

The Trento Law and Technology Research Group Student Paper n. 25

LEGGERE (NEL)LA GIURISPRUDENZA:

**53 SENTENZE INEDITE IN TEMA DI
RESPONSABILITÀ CIVILE NELLE
ANALISI DI 53 ANNOTATORI IN
FORMAZIONE**

a cura di Umberto Izzo

Contributi di:

Remo Andreolli, Dalila Maccioni,
Alberto Mantovani, Chiara Marchetto,
Mariasole Maschio, Giulia Massimo,
Alice Matteotti, Michele Mazzetti,
Piera Mignemi, Chiara Milanese,
Giacomo Mingardo, Anna Laura Mogetta,
Amedeo Monti, Sara Morandi, Benedetta Munari,
Edoardo Nadalini, Serena Nanni, Vania Odorizzi,
Antonia Palombella, Emanuele Pastorino,
Julia Pau, Tommaso Pedrazzani, Patrizia Pedretti,
Vera Perricone, Beatrice Pevarello, Lara Piasere,
Marta Pilotto, Marco Poli, Anna Polito,
Carlo Alberto Pulejo, Silvia Riccamboni,
Roberta Ricchiuti, Lorenzo Ricco, Eleonora Righi,
Francesca Rigo, Chiara Romano, Antonio Rossi,
Eleonora Rotola, Alessandro Ruffini,
Denise Sacco, Giulia Sakezi, Chiara Salati,
Matteo Santomauro, Silvia Sartori, Angela Sette,
Bianca Stelzer, Giorgia Trentini, Silvia Trovato,
Giulia Urbanis, Maria Cristina Urbano,
Nicol Veccaro, Veronica Villotti, Giulia Visentini,
Letizia Zavatti, Elena Zucchi

ISBN: 978-88-8443-664-1

COPYRIGHT © 2016 DEL CURATORE E DEGLI AUTORI
DEI CONTRIBUTI INDICATI NEL FRONTESPIZIO

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group
Student Papers Series Index
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

IRIS:
<http://hdl.handle.net/11572/130202>

Questo paper © Copyright 2016 del Curatore e degli Autori dei contributi indicati nel frontespizio è pubblicato con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>>

**READING (IN) THE CASELAW:
53 UNPUBLISHED JUDGEMENTS DEALING WITH CIVIL
LIABILITY LAW ANALYZED WITH ANNOTATIONS
AND COMMENTS BY 53 STUDENTS DURING
THEIR CIVIL LAW COURSE**

ABSTRACT

This work publishes 53 annotations and comments to as many judgments of courts of first instance that were not already commented when they were assigned for the task. These annotations and comments deal with several issues of the law of civil liability. They were selected among the works authored by the more than 120 students who attended the course of Civil law (focusing on the Law of civil liability) held at the Faculty of Law of the University of Trento by Umberto Izzo in the academic year 2014/2015, as take home work that students could electively choose in order to integrate and strengthen the evaluation of the final exam of the course.

KEYWORDS

Civil liability, Damages, Teaching of the law, Skills of the jurist

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Remo Andreolli, Dalila Maccioni, Alberto Mantovani, Chiara Marchetto, Mariasole Maschio, Giulia Massimo, Alice Matteotti, Michele Mazzetti, Piera Mignemi, Chiara Milanese, Giacomo Mingardo, Anna Laura Mogetta, Amedeo Monti, Sara Morandi, Benedetta Munari, Edoardo Nadalini, Serena Nanni, Vania Odorizzi, Antonia Palombella, Emanuele Pastorino, Julia Pau, Tommaso Pedrazzani, Patrizia Pedretti, Vera Perricone, Beatrice Pevarello, Lara Piasere, Marta Pilotto, Marco Poli, Anna Polito, Carlo Alberto Pulejo, Silvia Riccamboni, Roberta Ricchiuti, Lorenzo Ricco, Eleonora Righi, Francesca Rigo, Chiara Romano, Antonio Rossi, Eleonora Rotola, Alessandro Ruffini, Denise Sacco, Giulia Sakezi, Chiara Salati, Matteo Santomauro, Silvia Sartori, Angela Sette, Bianca Stelzer, Giorgia Trentini, Silvia Trovato, Giulia Urbanis, Maria Cristina Urbano, Nicol Veccaro, Veronica Villotti, Giulia Visentini, Letizia Zavatti, Elena Zucchi authored their work as third year students of the Faculty of Law of the University of Trento, who attended the class of Civil law held in the Academic Year 2014/15 by prof. Umberto Izzo between February and April 2015.

**LEGGERE (NEL) LA GIURISPRUDENZA:
53 SENTENZE INEDITE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ
CIVILE NELLE ANALISI DI 53 ANNOTATORI IN
FORMAZIONE**

ABSTRACT

Questa pubblicazione raccoglie 53 annotazioni e commenti a sentenze di merito inedite (alla data dell'assegnazione) vertenti su vari ambiti problematici della responsabilità civile. Gli scritti sono stati selezionati fra i lavori redatti dai circa 120 frequentanti del corso di Diritto civile tenuto dal prof. Umberto Izzo nell'anno accademico 2014/2015, quale prova scritta utile a fini del superamento dell'esame di profitto finale.

PAROLE CHIAVE

Responsabilità civile, Danni, Insegnamento del diritto, Abilità del
giurista

INFORMAZIONI SUGLI AUTORI

Remo Andreolli, Dalila Maccioni, Alberto Mantovani, Chiara Marchetto, Mariasole Maschio, Giulia Massimo, Alice Matteotti, Michele Mazzetti, Piera Mignemi, Chiara Milanese, Giacomo Mingardo, Anna Laura Mogetta, Amedeo Monti, Sara Morandi, Benedetta Munari, Edoardo Nadalini, Serena Nanni, Vania Odorizzi, Antonia Palombella, Emanuele Pastorino, Julia Pau, Tommaso Pedrazzani, Patrizia Pedretti, Vera Perricone, Beatrice Pevarello, Lara Piasere, Marta Pilotto, Marco Poli, Anna Polito, Carlo Alberto Pulejo, Silvia Riccamboni, Roberta Ricchiuti, Lorenzo Ricco, Eleonora Righi, Francesca Rigo, Chiara Romano, Antonio Rossi, Eleonora Rotola, Alessandro Ruffini, Denise Sacco, Giulia Sakezi, Chiara Salati, Matteo Santomauro, Silvia Sartori, Angela Sette, Bianca Stelzer, Giorgia Trentini, Silvia Trovato, Giulia Urbanis, Maria Cristina Urbano, Nicol Veccaro, Veronica Villotti, Giulia Visentini, Letizia Zavatti, Elena Zucchi sono studenti iscritti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento che nel corso del terzo anno di studi hanno frequentato il corso di Diritto civile impartito nell'A.A. 2014/15 dal prof. Umberto Izzo fra il febbraio e l'aprile 2015.

“LEGGERE (NEL)LA GIURISPRUDENZA”: PRESENTAZIONE DEL CURATORE

Sono lieto di presentare questa raccolta di note e commenti a sentenze pubblicata nella LawTech Student Paper Series, una collana di papers curata dai responsabili del gruppo di ricerca LawTech, operante nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento.

Si tratta del venticinquesimo lavoro pubblicato in questa collana, avviata dai curatori nel 2010 con l’intento di valorizzare e divulgare i migliori e più interessanti scritti redatti da studenti rielaborando le tesi di laurea o gli elaborati predisposti in occasione della frequenza dei vari corsi impartiti dai docenti curatori della collana presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

In questo caso vengono presentati quelli che a giudizio di chi scrive si sono rivelati essere i migliori elaborati predisposti dai circa 110 studenti, sui circa 125 frequentanti complessivi, che hanno scelto di accompagnare la frequenza del corso di Diritto civile dell’anno accademico 2014/15 (svoltosi nel secondo semestre, fra febbraio e aprile 2015), svolgendo un cimento opzionale che sarebbe stato oggetto di valutazione per integrare gli esiti dell’esame di profitto finale.

Misurarsi con l’annotazione e il commento di una sentenza di merito inedita (va da sé, alla data del cimento) è, in effetti, uno dei modi migliori per cominciare a varcare una fondamentale “linea rossa”. Che è quella che separa due tipologie di studenti.

Lo studente di giurisprudenza che ha saputo apprendere le abilità necessarie a studiare un libro di testo, con gli eventuali materiali integrativi indicati dal docente, e a prendere appunti durante le ore di lezione per integrarli nei propri schemi, il quale quindi padroneggia la capacità di declinare il tutto in un processo di apprendimento nel quale la conoscenza ricevuta viene organizzata in vista di una verifica sulla capacità di fare propri *contenuti dati*.

E il giovane giurista che, oltre a ciò, comincia a sviluppare le abilità necessarie ad analizzare la *law in action*, mettendo a frutto gli strumenti della ricerca giuridica (per tutti, PASCUZZI, Cercare il diritto, Bologna, 2011 e ult. ed.).

Così facendo, questo studente entra in contatto diretto con la complessità su cui corre l’interazione fra le fonti del diritto contemporaneo e si cimenta con la soluzione di problemi inediti, essendo indotto a creare un *proprio* discorso, nel quale le conoscenze apprese e attivamente ricercate sono rielaborate in forma critica e (in misura variabile) originale, confrontandosi con la scrittura, che è un’abilità fondativa per qualsiasi giurista (per tutti, PASCUZZI, *Giuristi si diventa, Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, 2013 e ult. ed.).

Così facendo, il giurista in formazione non si limita a fare propri *contenuti dati*, ma *crea e restituisce* nuova informazione nel corso del

proprio personale processo di apprendimento (PASCUZZI, *La creatività del giurista*, Bologna, 2013 e ult. ed.).

Il che accade in un percorso che fa sì che conoscenze e abilità si saldino in un tutto inscindibile, destinato a restare al discente (anche sul vecchio e ormai poco valorizzato registro mnemonico) in un modo profondamente diverso da quanto accade quando lo studente impara a fare propria una conoscenza altrui, che – per quanto chiaramente, seduttivamente ed esaustivamente trasmessa – è destinata a restare una conoscenza, appunto, *data*.

Il giovane giurista impara così a far sue le abilità necessarie a criticare e mettere in discussione un'argomentazione, seguendo i codici espressivi che l'annotazione richiede di padroneggiare e porre in atto, nel rispetto di alcune convenzioni precise, a un tempo formali e sostanziali.

Fra queste: 1) capire il senso profondo e il precipitato concreto dell'argomentazione vagliata, redigendo la massima (e, volendo, descrivendo i contorni rilevanti del fatto dal quale essa promana); 2) inserire la massima in un sistema di concetti che catalogano la conoscenza giuridica (individuando p. es. i neretti); 3) raccogliere e citare correttamente i riferimenti normativi rilevanti impiegati per giungere all'argomentazione condensata nella massima; 4) inserire, attraverso un sistema di richiami, il succo dell'argomentazione (la massima) sia nel contesto della giurisprudenza di legittimità, che nel crescente *mare magnum* delle sentenze di merito edite, nonché nel *corpus* della dottrina ritenuta rilevante per confermare o criticare quella stessa argomentazione; 5) tematizzare e costruire un proprio discorso in una traiettoria metonimica, che va dal particolare al generale.

Al termine di questa traiettoria egli ha, finalmente, la possibilità di tornare indietro (dal generale al particolare), per dichiararsi d'accordo con l'argomentazione vagliata, oppure per muovere ad essa, con toni sorvegliati, una critica costruttiva, mettendo in rilievo antinomie o altri deficit argomentativi, che solo una visione sistematica e ad ampio spettro sul problema affrontato permette di mettere adeguatamente a nudo, e così proporre una nuova argomentazione e un differente percorso interpretativo volto a risolvere il medesimo problema vagliato dall'autore della prima argomentazione.

Qualche cenno su come è stata concepita e organizzata questa esperienza didattica.

Il corso di Diritto civile tenuto da chi scrive nell'A.A. 2014/15 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento affronta i temi della responsabilità civile, intesa quale ambito tematico del diritto civile, nel quale i classici "istituti" della responsabilità extracontrattuale si mescolano, in un tutto unitario e sul piano pratico sempre meno scindibile, con gli istituti della responsabilità nascente dall'inadempimento di una obbligazione che preesiste al danno.

I danni che nel loro insieme questi istituti possono indurre a traslare da un convenuto ad un attore hanno ormai anch'essi natura unitaria, obbedendo a regole e principi che, nelle loro linee portanti, non

differiscono (se non per quanto prevede l'art. 1225 c.c.), quale che sia la regola di responsabilità sull'*an* azionata per giustificarne l'applicazione.

La varietà e la tipologia dei casi risolti dalle sentenze di merito oggetto di annotazione e commento in questa raccolta di scritti s'incaricano di confermare quanto appena detto più di ogni considerazione teorica.

I piani s'intersecano sempre più spesso (emblematico, tacendo possibili critiche alla soluzione adottata, il caso del clandestino danneggiato dall'attività illegittima del Ministero dell'Interno, che in questa raccolta viene analizzato).

E mettono di fronte a un fatto compiuto quanti si avviano ad apprendere come praticare il metodo civilistico nel settore della responsabilità civile, inducendo a chiedersi se nel 2016 possa ancora avere senso insegnare un corso monografico di diritto civile sulla responsabilità civile, limitando l'attenzione alle regole che la sistematica degli studi civilistici ha approfondito tenendo ferma la tradizionale, autonoma considerazione "istituzionale" della responsabilità extracontrattuale (o dei "fatti illeciti").

In linea con questa impostazione più generale del corso sono state quindi reperite attraverso le banche dati e a volte attraverso internet (che sempre più spesso restituisce interessanti sentenze di merito in formato anastatico, scannerizzato in file pdf), circa 110 recenti sentenze depositate in vari Tribunali della penisola sui più disparati profili suscettibili di rivelarsi d'interesse alla luce dei contenuti del corso.

Per dialogare con gli studenti ci si è avvalsi di una piattaforma didattica Moodle che ha permesso di interagire in tempo reale con quanti frequentavano il corso, raccogliendo le manifestazioni di interesse potenziale all'iniziativa, per poi procedere, una volta formalizzata dagli interessati questa volontà di partecipazione, all'invio del testo della sentenza, assegnata casualmente a ciascun partecipante verso la fine del corso di lezioni.

The screenshot shows the Moodle course interface for 'Diritto Civile (Izzo)'. The header is orange with the course title and a logo. The main content area is white and contains a welcome message: 'Cari ragazzi (ricordatevi di personalizzare il vostro profilo!!!) benvenuti!'. Below this, there are sections for 'BENVENUTI nella comunità del corso', 'di seguito le', 'INFORMAZIONI BASE DEL CORSO', 'ACCESSO ALLE RIVISTE', and 'ACCESSO AL CATALOGO CBT'. A prominent blue banner reads 'FORUM PROVA SCRITTA (con esami)/LABORATORIO VOLUME COLLETTANO'. The right sidebar contains several widgets: 'PERSONE' (Participants), 'MESSAGGI' (Messages), 'UTENTI ONLINE' (Online Users), 'RICERCA NEL FORUM' (Search in Forum), 'CALENDARIO' (Calendar), 'Filtro eventi' (Event Filter), 'NOTIZIE RECENTI' (Recent News), and 'MyCLASSES'.

Ciascun partecipante - non senza aver ricevuto una formazione specifica sugli skills della ricerca mediante le banche giuridiche messe a disposizione degli studenti per la consultazione in remoto da UNITN - si è pertanto visto assegnare una linea personale dedicata all'interno del Moodle. In queste linee individuali è stato possibile documentare l'intero flusso di interazioni intrattenute da ciascun studente col docente durante le tre settimane concesse per redigere il proprio elaborato, fino allo scadere di una deadline adottata convenzionalmente per parametrare la valutazione dell'impegno dei partecipanti al medesimo ambito temporale, avvalendosi di una impostazione che permetteva a tutti i 120 frequentanti del corso di seguire e far tesoro in tempo reale del dibattito intercorrente fra uno qualsiasi dei propri colleghi di corso e il docente.

Diritto Civile (Izzo)

Home > I miei corsi > Archivio corsi 2014-2015 > Giurisprudenza > DirCiv2015 > Pagina introduttiva > Forum prova scritta

Cerca nel forum

Gruppi visibili: Tutti | partecipanti

In questo Forum troveranno posto:

- una linea docente, nella quale troverete le indicazioni, le regole, i modelli per il corretto espletamento della prova scritta individuale;
- le vostre linee individuali, nelle quali troverete le sentenze assegnate individualmente e nelle quali posterete le rispettive prove entro la deadline assegnata;
- gli sviluppi dei contributi destinati a confluire nel volume collettaneo.

[Aggiungi un argomento di discussione](#)

Pagina: 1 2 (Successivo)

Discussione	Iniziato da	Gruppo	Repliche	Non letto /	Ultimo intervento
Rosson	 Umberto Izzo		4	0	Giorgia Rosson gio, 3 set 2015, 15:52
Trovato	 Umberto Izzo		4	0	Silvia Trovato gio, 13 ago 2015, 12:41
Pubblicazione collettanea	 Umberto Izzo		7	0	Umberto Izzo mer, 12 ago 2015, 12:22
Pedrazzani	 Umberto Izzo		7	0	Tommaso Pedrazzani mer, 12 ago 2015, 11:25
Marchetto	 Umberto Izzo		5	0	Chiara Marchetto mer, 12 ago 2015, 11:03
Pedretti	 Umberto Izzo		4	0	Patrizia Pedretti mar, 11 ago 2015, 23:52
Ruffini	 Umberto Izzo		4	0	Alessandro Ruffini mar, 11 ago 2015, 20:12
Rigo	 Umberto Izzo		8	0	Francesca Rigo mer, 5 ago 2015, 14:52
Morandi	 Umberto Izzo		4	0	Sara Morandi mer, 5 ago 2015, 12:17

pagine del sito

Il mio profilo

Corso in uso

DirCiv2015

Partecipanti

Report

Pagina introduttiva

NEWS

CALENDARIO CORSO

LAB DIRITTO DELLA MEDICINA PERSONALIZZATA

LAB Tecniche di accertamento e liquidazione del

Interazioni

Come accedere alla community

MY CLASSES

Prova scritta facoltativa di fine corso

INFO PER LA PREPARAZIONE DELL'ESAME

I laboratori ausiliari alla didattica del corso

Forum prova scritta

1 - Lezione introduttiva del corso

...oracica sulle fonti dell'obbligazione risarcitoria

3 - Cenni comparatistici

...tto illecito nel prisma dell'ingiustizia del danno

Ancora sull'ingiustizia

Il dolo, la colpa e l'autoresponsabilità

Colpa, autoresponsabilità e causalità (segue)

...t. 1227 c.c. e la responsabilità di diritto civile

La causalità

... danno da cose, da animali e da rovina di edifici

Le responsabilità indirette

Intermezzo di metà corso: cineforum

Il contratto che protegge

Dialoghi di diritto civile

... pericolose e il danno da circolazione di veicoli

...arabola della responsabilità da prodotto difettoso

L'obbligazione inadempita

La c.d. "responsabilità da contatto sociale"

Recupero temi non trattati

Fondamentale in questa fase è stato proporre ai partecipanti un file word recante un modello unitario, contenente il testo di una sentenza e un esempio dettagliato ed esplicato di annotazione e commento, redatto in conformità agli standard editoriali della rivista *Il Foro Italiano*, a cui guardare per trarre esempio e ispirazione. Non meno fondamentale è stato garantire agli studenti un help desk on line che aiutasse a superare i problemi incontrati da ciascuno nella stesura del proprio lavoro.

Diritto Civile (1220)

Home > I miei corsi > Archivio corsi 2014-2015 > Giurisprudenza > DirCiv2015 > Pagina introduttiva > Forum prova scritta > Odorizzi

Cerca nel forum

Visualizza le repliche in formato ridotto

Sposta la discussione in... Sposta

Odorizzi
di Umberto Izzo - lunedì, 20 aprile 2015, 03:39

124 - DNP straniero.docx

Linea personale di Vania

Modifica | Elimina | Rispondi

Re: Odorizzi
di Vania Odorizzi - lunedì, 4 maggio 2015, 19:41

Gentile Professore,

io avrei una domanda relativa all'individuazione delle massime in sentenza. Nel caso di specie il giudice richiama le sentenze della Corte di Cassazione n. 26972-26973-26973/2008, in cui si afferma l'unicità e tipicità del danno non patrimoniale, per arrivare poi a valutare in via equitativa, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto, l'entità del danno da lesione del rapporto parentale. Danno che secondo l'impostazione richiamata, vede già ricompreso il danno morale. E' corretto individuare un'unica massima? O nell'individuazione delle massime dobbiamo dar conto, separatamente, di questioni che rientrano nel percorso argomentativo che il giudice segue per rispondere alla questione principale?

Mi scusi per il disturbo.

Visualizza intervento genitore | Modifica | Sposta altrove | Elimina | Rispondi

Re: Odorizzi
di Umberto Izzo - martedì, 5 maggio 2015, 00:06

Il principio di diritto è una regola che decide in ordine ad una particolare domanda spiegata dall'attore, formulata in termini astratti e generali. Quanto dire che il meglio che potete fare per formulare IN TERMINI il vostro cimento massimativo è guardare attentamente ai precedenti e guardare come è stata massimata una sentenza che, in relazione al problema evocato dalla vostra sentenza, è stata già massimata, per poi procedere su quella base a formulare gli adattamenti che ritenete congrui in relazione al vostro caso specifico. Ricordatevi che la massima ha un primo segmento generale e poi la possibilità di una specificazione nei termini del: nella specie, l'attore....

Il problema della sentenza di Vania è stato già oggetto di precedenti e sono sicuro che PRECEDENTI ALLA MANO sarai in grado di trovare la formula che riassume la regola enunciata dal giudice del caso...

a presto

ui

Pagine del sito
Il mio profilo
Corso in uso
DirCiv2015
Partecipanti
Report
Pagina introduttiva
NEWS
CALENDARIO CORSO
LAB DIRITTO DELLA MEDICINA
LAB Tecniche di accertamento
Interazioni
Come accedere alla comunità
MY CLASSES
Prova scritta facoltativa di fine
INFO PER LA PREPARAZIONE
I laboratori ausiliari alla didattica
Forum prova scritta
Odorizzi
1 - Lezione introduttiva del corso
...oratoria sulle fonti dell'obbligo
3 - Cenni comparatistici
...tutto illecito nel prisma dell'ingiustizia
Ancora sull'ingiustizia
Il dolo, la colpa e l'autoresponsione
Colpa, autoresponsabilità e causa
...t. 1227 c.c. e la responsabilità
La causalità
... danno da cose, da animali e
Le responsabilità indirette
Intermezzo di metà corso: cinema
Il contratto che protegge

Gli esiti della valutazione comparativa sul proprio elaborato sono stati resi noti ai partecipanti prima dell'esame orale di profitto, per consentire a ciascuno di migliorare la propria preparazione in vista dell'esame finale, facendo tesoro dei rilievi critici ricevuti.

Dopo il superamento dell'esame orale, è stata chiesta ai partecipanti dichiararsi propensi a sfruttare l'opportunità di vedere pubblicato il proprio lavoro la disponibilità a un supplemento di impegno per perfezionare e migliorare il proprio elaborato in vista della consegna finale. A consegna avvenuta chi scrive si è riservato di effettuare una valutazione finale per decidere quali contributi fossero idonei alla pubblicazione.

Come si vede, questo processo dialogico con gli studenti sarebbe stato impossibile in mancanza di una tecnologia che permettesse di effettuarlo, anche e molto al di là delle ore dedicate all'esperienza delle lezioni frontali.

La selezione dei 53 (sugli iniziali 115 e passa) contributi presentati in questo Student Paper raccoglie, in base al soggettivo e fatalmente fallace giudizio di chi scrive, gli esempi più notevoli di questo cimento collettivo.

Su di essi è stato operato un editing finale, che, anche in considerazione della lunghezza del lavoro nel quale questa raccolta ha finito per prender forma, è ancor lungi dal soddisfare parametri di forma anche solo vicini alla perfezione (nonostante le tante raccomandazioni, in molti contributi gli standard di citazione non sono uniformi; in numerosi casi i contributi, nonostante l'impegnativo lavoro di editing, contengono ancora errori ortografici, di sintassi, di forma e – non mi sento di escluderlo – di sostanza, che consiglierebbero di investire ancora tempo per proseguire nel lavoro di curatela.

Questa consapevolezza deve però fare i conti con la disponibilità di una risorsa da sempre scarsa in chi dedica la propria vita all'insegnamento e alla ricerca: il tempo.

Si chiede quindi al volenteroso frequentatore di queste quasi 1300 pagine un'indulgenza plenaria nel valutare con benevolenza gli errori, le imprecisioni e le ingenuità ancora presenti negli scritti qui presentati. Che, però, confidando in questa indulgenza, si pubblicano senza ulteriori esitazioni per almeno due o tre ragioni.

La prima è che in alcuni casi i lavori sono davvero stimolanti, e in molti casi accompagnano la lettura di sentenze inedite di sicuro *interesse*. Come tale, questa pubblicazione non manca di rivelare margini di utilità per altri studenti e anche per chi è ormai entrato a pieno titolo nella (mitica e indistinta) categoria degli "operatori del diritto".

La seconda è che questi contributi - in tutti i casi - denotano il notevole *impegno* profuso da chi li ha redatti, in alcuni casi con esiti che rasentano l'eccellenza, se si considera che sono scritti da studenti a metà del loro corso di studi. E questo impegno merita di essere premiato.

La terza, di gran lunga più importante, è che questi scritti dimostrano che i loro autori hanno visto nascere una *passione* per quello che stavano studiando, e auspicabilmente, per quello che decideranno di fare attraverso il proprio studio (che a rigore è destinato a non terminare mai: l'espressione "completati i suoi studi in" è solo una convenzione linguistica).

È questa una delle virtù (c'è una sottile differenza fra abilità e virtù? forse...) più difficili da scovare e valorizzare durante il corso dei propri studi, e non solamente per il giurista. Anche perché si tratta di una virtù tacita e latente, che da qualche parte ciascuno di noi possiede, e che attende il momento giusto nel quale, in un dialogo fra mente e cuore, riesce a manifestarsi, trasformandosi da quel momento in poi nel più fidato e formidabile alleato per affrontare con successo le sfide e le tante difficoltà che la vita professionale prospetta, regalandoci – e proprio qui sta il bello - il piacere di venirne a capo.

Il lettore si sarà accorto di tre termini messi volutamente in corsivo in queste righe: *interesse*, *impegno* e *passione*. Qualità che ho riscontrato nei 53 autori dei contributi presentati in questa pubblicazione, e in tutti gli altri studenti che, con la loro partecipazione, hanno reso vivo il corso di Diritto civile impartito nell'anno accademico 2014/2015. Di questo voglio, ancora una volta, ringraziarli.

Buona lettura.

Lavis, gennaio 2016

Umberto Izzo

**LEGGERE (NEL) LA GIURISPRUDENZA:
53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile
nelle analisi di 53 annotatori in formazione**

a cura di Umberto Izzo

PARTE PRIMA

**RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO DI
UN’OBBLIGAZIONE PREESISTENTE AL DANNO**

1. **“Avvocato, risponda”: analisi critica della responsabilità civile del professionista forense** (Nota a Trib. Bologna, 24 aprile 2014) di **GIACOMO MINGARDO** 17
2. **Da difensore a convenuto: come valutare la responsabilità dell'avvocato?** (Nota a Trib. Pisa, 30 gennaio 2015) di **VERA PERRICONE** 35
3. **Il difetto di coordinamento in chirurgia: la responsabilità civile nella medicina d’equipe e la liquidazione dei danni al paziente e ai suoi parenti** (Nota a Trib. Milano, 27 gennaio 2015, decisa il) di **SILVIA SARTORI** 58
4. **Il chirurgo accondiscendente: la responsabilità civile per erroneo inserimento di protesi all’anca** (Nota a Trib. Taranto, 9 gennaio 2015) di **LARA PIASERE** 105
5. **Decreto Balduzzi: alla ricerca di un nuovo equilibrio tra la tutela delle vittime di *malpractice* e la serenità giudiziaria dei medici** (Nota a Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013) di **PIERA MIGNEMI** 126
6. **Chi non connette paga: la responsabilità del fornitore di servizi ADSL** (Nota a Trib. Bologna 20 novembre 2014) di **GIORGIA TRENTINI** 178
7. **Negoziare con uno spread di informazione: la responsabilità del promotore finanziario** (Nota a Trib. di Genova, 27 dicembre 2014) di **ALBERTO MANTOVANI** 210

8. **La responsabilità civile delle poste per “phishing” informatico: chi abbocca è perduto!** (Nota a Trib. Prato, 19 marzo 2014) di **BENEDETTA MUNARI** 230
9. **I camperisti traditi e il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale** (Nota a Trib. Modena, 18 settembre 2014) di **ANGELA SETTE** 244

PARTE SECONDA

RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

10. **“Chi è causa del suo mal, sia risarcito”: profili critici della causa di giustificazione della legittima difesa** (Nota a Trib. Modena, 13 gennaio 2010) di **DENISE SACCO** 261
11. **I limiti della responsabilità dell’incapace: la necessità di una riforma** (Nota a Trib. Aosta, 22 gennaio 2013) di **MARIA CRISTINA URBANO** 287
12. **Pugni e infedeltà: il danno da aggressione post tradimento fra responsabilità endofamiliare e induzione all’inadempimento dei doveri coniugali** (Nota a Trib. Modena, 11 settembre 2014) di **EDOARDO NADALINI** 309
13. **Lo storno di dipendenti tra Costituzione, “animus nocendi” e ingiustizia del danno** (Nota a Trib. Milano, 31 ottobre 2014) di **JULIA PAU** 326
14. **Le due anime della responsabilità civile degli insegnanti** (Nota a Cass., sez. III, 20 febbraio 2015, n. 3365) di **MARIASOLE MASCHIO** 348
15. **I limiti alla responsabilità dell’insegnante** (Nota a Cass, sezione III, 16 febbraio 2015, n. 3081) di **CHIARA MARCHETTO** 370
16. ***Culpa in vigilando*: responsabilità quasi oggettiva, prova della liceità del fatto** (Nota a Trib. Firenze, 7 luglio 2014) di **LETIZIA ZAVATTI** 381
17. **Maestri e allievi a contatto: rilievi critici sulla teoria del contatto sociale** (Nota a Trib. Potenza, 16 gennaio 2015) di **BEATRICE PEVARELLO** 405

18. **L'alunno e lo scivolo: la responsabilità civile della scuola per le attività ludiche svolte dagli alunni durante la permanenza nell'istituto scolastico** (Nota a Trib. Roma, 26 marzo 2015, decisa il) di **CHIARA SALATI** 439
19. **La responsabilità civile durante l'ora di educazione fisica** (Nota di Trib. Firenze, 9 settembre 2014) di **SILVIA TROVATO** 461
20. **Lo scontro fra calciatori durante l'ora di educazione fisica fra responsabilità dell'insegnante e dell'istituto scolastico e scriminante sportiva** (Nota a Trib. Roma, 25 agosto 2014) di **MARCO POLI** 477
21. **Il giovane cestista danneggiato e l'associazione sportiva: responsabilità del sorvegliante, tutela contrattuale dell'atleta e scriminante sportiva** (Nota a Trib. Roma, 25 agosto 2014) di **ANNA LAURA MOGETTA** 501
22. **La responsabilità del docente e del personale scolastico nei confronti degli allievi minori** (Nota a Trib. Roma, 25 agosto 2014) di **SARA MORANDI** 518
23. **La culpa in vigilando dei precettori e dei maestri d'arte: tra consolidati orientamenti e prospettive in divenire** (Nota a Trib. Cassino, 30 ottobre 2014) di **ELEONORA RIGHI** 535
24. **Collisione fra sciatori e presunzione di responsabilità paritetica** (Nota a Trib. Frosinone, 2 dicembre 2014) di **ELENA ZUCCHI** 562
25. **Art. 2051 c.c. vs. art. 2043 c.c.: una lotta a colpi di "insidie e trabocchetti"** (Nota a Trib. Reggio Emilia, 23 ottobre 2014) di **MATTEO SANTOMAURO** 580
26. **Il danno da partita di calcetto: la tensione fra responsabilità oggettiva e imputazione soggettiva e la moltiplicazione delle voci di danno** (Nota a Trib. Palmi, 6 ottobre 2014) di **REMO ANDREOLLI** 594
27. **La responsabilità oggettiva da caduta sul pavè** (Nota a Trib. Milano, 8 gennaio 2014) di **DALILA MACCIONI** 621
28. **Chi custodisce l'albero caduto sulla sede stradale? La custodia nell'art. 2051 c.c.** (Nota a Trib. Trento, 2 febbraio 2015) di **SERENA NANNI** 643

29. **Responsabilità civile e custodia del marciapiede** (Nota a Trib. Taranto, 27 gennaio 2015) di **AMEDEO MONTI** 666
30. **Uscita dal box auto e custodia del basculante dannoso** (Nota a Trib. Trento, 28 aprile 2014) di **ANTONIO ROSSI** 680
31. **Il ciclista e le buche stradali: l'art. 2051 in bicicletta** (Nota a Trib. Lucca, 16 gennaio 2015) di **ALESSANDRO RUFFINI** 696
32. **Il sinistro stradale in area privata: responsabilità, assicurazione e quantificazione del danno** (Nota a Trib. Pisa, 10 febbraio 2015) di **ANTONIA PALOMBELLA** 711
33. **Presunzione di corresponsabilità in caso di incidente in assenza di scontro tra veicoli e lesioni "micropermanenti"** (Nota a Trib. Padova, 23 gennaio 2015) di **MICHELE MAZZETTI** 743
34. **Lezione di equitazione e caduta da cavallo** (Nota a Trib. Foggia, 6 novembre 2014) di **FRANCESCA RIGO** 767
35. **Il costo della libertà dei caprioli: danno da fauna selvatica e responsabilità della p.a.** (Nota a Trib. Bologna, 9 gennaio 2015) di **GIULIA MASSIMO** 782
36. **Il balcone pericolante e la moto nuova: la responsabilità da rovina di edifici** (Nota a Trib. Palermo, 9 luglio 2013) di **CARLO ALBERTO PULEJO** 802
37. **Diffamazione a mezzo stampa e diritto di cronaca: baluardo di democrazia o filtro tirannico del pensiero?** (Nota a Trib. Cassino, 22 maggio 2014) di **ANNA POLITO** 814
38. **I confini del diritto di cronaca e la liquidazione del danno nella diffamazione a mezzo stampa** (Nota a Trib. Rimini, 9 dicembre 2014) di **BIANCA STELZER** 837
39. **Il manubrio difettoso: responsabilità da prodotto difettoso e ruolo della giurisprudenza** (Nota a Trib. Modena, 5 marzo 2014) di **SILVIA RICCAMBONI** 863

40. **Lo scooter in fiamme: la responsabilità presunta del produttore come ipotesi di responsabilità ibrida** (Nota a Trib. Pisa, 7 gennaio 2015) di **GIULIA VISENTINI** 885
41. **Necrosi epidermica tossica da farmaco: quale tutela risarcitoria per il consumatore?** (Nota a Trib. Bergamo, 23 novembre 2013) di **ELEONORA ROTOLA** 911
42. **L'incendio del camper trasportato: responsanbilità da prodotto difettoso e danno a cose non destinate all'uso personale del danneggiato** (Nota a Trib. Firenze, 24 marzo 2014) di **GIULIA SAKESI** 937
43. **Il danno da emotrasfusioni infette: il rapporto fra prevenibilità e imputabilità** (Nota a Trib. Bologna, 5 gennaio 2015) di **NICOL VECCARO** 953
44. **Il sangue (infetto) si è fermato a Eboli: colpa omissiva, causalità e prescrizione nella responsabilità dello Stato per il contagio da HCV per via ematica** (Nota a Trib. Salerno, 1 luglio 2014) di **EMANUELE PASTORINO** 985

PARTE TERZA

IL DANNO

45. **Danno da ululato, responsabilità civile da immissioni condominiali intollerabili e tutela della salute** (Nota a Trib. Lucca, 10 gennaio 2014) di **GIULIA URBANIS** 1024
46. **Mobbing, demansionamento e licenziamento illegittimo: diritto al risarcimento danni e al reintegro in azienda** (Nota a Trib. Santa Maria di Capua Vetere, 10 febbraio 2015) di **ALICE MATTEOTTI** 1039
47. **La responsabilità civile del datore di lavoro e i rischi da esposizione a fibre di amianto** (Nota a Trib. Prato, 28 gennaio 2015) di **PATRIZIA PEDRETTI** 1079
48. **Quando lavorare costa caro: il danno differenziale nel risarcimento a seguito di infortunio sul lavoro** (Nota a Trib. Milano, 3 dicembre 2014) di **ROBERTA RICCHIUTI** 1103

49. **Il danno biologico e l'ardua mediazione tra principio di integrale risarcimento e principio di unitarietà del danno non patrimoniale** (Nota a Trib. Massa, 10 febbraio 2015) di **TOMMASO PEDRAZZANI** 1137
50. **“Judge made law” e danno non patrimoniale: visioni a confronto dopo le sentenze di San Martino** (Nota a Trib. Bologna, 9 maggio 2014) di **CHIARA MILANESE** 1177
51. **Il danno differenziale: terreno di confronto tra tutela previdenziale e sistema risarcitorio** (Nota a Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015) di **MARTA PILOTTO** 1200
52. **Danno da illegittima espulsione del clandestino e responsabilità civile del Ministero dell'Interno** (Nota a Trib. Roma, 10 febbraio 2014) di **VERONICA VILLOTTI** 1228
53. **Il caso limite dello straniero extracomunitario non residente in Italia fra riconoscibilità/commensurabilità del danno non patrimoniale e diritti inviolabili** (Nota a Trib. Bologna, 19 dicembre 2014) di **VANIA ODORIZZI** 1253
- I LawTech Student Papers pubblicati dal 2010 ad oggi** 1283

“AVVOCATO, RISPONDA”: ANALISI CRITICA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA FORENSE

di Giacomo Mingardo

IL CASO

In seguito al decreto ingiuntivo con il quale s'ingiungeva il pagamento in favore dell'avvocato De Siena a titolo di compenso per l'attività svolta in relazione a due cause radicate innanzi al tribunale di Bologna, XX proponeva opposizione. Contestualmente avanzava domanda riconvenzionale per il risarcimento dei danni subiti in seguito all'inadempimento. L'avvocato si opponeva contestando la fondatezza della opposizione, chiedendone il rigetto e conferma del decreto ingiuntivo. Chiedeva inoltre una volta accertato il diritto di credito esistente, il pagamento delle spese processuali.

La causa riguarda l'opposizione di XX al decreto ingiuntivo con il quale gli si intimava di pagare a titolo di compenso l'avvocato De Siena. Tale diritto di credito è maturato in seguito a due cause radicate innanzi al tribunale di Bologna intentate dall'avvocato opposto al decreto su incarico dell'opponente contro due delibere del condominio di residenza dell'opponente.

Il giudice dapprima qualifica la prestazione resa dall'avvocato come un'obbligazione di mezzi, individuando l'oggetto della prestazione nella messa a disposizione della propria opera intellettuale per raggiungere il risultato, non nel suo conseguimento. Il giudice, dunque, asserisce che la valutazione dello svolgimento dell'attività debba avvenire in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176 co.2 cod. civ. ossia la diligenza del professionista di media attenzione e preparazione.

Esaminando le sentenze che presentano l'inadempimento dell'avvocato, il giudice non ravvisa elementi da poter indurre l'avvocato a ritenere l'esito della causa scontato. Infatti l'impugnazione delle delibere non appariva ex ante del tutto arbitraria.

Per questo motivo, il giudice ritiene l'insussistenza del nesso causale, in quanto entrambe le cause si presentavano ex ante di esito incerto e in ogni caso non certamente a sfavore del proponente. Il giudice inoltre non ravvisa neppure un profilo di colpa in capo al professionista il quale in un caso aveva consigliato di accettare la transazione proposta dal CTU e in un altro aveva sconsigliato l'impugnazione in appello avverso la sentenza che dava torto al preponente per solidi motivi di diritto e di fatto. In entrambi i casi era stata la ferma volontà del cliente a determinare le scelte successive dell'avvocato.

Pertanto il giudice rigetta l'opposizione e la domanda riconvenzionale dell'opponente e conferma il decreto ingiuntivo.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Annelisa Spagnolo, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 3406/2005 promossa da:
XX (c.f. ...omissis...), con il patrocinio dell'avv. Addolorata Pastore; elettivamente domiciliato in via Lodovico Berti 2, 40131 Bologna, presso il difensore avv. Addolorata Pastore

OPPONENTE

contro

SALVATORE DE SIENA (c.f. ...omissis...), con il patrocinio dell'avv. Salvatore De Siena, elettivamente domiciliato in Via Barberia n. 10, 40100 Bologna presso il difensore avv. Salvatore De Siena

OPPOSTO

In punto a: opposizione a decreto ingiuntivo n. 6640/2004

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso *come da verbale di udienza di precisazione delle conclusioni*.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione tempestivamente e ritualmente notificato XX proponeva opposizione al decreto ingiuntivo n. 6640/2004 con il quale gli si ingiungeva il pagamento in favore dell'avvocato Salvatore De Siena di € 4.463,64 a titolo di compenso per l'attività svolta in relazione a due cause radicate innanzi al Tribunale di Bologna contro il Condominio di Via (omissis) n. 2, Casalecchio di Reno, portanti i numeri 6690/1995 R.G. e 6952/1997 R.G., onde ottenerne la revoca, previo accertamento dell'inadempimento del professionista al mandato ricevuto.

Avanzava altresì domanda riconvenzionale, per conseguire il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'allegato inadempimento quantificati in € 8.184,09 o nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Si costituiva in giudizio il professionista opposto, contestando ogni fondatezza della spiegata opposizione, chiedendone l'integrale rigetto con conseguente conferma del decreto ingiuntivo opposto, in subordine accertato e dichiarato il proprio diritto di credito, condannare al pagamento degli onorari risultati dovuti all'esito dell'espletata istruttoria.

Con provvedimento del 01.06.2006 il G.I. rigettava la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto.

La causa era dunque istruita mediante produzioni documentali delle parti.

Infine all'udienza del 19.09.2013 il G.I. sulle conclusioni precisate dai procuratori delle parti tratteneva la causa in decisione.

§

Così brevemente riassunta la controversia e passando ad esaminare la fondatezza della pretesa formulata dal professionista opposto, deve fin d'ora evidenziarsi come l'esistenza, la natura ed il contenuto del rapporto negoziale dedotto in giudizio, nonché l'integrale esecuzione da parte dello stesso opposto delle pattuite prestazioni, non costituiscano oggetto di contestazione neppure da parte dell'odierno opponente.

Quest'ultimo infatti si è limitato ad eccepire l'inadempimento dell'avvocato al mandato conferito in applicazione del parametro della diligenza professionale.

In relazione all'an quindi la pretesa azionata dall'opposto risulta senza dubbio legittima e fondata.

Per quel che riguarda il quantum debeatur, come detto l'opponente eccepisce l'inadempimento del professionista opposto, avanzando conseguente pretesa risarcitoria. Deve, dunque, evidenziarsi che l'attività professionale prestata dall'ingiungente ha riguardato due procedimenti rubricati al n. 6990/1995 ed al 6952/1997, promossi dall'opponente nei confronti del Condominio di Via (omissis) n. 2 - Casalecchio di Reno aventi a oggetto entrambi l'impugnazione di due delibere condominiali, poi riuniti e definiti con sentenza n. 92/2000 emessa dall'intestato Tribunale in data 17 gennaio 2000.

Riferisce l'opponente di essersi rivolto nel corso dell'anno '95 al professionista opposto al fine di valutare l'opportunità di impugnare una delibera assembleare datata 11/04/1995 del Condominio di Via (omissis) n. 2 - Casalecchio di Reno - Bologna relativamente all'approvazione del rendiconto esercizio anno 1994/1995 e preventivo spese anno 1995/1996 per un complessivo di lire (£.) 25.317.758, nella parte in cui venivano inserite, tra le altre voci, "riparazioni perdite tetto R(omissis) e G(omissis) Ga(omissis)" e "ripristino danni infiltrazioni acqua tetto nella proprietà G(omissis) Gi(omissis)" per una somma di lire (£.) 1.498.500 ovvero il rimborso di spese effettuate dai singoli condomini in relazione a parti esclusive degli stessi senza alcuna preventiva autorizzazione dell'amministratore o dell'assemblea condominiale.

L'ingiungente procedeva, dunque, pacificamente alla redazione dell'atto di citazione in opposizione alla predetta delibera (doc. 3 di parte opponente) sull'assunto che la stessa fosse nulla o comunque annullabile per violazione dell'art. 1134 c.c., ponendo quale principale motivo di impugnazione che gli esborsi dei singoli condomini non riguardassero parti comuni dell'edificio ma parti di proprietà esclusiva degli stessi.

La causa successivamente promossa dal professionista su incarico dell'opponente riguarda l'impugnazione di una nuova delibera assembleare del 13/10/1997 avente medesimo oggetto (doc. 11 di parte opponente), come detto poi riunita infatti alla causa n. 6990/1995 R.G..

All'esito di ampia istruttoria, svoltasi attraverso audizione di testimoni, nonché l'espletamento di CTU, il Tribunale definiva i due procedimenti riuniti respingendo le domande proposte dall'attore e condannando lo stesso alla rifusione delle spese sostenute dal condominio convenuto, liquidate in complessivi 9.099.940, oltre oneri accessori.

§

Lamenta quindi l'opponente vari profili di negligenza del professionista opposto in ordine alle azioni proposte.

Come è noto le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo. Pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ., che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione (vedi tra le ultime Cass. Sez. 3, Sentenza n. 18612 del 05/08/2013).

Deve dunque evidenziarsi come, anche al di là dei singoli motivi di doglianza sollevati dall'opponente in ordine alla mancanza di diligenza del professionista incaricato, il principale motivo posto a fondamento dell'impugnazione della delibera del giorno 11 aprile del 1995, oggetto del primo giudizio, riguardava l'avvenuta approvazione, con il

voto contrario dell'opponente, del rendiconto esercizio 1994-1995 e del preventivo spese per l'anno successivo che avevano erroneamente attribuito al condominio spese riguardanti singoli condomini.

Al riguardo lo stesso Condominio costituendosi aveva confermato che i lavori avevano avuto tra gli altri anche ad oggetto il ripristino dei danni riguardanti il soffitto dell'unità immobiliare di proprietà esclusiva di G(omissis) Gi(omissis) (vedi costituzione e risposta del condominio di cui doc.to 3 di parte opposta).

È poi la stessa motivazione della sentenza che ha definito il giudizio nonché l'ampia istruttoria come detto svoltesi tramite testi e CTU a confermare l'esito non scontato del giudizio.

Si legge infatti in motivazione, con riferimento alle spese sostenute negli appartamenti dei condomini Guida e Rossi nel periodo maggio-luglio 1994 che "appare corretta oltre che ragionevole l'assunzione del relativo onere economico da parte del Condominio, anche per prevenire un possibile contenzioso, tenuto conto della non significativa consistenza di detto onere, giusta le produzioni documentali di parte convenuta" (vedi pag. 11 della sentenza).

