinallagmatica) rivestivano le pattuizioni dell'art. 5 o, quanto meno, quelle, giudicate valide, volte a garantire alla minoranza la cogestione della società. Pertanto, le reciproche promesse di permuta azionaria, ex art. 3, permanevano valide e vincolanti (3).

La Corte d'appello di Roma, con sentenza del gennaio 1991, rilevata la nullità dei patti di sindacato (per violazione dei principi d'ordine pubblico in ordine al governo societario), aveva, viceversa, ritenuto che, per effetto di quanto disciplinato nell'art. 9, tale nullità si doveva estendere all'intero accordo, determinando, tra l'altro, la caducazione della promessa di permuta. Proprio in ordine all'art. 9, il giudice di seconde cure riteneva che la motivazione fosse a tal punto lacunosa e contraddittoria, da non consentire di cogliere la *ratio* della decisione impugnata, con conseguente vizio *in procedendo*.

La controversia - è ben noto - veniva transatta nella pendenza del giudizio di Cassazione, che veniva abbandonato.

Il definitivo accertamento giudiziale della corruzione del giudice Metta, relatore nel collegio che ebbe a pronunciare la nullità del lodo, dava la stura alla nuova - e attuale - «stagione» risarcitoria.

Il Tribunale di Milano, nel condannare Fininvest al

risarcimento dei danni patiti da CIR per l'ingiustizia della sentenza «corrotta», rilevava - per quanto qui interessa - che, diversamente da quanto ritenuto nella «sentenza Metta», la motivazione del lodo era semplice e lineare, perché aveva sottolineato l'inesenzialità del patto parasociale (ove del caso) affetto da nullità, in quanto relativo a decisioni infrequenti, rimarcando che l'asse portante dell'accordo andava identificato nella promessa di permuta e nell'attribuzione, alla minoranza Formenton, di poteri di *governance* che, in difetto del patto (sul punto giudicato) valido, mai le sarebbero spettati. Inoltre, la questione della scindibilità - anche avuto riguardo alla norma dell'art. 1419 c.c. - veniva ritenuta una *quaestio voluntatis*, che, in quanto questione di merito, non sarebbe stata censurabile dinanzi alla Corte d'appello romana, perché adita in impugnazione di un lodo pronunciato secondo equità (4).

La Corte d'appello di Milano (5), nella sentenza in epigrafe, giudica «ineccepibile» il ragionamento seguito dagli arbitri e «più che giustificato [...] il richiamo al principio di conservazione [...]: una clausola in ipotesi accessoria e secondaria del patto, che violasse una norma fondamentale di ordine pubblico, non comportava la caducazione «tout court» di tutto il patto. [...] Il lodo forniva, quindi, una «lettura complessiva» del patto, individuandone lo «scopo principale» secondo gli interessi e le intenzioni delle parti» (come già sopra rilevato, il patto parasociale successivo alla permuta azionaria, limitatamente alla cogestione assicurata alla minoranza). A ciò aggiungasi che «[n]essuna clausola del patto [...] né principale né accessoria veniva giudicata invalida [n.d.a.: dagli arbitri] (sicché dovesse ritenersene la scindibilità per salvare il patto): con il che la motivazione fin qui offerta poteva dirsi (sul tema) conclusa e certamente sufficiente a sorreggere di per sé la conseguente statuizione» (6).

La clausola di inscindibilità

La questione della scindibilità non sembri oziosa, nell'attuale prospettiva della responsabilità risarci-

Note:

(3) Merita sin d'ora sottolineare che, ad avviso dell'arbitro dissenziente, «l'art. 1419, 1° comma, cod. civ., come norma derogabile dall'autonomia privata, cede dinanzi alla clausola di inscindibilità (art. 9), la quale preclude indagini sull'intenzione delle parti, ed esige, in ogni caso, la prova rigorosa e specifica della volontà contraria» (che - deve aggiungersi - non era stata fornita).

(4) Va da sé che, in questa sede «minima», non interessano profili processuali.

(5) V. p. 169 del dattiloscritto.

(6) V. p. 175 del dattiloscritto.

toria. Anche a ritenere, come la Corte d'appello milanese, che il dispositivo del lodo non si fondava sulla scindibilità, perché il collegio arbitrale (a maggioranza) aveva ravvisato la validità dei patti parasociali (7), altro è la sufficienza della motivazione sul punto, altro è l'esattezza della soluzione raggiunta. In altre parole, una diversa soluzione in punto di (in)validità dei patti parasociali - assumendo che tale profilo fosse deducibile in sede di impugnazione del lodo - avrebbe schiuso l'adito alla valutazione della clausola di inscindibilità, senza poter celermente "liquidare" la questione con la semplice osservazione della sufficienza della motivazione.

Ciò posto, dinanzi ad una clausola in sé inequivoca, quale l'art. 9 dell'accordo, la produzione di un effetto diverso da quello reso palese dal dettato letterale passa attraverso un'alternativa: i) l'art. 9 è una clausola di stile (profilo che nessuno, tra gli organi giudicanti succedutisi nel tempo, ha affrontato espressamente); ii) l'art. 9 è una clausola voluta dalle parti e, in quanto tale, soggetta alle regole ermeneutiche, sì che specie il canone dell'interpretazione sistematica ex art. 1363 c.c. consente di attribuirle un significato anche totalmente difforme da quanto in essa previsto (è la "via" in concreto seguita).

(Segue): la clausola di inscindibilità quale clausola di stile?

Per "clausola di stile" s'intende la clausola frutto dell'esperienza e della prassi stilistica notarile, tralattivamente inserita, dal notaio rogante, in un dato atto (8). Ad avviso della giurisprudenza, tuttavia, indipendentemente dalla genesi, è clausola di stile e, come tale, inefficace, perché non espressione di autonomia privata, quella clausola contraddistinta da genericità e indeterminazione (vi si aggiunge, sovente, usualità o ripetitività) (9): in altre parole, il riscontro di tali caratteri porta, di regola, a concludere, senz'alcuna indagine in ordine alla volontà delle parti, per la "superfetazione" o irrilevanza giuridica di detta clausola (10). Quasi che la "lettera" della clausola impedisca un'indagine circa tale volontà (11).