Pertanto se è vero che tale modesto onere rendeva parimenti non opportuna l'iniziativa giudiziaria voluta dall'opponente, la stessa non era preventivamente valutabile come errata, attenendo alla risoluzione di questione comunque opinabile, così essendo tenuta la parte a sopportarne il relativo onere economico causalmente non ricollegabile a negligenza del professionista, che anzi risulta avere adeguatamente portato avanti la controversia nell'evidente interesse del cliente ad iniziarla e proseguirla.

È solo il caso di osservare con riferimento all'allegata contestazione sollevata dalla difesa dell'opponente di non avere il professionista opposto adeguatamente coltivato la domanda di illegittimità della delibera anche ai sensi dell'art.1136 c.c. inizialmente indicato quel secondo motivo di impugnazione in atto di citazione, che al contrario il denunciato profilo di illegittimità della delibera per mancata autorizzazione dell'Amministratore o dell'Assemblea condominiale risulta riproposto in comparsa conclusionale, non potendosi in tal modo ancorché implicitamente rinunciato (punto 3 della comparsa conclusionale prodotta dall'opposto).

§

A non dissimili conclusioni deve pervenirsi con riferimento all'altra causa sempre avente ad oggetto l'impugnazione di delibera condominiale adottata in data 13 ottobre 1997 in ordine all'intero primo punto dell'avviso di convocazione relativo anche all'approvazione degli stessi lavori di rifacimento del tetto di cui alla prima delibera condominiale, nella quale si sollevava anche contestazioni in ordine alla quota addebitatagli, poi rettificata dal condominio in corso di causa.

Deve al riguardo rilevarsi che il professionista opposto ha dato atto, senza sul punto ricevere contraria dimostrazione, che tale impugnativa si fondava sulla tesi dell'opponente comprovata in base alla quale i vizi addotti dall'amministratore nell'assemblea erano risultati in realtà inesistenti a seguito della perizia di parte redatta su incarico dell'opponente medesimo prima dell'inizio della causa (vedi doc.to 9 di cui alla comparsa di costituzione e risposta).

Secondo l'opponente l'amministratore, d'accordo con alcuni condomini, aveva in tal modo perseguito interessi extra-condominiali, così individuandosi l'eccesso di potere.

La tesi della perizia redatta dal professionista incaricato dall'opponente è stata tuttavia sconfessata dalla CTU disposta in corso di causa la quale ha accertato sia la presenza di

infiltrazioni prima dell'esecuzione dei lavori che la loro effettuazione a regola d'arte nonché la congruità dei prezzi corrisposti all'impresa incaricata.

Anche in tal caso solo l'ampia istruttoria espletata nell'ambito del procedimento ha portato al rigetto della domanda.

§

Va peraltro osservato che nel corso del giudizio interveniva una seconda delibera che riconoscendo le doglianze dell'attore in ordine ai conteggi per i versamenti intervenuti faceva sul punto venir meno la materia del contendere.

Anche sotto tale profilo l'impugnazione non appariva ex ante del tutto arbitraria.

§

Pertanto il danno lamentato dall'opponente rappresentato dalle spese di soccombenza non può dirsi causalmente ricollegabile ad un non corretto esercizio del mandato professionale in ordine all'introduzione delle controversie, che si presentavano almeno ex ante di esito incerto e comunque non chiaramente a sfavore del proponente.

E' solo il caso di osservare che neppure si può imputare al professionista opposto di non avere chiesto nelle proprie conclusioni almeno la compensazione delle spese di lite, trattandosi da un lato di istanza implicita nella richiesta di condanna alla loro integrale rifusione, dall'altro di potere discrezionale esercitabile autonomamente dal giudicante pur nei previsti limiti-normativi in sede di decisione anche nell'ipotesi di soccombenza integrale.

Quanto ai pretesi pregiudizi patrimoniali derivanti dalla negligenza del difensore incaricato per non avere rilevato che nella richiesta di liquidazione delle spese legali da parte del difensore del condominio vi era una duplicazione delle voce spese generali al 10% come allora dovute, avendo il Tribunale liquidato un importo complessivo di lire 1.570.940 per esborsi, trattandosi di errore facilmente rilevabile anche dalla parte sulla base di quanto indicato nel dispositivo della sentenza e che avrebbe potuto prontamente essere risolto mediante una richiesta di restituzione dell'importo eventualmente in eccesso corrisposto.

Da ultimo deve rilevarsi che il difensore opposto ha allegato fin dalla costituzione in giudizio, senza sul punto ricevere contraria confutazione, di avere consigliato all'opponente, all'esito dell'espletata istruttoria di segno non favorevole e, quindi, stante il ridotto margine di successo a quel punto prevedibile, di trovare un accordo transattivo quale suggerito dal CTU in sede di espletamento dell'incarico (vedi pag. 4 della relazione peritale di cui al doc.to 11 di parte opposta), il quale peraltro prevedeva l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti fino a quel momento sostenute. Tale proposta accettata dal convenuto, non trovava al contrario l'adesione dell'odierno opponente, che chiedeva l'integrale rifusione delle spese di lite. Anche sotto tale profilo il preteso danno subito non pare, pertanto, riconducibile a colpa dell'ingiungente.

Infine il professionista opposto risulta avere adeguatamente espletato il proprio mandato professionale anche in fase successiva alla definizione in primo grado delle controversie, consigliando il cliente, data l'istruttoria espletata che aveva portato a sconfessare le tesi sostenute in giudizio, di rinunciare a promuovere appello avverso la sentenza che gli dava torto, in quanto la stessa aveva un solido fondamento in diritto ed in fatto nonché perché emessa da giudice autorevole in quella materia, come riferito dalla stessa difesa dell'opponente (vedi doc.to 18 di parte opponente).

§

Pertanto in base alle argomentazioni sopra svolte, accertato l'adeguato adempimento da parte del professionista opposto del mandato conferito e comunque il difetto di nesso causale in ordine ai lamentati pregiudizi patrimoniali subiti, peraltro evitabili in caso di perfezionamento dell'accordo transattivo proposto in sede di CTU, l'opposizione e la domanda riconvenzionale risarcitoria dell'opponente vanno rigettate, con conseguente conferma del decreto ingiuntivo.

Non vi è infatti motivo di discostarsi dalla valutazione di congruità del compenso azionato effettuata dal competente Consiglio dell'Ordine degli avvocati, risultando gli onorari riconosciuti parametrati al valore ed entità dell'attività svolta dall'opposto quale documentata agli atti di causa.

Va da ultimo rigettata la domanda risarcitoria ex art. 96 c.p.c. avanzata da parte opposta indimostrata nell'an come nel quantum.

Le spese seguono la soccombenza e vanno poste come da dispositivo a carico di parte opponente.

Le spese sono liquidate in conformità del D.M. 140/2012 essendosi l'attività dei difensori esaurita nella sua vigenza (vedi Cass. S.U. Sentenza n. 17405 del 12/10/2012).

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- rigetta l'opposizione e la domanda riconvenzionale proposta da XX e per l'effetto
- conferma il decreto ingiuntivo opposto n. 6640/2004;
- rigetta la domanda risarcitoria avanzata ex art. 96 c.p.c. da parte opposta;
- condanna altresì la parte opponente a rimborsare alla parte opposta le spese di lite, che si liquidano in, € 2100,00 per compenso di avvocato, oltre i.v.a., c.p.a..

TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA, sentenza 22 aprile 2014, n. 1334;
Giud. SPAGNOLO; XX (Avv. PASTORE) c. De Siena (Avv. DE SIENA).

Responsabilità civile – Avvocato – Diligenza del professionista - Obbligazione di mezzi (Codice civile, art. 1176, co. 2)

Danni civili – Responsabilità dell'avvocato - Spese di soccombenza oggetto del danno risarcibile - Nesso di causalità – Mancato riscontro di un sufficiente criterio probabilistico – Non risarcibili

L'obbligazione assunta dall'avvocato quale professionista intellettuale è un'obbligazione di mezzi, pertanto la responsabilità di quest'ultimo va valutata alla luce del criterio della diligenza enunciato dall'art. 1176, co. 2, c.c., ossia quella del professionista di media attenzione e preparazione. (1)

Il danno rappresentato dalle spese di soccombenza non può essere considerato causalmente imputabile alla mancata diligenza del professionista in ordine all'aver deciso di introdurre una controversia, ove l'esito del procedimento risulti ex ante non del tutto arbitrario e non destinato a veder soccombere il cliente con certezza, posto che il danno va imputato alla condotta negligente in base ad un criterio di sufficiente probabilità. (2)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità sulla qualificazione della prestazione del professionista forense come oggetto di un'obbligazione di mezzi si veda Cass. civ., 3 Ordinanza, 28 febbraio 2014, n. 4790 in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Avvocato*, n. 156; Cass. civ., 05 agosto 2013, n. 18612 in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Professioni intellettuali*, n. 17; Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2011, n. 8863 in *Contratti*, 2011, 11, 984 con nota di Tricorni, *Responsabilità dell'avvocato nello svolgimento dell'attività professionale*; Cass. civ. Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6967 in *Mass. Giur. It.*, 2006, 801; Cass., sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846 in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9; più in generale la qualifica di obbligazione di mezzi del professionista intellettuale si può riscontrare in Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2002, n. 2836 in *Mass. Giur. It.*, 2002, 323. In più in generale nella distinzione in obbligazione di mezzi e risultato per le professioni intellettuali Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Foro. It.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 227; Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781 in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Cassazione civile*, n. 230 in *extenso* in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, 4, 849.

Nella giurisprudenza di merito aderiscono al principio di diritto secondo cui l'obbligazione dell'avvocato è un'obbligazione di mezzi Trib. Padova, 18 novembre 2014, Giud. Marzella; Trib. Trento, 10 settembre 2013; Trib. Bari Sez. II, 12 gennaio 2011, Giud. Bianchi; Trib. Roma Sez. XIII, 26 ottobre 2010, Giud. Chiarenza; Trib. Roma Sez. XIII, 19 ottobre 2010, Giud. Parziale; Trib. Monza Sez. I, 18 maggio 201, Giud. Calabrò; e riguardo il professionista intellettuale Trib. Arezzo, 03 gennaio 2014, Giud. Martellassi; Trib. Roma Sez. XIII, 30 aprile 2013, Giud. Verusioha; Trib. Potenza, 29 febbraio 2012, Giud. Lo Sardo; App. Napoli, 22 ottobre 2008, Pres. Schettino. Si discosta dal considerare l'obbligazione assunta dal professionista intellettuale come obbligazione di mezzi Trib. Milano sez. V, 17 ottobre 2013, Giud. Catalano.

In dottrina, con riferimento alla responsabilità civile dell'avvocato si veda Rocco Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, Cedam, 2011; G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, Cedam, 2006 spec. Pagg.763-936. Con riferimento invece alla categoria generale della professione intellettuale si veda F. Busoni, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, Giuffré, 2011.

(2) In giurisprudenza constano precedenti sul punto. Nella giurisprudenza di legittimità all'imputazione del danno alla condotta dell'avvocato in base ad un criterio probabilistico si veda Cass. civ. Sez. II, 22 luglio 2014, n. 16690; Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2014, n. 3355 in *Mass. Foro it.*, 2014, voce *Avvocato*, 118; Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2011, n. 8863 in *Contratti*, 2011, 11, 984 con nota di Tricorni, *Responsabilità dell'avvocato nello svolgimento dell'attività professionale*; Cass. civ., sez. II, 27-05-2009, n. 12354 in *Mass. Foro. It.*, 2009, voce *Professioni intellettuali*, 714; Cass. civ. Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238 in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass. civ. sez. II, 10 luglio 2006, n. 15633 in *Mass. Foro. It.*, voce *Professioni intellettuali*, 1528; Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2002, n. 2836 in *Mass. Foro. It.*, 2002, voce *Professioni intellettuali*, 202.

In seno alla stessa Cassazione però a volte si valuta la sussistenza del nesso di causalità ricorrendo ad un criterio di certezza si veda Cass. civ. Sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22376 in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Avvocato*, n. 153 in *extenso* *Contratti*, 2014, 251, con

nota di Attinà; Cass., Cass., 27 maggio 2009, n. 12354 in *Resp. Civ. prev.*, 2009, 193 con nota di M. Azzalini, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*; Cass. civ., sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846 in *Mass. Foro it.*, 2005, voce *Professioni intellettuali*, 1544; Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1999, n. 722; 28 aprile 1994, n. 4044 in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Professioni intellettuali*, 63, 365;

Nella giurisprudenza di merito è ormai accolto il principio della ragionevole probabilità Trib. Salerno sez. II, 3 maggio 2014; Trib. Milano Sez. I, 24 ottobre 2013, Giud. Massari; App. Roma Sez. III, 05 settembre 2011, Pres. Buonomo; Trib. Roma Sez. XIII, 19 ottobre 2010, Giud. Parziale; Trib. Modena, 7 settembre 2004, Giud. Cigarini; App. Bologna, 18 maggio 2004, Pres. Agnoli, Est. Fischetti. Per la richiesta anche all'interno delle sentenze di giudice di merito di un danno imputabile ad una condotta di un avvocato basato su un nesso di causalità accertato con criteri di certezza si veda Trib. Bari Sez. III, Sent., 12 settembre 2014, Giud. Pellegrini; Trib. Roma Sez. XIII, 26 ottobre 2010, Giud. Chiarenza; Trib. Ruvo di Puglia, 01 aprile 2010, Giud. D'Angeli.

Sulla possibilità di esprimere un giudizio *ex ante* qualora gli elementi presentati all'avvocato non fossero stati a sfavore del cliente non sono presenti precedenti. L'unico precedente che rileva in senso contrario, in quanto all'avvocato la causa si era prospettata come chiaramente a sfavore del cliente, è descritta in Cass. civ., sez. III, 02 luglio 2010, n. 15717 in *Danno e Resp.*, 2011, 7, 742 nota di D. Covucci, *La responsabilità professionale dell'avvocato l'evoluzione continua*.

In dottrina sul tema del nesso di causalità del professionista intellettuale si richiama F. Busoni, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè, 2011; in generala sul tema del nesso di causalità all'interno del diritto civile si veda R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, Giappichelli, 2007.

IL COMMENTO

Sommario: 1. Introduzione; 2. Dal “modello classico” alla nuova responsabilità medica; 3. Obbligazione di mezzi o di risultato?; 4. Rapporto artt. 1176 e 2236 c.c.; 5. Nesso causale; 6 Danno patrimoniale e perdita di *chance(s)*; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

La professione forense rientra nella categoria delle professioni intellettuali, pertanto essa è assoggettata alle regole di responsabilità che si applicano a queste. Accanto ad una responsabilità penale, sancita dagli artt. 380, 381 e 382 cod. pen.¹, esiste anche una responsabilità civile. Tale responsabilità può essere contrattuale ed extracontrattuale².

¹ Art. 380 è rubricato “Patrocinio o consulenza infedele”. Art. 381 è rubricato “Altre infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico”, mentre art. 382 “Millantato credito del patrocinatore”. Per un'analisi attenta di queste tre fattispecie G. Fornasari, S. Riondato, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2013, 235-257. Il riferimento a tali articoli è tuttavia parziale. Essi sono fattispecie di reato proprio, in cui solo la qualificazione professionale di avvocato configura tali fattispecie. Resta ferma, dunque, l'ipotesi di integrazione di fattispecie di reato comune da parte dell'avvocato indipendentemente dalla sua qualifica professionale (è sufficiente citare tra i molti casi il reato di intralcio alla giustizia ex art. 377, reato comune).

² Le fattispecie di responsabilità aquiliana sono tuttavia circoscritte ad ipotesi particolari. Per una veloce rassegna cfr. G. Facci, *La responsabilità del professionista*, Cedam, Padova, 2006, 763-765

La sentenza in rassegna presenta il caso di un'opposizione ad un decreto ingiuntivo con il quale si intimava all'opponente di pagare l'avvocato per l'attività prestata in seguito a due cause che vedevano coinvolto l'opponente con la rappresentanza dell'avvocato convenuto successivamente in giudizio. La questione rientra pertanto all'interno della responsabilità contrattuale della professione forense, tema in costante evoluzione.

Partendo da una breve analisi storica del modello della responsabilità dell'avvocato, si prenderanno in considerazione gli elementi fondamentali emergenti nella sentenza per collocarli all'interno di questo dibattito giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito, e dottrinale³.

2. Dal “modello classico” alla nuova responsabilità medica

Il modello di responsabilità civile dell'avvocato inizialmente era il c.d. modello classico⁴, ossia si poteva avere responsabilità dell'avvocato solo in un numero limitato di ipotesi, generalmente riconducibili all'omissione di un atto processuale⁵. In questo senso la Cassazione aveva affermato che il procuratore in colpa per l'omessa interposizione di appello di cui avesse assunto l'incarico del proprio cliente potesse farsi carico del rimborso delle spese invano anticipategli, ma non del danno incerto ed eventuale desunto da una stima preventiva dell'esito della lite⁶. Similmente il tribunale di Roma aveva dichiarato che la responsabilità civile dell'avvocato potesse essere affermata solo in presenza di un rapporto certo tra diligenza ed esito favorevole. Ciò era ritenuto impossibile in quanto ogni sentenza era condizionata da una serie di fattori talvolta inimmaginabili tali per cui si è indotti a negare la sussistenza di un danno risarcibile anche in presenza di negligenza da parte del professionista forense⁷. Oppure ancora si può citare la corte di Cassazione che nel rigetto di un ricorso contro una pronuncia del tribunale de L'Aquila aveva sostenuto che “nessuna responsabilità può mai sussistere, quando si tratta di interpretare la legge, ovvero risolvere questioni opinabili⁸”.

Dalle pronunce citate si può evincere che la responsabilità civile dell'avvocato era considerata un'eccezione in quanto si basava su una alea impossibile da quantificare e da prevedere. Un ulteriore ostacolo era rappresentato dal principio di intangibilità del

³ Il presente contributo non mira ad un'esaustiva ricerca sulla responsabilità forense. Si prefigge, per quanto possibile, un'analisi critica degli elementi emergenti nella sentenza. La scelta di tali elementi piuttosto che di altri è dovuto alla diretta rilevanza all'interno della sentenza in esame oppure come elementi strettamente collegati a tali profili. Fermo perciò l'obiettivo di un'analisi critica e non un'esaustiva ricerca, lo svolgimento di tale contributo è avvenuto alla luce dei principi di sintesi, coerenza e coesione testuale. Per un'analisi completa vedi *Rassegna*; per un'analisi comparata si veda R. Favale, in *Rassegna*.

⁴ Espressione adottata da P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Utet, 1999

⁵ Appare utile citare alcune pronunce giurisprudenziali che partendo da tale impostazione hanno definito la responsabilità del professionista forense nei casi di errata notificazione di un atto (Cass., 18 giugno 1996, n. 5617 in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 638); oppure la mancata richiesta, nella fase istruttoria, di prove di evidente utilità (Cass., 6 febbraio 1998, n. 1286 in *Foro it.*, 1998, parte I, col. 1917); o ancora l'occultamento fraudolento al cliente di circostanze compromettenti l'esito della causa (App. Bologna, 25 luglio 1966)

⁶ Cassazione, 10 febbraio 1931, n. 495, in *Riv. Dir. Proc.* 1931, II, 260 con nota di Calamandrei, *Limiti di responsabilità del legale negligente*.

⁷ Tribunale di Roma, 3 marzo 1954, in *Giustizia civile*, 1954, 726

⁸ Cass., 3 ottobre 1957, n. 3589, in *Foro italiano*, 1957, I, 1774 con nota di Musatti.

giudicato, in base al quale si riteneva impossibile vagliare fatti e circostanze già vagliate dal giudice e oggetto di una sentenza passata in giudicato. Inoltre influiva sulla giurisprudenza la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazione di mezzo. Qualificare infatti la prestazione dell'avvocato come oggetto di un'obbligazione di mezzi imponeva che il creditore che accusasse il professionista intellettuale di inadempimento dovesse provare "la colpa" del professionista.⁹

Questo modello entra in crisi con il nuovo modello di responsabilità civile del medico, l'unificazione dell'onere della prova, il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, operata dalle sezioni unite della Cassazione nel 2008¹⁰. Tali elementi contribuiscono all'erosione del modello classico, allineando la responsabilità forense alla sempre più sviluppata responsabilità medica, ormai paradigma per la responsabilità in tema di professioni intellettuali. Sicuramente permane una certa resistenza nell'apertura della responsabilità forense¹¹, ma non si può negare i notevoli progressi compiuti dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La sentenza in esame è un ottimo spunto per osservare quanto appena affermato.

3. Obbligazione di mezzi o di risultato?

Le considerazioni del giudice del tribunale di Bologna trovano il loro fondamento nel qualificare l'obbligazione nei confronti dell'avvocato come una obbligazione di mezzi. È doveroso al riguardo ripercorrere la giurisprudenza della Suprema Corte in materia di distinzione in obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Nella sentenza 15781/2005¹² la Suprema Corte aveva abbandonato la distinzione tra le obbligazioni. Essa aveva affermato infatti che il regime della responsabilità del professionista fosse sempre il medesimo¹³ e pertanto "la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non ha, quindi, alcuna incidenza sul regime di responsabilità, ove è richiesto al professionista di attenersi a parametri molto rigidi di professionalità, notandosi in proposito come lo stesso standard di diligenza del professionista sia cresciuto sensibilmente, comprimendo di conseguenza l'area della colpa grave nei confronti di problemi tecnici di speciale difficoltà di cui all'art. 2236 c.c.¹⁴".

⁹ Interessante l'osservazione posta da D. Covucci e G. Ponzanelli secondo cui in questo modo sembrava che la relazione contrattuale si trasformasse in una dimensione rilevante ai sensi dell'art. 2043, con un peggioramento della posizione del danneggiato, in *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 12, 411.

¹⁰ Questa è la tesi sostenuta da D. Covucci e G. Ponzanelli, in *ivi*. In realtà come si potrà leggere nei paragrafi successivi la corte di Cassazione non ha mai integralmente applicato integralmente alla responsabilità civile forense i principi della responsabilità medica.

¹¹ Non bisogna cadere nella tentazione di imputare questa ritrosia a un qualche privilegio che rimanda all'idea di una sorta di "casta". Come si spiegherà successivamente, ciò è dovuto anche a delle differenze strutturali tra la figura dell'avvocato e quella delle altre professioni intellettuali, specialmente quella medica.

¹² Cass. civ., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa e diritto privato*, 2006, 781, con nota di Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi*.

¹³ "Il regime di responsabilità del professionista (la cd. colpa professionale) è sempre il medesimo, per cui, l'inadempimento, oltre che totale o dovuto a incuria o disattenzione, consiste generalmente nell'imperizia, ossia nell'errore determinato da ignoranza di cognizioni tecniche o da inesperienza professionale, sia quando il professionista risponde solo per dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.) sia quando - secondo le regole comuni - deve rispondere anche di colpa (art. 1176, comma 2, c.c.)."

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 28 luglio 2005, n. 1578, cit.

Seguiva neppure dopo trenta mesi un'altra importante sentenza¹⁵. Nel 2008 la Suprema Corte affermava infatti che la divisione in obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi fosse un' "impostazione non immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo."¹⁶ Tale affermazione era impiegata dalla Corte per sostenere, anche in seguito alla sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001¹⁷ in materia di onere della prova, che il debitore avrebbe dovuto dimostrare l'inadempimento oppure che tale inadempimento non fosse stato nella fattispecie causa di danno. È opportuno ricordare che in quest'ultima fattispecie, il caso concreto riguardava un caso di responsabilità medica. Ribadire ciò è necessario per comprendere il motivo per cui nelle pronunce successive la stessa Corte di Cassazione in materia di responsabilità civile dell'avvocato non si sia attenuta al principio enunciato nella sentenza 577/2008.¹⁸ Già nell'ottobre del 2008¹⁹, infatti, la Corte sosteneva che il cliente è tenuto, nel caso di responsabilità del professionista, a provare non solo il danno ma anche la sua diretta causazione alla attività inadeguata del professionista. Inoltre dallo scrutinio dovevano emergere gli effetti di una diversa attività se l'azione fosse stata proposta²⁰. Con tale pronuncia la Cassazione sembrava recuperare il modello che discende dalla qualificazione dell'obbligazione come obbligazione di mezzi.

In senso contrario sembrerebbe deporre però la recente ordinanza di Cassazione 2863/2014²¹. La corte, infatti statuisce che "nella determinazione degli onorari [rientra]

¹⁵ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, parte I, col. 455

¹⁶ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

¹⁷ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n.13533, in *Foro it.*, 2002, parte I, col. 769 in tale sentenza le sezioni unite della Cassazione prevedono che in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, che il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento debba soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento. Grava invece sul convenuto l'obbligo di dimostrare il fatto estintivo dell'obbligazione.

¹⁸ In tal senso R. Conte il quale sostiene che la pronuncia del 2008 era influenzata dal difficile onere probatorio che si era posto in materia sanitaria per il paziente emotrasfuso con sangue infetto e che tale difficoltà difficilmente possa ritrovarsi all'interno della responsabilità dell'avvocato. R. Conte, *In tema di responsabilità civile e deontologica dell'avvocato: novità giurisprudenziali e normative*, in *Corriere giuridico*, 2012, 3, 352.

¹⁹ Cass.civ., sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25266 in *Contratti*, 2009, 343, con nota di Michetti, *Responsabilità dell'avvocato e prova del danno*.

²⁰ "In materia di responsabilità del professionista, il esente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato causato dalla insufficiente o inadeguata attività del professionista e cioè dalla difettosa prestazione professionale. In particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della sua responsabilità implica l'indagine - positivamente svolta - sul sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, quindi, la certezza che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente, rimanendo, in ogni caso, a carico del professionista l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione" Cass.civ., sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25266, cit.

²¹ Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord., 07 febbraio 2014, n. 2863 in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Avvocato*, n. 171

anche la valutazione dei risultati e dei vantaggi conseguiti dal cliente.”. Nella stringata ordinanza la Corte sembra pertanto orientarsi nuovamente a configurare, per lo meno nella determinazione dell’onorario, la prestazione dell’avvocato come un’obbligazione di risultato²².

Numerosi sono stati gli scritti dottrinari riguardo alla distinzione in obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato. In proposito è doveroso citare autorevole dottrina²³. L’Autore sostiene che è impossibile operare una distinzione tra le obbligazioni: tutte le obbligazioni tendono a un maggiore o minore risultato finale.²⁴ Da ciò ne consegue che si applicherebbe a qualsiasi rapporto obbligatorio l’art. 1218 c.c.²⁵, articolo che presume, nel caso di inadempimento, la colpa del debitore il quale può liberarsi solamente laddove provi che la causa dell’inadempimento non sia a lui imputabile. La diligenza è perciò una “misura di imputabilità dell’impossibilità sopravvenuta dell’adempimento”²⁶. L’utilità della distinzione risulta dunque solo dal punto di vista definitorio, non essendo due categorie dogmatiche distinte in quanto il regime probatorio e di responsabilità è il medesimo.²⁷

Alla luce di tutto ciò, nell’affermazione della responsabilità dell’avvocato, è necessario tener conto della natura della professione. Non è infatti possibile considerare tout-court le prestazioni dell’avvocato solamente come oggetto di una prestazione di “comportamento” o in alternativa di risultato.²⁸ Compito infatti dell’interprete è quello di valutare i singoli profili, tenendo conto delle diversità delle prestazioni. In tal modo si

²² Nella massima della sopracitata sentenza si legge però che tale valutazione che tiene conto dei risultati e dei vantaggi conseguiti dal cliente non comporta la violazione del principio per cui l’obbligazione del professionista è di mezzi e non di risultato. Da tale enunciazione non è chiara la posizione della Cassazione, ossia se la distinzione in obbligazione di mezzi e di risultati sia meramente descrittiva oppure comporti una differente regime probatorio.

²³ L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazione di mezzi*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, 52 I, 189; a sostegno di tale tesi si veda anche C. M. Bianca, *Diritto civile- 4 l’obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1990

²⁴ “L’interesse-presupposto dell’obbligazione è sempre orientato al mutamento o alla conservazione di una situazione giuridica di fatto iniziale. Ma non sempre l’oggetto della qualificazione giuridica, ossia il contenuto del rapporto obbligatorio, coincide con la realizzazione di questo interesse che potremmo chiamare primario. Talvolta la tutela giuridica, che è misura del “dover avere” del creditore, è circoscritta a un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un’attività del debitore capace di promuovere l’attuazione dell’interesse primario. In tali ipotesi il fine tutelato, cioè appunto il risultato dovuto, non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell’interesse primario del creditore” Mengoni, *ult. op. cit.*, 188-189

²⁵ Diversamente si è ritenuto che la distinzione comportasse un mutamento nell’onere della prova: nelle obbligazioni di mezzi, il creditore avrebbe dovuto dimostrare la negligenza di quest’ultimo nell’esecuzione della prestazione, mentre nelle obbligazioni di risultato il debitore sarebbe stato gravato dell’onere della prova che il mancato risultato non fosse a lui imputabile. Secondo tale impostazione, il professionista intellettuale sarebbe stato responsabile per colpa, mentre nelle obbligazioni di risultati si individuava una responsabilità oggettiva.

²⁶ Mengoni, *ult. op. cit.*, 206

²⁷ Nelle obbligazioni dotate di un minor grado di predeterminazione, il debitore può rispondere del proprio inadempimento o dimostrando che il risultato della prestazione sia ciò che è possibile conseguire adottando i mezzi prescritti dal vincolo obbligatorio, o fornire la prova del fatto a lui non imputabile fonte di impossibilità della prestazione. Mentre il debitore nell’obbligazione caratterizzata da un risultato chiaramente predeterminato può solo dimostrare la prova dell’impossibilità a lui non imputabile. Cfr. S. Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 3, 713

²⁸ A sostegno di tale tesi: F. Busoni, *L’onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè, 2011, 150

riesce a operare un'unificazione all'interno della responsabilità professionale, adoperando un unico criterio, ossia il modello di responsabilità è dedotto dall'art. 1218 c.c. evitando così discriminazioni tra professioni intellettuali e non intellettuali e all'interno della stessa categoria delle professioni intellettuali, ma al contempo è possibile tener conto delle circostanze concrete.

Quanto detto riporta alla sentenza oggetto d'esame di questo contributo. Difficilmente il giudice poteva considerare tale prestazione una prestazione di risultato. La determinazione *ex ante* degli esiti appariva eccessivamente aleatoria. Inoltre lo stesso avvocato aveva proposto soluzioni con una possibilità di esito positivo relativamente alto.²⁹ È stato il cliente che ha rinunciato a tali soluzioni per affidarsi ad altre che apparivano con esiti se non certamente sfavorevoli, quantomeno maggiormente aleatori.

4. Rapporto artt. 1176 e 2236 c.c.

La sentenza in rassegna richiama innanzitutto il necessario ricorso alle modalità di svolgimento dell'attività in relazione al parametro fissato dall'art. 1176, comma 2 c.c., che è quello della diligenza del professionista di media attenzione.³⁰

Ignora del tutto, invece, il giudice di Bologna, il correlato art. 2236 che prevede la responsabilità per colpa grave o dolo nel caso di prestazioni di difficile esecuzione tecnica³¹. La corte costituzionale ha considerato la norma costituzionalmente legittima in quanto il legislatore ha graduato i presupposti della responsabilità in ragione delle difficoltà della prestazione.³² È inoltre doveroso a riguardo ricordare la precisazione operata dalla Suprema Corte: il rapporto tra le due norme è di integrazione per complementarietà e non di specialità. In tal modo "vale, come regola generale, quella della diligenza del buon professionista (art. 1176, comma 2) con riguardo alla natura dell'attività prestata; ma quando la "prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà" opera la successiva norma dell'art. 2236, delimitando la responsabilità professionale al dolo od alla colpa grave.³³". Inoltre, prevedendo il riferimento ai "problemi tecnici" il profilo che viene in rilievo è solo quello dell'imperizia, consistente nella violazione di regole tecniche e nella mancanza di determinate cognizioni. Da ciò ne consegue che se la responsabilità trova la propria origine nella negligenza o nell'imprudenza, il professionista risponde ex art. 1176, comma 2 c.c. e dunque anche per colpa lieve.

²⁹ Mi riferisco all'accettazione della transazione proposta dal CTU e al consiglio di evitare l'impugnazione della sentenza in appello.

³⁰ Cass., sez. III, 05 agosto 2013, n. 18612, in *Danno e Responsabilità*, 2013, 11, 1089 con commento R. Conte

³¹ È stato ritenuto di speciale difficoltà stabilire se il contratto preliminare debba essere provato per iscritto, ove tale limitazione di prova sia prevista dalla legge per il contratto definitivo cfr. Pret. Taranto, 19 febbraio 1982, in *Giur. It.*, 1982, I, 2, 581 oppure nel caso di interpretazioni di legge o di risoluzione di questioni opinabili, si è applicato il criterio di cui all'art. 2236 cfr. Cass. civ., sez. II, 18-11-1996, n. 10068, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, 1536

³² Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 18 (II), 1795. La corte afferma ciò in *obiter dictum*.

³³ Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2001, n. 499, in *Giur. it.*, 2003, 460, con nota di A. Spinelli Francalanci, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato: la diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico. Rapporto tra gli artt. 1176 e 2236 c.c.*

Alla luce di quanto espresso nel paragrafo precedente, autorevole dottrina ha ritenuto che l'art. 2236 c.c. sia da ritenere un limite dell'obbligazione stessa³⁴. È stato inoltre superata l'idea che nel caso di applicazione dell'art. 2236 c.c. (ossia la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) spettasse al creditore dimostrare la colpa grave del professionista, il danno nonché la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo. La corte di Cassazione ha ritenuto, infatti, che la difficoltà della prestazione non può rilevare in tema di onere della prova, ma solo come valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa. Pertanto il professionista deve provare la difficoltà della prestazione.³⁵

La sentenza non richiamando tale distinzione non commette un errore di valutazione. Dagli elementi riportati nella decisione si può evincere come il problema posto al professionista non apparisse, né *prima facie*, né dopo un'analisi approfondita un problema di difficile risoluzione tecnica quanto piuttosto rientrasse nella normale difficoltà tecnica. Al professionista sicuramente non si prospettava la risoluzione di un complessa questione di diritto, ma ciò non è sufficiente per escludere che comunque l'iniziativa giudiziaria non era preventivamente valutabile come errata, poiché la risoluzione del problema appariva opinabile e sicuramente non presentava un esito scontato.

5. Nesso causale

Un ulteriore elemento emergente, seppur trattato fuggacemente e non sufficientemente analizzato, è il nesso di causalità. Il giudice non ravvisa un nesso causale tra la condotta dell'avvocato e i danni lamentati dall'opponente.

Il tema del nesso di causalità rappresenta sicuramente il punto di più difficile decisione nei giudizi di responsabilità. Come già citato precedentemente, nel paragrafo di analisi riguardanti le obbligazioni di mezzo e di risultato, la sentenza 25266/2008³⁶ richiedeva la certezza morale³⁷ degli effetti di una diversa condotta. Tale orientamento, consolidato nella giurisprudenza più risalente³⁸, è oggi in netta minoranza³⁹, trovando applicazione

³⁴ Mengoni, *op. ult. cit.*, 206 ritiene infatti che sia un'ipotesi di inadempimento oggettivamente considerato alla stregua del contenuto dell'obbligazione.

³⁵ Tale pronuncia riguarda la responsabilità medica, ma il principio può avere portata generale. Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Responsabilità civile*, 2005, 396.

³⁶ Cfr. nota 15

³⁷ La richiesta della certezza morale è stato un criterio per superare l'impossibilità di ritenere responsabile il professionista forense a causa dell'intangibilità del giudicato. In base a tale criterio, la sconfitta è conseguenza diretta della negligenza dell'avvocato, e sostituendo mentalmente tale attività con un'attività ritenuta conforme agli obblighi assunti si dovrebbe ottenere un esito favorevole per il cliente. Ciò comportava a carico del cliente un difficile onere della prova, quasi definibile come *probatio diabolica*. Per una analisi critica di tale criterio, R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, Cedam, 2011

³⁸ *Ex multis* cfr. Cass, sez. I, 13 dicembre 1969, n. 3958 in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Avvocato e procuratore*, 38, 1132; Cass. civ, sez. II, 11 maggio 1977, n. 1831 in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Professioni intellettuali*, 46, 372; Cass., 28 aprile 1994, n. 4044 in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Professioni intellettuali*, 63, 365.

³⁹ Non si può ancora ritenere superato questo criterio di causalità se pur ormai utilizzato sempre più raramente alla giurisprudenza cfr. Cass. civ. Sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22376 in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Avvocato*, n. 153 in *estenso* Contratti, 2014, 251, con nota di Attinà, *La responsabilità professionale dell'avvocato e la misura della diligenza esigibile*. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Bari Sez. III, Sent., 12 settembre 2014, Giud. Pellegrini; Trib. Roma Sez. XIII, 26 ottobre 2010, Giud. Chiarenza; Trib. Ruvo di Puglia, 01 aprile 2010, Giud. D'Angeli.

il principio della “ragionevole probabilità” sintetizzata nell’espressione “più probabile che non”⁴⁰. In tal modo si è ritenuto che il nesso di causalità possa essere provato mediante presunzioni: si è ritenuto sufficiente che l’accertamento possa essere condotto su criteri di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile d’accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo regole d’esperienza colte dal giudice per giungere all’espresso convincimento circa la probabilità della sussistenza di tale rapporto.⁴¹ Pertanto si è passati da un modello di causalità basato su criteri di certezza degli effetti della condotta ad un modello che si riferisce alla probabilità ed idoneità della condotta a produrli.

La sentenza in esame asserisce la mancanza di imputabilità del danno al non corretto esercizio del mandato professionale, non presentandosi gli elementi forniti al legale sicuramente certi e non chiaramente sfavorevoli. Il giudice non ricostruisce il ragionamento che soggiace al nesso causale, ma dalle parole rese nella sentenza è possibile dedurre che il giudice adotti il criterio probabilistico. Si evince infatti come l’indagine degli elementi costitutivi fosse tale da non poter determinare un esito sicuro del processo ex ante, ma al contempo non fosse tale da risultare totalmente a sfavore del proponente delineando in questo caso una c.d. “causa persa”⁴². L’esito pertanto rientra all’interno di quell’alea insita nel processo, alea a cui l’avvocato non si è rimesso passivamente ma ha cercato di minimizzare attraverso una condotta attiva e diligente cercato di contrastare al fine di conseguire il miglior risultato per il proprio cliente.⁴³ Ed è proprio questo l’iter argomentativo del giudice il quale nelle motivazioni riporta tutta una serie di fatti a supporto di tale tesi.

6. Danno patrimoniale e danno da perdita di *chance(s)*⁴⁴

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n.581, in *Foro it.*, 2008, parte I, col. 453. Nella suddetta sentenza si distingue inoltre l’operatività della causalità: in ambito civile si terrà conto del principio “più probabile che non” mentre nell’ambito penale si dovrà far riferimento al più stringente criterio di “oltre ogni ragionevole dubbio”.

⁴¹ G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, Cedam, 2006, 884.

⁴² In merito alla questione delle c.d. “cause perse” la Cassazione ha dichiarato il seguente principio di diritto “E’ indubbio che - anche e soprattutto con riferimento alle c.d. “cause perse” (ammesso e non concesso che tale fosse quella di cui trattasi) - l’attività del difensore, se bene svolta, può essere preziosa, al fine di limitare o di escludere il pregiudizio insito nella posizione del cliente (se non altro sollevando le eccezioni relative ad eventuali errori di carattere sostanziale o processuale della controparte). Il difensore può non accettare una causa che prevede di perdere, ma non può accettarla e poi disinteressarsene del tutto, con il pretesto che si tratta di causa persa. Egli espone in tal modo il cliente all’incremento del pregiudizio iniziale, se non altro a causa delle spese processuali a cui va incontro, per la propria difesa e per quella della controparte.” (Cass., III sez., 02 luglio 2010, n. 15717, in *Danno e resp.*, 2011, 742, con nota di D. Covucci, *La responsabilità professionale dell’avvocato: l’evoluzione continua*) individuando così l’obbligo di informazione delle scarse possibilità di successo e delle possibili conseguenze pregiudizievoli e una volta accettata la causa, di dissuasione nei confronti del cliente che voglia resistere inutilmente in giudizio.

⁴³ Cass, 3 maggio 1993, n. 5325, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 1994, I, 266 con nota di F. Marinelli, *Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell’avvocato*.

⁴⁴ Secondo parte delle dottrine il termine *chances* al plurale indica con maggior precisione, rispetto al corrispettivo singolare, il rilievo quantitativo e numerico che esse assumono nella valutazione nella liquidazione del danno cfr. M. Feola, *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 11, 985. Tale contributo si mostra apprezzabile per un’analisi comparativa del danno da perdita di *chances* nel sistema francese e italiano per quanto riguarda la responsabilità civile dell’avvocato.

Strettamente legato al nesso causale è il danno risarcibile. Esso in fatti costituisce il secondo polo del nesso di causalità. Se manca il danno manca la causalità (per lo meno quella giuridica). I danni lamentati devono essere causalmente connessi alla condotta del debitore.

La sentenza non accenna ad un'analisi della dimensione del danno, ma limitandosi alla constatazione della mancanza del nesso causale liquida la questione in poche righe. Appare tuttavia utile in questa sede un'analisi della dimensione del danno (soprattutto per quanto riguarda il danno da perdita di *chances*) alla luce della peculiare posizione in cui si trova il professionista forense⁴⁵.

L'art. 1223 prevede il risarcimento del danno, diretto e immediato, che riguardi il lucro cessante e il danno emergente. La dottrina sostiene che il risarcimento del danno deve essere integrale e deve, cioè, corrispondere alla differenza tra il valore effettivo del patrimonio in un determinato momento ed il valore che si sarebbe potuto realizzare, se l'obbligazione fosse stata esattamente adempiuta.⁴⁶

In giurisprudenza si è riconosciuto che il danno del cliente derivante dalla condotta non diligente del professionista debba essere risarcito nella misura "dell'entità patrimoniale che sarebbe entrata nel patrimonio del cliente se il professionista avesse diligentemente adempiuto gli obblighi contrattuali".⁴⁷

Problematico è invece il danno da perdita di *chances*. A tal riguardo la giurisprudenza ha definito la *chance* "come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde della sua perdita, vale a dire della perdita della possibilità di conseguire un qualsivoglia risultato utile"^{48 49}. La Cassazione ha inoltre definito che tale perdita è risarcibile anche qualora il creditore dimostri, anche in via presuntiva, la sussistenza di un valido nesso di causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno⁵⁰. La risarcibilità del danno da perdita di *chance* è considerata tuttavia conseguenza immediata e diretta del verificarsi di un danno concreto e attuale⁵¹.

Delineato il quadro del danno da perdita di *chances* e constatato come ormai la giurisprudenza abbia accettato tale definizione, applicare il risarcimento da perdita di *chance* al caso di responsabilità del professionista forense risulta alquanto

⁴⁵ In questo contributo trova rilevanza in particolare il danno da perdita di *chance*. Ciò è dovuto alla stretta connessione di tale danno con il criterio probabilistico del criterio causale. Per un eventuale profilo di danno non patrimoniale si veda G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, 927-931; per un'analisi circa la possibilità di applicare il danno morale si veda F. Benatti, *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *Contratti*, 2012, 11, 937.

⁴⁶ Cfr. U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 1991, 635; G. Visintini, *Risarcimento del danno*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, Torino, 1984, 196.

⁴⁷ Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2010, n. 920 nel caso in questione si trattava della perdita patrimoniale, consistita nel mancato percepimento della riliquidazione della indennità di fine rapporto, derivante dalla mancata proposizione, da parte del difensore, del ricorso di legittimità avverso la sentenza che, confermando quella di primo grado, rigettava l'istanza del lavoratore.

⁴⁸ Cass. civ., sez. II, 18 marzo 2003, n. 3999 in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Danni civili* n. 268 in *extenso Giur. it.*, 2003, 1783, con nota di Suppa *Danno da perdita di chance ed onere probatorio*.

⁴⁹ Per tempo la perdita di *chance* è stata ritenuta una lesione di mero fatto e come tale irrisarcibile: F. D. Busnelli, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, c. 47.

⁵⁰ Cass. civ. Sez. III, 27 luglio 2001, n. 10291, in *Mass. Giur. It.*, 2001, 875.

⁵¹ Cfr. Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759 in *Foro it.*, 2002, parte I, col. 1804.

problematico.⁵² Come già espresso precedentemente, tentare di unificare la responsabilità del professionista intellettuale in un unico modello che possa ricomprendere tutte le professioni intellettuali, sicuramente comporta il vantaggio di non creare differenti trattamenti e conseguenti privilegi per le differenti categorie, ma al contempo rischia di sacrificare le singole peculiarità andando ad incidere negativamente sulla professione. Nell'ambito del risarcimento del danno da perdita di *chance* questo ragionamento emerge in tutta la sua portata. Nell'ambito medico appare ammissibile poter risarcire il danno in questione. La scienza medica si basa su informazioni statistiche, raccolte attraverso un metodo scientifico ossia secondo parametri rigorosi, falsificabili ed oggettivi. Tutto ciò non avviene nella responsabilità dell'avvocato. La *chance* non è facilmente quantificabile in una percentuale, esistono tre gradi di giudizio nei quali si può modificare la sentenza. E la sentenza è frutto di un procedimento complesso in cui rientrano anche le convinzioni personali giuridiche e (talvolta) ideologiche del giudice.⁵³ ⁵⁴ Accade dunque che in assenza di criteri obbiettivi i risarcimenti siano imprevedibili e che la *chance* sia basata sulla fondatezza e forza persuasiva delle prove portate dinanzi al giudice⁵⁵. Parte della dottrina, giustamente, riconosce pertanto che in mancanza di criteri certi ed oggettivi la liquidazione del danno da perdita di *chance* diventa un modo per liquidare un danno incerto e non facilmente determinabile.⁵⁶

7. Conclusioni

In conclusione, si può affermare che la giurisprudenza maggioritaria, pur con qualche variazione, potrebbe ben riassumersi nelle parole della sentenza di Cassazione n. 2638 del 2013, in cui la Suprema Corte sembra delineare una sorte di *vademecum*⁵⁷.

⁵² Per una analisi storico-comparativa cfr. M. Feola, *Nesso di causalità e perdita di chance nella responsabilità del professionista forense*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, 151 segg.

⁵³ R. Dworkin, *The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count*, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, I (1), 4. Un breve saggio di un illustre filosofo sulla necessità o meno che il giudice nello svolgimento delle sue funzioni tenga conto delle proprie convinzioni.

⁵⁴ Nel sistema di *common law* per la quantificazione del danno da perdita di *chance* si usa il metodo del c. d. "*trial within a trial*" ossia si ricostruisce il processo in cui è intervenuta la condotta negligente dell'avvocato e si applicano le regole che sarebbero state applicate se non fosse intervenuta la condotta dell'avvocato. Per una breve analisi delle conseguenze positive e negative di tale impostazione cfr. F. Benatti, *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *Contratti*, 2012, 11, 937.