In vero, già intorno alla metà dello scorso secolo, si erano manifestate perplessità in dottrina riguardo alla (predicata) inefficacia delle clausole di stile, richiamandosi l'attenzione sulla necessità di attribuire adeguato rilievo alla circostanza che esse sono il frutto della «accumulazione [e del] deposito di esperienze spesso secolari, fatte dai tecnici della prassi contrattuale» (12). D'altronde, si aggiungeva, la ricorrenza di una clausola dovrebb'essere, almeno *prima facie*, indice dell'utilità, e non già della superflui-

tà, di essa (13); tanto più ai giorni nostri - si deve

Note:

(7) Peraltro, non è neppure vero che il collegio arbitrale abbia ritenuto valide tutte le clausole parasociali: a p. 82 del lodo, infatti, si legge che, per «le clausole indicate poco sopra [lett. f) e g) dell'art. 2, cui rinvia l'art. 5, concernenti delibere di modifica dell'oggetto sociale ovvero di aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione a favore di terzi estranei ai settori di attività di AM], [...] potrebbero prospettarsi dubbi di invalidità [perché, tra l'altro, attributive di «un sostanziale potere di veto al socio minoritario»: v. p. 80]», ma si conclude che esse «hanno caratteristiche tali da non incidere sull'intero accordo»; dunque, si conclude per la scindibilità, che non viene esaminata, pertanto, quale mera "prova di resistenza".

(8) "Classici" esempi si hanno in tema di compravendita immobiliare: "l'immobile è compravenduto nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, con tutte le annesso pertinenze, nonché con le servitù attive o passive" ovvero "l'immobile è compravenduto libero da pesi, gravami, iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli". Si danno, però, anche clausole di applicazione generalizzata, vale a dire indipendentemente dal tipo prescelto, come la clausola, relativa al termine di adempimento, "entro e non oltre". Per un quadro storico, v. Iorio, *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 659 ss.; per un'accurata disamina delle principali clausole di stile, Id., *ibidem*, 2009, I, 49 ss.

(9) Da ultimo, Cass. 2 settembre 2009, n. 19104, in *Foro it.*, *Le banche dati on-line*, che riprende testualmente Cass. 1° dicembre 2000, n. 15380, in *Contratti*, 2001, 543, con nota di Cavajoni; v. anche Cass. 12 giugno 1997, n. 5266, in *Foro it.*, 1997, I, 2914, con nota di Brunetti, ad avviso della quale «clausola di stile può essere definita solo quella che si esaurisce in espressioni generiche che, per l'indefinita ampiezza e l'indeterminata genericità che le caratterizza, rivelano la funzione di mero completamento formale dell'atto e la carenza di un concreto contenuto volitivo riferibile al negozio posto in essere dalle parti [...], onde la connotazione che la contraddistingue è la sua sostanziale irrilevanza ai fini dell'intento negoziale perseguito dalle stesse parti». Sacco, voce *Clausola di stile* [aggiornamento-2010], in *Dig. civ.*, Torino, 2010, 259, osserva che la clausola di stile viene «inserita in un contratto scritto solo ed esclusivamente per rispettare una corrispondente abitudine, e senza un vero intento di dar vita ad una corrispondente regola contrattuale». Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Ludica e Zatti, Milano, 2001, 459 s., pur rilevando che le clausole di stile sono «proposizioni che si presentano con l'apparenza, appunto, di clausole, cioè di precetti del regolamento contrattuale; ma che, in realtà, non hanno valore precettivo [...]», chiosa, tuttavia, che «[l]a conclusione che una "clausola" del testo non fa parte del regolamento perché di "stile", richiede [...] cautela, e un rigoroso accertamento da condurre in concreto».

(10) Peraltro, pur ribadendo il proprio consolidato orientamento, il supremo Collegio ha escluso che sia di stile la clausola con cui il venditore garantisce la libertà dell'immobile alienato da vincoli, in quanto non può ritenersi generica e indeterminata, sia per il principio di conservazione del contratto sia perché rispondente all'interesse dell'acquirente: v. Cass. 2 settembre 2009, n. 19104, cit.

(11) Fermo, peraltro, l'onere della prova: v. appresso, testo e nt. 16. Di prevalenza dell'«interpretazione letterale, che consenta di verificare se la pattuizione possieda quei requisiti di genericità e ripetitività», propri di una clausola di stile, fa parola App. Cagliari-Sassari 13 gennaio 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 1.

(12) Messineo, *Considerazioni sulle clausole contrattuali "di stile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 28.

(13) Ancora Messineo, *op. cit.*, 27, ad avviso del quale «[...] proprio il fatto che esse continuino ad apparire nei rogiti contrattuali, nonostante l'insistentemente affermata loro inefficacia e inu-
(segue)

chiosare -, nei quali, sovente, le clausole di stile si rinvencono in testi contrattuali negoziati e predisposti dai legali delle parti, vale a dire da coloro che, per definizione, pongono a servizio delle (specifiche) esigenze del cliente il proprio sapere, assai di frequente ricevendo, dallo stesso cliente, puntuali indicazioni sui contenuti del regolamento pattizio da elaborare (14).

La clausola (apparentemente) di stile, pertanto, come qualsivoglia altra clausola, non si sottrae alle regole dell'interpretazione della volontà delle parti, senz'apriorismi: *quaestio voluntatis*, dunque (15). Di conseguenza, la clausola (se si vuole, di stile) appartiene, *prima facie*, necessariamente al regolamento negoziale e non può ricondursi ad una categoria concettuale a sé, incombendo su chi ne deduce la non vincolatività - perché estranea alla manifestazione di autonomia privata - l'onere di fornirne la prova (16). Proprio la centralità (correttamente) attribuita alla volontà dei privati induce a dare breve menzione, tra le clausole ritenute pacificamente di stile dalla giurisprudenza, alla clausola risolutiva espressa generica, con cui si commina la risoluzione *ipso jure* all'inadempimento di qualsiasi obbligazione (di regola, dopo aver predicato l'essenzialità di ciascuna di esse). Mentre, ad avviso della suprema Corte, la clausola *de qua* è, per l'appunto, inefficace e «l'inadempimento non risolve di diritto il contratto, [dovendosene considerare] l'importanza in relazione all'economia del contratto» (17), vi è chi, in dottrina, ha sostenuto l'esatto contrario, e cioè che il canone della totalità *ex art.* 1363 c.c. può consentire di identificare quali prestazioni, secondo la volontà delle parti, rivestano rilevanza primaria, sì da «integrare» la clausola risolutiva espressa generica, che sarebbe, quindi, efficace (18). Tuttavia, è dato replicare che la norma dell'art. 1456 c.c. ha riguardo all'«inadempimento di una determinata obbligazione», e non di qualsiasi obbligazione (19): l'inefficacia, pertanto, discende non già dal carattere «di stile» della clausola, bensì dalla previsione normativa. E, se si obietta che, questa, è «un'interpretazione formalistica» dell'art. 1456 c.c., che «dà per scontata l'inderogabilità della norma in questione» (20), deve ulteriormente replicarsi che si è in presenza di un rimedio eccezionale, perché attributivo di un potere di autotutela alla parte non inadempiente; dondè l'inderogabilità, non scontata, ma motivata.

(Segue): la clausola di inscindibilità e il canone ermeneutico della totalità

L'art. 9 dell'accordo, in ragione di quanto osservato

nel precedente paragrafo, non poteva considerarsi

Note:

(continua nota 13)

tilità, conduce a chiedersi il perché della loro vitalità... *malgré tout*»; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 166; Bonilini, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1264, anche in relazione al principio di conservazione *ex art.* 1367 c.c.

(14) Si tratta di elementare notazione che, tuttavia, quanto al caso di specie, può avere una portata significativa.

(15) Già Messineo, *op. cit.*, 32, rilevava che, «[g]uardato senza preconcetti, il problema si risolve semplicemente col ritenere che la clausola "di stile" non ha natura ed efficacia diversa da ogni e qualsiasi altra clausola contrattuale (anche se non "di stile")». Tutto, allora, si riduce a una *questione di fatto* intesa ad assecondare se, *in concreto*, essa fu voluta dalle parti [...]» (corsivo dell'Autore); di recente, v. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1991, 172; Sangermano, *L'interpretazione del contratto - Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2007; conf., da ultimo, Iorio, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 679 ss. D'altro canto, la stessa genericità, di per sé, nulla indica, ben potendo espressioni generali avere valenza precettiva (arg. *ex art.* 1364 c.c.): cfr. Iorio, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - La prassi contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 64; e lo stesso è a dirsi per l'indeterminatezza, salvo che entrambe (genericità e indeterminatezza, oppure ciascuna di esse) non siano tali da precludere la configurazione di una manifestazione di volontà giuridicamente rilevante, perché strutturalmente inidonee (un breve cenno in Triola, in *Vita not.*, 2003, 649). V. anche Bonilini, *op. cit.*, 1244, secondo cui dalla norma dell'art. 1340 c.c., circa la vincolatività delle clausole d'uso, sebbene ignote alle parti, può trarsi un *argumentum a fortiori* in favore della vincolatività delle (apparenti) clausole di stile, perché, «[...] se non altro, possono essere valutate dalle parti dal momento che dell'atto viene data lettura dal notaio, o, nel caso di scrittura privata [...], dal momento che la sottoscrizione (nella presunzione che i contraenti abbiano senno) segue la lettura del testo con la possibilità, quindi, per i contraenti di verificarne la congruenza alla volontà interiore e solo allora far proprie le dichiarazioni risultanti dal documento contrattuale» (sulla differenza tra clausola di stile e clausola d'uso v. Sicchiero, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 285 ss.). Interessante, anche perché isolata, Cass. 11 febbraio 1980, n. 965, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Contratto in genere*, n. 157, secondo la cui massima, «in mancanza di un astratto criterio in base al quale stabilire rigorosamente quando una clausola debba considerarsi "di stile", occorre indagare in concreto se essa sia realmente voluta dalle parti, sia pure facendo propria un'espressione predisposta da un terzo, ed incombe a chi afferma la non volontarietà della clausola l'onere di fornire tale dimostrazione».

(16) Ancora Messineo, *op. cit.*, 32. Cfr. Cataudella, *op. cit.*, 163 ss.; Sicchiero, *op. cit.*, 285; Capodanno, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2007, 153. Simone, *Le clausole negoziali c.d. di stile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 360, peraltro, richiama i limiti, *ex art.* 2722 c.c., alla prova per testi.

(17) Cass. 26 luglio 2002, n. 11055, in *Giur. it.*, 2003, 1812.

(18) Simone, *op. cit.*, 359, che, *ad adiuvandum*, invoca anche le norme degli artt. 1364, 1366 e 1367 c.c. Non mancano, peraltro, isolati precedenti nella giurisprudenza di merito: v. Trib. Napoli 26 settembre 1983, in *Dir. e giur.*, 1984, 683.

(19) Cataudella, *I contratti - Parte generale*³, Torino, 2009, 215. Luminoso, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 495, ritiene che l'inefficacia sia il portato dalla difformità rispetto al tipo legale tratteggiato dall'art. 1456 c.c.