⁵⁵ In un caso si è liquidata la differenza tra quanto ottenuto in primo grado e ciò che avrebbe ricevuto in via transattiva senza l'errore dell'avvocato che ha determinato il passaggio in giudicato della sentenza, cfr. Cass. civ., sez. II, 13 maggio 2011, n. 10686 in *Danno e Resp.*, 2012, 3, 295 nota di L. Bugatti, *Mancata preposizione dell'appello e responsabilità del professionista forense*. In Cass. civ., sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15759 in *Giustizia civile*, 2002, 1288 la Corte ha asserito che il danno deve essere liquidato assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionale al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile, questo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta, oppure in assenza di esso per via equitativa ex art. 1226.

⁵⁶ F. Benatti, *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *Contratti*, 2012, 11, 937.

⁵⁷ "la responsabilità dell'esercente la professione forense non può affermarsi per il solo fatto del mancato corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo verificare in primo luogo se l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia riconducibile alla condotta del legale; in secondo luogo, se un danno vi sia stato effettivamente; in terzo luogo se, qualora l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il suo assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando altrimenti la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale, commissiva od omissiva che sia, ed il risultato derivatone. Ciò, in quanto, come ha già avuto modo di statuire questa Corte, con

Affermano infatti i giudici di legittimità che bisogna verificare la riconducibilità dell'evento alla condotta del professionista, la conseguente verifica di un danno effettivo e l'accoglimento delle ragioni del danneggiato sulla base di criteri probabilistici qualora il professionista forense avesse tenuto il comportamento richiesto. La pronuncia esaminata in questo lavoro, pertanto, non risulta particolarmente innovativa, ma si inserisce completamente nel filone giurisprudenziale dominante. Ciò non è criticabile. Tutt'al più è criticabile il poco approfondimento effettuato dal giudice nelle questioni di diritto, liquidando in poche righe questioni che andrebbero approfondite maggiormente.⁵⁸

Come ha affermato un illustre Autore⁵⁹, difficilmente la situazione cambierà. Seppur sempre in misura minore, La professione forense gode di un grado di protezione, ormai quasi sconosciuto alla responsabilità medica. Questa sorte di *favor* non è da ascrivere totalmente ad una sorta di privilegio, o ad una sorta di pressione lobbistica da parte dell'ordine forense, quanto piuttosto, come si è cercato di evidenziare nei paragrafi precedenti, tale *favor* deriva dalla peculiarità della professione forense, che presenta caratteri tali da rendere difficile un'assimilazione di tale figura all'interno della generica responsabilità del professionista intellettuale.

riguardo specifico all'ultimo dei presupposti sopra indicati, ove anche risulti provato l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione, per negligente svolgimento della prestazione, il danno derivante da eventuali sue omissioni deve ritenersi sussistente solo qualora, sulla scorta di criteri probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito". Cass. civ., sez. III, Sent., 05 febbraio 2013, n. 2638, in *Rassegna forense*, 2013, 143.

⁵⁸ Non è un mero esercizio retorico. Una sentenza in cui le motivazioni sono ben scritte infatti presenta un duplice vantaggio: una maggiore trasparenza e una maggiore facilità di falsificabilità.

⁵⁹ P. Trimarchi, *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, Corriere giuridico, 2014, 12 allegato 2 e 5, Responsabilità dell'avvocato.

DA DIFENSORE A CONVENUTO: COME VALUTARE LA RESPONSABILITÀ DELL'AVVOCATO?

di Vera Perricone

IL CASO

I signori F. avevano promosso contro la società Zeta un giudizio dinanzi la Sezione distaccata di Pontedera del Tribunale di Pisa, con il quale avevano chiesto al Tribunale: di accertare l'esistenza di un proprio credito di oltre 3 miliardi di lire nei confronti della società convenuta; di accertare l'esistenza di un loro debito di poco più di 2 miliardi di lire nei confronti della stessa società convenuta; di dichiarare la compensazione legale tra le poste attive e passive per la quantità corrispondente; di condannare la società Zeta al pagamento della differenza in favore di essi attori.

Il Tribunale aveva rigettato la domanda.

I signori F. avevano quindi proposto appello avverso detta sentenza, avvalendosi del patrocinio degli avvocati AB e GG., quest'ultimo in qualità di domiciliatario. La Corte d'Appello aveva rigettato il gravame.

Risulta inoltre che l'avv. AB avesse assistito i signori F. in un precedente autonomo giudizio di opposizione all'esecuzione promosso dai detti F., conclusosi con la declaratoria di nullità dell'atto introduttivo del giudizio, con il conseguente rigetto delle domande proposte dai signori F. e con la loro condanna al pagamento delle spese di lite. Emerge infine che l'avv. AB aveva assistito i signori F. in un ulteriore giudizio da questi promosso ed avente ad oggetto azione di arricchimento senza causa, e ciò fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, dopo la quale aveva rinunciato al mandato professionale.

Detto giudizio era poi stato definito con sentenza con la quale il Tribunale aveva rigettato la domanda, rilevando che i signori F. avrebbero dovuto proporre una diversa azione (e segnatamente il reclamo previsto dall'art.26 della legge fallimentare) per farsi indennizzare dal pregiudizio subito ai sensi dell'art.2042 c.c., e li aveva condannati al pagamento delle spese del giudizio.

La richiesta di liquidazione dei compensi avanzata dagli avvocati. Il Tribunale, a seguito della disamina degli atti processuali depositati dagli attori e tenuto conto della non contestazione da parte dei convenuti del conferimento degli incarichi e dello svolgimento delle prestazioni, ha ritenuto dovuti i compensi per l'attività professionale svolta dagli avvocati e ha proceduto a liquidarli sulla base della tariffa professionale vigente al momento della conclusione dell'attività. La domanda riconvenzionale spiegata dai convenuti nel giudizio sub I) e avente ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni patiti in conseguenza della condotta negligente tenuta dall'avv. AB nella causa di opposizione all'esecuzione sub B). Il Tribunale: ha accertato il fatto generatore del danno (vale a dire l'errore nel quale era incorso l'avv. AB, il quale, mostrando di ignorare le intervenute modifiche delle norme del codice di procedura civile relative ai giudizi di opposizione all'esecuzione, aveva introdotto la causa con ricorso e non con citazione, così provocando la declaratoria di nullità assoluta dell'atto notificato con il conseguente rigetto dell'opposizione e la condanna degli opposenti signori F. al pagamento delle spese di lite); ha ritenuto che l'errore del professionista non fosse scusabile, dovendosi richiedere ad un avvocato di media esperienza la conoscenza delle riforme del codice di rito; ha esaminato il merito della vicenda oggetto del giudizio sub B), al fine di verificare se, qualora la condotta del professionista non fosse stata viziata

(qualora, cioè, non fosse stata accertata la nullità dell'atto introduttivo del giudizio), il giudizio stesso avrebbe potuto avere esito favorevole ai signori F. (in altri termini il Tribunale ha riesaminato la vicenda per verificare se la condotta del professionista fosse stata determinante ai fini della causazione dell'evento di danno); a seguito del detto riesame, ha ritenuto che, anche qualora non vi fosse stato l'errore del professionista, con molta probabilità l'opposizione sarebbe stata rigettata nel merito; ha quindi affermato che, nonostante l'evidenza dell'errore in rito dell'avvocato, non potesse ritenersi provato che la parte avesse sofferto un danno a causa di detta condotta.

La domanda riconvenzionale spiegata dai convenuti avente ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni patiti in conseguenza della condotta negligente tenuta dall'avv. AB nella causa di opposizione all'esecuzione.

Il Tribunale: ha preso atto della circostanza che il professionista non aveva offerto la prova di avere informato i propri clienti dei rischi connessi all'esercizio dell'azione, il cui esito, peraltro, mancando detta azione del requisito della residualità richiesto dall'art.2042 c.c., sin dall'inizio appariva certamente sfavorevole; ha ritenuto che, in assenza di tale prova, dovesse ritenersi dimostrato l'inadempimento dei doveri derivanti dal mandato; ha ritenuto che il danno subito dai convenuti si sostanziasse nella somma che gli stessi erano stati condannati a pagare a titolo di spese del giudizio.

Il Tribunale: ha condannato F. a pagare ai professionisti le somme liquidate a titolo di compenso professionale, compensandole parzialmente con la somma liquidata a titolo di risarcimento dei danni; ha compensato parzialmente le spese del giudizio ed ha condannato F. a pagare agli avvocati la parte non oggetto di compensazione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PISA
SEZIONE CIVILE

Il Tribunale di Pisa, in persona del giudice dott. Fabrizio Nicoletti, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 60987/2011 R.G., alla quale è riunita quella n. 989/2911

promosse da

A.B. (C.F. (...)), e G.G. (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. MERLINI TIZIANA e dell'avv. LO BIANCO STEFANO, elettivamente domiciliato in VIA SAN MICHELE DEGLI SCALZI 37/A 56124 PISA

ATTORI

contro

F.E., F.G., F.G., F.G., F.N., questi ultimi tre in qualità di eredi di F.R., accettanti con beneficio di inventario, tutti quanti per proprio conto ed in qualità di eredi di P.F., F.LLI F. di F. S.R.L. in liquidazione,
S. s.r.l. rappresentati e difesi dagli Avv.ti Leopoldo Citi, Daniela Guerrieri, Giulia Citi e

Cecilia Citi ed elettivamente domiciliati presso il loro studio di Ponsacco, Piazza d'Appiano n. 16
CONVENUTI

e con

REALE MUTUTA DI ASSICURAZIONI, con il patrocinio degli avv.ti AIELLO MAURIZIO e BENVENUTI ALESSANDRA, elettivamente domiciliato in VIA SANTA MARTA 84 56127 PISA

S.F., con il patrocinio dell'avv. TURCHI MARINA e GRECO FABIO, elettivamente domiciliata in P.ZZA GRONCHI 26 56025 PONTEDERA

A.M., con il patrocinio dell'avv. PULIDORI STEFANO e RIGHI ELISA, elettivamente domiciliato in VIA G. PASCOLI 8 PISA

TERZI CHIAMATI

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

Le richieste delle parti

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. l'Avv. A.B. e l'Avv. G.G. hanno adito il Tribunale di Pisa per chiedere la condanna di F.E., F.R. e F.G., in solido tra loro, a pagare la somma di Euro 42.523,76, oltre interessi dalla domanda al saldo, a favore del Prof. Avv. A.B. e la somma di Euro 1.738,16, oltre interessi dalla domanda al saldo, a favore dell'Avv. G.G. a titolo di compensi professionali.

I ricorrenti riferiscono di avere difeso i predetti F., in proprio e quali eredi di F.P., nel giudizio di appello avverso la sentenza n.71T/2004 del Tribunale di Pisa, sede distaccata di Pontedera, emessa nel contenzioso promosso dagli stessi F. contro la T.L.C. s.r.l. e volto ad ottenere l'accertamento e la dichiarazione di esistenza al 31.12.2000 di un credito di allora L. 3.171.367.123, oltre rivalutazione ed interessi, nonché l'accertamento della esistenza di un debito dei medesimi F. nei confronti della T.L.C. s.r.l. di allora L. 2.250.000.000 con conseguente compensazione ex lege e condanna della T.L.C. s.r.l. al pagamento ai F. in solido della differenza di allora L. 921.367.123.

Dopo lo studio dei complessi rapporti negoziali veniva proposto l'appello e costituitosi regolarmente il contraddittorio e precisate le rispettive conclusioni, la causa veniva decisa con sentenza n.312/2010, che rigettava l'appello.

Il procedimento ha preso il numero di 987/11.

In detto procedimento si sono costituiti F.E., F.G., F.G., F.G. e F.N., questi ultimi tre quali eredi accettanti con beneficio di inventario l'eredità di F.R..

I convenuti hanno preliminarmente eccepito l'incompetenza per valore della domanda proposta dall'Avv. G., avente ad oggetto il pagamento della somma di Euro 1.738,16, e pertanto rientrando nella competenza per valore del Giudice di Pace.

Nel merito viene contestata l'eccessività del compenso richiesto, tenuto conto della liquidazione effettuata dalla Corte di Appello alla parte vittoriosa, del risultato del giudizio e dei vantaggi conseguiti.

I convenuti hanno poi chiesto in via riconvenzionale la condanna del Prof. Avv. B. al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di una condotta negligente della causa di opposizione alla esecuzione immobiliare n.290/1995, cui erano riunite la n.54/96 e la n.126/96, decisa con sentenza n.317/2011 del Tribunale di Pisa.

Il Tribunale, infatti, ha dichiarato la nullità assoluta dell'atto introduttivo del giudizio di

merito, condannando i F. al pagamento in favore delle parti costituite di complessivi Euro 60.407,07.

I convenuti hanno pertanto chiesto di compensare il loro credito con quello azionato dal ricorrente, con condanna al pagamento del residuo.

Con ulteriore ricorso ex art. 702 bis c.p.c., iscritto al n.989/2011 RGC, il Prof. Avv. B. ha convenuto in giudizio F.E., F.G., F.R., la F.lli F. di F. S.r.l. in liquidazione e la S.I. S.r.l. per sentirli condannare in solido tra loro al pagamento della somma di Euro 17.134,35, oltre interessi dalla domanda al saldo ed oltre spese di lite, a titolo di compensi per una ulteriore attività professionale.

Il ricorrente riferisce infatti di avere assistito e difeso, unitamente all'Avv. S.F., la F.lli F. di F. S.r.l. in liquidazione, la SI.PA I. S.r.l., F.E., F.R. e F.G., in proprio ed in qualità di eredi di F.P., nel contenzioso dagli stessi promosso contro la A.A.B. s.n.c. ed i soci della stessa, B.C. e F.V., avente ad oggetto l'ingiusto arricchimento della A.A.B. Snc in danno dei resistenti.

Nella causa si sosteneva, infatti, che, avendo la B. Snc acquistato, tramite vendita senza incanto del 25.05.1999, l'intero pacchetto azionario della T.L.C. spa, di proprietà della F.lli F. S.r.l., per il prezzo di allora L.2.320.000.000, e ritenendosi non corretta la quantificazione del valore della società, vi sarebbe stato un ingiustificato arricchimento dell'acquirente in misura di L. 4.621.000.000.

Il ricorrente chiede il pagamento delle attività svolte fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, momento in cui ha rinunciato al mandato.

Anche in detto procedimento n.989/11 RGC si sono costituiti i resistenti contestando la domanda del resistente ed eccependo ai sensi dell'art.1176, secondo comma, c.c. la carenza di diligenza nell'attività professionale svolta dal Prof. Avv. B., posto che la domanda attrice era stata respinta per mancanza del requisito della natura sussidiaria dell'azione di ingiustificato arricchimento, con conseguente condanna degli attori alla refusione delle spese di lite pari ad Euro 20.803,36 onnicomprensivi.

Anche in questo caso, quindi, i ricorrenti hanno lamentato l'eccessività del compenso ed hanno eccepito la compensazione tra il compenso eventualmente dovuto al ricorrente ed i danni provocati dall'attività professionale.

All'udienza dell'11.11.2011 il difensore del Prof. B., viste le domande riconvenzionali proposte dai resistenti, ha chiesto il mutamento di rito e la concessione di un termine per la chiamata in causa della sua compagnia di assicurazione.

Le due cause sono state riunite ed è stata autorizzata la chiamata in causa del terzo.

Si è costituita la Reale Mutua Assicurazioni, associandosi alla difesa del proprio garantito, e concludendo per il rigetto delle domande riconvenzionali dei resistenti ed in ipotesi per la propria condanna nei limiti delle condizioni di polizza.

Richiesti ed assegnati i termini ex art.183 c.p.c., si sono costituiti in giudizio, con separate comparse, anche i terzi chiamati Avv. S.F. ed Avv. A.M. i quali hanno eccepito la nullità della propria chiamata in causa, per non essere stata autorizzata dal Giudice, con conseguente inammissibilità delle domande di manleva svolte nei loro confronti. Nel merito i terzi hanno comunque chiesto il rigetto delle domande degli attori e, in subordine, il ridimensionamento del danno risarcibile e la graduazione delle colpe tra attore e terzi chiamati.

All'udienza del 01.02.2013, ritenuta la causa matura per la decisione, il Giudice ha rinviato la causa per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 18.09.2014; a tale udienza sono state precisate le conclusioni e la causa è stata trattenuta in decisione con

assegnazione dei termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

LE QUESTIONI PRELIMINARI

Preliminarmente deve essere rilevata l'inammissibilità delle nuove domande svolte da A.B. nella memoria ex art. 183 n. 1 c.p.c. depositata in data 30.10.2012.

L'attore, infatti, lette le domande riconvenzionali dei convenuti, ha avanzato una nuova domanda di condanna degli stessi al pagamento dell'ulteriore importo di Euro 40.910,11, oltre accessori, a titolo di compensi per l'attività di assistenza e consulenza svolta nel procedimento di opposizione all'esecuzione n. 290/95, al quale erano riunite le procedure n. 54/96 e 126/96.

La domanda è chiaramente tardiva.

Con la memoria ex art. 183 n. 1 c.p.c., infatti, è ammessa esclusivamente la precisazione delle domande già avanzate, ovvero la proposizione di nuove domande che siano conseguenza delle domande o eccezioni della controparte.

Nel caso in esame la domanda non può ritenersi dipendente dalla domanda riconvenzionale di controparte, trattandosi della richiesta di pagamento di un credito che ben poteva essere avanzata contestualmente alle altre. Né può sostenersi che la domanda sia dipesa dal fatto che la domanda riconvenzionale dei convenuti attiene ad una richiesta di risarcimento dei danni che assumo di avere patito per la difesa svolta dall'attore nelle predette procedure esecutive.

Se infatti la domanda riconvenzionale di risarcimento danni può ritenersi dipendente da quella di richiesta di pagamento della prestazione, altrettanto non può dirsi per l'ipotesi contraria, posto che il credito ben poteva essere azionato a prescindere da una richiesta risarcitoria.

La domanda deve pertanto essere dichiarata inammissibile.

Deve anche essere respinta l'eccezione di incompetenza per valore sollevata dai convenuti relativamente alla domanda formulata da G.G..

La domanda, infatti, è chiaramente connessa con quella avanzata da A.B., riguardando attività professionali prestate nel medesimo procedimento giudiziario.

Il valore della domanda, pertanto, deve essere considerato unitariamente.

Deve poi osservarsi che i terzi chiamati S.F. ed A.M. hanno dichiarato di avere definito la controversia con A.B. mediante accordo transattivo che ha comportato la rinuncia alla domanda da parte di quest'ultimo e la loro accettazione.

La circostanza è confermata anche dalla difesa dell'attore.

Deve pertanto essere dichiarata cessata la materia del contendere con riferimento alla posizione dei terzi chiamati, con compensazione integrale delle spese nei rapporto tra questi e l'attore.

La pretesa creditoria avanzata nella causa 987/11

Nel merito, gli oppositori non contestano il conferimento degli incarichi professionali, né lo svolgimento delle prestazioni che vengono allegate e non allegano pagamenti diversi da quelli ammessi dagli attori.

L'unica eccezione in merito alla domanda attiene alla correttezza della quantificazione dei diritti e degli onorari.

La pretesa avanzata nella causa n. 987/2011 attiene ai compensi per la difesa prestata nel giudizio di appello avverso la sentenza del Tribunale di Pisa, Sezione Distaccata di Pontedera, n. 71/2004.

Il valore della domanda, per come si evince chiaramente dalle conclusioni formulate nell'atto di citazione, era di Euro 1.637.874,43 per l'accertamento del credito ed Euro 1.162.028,02 di accertamento dell'esistenza di un debito.

E' pacifico che l'attività difensiva si è concretizzata nella redazione dell'atto di appello, nella partecipazione all'udienza di precisazione delle conclusioni, nella redazione della comparsa conclusionale e nell'esame degli atti depositati dalle controparti.

Le attività descritte nella notula prodotta come doc. 8, pertanto, sono coerenti con l'attività prestata, come pure lo scaglione di valore indicato.

La tariffa vigente al momento della conclusione dell'attività era quella approvata con il D.M. 8 aprile 2004, n. 127.

Risulta dovuto anche l'aumento per l'assistenza a più persone aventi la medesima posizione ex art. 5.4 della tariffa.

Gli importi indicati nella notula per diritti e spese sono pertanto corretti e coerenti rispetto all'attività compiuta.

Gli importi indicati a titolo di onorario corrispondono alla media dei valori, aumentata del 20 % per l'assistenza a più persone aventi la medesima posizione.

L'onorario minimo previsto dalla tariffa, tenuto conto dell'aumento, è invece di Euro 18.949,20.

Tenuto conto dell'oggettiva complessità della vicenda processuale e dell'esito del giudizio, si ritiene equo determinare gli onorari in misura superiore ai minimi, ma inferiore ai valori medi, per un totale di Euro 21.000.

I compensi dovuti per l'attività professionale, quindi, sono di Euro 2.420 per diritti, Euro 950 per spese non imponibili ed Euro 21.000 per onorari. Su tali somme sono altresì dovute IVA, CPA e rimborso spese generali del 12,50 %.

In totale, pertanto, l'importo dovuto risulta essere di Euro 34.379,71, così determinato:
[Omissis]

Da tale somma deve essere detratto l'acconto ricevuto di Euro 3.930, per un residuo di Euro 30.449,71.

L'attività professionale svolta dall'avv. G.G., poi, è consistita nei tipici compiti svolti dal domiciliatario, ovvero la partecipazione alle udienze, il deposito dei documenti e l'esame dei documenti inviati dal corrispondente.

Le voci indicate nella notula sono pertanto tutte coerenti con le attività svolte ed i diritti sono stati calcolati in termini conformi alla tariffa all'epoca vigente.

Risulta pertanto dovuta la somma di Euro 1.238 per diritti, cui devono aggiungersi IVA, CPA e rimborso spese generali del 12,50 %, per un totale di Euro 1.767,12, tenuto conto dell'aumento dell'IVA al 22%.

Le somme individuate nella causa n. 897/11 sono dovute da E., G., G., G. e N.F..

La pretesa creditoria della causa 988/11

L'attività professionale per la quale viene richiesto il pagamento del compenso nella causa riunita n. 989/2011, invece, è stata resa in un giudizio di primo grado del valore di Euro 1.198.180 e si è conclusa in data 7.1.2010, dopo la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ma prima della decisione della causa.

La tariffa professionale di riferimento è sempre quella approvata con D.M. 8 aprile 2004, n. 127.

Le attività del processo sono consistite nell'esame della causa, redazione e deposito dell'atto di citazione e delle memorie ex art. 183 c.p.c., nell'esame dei documenti corrispondenti di controparte e dell'ordinanza riservata del Giudice con la quale è stata

fissata l'udienza di precisazione delle conclusioni.

I diritti e le spese, quindi, sono stati indicati nella notula in termini coerenti con l'attività prestata, ma sono stati calcolati secondo uno scaglione diverso da quello relativo al valore della causa.

I compensi devono essere pertanto determinati nella seguente misura:

[Omissis]

Le spese sono state invece determinate in maniera conforme alla tariffa.

Sono pertanto dovuti i diritti pari ad 1.948, spese imponibili pari ad Euro 38,50 e spese non imponibili per Euro 36,60.

Gli onorari, invece, tenuto conto dell'attività prestata e dello scaglione di valore, sono individuati in misura variabile da un minimo di Euro 3.810 ad un massimo di Euro 10.110, con un valore medio di Euro 9.090.

Tenuto conto della complessità della controversia, l'onorario può essere individuato in misura media e sullo stesso spetta l'aumento del 20%, tenuto conto del numero di parti assistite, per un totale di Euro 10.908.

Su tali somme sono altresì dovuti IVA, CAP e rimborso spese generali del 12,50%.

I compensi dovuti per l'attività professionale svolta dall'avv. B., quindi, sono Euro 18.442,21, così calcolati:

[Omissis]

Da tale somma deve essere detratto l'acconto per un totale di Euro 15.000, residuando pertanto un dovuto di Euro 3.442,21.

La domanda riconvenzionale della causa 987/11

Con riferimento alla domanda riconvenzionale avanzata dai convenuti nella causa n. 987/2011, è pacifico che l'Avv. A.B. ha assistito i medesimi nella causa di opposizione alla esecuzione immobiliare n. 290/95 cui sono state riunite la n. 54/96 e 126/96.

La causa è stata introdotta con ricorso in opposizione all'esecuzione ex art. 615, co. 2 c.p.c. ed aveva ad oggetto l'intervento della T.L.C. s.r.l. nelle procedure riunite contro i fratelli F..

E' documentalmente provato che il G.E. con ordinanza del 3.3.2009 ha revocato la sospensione della vendita forzata e rimesso gli atti al notaio delegato (cfr. doc. n.6 di parte convenuta).

A seguito della rinuncia all'esecuzione del creditore precedente Banca Popolare di Lajatico, poi, la vendita è stata nuovamente sospesa ed il G.E. (cfr. doc. n.7)

In data 7.7.2009 l'Avv. A.B., premettendo che il G.E. con ordinanza del 3.3.2009 aveva rigettato l'istanza di sospensione dell'esecuzione senza nulla disporre sulla prosecuzione del giudizio di opposizione, chiedeva che venisse fissata l'udienza di prosecuzione del giudizio.

Il G.E., con provvedimento steso in calce alla suddetta istanza, fissava l'udienza del 10.12.2009 per la comparizione delle parti, assegnando termine sino al 30.9.2009 per la notifica, salvo iscrizione a ruolo.

L'avv. B., quindi, provvedeva all'iscrizione della causa a ruolo, notificando alla controparte l'istanza depositata il 7.7.2009 unitamente al pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

Risulta poi che la causa è stata decisa con la sentenza n. 317/11 del Tribunale di Pisa, con la quale è stata accolta l'eccezione di nullità dell'atto introduttivo del giudizio, con condanna al pagamento in favore delle due controparti che si erano costituite di Euro 24.483,37 e di Euro 22.003,87 oltre CAP ed IVA.

La sentenza palesa l'errore professionale dell'avv. B., venendo evidenziato che, essendo stato depositato il ricorso in opposizione successivamente alla modifica dell'art. 616 c.p.c. introdotta dall'art. 14 L. n. 52 del 2006, la causa di merito avrebbe dovuto essere introdotta con atto di citazione.

L'atto notificato è stato quindi ritenuto del tutto inidoneo ad instaurare un regolare contraddittorio e pertanto radicalmente nullo.

L'errore nella scelta dell'atto introduttivo, pertanto, è stata la causa del rigetto in rito dell'opposizione.

Per giurisprudenza costante, la prestazione professionale dell'avvocato si sostanzia in una obbligazione di mezzi e non di risultato, per cui la responsabilità professionale presuppone la violazione del dovere di diligenza, secondo i canoni della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, cod. civ., da commisurare alla natura dell'attività esercitata. Inoltre, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente, il danno derivante da eventuali sue omissioni in tanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito (v. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6967 del 27/03/2006). Nel caso in esame è indubbio che vi sia stato un errore non scusabile, dovendosi richiedere ad un avvocato di media esperienza la conoscenza delle riforme del codice di rito.

Occorre però anche chiedersi se, qualora la causa fosse stata introdotta correttamente, avrebbe avuto probabilità di successo.

L'opposizione era stata introdotta per chiedere di accertare e dichiarare l'inammissibilità dell'intervento della T.L.C. nell'esecuzione, in quanto basata su un titolo nullo e/o inesistente. A giudizio degli opposenti, infatti, il credito ceduto dal Monte dei Paschi di Siena alla T.L.C. sarebbe stato estinto oltre sei anni prima dell'intervento, per cui la cessione del credito dovrebbe ritenersi nulla o inesistente.

In proposito deve rilevarsi che l'esistenza e validità del credito non sono richieste ai fini della legittimità dell'intervento nella procedura esecutiva.

L'art. 499 c.p.c., nel testo vigente dall'1.3.2006, infatti, prevede che il ricorso per l'intervento nella procedura esecutiva deve contenere esclusivamente l'indicazione del credito e quella del titolo di esso.

L'eventuale inesistenza del credito, pertanto, non si traduce in un'inammissibilità dell'intervento, ma giustifica al più il mancato riconoscimento da parte del debitore, ai sensi dell'ultimo comma dello stesso art. 499 c.p.c., con conseguente necessità di introduzione del giudizio per l'accertamento del credito.

Né del resto il solo fatto che il credito potesse essere stato estinto costituiva di per sé una causa di nullità o inesistenza della cessione, trattandosi sempre di circostanza che poteva essere opposta al cessionario, con conseguente inefficacia di una eventuale cessione pro solvendo.

Risulta pertanto poco probabile che l'opposizione potesse trovare accoglimento.

Pur essendo evidente l'errore processuale fatto dal legale, quindi, non può ritenersi provato che la parte abbia subito per effetto dello stesso un danno.

La domanda riconvenzionale della causa 989/11

Nel procedimento n. 989/2011 RGC i convenuti hanno avanzato una ulteriore domanda riconvenzionale di risarcimento danni per responsabilità professionale, questa volta relativamente alla causa dagli stessi intentata contro l'Azienda Agricola Belvedere, decisa dal Tribunale di Pisa, Sezione Distaccata di Pontedera con sentenza n. 367/10 del

7.10.2010.

In particolare, con la sentenza indicata è stata rigettata la domanda degli attori di arricchimento senza causa per mancanza del requisito della natura sussidiaria dell'azione. I convenuti fanno discendere responsabilità dell'avvocato B. dal fatto che non li abbia sconsigliati dal proporre un'azione di indebito arricchimento.

In tale giudizio, a seguito dell'assegnazione del bene pignorato nella procedura esecutiva, gli opposenti avevano lamentato che il prezzo di vendita del pacchetto azionario della T.L.C. fosse stato determinato sulla base di una perizia, nella quale, prescindere dalla presenza di errori materiali, la stima era stata determinata tenendo conto di una posta passiva consistente nell'obbligazione di pagamento che la società, in qualità di garante, aveva nei confronti dell'I.N.D.C.A. S.p.A. per il mancato rimborso, da parte del Consorzio Fattorie Riunite F., di un mutuo agrario.

A giudizio degli opposenti, detta decurtazione troverebbe logica spiegazione solo supponendo che l'estinzione del mutuo verso l'INCA per il rimborso del mutuo dovesse gravare in via definitiva sulla T.L.C. e, indirettamente, sulla società acquirente, ovvero la Belvedere.

Tale credito, però, era stato ceduto alla T.L.C. S.r.l., la quale era poi intervenuta, in forza di detto titolo, nella procedura esecutiva sui beni dei signori F..

A giudizio degli opposenti, quindi, l'esercizio dell'azione di regresso nei confronti del debitore principale avrebbe di fatto eluso l'obbligo di pagamento di parte del prezzo di vendita, che doveva rimanere a carico della società aggiudicataria, con conseguente arricchimento senza giusta causa per Euro 2.386.547,33 (pari a L. 4.621.000.000), ossia l'importo del credito fatto valere nell'ambito della procedura esecutiva.

L'ingiustificato arricchimento, pertanto, veniva enucleato da due aspetti: il primo relativo all'inadeguatezza del prezzo di vendita dell'azienda; il secondo relativo al fatto che il debito nei confronti dell'INCA, che avrebbe dovuto rimanere definitivamente a carico dell'aggiudicatario, sarebbe invece stato ripetuto nei confronti del debitore principale.

Sotto il primo aspetto il giudice ha ritenuto che l'azione di ingiustificato arricchimento, che pacificamente ha natura residuale, non fosse esperibile, posto che gli attori avevano a loro disposizione lo strumento del reclamo ex art. 26 L.F..

Sotto il secondo aspetto è stato escluso che vi fosse stato un impoverimento degli attori, venendo condiviso il valore di stima della quota societaria, ed evidenziandosi comunque che gli attori, per contrastare tale stima, avrebbero dovuto proporre reclamo in sede fallimentare, per cui la mancata impugnazione impediva una rivalutazione di tale aspetto.

Nel caso in esame non viene contestato all'avv. B. di non avere proposto i mezzi di impugnazione tipici, ma di non avere sconsigliato i clienti dall'intraprendere una azione dall'esito negativo scontato.

Sotto tale profilo la Corte di Cassazione evidenzia che l'obbligo di diligenza cui è tenuto il professionista, stante il combinato disposto di cui agli artt. 1176, secondo comma, e 2236 cod. civ., impone all'avvocato anche il dovere di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente. Il legale, infatti, è tenuto a rappresentare al proprio cliente tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi, sconsigliandolo eventualmente dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole.

A al fine incombe sul professionista l'onere di fornire la prova della condotta mantenuta (v. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 14597 del 30/07/2004).

Nel caso in esame non è stata fornita alcuna prova del fatto che i clienti siano stati informati dei rischi connessi all'esercizio dell'azione, ed in particolare dell'esito ragionevolmente infruttuoso dell'opposizione, alla luce della costante giurisprudenza in tema di ammissibilità dell'azione di ingiusto arricchimento.

In assenza di tale prova, deve ritenersi dimostrato l'inadempimento dei doveri derivanti dal mandato, che giustifica la richiesta di risarcimento dei danni.

E' documentalmente provato che con la sentenza gli attori sono stati condannati al pagamento delle spese di lite liquidate in Euro 4.595 per diritti, Euro 10.000,00 per onorari, Euro 250 per spese, oltre IVA, CAP e rimborso spese generali, come per legge.

A tali importi si sono aggiunte le spese della registrazione della sentenza per Euro 168,00 e le competenze successive (attesa registrazione Euro 77, esame dispositivo Euro 48, esame testo integrale sentenza Euro 97, consultazioni Euro 194 e corrispondenza Euro 194) e le spese generali su tali competenze l'IVA e CAP come per legge.

In totale le spese di lite corrisposte alla controparte sono state Euro 15.205,00 per competenze, Euro 1.900,62 per spese generali, Euro 250,00 per spese imponibili, Euro 684,22 per CAP, Euro 3.557,96 per IVA al 20% ed Euro 168 per anticipazioni, per un totale di Euro 21.515,80.

In tale importo si sostanzia il danno subito dai convenuti, posto che, qualora fosse stato loro sconsigliato di intraprendere l'azione, verosimilmente si sarebbero sottratti al giudizio, e pertanto alla condanna a rifondere alla controparte le spese di lite.

Tale somma deve essere compensata con l'importo dovuto all'avv. B., non potendosi invece ritenere completamente non dovuto l'onorario professionale, posto che l'obbligazione del professionista rimane una obbligazione di mezzi.

Nella causa n. 987/11 i convenuti hanno prospettato un ulteriore profilo di responsabilità professionale, per avere omesso di notificare alle controparti la richiesta di revoca dell'aggiudicazione del bene ed il decreto di fissazione dell'udienza del giudice, provocando la perenzione del procedimento.

Sotto tale aspetto, però, non viene avanzata domanda riconvenzionale di risarcimento del danno, essendo ancora pendente la causa di merito dell'opposizione.

Non ci si può pronunciare su tale aspetto, per cui anche le richieste istruttorie formulate dall'attore sul punto sono superflue.

LE CONCLUSIONI

In definitiva, pertanto, risulta provato un credito dell'avv. A.B. nei confronti di E., G., G., G. e N.F. di Euro 30.449,71.

Risulta altresì un debito di Euro 3.442,21 di E., G., G., G. e N.F., la F.lli F. di F. s.r.l. e la S. s.r.l., nonché un credito di questi ultimi nei confronti dell'attore di Euro 21.515,80.

Le due ultime poste attive si compensano reciprocamente, residuando un credito dei convenuti di Euro 18.073,59.

Tale credito non può invece essere compensato con il credito del B. di cui sopra, stante la parziale diversità dei soggetti creditori della seconda obbligazione.

In relazione alla suddetta somma deve comunque essere accolta la domanda di manleva avanzata dall'attore, non venendo contestata l'esistenza del rapporto di garanzia e non venendo documentata la pattuizione di una percentuale di scopertura.

Nessuna compensazione opera invece rispetto al credito dell'avv. G. di Euro 1.767,12

Su tali somme spettano rivalutazione ed interessi dalla data della domanda al saldo. Stante la parziale soccombenza reciproca, le spese di lite devono essere parzialmente compensate, con condanna dei convenuti a rifondere agli attori il 50% delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda o eccezione assorbita, così statuisce:

dichiara cessata la materia del contendere con riferimento alla domanda avanzata da A.B. nei confronti di S.F. ed Alberto Marchesi, con compensazione integrale delle spese nei rapporti tra le predette parti;

condanna E., G., G., G. e N.F., in solido tra loro, a pagare ad A.B. la somma di Euro 30.449,71, oltre a rivalutazione ed interessi dalla data della domanda al saldo;

condanna E., G., G., G. e N.F., in solido tra loro, a pagare a G.G. di Euro 1.767,12, oltre a rivalutazione ed interessi dalla data della domanda al saldo;

dichiara che A.B. è debitore di E., G., G., G. e N.F., la F.lli F. di F. s.r.l. e la S. s.r.l. per la somma di Euro 21.515,80;

dichiara che E., G., G., G. e N.F., la F.lli F. di F. s.r.l. e la S. s.r.l., in solido tra loro, sono debitori di A.B. della somma di Euro 3.442,21;

dichiara la compensazione tra le suddette poste attive e per l'effetto, tenuto conto della validità del rapporto di assicurazione, condanna la Reale Mutua Assicurazioni, in persona del suo legale rappresentante, a pagare ai predetti convenuti la somma di Euro 18.073,59, oltre a rivalutazione ed interessi dalla data della domanda al saldo;

dichiara le spese di lite parzialmente compensate nei rapporti tra attore e convenuti e condanna E., G., G., G. e N.F., la F.lli F. di F. s.r.l. e la S. s.r.l., in solido tra loro, a rifondere ad A.B. e G.G. il 50% delle spese di lite, che liquida per tale frazione in Euro 3.627 per compensi di avvocato ed Euro 241,25 per spese esenti, oltre IVA, CAP e rimborso spese generali.

Così deciso in Pisa, il 13 gennaio 2015.

Depositata in Cancelleria il 30 gennaio 2015.

TRIBUNALE DI PISA, sentenza 30 gennaio 2015; Giud. NICOLETTI; A.B. e G.G. (Avv.ti MERLINI e LO BIANCO), F.E., F.G., F.G., F.N., F.lli F. di F. S.R.L. (Avv.ti Leopoldo CITI, GUERRIERI, Giulia CITI e Cecilia CITI), Reale Mutua Assicurazioni (Avv.ti AIELLO e BENVENUTI), S. F. (Avv.ti TURCHI e GRECO), A. M. (Avv.ti PULIDORI e RIGHI).

Responsabilità civile – Responsabilità professionale – Avvocato – Obbligazione di mezzi – Violazione dovere di diligenza (Cod. civ. Art. 1176, comma 2).

Responsabilità civile – Responsabilità professionale – Avvocato – Nesso di causalità - Giudizio probabilistico - Non sussiste (Cod. civ. Art. 1176, comma 2).

Responsabilità civile – Responsabilità professionale – Avvocato – Obbligo di diligenza – Obbligo di informazione (Cod. civ. Art. 1176, comma 2; cod. civ. Art. 2236)

Responsabilità civile – Responsabilità professionale – Avvocato - Onere del professionista di fornire la prova della condotta tenuta – Inesistenza della prova
(Cod. civ. Art. 2697).

La prestazione professionale dell'avvocato si sostanzia in una obbligazione di mezzi e non di risultato, per cui la responsabilità professionale presuppone la violazione del dovere di diligenza, secondo i canoni della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art.1176, secondo comma, c.c., da commisurare alla natura dell'attività esercitata. (1)

Non potendo l'avvocato garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente, il danno derivante dalle sue omissioni in tanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quella omissione, il risultato sarebbe stato conseguito. (2)

L'obbligo di diligenza cui è tenuto il professionista, stante il combinato disposto di cui agli artt.1176, secondo comma, e 2236 cod. civ., impone all'avvocato anche il dovere di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive di rischio e di effetti dannosi, a richiedergli gli elementi necessario o utili in suo possesso, a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. (3)

L'onere di fornire la prova di avere adempiuto all'obbligo di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, incombe sul professionista forense. (4)

(1) L'obbligazione che l'avvocato assume nei confronti del suo cliente si configura come un'obbligazione di mezzi e non di risultato. Ciò, oltre a risultare palese dai manuali di diritto privato, è avallato da una serie di pronunce della Suprema Corte e da molti scritti dottrinari.

Ricordiamo che ricorre l'ipotesi di un'obbligazione di mezzi quando il debitore è chiamato a svolgere una determinata attività nei confronti del creditore, senza però garantirne il risultato; ricorre, invece, l'ipotesi di un'obbligazione di risultato, quando il debitore è obbligato nei confronti del creditore a conseguire, appunto, il risultato. La distinzione fra le due obbligazioni comporta anche una diversa configurazione del rischio per la mancata realizzazione del risultato: nel primo caso incomberà sul creditore, nel secondo invece, incomberà sul debitore. Esempi tipici di obbligazioni di mezzi sono le prestazioni d'opera intellettuali (v. art. 2230 c.c.), categoria nella quale è ricompresa la figura dell'avvocato.

Così in Cass. Civ., sez. II, 14-08-1997, n. 7618, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Professioni intellettuali*, n.102 si legge che: “con riguardo all'attività professionale dell'avvocato, l'inadempimento del professionista non può essere desunto, senz'altro dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale”.

Pertanto il parametro per valutare la diligenza dell'avvocato nello svolgimento della sua attività è quello della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c., avendo riguardo alla preparazione professionale e all'attenzione media. Si veda anche

Cass. Civ., Sez. VI, 07-02-2014 n. 2863, in *Giuse. Civ. Mass.* 2014, (tv 629609), in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Avvocato*, n. 156; Cass. Civ., sez. II, 22-07-2014, n. 16690, in *Diritto e Giustizia* 2014; Cass. Civ. Sez. III, 20-10-2014, n. 22222, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Professioni intellettuali*, n. 9; e Cass. civ. Sez. III, 05-08-2013, n. 18612 (re. 627537), in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Professioni intellettuali*, n. 170.

Nello stesso senso si esprime la sentenza Cass., sez. II, 14-11-2002, n. 16023, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Professioni intellettuali*, n.115, fissando come regola generale la natura di obbligazione di mezzi quella dell'avvocato; tuttavia, nel suo prosieguito, la sentenza si occupa di precisare in quali casi l'attività dell'avvocato rappresenta un'obbligazione di risultato. In particolare, si legge, “qualora l'avvocato accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, 2° comma, c.c.), sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempire siffatta obbligazione, abbia ommesso di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione, rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione”.

Ad ogni modo, le pronunce che si sono espresse nel senso conforme alle statuizioni della sentenza in commento, sono tantissime: Trib. Prato, 13-03-2014; Trib. Firenze, 09-06-2014; Trib. Verona, Sez. III, 04-07-2014; Trib. Firenze, 18-07-2014; Trib. Monza, Sez. I, 18-09-2014; Trib. Padova, 18-11-2014; Trib. Padova, 26-11-2014; Trib. Milano, Sez. I, 13-06-2013; Trib. Trento, 10-09-2013; Trib. Milano Sez. I, 12-09-2013; Trib. Bari Sez. II, 12-01-2011; App. Roma Sez. III, 15-02-2011; App. Napoli Sez. III bis, 18-02-2011; Trib. Salerno Sez. II, 07-06-2011; App. Roma Sez. III, 05-09-2011; Trib. Roma Sez. XIII, 19-10-2010; Trib. Modena, sez. II, 21-02-2011, n. 242 in *juris data*, Giuffrè; Trib. Milano, Sez. V, 04-09-2007, n. 9960, in *Giustizia a Milano* 2007, 9, 58; Corte d'Appello di Campobasso, 21-11-2006, n. 313 in *Riv. Giur. Molise e Sannio* 2007, 1, 39 (con nota di Riccio); Cass. Civ., sez. II, 27-03-2006, n. 6967, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Avvocato*, n. 104, in *Gius. Civ. Mass.* 2006, 3; Cass. Civ., sez. II, 28-10-2004, n. 20869, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Avvocato*, n. 118, in *Gius. Civ. Mass.* 2004, 10; Cass. Civ., sez. II, 18-06-1996, n. 5617, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Professioni intellettuali*, n. 104, e in *Gius. Civ. Mass.* 1996, 880; Cass. Civ., sez. II, 18-05-1988, n. 3463, in *Gius. Civ. Mass.* 1988, 5 e in *Resp. Civ. e Prev.* 1989, 317.

Con riferimento alla sentenza Cass. civ. Sez. III, 05-08-2013, n. 18612 (re. 627537), si rimanda al contributo dottrinale Conte Riccardo, *Contrasti giurisprudenziali sul termine di prescrizione e responsabilità dell'avvocato*, in *Danno e Responsabilità*, 2013, 18, 11, 1091.

(2) L'esistenza della responsabilità dell'avvocato deve essere valutata in base a criteri probabilistici e non attraverso una valutazione astratta, dal momento che solo grazie ad un'attenta scansione e ricostruzione del caso si può pervenire all'accertamento che l'esito

negativo del processo sia derivato della condotta negligente dell'avvocato e che, in mancanza di tale condotta, il risultato favorevole, desiderato dal cliente, sarebbe stato conseguito. Così argomenta Cass. Civ., Sez. III, 06-02-1998, n. 1286, in *Foro it.*, Rep. 1998, I, 1917: "Il nesso di causalità tra l'omissione di attività difensiva da parte dell'avvocato e il negativo esito processuale può essere valutato, nella causa di risarcimento danni contro quest'ultimo, in termini di semplice probabilità, anziché di certezza".

Nella nota a sentenza si legge: "La decisione si inserisce in un nutrito filone giurisprudenziale volto a delineare i contorni della responsabilità civile dell'avvocato nei confronti del cliente. (...) La Suprema Corte ritiene che il nocciolo della questione ruoti attorno al grado di «certezza» o «probabilità» richieste per affermare che la condotta omissiva dell'avvocato abbia avuto attitudine causale alla determinazione del danno". Altre pronunce in cui è stato seguito il filone della S.C. sono: App. Taranto, 07-02-2014; Trib. Salerno Sez. II, 03-05-2014; Trib. Milano Sez. I, 10-04-2013; Trib. Milano Sez. I, 24-10-2013; App. Roma Sez. III, 15-02-2011; App. Roma Sez. III, 05-09-2011; Trib. Firenze, 29-08-2008, n.3137; Corte d'Appello di Milano, 13-10-2004, in *Giurisprudenza di Merito*, 2005, 10, 2130; Cass. Civ. Sez. III, 13-02-2014, n. 3355 in *Diritto e Giustizia* 2014 (con nota di Perrotta), in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Avvocato*, n. 139; Cass. Civ., sez. III, 10-12-2012, n. 22376, in *Resp. Civ. e Prev.* 2013, 2, 638 e in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Avvocato*, n. 153; Corte d'Appello di Bari, sez. II, 28-02-2012, n. 181, in *giurisprudenzabarese.it*; Cass. Civ., sez. III, 26-04-2010, n. 9917 in *Diritto e Giustizia online*, 2010 e in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Professioni intellettuali*, n. 128; Cass. Civ., sez. III, 29-09-2009, n. 20828 in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 147.

Interessante è il contributo di Valentina Zirafa in: <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/avvocato-e-responsabile-solo-in-base-a-criteri-probabilistici.html> . Nonché <http://www.altalex.com/index.php?idnot=60773> , nota di Giuseppina Mattiello; <http://www.altalex.com/index.php?idnot=66500> , nota di Alessia Ali; Raffaele Plenteda, *La responsabilità dell'avvocato*, 2012, Giuffrè, p. 44.

(3) Trib. Milano Sez. I, 13-06-2013: "il professionista deve operare con la cura e la diligenza corrispondente alla natura dell'attività esercitata; è in forza di ciò che il professionista, l'avvocato, risponde, nei confronti del suo cliente, di imperizia o negligenza nell'attività svolta, se queste abbiano compromesso il buon esito del giudizio". In Cass. Civ., Sez. II, 05-07-2012, n.11304, il danno subito dal cliente a causa dell'attività imperita o negligente dell'avvocato, è stato qualificato come perdita di chances di vittoria. Nella stessa direzione procedono: Cass. Civ., sez. II, 30-07-2004, n. 14597 in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Avvocato*, n. 116; Trib. Verona, sez. III, 04-07-2014; Corte d'Appello di Napoli, Sez. III bis, 18-02-2011; Cass. Civ., sez. III, 20-11-2009, n. 24544 in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Avvocato*, n. 164; Corte d'Appello di Genova, sez. III, 20-10-2006; Trib. Bologna, Sez. II, 07-04-2006; Trib. Roma, 02-06-2005; Trib. Milano, 29-03-2005; Cass. Civ., Sez. II, 30-07-2004, n. 14597 (re. 575150) in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Avvocato*, n. 116; Cass. Civ., Sez. II, 18-07-2002, n. 10454 in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Avvocato*, n. 90; Trib. Bari, Sez. II, 12-01-2011, Trib. Roma, sez. XIII, 04-02-2006, in *juris data*, Giuffrè; Trib. Ascoli Piceno, 03-02-2014 in *Foro it.*, 2014, 433.

In dottrina in merito al dovere dell'avvocato di sollecitazione, dissuasione e informazione nei confronti del cliente, sono: Raffaele Plenteda, *La responsabilità dell'avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Halley, 2008. <http://www.studiorebecca.it/2003-et-ante/la-responsabilita-contrattuale-del-professionista-intellettuale.html>; http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_18036.asp.

(4) La responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il danno del quale è chiesto il risarcimento. Cass., sez. III, 08-05-1993, n. 5325 in *Foro it.*, 1994, I, 3188; App. Lecce Taranto, Sez. unica, 7-02-2014; Cass. Civ., sez. II, 12-10-2009, n. 21589 in *Diritto e Giustizia online*, 2009 e in *Il civilista*, 2009, 12, 13 (con note di Minardi e Plenteda) e in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Avvocato*, n. 163; Trib. Milano, sez. V, 10-01-2006, n. 186; Cass. Civ., Sez. II, 30-07-2004, n. 14597 (re. 575150) in *Gius. Civ. Mass.* 2004, 7/8, in *Gius. Civ.* 2004, I, 2934 e in *Corti Marchigiane* 2005, 1, 195 (con nota di Favale). Tale ultima sentenza, poi, è stata ripresa in dottrina da Riccardo Conte, *Obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato nella responsabilità civile dell'avvocato e riflessioni sulla nozione di "colpa lieve"*, *Corriere Giuridico*, 2005.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in argomento offre lo spunto per soffermarsi brevemente sul tema della responsabilità civile dell'avvocato, il quale, pur essendo stato da tempo introdotto nel dibattito giuridico, negli ultimi anni ha registrato una pluralità di pronunce giurisprudenziali e di contributi dottrinari innovativi, anche sotto la spinta degli indirizzi maturati nell'ambito della malpractice medica.

Sembra allora opportuno sezionare detto tema, analizzandone partitamente i profili che hanno guidato l'iter argomentativo del Tribunale di Pisa.

2. La natura della responsabilità dell'avvocato

La dottrina e la giurisprudenza che nel tempo si sono occupati della materia hanno sempre concordemente affermato che:

- al momento del conferimento dell'incarico l'avvocato stipula con il proprio cliente un contratto di prestazione d'opera intellettuale, ai sensi dell'art.2230 c.c.;
- il rapporto che si instaura tra cliente ed avvocato è disciplinato, oltre che dalle disposizioni di cui agli artt. 2230 c.c., anche da quelle di cui agli artt. 1703 c.c. relative al contratto di mandato e da fonti integrative, tra le quali particolare rilievo assumono le disposizioni dei codici di rito, che dettano norme comportamentali alle quali deve conformarsi l'attività del professionista;
- la responsabilità dell'avvocato ha dunque natura contrattuale;
- l'avvocato, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è obbligato a risarcire i danni che siano conseguenza immediata e diretta del suo inadempimento;
- l'obbligazione dell'avvocato relativa all'attività di rappresentanza e difesa in giudizio è obbligazione di mezzi e non di risultato: l'avvocato non garantisce al cliente l'esito

favorevole della lite, poiché detto esito è rimesso anche ad una pluralità di fattori imponderabili che sfuggono al controllo diretto del professionista, ma si obbliga ad eseguire la prestazione con la diligenza richiesta dal secondo comma dell'art. 1176 c.c., vale a dire con la diligenza esigibile da un avvocato di media esperienza e con la specificazione che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, la sua responsabilità sarà limitata alle sole ipotesi in cui sia accertato che egli abbia agito con dolo o con colpa grave¹.

3. La prova dell'inadempimento dell'avvocato.

In punto di distribuzione dell'onere della prova dell'erroneo o difettoso espletamento dell'attività dell'avvocato, la giurisprudenza ha, nel corso degli anni, abbandonato le antiche posizioni protettive nei confronti dei professionisti, a favore di un progressivo riconoscimento delle ragioni del cliente danneggiato dagli errori del proprio legale.

Sino agli anni '50 del secolo scorso, la giurisprudenza, facendo leva sul noto brocardo *habent sua sidera lites*, era perentoria nel sostenere che “ogni sentenza è condizionata da una quantità di fattori inimmaginabili, da indurre a negare la sussistenza di un danno risarcibile, anche in presenza di una accertata negligenza professionale”²: con il che si legittimava la sostanziale impunità dell'avvocato.

L'idea della *responsabilizzazione* degli avvocati si è affermata tra i Giudici solo a partire da un paio di decenni. In antitesi all'atteggiamento giudiziale di totale chiusura nei confronti delle ragioni del cliente danneggiato, si è così gradualmente diffusa la convinzione che l'avvocato, nonostante l'esistenza di fattori estranei alla sua sfera di influenza, possa comunque essere ritenuto responsabile del danno sofferto dal cliente, a condizione tuttavia che costui non si limiti a dedurre l'inadempimento, ma offra la prova che la condotta del proprio legale abbia in concreto provocato la soccombenza in giudizio o il danno di natura extragiudiziale³.

¹ Così, ex plurimis, Cass., Sez. II, 11/08/2005 n. 16846, in Giust. Civ. Mass. 2005, 9, e in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, n. 188: “... l'inadempimento del suddetto professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata”; Cassazione civile, sez. III, 05/08/2013, n. 18612: “Le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo. Pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ., che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione”; Cassazione civile, sez. II, 22/07/2014, n. 16690, Diritto & Giustizia 2014: “La responsabilità professionale dell'avvocato, configura un'obbligazione di mezzi e non di risultato e quindi presuppone la violazione del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c., da commisurare alla natura dell'attività esercitata”.

² Cfr. Trib. Roma 3 marzo 1954 in Giustizia Civile 1954, 526, citata da Remo Danovi, Corso di ordinamento forense e deontologia, ottava edizione, Giuffrè editore, pag.389, secondo la quale in ogni processo civile è insito “un elemento di imprevedibilità ... che scaturisce non tanto dall'opinabilità del fatto, quanto dall'incontro processuale tra la soggettività delle parti, dei difensori e del giudice (e) che può concretamente articolarsi in una casistica pressoché infinita” e che conclude escludendo il risarcimento “nell'ipotesi di qualsiasi omissione od errore difensivo del patrocinante legale in sede contenziosa”.

³ Cfr. Cassazione civile, sez. III, sentenza 18.04.2007 n. 9238, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Avvocato*, n. 92 e in Giust. Civ. 2008, 9, 2017 (con nota SABATINI) secondo cui: “incombe al cliente il quale assume di avere subito un danno, l'onere di provare la difettosa od inadeguata prestazione professionale,

Giova segnalare che questo orientamento, che è attualmente ancora prevalente, ed al quale si è uniformato il Tribunale di Pisa con la sentenza in commento, non è stato scalfito dalla sentenza n.13533 del 2001⁴, con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'intento di ricondurre ad unità il regime probatorio con riferimento alle azioni previste dall'art 1453.c.c., hanno affermato che *“in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento”*.

Si è infatti sostenuto che il detto riparto dell'onere della prova riguarda le sole obbligazioni di risultato e non anche le obbligazioni di mezzi e che, in particolare, il ripetuto riparto non può concernere l'attività professionale dell'avvocato, giacché il mancato raggiungimento del risultato favorevole per il cliente non configura di per sé un inadempimento, proprio per la coesistenza dei fattori esogeni di cui s'è detto, per cui possono verificarsi ipotesi nelle quali, nonostante l'adempimento, il cliente/creditore non realizzi comunque l'utilità sperata (nonostante la diligente attività dell'avvocato, il cliente perde la causa perché, ad esempio, il Giudice aderisce ad un orientamento giurisprudenziale contrario alle tesi sostenute dalla parte, o perché le risultanze istruttorie depongono in senso sfavorevole all'assistito).

Molto di recente, tuttavia, soprattutto sulla spinta della sentenza n.577/2008 delle Sezioni Unite della Cassazione⁵, con la quale i Giudici della Corte hanno sostanzialmente sancito il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato in tema di inadempimento da responsabilità medica, si è registrata qualche isolata pronuncia che ha operato un cambio di rotta in punto di onere della prova. Sotto tale profilo, appare particolarmente interessante la sentenza n. 8312 del 2011⁶ con la quale la Corte di Cassazione, in un'ipotesi in cui l'avvocato aveva omesso di provare le circostanze dedotte in citazione, provocando così il rigetto della domanda, ed aveva trascurato di impugnare la sentenza, ha dichiarato fondato il ricorso ed ha cassato la sentenza di appello sul rilievo che *“trattandosi di responsabilità contrattuale per inadempimento degli obblighi inerenti al mandato professionale l'onere di fornire la prova liberatoria da responsabilità era a carico dell'inadempiente”*.

Il processo giurisprudenziale di *responsabilizzazione* dell'avvocato se da un lato, nell'evidente intento di apprestare una tutela giuridica al cliente danneggiato che ne era prima completamente sprovvisto, può costituire uno stimolo per gli avvocati a conformarsi alle disposizioni legislative e deontologiche che disciplinano la professione

l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa od inadeguata prestazione professionale ed il danno. Per quanto riguarda la difettosità o inadeguatezza della prestazione professionale, il cliente ha l'onere di fornire la prova di idonei dati obiettivi in base ai quali il giudice valuterà se, in relazione alla natura del caso concreto, l'attività svolta dal professionista possa essere giudicata sufficiente”.

⁴ In Giust. civ. Mass. 2001, 1826 ; Dir. e Formazione 2001, 1013; Corriere giuridico 2001, 1565 (con nota di MARICONDA); Danno e resp. 2002, 318; Studium Juris 2002, 389; Contratti 2002, 113 (con nota di CARNEVALI); Nuova giur. civ. commentata 2002, I, 349 (con nota di MEOLA); Foro it. 2002, I, 770 (con nota di LAGHEZZA); Giust. civ. 2002, I,1934.

⁵ In Giust. civ. Mass. 2008, 1, 32; Diritto e Giustizia online 2008; Foro amm. CDS 2008, 1, 91 (s.m.); Giust. Civ. 2009, 11, 2532; Il civilista 2010, 2, 86.

⁶ In Giust. civ. Mass. 2011, 4, 587; in rete: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=52196>

e, in primo luogo, agli obblighi di competenza⁷ aggiornamento e di formazione⁸, i quali, se effettivamente coltivati, eviterebbero la maggior parte degli errori denunciati dinanzi ai Giudici (ivi compreso l'errore procedurale in cui è incorso l'avvocato della sentenza in commento), dall'altro, a parere di chi scrive, non dovrebbe e non potrebbe spingersi fino alla sostanziale soppressione della dicotomia tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato e alla loro equiparazione in ordine alla prova dell'inadempimento; non dovrebbe cioè spingersi fino a ritenere che, anche in subiecta materia, possano essere applicati i principi espressi dalle Sezioni Unite con la sentenza del 2008, e ad affermare che il cliente, il quale agisca per il risarcimento del danno, abbia il solo onere di allegazione dell'inadempimento, restando a carico dell'avvocato la prova dell'adempimento o della inimputabilità dell'inadempimento.

E ciò in quanto la professione forense, alla quale è assegnato il compito di *tutela del rispetto dei diritti della persona e dei suoi interessi legittimi anche nei confronti dello Stato*⁹, ha caratteristiche del tutto peculiari che la distinguono da qualsiasi altra, tant'è che è l'unica professione liberale ad avere avuto riconoscimento nella nostra carta costituzionale¹⁰.

Tale peculiarità dipende anche dal modo in cui si configura l'obbligazione dell'avvocato, la quale –proprio per la coesistenza di tutti quei fattori estranei alla sfera di imperio del legale cui si è più volte fatto cenno- non può mai consistere nel garantire al creditore/cliente un risultato utile, ma si identifica nell'obbligo di svolgere diligentemente l'attività a lui affidata; cosicché l'inadempimento non si identifica mai con il mancato raggiungimento del risultato sperato (la perdita della lite), ma con il vizio di diligenza nell'esecuzione della prestazione, il cui onere probatorio non può che ricadere sul cliente.

4. Il nesso di causalità

In questa materia il tema del nesso di causalità ha connotati peculiari, poiché l'accertato errore dell'avvocato non costituisce normalmente causa efficiente del danno, potendo quest'ultimo –come sopra più volte rilevato- essere il risultato di un concorso di fattori, tra i quali l'attività negligente dell'avvocato può anche porsi come elemento del tutto trascurabile.

⁷ L'art. 14 del codice deontologico forense approvato dal CNF nella seduta del 31.01.2014 (in rete: <http://www.consigionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/codice-deontologico-forense/articolo8605.html>), recita “L'avvocato al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza”.

⁸ L'art.15 del codice deontologico forense, intitolato *Dovere di aggiornamento professionale e di formazione continua*, recita: “L'avvocato deve curare costantemente la preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori di specializzazione e a quelli di attività prevalente”.

⁹ Tiziano Stefanelli, La funzione costituzionale svolta dall'avvocato, in rete: <http://www.filodiritto.com/articoli/2006/09/la-funzione-costituzionale-svolta-dallavvocato/>

¹⁰ “In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato riveste un ruolo speciale. Il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge. L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di Diritto e gli interessi di coloro di cui deve difendere i diritti e le libertà; l'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa ma anche di essere il consigliere del proprio cliente. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica” (Codice Deontologico degli Avvocati Europei del CCBE, articolo 1.1 – in rete: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/5761CodiceDeontologi6_1352191308.pdf).

E' opportuno ricordare schematicamente le principali teorie sulla causalità elaborate dagli operatori del diritto nel corso degli anni:

a) La *teoria della condicio sine qua non*, secondo la quale, al fine di accertare se un certo fatto è causa di un determinato effetto, occorre, a posteriori, eliminare mentalmente dalla successione di accadimenti il fatto, per verificare se l'effetto si sarebbe ugualmente prodotto.

b) La *teoria della causalità adeguata*, secondo la quale un evento è conseguenza di una certa condotta se quest'ultima non solo ne costituisca la condicio sine qua non, ma risulti idonea a produrre l'evento secondo l'id quod plerumque accidit¹¹.

c) La *teoria della causalità umana*, secondo la quale il nesso eziologico tra una condotta umana ed un evento sarebbe riscontrabile solo nel caso in cui la prima costituisca la condicio sine qua non del secondo ed il secondo non sia dovuto all'intervento di fattori eccezionali.

d) La *teoria della causalità scientifica*, secondo la quale la condotta umana è causa di un evento quando quest'ultimo è conseguenza della prima, secondo la miglior scienza ed esperienza di un determinato momento storico¹².

Il codice civile non contiene alcuna definizione della nozione di causalità. E tuttavia la giurisprudenza ritiene che i principi enunciati dagli artt. 40 e 41 del codice penale siano applicabili "*anche per accertare il nesso di causalità in tema di responsabilità civile*"¹³, sebbene con particolari correttivi che incidono sul concetto stesso di causalità.

In particolare, per la verifica del nesso eziologico, la giurisprudenza civile utilizza il criterio della causalità adeguata, la quale viene anche definita *teoria della regolarità causale*, integrata con il c.d. principio della "*preponderanza dell'evidenza*", fondato sul canone del "*più probabile che non*".

Secondo tale principio, il nesso di causalità sussiste ogniqualvolta, alla luce di tutti gli elementi della fattispecie concreta acquisiti al giudizio, appaia *più probabile che non* che un determinato evento sia stato la conseguenza della condotta attiva od omissiva¹⁴.

¹¹ Cassazione civile, sez. III, 19/07/2005, n. 15183 in Giust. civ. Mass. 2005, 9: "Un evento dannoso è da considerarsi causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cosiddetta teoria della "conditio sine qua non"); ma, nel contempo, non è sufficiente tale relazione eziologica per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento, non appaiono del tutto inverosimili (cosiddetta teoria della causalità adeguata o della regolarità causale). Pertanto, l'incidenza eziologica delle cause antecedenti va valutata, per un verso, nel quadro dei presupposti condizionanti (per cui deve trattarsi di "antecedente necessario" dell'evento dannoso, a questo legato da un rapporto di causazione normale e non straordinario) e per altro verso, in coordinazione con il principio della "causalità efficiente" che, contemperando la regola della "equivalenza causale", espunge appunto le cause antecedenti della serie causale (facendole scendere al rango di mere occasioni) in presenza di un fatto sopravvenuto "di per sé idoneo a determinare l'evento anche senza quegli antecedenti".

¹² Cassazione penale, sez. IV, 17.12.1993, in Riv. Pen. Economia 1996, 56.

¹³ Cassazione Civile, Sezione III, n.15789 del 22.10.2003, in Foro it. 2004, I,2182.

¹⁴ Cassazione civile, sez. III, 16/10/2007, n. 21619, in Foro it., Rep. 2008, voce Responsabilità civile, n. 219, in Giust. civ. Mass. 2007, 10; Resp. civ. e prev. 2008, 2, 323 (con nota di LOCATELLI); Il civilista 2008, 11, 86 (con nota di PULICE): "Nel cosiddetto sottosistema civilistico, il nesso di causalità (materiale) - la cui valutazione in sede civile è diversa da quella penale (ove vale il criterio dell'elevato grado di credibilità razionale che è prossimo alla "certezza") - consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più probabile che non"; esso si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose (finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già

Anche il tema del nesso di causalità nei giudizi di responsabilità civile dell'avvocato è stato oggetto di una costante evoluzione giurisprudenziale, nel segno di un crescente innalzamento degli standard di tutela assicurati al cliente, che dalle pronunce più datate, le quali, facendo leva sul principio dell'intangibilità del giudicato (secondo cui la res iudicata non avrebbe potuto formare oggetto di una valutazione prognostica neppure al solo fine di indagare quale fosse stata la condotta processuale dell'avvocato), negavano de plano l'accertamento del nesso di causalità e, in definitiva, la stessa responsabilità dell'avvocato¹⁵, è pervenuta al criterio probabilistico formulato in questo ambito per la prima volta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.1286 dell'8.02.1998¹⁶, la quale ha stabilito che *“posto che, in materia di responsabilità professionale, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta e l'evento, quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli, il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo”*.

Il Tribunale di Pisa, nel suo percorso argomentativo della sentenza in commento, ha fatto puntuale applicazione del criterio probabilistico: ha infatti esaminato i fatti processuali che avevano portato al rigetto dell'opposizione ed ha concluso che risultava *“poco probabile”* che l'opposizione potesse trovare accoglimento, anche se l'avvocato non avesse commesso l'errore di introdurre il giudizio con ricorso anziché con citazione.

Ed ha di conseguenza affermato che *“pur essendo evidente l'errore processuale fatto dal legale ... non può ritenersi provato che la parte abbia subito per effetto dello stesso un danno”*.

5. I doveri di informazione

La giurisprudenza e la dottrina da tempo annoverano nel più generale obbligo di diligenza, il dovere di informazione, anche nelle sue connotazioni di dovere di sollecitazione (l'avvocato è tenuto a richiedere al cliente di fornirgli ogni elemento utile al buon esito dell'incarico ricevuto) e dovere di dissuasione (l'avvocato è tenuto a

accertata responsabilità risarcitoria) e prescinde da ogni valutazione di prevedibilità o previsione da parte dell'autore, la quale va compiuta soltanto in una fase successiva ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo (colpevolezza)”. (Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato il nesso causale tra il comportamento omissivo del sanitario che aveva ritardato di inviare il paziente presso un centro di medicina iperbarica e l'aggravamento delle lesioni subite dal paziente che probabilmente avrebbe potuto essere evitato). Cassazione civile, sez. un., 11/01/2008, n. 581, in Resp. civ. e prev., 2008, 827: “Ai sensi degli art. 40 e 41 c.p., un evento è da considerarsi causa di un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo; ma l'applicazione di tale principio, temperato dalla regolarità casuale, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico, va applicata alla peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile, dove muta la regola probatoria, per cui mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non”.

¹⁵ Cassazione Civile 10.02.1931 n.495, in Riv. Dir. Proc. Civ. 1931,II, 260: “Al procuratore in colpa per l'omessa interposizione dell'appello di cui abbia assunto l'incarico dal proprio cliente può far carico il rimborso delle spese invano all'uopo anticipategli, ma non il danno incerto ed eventuale desunto da una stima preventiva dell'esito della lite”.

¹⁶ In Nuova giur. civ. commentata 1999, I, 358 (con nota di LEPRE).

prospettare al cliente ogni elemento di rischio insito nell'azione giudiziaria intrapresa o da intraprendere)¹⁷.

Detto dovere è peraltro specificatamente disciplinato dal codice deontologico forense, che commina specifiche sanzioni disciplinari all'avvocato che lo violi¹⁸.

Si sostiene che *“compito primario di ogni professionista è quello di porre il cliente in condizione di assumere in maniera consapevole e, appunto, adeguatamente informata tutte le scelte e le decisioni inerenti all'oggetto dell'attività oggetto dell'affidamento”*¹⁹.

Il dovere di informazione viene in rilievo sia nelle ipotesi in cui l'avvocato sia investito del solo incarico di consulenza, che non sia finalizzato all'esercizio di azioni giudiziali, sia nel caso in cui all'avvocato sia conferito il mandato di rappresentanza ed assistenza in giudizio, ed in tal caso l'obbligo di informazione dovrà essere adempiuto dal

¹⁷ Cassazione civile, sez. II, 30/07/2004, n. 14597, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, 1401 (con nota di PERUGINI): “Il corretto adempimento della prestazione professionale comporta in relazione all'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., il puntuale assolvimento del dovere di informazione del cliente stesso al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento”. Cfr., inoltre, Cassazione civile, sez. III, 20/11/2009, n. 24544, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 11, 1618, secondo cui: “L'avvocato, nell'adempimento della propria prestazione professionale, è tenuto ad informare il cliente sulle conseguenze del compimento o del mancato compimento degli atti del processo, e, se del caso, a sollecitarlo nel compimento di essi ovvero, sussistendo le condizioni, a dissuaderlo della loro esecuzione. Pertanto, la circostanza che il cliente abbia omesso di fornire indicazioni al proprio avvocato circa la propria intenzione di proporre o meno impugnazione avverso una sentenza sfavorevole non esclude la responsabilità del professionista per mancata tempestiva proposizione dell'appello, se questi non aveva provveduto ad informare il cliente sulle conseguenze dell'omessa impugnazione”.

¹⁸ Si riporta il testo dell'art. 27 del vigente codice deontologico forense:

1. L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.
2. L'avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione.
3. L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.
4. L'avvocato, ove ne ricorrano le condizioni, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita della possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato.
5. L'avvocato deve rendere noti al cliente ed alla parte assistita gli estremi della propria polizza assicurativa.
6. L'avvocato, ogni qualvolta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e documenti, anche provenienti da terzi, concernenti l'oggetto del mandato e l'esecuzione dello stesso sia insede stragiudiziale che giudiziale, fermo restando il disposto di cui all'art. 48, terzo comma, del presente codice.
7. Fermo quanto previsto dall'art. 26, l'avvocato deve comunicare alla parte assistita la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso.
8. L'avvocato deve riferire alla parte assistita, se nell'interesse di questa, il contenuto di quanto appreso legittimamente nell'esercizio del mandato.
9. La violazione dei doveri di cui ai commi da 1 a 5 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento. La violazione dei doveri di cui ai commi 6, 7 e 8 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura.

¹⁹ Raffaele Plenteda, *La responsabilità dell'avvocato*, Officina del Diritto, Giuffrè Editore, pag.26.

difensore sia al momento dell'assunzione dell'incarico, sia durante il corso del procedimento, sino alla sua definizione²⁰.

Così è stato deciso che l'avvocato ha l'obbligo di informare il cliente qualora “*non ritenga opportuno promuovere l'azione più direttamente prevista dalla legge per casi del genere*”²¹; che ha l'obbligo di informare il cliente della possibilità di ricorrere in cassazione, avverso la pronuncia di inammissibilità dell'appello, per mancato rinnovo della notificazione ad opera del legale stesso²²; che, in caso di rinuncia al mandato o di revoca dello stesso da parte del cliente, ha l'obbligo di “*rappresentare al cliente che l'attività di deduzione delle prove resta da svolgere (ciò in caso di revoca) o di svolgerla lui prima di cessare dall'incarico (in caso di rinuncia)*”²³.

6. L'onere di provare di avere adempiuto l'obbligo informativo

La specifica obbligazione di informazione a carico dell'avvocato, non è un'obbligazione di mezzi, ma è una vera e propria obbligazione di risultato, in quanto l'interesse perseguito dal cliente-creditore di essere correttamente informato è realizzato per effetto del corretto adempimento dell'obbligo senza che, in questo caso, concorrano altri fattori, imprevedibili ed imponderabili, che esulino dalla sfera di controllo del professionista-debitore²⁴.

²⁰ G.Martinuzzi, La responsabilità dell'avvocato. Cenni generali, in *La responsabilità civile dei professionisti: medici, notai e avvocati*, in *Quad. Fond. Forense Bolognese*, Bologna, 2004, pag.88: “All'adempimento di tale obbligo l'avvocato è tenuto prima, durante ed anche al termine dello svolgimento dell'incarico professionale, sia giudiziale, sia stragiudiziale. Prima, perché il cliente deve essere messo in grado di valutare l'entità del rischio giudiziario ... , attraverso la preventiva conoscenza degli elementi di incertezza del suo caso”.

²¹ Cass. Civ. 13.12.1969 n.3958, in *Giustizia Civile*, 1970, I, 404.

²² Cass. Civ. 26.03.1997 n.2661, in *Massimario Giustizia Civile*, 1997, 461.

²³ Cass. Civ. 08.05.1993, n.5325, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1994, I, 266. Cfr. anche Cassazione civile, sez. II, 12/10/2009, n. 21589, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 6, 1324 (con nota di MUSOLINO), secondo cui: “Anche in caso di rinuncia o revoca del mandato, l'obbligo di informazione costituisce manifestazione del più generale dovere di diligenza professionale a cui l'avvocato è tenuto, verso il proprio cliente, per cui il professionista, sostituito da un nuovo difensore, deve comunque comunicare al nuovo difensore stesso l'avvenuta notifica degli atti in relazione ai quali il domicilio era stato eletto”.

²⁴ Cass. Civ. Sez. II sentenza 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giur. it.* 2005, 1401 (con nota di PERUGINI) e in rete: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=7585>. “L'evidenziata natura della obbligazione assunta dal professionista come obbligazione di mezzi non esime quest'ultimo dal dovere di prospettare al cliente tutti gli elementi contrari, (ipotizzabili in virtù di quella preparazione tecnica e di quell'esperienza medie caratterizzanti l'attività professionale alla luce degli evidenziati parametri normativi) per i quali, nonostante il regolare svolgimento di tale attività, gli effetti a questa conseguenti possano essere inferiori a quelli previsti, oppure in concreto nulli o persino sfavorevoli, determinando in tal modo un pregiudizio rispetto alla situazione antecedente; il professionista, infatti, deve porre in grado il cliente di decidere consapevolmente, sulla base di una adeguata valutazione di tutti gli elementi favorevoli ed anche di quelli eventualmente contrari ragionevolmente prevedibili, se affrontare o meno i rischi connessi all'attività richiesta al professionista medesimo. Pertanto la valutazione in ordine all'adempimento o meno da parte dell'avvocato dell'obbligazione conseguente all'incarico professionale conferitogli non attiene al mero accertamento del mancato raggiungimento del risultato utile da parte del cliente, ma involge una indagine volta a verificare l'eventuale violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza; nell'ambito di quest'ultimo sono ricompresi i doveri di sollecitazione, di dissuasione ed in particolare di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento, evidenziando al cliente le questioni di fatto e/o di diritto rilevabili “ab origine” o insorte successivamente ritenute ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive di un rischio di effetti dannosi, invitandolo a fornirgli

Il Tribunale di Pisa, nella sentenza in commento, aderendo all'orientamento sopra riferito, ha verificato come, nel caso sottoposto al suo esame, non fosse stata fornita alcuna prova del fatto che i clienti fossero stati informati dei rischi connessi all'esercizio dell'azione e che, in assenza di tale prova, dovesse ritenersi dimostrato l'inadempimento dei doveri derivanti dal mandato, che giustifica la richiesta di risarcimento dei danni.

Anche sotto questo aspetto l'evoluzione giurisprudenziale è orientata nel senso di una sempre maggiore attenzione alle esigenze dei consumatori. Parallelamente a quanto avvenuto in campo medico²⁵, si può sostenere che anche in ambito forense si sia affermata la necessità del consenso informato ed il principio della responsabilità da inadempimento degli obblighi informativi legati alla formazione del consenso.

In questa situazione, il rischio paventabile è che il cliente possa agevolmente sostenere che la perdita della lite sia la conseguenza immediata e diretta, non già della concomitanza dei fattori esterni più volte ripetuti, ma della sola insufficiente informazione ricevuta dal proprio avvocato; e allora sarebbe probabilmente opportuno che presso la classe forense si instaurasse la prassi virtuosa di fornire ai propri clienti informazioni scritte, le quali, se da un lato costituirebbero un efficace deterrente alla proliferazione di cause risarcitorie nei confronti degli avvocati, dall'altro fornirebbero al professionista un utilissimo strumento di tutela nell'ipotesi in cui l'azione risarcitoria fosse, nonostante tutto, intrapresa.

gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni stesse, ed anche sconsigliandolo dall'iniziare o proseguire una lite ove appaia improbabile un epilogo favorevole, e, anzi, probabile un esito negativo”.

²⁵ Cassazione civile, sez. III, 19/09/2014, n. 19731, in *Diritto & Giustizia* 2014: “Il consenso informato, ovvero l'esatta informazione sulle condizioni e sui rischi legati al trattamento sanitario, costituisce elemento strutturale dei contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario, e conseguentemente l'inadempimento del debitore della prestazione di garanzia è idoneo a ledere i diritti inviolabili della persona cagionando anche pregiudizi non patrimoniali”.

IL DIFETTO DI COORDINAMENTO IN CHIRURGIA: LA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLA MEDICINA D'EQUIPE E LA LIQUIDAZIONE DEI DANNI AL PAZIENTE E AI SUOI PARENTI

di Silvia Sartori

IL CASO

La vittima è stata sottoposta a un intervento chirurgico di tiroidectomia totale; durante i primi tre giorni post-operatori non sono stati rilevati particolari problemi, ad eccezione di continui fenomeni di nausea e conati di vomito. Il 9.12.2008 è improvvisamente comparsa un'emorragia al collo e del drenaggio, che ha causato difficoltà respiratoria e perdita di coscienza. La ferita chirurgica è stata riaperta ed è stata eseguita più volte una tracheotomia, fino a provocare una lesione alla trachea; l'arresto dell'attività cardiaca e il peggioramento delle condizioni generali avevano reso necessaria l'esecuzione di un nuovo intervento chirurgico. Nella fase post-operatoria, era stato diagnosticato un quadro di encefalopatia con modico progressivo miglioramento ed era poi stato iniziato un lento percorso riabilitativo. Nonostante ciò, la danneggiata decede in data 5.3.2012.

Gli attori evidenziavano la sussistenza di una responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della struttura sanitaria convenuta, a causa dell'inadempimento degli obblighi gravanti sui medici che avevano in cura la vittima e in riferimento alla lesione del diritto al consenso informato. È stato richiesto altresì il risarcimento dei danni – patrimoniali e non patrimoniali- subiti dalla madre e dal cognato, sia in proprio, che in qualità di esercente la potestà genitoriale sul figlio minore.

La struttura sanitaria si è costituita in giudizio e ha contestato le domande di parte attrice, in particolare con riferimento al fatto che gli attori avevano affermato la sussistenza della responsabilità della struttura senza individuarne gli specifici profili, la dottoressa aveva illustrato ampiamente i dettagli dell'intervento e le possibili complicanze e infine che l'emorragia era del tutto imprevedibile e non sono state fornite prove relative ai danni vantati dall'attore.

È stato provato in giudizio da parte attrice l'inadempimento qualificato della struttura sanitaria, seppur a grandi linee, mentre riguardo ai profili tecnici dalla relazione della consulenza è emerso che sino alla quarta giornata post-operatoria la condotta della struttura è stata diligente, prudente e perita e l'emorragia intervenuta si è rivelata del tutto imprevedibile e inevitabile. Tuttavia, a seguito della complicanza insorta il 9.12.2008, le indagini effettuate –in ragione della precaria situazione della paziente e dell'eccellenza della struttura nella quale era stata ricoverata- mostrano che non vi è stato immediato coordinamento tra gli specialisti necessari ad intervenire in forza del quale si sarebbe potuto evitare con altissima probabilità (superiore al 50%) il verificarsi del danno; infatti, la presenza tempestiva del chirurgo e dell'anestesista avrebbe permesso di procedere alla corretta pratica clinica, evitando la lesione tracheale e tutto ciò che ne consegue.

Con riferimento all'attività della struttura sanitaria, il Tribunale rileva un inesatto adempimento delle prestazioni necessarie ad evitare lesioni, dunque violazione del dovere di diligenza, oltre a riconoscere il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e non emergenti, conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. In concreto, le condotte incriminate alla IEO sono: l'arrivo tardivo del rianimatore, il mancato

coordinamento tra le figure professionali che erano tenute ad intervenire, il mancato monitoraggio della misurazione della pressione, frequenza cardiaca e saturazione dell'ossigeno.

A fronte dello svolgimento dei fatti descritti sopra, il Tribunale si è pronunciato in base alle seguenti questioni:

A) In primo luogo, nessun dubbio rileva sulla legittimazione attiva dell'avvocato costituitosi in giudizio quale curatore speciale, nominato con provvedimento dal Giudice Tutelare del Tribunale di Lecco, per l'assunzione di ogni decisione nell'interesse della beneficiaria durante il corso del procedimento. Era stato infatti ravvisato un conflitto d'interessi, in relazione alla costituzione in giudizio del fratello della danneggiata in qualità di amministratore di sostegno di questa.

B) Una volta appurato ciò, il giudice passa ad analizzare il merito della questione. Conformemente ai principi cardine dettati dalla Corte Suprema, è opportuno richiamare un consolidato orientamento di questa in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica. Il danneggiato, ove deduca una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per inesatto adempimento della prestazione medica, deve fornire prova: 1. del contratto, 2. dell'aggravamento della situazione patologica, 3. del nesso di causalità tra i primi due secondo il criterio del "più probabile che non".

Secondo un orientamento più recente di Cassazione, il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, quali cause del danno, restando poi a carico del convenuto la dimostrazione della sussistenza della diligenza nello svolgimento della prestazione professionale, e del fatto che l'evento prodotto sia stato del tutto impreveduto e imprevedibile o che, nel caso in cui vi sia stato inesatto adempimento, tale non abbia avuto incidenza causale sulla produzione del danno. Nel caso in esame, parte attrice ha correttamente allegato l'inadempimento qualificato della struttura sanitaria convenuta; del tutto irrilevante il fatto che non abbia provato i profili specifici e tecnici in quanto, secondo il principio di vicinanza della prova, non era nella disponibilità di essa. Tali profili emergeranno soltanto all'esito della ctu, non potendo essere conoscibili da parte degli attori al momento della redazione dell'atto di citazione.

C) Il giudice, nella cd. fase istruttoria, analizzate le prove orali e documentali ed esaminate le risultanze delle ctu, accerta quanto segue:

1. Il collegio di consulenti ha dimostrato i reali danni subiti dalla paziente, in particolare evidenziando che il primo intervento chirurgico era stato appropriato e svolto adeguatamente. Ciò consente di ritenere accertato che la condotta della struttura sanitaria, sino alla IV giornata post-operatoria, è stata diligente, prudente e perita: corretta la scelta di eseguire l'intervento chirurgico e adeguata la sua esecuzione.

2. Rimane da esaminare il profilo riguardante l'esattezza dell'adempimento degli obblighi relativi alla fase successiva alla complicità e della gestione della situazione d'emergenza.

Alla luce delle numerose doglianze delle parti, l'estensore sottolinea che l'incompleta e inesatta tenuta della cartella clinica non appare un dato rilevante al fine di comprendere le reali cause dei danni subiti.

Dalle risultanze della consulenza tecnica relativa al comportamento tenuto dai sanitari dipendenti della struttura, è stata considerata adeguata la condotta di questi in merito alla qualità dell'assistenza rianimatoria, a seguito della grave emergenza in atto e delle complicanze sopraggiunte. Tuttavia, nello svolgimento di tale secondo intervento operatorio, emergono gravi carenze: non vi è stata l'immediata chiamata di tutti gli

operatori necessari, nemmeno una completa pianificazione degli interventi da eseguire e una tempestiva esecuzione dell'operazione, che avrebbe potuto ragionevolmente evitare il prodursi del danno. L'eccezionalità e la gravità della complicanza insorta avrebbe richiesto un'efficace coordinamento tra chirurgo ed anestesista, che nel caso in esame non vi è stata. Pertanto, le conclusioni raggiunte dalle indagini tecniche meritano di esser accolte: il comportamento dei medici, alla luce della gestione della complicanza intervenuta, è stata determinante per la produzione dei gravissimi danni in capo alla paziente.

Tale conclusione va confermata anche alla luce delle difese della IEO e delle censure svolte dai consulenti. In riferimento a queste ultime, relative al fatto che la concomitanza delle due difficoltà emerse, respiratoria e circolatoria, non hanno consentito di attendere l'arrivo di tutti gli specialisti e di trasportare la paziente in sala operatoria, il giudice osserva che l'eccezionalità e gravità della complicanza, in ragione dell'eccellenza della struttura presso cui era ricoverata e delle precarie condizioni di salute, sarebbero state sufficienti a richiedere un tempestivo coordinamento tra gli specialisti competenti ad intervenire. Non è contestata l'esistenza di un contratto tra la paziente e lo IEO, avente ad oggetto la prestazione sanitaria per cui è causa; è inoltre pacifica la sussistenza di una lesione all'integrità psico-fisica della paziente.

La domanda sollevata da parte attrice, relativa al risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesione alla salute a causa del mancato consenso informato, non può esser accolta in assenza di precise indicazioni che dimostrino la lesione del diritto all'autodeterminazione, poiché di fatto non sono state tempestivamente allegate.

Non può trovare accoglimento la domanda relativa al risarcimento del danno patrimoniale avanzata dal fratello della vittima, per via dell'abbandono dell'attività lavorativa e la contrazione del reddito che ne deriva, in quanto non considerate conseguenze immediate e dirette del comportamento della struttura sanitaria, ma frutto di una libera scelta dell'attore, atteso che la vittima avrebbe comunque potuto esser assistita dal personale medico ed infermieristico (che di fatto, l'ha assistita).

A fronte dell'evento lesivo, il giudice ha ritenuto fondate e ha accolto le domande di parte attrice relativamente al risarcimento dei danni patrimoniali per spese future di assistenza, danno emergente da adattamento dell'abitazione, lucro cessante per perdita della capacità lavorativa specifica e non patrimoniali a fronte del danno biologico da lesione al diritto alla salute e quelli riflessi ex iure hereditario per da perdita del rapporto parentale, in capo a ciascun parente che ha agito in giudizio.

Il Tribunale, in considerazione del lasso temporale trascorso dal momento in cui si è verificato l'illecito e alla luce delle caratteristiche della danneggiata e danneggiati riflessi, ha riconosciuto all'attore un'ulteriore somma a titolo di lucro cessante per il mancato tempestivo risarcimento del danno da parte dei responsabili, potendosi a ragione presumere che il creditore, ove avesse avuto tempestiva disponibilità dell'equivalente in denaro del danno, l'avrebbe impiegato in modo fruttifero. La liquidazione equitativa del lucro cessante in questione avviene attraverso una maggiorazione del 18% dell'intero danno (esclusa la rendita vitalizia).

La struttura sanitaria è responsabile per i danni arrecati dal personale sanitario alla signora; pertanto viene condannata a pagare i risarcimenti di cui sopra e altresì le spese del giudizio, stando alle regole della soccombenza, oltre che di quelle relative alle ctu, già liquidate con provvedimenti separati.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
PRIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Martina Flamini ha pronunciato la seguente SENTENZA nella causa civile di I Grado iscritta al n.r.g. 40283/2010 promossa da: in proprio e nella qualità di amministratore di sostegno di in qualità di curatore speciale di in proprio e quale esercente la potestà genitoriale su nonché i predetti in qualità di eredi di elettivamente domiciliati in (omissis) ATTORE contro elettivamente domiciliato in (omissis) CONVENUTO (omissis) CONCLUSIONI: Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni. OGGETTO: Responsabilità professionale medica.

Fatto e Diritto

in qualità di Amministratore di sostegno della sorella, in qualità di eredi di quest'ultimo in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sul figlio minore convenivano dinanzi al Tribunale di Milano

esponendo la seguente vicenda sanitaria: il 5.12.2008, a seguito di diagnosi di carcinoma papillare della tiroide con linfadenopatie,

(Omissis) veniva sottoposta ad intervento chirurgico di tiroidectomia totale, con linfadenectomia ricorrentiale bilaterale; i primi tre giorni di decorso post operatorio erano stati normali, ad eccezione di continui fenomeni di nausea e conati di vomito; il 9.12.2008, improvvisamente, era comparsa una violentissima emorragia alla radice del collo e del drenaggio, con difficoltà respiratoria e perdita di coscienza; era stata riaperta la ferita chirurgica ed era stata eseguita una tracheostomia, ripetuta più volte, fino a provocare una lesione tracheale; il grave pneumotorace, l'arresto dell'attività cardiaca ed il peggioramento delle condizioni generali avevano reso necessaria l'esecuzione di un nuovo intervento chirurgico; a causa di quanto accaduto nella fase post operatoria la consulenza neurologica aveva posto la diagnosi di encefalopatia post-anossica con modico progressivo miglioramento; era poi iniziato un lento percorso riabilitativo. Premessi tali aspetti, gli attori evidenziavano la sussistenza di una responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della struttura sanitaria convenuta in relazione all'inadempimento degli obblighi gravanti sui medici che avevano avuto in cura (Omissis) e in riferimento alla lesione del diritto al consenso informato. Parte attrice concludeva chiedendo il risarcimento dei danni, non patrimoniali e patrimoniali, subiti da (Omissis) dalla madre, (Omissis) dal cognato, (Omissis) sia in proprio che nella qualità di genitore del figlio minore (Omissis)

Si costituiva (Omissis) (di seguito, per brevità, solo IEO), contestando integralmente le domande di parte attrice. In particolare, deduceva la convenuta: che gli attori non avevano individuato specifici profili di responsabilità della struttura sanitaria convenuta, limitandosi genericamente ad affermarne la sussistenza; che la dott.ssa (Omissis) aveva illustrato alla (Omissis) tutti i dettagli dell'intervento eseguito il 5.12.2008 e le possibili complicità; che la complicanza emorragica intervenuta in quarta giornata era del tutto

imprevedibile e che la gestione dell'emergenza era stata ineccepibile; che i danni richiesti erano del tutto sformiti di prova.

Con comparsa depositata il 22.9.2014, in seguito al decesso di (Omissis) intervenuto il 5.3.2012 si costituivano (Omissis) e contestualmente (Omissis) rinunciava alle domande svolte nella qualità di chiamato all'eredità di (Omissis)

Acquisiti i documenti prodotti, espletate consulenze tecniche, le parti precisavano le conclusioni ed il giudice, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., tratteneva la causa in decisione.

Legittimazione attiva del curatore speciale di (Omissis)

In primo luogo, appare opportuno precisare che, con provvedimento del 21.10.2014 il Giudice Tutelare del Tribunale di Lecco nominava un curatore speciale di (Omissis) per l'assunzione di ogni decisione di interesse della beneficiaria, ravvisando per (Omissis) la sussistenza di un conflitto di interessi relativamente all'odierno procedimento.

Con decreto del 14.11.2014 il Giudice Tutelare autorizzava il curatore speciale a costituirsi nel presente procedimento, il quale, con procura in calce alla comparsa conclusionale di parte attrice, conferiva mandato al difensore degli attori dichiarando di aderire alle difese spiegate nell'interesse della beneficiaria.

Nessun dubbio, pertanto, sulla legittimazione attiva dell'avv.to (Omissis) curatore speciale di (Omissis) in relazione alle decisioni da assumere nell'interesse della beneficiaria nell'odierno procedimento, autorizzato dal Giudice Tutelare a costituirsi nel presente giudizio.

Responsabilità professionale della struttura sanitaria convenuta

Nel merito, le domande spiegate da parte attrice sono fondate e meritano accoglimento per i motivi che seguono.

In via generale, è opportuno richiamare il consolidato orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale "in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non", restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 975 del 16/1/2009).

Più di recente, la Suprema Corte ha rilevato come "In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente per danni derivanti dall'esercizio di attività di carattere sanitario, il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato il suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno" (Cass. 15993/2011).

In merito alla censura di parte convenuta, relativa all'omessa individuazione di specifici profili di inadempimento a carico dello IEO si osserva quanto segue.

Nel caso in esame, parte attrice ha allegato l'inadempimento qualificato della struttura sanitaria convenuta, astrattamente efficiente a produrre i danni subiti da (Omissis). Del

tutto irrilevante il fatto che gli attori non abbiano allegato gli specifici profili squisitamente tecnici del dedotto adempimento, profili che peraltro, proprio in ragione del principio di vicinanza della prova, non erano nella disponibilità degli stessi. A tal proposito, inoltre, si osserva che la reale causa dei danni subiti dall'attrice, diversa da quella desumibile dalla lettura del verbale del secondo intervento eseguito, è emersa solo all'esito della c.t.u. (e dunque non era conoscibile dagli attori al momento della redazione dell'atto di citazione).