(20) Così Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 174, testo e nt. 45.

clausola di stile, non foss'altro perché non era stata fornita alcuna prova dell'estraneità di tale previsione all'autonomia privata. E nessun pregio poteva avere il rilievo della ricorrenza della clausola nella prassi, così come non poteva sorgere dubbio circa l'idoneità strutturale di essa a produrre effetti.

Dinanzi ad un dettato letterale limpido e inequivoco occorre, dunque, arrestarsi ovvero s'imponeva la valutazione della disposizione in esame avendo riguardo all'insieme delle clausole e al significato complessivo del contratto? Posto in questi termini, il quesito è di agevole risposta, perché, per giurisprudenza pacifica, «il giudice non può attenersi ad una considerazione atomistica delle singole clausole neppure quando la loro interpretazione possa essere compiuta, senza incertezze, sulla base del "senso letterale delle parole", poiché anche questo va necessariamente riferito all'intero testo della dichiarazione negoziale, sicché le varie espressioni che in esso figurano vanno tra loro coordinate e ricondotte ad armonica unità e concordanza» (21). Vi è, dunque, una contestualità logica, pur nella separazione cronologica, tra le norme degli artt. 1362 e 1363 c.c. (22).

E non v'è dubbio, in questa direzione, che si potessero individuare pattuizioni (all'apparenza, giova sottolineare, per le motivazioni appresso esposte) di secondaria rilevanza a fronte di altre, sicuramente di rilevanza primaria. Che rilevanza primaria rivestissero la promessa di permuta e le regole di *governance*, di cui all'art. 5, successive allo scambio azionario, appare evidente. Ma già meno evidente è che dal tessuto dell'art. 5 si potessero espungere alcune previsioni - della cui validità lo stesso collegio arbitrale aveva mostrato di dubitare (23) - senza che vi fossero ripercussioni sull'intero assetto negoziale, sol perché rimaneva assicurata alla minoranza la gestione della società. Così come non persuasivo è che le pattuizioni dell'art. 2, necessariamente transitorie (perché relative al patto parasociale al tempo vigente, mentre il *closing* azionario sarebbe stato stipulato entro trenta giorni dalla cessazione di efficacia di quel patto parasociale), avessero valenza secondaria unicamente in quanto di "respiro" intertemporale: forse che la *governance* in quel lasso di tempo non poteva incidere significativamente sui futuri assetti? Il vero è che ricostruire la rilevanza, primaria o secondaria, di clausole contenute in operazioni economico-negoziali assai articolate e complesse è estremamente difficile e rischia di imporre alle parti scelte non volute.

Così, se è ragionevole immaginare che avesse valenza secondaria la clausola dell'art. 7 dell'accordo, con

cui si stabiliva che la metà delle erogazioni di AM, computabili come oneri deducibili, dovessero destinarsi alla costituenda "Fondazione Mario Formenton", meno agevole è stabilire la rilevanza dell'art. 6, a tenore del quale veniva attribuito alla Famiglia Formenton il diritto ad acquistare da AM il 50% del capitale sociale di Fortune Italia S.p.A. Ne emerge, allora, l'assoluta razionalità di una clausola - per di più negoziata e predisposta da professionisti di primario livello - volta a sottrarre alla valutazione del terzo (giudice) l'incidenza, sull'assetto di interessi complessivo, di comportamenti difformi da quanto pattuito (24). Il canone della totalità, dunque, avrebbe dovuto indurre a ravvisare, nel caso di specie, l'esistenza di un intreccio di pattuizioni pressoché inestricabile per l'interprete, con la conseguenza di dover confermare la portata preclusiva, in punto di inscindibilità, dell'art. 9.

Con questo non s'intende affatto dire che, in difetto di tale clausola, l'accordo sarebbe stato travolto nella sua interezza, qualora altra clausola o altro patto fosse stato viziato da nullità: è ben noto, infatti, che «il principio di conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale, nel sistema del codice civile, è la regola, mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l'eccezione, che deve essere provata dalla parte interessata» (25); e, per l'appunto, la prova deve vertere sul «rapporto di interdipendenza ed inscindibilità» (26). Qui, dunque, è lo snodo o, in altre parole, il rovesciamento di prospettiva, perché nell'art. 9 dell'accordo si sarebbe dovuta ravvisare una deroga al principio cardine dell'art. 1419 c.c., la cui centralità, per ciò stesso, avrebbe ricevuto conferma.

D'altronde, dinanzi ad una clausola risolutiva espressa puntualmente articolata è preclusa la dimo-

Note:

(21) Cass. 21 febbraio 1995, n. 1877, in *Leggi d'Italia professionale*.

(22) V. Cass. 27 giugno 1998, n. 6389, in *Foro it.*, *Le banche dati on-line*. Conf., *ex plurimis*, Cass. 24 luglio 1998, n. 7296, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2753; 14 novembre 2002, n. 16022, in *Arch. locazioni*, 2003, 327, con nota di De Tilla; 14 aprile 2006, n. 8876, in *Foro it.*, *Le banche dati on-line*.

(23) V. *supra*, nt. 7.

(24) Opportunamente, Sicchiero, *op. cit.*, 263, pone in evidenza come, con la clausola di inscindibilità, le parti intendano «prevenire il dubbio circa il legame che unisce le diverse pattuizioni» (e, *ivi*, un suggestivo riferimento ad una clausola di inscindibilità contenuta in un avviso d'asta, della prima metà dell'ottocento, del regno Lombardo-Veneto).

(25) Così Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2858.