Ciò posto, nel caso in esame si osserva quanto segue.

Orbene l'espletata consulenza tecnica - le cui conclusioni meritano di essere pienamente condivise, in quanto basate su un completo esame anamnestico e su un obiettivo, approfondito e coerente studio della documentazione medica prodotta - depositata il 5.10.2012 a firma del dott. (Omissis) della dott.ssa (Omissis) e del dott. (Omissis) ha consentito di accertare i seguenti elementi:

a seguito di diagnosi di carcinoma papillifero della tiroide, il 5.12.2008 è stata sottoposta ad intervento di tiroidectomia totale con linfadenectomia ricorrentiale bilaterale e paratiroidectomia parziale inferiore sinistra;

- Al termine dell'intervento è stato posizionato un drenaggio redon;

- In IV giornata post-operatoria (Omissis) improvvisamente, alle ore 8.00, ha manifestato improvviso dolore nella sede di intervento e dispnea;

- Alle ore 8.30 è intervenuto il chirurgo del reparto che, in seguito all'improvvisa emorragia, del riempimento del drenaggio del collo, del gonfiore improvviso del collo e di iniziali sintomi di soffocamento, ha aperto la cicatrice e, in seguito alla perdita di coscienza, ha praticato una tracheotomia ed ha inserito una prima cannula cuffiata;

- È stato poi chiamato l'anestesista che, alle ore 8.45, ha rilevato la presenza di una massiva emorragia in atto dal collo, di una ferita cervicotomica aperta e già tracheostomizzata con posizionamento di cannula tracheostomica;

- È stato eseguito un secondo tentativo di intubazione per via cervicotomica, inefficace per aumento dell'enfisema al volto, al dorso e all'addome e della cianosi;

- l'anestesista ha deciso di intubare la paziente per via orotracheale, ma anche questo tentativo è risultato inefficace per la presenza di lacerazione tracheale;

- i polsi periferici e centrali sono risultati assenti ed hanno cominciato ad attuare le previste manovre di rianimazione;

- subito dopo la paziente è stata trasferita e sottoposta ad intervento chirurgico;

- il 23.12.2008 la (Omissis) è stata sottoposta ad un ulteriore intervento chirurgico di tracheotomia permanenza e posizionamento di CVC sinistro e drenaggio pleurico bilaterale;

- il 16.2.2009 è stata dimessa e trasferita presso diverse strutture sanitarie;

- attualmente presenta un quadro di tetraparesi spastica prevalente a sinistra in esiti di coma post anossico conseguente alla complicanza emorragica verificatasi in IV giornata post-operatoria; stato di disabilità estremamente severo con necessità di assistenza domiciliare continua.

Sulla base dei predetti elementi di fatto il collegio di consulenti ha evidenziato che:

- l'intervento chirurgico del 5.12.2008 era oncologicamente appropriato ed è stato eseguito in modo adeguato;

- la tiroide presenta due peduncoli vascolari, uno superiore (costituito dall'arteria tiroidea superiore, che origina dall'arteria carotide esterna e confluisce nella vena

giugulare interna) ed uno inferiore, rappresentato dall'arteria tiroidea inferiore (che origina dall'arteria succlavia e dalla vena tiroidea media);

- il vaso sanguinante, responsabile della complicità emorragica, era arterioso e non venoso;

- non si comprende come il chirurgo, nel verbale dell'operazione del 9.12.2008, abbia segnalato il riscontro di una lesione venosa invece di una lesione ad un ramo arterioso (della carotide comune);

- dal verbale operatorio del secondo intervento, eseguito il 9.12.2012 in seguito all'emorragia, e dagli esami radiologici eseguiti in seguito risulta una pervietà della vena giugulare interna di destra ed una chiusura completa con clip metalliche dell'arteria carotide comune di destra;

- per il controllo dell'emorragia si è resa necessaria la chiusura dell'arteria carotide comune lungo tutto il suo decorso;

- la causa dell'emorragia del 9.12.2008 non è dipesa da un sanguinamento di un ramo arterioso del polo superiore (atteso che per l'emostasi sarebbe stato sufficiente interrompere l'arteria carotide esterna), ma deve ritenersi originata da una o più soluzioni di continuità dell'arteria carotide comune nel tratto compreso tra origine del tronco anonimo alla sua divisione nella carotide interna ed esterna (cfr. risultanze della TAC eseguita il 16.1.2009);

- non è possibile indicare le cause dell'insorgenza dell'emorragia, del tutto imprevedibile e non concretamente evitabile.

Le predette evidenze consentono di ritenere accertato che la condotta della struttura sanitaria convenuta, sino alla IV giornata del decorso post-operatorio, è stata diligente, prudente e perita. Corretta la scelta di eseguire l'intervento chirurgico e del tutto adeguata la sua esecuzione.

Ritenuta non prevedibile e non evitabile l'improvvisa emorragia intervenuta il 9.12.2008, resta ora da esaminare l'esattezza dell'adempimento degli obblighi relativi alla fase successiva alla predetta complicità e della gestione dell'emergenza.

Prima di passare all'esame di tale aspetto non sembra inutile precisare, alla luce delle numerose doglianze delle parti, che l'incompleta ed inesatta tenuta della cartella clinica non appare dirimente nel caso in esame (se non sotto il profilo relativo alle difficoltà di parte attrice di conoscere, prima dell'instaurazione del presente giudizio, nel corso del quale è stata per la prima volta prodotta l'originale) le reali cause dei danni subiti. Le inesattezze relative alla lesione venosa in luogo di un'effettiva lesione ad un ramo arterioso e la non completa indicazione di tutti gli elementi rilevanti ai fini della valutazione del caso clinico, possono infatti assumere valore, semmai, solo con riferimento all'individuazione della causa che ha provocato l'emorragia. Tale aspetto, però, stante la non prevedibilità di tale complicità (intervenuta solo in IV giornata e non, come avviene di solito, entro le 24-48 ore dall'intervento), appare del tutto secondario.

Passando ad esaminare il comportamento tenuto dai sanitari dello IEO, dalla c.t.u. risulta che:

- alle ore 8.10 del 9.12.2008 (Omissis) lamenta dolore improvviso ed acuto in sede di ferita, accompagnato da dispnea, presenta tumefazione al collo e il recipiente di raccolta del drenaggio si riempie di sangue;

- improvviso peggioramento della paziente da un punto di vista respiratorio ed emodinamico;

- alle ore 8.30 il chirurgo apre la ferita della pregressa tireidectomia nel tentativo di controllare il sanguinamento e si rende immediatamente conto della difficoltà di controllare l'emorragia;
- il chirurgo esegue una tracheotomia al letto della paziente;
- si registra un ulteriore sanguinamento "cospicuo e inarrestabile";
- a seguito della predetta manovra, nel tentativo di ventilazione con Ambu, si manifesta un enfisema sottocutaneo;
- solo dopo che il chirurgo ha aperto la cicatrice del precedente intervento, ha eseguito la tracheotomia ed ha posizionato la cannula tracheale viene chiamato l'anestesista ed allertata la sala operatoria;
- gli interventi rianimatori hanno avuto luogo tra le ore 8.45, orario di arrivo del rianimatore in reparto, e le ore 9.06 (orario dell'arrivo della paziente in sala operatoria);
- in particolare l'anestesista: verifica la disponibilità di un accesso venoso di buon calibro, fa chiamare aiuto e si rende conto che, con la ventilazione con Ambu, attraverso la cannula Shiley già posizionata peggiora sia la cianosi che l'enfisema al torace superiore;
- constata il mal posizionamento della predetta cannula e, in seguito al fallimento del posizionamento di un tubo di Magill da parte del chirurgo, si ha un ulteriore incremento della cianosi e dell'enfisema al volto, dorso ed addome;
- in seguito ad un nuovo intervento di accesso alla via aerea la paziente va incontro ad un arresto cardiaco e l'anestesista rianimatore riprende le comuni manovre rianimatori;
- viene rilevata la presenza di pneumotorace e posizionati due drenaggi pleurici;
- la paziente è dunque trasferita in sala operatoria.

In merito alla qualità dell'assistenza rianimatoria i c.t.u. hanno accertato che la stessa, considerata la grave emergenza in atto e le complicanze sopraggiunte, è stata adeguata.

Dalla relazione di c.t.u. emergono, però, gravi carenze (prima tra tutte la tardiva chiamata dell'anestesista, avvenuta, lo si ricordi, solo alle ore 8.45) che hanno "posto una seria ipoteca sull'esito negativo" (pag. 30 della relazione tecnica). In particolare gli ausiliari del giudice hanno evidenziato che:

- la gestione della via aerea nei pazienti affetti da patologia del collo e, in particolare ematomi, rappresenta una situazione critica;
- anche in questa situazione sono indispensabili la partecipazione dei diversi specialisti ed una condivisione e pianificazione delle priorità (mentre nel caso in esame l'anestesista è stato chiamato ormai troppo tardi);
- nell'eventualità di una tracheotomia tutta l'equipe deve essere preventivamente mobilitata e informata ed è raccomandabile che venga eseguita in sala operatoria o in una piuttosto che nel reparto di degenza.

A fronte delle risultanze della c.t.u. si può concludere che un'immediata chiamata di tutti gli operatori necessari (compreso l'anestesista), una completa pianificazione degli interventi da eseguire ed una tempestiva esecuzione di un accesso chirurgico di intubazione orotracheale in laringoscopia diretta da parte del chirurgo avrebbe evitato, con altissima probabilità, il verificarsi della lacerazione tracheale, lo pneumotorace che, associato all'ipovolemia (che sarebbe potuta essere trattata da un precoce arrivo dei rianimatori) ha causato l'arresto cardiaco di (Omissis) ed il successivo quadro di grave encefalopatia post anossica.

Tale conclusione deve essere confermata anche alla luce delle censure svolte dai consulenti e dalla difesa di parte convenuta.

In particolare, contrariamente rispetto a quanto dedotto dallo

- dal diario infermieristico risulta che l'anestesista è stato chiamato solo dopo l'esecuzione di una tracheo urgente (e non poco dopo l'arrivo dei chirurghi);
- l'anestesista intervenuto ha scritto in cartella che l'intubazione per via orotracheale era stata inefficace per la lesione tracheale: da tale dato si evince che l'intubazione non è stata impossibile, ma non in grado di consentire la ventilazione della paziente a causa della presenza della predetta lesione;
- nel caso dell'attrice, non cosciente, in shock, con sanguinamento attivo e profuso da un grosso vaso del collo, in seguito alla rimozione dei punti di sutura il tentativo (poi effettivamente riuscito) di intubazione orotracheale in laringoscopia diretta avrebbe rappresentato una corretta pratica clinica;
- l'esecuzione del predetto intervento avrebbe evitato, con altissima probabilità, le conseguenze che hanno portato alla grave encefalopatia dell'attrice;
- il precoce arrivo dei rianimatori avrebbe consentito un più rapido inizio di un aggressivo trattamento dell'ipovolemia;
- un monitoraggio relativo alle condizioni della pressione arteriosa, della frequenza cardiaca e della saturazione periferica dell'ossigeno avrebbe aiutato a valutare meglio, al fine di orientare e ottimizzare il trattamento, l'entità del distress respiratorio della paziente e l'aspetto emodinamico, collegato all'ipovolemia;
- all'origine del gravissimo danno cerebrale è da porsi, soprattutto, la criticità respiratoria cui, in modo intempestivo e inadeguato, è stato tentato di avviare prima di procedere all'intervento di tracheotomia: tale criticità avrebbe potuto essere ovviata attraverso una corretta manovra di intubazione della paziente da parte dell'anestesista, nel caso in cui lo stesso fosse intervenuto tempestivamente, senza provocare la lacerazione della trachea ed il pneumotorace iperteso.

Con riferimento alle ulteriori censure - relative al fatto che le caratteristiche dell'improvvisa ed eccezionale emorragia e la concomitanza delle due criticità, respiratoria e circolatoria, non hanno consentito di attendere l'intervento di tutti gli specialisti e di trasportare la paziente in sala operatoria - si osserva quanto segue.

L'eccezionalità e la gravità della complicanza insorta in IV giornata, proprio in ragione delle precarie condizioni della paziente e dell'eccellenza della struttura nella quale la stessa era ricoverata, avrebbero richiesto un tempestivo coordinamento di tutti gli specialisti muniti delle diverse competenze professionali necessarie per intervenire. Non può francamente credersi che, a fronte dell'improvviso peggioramento delle condizioni della paziente, non era possibile precocemente allertare l'anestesista (e la sala operatoria).

L'esigenza di trattare in modo tempestivo la criticità, correttamente evidenziata dalla difesa dello (Omissis) avrebbe dovuto comunque prevedere un coordinamento (sebbene molto rapido) tra le decisioni del chirurgo e quelle dell'anestesista, che avrebbe dovuto portare alla scelta della corretta pratica clinica consistente nell'intubazione orotracheale in laringoscopia diretta. Ove, infatti, fossero sin dall'inizio stati presenti sia il chirurgo che l'anestesista, dopo il tentativo di intubazione tracheale si sarebbe potuto procedere immediatamente alla predetta operazione, così da evitare la lacerazione tracheale che, unitamente allo pneumotorace ed all'ipovolemia, ha poi causato l'arresto cardiaco ed il successivo quadro di encefalopatia.

In conclusione, ritiene il Tribunale che la struttura sanitaria convenuta sia da ritenere responsabile con riferimento alle seguenti condotte: tardivo arrivo del rianimatore (che

non ha consentito un immediato ed aggressivo trattamento dell'ipovolemia); mancato coordinamento tra le figure professionali deputate ad intervenire; tardiva esecuzione dell'intubazione orotracheale in laringoscopia diretta; mancata esecuzione del monitoraggio della misurazione della pressione, della frequenza cardiaca e della saturazione periferica dell'ossigeno.

Dagli elementi risultanti dalla c.t.u. emerge in modo chiaro che il comportamento dei medici dello (Omissis) nella gestione della complicanza intervenuta in IV giornata ha determinato, con una probabilità superiore al 50%, i gravissimi danni subiti da (Omissis).

Nell'operato dello (Omissis) è ravvisabile un inesatto adempimento delle prestazioni necessarie ad evitare le lesioni poi subite dall'attrice, con conseguente responsabilità per violazione del dovere di diligenza ex art. 1176 c.c. e diritto di vedersi risarcito i danni non patrimoniali ed i danni patrimoniali emergenti che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 c.c.).

Non è contestata, infatti, l'esistenza di un contratto tra (Omissis) e lo (Omissis) (avente ad oggetto la prestazione sanitaria per cui è causa) e pacifica la sussistenza di una lesione iatrogena dell'integrità psico-fisica dell'attrice (come accertata e quantificata dai ctu). Deve, pertanto, affermarsi la responsabilità dell'istituto convenuto in relazione ai danni patiti da parte attrice.

Consenso informato

La domanda diretta ad ottenere il risarcimento dei danni da consenso informato non può trovare accoglimento per le ragioni che seguono.

In via generale occorre premettere alcuni cenni relativi alla questione del consenso informato.

Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario.

Senza il consenso informato l'intervento del medico è - al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente.

Non assume alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno.

Ciò perché, sotto questo profilo, ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione, non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica (v. anche Cass. 28.7.2011 n. 16543).

Con specifico riguardo alla violazione dell'obbligo di informazione, va peraltro precisato che, come chiarito dal più recente orientamento di legittimità (v. Cass. n. 2847/10), i danni non patrimoniali astrattamente risarcibili, purché derivanti da una lesione di apprezzabile gravità (secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nn. 26972/08 e 26974/08), possono essere di duplice natura: 1) quelli conseguenti alla lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; 2) quelli conseguenti alla lesione del diritto all'integrità psico-fisica del paziente, tutelato dall'art. 32 Cost.

In particolare, la risarcibilità dei primi può essere riconosciuta anche se non sussista lesione della salute (cfr. Cass., n. 2468/2009) o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto (perché l'intervento o la terapia sono

stati scelti ed eseguiti correttamente), sempre che siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato (quali, ad esempio, il turbamento e la sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate: v. Cass. n. 2847/10).

Invece, la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato, con l'ulteriore precisazione che "il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: (a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*" (v. ancora in questi termini Cass. n. 2847/10).

Nel caso di specie la violazione dell'obbligo di informazione è stata invocata dalla difesa di parte attrice a sostegno della domanda di risarcimento del danno derivante dalla lesione del bene salute (in assenza di precise indicazioni relative alla lesione del diritto all'autodeterminazione, non tempestivamente allegate). Per tale motivo, in assenza di allegazione e di prova sul fatto che la (Omissis) ove correttamente informata di tutte le complicità, avrebbe scelto di non sottoporsi all'intervento necessario per la rimozione del carcinoma, la domanda non può trovare accoglimento.

Danni risarcibili

In merito all'entità delle lesioni subite dall'attrice, dalla relazione di c.t.u., non specificamente contestata con riferimento alla quantificazione dei danni, emerge che:

- la situazione menomativa attuale di tetraparesi spastica, in esiti di coma post-anossico, con disabilità cognitiva estremamente severa configura una compromissione dell'integrità psicofisica, in una misura indicabile nel 90%;
- vi è una perdita della capacità lavorativa generica;
- risultano spese di degenza e prestazioni sanitarie presso la (Omissis) dal febbraio al luglio 2009, per un totale di euro 69.570,00; sono altresì documentate spese per ulteriori euro 4.997,08 (per l'acquisto di una carrozzina, per trasporti in ambulanza e fisioterapia);
- vi è necessità di assistenza di tipo continuativo per tutto il resto della vita.

a) Danno non patrimoniale subito da (Omissis)

In via generale, occorre premettere che ai sensi del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 cod., civ., il risarcimento deve comprendere il danno emergente (le effettive perdite subite dal danneggiato rispetto all'epoca precedente all'avvenuta lesione) ed il lucro cessante (il mancato guadagno, vantaggio, utilità che il soggetto leso avrebbe potuto conseguire se il fatto illecito non si fosse verificato).

Per procedere alla liquidazione del danno non patrimoniale subito da (Omissis) occorre fare applicazione delle tabelle elaborate da questo tribunale comunemente adottate per la liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psico/fisica - criterio di liquidazione condiviso dalla Suprema Corte (vd Cass. 7/6/2011 n. 12408 e Cass. 22/12/2001 n. 28290).

In via generale non pare inutile ricordare che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, essendo compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli. Pertanto, in tema di liquidazione del danno per la lesione del diritto alla salute, nei diversi aspetti o voci di cui tale unitaria categoria si compendia, l'applicazione dei criteri di valutazione equitativa, rimessa alla prudente discrezionalità del giudice, deve consentirne la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento, anche attraverso la c.d. personalizzazione del danno (Cass., Sez. Un., n. 26972/08).

Con particolare riferimento alla c.d. personalizzazione, la Suprema Corte ha precisato che "il grado di invalidità permanente espresso da un barème medico legale esprime la misura in cui il pregiudizio alla salute incide su tutti gli aspetti della vita quotidiana della vittima. Pertanto, una volta liquidato il danno biologico convertendo in denaro il grado di invalidità permanente, una liquidazione separata del danno estetico, alla vita di relazione, alla vita sessuale, è possibile soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, le quali rendano il danno concreto più grave, sotto gli aspetti indicati, rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età. Tali circostanze debbono essere tempestivamente allegate dal danneggiato, ed analiticamente indicate nella motivazione, senza rifugiarsi in formule di stile o stereotipe del tipo "tenuto conto della gravità delle lesioni" (Cass. 23778/2014).

L'importo astrattamente liquidabile per una lesione dell'integrità psicofisica nella misura del 90% in soggetto di sesso femminile, dell'età di 40 anni all'epoca dei fatti risulta corrispondente alla somma di euro 868.573,00.

Il Giudice, procedendo ad una valutazione nella sua effettiva consistenza delle sofferenze fisiche e psichiche patite da (Omissis) (così da tendere ad un risarcimento del danno nella misura più prossima alla sua integralità, puramente tendenziale atteso che trattasi di danno alla persona) ritiene presuntivamente che nel caso di specie la voce del danno non patrimoniale intesa come sofferenza soggettiva in sé considerata non sia adeguatamente risarcita con la sola applicazione dei predetti valori monetari. La danneggiata, infatti, ha riportato lesioni di elevatissima gravità (come evidenziato dal c.t.u., oltre alla condizione di tetraparesi spastica, l'attrice risulta portatrice di tracheostoma con respiro spontaneo, incontinenza urinaria e necessità di assistenza domiciliare continua), che hanno del tutto stravolto la sua esistenza, soppresso la sua vita di relazione e la sua attività professionale, e che, in considerazione della piena consapevolezza del grave ed irreversibile stato in cui si trova (fatti tempestivamente allegati dalla difesa di parte attrice) portano il Tribunale a ritenere che la fattispecie in esame si differenzi dai casi consimili di invalidità dello stesso grado.

Pertanto si reputa opportuno procedere ad una adeguata personalizzazione del danno non patrimoniale (nella misura del 20% del danno biologico subito), che consenta di congruamente risarcire la voce di danno (che comprende anche il profondo turbamento dovuto al totale stravolgimento delle condizioni di vita dell'attrice e dunque tutte le voci

di sofferenza riconducibili all'art. 2059 c.c.) liquidandolo nella complessiva somma di euro 1.042.287,00.

b)Danni patrimoniali subiti da

In merito ai danni patrimoniali, si osserva quanto segue.

1. La domanda di parte attrice può trovare accoglimento con riferimento al danno emergente, costituito dalle spese mediche sostenute nell'interesse di (Omissis) pari a complessivi euro 74.567,08 (di cui euro 69.570,00 per spese di degenza ed euro 4.997,08 per l'acquisto di una carrozzina, per trasporti in ambulanza e fisioterapia).

La domanda diretta ad ottenere il risarcimento delle ulteriori somme di euro 30.000,00 per albergo ed appartamento in affitto dei familiari di (Omissis) ed euro 20.000,00 per generiche voci di "presidi ed assistenza" non può trovare accoglimento in assenza di specifica documentazione.

2. A titolo di danno patrimoniale futuro, spetta all'attrice il risarcimento di tutte le spese di assistenza necessarie per il resto della vita di (Omissis).

In merito alla risarcibilità del danno futuro, non sembra inutile ricordare quanto statuito dalla Suprema Corte. In particolare, la Corte di Cassazione ha precisato che "se non basta la mera eventualità di un pregiudizio futuro per giustificare condanna al risarcimento, per dirlo immediatamente risarcibile è invece sufficiente la fondata attendibilità che esso si verifichi secondo la normalità e la regolarità dello sviluppo causale (ex multis, Cass., nn. 1637/2000, 1336/1999, 495/1987, 2302/1965)" e che "la rilevante probabilità di conseguenze pregiudizievoli è configurabile come danno futuro immediatamente risarcibile quante volte l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocamente sintomatici di quella probabilità, secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto" (Cass. 10072/2010).

Dalla (Omissis) espletata dal medico legale dott. (Omissis) espressamente volte a quantificare tali voci di danno, è emerso che:

- la menomazione subita dalla (Omissis) consente una selettiva interazione con l'ambiente, ma impone una totale dipendenza del malato per tutte le esigenze personali e richiede un'assistenza personale continuativa;
- le esigenze di assistenza prevedono la presenza di una persona che dorme presso l'abitazione dal lunedì al venerdì, oltre alla presenza di due persone dal turno di 48 ore per le giornate di sabato e domenica; alla presenza di un operatore tutto il giorno dovrà poi essere affiancata la presenza di un secondo operatore per altre 3 ore al giorno;
- l'obiettivo pratico non è la stimolazione del paziente, ma il mantenimento della residua efficienza in termini strettamente kinesiologici, nei segmenti dotati di motilità superstite, assai limitati;
- la (Omissis) fornisce tre accessi settimanali per fisioterapia, che vengono integrati da accessi supplementari i cui costi vengono sostenuti da parte attrice;
- a titolo di spese, possono prevedersi le seguenti voci di spesa per ciascun anno:
euro 50.000,00 per assistenza generica domiciliare, con un'oscillazione di circa il 10%;
euro 10.000,00 per le spese di spostamento dell'attrice; euro 3.000,00 per l'acquisto di farmaci non erogati dal servizio sanitario nazionale; euro 6.240,00 per spese di carattere fisioterapico, per la parte non fornita dal SSN ed un iniziale allestimento della medicheria ed attrezzature del locale di attività fisioterapiche pari ad euro 15.000,00;
- si prevede un periodo di sopravvivenza di 10-12 anni.

Le conclusioni raggiunte dal c.t.u. sono state fermamente contestate da parte attrice, con riferimento ai seguenti aspetti: l'assistenza di (Omissis) non prevede solo la presenza di una badante, ma anche di figure altamente specializzate che richiedono il pagamento di uno stipendio di gran lunga superiore a quello indicato dal c.t.u. (come testimoniato anche dal preventivo della (Omissis) che prevedeva un costo mensile di euro 21.360,00, doc. 11 di parte attrice); non sono necessarie solo attività di mantenimento, ma anche di stimolazione (ad esempio comunicativa), come confermato dagli interventi chirurgici ai quali l'attrice è stata sottoposta e che hanno avuto esito positivo; nella valutazione del c.t.u. non si è tenuto conto del fatto che la necessaria turnazione degli operatori, le pause di riposo e le ferie dei collaboratori, non consentono di coprire tutto il numero di ore necessario per assicurare l'assistenza continua dell'attrice; la stima del periodo di sopravvivenza è del tutto ingiustificata, apodittica ed in contraddizione con i piccoli miglioramenti avvenuti negli ultimi anni. Le doglianze di parte attrice non possono essere ritenute meritevoli di accoglimento. Le valutazioni relative alla necessità di un operatore aggiuntivo e di figure professionali di livello superiore sono infatti frutto di una ben comprensibile volontà di garantire a un'assistenza eccellente (comprensiva anche delle attività di stimolazione), ma non possono essere risarcite e considerate come conseguenza immediata e diretta del danno dalla stessa subito. Dalle valutazioni del c.t.u., dall'elevatissimo grado di invalidità (pari al 90%) permanente, non può infatti che ritenersi che le attività di assistenza, costituenti un danno futuro, siano quelle volte a mantenere lo stato attuale, considerato del tutto irreversibile, mantenimento che, come evidenziato dal c.t.u., ben può essere assicurato dal fisioterapista e dalla badante indicati in consulenza.

Le censure di parte attrice meritano accoglimento, solo in riferimento alla valutazione della stima di sopravvivenza di (Omissis). A tal proposito, infatti, il (Omissis) senza fornire alcuna specifica indicazione, ha ritenuto che, sulla base delle condizioni di salute dell'attrice e della gravità delle menomazioni della stessa, fosse possibile ipotizzare una sopravvivenza variabile tra i 10 ed i 12 anni.

Tale dato non può però essere condiviso atteso che militano in senso contrario i seguenti indici: in seguito al 2008, e dunque oltre il periodo di 5 anni, l'attrice non ha avuto alcuna recidiva; (Omissis) ha affrontato spostamenti molto faticosi ed intervento chirurgici all'estero (che hanno interessato l'arto superiore destro, quello sinistro e l'arto inferiore destro e sinistro) i quali hanno avuto esito positivo (fatto non contestato); a far data dal 2008 non si è avuto alcun peggioramento dal quale presumere che la condizione dell'attrice sia destinata a peggiorare nel ristretto ambito temporale indicato dal c.t.u.; da 3 anni non ha più avuto alcuna necessità di ricovero per complicanze; ottima è l'assistenza che le viene prestata, il che non può che rilevare ai fini della prognosi di durata della vita futura.

Merita del pari accoglimento la censura relativa all'omessa indicazione delle somme necessarie a coprire le sostituzioni per giornate di festività, ferie e malattia degli operatori coinvolti nelle attività di assistenza che possono essere quantificate in euro 4.000,00 annui.

Stante la oggettiva gravità della situazione di (Omissis) il carattere permanente del danno e l'impossibilità di stabilire, in modo oggettivo, una durata presumibile della vita dell'attrice, ritiene il Tribunale di provvedere ai sensi dell'art. 2057 c.c. mediante la costituzione di una rendita vitalizia (art. 1872 c.c.) che, tenendo conto dei valori indicati

dal CTU, per l'importo di euro 85.000,00 annui, per tutta la durata della vita del beneficiario e con una rivalutazione.

A tal proposito, sebbene la scarsissima applicazione pratica, tale strumento (come già affermato dalla Suprema Corte, cfr. Cass. 24451/2005) offre un importante criterio di valutazione per il lucro cessante, consentendo al giudice, d'ufficio (e dunque senza la necessità di una specifica domanda in tal senso), di valutare la particolare condizione della parte danneggiata e la natura del danno, con tutte le sue conseguenze.

Lo IEO deve pertanto essere condannato al pagamento, in favore di (Omissis) di una rendita vitalizia dell'importo di euro 85.000,00 annui per tutta la durata della vita del beneficiario.

A tale somma deve poi essere aggiunto l'importo di euro 15.000,00, una tantum, sopra indicata per la fornitura e gli arredi del locale di servizio.

3. Merita altresì accoglimento la domanda relativa al risarcimento del lucro cessante (art. 1223 c.c.) derivanti dalla perdita della capacità lavorativa.

In via generale, appare opportuno premettere che, in caso di illecito lesivo dell'integrità psicofisica della persona, la riduzione della capacità lavorativa generica, quale potenziale attitudine all'attività lavorativa da parte di un soggetto è legittimamente risarcibile come danno biologico - nel quale si ricomprendono tutti gli effetti negativi del fatto lesivo che incidono sul bene salute in sé considerato - con la conseguenza che la anzidetta voce di danno non può formare oggetto di autonomo risarcimento come danno patrimoniale che andrà, invece, autonomamente liquidato qualora alla detta riduzione della capacità lavorativa generica si associ una riduzione della capacità lavorativa specifica, che, a sua volta, dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno (cfr. Cass. 27.1.2011 n. 1879; Cass. 1.12.2009 n. 25289).

La capacità lavorativa specifica consiste, dunque, nella contrazione dei redditi dell'infortunato, determinata dalle lesioni subite, sussistendo quest'ultimo tipo di pregiudizio allorquando, dopo la lesione ed a causa di essa, la vittima non sia più in grado di percepire il medesimo reddito di cui godeva prima del sinistro (Cass. 21014/200/; Cass.13409/2001).

La riduzione della capacità lavorativa non costituisce un danno di per sé, ma rappresenta una causa del danno da riduzione del reddito; sicché la prova della riduzione della capacità di lavoro non comporta automaticamente l'esistenza del danno patrimoniale ove il danneggiato non dimostri, anche a mezzo di presunzioni semplici, la conseguente riduzione della capacità di guadagno.

Solo nei casi in cui l'elevata percentuale di invalidità permanente, come nel caso in esame, rende altamente probabile, se non addirittura certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica e il danno che necessariamente da essa consegue, il giudice può procedere all'accertamento presuntivo della predetta perdita patrimoniale, liquidando questa specifica voce di danno con criteri equitativi (cfr. Cass. 17514/2011).

Ancora in via generale non pare inutile ricordare che la Suprema Corte ha così statuito: "Il grado di invalidità permanente determinato da una lesione all'integrità psico-fisica non si riflette automaticamente, né tanto meno nella stessa misura, sulla riduzione percentuale della capacità lavorativa specifica e, quindi, di guadagno della stessa. Tuttavia, nei casi in cui l'elevata percentuale di invalidità permanente rende altamente probabile, se non addirittura certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica ed il danno che necessariamente da essa consegue, il giudice può procedere all'accertamento presuntivo della predetta perdita patrimoniale, liquidando questa

specifica voce di danno con criteri equitativi. La liquidazione di detto danno può avvenire attraverso il ricorso alla prova presuntiva, allorché possa ritenersi ragionevolmente probabile che in futuro la vittima percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe altrimenti conseguito in assenza dell'infortunio" (Cass. n. 26534 del 2013).

L'art. 137 del D.lgs. 209/2005 dispone che "nel caso di danno alla persona, quando agli effetti del risarcimento si debba considerare l'incidenza dell'inabilità temporanea o dell'invalidità permanente su un reddito di lavoro comunque qualificabile, tale reddito si determina, per il lavoro dipendente, sulla base del reddito di lavoro, maggiorato dei redditi esenti e al lordo delle detrazioni e delle ritenute di legge, che risulta il più elevato tra quelli degli ultimi tre anni".

(Omissis), nel 2008, era assunta a tempo indeterminato presso lo IEO quale specialista anatomopatologa. Nel 2008 ha percepito redditi da lavoro dipendente pari ad euro 54.128,31 (cfr. doc. 9 di parte attrice) e tale valore deve essere preso come riferimento, in considerazione del fatto che questo è il più alto degli ultimi tre anni (cfr. doc. 27, 28 e 29).

Dai documenti versati in atti emerge la qualifica altamente specialistica rivestita dall'attrice (doc. 8-21 di parte attrice) e l'attività scientifica esercitata fino all'intervento del 2008 (doc. 8-21), dai quali può presuntivamente ricavarsi come la stessa avesse, all'età di 44 anni, prospettive di miglioramento di carriera. Tali elementi consentono di applicare una maggiorazione nella misura del 10% del reddito come sopra individuato (ed arrivare alla somma, arrotondata per eccesso, di euro 60.000,00 annui).

La liquidazione del danno patrimoniale consistente nella perdita del reddito può avvenire nel caso in esame, proprio in ragione della difficoltà di individuare una durata della vita media dell'attrice, attraverso la costituzione di una rendita dell'importo di euro 60.000,00 annui per tutta la durata della vita della beneficiaria.

A tal proposito si osserva che non si ritiene di modificare l'importo della rendita in esame in ragione della distinzione tra età lavorativa ed età pensionabile, atteso che la prematura cessazione del versamento dei contributi (e le conseguenti ricadute in merito all'importo della pensione) sono da considerarsi conseguenza immediata e diretta del comportamento dei sanitari dello IEO e dunque un danno che deve essere sostenuto dal convenuto inadempiente.

4. Le domande di parte attrice meritano accoglimento anche con riferimento alle spese necessarie per l'adeguamento dell'immobile.

La c.t.u. architettonica svolta dall'arch. (Omissis) ha evidenziato che:

- sono necessari alcuni interventi edili per rendere l'immobile adatto alle condizioni di salute di (Omissis)

- i costi delle opere e le prestazioni professionali necessarie per l'adeguamento dell'abitazione ammontano ad euro 74.388,17, i.v.a. compresa.

Tali conclusioni sono state censurate dai difensori di parte attrice in ragione del fatto che i descritti interventi prenderebbero in esame solo le esigenze funzionali di (Omissis) e non quelle dell'altro comproprietario (Omissis). Tale rilievo, che porta l'attore a chiedere una percentuale di "rimborso" del comproprietario, è del tutto inammissibile in quanto tardivo.

A titolo di danni patrimoniali relativi alle opere necessarie all'adeguamento dell'abitazione dove vive (Omissis) i convenuti devono essere condannati al pagamento, in favore degli attori, della somma pari ad euro 74.388,17.

In conclusioni, lo IEO deve essere condannato al pagamento, in favore di (Omissis) dei seguenti danni:

- euro 1.042.287,00 a titolo di danno non patrimoniale;
- euro 74.567,08 a titolo di danno emergente (per le spese mediche sostenute);
- euro 15.000,00 per i danni patrimoniali relativi agli interventi una tantum necessari per allestire il presidio medico presso l'abitazione dell'attrice;
- euro 74.388,17, per le opere e le prestazioni professionali necessarie per l'adeguamento dell'abitazione.

Complessivamente i predetti danni ammontano ad euro 1.206.242,25.

Lo IEO deve essere, altresì, condannato al pagamento di una rendita vitalizia, in favore di (Omissis) dell'importo complessivo (per la perdita della capacità lavorativa specifica e per le spese mediche ed assistenza future) pari ad euro 145.000,00 annue per tutta la vita della beneficiaria (somma da rivalutarsi ogni anno secondo l'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati).

c) Danni risarcibili ai prossimi congiunti di (Omissis)

Prima di esaminare le domande spiegate dai congiunti della danneggiata, non appare inutile ricordare che i prossimi congiunti in esame sono legittimati ad agire per conseguire il risarcimento dei danni da essi subiti a causa di quanto accaduto a (Omissis).

La Suprema Corte ha da tempo chiarito che affinché ricorra la tipologia del danno per lesione del rapporto parentale è necessario che la vittima abbia subito lesioni seriamente invalidanti e che si sia determinato uno sconvolgimento delle normali abitudini dei superstiti, tali da imporre scelte di vita radicalmente diverse (cfr. Cass. 8827/2003 e, più recentemente, Cass. 25729/2014).

La Corte di Cassazione ha poi precisato (con riferimento all'ipotesi di uccisione del congiunto, ma con motivazioni indubbiamente utilizzabili anche nel caso di specie avente ad oggetto una macro lesione) che "il fatto illecito, costituito dalla uccisione del congiunto, dà luogo a danno non patrimoniale, consistente nella perdita del rapporto parentale, quando colpisce soggetti legati da un vincolo parentale stretto, la cui estinzione lede il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la vita familiare nucleare. Mentre, affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale di soggetti al di fuori di tale nucleo (nonni, nipoti, genero, nuora) è necessaria la convivenza, quale connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico. Solo in tal modo il rapporto tra danneggiato primario e secondario assume rilevanza giuridica ai fini della lesione del rapporto parentale, venendo in rilievo la comunità familiare come luogo in cui, attraverso la quotidianità della vita, si esplica la personalità di ciascuno" (Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4253; conf. Cass. civ., sez. III, 23 giugno 1993, n. 6938).

1. Danni subiti dal fratello, (Omissis)

Lo sconvolgimento della vita di (Omissis) fratello della danneggiata, a causa dall'evento lesivo, presumibile alla luce della gravità e dell'irreversibilità delle lesioni subite dalla sorella, è dimostrato dalle scelte compiute dall'attore, oggi amministratore di sostegno di (Omissis) il quale, all'epoca dei fatti, risiedeva e lavorava negli Stati Uniti ed ha deciso di tornare in Italia e di lasciare il lavoro per dedicarsi completamente all'accudimento della sorella (in favore della quale presta anche l'ufficio di amministratore di sostegno).

Tale elemento consente di ritenere provato, per presunzioni, il totale sconvolgimento delle abitudini di vita dell'attore in conseguenza di quanto accaduto alla (Omissis). Considerati tutti i profili di lesività non patrimoniale, valutata l'intensità del legame esistente tra i due fratelli, il grave perturbamento d'animo subito da (Omissis) a causa dei gravissimi danni subiti dalla sorella, la gravissima alterazione dell'esistenza del predetto (confermata dagli elementi sopra evidenziati) - tutti elementi che consentono di superare il requisito dell'assenza di convivenza, elemento puramente indiziario superabile alla presenza di dati concreti ben più significativi, tutti dimostrati nel caso di specie dalla difesa degli attori - ritiene il Tribunale di liquidare, in via equitativa (e procedendo ad un ristoro di un anno che presenta connotati di peculiarità che giustificano un'adeguata personalizzazione), un importo maggiore a quello previsto dalla tabelle milanesi per un fratello in caso di perdita del congiunto (valori variabili tra un minimo di 23.740,00 ed un massimo di euro 142.420,00) e, segnatamente, la somma di euro 200.000,00.

Non può invece trovare accoglimento la domanda diretta ad ottenere il risarcimento del danno patrimoniale subito da (Omissis).

In via generale, appare opportuno ricordare che, come recentemente affermato dalla Corte di Cassazione, "un danno patrimoniale consistente nella necessità di dovere retribuire personale medico od infermieristico per l'assistenza ad una persona invalida non può ovviamente essere patito sia dall'assistito (chi riceve assistenza) che dall'assistente (chi presta assistenza). La liquidazione alla vittima primaria d'una somma di denaro per spese di assistenza futura, pertanto, rende teoricamente inconcepibile la necessità di assistenza da parte dei familiari, e di conseguenza l'esistenza d'un danno patrimoniale da forzata rinuncia al lavoro a carico di questi ultimi" (Cass. 23778/2014). A tali considerazioni deve poi aggiungersi che l'abbandono dell'attività lavorativa e la conseguente presumibile contrazione dei redditi non possono essere considerate conseguenze immediate e dirette del comportamento della struttura sanitaria convenuta (e dei danni subiti dalla sorella), ma frutto di una libera (e sicuramente encomiabile) scelta (in assenza della prova relativa al fatto che tale assistenza avrebbe dovuto comunque essere prestata da un familiare), atteso che l'attrice avrebbe comunque potuto essere assistita dal personale medico ed infermieristico (che, infatti, la ha assistita, come risulta dalle fatture versate in atti).

2. Danni subiti da (Omissis) e (Omissis) in qualità di eredi di (Omissis)

In seguito al decesso della madre di (Omissis) avvenuto il 5.3.2012, i suoi eredi si sono costituiti chiedendo il risarcimento dei danni, iure hereditario, vantati dalla de cuius. Il risarcimento dei danni subiti dalla madre di (Omissis) (trasmissibili iure hereditario agli eredi) può essere quantificato sulla base dei seguenti elementi: l'intensità del rapporto familiare tra madre e figlia; l'esistenza di una forte comunanza di vita, confermata anche dall'assistenza che (Omissis) (in ragione delle sue competenze professionali) prestava alla madre ammalata, fino al 2008 (fatto non contestato), venuta drasticamente a mancare in seguito ai fatti per cui è causa; il periodo di tempo nel quale lo sconvolgimento di vita conseguente ai danni subiti dall'attrice si è prolungato (circa 4 anni, sino alla morte della (Omissis) elemento che consente di apportare una riduzione ai valori tabellari previsti in caso di perdita del figlio). Alla luce dei predetti elementi, si ritiene equo liquidare, a titolo di danno non patrimoniale riflesso subito dalla madre dell'attrice e trasmissibile agli eredi di (Omissis) e, precisamente a (Omissis) e (Omissis) la somma complessiva di euro 150.000,00.

3.Danni subiti dagli eredi di (Omissis)

In primo luogo si osserva che, contrariamente rispetto a quanto dedotto dalla difesa di parte convenuta, la domanda degli eredi di (Omissis) (ad eccezione del figlio (Omissis) rinunciante) non possa ritenersi abbandonata, atteso che, sebbene non esplicitamente indicata nell'udienza di precisazione delle conclusioni, la stessa è stata oggetto di ampie difese negli scritti conclusivi. Dalla complessiva condotta degli attori, pertanto, è emerso in modo non equivoco l'intento di mantenere ferme tutte le domande, nonostante la materiale omissione di quella ora in esame.

Ciò posto, si osserva che (Omissis) ha dichiarato di rinunciare (nella comparsa di costituzione e risposta in seguito alla morte di (Omissis)) alle domande svolte nella qualità di chiamato all'eredità di (Omissis).

Per quanto concerne la richiesta avanzata dal cognato (Omissis) in qualità di erede della sorella (Omissis) si osserva che, in ragione del rapporto tra le due sorelle, sebbene non conviventi, ed il limitato periodo di sopravvivenza della sorella (Omissis) dopo i fatti per cui è causa (solo 10 mesi), appare equo liquidare a (Omissis), iure hereditario, il risarcimento della somma di euro 20.000,00.

Interessi e rivalutazione

Inoltre, gli attori chiedono che venga riconosciuta la rivalutazione monetaria e gli interessi al tasso legale sul danno liquidato, con decorrenza dall'evento al saldo (cfr. pag. 38 dell'atto di citazione).

La pretesa, relativa al lucro cessante per il ritardato risarcimento del danno, non può essere liquidata nei termini richiesti.

L'intero danno non patrimoniale subito dal danneggiato è stato liquidato equitativamente ai valori attuali della moneta e non deve quindi farsi luogo alla sua rivalutazione.

Inoltre, alla luce dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione (risalente alla sentenza del 17/2/1995 n. 1712), vertendosi in tema di debito di valore non sono dovuti sul credito risarcitorio suddetto gli interessi legali con decorrenza dall'illecito.

Si ritiene tuttavia, in considerazione del lasso di tempo trascorso dall'illecito (6 anni) e delle caratteristiche della danneggiata diretta e dei danneggiati in via riflessa, che vada riconosciuta agli attori un'ulteriore somma a titolo di lucro cessante provocato dal mancato tempestivo risarcimento del danno da parte dei responsabili - e conseguentemente dalla mancata disponibilità dell'equivalente pecuniario spettante al danneggiato - potendo ragionevolmente presumersi che il creditore, ove avesse avuto la tempestiva disponibilità della somma, l'avrebbe impiegata in modo fruttifero.

Come già da tempo affermato da questo tribunale, ai fini della liquidazione necessariamente equitativa di tale ulteriore voce di danno patrimoniale, non si ritiene di far ricorso al criterio - sovente applicato dalla giurisprudenza - degli interessi legali al saggio variabile in ragione di anno (determinato ex art. 1284 c.c.) da calcolarsi sull'importo già riconosciuto, dapprima "devalutato" fino all'illecito e poi "rivalutato" annualmente con l'aggiunta degli interessi, ovvero sul capitale "medio" rivalutato.

Si ritiene preferibile, perché più rispondente alla finalità perseguita e scevro da possibili equivoci che possono derivare dall'applicazione ai debiti di valore di istituti previsti dall'ordinamento per i debiti di valuta, adottare per la liquidazione equitativa del lucro cessante in questione un aumento percentuale nella misura risultante dalla moltiplicazione di un valore base medio del 3% -corrispondente all'incirca al rendimento medio dei Titoli di Stato negli anni compresi nel periodo che viene in

rilievo - con il numero di anni in cui si è protratto il ritardo nel risarcimento per equivalente. Tale criterio equitativo sembra meglio evitare, da un lato, di far ricadere sul creditore/danneggiato le conseguenze negative del tempo occorrente per addivenire ad una liquidazione giudiziale del danno e, dall'altro, più idoneo a prevenire il rischio che il debitore/danneggiante (la cui obbligazione di risarcire per equivalente il danno diventa attuale dal momento in cui esso si verifica), anziché procedere ad una tempestiva riparazione della sfera giuridica altrui lesa, sia tentato di avvantaggiarsi ingiustamente della non liquidità del debito risarcitorio e della potenziale redditività della somma di denaro dovuta (che resta nella sua disponibilità fino alla liquidazione giudiziale del danno).

Nel caso di specie, considerato il tempo trascorso da quando il danno subito da parte attrice (ad esclusione, ovviamente, della rendita vitalizia) si è verificato, l'importo in questione viene dunque equitativamente liquidato attraverso una maggiorazione del 18% dell'intero danno suddetto (già rivalutato).

In particolare, applicando il predetto criterio, i danni riconosciuti agli attori, devono essere così determinati:

- Danno non patrimoniale subito da (Omissis) euro 1.423.365,85 (pari ad euro 1.206.242,25 ed euro 217.123,60 a titolo di lucro cessante);
- Danno non patrimoniale subito da (Omissis) euro 236.000,00 (pari ad euro 200.000,00 ed euro 36.000,00 a titolo di lucro cessante);
- Danno subito dagli eredi di (Omissis) euro 177.000,00 (pari ad euro 150.000,00 ed euro 27.000,00 a titolo di lucro cessante);
- Danno subito da (Omissis) euro 23.600,00 (pari ad euro 20.000,00 ed euro 3.600,00 a titolo di lucro cessante).