(26) Ancora Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, *cit.*

strazione della non scarsa importanza dell'inadempimento, perché le parti, proprio con l'apposizione della clausola, hanno mostrato di voler sottrarre alla valutazione del terzo tale profilo, di indubbia delicatezza (27). O, ancora, la prassi mostra l'adozione di regolamenti contrattuali - di chiara derivazione anglosassone - sempre più analitici ed esaustivi (28), nei quali sovente ci si imbatte in clausole "di chiusura" volte ad escludere che l'invalidità di una clausola possa travolgere l'intero contratto; volte, in altri termini, ad escludere l'applicabilità, sia pur entro le sue strette maglie, dell'art. 1419 c.c., rimettendosi alla negoziazione *ex fide bona* tra le parti (con "estromissione" *ex ante*, dunque e ancora una volta, del terzo-giudice) l'individuazione della clausola sostitutiva (29).

Quanto rilevato non implica l'adozione del solo criterio di interpretazione letterale (come viceversa propugnato, in determinati contesti, dalla dottrina giuseconomica (30)), ma riafferma l'esigenza - d'altronde, già in precedenza sottolineata con riguardo alla clausola di stile - che chi sostiene che una clausola abbia una portata precettiva difforme da quella risultante dal suo tenore letterale ne dia adeguata dimostrazione, avvalendosi dei canoni ermeneutici previsti dall'ordinamento.

Note:

(27) Cass. 1° agosto 2007, n. 16993, in *Foro it.*, *Le banche dati on-line*; 28 gennaio 1993, n. 1029, in *Foro it.*, 1993, I, 1470; Cautaudella, *I contratti*, cit., 215.

(28) *Recte*, con pretesa di esaustività, per la nota e insormonta-

bile incompletezza contrattuale: in termini generali, v. G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; Fici, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005; Id., voce *Contratto incompleto* [aggiornamento-2007], in *Dig. civ.*, Torino, 2007, I, 412 ss.; Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.

(29) V. Sicchiero, *op. cit.*, 261, che, con riguardo al "meccanismo" del §139 BGB, di funzionamento opposto ("vitiatur et vitiatur") rispetto all'art. 1419 c.c., menziona la prassi di inserire nei contratti una c.d. "salvatorische Klausel", «che svolge appunto la funzione di indicare come l'eventuale nullità parziale non si estenda all'intero atto, al fine di prevenire qualsiasi indagine dei giudici sulla volontà delle parti o sulla valenza strutturale della parte residua dell'atto in relazione agli interessi dei contraenti».

(30) Si osserva, infatti, che, in operazioni economico-negoziali assai complesse, le parti solitamente accettano di sostenere ingenti "costi transattivi", in quanto, per tal via, ritengono di poter governare tre diverse categorie di rischi: a) rischi di inadempimento; b) rischi derivanti da circostanze imprevedute, che modificano il quadro economico di riferimento; c) rischi di interferenze esterne, in particolare interventi giudiziali (è il caso di specie), che impongono interpretazioni sfavorevoli per una delle parti. L'adozione del criterio dell'interpretazione letterale, riguardo a clausole negoziate da contraenti "evoluiti", con l'assistenza di consulenti di primario livello, presenta, ad avviso della dottrina dell'analisi economica del diritto dei contratti, significativi vantaggi: i) le parti possono pianificare l'operazione economico-negoziale "sterilizzando" il rischio di subire decisioni che ne stravolgano il significato, rischio elevato, in quanto il terzo interprete non è provvisto del medesimo "bagaglio" informativo; ii) le parti sono incentivate a ricercare soluzioni contrattuali innovative (riconoscere spazio alle innovazioni dei privati significa favorire una più efficiente allocazione delle risorse); iii) vengono disincentivati i tentativi di sottrarsi alle obbligazioni assunte (in quanto un'interpretazione che vada al di là della lettera del testo potrebbe agevolare la prova di circostanze che, ad es., giustificano il recesso e, dunque, la legittima "uscita" dal contratto). Senza alcuna pretesa di esaustività, v., *ex plurimis*, A. Schwartz e R.E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 *Yale L. J.* 541 (2003); E. Brousseau, *Did the Common Law Bias the Economics of Contract... and May It Change?*, 6 *Law & Econ. in Civil Countries* 79 (2001); R.E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 *Nw. U. L. Rev.* 847 (2000).

LIBRI



L'esecuzione processuale indiretta

a cura di Bruno Capponi

Contributi di: Bruno Capponi, Clarice Delle Donne, Giuseppina Fanelli, Maria Assunta Iuorio, Pasquale Pucciariello, Chiara Ilaria Risolo

Il libro - partendo da un approccio comparatistico con altri ordinamenti europei e dall'analisi della figura dell'*astreinte* di origine francese - affronta la tematica dell'esecuzione processuale indiretta, alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 al codice di procedura civile, con particolare riferimento all'introduzione dell'art. 614bis c.p.c.

Ipsoa 2011, Euro 21,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>

Danno non patrimoniale

Domanda generica e infrazionabilità del credito

di **Annachiara Mastroilli**

La sentenza in commento ribadisce il principio secondo cui la domanda alla condanna generica è ammissibile, in deroga al principio della infrazionabilità del credito risarcitorio, solo allorché sia stata espressa già nel primo atto di citazione senza opposizione del convenuto.

Secondo l'A., occorre peraltro riconsiderare il nesso tra domanda generica e principio di unitarietà del credito risarcitorio alla luce dell'evoluzione della concezione dell'illecito aquiliano e della nozione unitaria del danno non patrimoniale, ricollegata ad ipotesi tipiche di illecito e, quindi, alla lesione *contra ius*. Infatti, tale concezione risulta contrassegnata da presupposti in parte diversi rispetto a quelli sottostanti alla liquidazione del danno patrimoniale.

La condanna generica

In coda alla monumentale pronuncia di appello nel caso CIR/Fininvest, i giudici meneghini statuiscano che la domanda di condanna generica al risarcimento del danno (nella specie, non patrimoniale) è ammissibile allorché la stessa sia stata formulata nell'atto di citazione. Statuizione che rimanda alla classica dialettica tra principio di infrazionabilità del credito e principio dispositivo.