Su tali somme, corrispondenti all'intero danno risarcibile liquidato ai creditori/danneggiati, sono altresì dovuti dalla responsabile struttura sanitaria convenuta gli interessi al tasso legale sino al saldo, con decorrenza dalla data della presente pronuncia coincidente con la trasformazione del debito di valore in debito di valuta.

Spese di lite

Le spese di lite (comprenditive delle spese relative alla consulenza tecnica di parte, pari ad euro 1.800,00, doc. 52 bis di parte attrice), seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Le spese di CTU, già liquidate con separati provvedimenti, devono essere poste definitivamente a carico di parte convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, istanza od eccezione disattesa, così provvede:

- 1) Accoglie le domande di parte attrice e, per l'effetto, condanna (Omissis) al pagamento, in favore di (Omissis) a titolo di risarcimento danni, del complessivo importo di euro 1.423.365,85, oltre gli interessi legali dalla data della presente pronuncia sino al soddisfo;
- 2) Condanna (Omissis) al pagamento, in favore di (Omissis) a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, di una rendita vitalizia dell'importo di euro 145.000,00 annui per tutta la durata della vita della beneficiaria (somma da rivalutarsi ogni anno secondo l'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati);

- 3) Condanna (Omissis) al pagamento, in favore di (Omissis) a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale subito, della somma di euro 236.000,00, oltre gli interessi legali dalla data della presente pronuncia sino al soddisfo;
- 4) Condanna (Omissis) al pagamento, in favore di (Omissis) iure hereditario, a titolo di risarcimento dei danni subiti da (Omissis) della somma complessiva di euro 177.000,00, oltre gli interessi legali dalla data della presente pronuncia sino al soddisfo;
- 5) Condanna (Omissis) al pagamento, in favore di (Omissis) iure hereditario, della somma di euro 23.600,00 oltre gli interessi legali dalla data della presente pronuncia sino al soddisfo;
- 6) condanna (Omissis) al pagamento, in favore degli attori e di parte intervenuta, delle spese di lite, liquidate in euro 48.400,00 ed in euro 1.118,22 per contributo unificato, euro 1.800,00 per spese di consulenza tecnica di parte, oltre il 15% di spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge;
- 7) pone definitivamente a carico (Omissis) le spese di c.t.u., già liquidate con separato provvedimento.

Milano, 27 gennaio 2015

Il Giudice dott. Martina Flamini

TRIBUNALE DI MILANO, sentenza 27 gennaio 2015 (decisa il), n. 1141/2015;
Giud. Flamini, attori (Avv. Longhini), convenuto (Avv.ti Bozzato e Fedeli).

Responsabilità civile – Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria – Allegazione prove – Nesso di causalità (Artt. 1218, 1223, 1228 cod. civ.)

Responsabilità civile – Responsabilità professionale medica – Intervento chirurgico – Consenso informato – Mancanza (Artt. 2, 13, 32 Cost; art. 1176 co. 2 cod. civ.; artt. 3 e 3-bis L.189/2012)

Responsabilità civile – Danno non patrimoniale – Danno biologico – Invalidità permanente – Personalizzazione – Tabelle (Artt. 2, 32 Cost.; artt. 1176, 1218, 1223, 1226, 2056, 2057, 2059 cod. civ.; art. 138 D. Lgs. 209/2005)

Responsabilità civile – Danno patrimoniale – Spese future – Rendita vitalizia (Artt. 1218, 1872, 2057 cod. civ.)

Responsabilità civile – Lucro cessante – Perdita capacità lavorativa specifica – Durata vita (Art. 32 Cost., artt. 1176, 1223, 1226, 2056 cod. civ.; art. 137 D.lgs. 209/2005)

Responsabilità civile – Danno emergente futuro – Adattamenti architettonici (Artt. 1218, 1223 cod. civ.)

Responsabilità civile – Danno non patrimoniale rilesso – Lesione rapporto parentale – Fratello - Danno iure proprio – Sussiste (Artt. 1226, 2043, 2056, 2059 cod. civ.; art. 138 D. Lgs. 209/2005)

Responsabilità civile – Danno non patrimoniale rilesso – Lesione rapporto parentale – Madre e suoi eredi - Danno iure proprio – Sussiste (Artt. 1226, 2043, 2056, 2059 cod. civ.; art. 138 D. Lgs. 209/2005)

Responsabilità civile – Danno non patrimoniale rilesso – Lesione rapporto parentale – Cognato - Danno iure proprio – Sussiste (Artt. 1226, 2043, 2056, 2059 cod. civ.; art. 138 D. Lgs. 209/2005)

Ove si deduca una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per inesatto adempimento della prestazione, il danneggiato deve fornire prova del contratto, dell'aggravamento della situazione patologica nonché del nesso di causalità tra azione dei sanitari e danno subito, secondo la regola della normalità causale del "più probabile che non". A carico dell'obbligato graverà l'onere di dimostrare che la prestazione professionale è stata eseguita correttamente e l'esito di questa sia stato determinato da evento del tutto imprevedibile. (1)

Il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. In mancanza l'intervento del medico risulta illecito, a prescindere dal fatto che sia stato eseguito correttamente o meno, anche qualora espletato nell'interesse del paziente. I medici sono esenti dall'obbligo d'informare il paziente sulle conseguenze di un'operazione solamente ove il trattamento sanitario sia obbligatorio ex lege o ricorra uno stato di necessità. In tutti gli altri casi, il deficit d'informazione impedisce che il paziente possa acconsentire al trattamento sanitario con volontà consapevole delle implicazioni. Nella fattispecie, il risarcimento del danno richiesto per mancanza di consenso informato non può trovare accoglimento, in assenza dell'allegazione della prova. La lesione della dignità e della salute a seguito dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito, ma effettuato senza preventiva informazione, presuppone l'accertamento del fatto che il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi a tale intervento qualora fosse stato adeguatamente informato. (2)

Il giudice, procedendo ad una valutazione dell'effettiva consistenza delle sofferenze fisiche e psichiche patite dalla vittima, dichiara risarcibile il danno non patrimoniale biologico nella misura più prossima alla sua integralità (deve consentirne la maggior approssimazione possibile: un limite alla sua discrezionalità è costituito dai criteri fissati nelle tabelle comunemente adottate per la liquidazione in termini equitativi). Nel caso in esame, la sofferenza soggettiva in sé considerata non è adeguatamente risarcibile con la sola applicazione dei criteri monetari stabiliti per l'invalidità permanente, ma si deve altresì procedere ad una personalizzazione del danno, prevedendo una liquidazione separata per il danno estetico, alla vita di relazione e sessuale, in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali che rendano, in concreto, il danno più grave rispetto ai pregiudizi del medesimo grado sofferti da persone della stessa età (circostanze che vanno tempestivamente allegare dal danneggiato). Il tribunale, nella piena consapevolezza del grave ed irreversibile stato in cui si trova la paziente e in ragione della peculiarità della fattispecie, ha considerato opportuno procedere ad una personalizzazione del danno superiore rispetto a quella spettante per casi consimili d'invalidità. (3)

Il danno patrimoniale futuro sussiste ogniqualvolta sia attendibile che esso si sia verificato secondo la normalità e regolarità dello sviluppo causale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto. In merito alla sua risarcibilità, stante l'evidente gravità della situazione, il carattere permanente del danno e l'impossibilità di stabilire in maniera oggettiva la durata presumibile della vita della vittima, si ritiene di dover provvedere ai sensi del 2057 del codice civile, istituendo una rendita vitalizia da corrispondere alla vittima per tutta la durata della sua vita, a fronte del pagamento delle spese d'assistenza future necessarie (assistenza personale continuativa e generica domiciliare, fisioterapia, spese di spostamento dell'attrice, acquisto di farmaci non erogati dal servizio sanitario). (4)

In tema di danni patrimoniali da responsabilità medica, in particolare in caso d'illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona, la riduzione della capacità lavorativa generica è legittimamente risarcibile come danno biologico – nel quale si ricomprendono tutti gli effetti negativi del fatto lesivo che incidono sul bene salute - con la conseguenza che l'anzidetta voce di danno non può formare oggetto di autonomo risarcimento quale danno patrimoniale, il quale andrà invece autonomamente liquidato qualora alla detta riduzione della capacità lavorativa generica si associ quella della capacità lavorativa specifica, che a sua volta, dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno. (5)

Il danno emergente futuro da adattamenti architettonici, testimoniato dalle indagini tecniche effettuate dalla consulenza, viene risarcito a titolo di danno patrimoniale, a fronte del pagamento delle opere necessarie all'adeguamento dell'abitazione della danneggiata e "una tantum" per allestirvi il presidio medico. (6)

Il danno non patrimoniale riflesso viene riconosciuto e risarcito al fratello della vittima, tenuto conto dell'intensità del legame intercorrente tra i due fratelli e del grave patema d'animo subito dall'attore a causa dei gravissimi danni subiti dalla sorella, elementi questi che consentono di superare il requisito della convivenza, puramente indiziario, alla presenza di dati concreti ben più significativi oltre che dimostrati. (Nel caso di specie, si è ritenuto liquidare in via equitativa un importo maggiore rispetto a quello previsto dalle tabelle milanesi per un fratello in caso di perdita di un congiunto). (7)

Il danno non patrimoniale riflesso è riconosciuto alla madre dell'attrice ed è trasmissibile iure hereditario ai suoi eredi. Ai fini della liquidazione, si osservano i criteri che seguono: intensità del rapporto madre-figlia; esistenza di una forte comunanza di vita; lasso temporale durante il quale lo sconvolgimento di vita conseguente ai danni subiti dall'attrice si è prolungato (sino all'evento-morte, verificatosi quasi quattro anni dopo). (8)

È parso equo liquidare iure proprio il danno non patrimoniale riflesso al cognato, il quale ha agito in giudizio in qualità di erede della sorella della vittima, in ragione del rapporto che intercorreva tra le due sorelle, seppur in mancanza del requisito della convivenza e nonostante il limitato periodo di sopravvivenza della sorella a seguito dei

fatti per cui è causa. (9)

(1) Il Tribunale di Milano competente per questa causa, pronunciandosi sull'*an* della responsabilità in capo alla struttura sanitaria, ha ritenuto che questa fosse di tipo contrattuale, conformandosi alla soluzione dettata da Cass. Civ., sez. VI, sent. n. 8940/2014 (banca dati: www.iusexplorer.it), la cui massima merita attenzione: <<l'art. 3 co.1 L. n. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché "*in lege aquilia et levissima culpa venit*", vuole solo significare che il legislatore si è solamente preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extra-contrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla quantificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contratto e sulle sue implicazioni>>. Quanto sopra era stato precedentemente affermato anche dalla Cass. Civ. n. 4792/2013. Altra pronuncia della Corte Suprema a mio avviso importante sempre in tema di *an* della responsabilità contrattuale della IEO è la n. 14401/2014 (in *de Jure*), riassumibile nella massima: <<in materia di responsabilità medica, con il ricovero per un intervento programmato, il medico conclude con il paziente un contratto di ospedalità e di assistenza sanitaria, da cui conseguono obblighi non solo "*latu sensu*" alberghieri, ma anche di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. La responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente, di conseguenza a ciò, ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento di obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù del 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di lavoro subordinato: anche in tale caso, infatti, sussiste un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche 'di fiducia' dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto>>. Anche il merito si pronuncia tal senso, in particolare il Tribunale ordinario di Milano sez. I nel 2014 (*De Jure*), afferma che l'articolo 3 comma 1 della Legge Balduzzi non incide né sul titolo della responsabilità della struttura sanitaria né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale: entrambe derivano da inadempimento e sono disciplinate ex. art. 1218 cod. civ. In dottrina in tema di responsabilità contrattuale dell'ente sanitario si rinvia a: GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, Dir. Proc. Civ., 1984, 719. La causalità è trattata da BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile*, 2013, Giuffrè. In tema di non esercizio del diritto di rivalsa sul medico da parte della struttura sanitaria, essendo state stipulate delle assicurazioni al fine di ricoprire il danno, si veda CHINDEMI, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata e riflessi assicurativi*, in Dir. Econ. Ass., 2001, 947. Più in generale, sulla responsabilità dell'ente ospedaliero, PECCHENINI, *La responsabilità civile della struttura sanitaria*, in Personaedanno.it, 2010. Riguardo alla responsabilità del medico, si può citare: FAIS, *Diligenza e colpa nella responsabilità contrattuale*, in Filodiritto.com, 2009; FINESCHI e ZANA, *La responsabilità*

professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente, in Riv. It. Med Leg., 2002, I, 49; GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, 1999, 995; LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in Danno e Resp., 2008, 140; APRILE, BOLCATO, FABBRI, PAGAN, RODRIGUEZ, *Analisi e valutazione medico-legale di 1004 casi di responsabilità professionale medica in ambito sanitario*, in Riv. it. medicina legale. In merito all'onere probatorio: TRAVAGLINO, *Colpa medica e onere della prova: verso una responsabilità paraoggettiva?*, 2005; CENDON, *Trattato dei nuovi danni. Volume II: Malpractice medica*, Padova, 2011; DI PENULTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, 2007.

(2) Nella giurisprudenza di legittimità, numerosi sono i precedenti in tema di consenso informato. La Cass. Civ., Sez. III, 7237/2011 afferma che il consenso informato è un vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione Italiana, in quanto sintesi di due diritti fondamentali di ogni individuo: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Una sorta di *habeas corpus*, a fondamento dell'autodeterminazione e altresì concretizzazione dell'inviolabilità della dignità umana. Quest'ultimo valore è altresì indicato negli articoli 1 e 5 della Carta di Nizza (sotto il titolo "Dignità" vengono proclamati la dignità umana, il diritto all'integrità fisica e psicofisica, con alcune specificazioni relative alle applicazioni della medicina). La lesione del diritto al consenso informato rende dunque legittima la richiesta risarcitoria, a condizione che il danneggiato ne provi la fondatezza, anche tramite presunzioni. Tra le corti di merito, il Tribunale di Napoli, con sent. n. 2095/2002 si pronunciava in termini contrari rispetto alla decisione del giudice del caso in esame. Nella fattispecie, la paziente agiva nei confronti del medico che l'aveva sottoposta ad intervento chirurgico per cataratta asportandole il cristallino dell'occhio destro e ne chiedeva la condanna al risarcimento dei danni patiti per le complicanze e le lesioni che ne erano conseguite, costringendola a sottoporsi ad ulteriore intervento chirurgico. La paziente asseriva di non essere stata preventivamente informata dal primo medico circa la possibile insorgenza della complicanza e che, se fosse stata correttamente informata della possibilità dell'insorgere di tale malattia, probabilmente avrebbe modificato la propria scelta terapeutica. In primo grado il Tribunale rigettava la domanda della paziente, escludendo che a seguito del secondo intervento fossero residuati esiti permanenti dalla cheratite, affermando tra le altre cose che della "mancanza di consenso informato" avrebbe dovuto dare prova la paziente. In secondo grado la Corte d'Appello di Napoli con sentenza n. 242 del 2005 riformava completamente la decisione del Tribunale. Non avendo il medico "sul quale incombeva l'onere di provare la presenza di un consenso informato, né affermato né tanto meno provato informato la paziente dei rischi prevedibili dell'intervento e di aver ricevuto il consenso da quest'ultima, andava affermata, come richiesto dalla paziente in primo grado, la responsabilità del sanitario, per i danni derivati dall'intervento effettuato in difetto di detto consenso, nessun rilievo avendo la circostanza che l'intervento medesimo fosse stato eseguito in modo corretto". Con sentenza n. 2847/2010 la Suprema Corte ha definitivamente pronunciato che in presenza di un trattamento medico necessario e correttamente eseguito, la mancanza di una preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli dell'intervento implica, qualora questi ultimi si verificano, la risarcibilità da parte del

medico del correlato danno alla salute esclusivamente qualora si accerti che il paziente avrebbe rifiutato, ove adeguatamente informato, l'intervento stesso. Anche in assenza di lesione alla salute, per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, si prospetta la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente ove manchi il consenso informato. Sarà pertanto risarcibile il conseguente danno non patrimoniale, che corrisponde sia alla privazione della possibilità di scelta spettante al paziente tra interessi configgenti a quest'ultimo facenti capo, sia al turbamento e alla sofferenza provocati dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate, secondo i canoni delineati dalle sentenze di Cass 26972/08 e 26974/08. L'omessa informazione al paziente obbliga al risarcimento delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione solo qualora sia stato superato un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. In dottrina, il tema del consenso informato è affrontato da CERRI, *Il consenso informato tra diritto del paziente e dovere del medico*, in *Ildiritto* per concorsi, 2011, vedi 52&ss. e PACIFICO, *Il consenso informato. Le basi e la pratica*, Torino, 2008. Più in generale; TODESCHINI, *La responsabilità civile del medico*, 2003, in *Assomedici.it* e, dello stesso autore, *Responsabilità medica e decreto Balduzzi: cosa cambia?*, 2012, in *personaedanno.it*; OCCORSIO, *Cartella clinica e responsabilità medica*, Milano, 2011.

(3) Nella giurisprudenza di legittimità constano precedenti in tema di danno non patrimoniale biologico. La Cassazione Civile con sentenza n.18356/2009 si è pronunciata nel senso della tipicità di tale danno, avuto riguardo alla natura dell'art. 2059 cod. civ. che stabilisce la risarcibilità solamente nei casi espressamente previsti dalla legge, avuto altresì riguardo ai diritti costituzionali inviolabili presieduti dalla tutela minima risarcitoria. Ai fini della determinazione del *quantum* di tale danno non patrimoniale, non essendo valutabile secondo parametri oggettivi, la Cassazione a Sezioni Unite 26972/2008 ha stabilito che il giudice dovrà far uso di criteri equitativi e presuntivi secondo la sua prudente discrezionalità, consentendo la maggior approssimazione possibile al risarcimento integrale. Al fine di avvicinarsi il più possibile all'equità del ristoro, può procedere altresì al calcolo della cd. personalizzazione del danno. Tale pregiudizio ulteriore concerne il lato estetico, della vita di coppia e sessuale e dev'esser provato dall'attore mediante allegazioni. Qualora il giudice ne comprovi la sussistenza, quest'ultimo sarà liquidato separatamente rispetto al danno non patrimoniale. Come si dirà meglio nell'analisi critica, requisito fondamentale è la presenza di circostanze del tutto specifiche ed eccezionali, tali da rendere il danno subito dalla vittima maggiore rispetto a quello dei coetanei che si trovano nelle stesse condizioni e grado d'invalidità. Alcuni orientamenti, prevedevano per il danno non patrimoniale comprensivo di quello biologico, morale ed esistenziale la duplicazione del risarcimento: uno per il danno morale, congiunto a quello da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui si percepisce la perdita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita sono i due elementi che compongono il pregiudizio che va ristorato integralmente e in modo unitario; l'altro per i danni relativi alla vita di relazione, i pregiudizi esistenziali concernenti gli aspetti relazionali della vita (come la compromissione della sessualità) conseguenti a lesioni all'integrità psico-fisica, che sono solamente "voci" del danno biologico, nel quale sono

assorbite. A partire dall'intervento nomofilattico della Cassazione a S.U. del novembre 2008, le pronunce successive non sembrano essersi inserite nella medesima direzione. I vari orientamenti giurisprudenziali –sia di legittimità che di merito- impongono una rassegna breve e non esaustiva sul diritto vivente in punto di risarcimento del danno non patrimoniale. Ai nostri giorni non ci sono quindi pronunce dotate di grande autorevolezza: il risarcimento del danno non patrimoniale appare come un cantiere aperto. Quella delle S.U. di Cass. Civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28407 costituisce la prima pronuncia che può esser inquadrata tra quelle dissenzienti rispetto agli orientamenti precedenti. La Corte dichiara una distinzione netta tra danno biologico e morale (“l'autonomia ontologica del danno morale rispetto al biologico, con relazione alla diversità del bene protetto, appartiene ad una consolidata giurisprudenza di questa Corte, che esclude il ricorso semplificativo a quote del danno biologico esigendo la considerazione delle condizioni soggettive della vittima e della gravità del fatto e pervenendo ad una valutazione equitativa autonoma e personalizzata”). Anche Cass. Civ., sez. III, 12 dicembre 2008, n. 29191 riconosce al danno morale una propria autonomia rispetto alla lesione del diritto alla salute (il danno biologico). Nella sentenza si afferma che: “nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto della salute tale voce, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, deve tener conto delle situazioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa considerarsi il valore della integrità morale una quota minore del danno alla salute”. La Corte Suprema reputa la valutazione del danno morale un *error in iudicando*, in termini di pro quota di quello biologico. In merito alla fattispecie cui la pronuncia si riferisce, venendo in rilievo lesioni gravissime con esiti dolorosi anche dal punto di vista psichico, l'autonomia ontologica del danno morale deve considerarsi in riferimento alla diversità del bene protetto, attinente alla sfera della dignità morale della persona. Anche la Cass. Civ. sez. lavoro 19 dicembre 2008, n. 29832 fa proprie le conclusioni delle SS.UU. del 28 novembre 2008 (muta le parole senza cambiare la sostanza). A differenza delle precedenti, la pronuncia della Cass. Civ., sez. III, 13 gennaio 2009, n.469 si colloca invece tra quelle non abolizioniste enunciando il seguente principio di diritto: “nella fattispecie di illecito sanitario da cui derivi una lesione gravissima alla salute del neonato, il danno morale richiesto *iure proprio* dai genitori dev'essere comunque risarcito (vedi punto 4.1 delle S.U. 26972) come danno non patrimoniale, nell'ampia accezione ricostruita dalle Sezioni Unite come principio informatore della materia (v. punto 3.12)”. Il risarcimento deve avvenire secondo equità tenendo conto delle circostanze del caso concreto (ex. 2056 cod. civ.); per il danno non patrimoniale il risarcimento deve risultare integrale, tanto più elevato quanto maggiore è la lesione che determina la doverosità dell'assistenza familiare, oltre che un sacrificio totale ed amorevole verso il soggetto danneggiato. Sempre in tema di *quantum* risarcibile alla vittima, la giurisprudenza di legittimità della Cass. Civ., sez. VI, n.20111/2014 (www.iusexplorer.it) ha stabilito che “ il danno biologico (la lesione della salute), quello morale (la sofferenza interiore) e quello dinamico-relazionale (definibile anche esistenziale e consistente nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiane, risarcibile nel caso in cui l'illecito abbia violato diritti fondamentali della persona) costituiscono componenti dell'unitario danno non patrimoniale che, senza poter essere valutate atomisticamente, debbono pur sempre dar luogo ad una valutazione globale. Ne consegue che, in caso di mancata liquidazione di tale voce di danno, ma che articoli chiaramente la doglianza come erronea esclusione, dal totale

ricavato in applicazione delle “tabelle di Milano”, delle componenti di danno diverse da quella originariamente descritta come “danno biologico”, risultando, in difetto, inammissibile la censura atteso il carattere tendenzialmente onnicomprensivo delle previsioni delle predette tabelle”. Anche la giurisprudenza di merito si è varie volte pronunciata in maniera conforme sul *quantum* relativo al risarcimento del danno biologico. Tra le pronunce dei Tribunali di primo grado lo scorso anno quello di Firenze, al seguente link (<http://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=4531282&idDataBanks=6&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=860481287&pid=19&IsCorr=False>), condanna la Casa di Cura “Ulivella e glicini” al risarcimento del danno biologico alla vittima di un intervento, non essendo l’azione proposta da quest’ultima incorsa in prescrizione. Il danno non patrimoniale è suddiviso oggi in tre distinti aspetti: esistenziale, derivante –oltre che da lesioni fisiche- dal dolore o patema generato dal fatto illecito; biologico, derivante dalla lesione dell’integrità psico-fisica, la cui tutela viene fatta risalire al diritto alla salute ex. 32 Cost. e al più generale principio del *neminem laedere*; morale, da intendersi quale sofferenza psichica di carattere interiore, la cui tutela dev’esser espressamente indicata dalla legge. Tra i contributi della giurisprudenza e dottrina più recenti si desume che il danno biologico viene considerato come un *unicum*: non si scinde più nei tre danni sopra elencati, ma viene risarcito globalmente. Rileva, infine, l’interpretazione costituzionalmente orientata che la Corte Costituzionale (n. 233 dell’11 luglio 2003) ha operato sulle sentenze gemelle di Cassazione, dichiarando risarcibile ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inerenti alla persona e tutelati dalla Carta Costituzionale. Uno in particolare tra i diversi contributi della dottrina in tema di quantificazione dei danni prodotti dal professionista sanitario: SELLA, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, 2005. In riferimento alla responsabilità professionale medica si veda MARIOTTI, SERPETTI, FERRARIO, *La responsabilità medica*, Milano, 2010; FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008; MATTEIS, *La responsabilità medica*, Padova, 1995. Più in generale, GERIN, *Danno biologico e danno alla salute o danno alla validità*, nota a sentenza, *Zacchia*, 1991, 64, p. 138. SCOGNAMIGLIO, *Il danno biologico: una categoria italiana del danno alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 259 ss.; BESSONE, *La persona, il diritto alla salute e il danno alla “vita di relazione” negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Dir. famiglia*, 1982, 917.

(4) Nella giurisprudenza sia di legittimità che di merito, constano precedenti in termini. Con riferimento al danno patrimoniale da spese future, il Tribunale di Milano si rifà agli orientamenti di Cassazione n.1637/2000 e 10072/2010 secondo i quali, affinché un pregiudizio futuro sia posto a fondamento di un risarcimento, è sufficiente la fondata attendibilità che esso si verifichi secondo normalità e regolarità dello sviluppo causale e che la diminuzione patrimoniale appaia come naturale sviluppo dei fatti concretamente accreditati, secondo il criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto. Stando alla Suprema Corte, in tutti i casi in cui si preveda la probabile insorgenza di danni in futuro sulla base della proiezione di situazioni già esistenti, dev’esser previsto un risarcimento. Nella giurisprudenza di merito, meritano osservazione due sentenze pronunciate quest’anno (in *De Jure*).; i Tribunali di Monza e Milano si sono orientati in senso positivo al risarcimento del danno emergente futuro, rispettivamente il primo in

ambito di responsabilità professionale del dentista, in merito alle spese mediche da sostenersi per la riabilitazione impiantare, il secondo per quelle che dovrà sostenere l'attrice per cure a seguito di intervento medico che le ha causato rischio d'impotenza. Autorevole dottrina, contrariamente agli orientamenti giurisprudenziali in tema di *an* del risarcimento del danno futuro, si è espressa in senso positivo solamente in quei casi in cui sussiste "certezza" in ordine al futuro avverarsi dello stesso. Si veda BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 1218-1229, Zanichelli; il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p.329.

(5) Nella giurisprudenza di legittimità constano precedenti in termini. Precisamente, la Cass. 13409/2001 definisce tale perdita un pregiudizio subito dalla vittima che, a seguito delle lesioni subite, non è più in grado di percepire il medesimo reddito di cui godeva in epoca precedente all'evento dannoso. Sempre la Corte Suprema con le pronunce 17514/2011 e 26534/2013 (*Foro.it*), stabilisce che solamente quando sussista un'elevata percentuale d'invalidità permanente, come nella fattispecie in esame, è altamente probabile la menomazione della capacità lavorativa specifica e il danno al reddito che ne consegue. Per il risarcimento si può procedere attraverso presunzioni, liquidando questa voce con criteri equitativi. Nella giurisprudenza di merito, il Tribunale di Avezzano con sentenza 2714/2008 si è pronunciato in tema di responsabilità professionale medica per il danno patrimoniale, configurandolo quale conseguenza della riduzione della capacità di guadagno e della capacità di lavoro specifica, risarcibile autonomamente dal danno biologico qualora vi sia la prova che il soggetto leso avrebbe presumibilmente svolto, in futuro, una determinata attività lavorativa produttiva di reddito. L'invalidità, sia essa totale o parziale, temporanea o permanente, mentre concorre a costituire il danno biologico, non comporta necessariamente un danno patrimoniale per la perdita attuale o futura di redditi da lavoro, in quanto tale danno presuppone, oltre alla menomazione della capacità di lavoro del danneggiato, anche l'accertamento in concreto di una riduzione attuale o futura dei predetti redditi e della relazione causale tra questa riduzione e l'accertata menomazione. Tale prova secondo i principi generali spetta al danneggiato, in quanto la perdita della capacità lavorativa specifica si differenzia da quella generica, ricompresa nel danno biologico, con conseguente necessità di un'autonoma liquidazione. Preme sottolineare che non v'è motivo alcuno per negare che ad una lesione permanente "lieve" (cd. micro permanente) consegua un'incapacità lavorativa specifica, anche d'intensa entità. Si pensi al noto caso del grande violinista che ha subito una lesione alla terza falange del dito mignolo della mano sinistra: il danno "biologico" sarà anche minimo, ma incommensurabile risulterà il danno patrimoniale connesso all'incapacità lavorativa specifica. Rilevante è pure la pronuncia di Cass., sez. III, 20-07-2010, n. 16896, in caso di lesioni invalidanti riportate da una casalinga. L'eventuale continuazione delle attività domestiche non esclude la sussistenza del danno patrimoniale, qualora le residue energie lavorative della vittima comportino una maggiore usura ovvero le precludano di svolgere attività più remunerative. In tale caso, il risarcimento del danno patrimoniale non può essere negato qualora la vittima non abbia avuto la possibilità, per insufficienza di risorse economiche, di ricorrere ad una colf. Ai fini della liquidazione del danno patrimoniale, non sussiste a carico della vittima un onere probatorio più rigoroso del normale, sì che il giudice può ricorrere a presunzioni e/o alla liquidazione equitativa. Naturalmente, per il danno patrimoniale da

lucro cessante vige il principio della “*compensatio lucri cum damno*”, ovvero il fatto che il risarcimento non possa comportare l’arricchimento della vittima, corollario della funzione compensativa svolta dal principio dell’equivalenza nel *quantum* risarcibile. In dottrina, relativamente al tema del danno da perdita della capacità lavorativa specifica si veda: CARNEVALE, SCARANO, *Il danno alla persona, aspetti giuridici e medico-legali*, 2010, Cedam, pg. 235. Più in generale, sulla differenza tra invalidità permanente generica e specifica si veda PETTI, *Il risarcimento del danno biologico*, 1997, Utet, pg. 154: nell’invalidità permanente biologica è inclusa l’invalidità lavorativa generica e non quella specifica, per la ragione che quest’ultima è da considerarsi come danno patrimoniale da lucro cessante.

(6) In tema di danno emergente da futuri adattamenti architettonici non consta alcun precedente in termini. Il danno patrimoniale emergente e futuro per adattamento dell’abitazione della vittima, al fine di renderla adatta alle condizioni di salute di questa, alle opere e prestazioni mediche e all’allestimento “*una tantum*” del presidio medico, è stato giustamente riconosciuto e pertanto risarcito dalla struttura sanitaria. In dottrina si veda VICIANI, *Il danno potenziale ovvero patrimoniale futuro*, Giust. civ. (in *De Jure*). Più in generale sul tema del danno, CENDON, *Voci del danno, forme dell'essere* Resp. civ. e prev. (in *De Jure*); BIGLIAZZI, GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Rapporti Giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998.

(7) Il Tribunale milanese che si occupa della fattispecie in questione si allinea con la recente giurisprudenza della Corte Suprema (Cass. Civ., sez III 4253/2012, *Foro.it*) la quale, pronunciando in tema di fatto illecito costituito dall’uccisione del congiunto, stabilisce che questo dia luogo a un danno non patrimoniale consistente nella perdita del rapporto parentale, qualora colpisca soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela. Nella giurisprudenza di legittimità e in quella di merito constano altresì precedenti in tema di discostamento dagli indici contenuti nelle tabelle medico-legali da parte del giudice, per la liquidazione del danno non patrimoniale a un prossimo congiunto della vittima. Una sentenza di Cass. del Maggio 2012, n. 8557 affronta un caso in cui un tribunale di secondo grado liquida, a titolo di ristoro del danno morale conseguente alla morte del padre dell’attore, una somma nettamente inferiore rispetto al sistema di liquidazione al quale doveva far riferimento. La non congruità della decisione (per via del mancato rispetto degli indici stabiliti nella tabella) fa presumere che il giudice si sia riferito a tabelle vecchie e non aggiornate, commettendo un *error in iudicando*. Pertanto con riferimento alla somma ingiustificatamente esigua si avverte la necessità di una nuova determinazione, alla stregua del rispetto dei criteri indicati dalla tabella distrettuale. Un tempo era altresì consentito assumere, quali parametri di riferimento, tabelle utilizzate da Tribunali diversi purché appartenenti al territorio della Repubblica (sentenza 7 giugno 2011, n. 12408). In ogni caso, per liquidare il danno morale - dovendosi ricorrere a un criterio equitativo che trova fondamento negli artt. 1226 e 2056 cod. civ.- il giudice è sempre tenuto a dar conto del criterio utilizzato (sentenza 8 novembre 2007, n. 23304) e ad esplicitare quale sistema abbia seguito, per provvedere in seguito alla personalizzazione in riferimento al caso concreto (sentenza 9 maggio 2011, n. 10107). Oggi sono state eliminate le differenze territoriali: al fine di garantire i danneggiati in modo equo, ogni Tribunale è tenuto a seguire le tabelle di Milano. Tra i contributi della dottrina si veda CENDON, *Trattato dei nuovi danni*, Padova, 2011;

CARBONE, *Perdita del rapporto parentale*, in *Danno e Resp.*, 2010; VIOLA, *Danni da morte e da lesione alla persona*, Padova, 2009; TUOZZO, *Il danno da perdita parentale nel bipolarismo risarcitorio*, in *Resp. civ.*, 2008. In tema di liquidazione: NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, pg. 429 ss.; ROSSETTI, *Guida pratica per il calcolo di danni, interessi e rivalutazione*, 2006, p. 100; NAVARRETTA, *Danni da morte e danno alla salute*, in BARGAGNA-BUSINELLI, *La valutazione del danno alla salute*, ed. VI, Padova, 2001, 261 e ss. Sulla questione danno-evento e danno-conseguenza: BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2014, 493 e ss.; MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e "il nuovo statuto" dei danni risarcibili*, in *Danno e Resp.*, 2014, 686 ss.; PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 269 e ss.

(8) Nella giurisprudenza di legittimità constano precedenti in tema di danno da perdita del rapporto parentale. Il giudice di Milano si è pronunciato in senso conforme alla decisione assunta dalla Cassazione con sentenza 18641/2011, la cui fattispecie riguardava il risarcimento richiesto dai genitori per i danni causati al figlio minore. Nella liquidazione del danno parentale vanno ristorati anche gli aspetti relazionali propri del danno da perdita del rapporto parentale, qualora si dimostri che vi siano stati radicali cambiamenti di vita. La quantificazione dev'esser tanto più elevata quanto più grave risultino le lesioni sofferte dal danneggiato. La Cass. Civ. nella sentenza 25731/2014, consultabile in <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15461>, si è pronunciata per i casi –diversi da quello in esame– in cui sia trascorso un brevissimo lasso di tempo tra la lesione e l'evento morte, dichiarando che in tali fattispecie non può esser risarcito il danno biologico, ma esclusivamente quello morale, dal primo ontologicamente distinto, fondato sulla sofferenza d'animo conseguente alla consapevolezza delle condizioni post-danno. Tale pronuncia offre alcuni interessanti spunti sul dibattuto tema dell'individuazione dei danni riconoscibili in caso di morte. Il tradizionale orientamento negava che la perdita della vita comportasse la nascita di un diritto al risarcimento in capo alla vittima (risarcibile poi ai suoi eredi *iure successionis*) mentre riconosceva la risarcibilità *iure proprio* del danno da perdita del congiunto a favore dei parenti e la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali subiti direttamente dalla vittima, nel caso in cui la morte fosse sopraggiunta a seguito di un'agonia più o meno lunga (cd. danno biologico terminale e danno morale cd. catastrofico). Siffatta impostazione, contestata da alcune corti di merito, è stata rimessa in discussione dalla stessa Cassazione in una pronuncia più recente del 2014 (cd. sent. Scarano). Si vuole conseguire l'obiettivo di raggiungere un'integrale ristoro dei pregiudizi subiti ed escludere duplicazioni risarcitorie. Tra i contributi della dottrina, sul tema del danno biologico in senso critico: CASO, *Le ultime pronunce di Cassazione in tema di risarcibilità iure hereditario del danno biologico da lesioni mortali: un difficile cammino sulla strada della teoria generale*, in *Foro It.*, 1996, I, p. 3109 ss.

(9) In tema di responsabilità medica, la sentenza in esame ha riconosciuto il risarcimento del danno parentale non patrimoniale ai parenti non compresi nella famiglia nucleare del danneggiato (nonni, nipoti, genero, nuora). Un precedente in termini è costituito dalla Cass. Civ., sez. III, 4253/2012, la cui massima esplicita che in

tema di responsabilità medica e di danni risarcibili ai prossimi congiunti, affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale di soggetti al di fuori della famiglia nucleare, è necessaria la convivenza quale connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico. Dunque, perché possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei a tale nucleo familiare, è necessaria la sussistenza di una situazione di convivenza quale connotato minimo attraverso cui esteriorizzare l'intimità delle relazioni parentali allargate. Tra i contributi dottrinali, POGLIANI, *Una garbata disputa, autorevolmente diretta, sul danno biologico da morte*, in Dir. Prat. Assic., 1989, p.361; CASTRONOVO, *Il danno biologico a causa di morte aspettando la Corte Costituzionale*, p. 551 e ss.. Più in generale, GIANNINI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 2000, p.96-103.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Responsabilità della struttura sanitaria convenuta; 3. Responsabilità professionale medica: mancata coordinazione tempestiva tra due figure mediche (anestesista e chirurgo); 4. Nesso di causalità tra condotta colpevole ed evento dannoso: onere probatorio; 5. Consenso informato al paziente: la mancanza di questo rileva ai fini della risarcibilità?; 6. Il danno biologico; 7. Risarcimento danni patrimoniali ed extra-patrimoniali prodotti alla vittima e cd. personalizzazione del danno; 8. Risarcimento del danno parentale ai prossimi congiunti, rispettivamente al fratello, alla madre e al cognato costituitosi in luogo della sorella della vittima: le "vincenti" tabelle milanesi; 9. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza in rassegna offre un ottimo spunto per lo sviluppo di riflessioni importanti intorno ad una questione sino ad ora rivelatasi piuttosto sibillina, sia in dottrina che in giurisprudenza: la responsabilità professionale medica, per il fatto di aver arrecato un danno biologico al paziente. Varie sentenze di Cassazione si contraddicono sul punto focale di tale analisi: la responsabilità professionale medica nei confronti del paziente. Il danno che ne deriva può esser colorito di vari significati, dai più ampi che percepiscono come un *unicum* il danno biologico, morale ed esistenziale e quelli ulteriori che ne derivano (quali il parentale, dovuto alla lesione subita per la perdita del rapporto di convivenza o solidarietà e intimità con il defunto) in quanto relativi al medesimo interesse leso, sino a quelli più restrittivi, che concepiscono il danno biologico distinto rispetto agli altri poiché incisivo su interessi diversi. È auspicabile una chiara delineazione di tale concetto, soprattutto alla luce della corretta ed equa applicazione delle norme sul risarcimento dovuto per le situazioni più svariate che si prospettano nel concreto.

2. Responsabilità della struttura sanitaria convenuta

La responsabilità riconosciuta in capo alla IEO è sia contrattuale ex art. 1218 del codice civile, che extra-contrattuale, disciplinata dal 2043 dello stesso codice.

Per quanto concerne il primo tipo di responsabilità, è indubbia l'esistenza di un contratto tra la paziente sottoposta a cura e la struttura medica presso la quale è ricoverata, che di norma è tacito. Il debitore inadempiente, qualora non provi che l'inadempimento è stato determinato dall'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, è tenuto a risarcire il danno provocato. Eventualmente, la struttura medica, vantando un potere di rivalsa nei confronti del personale medico che abbia in concreto prestato l'opera, potrà chiedere ai suoi dipendenti inadempienti di risarcirle il danno, nell'espletamento del diritto di regresso.

La giurisprudenza di legittimità è venuta elaborando un'articolata costruzione sistematica, al fine di ritenere che la responsabilità dell'ente ospedaliero concerne il comportamento dei medici, con la conseguenza che il danneggiato dovrebbe provare l'esistenza del contratto e allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello realizzato secondo una condotta diligente. Prova a mio avviso di facile dimostrabilità poiché il contratto intercorrente tra il paziente e l'ospedale, essendo a forma libera, può ben essere stipulato tacitamente e proprio tale modalità permette che il suo contenuto possa esser provato per "comportamento concludente delle parti".

Al debitore, presunto colpevole, incombe l'onere di provare il fatto impeditivo, cioè che l'inadempimento della prestazione non è dovuto a suo dolo o colpa, a mio avviso, prova di non facile dimostrazione: nella fattispecie, infatti, il giudice accoglie la domanda attorea, nonostante le difese sollevate dal convenuto.

Anteriormente alla riforma avvenuta con legge 23 dicembre 1978, n.833, non v'era uniformità d'opinioni. A fronte di un orientamento giurisprudenziale che qualificava come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria, sostenendo che il paziente stipulasse un contratto con l'ospedale, anche se non direttamente con il medico incaricato di effettuare materialmente la prestazione, vi era anche un filone contrapposto. Secondo quest'ultimo, la natura contrattuale sarebbe da riconoscere solo nell'ipotesi in cui la struttura sanitaria fosse privata, in quanto il rapporto con l'ente pubblico avrebbe avuto origine da un atto amministrativo e si sarebbe caratterizzato per la posizione di potere dello Stato o dell'ente pubblico gestore del servizio nei confronti del privato.

Tuttavia, questa distinzione è stata disattesa dalla giurisprudenza¹: proprio la preesistenza di un *rapporto obbligatorio* ancorché di natura pubblicistica, tra il privato titolare del diritto ad ottenere la prestazione sanitaria e l'ente pubblico gravato dall'obbligo di eseguirla, spinge a qualificare la responsabilità come contrattuale. Tale ultima ricostruzione ha trovato riscontro in dottrina². Oggetto dell'obbligazione assunta dall'ente ospedaliero è la prestazione "d'assistenza sanitaria" (concetto più ampio, complesso ed eterogeneo rispetto a quello di prestazione medica), la quale forma oggetto del contratto atipico di ospedalità. L'amministrazione sanitaria si fa carico delle prestazioni di diagnosi e cura, ma altresì di quelle attinenti all'assistenza post-operatoria, alla sicurezza delle attrezzature, al vitto e alloggio dei pazienti all'interno della struttura sanitaria.

L'articolo 3-bis della Legge Balduzzi pone come obiettivo, nell'ottica di un contenimento dei costi relativi ai rischi sanitari, il fatto che le aziende sanitarie all'interno della propria organizzazione adottino misure necessarie per la gestione dei predetti rischi sanitari, la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri

¹ Cass. civ. sez. III, 5939/2003; Cass. Civ. sez. III, 11503/1993.

² Princigalli, La responsabilità medica, 1983.

assicurativi e altresì che il Ministero della salute e le Regioni attivino un sistema di monitoraggio dei dati relativi al rischio clinico. Nel caso in esame dalle questioni riportate fedelmente dal giudice estensore non è esplicitato se la IEO, in tempo anteriore al verificarsi dell'illecito, avesse contratto una stipula assicurativa per danni arrecati dal proprio personale, in modo tale che eventuali risarcimenti dovuti fossero, in un certo senso, "coperti".

Nella fattispecie, in capo alla struttura è sorta altresì una responsabilità di tipo extra-contrattuale a seguito dei danni arrecati ai prossimi congiunti della vittima; trattasi di soggetti estranei al rapporto danneggiante-danneggiata, i quali però subiscono il danno di rimbalzo, in quanto legati da vincoli stretti alla vittima.

3. Responsabilità professionale medica: mancata coordinazione tempestiva tra due figure mediche (anestesista e chirurgo)

Nel corso dell'ultimo quindicennio, in dottrina si è affermato l'orientamento secondo il quale la responsabilità del medico sia fondata sul contatto sociale³.

Il diritto vivente si è sino ad oggi consolidato nel senso di dare concretezza a tale orientamento dottrinale, che si basa sull'affidamento che il paziente ripone nella responsabilità e nelle scelte effettuate dal medico. Peraltro, diverse elaborazioni dottrinali si muovono nel senso di ampliare l'area dei doveri sussunti nel contratto, comunemente definiti *obblighi di protezione*⁴.

La *lectio magistralis* tenuta da Claudio Scognamiglio in data venerdì 13 Marzo 2015 presso la Facoltà di Giurisprudenza a Trento ha affrontato nel dettaglio il tema della responsabilità del medico nei confronti del paziente⁵ e più in generale, il tema della responsabilità professionale medica⁶.

Merita attenzione il cambiamento concernente la colpa medica avvenuto di recente, con L. 8 novembre 2012, n. 189 (la quale ha convertito il decreto Balduzzi 158/2012 recante disposizioni urgenti al fine di promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di salute). Secondo la mia opinione, è l'ennesima disposizione che ha fatto discutere e ha creato disegualianze tra situazioni sovrapponibili, imponendo un radicale mutamento di prospettiva, con l'obiettivo ultimo di salvaguardare le finanze della Repubblica fronte alle numerose richieste di risarcimento avanzate dai pazienti danneggiati. La cosiddetta "colpa lieve" dell'esercente una professione sanitaria è stata, in un certo senso, depenalizzata. Dalla lettera dell'articolo 3 co.1 si desume che il sanitario, nello svolgimento della propria attività, attenendosi a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde per colpa lieve sul piano

³ FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004. La teoria del "contatto sociale" ravvede nell'affidamento che un soggetto ripone in un altro, a seguito di un contatto che si è creato fra loro, una forma autonoma di specifica obbligazione. Fondamento normativo è l'articolo 1173 del cod. civ.: "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ord. giuridico", esplicitativo del principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni. Recentemente, Mario Barcellona ha confutato tale teorica nel suo "*Trattato della responsabilità civile*", Torino, 2011, 65 ss.

⁴ In questo senso, De Luca, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Dike, Roma, 2012: <<se per danno contrattuale bisogna intendere anche quello derivante dalla violazione di obblighi di tutela, ciò significa che il soggetto danneggiato potrà avvalersi delle più vantaggiose regole stabilite per il danno da inadempimento, in luogo di quelle previste in ambito aquiliano>> pg. 9.