Infatti, nel rigettare l'eccezione difensiva in ordine alla domanda di condanna generica al risarcimento del danno non patrimoniale, che viene considerata dai difensori di Fininvest in contrasto con il principio di infrazionabilità del credito, nonché una duplicazione del già riconosciuto danno all'immagine imprenditoriale della società appellata, i giudici di appello, richiamando la sentenza della Cassazione 26 febbraio 2003, n. 2869 (a sua volta ampiamente citata dal giudice di prime cure), ribadiscono il principio (1), secondo cui, perché l'infrazionabilità del credito non trovi applicazione, è necessario che sia esclusa *a priori* la potenzialità della domanda a coprire tutte le possibili voci di danno; la qual cosa può accadere solo quando tale esclusione sia adeguatamente e nei modi opportuni manifestata dall'attore, *ab initio* o nel corso del processo.

La questione si ricollega alla natura stessa della condanna generica che, sostanzialmente, determina una scissione, nell'ambito dell'unitario giudizio liquidatorio del danno, tra l'*an* e il *quantum* del risarcimento, alla luce degli innegabili vantaggi, che derivano all'attore, consistenti nella limitazione della prova e nella probabilità che, una volta accertato il diritto al

risarcimento, il convenuto sia indotto più facilmente a transigere la controversia (2).

Nel caso di specie, come messo in evidenza anche nella sentenza di primo grado, la società attrice CIR aveva fin dall'atto di citazione richiesto la condanna della convenuta Fininvest al risarcimento del danno non patrimoniale in forma generica, sì che la domanda era, come tale, ammissibile. Resta da chiedersi fino a che punto la domanda di condanna generica al risarcimento del danno non patrimoniale sia collegata (sia pure in forma di deroga) al principio della unitarietà del credito risarcitorio (vuoi di fonte contrattuale che extracontrattuale), alla luce della *ratio* di tale principio, da un lato, ed alla natura del danno non patrimoniale, dall'altro.

Il principio di unitarietà del credito risarcitorio

Il principio di unitarietà del credito risarcitorio è

Note:

(1) Più volte affermato in giurisprudenza: v. anche Cass. 22 agosto 2007, n. 17873, in *Corr. giur.*, 2008, 1421, con nota di Carrato. Cass. 11 febbraio 2009, n. 3357, in *Foro it.*, Rep., voce *Danni civili*, n. 430, ha affermato, inoltre, che la sentenza di condanna generica presuppone il positivo accertamento della sola causalità 'materiale', tra la condotta e l'evento produttivo di danno, mentre nel successivo giudizio sul quantum va accertato il nesso di causalità giuridica tra il cd. danno evento e il cd. danno conseguenza.

(2) L'istituto della condanna generica è infatti una novità del codice di procedura civile del 1940 che ha cristallizzato una prassi giudiziaria: sulle radici storiche dell'istituto v. Carratta, *Condanna generica*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Milano, 1997, 11.

stato normalmente richiamato, nell'ambito dell'illecito aquiliano, al fine di ritenere la domanda risarcitoria comprensiva, in assenza di espressa esclusione, anche del danno biologico. Esso rimanda al principio della infrazionabilità o inscindibilità del giudizio di liquidazione del danno secondo cui a quest'ultima, di regola, si fa luogo in un unico contesto e, quindi, in un solo processo. Tale principio, peraltro, va bilanciato con quello, altrettanto generale, che riconosce una certa disponibilità delle parti nel processo, sì che - si sostiene in giurisprudenza ormai consolidata - una domanda di risarcimento parziale è ammissibile purché accettata da entrambe le parti (3), ovvero, come affermato da recente giurisprudenza (4), se il convenuto semplicemente non si oppone.

Come è noto, con pronuncia a sezioni unite del 15 novembre 2007, n. 23726 (5), la Cassazione, componendo il conflitto insorto tra sezioni diverse della medesima Corte, ha escluso, rovesciando un orientamento fatto proprio con la pronuncia a sezioni unite del 2000 (6), l'ammissibilità di una domanda parcellizzata, in quanto contraria al canone di buona fede *in executivis*, interpretata in funzione del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. nonché del principio del giusto processo cristallizzato nella norma dell'art. 111 Cost. La Corte ha sancito, in sostanza, l'esistenza di un principio generale di unitarietà dell'esecuzione della prestazione, salva la possibilità, in presenza di determinati presupposti normativamente previsti, di una pronuncia parziale ovvero di una condanna generica con eventuale condanna del debitore al pagamento di una provvisoria. In particolare, si riteneva che il frazionamento della pretesa creditoria concretizzasse un vero e proprio abuso del diritto (*sub specie* di abuso del processo) non giustificato da un interesse oggettivamente apprezzabile.

In quell'occasione, la dottrina non mancava di rilevare che ritenere contraria a buona fede *tout court* la domanda frazionata di un credito, senza considerare gli aspetti contingenti che ne determinano la richiesta parziale, rischiava di rivelarsi una ingessatura del sistema rimediale. Al contrario, si segnalava, occorreva considerare gli elementi del caso concreto al fine di stabilire se, in effetti, la domanda contraria alla unicità del rapporto obbligatorio fosse davvero espressione di un atteggiamento emulativo in danno della controparte e non frutto di una scelta ragionata e sorretta da un interesse apprezzabile.

In precedenza (e a riprova della delicatezza del rapporto tra i due principi giuridici che ci occupa) il consesso riunito di legittimità aveva ammesso la

possibilità per il creditore di una determinata somma, dovuta in virtù di un unico rapporto obbligatorio, la facoltà di chiedere giudizialmente un adempimento parziale. L'orientamento permissivo nei confronti della parcellizzazione della domanda risarcitoria faceva leva, tra gli altri argomenti, proprio sull'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della richiesta di condanna generica limitata all'*an debeat*, così come a quella separata del maggior danno *ex art. 1224 c.c.*

La domanda di condanna generica risponde infatti, come prima si accennava, ad un apprezzabile interesse ratificato dall'ordinamento positivo con la formulazione del codice del 1940, nei limiti delle preclusioni processuali che impongono di esercitare il relativo diritto fin dall'inizio nella fase dell'introduzione della causa.