⁵ <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15473>

⁶ <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15474>

del diritto penale. In ossequio di quanto quattro anni prima le S.U. di Cassazione avevano affermato con le sentenze gemelle di San Martino (26972, 26973, 26974 e 26975/2008), in riferimento alla dicotomia-bipolarismo tra danno patrimoniale e non patrimoniale (ex. 2043 e 2059 cod. civ.), al danneggiato non verrebbe nemmeno riconosciuto e liquidato il danno non patrimoniale! Soppresso il reato, trattandosi di colpa lieve, tale Legge rischia fortemente di non riconoscere alcun risarcimento alla vittima (linea di pensiero che è rafforzata dalla conclusione dell'art. 3 *“il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*).⁷

La responsabilità medica è da sempre impostata su due filoni di fondo: la colpa e la causalità. Si dice che è un'obbligazione di mezzi e non di risultato, una fattispecie dove la colpa ha grande peso ma ce l'ha pure la causalità perché gli eventi di danno non hanno quasi mai una sola causa. In tempi passati, era il paziente danneggiato che doveva provare l'inadempimento del medico, cioè gli elementi che provassero la colpa di questo. Alla fine degli anni '70 si è affermato che se la prestazione medica che ha causato il danno è di routine, di facile esecuzione, che non richiede grandi gradi di specialità e l'esito raggiunto non è quello voluto, deve essere il medico a provare il suo corretto adempimento. Si è avuta così una sorta di inversione dell'onere della prova e la giurisprudenza stessa utilizza tale inversione come regola base, applicabile in tutti i casi in cui il medico deve provare la sua diligenza. Nel 2001 con la sent. n.13533, il danneggiato non deve più provare l'inadempimento ma deve limitarsi ad allegarlo. L'allegazione è l'affermazione che il danneggiato fa riguardo al fatto che c'è stato inadempimento, pur non avendo adeguate conoscenze tecniche. È chiaro che questa lettura della Cassazione agevola la posizione del paziente.

Ai sensi dell'articolo 1176 co.2⁸, la diligenza del professionista nell'adempimento degli obblighi inerenti alla sua attività professionale va misurata in relazione alla natura di tale attività; infatti, non è sufficiente quella del buon padre di famiglia, come prevede il co.1 dello stesso articolo, poiché al soggetto qualificato se ne esige una più specifica. Tale tipo di diligenza assume un duplice significato, essendo: 1. parametro d'imputazione del mancato adempimento. 2. criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione stessa. Inoltre, il canone di valutazione della diligenza professionale va desunto dalla media delle conoscenze tecnico-scientifiche dei professionisti che svolgono la medesima attività, non dal livello di preparazione del singolo.

Negli ultimi decenni, il progresso scientifico, l'evoluzione dei vari tipi di cura, l'attenzione nei confronti della prevenzione hanno ampliato l'ambito d'indagine concernente la responsabilità del medico. È stata infatti introdotta la locuzione “responsabilità medica”, in cui si fanno ricomprendere tutti i tipi di responsabilità concernenti il settore in esame. Di particolare rilievo risulta l'evoluzione della

⁷ Legge Balduzzi, dall'economista e politico Renato Balduzzi, ministro della salute sino al 2013 del governo Monti; tale recente disposizione è di primaria importanza in quanto riconosce in capo al professionista sanitario responsabilità per colpa grave, chiarendo i numerosi dubbi precedenti e assegnando un criterio di discernimento tra sussistenza o meno di responsabilità, nelle varie ipotesi che si prospettano in concreto.

⁸ In relazione all'elemento soggettivo colpa, in giurisprudenza e dottrina è pacifico l'orientamento secondo cui la responsabilità del medico chirurgo per i danni causati nell'esercizio della sua attività postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza. Questa va calcolata con riguardo alla natura dell'attività, che in riferimento alla professione medica implica la scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale.

responsabilità del professionista ⁹, nel senso di una maggior sensibilità nei confronti degli aspetti concernenti la tutela della persona, in particolare della salute, diritto fondamentale dell'individuo, oltre che interesse della collettività, protetto dalla Costituzione Italiana all'articolo 32. Tale evoluzione di matrice giurisprudenziale ha inciso soprattutto sulla natura giuridica della responsabilità medica ¹⁰. Un orientamento datato della Corte di Cassazione ¹¹ propendeva per la natura extra-contrattuale della responsabilità professionale: tra paziente ed ente ospedaliero veniva concluso un contratto d'opera professionale, perfezionato con l'accettazione del paziente nell'ospedale (contratto atipico di spedalità ¹²), mentre il medico, dipendente dell'ospedale, risultava estraneo al rapporto contrattuale ente-paziente, agendo quale organo dell'ente ospedaliero. In ragione di ciò, la responsabilità del medico per il danno cagionato dall'errore terapeutico risulterebbe soltanto di tipo extra-contrattuale, soggetta quindi al termine prescrizione quinquennale. Tuttavia, l'extra-contrattualità dell'illecito non osterebbe all'applicazione analogica del 2236 cod. civ., la cui ratio prescinde dalla qualificazione dell'illecito ¹³.

L'orientamento opposto, oggi prevalente e col quale mi trovo in accordo, afferma la natura contrattuale della responsabilità medica, muovendo proprio da una critica all'impostazione precedente ¹⁴. Le argomentazioni di questa nuova tesi sono le seguenti: 1. tra ente ospedaliero e paziente s'instaura un rapporto contrattuale e vige il principio d'immedesimazione organica: l'attività del medico è riconducibile all'ente presso il quale lavora. 2. Avendo la responsabilità della struttura sanitaria e quella del professionista radice comune, la non diligente prestazione del medico è al pari di quella dell'ente, di tipo contrattuale ¹⁵. 3. Dalla natura contrattuale derivano alcuni mutamenti nel regime giuridico della responsabilità in esame. In particolare, con riguardo all'onere

⁹ Agnino, Intervento d'urgenza ad alto rischio e responsabilità del medico (nota a Cass. Civ. sez. III, 4069/01); Antinozzi, Considerazioni sulla responsabilità medica del professionista, in dir. e prat. assicur., 1984; sempre Antinozzi, Responsabilità dell'avvocato verso il cliente per mancata impugnazione della sentenza di primo grado, in dir. e prat. assicur., 1985.

¹⁰ In particolare, si è passati da un sistema "a doppio binario" nel quale la responsabilità della struttura sanitaria risultava essere contrattuale, mentre quella del professionista aquiliana, ad un sistema caratterizzato per l'affermazione della natura contrattuale sia della responsabilità dell'ospedale (pubblico o privato) sia di quella del professionista.

¹¹ Cass. Civ. sez. III, 2428/1990, 2750/1998.

¹² Secondo il Tribunale di Verona, 4 ottobre 1990, l'oggetto di tale contratto consisterebbe in una prestazione, quella d'assistenza sanitaria a favore dell'ammalato, di tipo complesso, in quanto non si limiterebbe alle cure mediche, ma comporterebbe una serie di altre prestazioni.

¹³ Non si deve paralizzare l'iniziativa del professionista nei casi di particolare difficoltà. Così recita il testo dell'articolo: "1. Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave".

¹⁴ Galgano, Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria: "se la responsabilità del medico fosse da ricondursi all'ambito della responsabilità aquiliana, sarebbe configurabile solamente allorché il paziente si trovasse, a seguito dell'intervento medico, in una situazione peggiore rispetto a quella pregressa: resterebbero escluse tutte le ipotesi in cui l'intervento non abbia sortito alcun risultato positivo."

¹⁵ La S.C. è giunta a tale conclusione (il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del sanitario dipendente) tramite l'accoglimento della teoria di origine germanica del contratto con effetti protettivi a favore del terzo. Secondo tale teoria, accolta con sentenza Cass. Civ. sez. III, 11503/1993, nel caso d'inadempimento della prestazione accessoria di protezione sarebbe legittimato ad agire non solo la controparte (la struttura ospedaliera) ma anche il soggetto a protezione del quale quella prestazione è posta (il paziente).

della prova ¹⁶, del grado e della colpa, nonché della prescrizione. L'onere della prova appare coerente con la regola dettata dal 2697 cod. civ.: si ritiene che spetti al debitore convenuto dare prova positiva del suo adempimento. Tornando al settore della sanità, grava dunque sul medico (debitore) dimostrare di aver agito in assenza di colpa; di conseguenza, dell'incertezza della sussistenza o meno della colpa si gioverà il paziente (creditore).

4. Nesso di causalità tra condotta colpevole e evento dannoso: onere probatorio

Ulteriore questione cardine della fattispecie in esame è rappresentata dal nesso di causalità ¹⁷.

Durante il corso di Diritto Civile abbiamo ampiamente discusso sul tema: particolarmente interessante si è rivelata la *lectio magistralis* tenuta da Roberto Pucella, professore universitario a Bergamo, il 5 marzo 2015 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento ("La causalità nell'illecito civile e nella responsabilità contrattuale"). La causalità costituisce un elemento di primaria importanza, in quanto spiega e giustifica i problemi di policy: è infatti legata alla risoluzione di questioni di politica giudiziale e del diritto. Se ne distinguono due tipi, quella materiale e quella giuridica.

La causalità materiale è una relazione che lega il fatto all'evento prodotto e concerne la struttura dell'illecito (sostanzialmente risponde alla domanda "chi è stato?"). Il percorso che compie il giudice nel verificarne la sussistenza è un'indagine di natura fattuale ¹⁸.

La causalità giuridica è la relazione tra l'evento di danno e le sue conseguenze; la sua dimostrazione risulta più complessa, non essendo sufficiente un tecnico per valutarne la sussistenza o meno ¹⁹.

Non tutti i giuristi si trovano d'accordo con questa bipartizione: c'è chi ritiene che il problema causale sia uno solo e abbia senso parlare di causalità giuridica solamente qualora intervenga il giudice. Perché la causalità viene divisa in due tipologie? Per il fatto che, presentando numerose sfaccettature, risulta incerta per il mondo del diritto in merito alla ricostruzione del fatto. Il rapporto di causalità giuridica rileva in forza della necessità di capire la sussistenza o meno e altresì l'estensione del risarcibilità: ci si concentra sulla proporzione tra fatto illecito e danno e, qualora la causalità sia troppo lieve, non viene riconosciuto alcun risarcimento. Pertanto, è necessario selezionare quali sono i fatti rilevanti, ovvero quando gli anelli della catena causale sono talmente forti da rendere risarcibile il fatto e quando invece non lo sono.

¹⁶ Le S.U., 4400/2004, ha fatto applicazione, anche nel settore sanitario, del principio della vicinanza della prova, in base al quale l'onere della prova andrebbe ripartito tenendo conto della possibilità per l'uno e l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle loro rispettive sfere d'azione. Esso muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà insormontabili se dovesse provare di non aver ricevuto la prestazione.

¹⁷ Alleva, Questioni in tema di nesso di causalità naturale, 2001; Antinozzi, nesso di causalità, 1980; Capeocchi, La prova del nesso di causalità nel danno da contagio di animali, 2002.

¹⁸ Esempio: se il paziente ha riportato un danno cerebrale, dovuto alla somministrazione di un farmaco, il problema della causalità materiale è accertare quale infermiere ha dato la dose eccessiva e se il danno è dovuto alla tale dose eccessiva o anche alle condizioni particolari del paziente. Chi compie questo accertamento? Normalmente un tecnico, in questo caso il medico legale.

¹⁹ Servendosi dello stesso esempio utilizzato per la causalità materiale, il danno cerebrale in capo al paziente si traduce in un danno alla salute, ma potrebbe avere ripercussioni gravi nell'ambito della famiglia, del lavoro ecc. Questa seconda parte dell'indagine, posto che il danno è stato causato dall'errore dell'infermiere, pone il problema di capire quali conseguenze del fatto possono essere imputate a colui che ha commesso il danno e quindi si opera nel senso di una selezione delle conseguenze risarcibili.

Altra questione attuale collegata ai rapporti di causa ed effetto è il problema del concorso tra cause umane e naturali, quando cioè un evento dannoso è prodotto dal combinarsi di cause diverse, da due o più fattori “a cascata”²⁰. Cass sent. 21619/2007: un sub emerge troppo rapidamente e una volta uscito dall'acqua avverte i sintomi dell'embolia, si rivolge alla guardia medica che non gliela diagnostica, dicendogli semplicemente di andare a casa a riposare. Passano ore e il sub sentendosi male corre all'ospedale, dove gli diagnosticano l'embolia anche se ha ormai subito un danno permanente. Fa causa al primo medico che non ha riconosciuto i sintomi. È necessario accertare nesso di causalità tra embolia e il ritardo di cure. Le prove che si presentano al giudice sono contrastanti tra di loro. La Cassazione ritiene che la decisione della Corte d'Appello sia corretta (il primo grado dava ragione al medico, il secondo al sub), cioè a favore del nesso causale.

Stando al “principio del più probabile che non”, il giudice deve scegliere tra le due alternative che ha davanti, la più probabile rispetto a quella meno probabile e, in tal caso, era più probabile che il ritardo di cura avesse causato il danno permanente. La questione del più probabile che non, si scontra con quella del danno da perdita di chance tutte le volte in cui il nesso causale che fa da sfondo tra causa ed effetto è incerto, cioè non si riesce a sapere, sulla base dei fatti conosciuti e delle conoscenze scientifiche, se l'effetto sia stato determinato da quella causa²¹.

In sintesi, affinché l'evento dannoso possa esser risarcito, è necessario che sia causalmente riconducibile al fatto illecito. Al fine di accertare l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria, l'esame del nesso di causalità dev'esser svolto sotto un duplice profilo: *in primis* si procede all'accertamento della sussistenza di un collegamento materiale tra condotta ed evento, mediante un giudizio, appunto, di causalità materiale; in caso di esito positivo, si passa ad un'ulteriore fase, consistente nell'accertamento di un collegamento giuridico tra il fatto dannoso e le sue conseguenze, al fine di delimitare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria.

Con riguardo al nesso di causalità fra evento dannoso e condotta colpevole (omissiva o commissiva che sia) del medico, la giurisprudenza successiva, a mio avviso correttamente, si è discostata dalla nota sentenza Franzese²² affermando che il rapporto

²⁰ Es: un malato di Alzheimer era stato investito sulle strisce pedonali; ci si è chiesto se il danno subito fosse dovuto anche al suo stato pregresso, cioè il suo stato patologico grave. Bisognava risarcire tutto o non contare il danno dovuto dallo stato pregresso? Fino al 2009 la Cass. diceva che: o il fatto naturale (malattia) aveva una forza causale piena, cioè era l'unica causa del danno e allora l'autore della causa umana non pagava, ma se solo il danno finale dipendeva dal concorso di fattori, allora l'autore della causa umana deve risarcire il 100% dei danni. Nel 2009 la Corte ha affermato che l'autore della causa umana doveva rispondere per quella parte di danno che aveva causato e non per l'altra. Con la sent 1599 cambia ancora le cose: l'autore del fatto illecito deve intendersi responsabile al 100 % sul piano della causalità materiale e quando si passa al momento della causalità giuridica, cioè al risarcimento, si può tener conto delle condizioni pregresse. Nei sistemi di Common law vige il principio secondo cui l'urto subito da una persona con un cranio più sottile provoca la rottura anche con un colpo modesto: il colpiteur risponde della conseguenza modesta che si sarebbe verificata in capo ad un soggetto con un cranio normale? Secondo i giuristi no. Da ciò si desume che al soggetto che viene colpito si deve risarcire il danno tenendo conto delle sue condizioni pregresse.

²¹ Es: la macchia sul polmone di un uomo è stata notata dal medico 6 mesi più tardi: si accusa il medico di aver tolto delle chances di guarigione, senza sapere se sarebbe davvero guarito. Una volta che si introduce la categoria del più probabile che non, è molto difficile trovare uno spazio residuale per il danno da perdita di chance.

²² S.U. penali, 30328/2002. In tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, il nesso causale può essere ravvisato quando si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa

causale sussiste anche quando l'opera del professionista, qualora correttamente e tempestivamente svolta, si sarebbe presentata in termini non necessariamente di assoluta certezza, ma anche solo di ragionevole probabilità, dal momento che non è dato esprimere in relazione ad un evento esterno già verificatosi delle certezze, ma solo semplici probabilità.

Resta da sottolineare che la causalità civile può esser caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto al giudizio di causalità penale (come affermato da Cass. Civ., sez. III, 21619/2007).

Passando ad analizzare il profilo relativo all'onere probatorio, la consolidata opinione della giurisprudenza secondo cui la prova del nesso di causalità grava sul creditore-danneggiato viene oggi messa in discussione. A partire dalla pronuncia di Cass. Civ. 13533/2001²³, è stato affermato il principio generale per cui il creditore deve dare prova del fonte negoziale del suo diritto, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà quest'ultima a dover fornire la prova dell'avvenuto e corretto adempimento. Qualora fosse sussistente e provato l'inadempimento medico, non significa che esso costituisca sempre causa del danno del paziente. Con la sentenza del gennaio del 2008 n. 577 in materia di emoderivati, che riguardano infezioni prodotte dalla trasfusione di plasma e sangue infetto, la Cassazione si chiede chi sia il soggetto tenuto a provare la causalità, applicando il principio della vicinanza della prova (l'onere grava sul danneggiato ma altresì sulla struttura). Il giudice della sentenza in esame richiama orientamenti di Cassazione più recenti, rispettivamente del 2010 e 2012²⁴, mantenendo tale linea dell' "inversione dell'onere probatorio".

5. Consenso informato al paziente: la mancanza di questo rileva ai fini della risarcibilità?

La responsabilità professionale del medico può sussistere anche nei casi in cui si prospetti violazione dell'obbligo del cd. consenso informato, per tale intendendosi l'obbligazione di fornire al paziente precise informazioni relative al trattamento sanitario, affinché quest'ultimo possa prestare il proprio consenso²⁵. In assenza di tale

impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca posteriore o con minore intensità lesiva. □ Il giudice deve verificare la validità del nesso causale nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e 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'. □ L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori che hanno concorso alla produzione dell'evento lesivo, comportano assoluzione in giudizio.

²³ Vedi La responsabilità medica, Giuffrè, Milano, 2013. Bona pg. 135.

²⁴ Cass., Sez. VI, 17694/2010 in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di routine, spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o imperizia, dimostrando che siano state invece prodotte da un evento imprevisto e imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento>>. Cass., Sez. III, 17142/2012 in tema di ripartizione dell'onere probatorio, una volta provati dal paziente la sussistenza e il contenuto del contratto, incombere sul medico la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza.

²⁵ Nella giurisprudenza straniera, rileva la famosa sentenza UK Supreme Court, *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* UKSC (11 marzo 2015). Anche la Corte Suprema del Regno Unito, discostandosi dal precedente espresso nel caso *Sidaway* (1985), ha stabilito che il paziente è titolare di un

informazione, è risarcibile il danno non patrimoniale conseguente alla lesione del diritto inviolabile alla salute ²⁶.

Il consenso informato non opera come una causa di giustificazione, ma assieme ad altri presupposti diviene elemento necessario per configurare la scriminante dell'esercizio di un'attività autorizzata. A partire dalla L. 733/1978 e in seguito alla Convenzione di Oviedo e all'emanazione del Codice di Deontologia medica del 1998, è divenuto requisito essenziale per la regolarità dello svolgimento dell'intervento medico. Condicio necessaria ma non sufficiente: da sola non basterebbe a giustificare interventi che fuoriescono dall'esercizio lecito dell'attività medica (es. eutanasia).

Da un lato, c'è chi sostiene che il consenso apprestato dal paziente sia espletamento del diritto all'autodeterminazione ²⁷. Dall'altro, la tesi secondo me da preferirsi colloca il ruolo del consenso informato nella dialettica tra diritti inviolabili coinvolti, accedendo a soluzioni potenzialmente differenti. Ad esempio, il dissenso da parte di un paziente impedisce la scriminante nell'esercizio dell'attività medica ma non interferisce con la causa di giustificazione rappresentata dallo stato di necessità. Si tratterebbe di operare un bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti, facendo prevalere quello più importante nel caso specifico. Essendo il diritto alla vita prevalente rispetto a quello del consenso informato, concordo sull'assenza di responsabilità del medico nelle ipotesi in cui questo non informi il paziente in relazione ad interventi urgenti, che si rivelano necessari a tutelare la salute: in tale caso si deve prescindere dall'opinione del soggetto che verrà sottoposto ad operazione.

Tornando ad esaminare la sentenza affidatami, alla mancata informazione del medico alla paziente non è conseguito il risarcimento del danno. L'onere di provare il mancato consenso gravava sulla vittima, la quale avrebbe dovuto tempestivamente dimostrare che, qualora avesse ricevuto informazione di tutti i rischi derivanti dall'operazione, avrebbe dato il suo dissenso a procedere. A mio avviso, il problema non è stato tanto lo svolgimento del secondo intervento in sé (che al contrario si è rilevato corretto ed adeguato), quanto il tardivo intervento degli specialisti. Probabilmente, nell'ipotesi in cui la paziente avesse ricevuto l'informazione, avrebbe acconsentito all'intervento in funzione del rapporto di contatto sociale intercorrente tra lei e il medico. Infatti, non avendo la signora conoscenze specifiche e non potendo ragionevolmente prevedere l'adempimento tardivo del personale sanitario, con ogni probabilità si sarebbe affidata

diritto ad essere pienamente informato sui rischi e sui trattamenti medici cui essere sottoposto e che la mancanza di tali informazioni costituisce un motivo di responsabilità medica.

²⁶ A tutela del diritto inviolabile alla salute, la Cass. civ. sez. III, 19731/2014 afferma che *“l'informazione esatta sulle condizioni e sui rischi prevedibili di un intervento chirurgico o su un trattamento sanitario (...) se è elemento indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, è inoltre elemento costitutivo della protezione del paziente con rilievo costituzionale, per gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione”*. In DeJure.

La tutela alla salute ha assunto una consistenza peculiare in un caso d'intervento di chirurgia estetica, in relazione al quale il paziente avrebbe dovuto esser informato anche dello specifico rischio del peggioramento del proprio aspetto (Cass. Civ. sez. III, 12830/2014).

²⁷ Diritto civile, Trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Vol. IV/III, Attuazione e tutela dei diritti. III. La responsabilità e il danno, Giuffrè, 2009, pp. 502 (con contributi di: A. Di Majo, U. Ruffolo, E. Navarretta, D. Poletti, D. Caruso, C. Micarelli); il consenso informato è ispirato al modello nordamericano del right of Privacy il quale sostiene che il dissenso, anche rispetto ad un intervento salvavita, impedisca di far operare meccanismi scriminanti e di ravvisare un obbligo d'intervento in capo al medico (pg. 258).

alla decisione del medico, che ha ritenuto adeguato procedere ad un secondo intervento, viste le condizioni di salute.

6. Il danno biologico

Il danno biologico consiste nella lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità fisico-psichica della persona, permanente o reversibile, da cui derivi una compromissione delle attività vitali del soggetto. È un danno di natura non patrimoniale risarcibile ex 2043 cod. civ.²⁸, seppur la sua natura è stata lungamente dibattuta in giurisprudenza²⁹.

Alla base del danno biologico, devono sussistere tre elementi: la lesione fisica o psichica della persona, la compromissione delle attività vitali del soggetto, il nesso causale tra i primi due.

In merito al secondo elemento, ovvero la compromissione delle attività vitali, la giurisprudenza ritiene che esista un danno alla salute qualora vi sia la modificazione dell'aspetto esteriore della persona, la riduzione della capacità di relazionarsi con gli altri individui e della capacità lavorativa, la perdita di chances lavorative e della capacità sessuale e, infine, il danno psichico.

Anche in dottrina si è discusso e tutt'ora si discute molto in relazione al danno biologico. Particolarmente interessante l'apporto di Negro, che nella sua opera analizza tale danno da svariati punti di vista (definizione, criteri, risarcimento e liquidazione); mi preme sottolineare l'importanza della mole casistica che l'autore riporta a conclusione della sua opera, concernente i più frequenti illeciti in tema³⁰.

²⁸ Diritto civile, Trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Vol. IV/III, Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno, Giuffrè, 2009, pp. 502 (con contributi di: A. Di Majo, U. Ruffolo, E. Navarretta, D. Poletti, D. Caruso, C. Micarelli):

- "La novità introdotta dalla Corte Costituzionale nella sent. 186/1984 in materia di danno biologico è la sua risarcibilità ex. 2043 cod. civ. Tale danno viene considerato nella sua sola eccezione di **danno-evento**, del quale rappresenta la versione in termini patrimoniali" (Pg. 39 e 361). A questa teoria si contrappongono diversi autori che ravvisano nel danno la conseguenza pregiudizievole della lesione dell'interesse: SALVI, 1985; BUSNELLI; CASTRONOVO, 1998; MASTROPAOLO; NAVARRETTA, 1996.

I due concetti di danno-evento e danno-conseguenza appartengono al diritto penale e furono introdotti dal famoso giurista *DELL'ANDRO*, il quale ha evidenziato come una lesione derivante da fatto illecito che attacca il bene salute scinde l'orizzonte del risarcimento dal problema della qualificazione della patrimonialità o meno del bene: il danno biologico rappresenta un *tertium genus*, oltre quello patrimoniale e non patrimoniale.

- La Corte Costituzionale, nella sent. 184/1986, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del 2059 c.c. nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di reato; si è preso atto del diritto vivente, per il quale l'art. 2059 c.c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità, in ogni caso, del danno biologico. La risarcibilità di quest'ultimo viene dunque garantita dal combinato disposto dagli artt. 2043 c.c. e 32 Cost. La sentenza è consultabile sul sito web www.personaedanno.it.

²⁹ Tuttavia, qualche dibattito anche in dottrina sussiste in tema di liquidazione. Il d. Lgs. 209/2005 agli articoli 138 e 139 distingue tra danno biologico di grave e lieve entità (fino a un'invalidità del 9%). La L. 27/2012 agli articoli 32 co. 3-ter e 3-quater esclude il risarcimento per danno biologico permanente per danni di lievi entità non suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo. In ogni caso, è escluso il risarcimento dei danni biologici permanenti di natura psichica che comportano un'invalidità compresa fra l'1 e il 9% (cd. microinvalidità).

³⁰ ANTONELLO NEGRO, *Il nuovo danno biologico*, 2011 Giuffrè. Questo volume costituisce una guida sul danno biologico dalla sua origine agli ultimi sviluppi ed offre a giuristi medici-legali una panoramica

Ritengo opportuno approfondire il cd. danno “tanatologico”, quello derivante dalla morte di un soggetto a seguito di un’azione illecita altrui, che costituisce la forma più grave di danno biologico. Molti ritengono che tale danno debba esser avvenuto senza apprezzabile lasso di tempo tra lesione e morte, così da poter presumere che la seconda sia esclusivamente effetto della prima, potendo escludere altre eventuali ragioni per il decesso³¹. Diversi giuristi richiedono il risarcimento di tale danno che però, essendo di creazione piuttosto recente, non è ancora stato universalmente accettato, né nel suo principio costitutivo, né nei suoi effetti civili (specialmente ai fini del risarcimento: attualmente non sono previsti particolari indennizzi³²). La nozione di “danno da morte”, infatti, non è pacificamente accettata nemmeno dalla dottrina, essendovi un cospicuo numero di studiosi che ne confutano l'applicabilità in concreto. Questi, muovendo dalla tesi secondo cui il soggetto leso sia lo stesso deceduto e il titolo sia personale, ritengono che tale diritto non sia trasmissibile all'erede: mancherebbe un soggetto legittimato a chiederne ristoro³³.

Secondo l’opinione di una piccola fetta di studiosi, il danno tanatologico costituirebbe una figura di danno speciale che, eventualmente, si dovrà aggiungere a quelle già consolidate di danno morale, esistenziale e biologico. I sostenitori di questa tesi

completa di tale tipologia di danno. Attraverso l'esame delle pronunce di legittimità e di merito viene approfondito, anche alla luce della dottrina più autorevole, ogni aspetto del danno biologico, dalla prova alla misurazione delle lesioni, fino alla fase della liquidazione. In particolare, viene analizzato il rapporto tra danno biologico e altre tipologie di danno non patrimoniale (danno esistenziale, morale, alla vita di relazione, alla sfera sessuale, estetico, differenziale, psichico, da lesione del rapporto parentale, tanatologico, ecc.). L'ultima parte della trattazione è dedicata all'esame della casistica dei più frequenti illeciti produttivi di danno biologico, tra cui: gli incidenti stradali, gli infortuni sul lavoro ed in ambito sportivo, le immissioni, il mobbing, il bossing, il demansionamento, le vaccinazioni, il contagio, la malpractice medica, l'ingiusta detenzione ed il danno da fumo.

³¹ Ove fosse apprezzabile il tempo fra lesione e decesso si tratterebbe di *lesione aggravata da morte*.

³² Curioso un caso in cui la Corte Suprema non ha riconosciuto il danno morale per la perdita di un fratello naturale che non si sapeva di avere. La Cass. Civ., sez. III, nella sentenza 23917/2013, ha rigettato la richiesta di risarcimento del danno parentale avanzata dai fratelli naturali di un giovane, vittima di un incidente stradale, in quanto dalla sentenza impugnata, è emerso che “tra i fratelli in questione non vi è mai stato alcun rapporto, non solo affettivo ma anzitutto sociale. Manca in particolare la prova oltre che di una qualche frequentazione, tra (...) ed il fratello poi defunto, finanche di una loro conoscenza. La morte del fratello fu dunque morte di uno sconosciuto, ed il danno che si lamenta assume, in questa prospettiva, dimensione virtuale e non reale”. Ciò era già stato ribadito dalla stessa Corte in un’altra circostanza, con la sentenza n. 1410/2011, in occasione della quale non veniva accolta la richiesta di risarcimento danni in favore del concepito, in quanto “il solo concepimento e la mancata esistenza in vita della congiunta al momento del fatto esclude l’esistenza di un vincolo familiare idoneo a configurare il danno parentale del quale la giurisprudenza ammette il risarcimento”.

³³ Vedi Costanzo, Il danno biologico da morte tra diritto all’integrità psicofisica e diritto alla vita, 1997.

Tali studiosi ammettono la possibilità dell'insorgere di un danno tanatologico nel caso di un apprezzabile intervallo temporale fra l'evento causale e la conseguente morte: in questo caso un erede potrebbe richiederne soddisfazione in quanto cagionatosi perdurando immutata la capacità giuridica del deceduto. Ma, essendo presupposto del danno da morte l'immediatezza del decesso a seguito della lesione, ed essendo dunque perduta la capacità giuridica del deceduto istantaneamente (ragione della non trasmissibilità di eventuali diritti), il decesso nega al deceduto la capacità di esercitare quel diritto che nell'istante della morte egli tuttavia possiede. Peraltro, dato il carattere specialissimo e personalissimo della vita, non sarebbe mai possibile un risarcimento in forma specifica, né sarebbe possibile prevederne uno in forma equivalente, dato che a morire è l'unico potenziale fruitore di una utilità eventualmente equivalente alla vita. Siamo nell’ambito di responsabilità aquiliana, il cui presupposto è alternativamente la riparazione del danno o la soddisfazione del danneggiato, ed entrambe allo stato attuale non sono ragionevolmente ipotizzabili in materia di morte.

minoritaria ritengono che, poiché l'ordinamento giuridico tutela il diritto alla vita, la sua violazione debba comportare soddisfazione risarcitoria ex. 2059 cod. civ. Tale danno si configurerebbe dal combinato dell'art. 2 Cost., della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali (1950) le quali disposizioni, tutte e tre a tutela del diritto alla vita, impongono un risarcimento qualora il diritto alla salute venga menomato, ovvero in caso di morte. Secondo tale filone di pensiero, la vita è presupposto della salute, e viceversa: non si verificano trattamenti uguali per fattispecie differenti ³⁴.

Nella sentenza in rassegna il danno "da morte" viene riconosciuto e indennizzato ai parenti della *de cuius* i quali, soffrendo a causa della perdita della persona cara, hanno agito in giudizio iure hereditario. La paziente aveva infatti subito un secondo intervento il 9.12.2008, a seguito di complicanze insorte durante la IV giornata post-operatoria, rivelatosi letale in quanto produttivo in un primo momento di un'elevatissima invalidità permanente, e quattro anni dopo determinante per il decesso (avvenuto in data 5.3.2012).

7. Risarcimento danni patrimoniali ed extra-patrimoniali prodotti alla vittima e cd. personalizzazione del danno

La prima differenza tra danno patrimoniale e non patrimoniale si ha con l'articolo 185³⁵ del codice penale del 1930: già all'epoca si avvertiva la necessità di tenerli distinti. In seguito venne scritto l'articolo 2059 del codice civile (emanato nel 1942), dov'è il legislatore a qualificare il danno come patrimoniale o non.

Per danno patrimoniale s'intende la conseguenza pregiudizievole, suscettibile di misurazione economica in termini oggettivi, derivata al patrimonio del soggetto danneggiato dalla lesione di un interesse (di natura patrimoniale o meno) riguardante i suoi beni.

Per il risarcimento del danno patrimoniale si distinguono due voci: il danno emergente e il lucro cessante (secondo un'opinione ricorrente, corrisponderebbero a danno presente e futuro). Il primo consiste nella perdita che ha subito il patrimonio del creditore per l'inesatta, mancata o ritardata prestazione del debitore. Nella sentenza in rassegna, il giudice non ha riconosciuto il risarcimento del danno emergente a causa della mancanza

³⁴ Alla critica sulla mancanza di soggetti legittimati al risarcimento questo secondo filone minoritario risponde che se ciò fosse vero si dovrebbe negare titolarità anche per i casi di danno biologico gestiti *jure haereditatis*, dato che anche il danno biologico è un danno personale "patrimonializzato" e dunque avviato a successione ereditaria. Una coerente interpretazione dell'illecito aquiliano vorrebbe che la sua funzione riparatoria-satisfattoria, negata a proposito della succedibilità di un danno di morte, vada negata anche per la succedibilità di danno biologico, mentre così non avviene in prassi ed anzi la giurisprudenza è assolutamente concorde nel riconoscimento del risarcimento agli eredi, essendone la trasmissione successoria di un diritto patrimoniale già maturato e non di un diritto personale. Tali studiosi negano inoltre l'eccezione proposta dal filone maggioritario concernente il fatto che la configurabilità del danno sarebbe negata dall'istantanea susseguenza di lesione e decesso poiché non si avrebbe il tempo di far maturare l'eventuale diritto. In termini paradossali, ove non fosse risarcito il danno da morte nell'ipotesi di morte istantanea, ma solo in cui vi sia un apprezzabile intervallo di tempo, si avrebbe come risultato il risarcimento del danno da lesione aggravata da morte, mentre non verrebbe risarcito il danno da lesione causante "morte immediata e diretta". Cioè, si sanzionerebbe una fattispecie meno grave lasciando senza sanzioni una fattispecie più grave!

³⁵ Rubricato "Restituzioni e risarcimento del danno": co.2 <<Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui>>.

di prova; la domanda attorea relativa alle spese di degenza, sopportate per l'acquisto di una carrozzina, per trasporti in ambulanza e fisioterapia post-operazione, non viene accolta e neppure vengono corrisposti i costi sostenuti per albergo e appartamento in affitto dei familiari, allegati con generiche voci di "presidi ed assistenza", in assenza di specifica documentazione. D'altro canto, viene accolto il danno emergente futuro, a fronte del pagamento delle spese per cure mediche, medicine e adattamento dell'abitazione alle condizioni della vittima e allestimento "*una tantum*" del presidio medico.

Il cd. lucro cessante non è altro che la cd. "perdita di chance lavorativa" subita dalla vittima. Si riferisce ad una situazione futura, guardando alla ricchezza che il creditore non ha conseguito in seguito al mancato utilizzo della prestazione dovuta dal debitore. Trattandosi di evento futuro e solo prevedibile, al fine di ottenerne il risarcimento sarà necessaria una ragionevole certezza circa il suo accadimento. La signora ricopriva infatti una qualifica altamente specialistica e, a seguito dell'invalidità permanente, non potrà più esercitare tale ruolo lavorativo. In forza di ciò, il giudice ha disposto d'ufficio la costituzione di una rendita vitalizia (art. 1872 cod. civ.), che l'ente ospedaliero è tenuto a pagare per tutta la durata della vita del beneficiario, ai sensi del 2057 c.c.

Passando ad analizzare il risarcimento del danno non patrimoniale prodotto alla vittima, questo risulta piuttosto variabile da una situazione all'altra. La giurisprudenza per semplificarne il calcolo e renderlo obiettivo in modo da rispettare l'esigenza d'uguaglianza sostanziale ha dettato alcuni criteri quali l'età, la parte del corpo colpita da invalidità, la gravità della lesione. Sono state altresì elaborate delle tabelle che, combinando i vari criteri tra loro, elaborano il calcolo del danno. Pleonastico sottolineare che, se la colpa è lieve, il danno non sia necessariamente bagatellare, ben potendo essere grave o gravissimo.

Per quanto concerne la personalizzazione del danno non patrimoniale, un pregiudizio ulteriore può esser riconosciuto e risarcito alla vittima qualora questa dimostri o si presuma che abbia subito un danno maggiore rispetto alle persone della stessa età e sulle quali grava il medesimo grado d'invalidità³⁶. Nel caso di specie, il Tribunale ha giustamente riconosciuto tale ulteriore danno, discostandosi da quella che è la regola generale secondo cui la vittima deve dimostrare di aver subito tale pregiudizio; ha disposto d'ufficio la liquidazione di una somma di denaro a ragione del fatto che le lesioni di elevatissima gravità sono sufficienti a dimostrare il totale sconvolgimento della vita di relazione e la soppressione dell'attività professionale. In più, il giudice ha deciso di corrispondere alla danneggiata un risarcimento "abbondante", che non tenga

³⁶ L'osservatorio milanese, al fine di individuare i valori monetari per la personalizzazione del danno, ha fatto riferimento all'andamento dei precedenti degli uffici giudiziari di Milano, ed ha individuato una tabella di valori "medi", corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini "standardizzabili" in quanto frequentemente ricorrenti (sia quanto agli aspetti anatomico-funzionali, sia quanto agli aspetti relazionali, sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva) con percentuali di aumento da utilizzarsi allorché il caso concreto presenti: «peculiarità che vengano allegate e provate (anche in via presuntiva) dal danneggiato, in particolare: sia quanto agli aspetti anatomico-funzionali e relazionali (ad es. lavoratore soggetto a maggior sforzo fisico senza conseguenze patrimoniali; lesione al "dito del pianista dilettante"), sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva (ad es. dolore al trigemino; specifica penosità delle modalità del fatto lesivo), ferma restando, ovviamente, la possibilità che il giudice moduli la liquidazione oltre i valori massimi in relazione a fattispecie del tutto eccezionali rispetto alla casistica comune degli illeciti». www.cedam.com

conto delle soluzioni date da altri Tribunali in situazioni precedenti e simili a quella per cui è competente a decidere.

8. Risarcimento del danno parentale ai prossimi congiunti, rispettivamente al fratello, alla madre e al cognato costituitosi in luogo della sorella della vittima: iure proprio o haereditatis? Le “vincenti” tabelle milanesi

I prossimi congiunti della vittima di un illecito altrui subiscono un pregiudizio non patrimoniale. Nel caso di specie la paziente, a seguito di un intervento chirurgico che si è rivelato decisivo al verificarsi dell'evento, è deceduta. La perdita della vita di un soggetto è tradizionalmente considerata fonte di danno per una serie di persone legate al primo da vincoli parentali ed affettivi tanto che, a seguito della morte della signora, si è verificato uno sconvolgimento delle normali abitudini dei superstiti, che ha portato al compimento di scelte di vita completamente diverse.

Alcune limitazioni al riconoscimento del danno parentale sono state poste dalla giurisprudenza per contenere i risarcimenti dovuti dal responsabile civile: un'eccessiva apertura potrebbe causare un impatto socio-economico che finirebbe per ripercuotersi sui premi assicurativi. Tuttavia, tenuto conto che una limitazione aprioristica appare ingiustificata sotto il profilo della tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione all'articolo 2, appare più equilibrato non porre alcun limite alla prova del danno, ma piuttosto equilibrare i risarcimenti, in punto di *quantum*, operando differenziazioni tra i danneggiati a seconda del grado di parentela.

Si parla di “danno di rimbalzo”³⁷ subito dai congiunti, per la cui liquidazione vengono utilizzate stime indicate nell'ultima pagina delle tabelle milanesi sul danno biologico³⁸; elaborate dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano, tali tabelle costituiscono il criterio più utilizzato per il risarcimento del danno non patrimoniale e quello ulteriore alla persona. La novità sostanziale contenuta in queste è la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute³⁹. Ai prossimi congiunti del soggetto che ha subito un

³⁷ È invece riconoscibile e risarcibile il danno tanatologico “iure proprio” alla vittima stessa? La Corte Costituzionale 372/1994 ha statuito di no. <<Un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte>>: è impedito quindi che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita.

In senso conforme, 10 anni dopo la Cass. Civ., sez. III, 1361/2014, la cui massima è: <<il diritto al risarcimento del danno da perdita della vita, in quanto eccezionale ipotesi di danno evento, si acquista dal momento in cui si verifica la lesione mortale, allorquando la vittima è ancora in vita>>. In Le banche dati del Foro Italiano, edizione Aprile 2015.

³⁸ Nell'ultima pagina delle tabelle, sono indicati i valori di liquidazione a titolo di danno non patrimoniale per la morte del congiunto, rivalutati al 2014.

³⁹ I nuovi criteri adottati costituiscono una risposta alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n.26972, www.personaedanno.it) le quali hanno affermato che il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica costituisce una categoria unitaria non suscettibile di suddivisione in sottocategorie.

L'Osservatorio milanese, quindi, ha proposto una liquidazione congiunta: “del danno non patrimoniale conseguente a lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale”, sia nei suoi risvolti anatomico-funzionali che relazionali medi ovvero peculiari, e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di “dolore”, “sofferenza soggettiva”, in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione, vale a dire la liquidazione congiunta dei pregiudizi in passato liquidati a titolo di: c.d. danno biologico “standard” e c.d. personalizzazione – per particolari condizioni soggettive — e danno biologico c.d. morale».

danno biologico viene risarcito il cd. “danno da perdita del rapporto parentale”⁴⁰ a titolo di danno morale. Nella sentenza in esame, è quello che i parenti della vittima subiscono a seguito del suo decesso, avvenuto quattro anni dopo quale conseguenza del secondo intervento medico subito.

Il terzo comma dell’articolo 3 della L.189/2012 (Decreto Balduzzi) s’inserisce nell’attuale processo normativo d’uniformazione e standardizzazione degli importi dei risarcimenti per danni fisici, prevedendo che l’entità del danno biologico, conseguente ad attività dell’esercente la professione sanitaria, venga determinato attraverso il rinvio alle tabelle delle menomazioni dell’integrità psico-fisica di cui agli articoli 138 e 139 del Codice delle assicurazioni private, tabelle che ora dovranno esser integrate per tener conto delle fattispecie afferenti all’attività sanitaria. Essendo il reddito medio difficile da calcolare, la giurisprudenza aveva stabilito un criterio per ottenerlo, ovvero moltiplicando il reddito medio nazionale sulla base del minimo del danno patrimoniale, calcolando il triplo della pensione sociale per il coefficiente di capitalizzazione per la percentuale d’invalidità. Tale calcolo è poi stato considerato scorretto, in quanto vincolato al criterio patrimoniale per stimare una perdita che non ha niente a che vedere con il patrimonio. Nel 1979, è stato re-introdotto il criterio del punto d’invalidità, tutt’ora vigente. Sono state prese in esame numerose sentenze e si è calcolato quanto i vari giudici liquidavano per un punto d’invalidità, costruendone una media. Man mano che aumenta l’età della persona, il valore del punto decresce: ciò in considerazione del maggior sofferenza che prova, ad esempio, un ragazzo rispetto ad un anziano. Tale punto cresce in relazione all’aumento della lesione (è piuttosto diversa una situazione d’invalidità ad es. equivalente al 10% rispetto a quella di un soggetto la cui invalidità è pari a 70%); ulteriore differenza si osserva in ragione del sesso. Anche il valore del punto d’invalidità variava: ad esempio, la tabella adottata dalla città di Milano prevedeva un criterio diverso rispetto a quella del triveneto. In ragione di ciò, si era creato una sorta di *forum shopping*: la tendenza, cioè, a recarsi presso il tribunale che riconosce più punti d’invalidità rispetto agli altri, nella sede giudiziaria più “generosa” nel monetizzare il danno non patrimoniale. Questo problema, come si è detto in dottrina, è stato poi risolto: oggi tutti i Tribunali sono tenuti a seguire le tabelle milanesi, al fine di garantire un equo trattamento risarcitorio.

9. Conclusioni

A mio parere la sentenza in esame appare piuttosto complessa in quanto ricca di questioni da affrontare, in merito sia all’*an* che al *quantum* dei numerosi risarcimenti pretesi. Il percorso logico adottato dalla giudice risulta, nel complesso, lineare; infatti, per risolvere la maggior parte delle questioni, il Tribunale ha preso come modello e seguito quasi sempre gli orientamenti di Cassazione più autorevoli degli ultimi anni.

I risarcimenti riconosciuti alla vittima sono parsi, a mio avviso, ampiamente congrui, anche per via della tassatività nell’escludere misure indennizzatorie in mancanza di allegazione di prova da parte del soggetto sul quale gravava l’onere. Tuttavia, in tre

⁴⁰ L’Osservatorio ha indicato i criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale (aggiornati nel 2011) secondo il seguente schema:

- a favore di ciascun genitore per la morte di un figlio € 154.350,00 € 308.700,00 - a favore del figlio per la morte di un genitore € 154.350,00 € 308.700,00 - a favore del coniuge (non separato) o del convivente sopravvissuto € 154.350,00 € 308.700,00 - a favore del fratello per la morte di un fratello € 22.340,00 € 134.040,00 - a favore del nonno per la morte di un nipote € 22.340,00 € 134.040,00

occasioni il giudice si è discostato dal risarcimento precostituito da criteri specifici ai quali doveva attenersi, precisamente: 1. nel liquidare la personalizzazione del danno, 2. il danno parentale da corrispondere al fratello della *de cuius*, oltre che nel caso di 3. danno da perdita di *chance* lavorativa, per il quale non ha distinto tra età lavorativa e pensionabile proprio in ragione del fatto che la prematura cessazione del versamento dei contributi è conseguenza immediata e diretta del danno subito dalla struttura sanitaria, e quindi dev'esser sostenuto dal convenuto. Merita osservazione il fatto che il Tribunale ha forse penalizzato in maniera eccessiva la struttura convenuta, non avendo accolto quasi alcuna difesa di questa, ma al contrario ritenendola responsabile per i danni arrecati nella quasi totalità dei casi (l'importo complessivo che dovrà corrispondere alla vittima è di 1.423.365,85 euro, oltre agli interessi legali).