La nozione bipolare del danno e la concezione unitaria del danno non patrimoniale

Il riconoscimento, a livello positivo, di un apprezzabile interesse ad una decisione 'parziale' della causa si riflette, inevitabilmente, sulla concezione dell'illecito aquiliano: laddove, infatti, si reputi ammissibile, ai fini di ottenere una condanna generica, il mero accertamento di una condotta *contra ius* (e della sua imputabilità al danneggiante), si presuppone una concezione di illecito aquiliano che valorizza tale elemento piuttosto che il versante del pregiudizio (7).

A tal proposito, e per quel che rileva ai fini delle nostre brevi considerazioni, è doveroso ricordare come a partire dall'apertura all'atipicità dell'illecito civile, contrassegnata dalla nota Cass., sez. un., n.

Note:

(3) Quale logico corollario a tale principio, Cass. 24 giugno 2009, n. 14782, in *Foro it.*, Rep., 2009, voce *Appello civile*, n. 29, ha affermato che quando nel giudizio di primo grado sia stata proposta una domanda generica di condanna al risarcimento dei danni, la domanda in appello di liquidazione del danno è da considerarsi nuova e quindi inammissibile. Altresì, dal principio dispositivo della domanda discende, come affermato da Cass. 18 febbraio 2011, n. 4051 che se l'attore chiede una domanda specifica il giudice non può, di ufficio, pronunciare una condanna generica ma deve eventualmente respingere la domanda laddove la prova in ordine al *quantum debeat* si riveli insufficiente.

(4) Cass. n. 25510 del 16 dicembre 2010.

(5) In *Foro it.*, 2008, I, 1514, con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*.

(6) Cass. 10 aprile 2000, n. 108, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Obbligazioni in genere*, n. 16.

(7) Tale impostazione, pure sostenuta in dottrina, rende, naturalmente, la condanna generica priva di obbligo e, quindi, non una vera e propria pronuncia di 'condanna': sul punto Carratta, cit.

500/1999 (8), si sono sviluppate varie concezioni di danno - tra cui, *in primis*, la categoria del danno esistenziale - in relazione (non alla situazione giuridica lesa - *contra ius* - ma) alle conseguenze pregiudizievoli per il danneggiato. Peraltro, in riferimento all'oggetto specifico portato dal caso odierno, vale a dire il danno non patrimoniale, l'evoluzione ora tratteggiata ha subito, come è noto, un significativo *revirement*. Basti ricordare che, con la pronuncia a Sezioni Unite n. 26973/2008 (9), la Corte Suprema ha ancorato il danno non patrimoniale ad ipotesi connotate da tipicità, vale a dire ai casi previsti dalla legge (*in primis* il reato) e alla lesione degli interessi costituzionalmente garantiti, riproponendo una lettura dell'art. 2043 c.c. improntata al canone dell'ingiustizia del danno (del *contra ius*) ed alla preventiva selezione degli interessi giuridici lesi. In questa ricostruzione, lo stesso art. 2059 c.c. non delinea una autonoma specie di danno (morale) ma presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi delineati dall'art. 2043 c.c., sì che il sistema risarcitorio viene ad essere ricompattato nella bipolarità del danno: quello patrimoniale (atipico) e quello non patrimoniale (tipico), quest'ultimo, a sua volta, ricondotto ad unitarietà (10).

Alla luce del percorso argomentativo cui si è fatto brevemente cenno, quindi, la domanda di condanna generica al risarcimento del danno non patrimoniale sembrerebbe avere poco a che fare con il principio di infrazionabilità del credito di cui si assume costituire una deroga. E infatti, se la fisionomia ontologica del danno non patrimoniale, così come oggi delineato, è di carattere unitario e radicalmente diverso rispetto al danno patrimoniale, in quanto basato su fattispecie tipiche di lesioni *contra ius* che condividono con il danno patrimoniale il fatto generatore di danno ma non le sue conseguenze, viene da chiedersi fino a che punto le due voci di danno (patrimoniale e non patrimoniale) rispondano ad una esigenza di trattazione unitaria del giudizio liquidatorio, tanto da richiedere la messa in campo del principio dispositivo.

È evidente infatti - e l'odierna sentenza, nell'approfondire l'aspetto della quantificazione del danno patrimoniale sofferto da CIR in ragione della pronuncia oggetto di corruzione, ne dà chiara dimostrazione - che gli aspetti relativi al danno patrimoniale e alla sua quantificazione richiedano una istruttoria affatto diversa rispetto a quella necessaria al fine di liquidare il danno non patrimoniale.

Se dunque, oltre ad evitare un ingiustificato aggravio della posizione del debitore, si assume che il principio generale di unicità del credito e del relati-

vo giudizio di liquidazione soddisfi una esigenza di economia processuale e di buona amministrazione (della giustizia), in linea con i dettami di cui all'art. 111 Cost., con l'impedire una proliferazione di istruttorie vertenti sul medesimo fatto sol perché, più o meno arbitrariamente, il creditore ha formulato le sue domande risarcitorie in tempi diversi; se si assume questo dato, si diceva, la domanda ad una condanna generica, con riserva di liquidazione in un successivo giudizio, che involga già in partenza tutte le possibili voci di danno non patrimoniale (né potrebbe essere diversamente, per quanto prima detto in ordine alla attuale configurazione di questa voce di danno) non sembra porsi in contrasto, in radice, con il principio di unitarietà del credito, formulato in relazione a ben altre fattispecie foriere, potenzialmente, di comportamenti opportunistici in danno del creditore.

Non è un caso, seguendo questa linea argomentativa, che l'irrigidimento delle maglie in ordine all'ammissibilità della domanda frazionata del credito, assunta dalle sezioni unite nel 2007, concerna il credito al pagamento di una prestazione di origine contrattuale nella quale, per principio, il fondamento

Note:

(8) Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di Palmieri-Pardolesi.

(9) Si fa riferimento, naturalmente, a Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 128 ss., con nota di Pardolesi e Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, che ha rivisitato l'intera categoria del danno non patrimoniale riconoscendone l'unitarietà ed escludendo l'ammissibilità di sottovoci di danno quali, appunto, il danno esistenziale. V. anche Cass., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, che, pur sancendo il principio secondo cui l'area del danno non patrimoniale si identifica con quella del danno "morale", intende l'espressione danno morale in senso lato; si sottolinea che la categoria del danno non patrimoniale è unitaria, e quindi la concezione del danno è bipolare, dividendosi l'area tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

(10) Al di là delle ambiguità di fondo che la dottrina non ha mancato di evidenziare, ha l'indubbio pregio di enucleare il principio, difficilmente sconfessabile, della unitarietà del danno non patrimoniale togliendo dal giro, in un sol colpo, le categorie del danno esistenziale, del danno biologico, del danno da perdita del rapporto parentale con tutta la dialettica che tali ricostruzioni ha accompagnato negli ultimi venti anni. Si è sottolineato, al riguardo, che in realtà le fattispecie di reato espandono la categoria degli interessi giuridici lesi oltre il livello di tipicità declamato, in quanto le fattispecie di reato non sempre coincidono, quanto a bene giuridico tutelato, con interessi meritevoli di tutela alla luce del sistema civilistico, mentre la categoria degli interessi costituzionalmente protetti appare in continua evoluzione soprattutto con riguardo ai diritti inviolabili della persona: sul punto, l'argine imposto dai giudici di legittimità al risarcimento di danni 'non seri', attiene alla sfera (non più della lesione dell'interesse giuridico ma) delle conseguenze della condotta (danno conseguenza) sì che si ritornerebbe a quella concezione del danno, basata sul pregiudizio che, *in thesi*, si era ritenuta metodologicamente scorretta: così Pardolesi-Simone, cit. 128 ss.

dell'azione è esattamente identico sia in ordine al fatto generatore del credito che in ordine alla fondatezza della domanda; sì che appare, in linea di principio, e salve le dovute eccezioni, irragionevole la richiesta di un adempimento parziale con riserva di chiedere il residuo.

Al contrario, in relazione al credito da illecito extracontrattuale, il principio di unicità del risarcimento e della relativa liquidazione è stato valorizzato precipuamente allo scopo (nel vigore delle sotto tipologie di danno morale, biologico e quant'altro) di evitare la necessità di specificazione di tutte le possibili voci di danno e, al contrario, di impedire la

proposizione di un nuovo giudizio allorché una di tali voci di danno fosse stata esplicitamente esclusa dal *petitum*.

A fronte, quindi, della una nozione bipolare del danno e della unitarietà del danno non patrimoniale, così come si è venuta oggi a configurare, nonché del positivo riconoscimento dell'interesse ad una condanna generica meritevole di costituire una eccezione al principio di concentrazione del giudizio, il nesso tra domanda di condanna generica del danno non patrimoniale e principio di infrazionabilità del credito finisce, forse, con l'assumere contorni più evanescenti.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Codice penale commentato III ed.

Con CD-Rom allegato

A cura di Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci

L'Opera fornisce il **commento** articolo per articolo del **Codice penale**, e di alcuni tra i più importanti **provvedimenti complementari** (l. 75/1958: **Prostituzione**; l. 194/1978: **Interruzione della gravidanza**; d.p.r. 309/1990: **T.U. sugli stupefacenti**; d.lgs. 286/1998: **T.U. Immigrazione – commentato per la prima volta** in questa edizione; d.lgs. 274/2000: **Giudice penale di pace**; e dei **reati societari** (artt. 2621-2642 c.c.).

Il commento è aggiornato con tutte le **ultime modifiche normative**: l. d.lgs. 24 marzo 2011, n. 50, **in tema di precursori di droghe**; la l. 26 novembre 2010, n. 199 (c.d. legge **"svuota carceri"**); la l. 4 novembre 2010, n. 201 (**"protezione animali da compagnia"**); la l. 13 agosto 2010, n. 136 (**"piano antimafia"**); la l. 2 luglio 2010, n. 108 (**"lotta contro la tratta di esseri umani"**).

Da ultimo, si è tenuto conto di una recentissima pronuncia della **Corte di Giustizia UE 28 aprile 2011, n. C-61/11PPU**, sull'**inosservanza dell'ordine di espulsione** e il contrasto della normativa italiana con la direttiva europea sui rimpatri dei clandestini.

L'Opera è integrata dal testo della Costituzione, dalle Disposizioni sulla legge in generale, dalle Disposizioni di coordina-

mento e transitorie per il codice penale, e dagli Indici (analitico, per autori, per articoli, delle abbreviazioni).

Particolare attenzione è dedicata alle **Note procedurali** poste in calce agli articoli del Libro II del Codice.

L'Opera, suddivisa in **tre volumi** (con Cd-Rom), racchiusi in un pratico ed elegante cofanetto, rappresenta da sempre il Commentario più **approfondito ed autorevole** presente sul mercato.

Il **Cd-Rom allegato** assicura la **completezza dei contenuti dell'opera cartacea** (testo dell'articolo, sommario con *link* ai singoli commenti e bibliografie), e garantisce **piene funzionalità di ricerca** (per articolo e *full text*) rendendo agevole ed immediata la consultazione. In aggiunta, tramite **link ipertestuali**, è possibile consultare le **massime** della giurisprudenza e le **norme** citate nei commenti.

Ipsoa 2011, Euro 290,00

Per informazioni e acquisti

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