Infine, resta da affrontare il problema che sorge rispetto all'*an* del risarcimento ai parenti "non prossimi" (nonni, nipoti, genero e nuora). Le vicende umane, soprattutto nei rapporti familiari, sono talmente variegate ed i rapporti affettivi e sentimentali così complessi che non si può sostenere che il connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela sia esclusivamente fondato sul requisito della coabitazione ⁴¹. A mio parere personale, non può escludersi la sussistenza del danno morale o biologico psichico riflesso in capo ad un parente secondario: affronterei semmai la questione in termini di onere della prova. Se la prova del danno riflesso in capo ai congiunti stretti può acquisirsi anche mediante presunzioni e secondo il principio del "*id quod plerumque accidit*", in presenza di un rapporto di grado inferiore, il parente o l'affine che reclama il risarcimento del danno dev'essere tenuto a dare la prova (mediante testimonianze o produzioni di documenti scritti) di aver avuto particolare intimità col danneggiato primario e di aver patito conseguenze morali o psichiche a causa dell'evento dannoso. D'altra parte, ritengo che non si dovrebbe nemmeno limitare i casi di risarcimento alla mera ipotesi di convivenza tra i congiunti, senza effettuare un'ulteriore indagine sull'effettività di un rapporto "stretto". Una volta comprovata la sussistenza del danno biologico, occorre precisare che il suo risarcimento -attribuibile ai superstiti *iure proprio o hereditario*- non comporta alcuna duplicazione risarcitoria. Trattandosi del medesimo danno, questo va riparato una sola volta secondo le modalità prospettate dal giudice di merito, nell'apprezzare la qualità dell'azione proposta dai familiari della persona deceduta in conseguenza dell'illecito altrui. Il Tribunale competente per la causa in esame ha stabilito che i familiari avessero diritto a ricevere *iure successionis* il risarcimento del danno biologico maturato in capo al defunto. Nel caso specifico del cognato della vittima (parente non prossimo), che ha agito in giudizio in qualità di erede della sorella di quest'ultima, la struttura è tenuta a risarcire 20.000,00 euro, nonostante mancasse il requisito della convivenza e la sorella fosse deceduta solo 10 mesi dopo i fatti per cui è causa.

Il tema della responsabilità professionale medica è davvero molto vasto: spesso i casi che si prospettano nel concreto portano a conclusioni tra loro distinte e talvolta

⁴¹ A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi del nipote "*ex filio*" della persona deceduta per colpa altrui: può esigere dal responsabile il risarcimento del danno non patrimoniale patito per la morte dell'avo? La risposta, stando al consolidato orientamento della giurisprudenza, sarebbe positiva solamente nel caso in cui vi fosse stata convivenza. Una così rigida interpretazione, a mio avviso, appare ingiusta rispetto a quei casi in cui un forte legame affettivo abbia contraddistinto il rapporto tra vittima dell'illecito e parente non convivente. Nel caso in cui i nonni abbiano di fatto allevato i nipoti, l'intimità che s'è venuta a creare tra loro è di rilievo tale da poter prescindere dal requisito della co-abitazione.

contraddittorie. È davvero difficile per un giudice cimentarsi in casi simili, per il fatto che entrano in gioco valori costituzionali da proteggere nella misura più ampia possibile, quali il diritto alla salute e alla vita, in relazione all'eventuale prodursi di conseguenze negative, quali la morte della persona, che a sua volta comporta la sofferenza dei parenti e, più in generale, sconvolgimenti nel nucleo familiare.

IL CHIRURGO ACCONDISCENDENTE: LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER ERRONEO INSERIMENTO DI PROTESI ALL'ANCA

di Lara Piasere

IL CASO

Il sig. L.D. a seguito di un incidente stradale riporta la necrosi della testa del femore destro, come gli viene diagnosticato all'ospedale Giannuzzi di Manduria dove gli viene consigliato di sottoporsi a un intervento chirurgico di protesi dell'anca. Il Sig. L.D., non volendosi operare, si rivolge al Dott. U. operante nella Casa di Cura San Camillo di Taranto che gli applica (previo pagamento in nero) un fissatore esterno tra bacino e femore con diastasi articolare.

Pochi giorni dopo l'intervento, si verifica il cedimento spontaneo della gamba. Il Sig. L.D. viene ricoverato all'Ospedale Giannuzzi, dove gli viene diagnosticata la frattura scomposta della dialisi femorale la quale viene trattata chirurgicamente. Il primario, in questa occasione, lo informa del fatto che la frattura scomposta è stata causata dall'intervento eseguito dal Dott. U.

Successivamente agli interventi il Sig. L.D. accusa dolori e algie funzionali all'arto inferiore destro che comportano un grave pregiudizio della capacità di deambulare e la perdita della capacità lavorativa specifica, oltre a un grave disturbo da stress post-traumatico caratterizzato da insonnie e attacchi di panico.

Il Sig. L.D. chiede il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti alla Casa di Cura San Camillo e al Dott. U., oltre che al rimborso della spese mediche e legali.

Il dott. U. e la Casa di Cura ribattono sostenendo che l'intervento dell'applicazione del fissatore esterno è stato eseguito su specifica domanda del paziente il quale si è rifiutato di sottoporsi ad artroprotesi. Inoltre dichiarano la perfetta riuscita dell'intervento, affermando che la frattura scomposta della dialisi femorale è stata causata dall'imprudenza del paziente, il quale sarebbe caduto dopo essersi recato su degli scogli, nonostante le molte raccomandazioni impartite dal Dott. U.

Si afferma la fondatezza della domanda attrice. La decisione del giudice si basa sul principio causalistico del "più probabile che non" ovvero il comportamento commissivo o omissivo del singolo sanitario o della struttura deve aver causato il danno con un grado di efficienza causale così alto da rendere più che possibile l'esclusione di altri fattori.

Nel caso di specie il giudice fa riferimento, per una migliore analisi dei fatti, alla esaustiva valutazione compiuta dal consulente tecnico d'ufficio, il quale ha sostenuto che l'intervento del dottor U. sia stato una scelta errata e da essa sia derivata una maggiore fragilità ossea che ha causato la frattura scomposta.

A sostegno ulteriore della responsabilità del medico, il CTU osserva che l'aver effettuato l'intervento per disperata richiesta del paziente non giustifica il medico, dato che tale condotta "contrasta con l'etica professionale che prescrive di effettuare l'intervento di elezione, senza nuocere alla salute del malato, e non accondiscendere alla volontà del paziente".

Inoltre si afferma che il presunto concorso di colpa dell'attore, ex art. 1227 c.c. , dichiarato dalle parti convenute, avrebbe dovuto essere sostenuto da prove dove si

dimostrava che l'imprudenza del paziente fosse l'unica causa ad aver provocato l'evento lesivo. Il CTU ha invece accertato che in ogni caso l'intervento di affissione della FEA aveva prodotto l'irrimediabile fragilità ossea che inevitabilmente, presto o tardi, avrebbe portato a ripercussioni dannose.

Per questi motivi si condannano le parti convenute al pagamento del danno biologico e morale, nonché delle spese mediche e legali sostenute dal paziente.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Taranto terza sezione civile in composizione monocratica in persona del Presidente dott. Pietro Genoviva, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 2295/2012 r.g. , riservata per la decisione all'udienza di p.c. del 17.10.2014

TRA

L.D. , ammesso al patrocinio a carico dello Stato e rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Brunetti, giusta procura a margine dell'atto di citazione

ATTORE

E

Casa di Cura San Camillo S.r.l., in persona del legale rappresentante, difesa dall'avv. Lucia Sardone, giusta procura a margine della comparsa di costituzione

CONVENUTA

NONCHE'

M.A.M., U.S. e U.P. quali eredi del dott. W.U., rappresentati e difesi dagli avv. Luigi Nilo e Gianpiero Ramirez giusta mandato, a margine della comparsa di costituzione

E

Assicurazioni Generali spa e AXA Assicurazioni spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Pasquale La Pesa del Foro di Bari ed Ugo Vettor, giusta mandato a margine delle comparse di costituzione in atti Società Cattolica di Assicurazione coop a rl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Vito Rizzi, giusta mandato in calce alla copia notificata della chiamata in causa

CHIAMATE IN CAUSA

Milano Assicurazioni spa Faro Assicurazioni spa in l.c.a.

CHIAMATE IN CAUSA CONTUMACI

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione datato 21.2.2012, il sig. L.D. conveniva in giudizio la Casa di Cura. San Camillo S.r.l. ed il dott. W.U., esponendo che :

- a seguito di incidente stradale del 24.12.2009, in cui aveva riportato vari traumi, compresa la contusione della coscia destra, era stato più volte ricoverato presso l'Ospedale Giannuzzi di Manduria, ove gli avevano diagnosticato in data 16.3.2010 la

necrosi della testa del femore destro, consigliando un intervento chirurgico di protesi dell'anca ;

- non volendo sottoporsi a tale intervento radicale, si era rivolto al dott. U., che dopo averlo visitato e ricoverato presso la Casa di Cura San Camillo di Taranto, previo pagamento "in nero" della somma di E 6.000,00, gli aveva chirurgicamente applicato in data 21.5.2010 un fissatore esterno tra bacino e femore con diastasi articolare, che veniva poi rimosso il successivo 23.6.2010 ;

- il 9.7.2010, nel punto in cui era stato applicato il fissatore, si verificava un cedimento spontaneo della gamba ; ricoverato presso l'Ospedale Giannuzzi gli veniva diagnosticata la frattura scomposta della dialisi femorale, trattata chirurgicamente con infissione di chiodo T2 ; in tale occasione gli veniva riferito dal primario che la frattura era stata causata dall'errato intervento chirurgico eseguito dal dott. U. ;

- in seguito accusava algie e disturbi funzionali a carico dell'arto inferiore destro, con conseguente grave compromissione della capacità di deambulare e perdita di capacità lavorativa specifica; accusava anche grave disturbo da stress acuto post-traumatico .

Tutto ciò premesso, l'attore chiedeva alla Casa di Cura San Camillo ed al dott. U., il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patiti a causa dell'errato intervento chirurgico cui era stato incautamente sottoposto, da quantificarsi a mezzo di CTU, oltre al rimborso delle spese mediche sopportate e di quelle di lite.

Si costituiva tempestivamente in giudizio la Casa di Cura, che contrastava la tesi dell'attore, sostenendo che l'intervento chirurgico era stato eseguito su sua specifica richiesta, rifiutandosi lo stesso di sottoporsi ad artroprotesi; che l'intervento chirurgico del dott. U. era perfettamente riuscito e che la successiva frattura era stata determinata esclusivamente dall'imprudenza del paziente, che non si era attenuto alle tassative prescrizioni di riposo assoluto, recandosi addirittura sugli scogli, ove era caduto, come aveva riferito allo stesso dott. U. ; in subordine chiedeva di poter chiamare in causa a garanzia il pool di imprese assicuratrici con cui aveva stipulato apposita polizza.

Mentre la Milano Assicurazioni spa e la Faro Assicurazioni spa (quest'ultima nelle more sottoposta a LCA) rimanevano contumaci, si costituivano in giudizio le Assicurazioni Generali spa e 1' AXA Assicurazioni spa, eccependo la nullità per indeterminatezza dell'atto di citazione e di quello di chiamata in causa e nel merito chiedendo il rigetto della domanda risarcitoria formulata dall'attore ovvero, quanto meno, la limitazione della manleva a quanto strettamente previsto in polizza, soprattutto relativamente alla ripartizione pro-quota del rischio assicurato .

Si costituivano altresì in giudizio gli eredi del dott. U., a seguito del decesso dello stesso, chiedendo anch'essi il rigetto della domanda attrice e, in subordine, la manleva da parte della Cattolica, che assicurava il proprio dante causa e che pure si costituiva in giudizio, instando per il rigetto della domanda principale.

La causa, dopo essere stata istruita a mezzo di ampia produzione documentale, interrogatorio formale dell'attore, prova testimoniale e CTU medico-legale a cura del dott. E.F., veniva quindi riservata per la decisione all'udienza di p.c. del 17.10.2014, con la concessione degli ordinari termini per scritti conclusivi. Vanno, preliminarmente rigettate le eccezioni di nullità per indeterminatezza dell'atto di citazione e di quello di chiamata in causa, in quanto i menzionati atti contengono, il primo a mezzo di diffusa esposizione dei fatti di causa e delle ragioni dell' invocato risarcimento per colpa medica, i secondi mediante richiamo espresso alla domanda attrice, gli elementi

essenziali del *petitum* e della causa petendi, tali da consentire ai soggetti citati in giudizio di approntare compiutamente le proprie difese, come in effetti è avvenuto . Nel merito, va rilevato che la domanda attrice è fondata e va pertanto accolta per quanto di ragione.

La Cassazione, in tema di responsabilità medica ed in particolare del relativo nesso causale, ha più volte ribadito il principio che in sede civile la causalità va valutata secondo la regola della preponderanza dell'evidenza ovvero "del più probabile che non" (Cass. S.U. nn. 576 e 581 dell' 11.1.2008 ; Cass. 11.5.2009 n. 10741 ; Cass. 8.7.2010 n. 16123 ; Cass 21.7.2011 n 15993 e successive, tutte conformi); per ricollegare quindi un evento lesivo ad un atto medico colposo occorre che sussista tra i due elementi un nesso causale non in termini di certezza ("oltre ogni ragionevole dubbio", come deve avvenire in sede penale) né di mera possibilità , ma di rilevante probabilità, nel senso che il comportamento commissivo o omissivo del singolo sanitario o della struttura deve aver causato il danno lamentato dal paziente con un grado di efficienza causale così alto da rendere più che plausibile l'esclusione di altri fattori concomitanti o addirittura assorbenti.

Quanto alla, ripartizione dell'onere della prova nelle cause di responsabilità medico-sanitaria, è principio ormai pacifico quello secondo cui spetta al paziente dimostrare il danno subito ed il nesso causale tra lo stesso ed il trattamento medico, mentre per andare esenti da responsabilità il sanitario ovvero la struttura in cui lo stesso opera dovranno provare di aver correttamente e diligentemente eseguito la prestazione medica e quindi l'assenza di colpa, imprudenza o imperizia (cfr. Cass. 29.7.2010 n. 17694; Cass. 26.1.2010, n. 1524; Cass. 29.9.2009, n. 20806; Cass 21.7.2011, n. 15993).

La responsabilità concorrente e solidale della casa di cura nella quale il medico non dipendente opera viene generalmente affermata ed argomentata in diritto ai sensi dell'art 1228 cod. civ ed in fatto in base alla stretta interdipendenza sussistente tra prestazione sanitaria e contratto ospedaliero, assumendo la clinica il rischio dell'attività del medico che autorizza ad operare nella sua struttura, traendone un utile (Cass 26.6.2012 n 10616 ; Cass 28.8.2009 n 18805; Cass SU 11,1.2008 n 577 ; Cass SU 1.7.2002 n 9556).

Quanto infine alla incidenza di eventuali concause, umane o naturali, le stesse escludono il nesso causale soltanto se siano state da sole sufficienti a determinare l'evento (Cass. 21.6.2004 n. 11488 ; Cass. 4.11.2003 n. 16525 in tema di responsabilità medica e più in generale Cass. 10.10.2008 n. 25028 in tema di responsabilità civile e corretta interpretazione degli *artt. 40 e 41 cod. pen.*), mentre in presenza di una patologia preesistente o altra concausa naturale, che non sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento lesivo, ma abbia concorso con la condotta colpevole del debitore, deve escludersi la possibilità di ridurre proporzionalmente l'obbligazione risarcitoria dell'autore dell'illecito, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologia di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli ex *art. 1227 c.c.* e non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile: ne consegue che va affermata la responsabilità del sanitario, a meno che questi non dimostri che lo stato patologico preesistente o la concausa naturale siano stati da soli sufficienti a determinare l'evento lesivo (Cass. 28.3.2007 n. 7577 ; Cass. 21.6.2004 n. 11488 ; Cass. 4.11.2003 n. 16525 ; Cass. 16.2.2001 n. 2335 ; contra cfr. l'isolata ed ampiamente criticata in dottrina ed in giurisprudenza Cass. 16.1.2009 n. 975).

Nel caso di specie , per valutare correttamente l'an ed il quantum della pretesa risarcitoria avanzata dall'attore, non può non farsi riferimento all' esauriente, ampiamente motivata ed in conclusione totalmente condivisibile CTU espletata dal dott. E.F. .

Il CTU ha infatti accertato la sussistenza dell'errata ed inopportuna scelta di intervento chirurgico effettuata dal dott. U. durante la degenza dell'attore presso la Casa di Cura San Camillo di Taranto (11-29 maggio 2010) ed il nesso causale tra la stessa e la successiva frattura scomposta della diafisi femorale accertata a carico dell' attore in data 9.7.2010, con conseguenti postumi invalidanti di carattere permanente a carico della funzione deambulatoria : ne è derivato un danno biologico correttamente quantificato dallo stesso CTU nel 13%, una ITT di gg 37 ed una ITP al 75% di gg 50 ed al 25% di ulteriori gg 30 (cfr. CTU p 12).

In particolare il CTU, sulla scorta dell'esame clinico dell'attore e dell'attento studio di tutta la documentazione medica acquisita agli atti, ha accertato che :

- l'attore, coinvolto in un incidente stradale, veniva visitato in data 24.10.2009 presso l'Ospedale Giannuzzi di Manduria, ove gli riscontravano "cervicobrachialgia post-traumatica, contusione emitorace sx e spalla sx, contusione coscia dx" ; successivamente, a mezzo di ulteriori esami effettuati presso la stessa struttura pubblica, gli veniva diagnosticata la "necrosi cefalica testa femorale anca dx con distacco caudalmente di un frammento" e consigliato un intervento chirurgico di protesi d'anca ;
- non volendo il Lia sottoporsi a tale intervento demolitivo, si rivolgeva in data 6.5.2010 al dott. U., che lo ricoverava presso la Casa di Cura San Camillo, ove in data 21.5.2010 lo sottoponeva ad "intervento chirurgico di applicazione fissatore esterno tra bacino e femore con diastasi articolare", dimettendolo il successivo 29.5 ;
- in data 7.6.2010 si ricoverava nuovamente presso la San Camillo, accusando febbre ed eruzione cutanea, e gli veniva diagnosticata la varicella ; in data 23.6.2010, a seguito di ulteriore ricovero, veniva sottoposto ad avulsione del fissatore (FEA) e dimesso il successivo 25.6.2010 con diagnosi di "necrosi testa femorale dx in trattamento";
- in data 8.7.2010 si recava presso l'Ospedale Giannuzzi di Manduria per "spostamento spontaneo della gamba dx in recente trattamento chirurgico con fissatore esterno di pregressa frattura" e gli veniva diagnosticata la "frattura completa scomposta del terzo prossimale della diafisi femore di dx all'altezza del pregresso posizionamento del fissatore esterno"; in data 12.7.2010 veniva operato con infissione di chiodo di T2 e dimesso il 17.7; in data 28.10.10 era sottoposto a "dinamizzazione chiodo endomidollare e rimozione di due viti distali", mentre la vite prossimale gli veniva rimossa in data 28.3.2011 ;
- attualmente l'attore lamenta algie e disturbi funzionali a carico dell'arto inferiore e dell'anca dx oltre ad insonnia ed attacchi di panico, con diagnosi medico-legale conclusiva di "trauma coscia dx per incidente stradale del 24.12.2009, esitato in necrosi post-traumatica testa femorale dx, operata con FEA e successivamente con chiodo endomidollare, poi avulso, per frattura da stress della diafisi femorale" ;
- mentre i postumi riscontrati a carico della coxo-femorale dx sono ricollegabili al trauma subito nell'incidente stradale, "la frattura diafisaria da stress del femore dx ed i suoi successivi esiti sono invece dovuti ad una probabile fragilità ossea conseguente all'intervento di applicazione di FEA del 21.5.2010" , poiché la frattura completa scomposta del terzo prossimale della diafisi femorale dx è avvenuta all'altezza del

pregresso posizionamento di fissatore esterno, come esattamente diagnosticato in data 9.7.2010 presso l' Ospedale di Manduria (cfr. CTU p 9);

- l'intervento di applicazione del FEA eseguito dal dott. U. non risulta citato nella letteratura medico-scientifica come atto chirurgico appropriato nell'ipotesi di necrosi della testa femorale, patologia per cui l'intervento di elezione resta quello di artroprotesi e, in alternativa, in soggetti giovani e con lesione allo stadio iniziale, quello di decompressione con innesti ossei ovvero di artroprotesi biologica; l'innesto di FEA viene citato in letteratura come trattamento idoneo nel caso di fratture pertrocanteriche femorali (cfr. CTU pp. 10-11);

- lo stesso dott. U., nella relazione del 5.10.2010, dichiara di aver eseguito l'intervento "per giustificata disperata richiesta del paziente onde evitare l'applicazione di protesi", ma- come giustamente osserva il CTU- tale dichiarazione "contrasta con l'etica professionale che prescrive di effettuare l'intervento di elezione, senza nuocere alla salute del malato, e non accondiscendere alla volontà del paziente, ignorante della materia medica, con conseguente non emendamento della patologia ma anzi scatenamento di altre patologie (nel caso in oggetto frattura scomposta da stress della diafisi femorale dx)" (cfr. CTU p 10) ;

- in altri termini, secondo il motivato parere del CTU (sul punto assolutamente non contrastato da alcun CTP), il dott. U. in data 21.5.2010 eseguì sul paziente un intervento chirurgico non previsto dall' ars medica, del tutto inappropriato rispetto alla patologia in atto (che non ne poteva quindi trarre alcun giovamento), per di più provocando a carico dell'attore una fragilità ossea che aveva un'evidente efficienza causale nella frattura della diafisi femorale riportata dallo stesso il successivo 9.7.2010, determinata da ulteriore "traumatismo o caduta" / cfr. CTU p 9) ;

- lo stato di malattia, conseguente all'errata pratica medica, ha determinato postumi permanenti nella misura del 13%, con un' ITT di gg 37, un' ITP al 75% di gg 50 ed al 25% di ulteriori gg 30; tali postumi non hanno avuto alcuna incidenza sulla futura capacità lavorativa , mentre i disturbi psicologici di tipo post-traumatico erano già presenti prima dell'intervento del dott. U. e quindi non sono stati influenzati dallo stesso (cfr. CTU pp. 11-12-13).

Tali condivisibili conclusioni non sono state per nulla inficiate dalle osservazioni del CTP di parte attrice, che ha contestato soltanto la percentuale di invalidità permanente e la mancata considerazione dello stress post-traumatico (sul punto cfr. le esaurienti controdeduzioni del dott. F. a p 13 della CTU), mentre dalle altre parti in causa non sono pervenute specifiche contestazioni di natura medico-legale .

Quanto al presunto concorso di colpa da parte dell'attore, sollevato dalla difesa della Casa di Cura specialmente in relazione alla "caduta sugli scogli" che avrebbe determinato la frattura riportata dal Lia in data 9.7.2010, va rilevato che tale "suggestiva" argomentazione difensiva in realtà non coglie nel segno per molteplici motivi.

Innanzitutto va osservato in diritto che l'art 1227 cod. civ assegna rilevanza soltanto al concorso del fatto colposo del creditore, tant'è vero che la costante giurisprudenza riportata in premessa esclude, in tema di responsabilità medica, ogni influenza di fatti accidentali, preesistenti o anche sopravvenuti rispetto all'atto medico incriminato .

Ciò comporta l'ovvia conseguenza che, per aversi concorso causale da parte dell'attore, la parte convenuta avrebbe dovuto dimostrare in modo certo la sussistenza di un

comportamento colposo da parte dello stesso, prova questa che non è stata nella specie fornita .

Anche a voler dare per scontato che l'attore sia "caduto sugli scogli", come dichiara il dott. U. nella sua relazione scritta del 5.10.2010 (che però va assunta con beneficio d'inventario, in quanto evidente difesa postuma per giustificare un intervento inappropriato ed in definitiva inutile e dannoso), non risulta per nulla dimostrato che ciò sia avvenuto per imperizia o negligenza dell'attore (che anzi sostiene di aver preso alla lettera le "prescrizioni" del medico) e non piuttosto per mero fatto accidentale ; in ogni caso il CTU ha accertato che l'intervento di fissazione del FEA aveva determinato una fragilità ossea che prima o poi avrebbe avuto conseguenze dannose (anche in presenza di "minimo traumatismo" come si legge nella CTU a p 9), mentre è pacifico che la frattura sia avvenuta proprio in corrispondenza del pregresso posizionamento del fissatore, che era stato per altro già rimosso in data 23.6.2010 .

Dovendosi infine tradurre le sopra riferite condivisibili conclusioni medico-legali del CTU dott. F. in concreti parametri monetari , validi ai fini risarcitori, occorre rifarsi all'ultima tabella aggiornata al giugno 2014 elaborata dal Tribunale di Milano (dal momento che, anche a seguito della nota pronunzia della Cassazione n 12408 del 7.6.2001, quest'ufficio ha ritenuto, pur con alcuni distinguo, di adeguarsi ai parametri milanesi), così ricavandosi i seguenti importi : E. 36.780,00 per danno biologico al 13% (l'attore, all'epoca del fatto, aveva 25 anni); E 3.552,00 per ITT (diaria congrua E 96,00 X 37 gg) ; E 3.600,00 per ITP al 75% (E 96,00 X 50gg X 75%); E 720,00 per ITP al 25% (E 96,00 X gg 30 : 4), con la precisazione che le tabelle applicate hanno ormai inglobato il c.d. "danno morale" nel punto complesso relativo al danno non patrimoniale ; si perviene così all'importo totale di E 44.652,00, il tutto così stimato all'attualità, ma da maggiorarsi con interessi compensativi al tasso legale, da calcolarsi sulla somma devalutata alla data dell'evento lesivo e da tale momento, trattandosi di debito risarcitorio di valore, il tutto alla luce del noto insegnamento della S. C. .

A tale importo va aggiunto il ristoro delle spese mediche sopportate in conseguenza dell'incriminato atto medico e documentate per E 950,00, con la dovuta maggiorazione per interessi legali compensativi e rivalutazione monetaria, da calcolarsi a partire dai singoli esborsi e sino al soddisfo, trattandosi di debito risarcitorio di valore .

Null'altro può essere riconosciuto all'attore, avendo il CTU giustamente escluso ogni incidenza dell'accertata invalidità sulla capacità lavorativa specifica (tra l'altro nessuna prova è stata a riguardo offerta sul presunto danno patrimoniale patito), mentre lo stress da disturbo post-traumatico era già presente prima dell'intervento del dott. U., come riferito dallo stesso attore in citazione e comprovato dalla certificazione rilasciata in data 7.5.2010 dal Dipartimento di Salute Mentale di Ceglie Messapica .

Quanto infine alla richiesta di ristoro della somma di E 6.000,00, che l'attore assume di aver corrisposto "in nero" al dott. U. prima dell'intervento, tale circostanza, assai dubbia (stante anche la precaria situazione reddituale documentata ai fini dell'ammissione al patrocinio a carico dello Stato), è rimasta del tutto indimostrata, né poteva esserlo a mezzo della vaga e generica capitolazione di prova testimoniale proposta dalla difesa attorea, priva del minimo riscontro obiettivo e quindi chiaramente inammissibile ex art 2721 cod. civ .

In conclusione, i convenuti Casa di Cura San Camillo S.r.l. ed eredi del dott. W.U. vanno condannati in solido tra di loro (pro-quota gli eredi singolarmente considerati) al pagamento in favore dell'attore della somma di E 44.652,00 per danno non patrimoniale

e di quella di E 950,00 per ristoro delle spese mediche sopportate, oltre agli accessori come sopra determinati .

Vanno infine accolte le domanda di manleva formulate dagli eredi del dott. U. nei confronti della Società Cattolica di Assicurazione coop a rl, nonché dalla Casa di Cura San Camillo S.r.l. nei confronti delle Assicurazioni Generali spa, di AXA Ass.ni spa e della Milano Ass.ni spa, mentre va dichiarata inammissibile l'analoga domanda formulata nei confronti di Faro Assicurazioni spa in LCA, ai sensi degli artt. 201 LF e 249 CdA.

Il rapporto assicurativo sottostante alle domande di manleva è comprovato dai documenti di polizza prodotti in atti, con la precisazione che le compagnie che garantiscono la Casa di Cura ne rispondono pro-quota, secondo le rispettive percentuali di rischio assunte e comunque nei limiti delle condizioni di contratto .

Le spese di lite, liquidate come da dispositivo ai valori del decum, secondo la tariffa di cui al *D.M. n. 55 del 2014*, vanno poste in solido a carico dei menzionati convenuti (comprese quelle di CTU, eventualmente anticipate dalla difesa attorea) ed attribuite per E 458,00 in favore dell'Erario, che le ha prenotate a debito, e per il resto in favore dell'avv. Giuseppe Brunetti, che si è dichiarato anticipatario ; vanno invece compensate le spese di lite tra i convenuti e le rispettive assicurazioni, stante il sottostante rapporto di manleva.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del Presidente dott. Pietro Genoviva, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta con atto di citazione datato 21.2.2012 da L.D. nei confronti della Casa di Cura San Camillo S.r.l. e degli eredi del dott. W.U., con la chiamata in garanzia delle assicurazioni indicate in epigrafe, così provvede :

- accoglie per quanto di ragione la domanda attrice e per l'effetto condanna in solido la Casa di Cura San Camillo S.r.l. e gli eredi del dott. W.U., M.A.M., U.S. ed U.P., tra loro responsabili pro-quota, al pagamento in favore di L.D. della somma complessiva di E 44.652,00, così determinata all'attualità e da maggiorarsi con interessi compensativi al tasso legale sulla suddetta somma, devalutata alla data del 9.7.2010 ed a partire da tale momento, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale patito, oltre ad E 950,00 a titolo di danno patrimoniale, somma da maggiorarsi con interessi legali e rivalutazione monetaria ISTAT dalla data dei singoli esborsi per cure mediche e sino al soddisfo ;
- condanna la Società Cattolica di Assicurazione coop a rl a rivalere gli eredi del dott. U. di quanto effettivamente sborsato in dipendenza della presente pronunzia, nei limiti di polizza ;
- condanna le Assicurazioni Generali spa, l'AXA Assicurazioni spa e la Milano Assicurazioni spa a rivalere la Casa di Cura San Camillo S.r.l. di quanto effettivamente sborsato in dipendenza della presente pronunzia, nei limiti di polizza e pro-quota, in misura corrispondente alla percentuale di rischio assunta, sempre come da contratto ;
- dichiara inammissibile la domanda di manleva proposta nei confronti della Faro Assicurazioni spa in LCA ;
- condanna in solido i convenuti Casa di Cura San Camillo S.r.l., M.A.M., U.S. ed U.P. al pagamento in favore dell'Erario delle spese prenotate a debito, pari ad E 458,00, ed in favore dell'attore delle spese di lite, che si liquidano in E 7.254,00 per compensi

professionali, oltre a quanto eventualmente corrisposto al CTU, da maggiorarsi con accessori di legge e con distrazione in favore dell'avv. Giuseppe Brunetti, anticipatario.

Così deciso in Taranto, il 9 gennaio 2015.

Depositata in Cancelleria il 9 gennaio 2015.

TRIBUNALE DI TARANTO, sentenza 9 gennaio 2015; Giud. GENOVIVA; L.D. (avv. BRUNETTI) c. Casa di Cura San Camillo S.r.l. (avv. SARDONE), M.A.M., U.S. e U.P. quali eredi del dott. W.U (avv.ti NILO e RAMIREZ), Assicurazioni Generali spa e AXA Assicurazioni spa (avv.ti LA PESA e VETTOR), Società Cattolica di Assicurazione coop a rl (avv. RIZZI), Milano Assicurazioni spa Faro Assicurazioni spa in l.c.a. contumaci

Responsabilità civile – Responsabilità medica - Ente ospedaliero e medici ausiliari, anche non dipendenti - Errata operazione chirurgica – Esigibilità contrattuale da parte del paziente della corretta esecuzione della prestazione sanitaria - Sussiste (L. n. 189/2012 art. 3, art. 32 Cost.)

Responsabilità civile – Responsabilità medica - Casa di cura e medici ausiliari, anche non dipendenti – Operazione chirurgica errata del medico non dipendente - Responsabilità contrattuale concorrente e solidale della casa di cura – Sussiste (art. 1218 c.c., art. 1228 c.c.)

Responsabilità civile – Responsabilità medica – Casa di cura e medici ausiliari, anche non dipendenti - Concorso di colpa del paziente nella causazione del danno – Diminuzione del *quantum* risarcitorio a carico del medico e della casa di cura - Non sussiste (Art. 1227 c.c., art. 40 e 41 c.p.)

In tema di responsabilità medica per ricollegare un evento lesivo ad un atto medico colposo occorre che sussista tra i due elementi un nesso causale non in termini di certezza ("oltre ogni ragionevole dubbio", come deve avvenire in sede penale) né di mera possibilità , ma di rilevante probabilità, nel senso che il comportamento commissivo o omissivo del singolo sanitario o della struttura deve aver causato il danno lamentato dal paziente con un grado di efficienza causale così alto da rendere più che plausibile l'esclusione di altri fattori concomitanti o addirittura assorbenti; quanto alla ripartizione dell'onere della prova, spetta al paziente dimostrare il danno subito ed il nesso causale tra lo stesso ed il trattamento medico, mentre per andare esenti da responsabilità il sanitario ovvero la struttura in cui lo stesso opera dovranno provare di aver correttamente e diligentemente eseguito la prestazione medica e quindi l'assenza di colpa, imprudenza o imperizia. (1)

La responsabilità concorrente e solidale della casa di cura nella quale il medico non dipendente abbia negligenzemente opera discende dalla stretta interdipendenza sussistente tra prestazione sanitaria e contratto ospedaliero, assumendo la clinica il

rischio dell'attività del medico che autorizza ad operare nella sua struttura, traendone un utile. (2)

Posto che l'art 1227 cod. civ assegna rilevanza soltanto al concorso del fatto colposo del creditore, tant'è vero si esclude, in tema di responsabilità medica, ogni influenza di fatti accidentali, preesistenti o anche sopravvenuti rispetto all'atto medico incriminato, per aversi concorso causale da parte dell'attore, la parte convenuta avrebbe dovuto dimostrare in modo certo la sussistenza di un comportamento colposo da parte dello stesso, prova questa che non è stata nella specie fornita. (3)

(1) La prima massima riguarda la responsabilità medica il cui accertamento prevede l'analisi del nesso causale tra l'azione del medico e il danno subito dal paziente. Nel risolvere la questione il giudice richiama il principio della preponderanza dell'evidenza, ossia la regola del "più probabile che non" : per poter affermare la responsabilità del medico è sufficiente accertare che la sua condotta è stata causa dell'evento con una probabilità di percentuale superiore al 50% più uno, per cui il nesso eziologico si ritiene esistente quando la probabilità del ricorso causale è superiore alla probabilità contraria. E in questo caso il giudice, facendo riferimento ai dati e esami operati dal CTU, ha potuto concludere affermando che l'intervento subito dal paziente ad opera del convenuto dott. U. ha causato la fragilità ossea che ha portato alla frattura scomposta della diafisi femorale. Nella giurisprudenza di legittimità la consacrazione di questo principio è avvenuta con un blocco di sentenze tra gli anni 2007-2008 riguardanti infezioni derivanti dalla trasfusione di plasma e sangue infetto. Una delle sentenze maggiormente ispiratrici di questo principio è la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 576/2008. Trattava di un caso di trasfusione di sangue infetto che aveva causato lo svilupparsi nel paziente di un'infezione da HIV. In questo caso si afferma la responsabilità del Ministro della Salute per non aver posto in essere gli obblighi di controllo e sorveglianza ai quali era tenuto, un'omissione che se non ci fosse stata avrebbe evitato il danno: *"...in tema di responsabilità civile aquiliana - nella quale vige, alla stregua delle regole di cui agli artt. 40 e 41 c.p., il principio dell'equivalenza delle cause temperato da quello della causalità adeguata - il nesso di causalità consiste anche nella regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non"; ne consegue che - sussistendo a carico del Ministero della sanità, anche prima dell'entrata in vigore della legge 4 maggio 1990, n. 107, un obbligo di controllo e di vigilanza in materia di raccolta e distribuzione di sangue umano per uso terapeutico - il giudice, accertata l'omissione di tali attività con riferimento alle cognizioni scientifiche esistenti all'epoca di produzione del preparato, ed accertata l'esistenza di una patologia da virus HIV, HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assuntore di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'insorgenza della malattia e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento..."* (Cass. civ., Sez. Unite, 11/01/2008, n. 576). Altro precedente di legittimità che ha supportato il principio alla base della responsabilità medica del "più probabile che non" è stato un caso di diagnosi errata che ha causato la morte di una bambina di soli tre anni. Il primo e secondo grado di giudizio hanno ritenuto i medici non responsabili, considerando la messa in atto della dovuta diligenza qualificata, e che dunque l'errore diagnostico fosse scusabile date le circostanze del caso. La Corte di Cassazione invece ha affermato,

richiamando il principio della preponderanza dell'evidenza, che l'errore della diagnosi è stato la causa della morte della paziente, sopposta a un intervento non idoneo. “..In questo caso, risulta accertato (lo si è già detto in precedenza) che i professionisti incorsero in errore diagnostico e che quell'errore fu causa della morte della bambina, sottoposta ad anestesia finalizzata ad una inutile (e poi ineseguita) laparotomia esplorativa (l'esame autoptico ha escluso qualsiasi patologia a carico dell'intestino e del peritoneo della paziente). Per converso, può dirsi, dunque, accertato che se i medici avessero compiuto una corretta diagnosi (ossia, avessero individuato l'affezione virale al polmone) è più probabile che la paziente sarebbe sopravvissuta e meno probabile che sarebbe deceduta” (Cass. 8.7.2010 n. 16123). Nella giurisprudenza di legittimità a sostegno di tale principio, Cass. 11.5.2009 n. 10741; Cass. Civ. , sez. III, 9.6.2011, n. 12686, Cass. 17 gennaio 2008, n. 867; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133; Cass. 19 maggio 2006, n. 11755; Cass. 31 maggio 2005, n.110609. In giurisprudenza di merito con riferimento al principio della preponderanza dell'evidenza si veda Trib. Bari Sez. II, Sent., 15-10-2014, Trib. Roma Sez. XIII, Sent., 19-06-2013, Trib. Modena Sez. I, Sent., 29-04-2014, Trib. Roma Sez. II, Sent., 12-09-2013, Trib. Taranto Sez. II, Sent., 09-09-2013; Trib. Bologna Sez. III, Sent., 18-04-2012; Trib. Trieste, 17-06-2010; Trib. Palmi, 11-02 -2006 n.86, Trib. Venezia 10-05-2004.

In dottrina, sull'evoluzione della natura della responsabilità medica, Nicolini, *Resp. civ. e prev.*, fasc.5, 2013, pag. 1729; Rombi, Romano, *Economia comportamentale e responsabilità medica, Danno e Responsabilità*, 2014, 10, 885; Nocco, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, Danno e Resp., 2012, 10, 949; Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, Danno e Resp., 2008, 7, 788. Opere dottrinali più specificamente rivolte al tema della del principio della preponderanza dell'evidenza e del nesso di causalità, Pucella *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione* Danno e Resp., 2008, 1, 43; Paradiso, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, Danno e Resp., 2009, 7, 703; Nocco, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria, un itinerario in perenne evoluzione*, Danno e Resp., 2012, 10, 949. Le critiche in dottrina, Di Marzio, *Terremoto nella giurisprudenza sul nesso di causalità*, nota a Cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, pres. Di Nanni, rel. Travaglino, www.personaedanno.it, Locatelli, *La causalità omissiva e responsabilità omissiva del medico: credibilità razionale o regola “del più probabile che non”?* nota a Cass. n. 21619/2007, Resp. Civ. prev. 2008, 232; Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, Danno e Resp., 2008, 1, 43.

Per quanto riguarda l'onere della prova e la sua ripartizione, nelle cause di responsabilità medico-sanitaria, vige il principio per cui il paziente ha l'onere di provare il danno subito e il nesso di causalità tra lo stesso e l'intervento medico; mentre la struttura e gli operatori sanitari devono provare di aver correttamente e diligentemente eseguito la prestazione, quindi che il fatto è dovuto a cause a loro non imputabili non sussistendo l'elemento soggettivo della colpa (classificabile in imprudenza, negligenza o imperizia). A sostegno di tale impostazione abbiamo svariate sentenze di legittimità, riporto a seguito la massima di una sentenza a mio parere rilevante.

È il caso di un paziente che agisce in giudizio contro il proprio dentista per ottenere il risarcimento del danno provocato da un intervento alla bocca il quale ha causato delle lesioni permanenti di un nervo facciale, con conseguente deformazione della guancia.

“Questa Corte, invero, qualificata come contrattuale la responsabilità del medico nei confronti del paziente per danni derivati dall'esercizio di attività di carattere sanitario [...] Hanno affermato le sezioni unite che, rimasta inadempita una obbligazione, il creditore il quale agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ulteriormente precisandosi, in tale prospettiva, che eguale criterio di riparto deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, posto che allora al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione, ad esempio, di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza), mentre graverà, ancora una volta, sul debitore l'onere di dimostrare il contrario” (Cassazione civile, sez. III, sentenza 21.07.2011 n° 15993).

Altra giurisprudenza di legittimità in merito, Cass. 29.7.2010 n. 17694; Cassazione civile, SS.UU., sentenza 11.01.2008 n° 577; Cass. 26.1.2020, n.1524; Cass. 29.9.2009, n. 20806, Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, SS.UU. 28.07.2005, n. 15781.

La giurisprudenza di merito conforme, Trib. Varese Sez. I, 12-01-2011, Trib. Brindisi Ostuni, 25-11-2010, Trib. Milano Sez. I, Sent., 25-10-2013, Trib. Taranto Sez. II, Sent., 09-09-2013.

In dottrina con riferimento all'onere probatorio a carico del medico, della struttura sanitaria e del paziente danneggiato, si veda Breda, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*, Danno e Resp., 2008, 12, 1265; Bugatti, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell'onere probatorio*, Danno e Resp., 2011, 8 ; 9, 835 ; Barbarisi, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, Danno e Resp., 2012, 4, 401.

(2) La seconda massima riguarda la responsabilità concorrente e solidale della casa di cura dove il dott. U. opera come medico non dipendente. È affermata la responsabilità della Casa di cura ai sensi dell'art. 1228 cod. civ. che tratta della “responsabilità per fatto degli ausiliari”, di cui si avvale il debitore nell'adempimento dell'obbligazione e di cui si assume il rischio per eventuali fatti colposi o dolosi. Ricade sulla struttura una responsabilità di tipo contrattuale in quanto essa assume il rischio dell'attività di persone autorizzate ad operare nella sua interno, ricavandone un utile.

Riporto di seguito la massima di legittimità di una sentenza del 2005 a tal riguardo, “Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario (e ciò, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto) (così Cass. n. 13066 del 2004). In questa prospettiva di inquadramento della fattispecie

di responsabilità si deve ritenere che, configurandosi una responsabilità di tipo contrattuale dell'ente (o della casa di cura), in base alla regola di cui all'art. 1218 cod. civ. il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 cod. civ., cioè una volta riferite al comportamento del medico) essere allegate e provate dal medico”(Cass. civ. Sez. III, 29-09-2005, n. 19145).

In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. n. 11488 del 2004, Cass. civ. Sez. Unite, 11-01-2008, n. 577; Cass. 26.6..2012 n.10616; Cass. civ. Sez. III, Sent., 14-07-2011, n. 15453.

Per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, Trib. Brindisi Ostuni, 25-11-2010, Trib. Milano Sez. V, 22-04-2008, Trib. Roma Sez. XIII, Sent., 30-04-2013, Trib. Salerno, Sent., 28-01-2013, Trib. Prato, Sent., 01-02-2012

Il pensiero dottrinale per quanto riguarda la responsabilità della struttura ospedaliera dove opera il sanitario accusato di *malpractice* è mutato nel tempo fino ad essere stato affermato il cd. contratto di spedalità, ovvero il contratto che si conclude tra struttura e paziente nel momento in cui questi pone in essere l'atto di accettazione presso l'ente ospedaliero. La struttura pertanto risponde ex art. 1228, cioè per i fatti dolosi o colposi nell'adempimento della prestazione sanitaria ad opera dei suoi ausiliari. Sulla natura del contratto ospedaliero, Guerinoni, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, Corriere Giur., 2013, 5 - Allegato 1, 5; Sarra Marco, Di Donna, Massoni, Onofri, Ricci, *La responsabilità professionale nelle infezioni nosocomiali*, Corriere Giur., 2012, 6, 839; Claudio, *Sport dilettantistici, danno alla salute e responsabilità per omessa diagnosi*, Resp. civ., 2011, 10, 683; Miriello, *Questioni attuali in punto di responsabilità medico-sanitaria (parte prima)*, Resp. civ., 2010, 7, 531.

(3) La terza massima individuata nella sentenza in oggetto riguarda l'incidenza di eventuali concause umane o naturali che potrebbero essere tali da escludere la responsabilità medica perché sufficienti ad aver causato il danno. A questo proposito il giudice afferma che le concause escludono il nesso causale solo se sono state da sole sufficienti a causare l'evento lesivo. Affinché si possa allontanare la responsabilità del sanitario è necessario che questi dimostri che le concause umane o naturali siano state da sole determinanti a causare l'evento lesivo.

In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità Cass. civ. Sez. III, Sent., 17-02-2011, n. 3847, Cass. civ. Sez. III, Sent., 21-07-2011, n. 15991, Cass. civ. Sez. III, 14-10-2008, n. 25154, Cass. Sez. 3[^]; n. 12103 del 2000.

La giurisprudenza di merito conforme, Trib. Bologna Sez. III, Sent., 21-10-2013, App. Roma Sez. III, Sent., 14-06-2011, Trib. Bologna Sez. III, 08-10-2010.

Per quanto riguarda la dottrina, si è molto dibattuto sull'argomento dell'incidenza sul danno di concause umane e naturali, sull'evoluzione di pensiero, Zorzit, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione*, Danno e Resp., 2012, 5, 507; Cuomo e Rossetti, *La responsabilità civile e penale del chirurgo nella giurisprudenza di legittimità*, Corte suprema di cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. n. 157, 4/9/2012; Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, Nuova giur. civ., 2012, I, 180; Chiarini, *Il nesso eziologico nella responsabilità medico-sanitaria tra causalità materiale e causalità giuridica. Osservazioni a margine della travagliata evoluzione*

IL COMMENTO

1. La natura della responsabilità medica

La sentenza in esame tratta di un caso di errata operazione chirurgica a discapito del paziente con conseguente richiesta di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali al medico e alla struttura sanitaria dove questi operava.

La qualificazione della natura della prestazione medica è stata per molto tempo mutevole.

Una prima impostazione considerava l'obbligazione professionale medica come obbligazione di mezzi. L'oggetto della prestazione consisteva nella sola adozione del comportamento diligente del sanitario e non nel raggiungimento del risultato (la guarigione del malato). Il paziente danneggiato aveva l'onere di provare che l'esito negativo era stato causato dalla scarsa diligenza del sanitario (art. 1176, comma 2, c.c.), mentre quest'ultimo aveva l'onere di provare che l'insuccesso era dovuto a cause a lui non imputabili.

Una seconda impostazione si fondava sulla distinzione tra obbligazione di facile e di difficile esecuzione. La prima (il cd. Intervento di routine) era trattata come un'obbligazione di risultato, in quanto, se correttamente adempiuta, presentava un rischio minimo di esito infausto. Mentre quando l'intervento, per le sue particolari tecniche, era qualificato di difficile esecuzione, si considerava un'obbligazione di mezzi e in base all'art. 2236 c.c., il medico rispondeva solo per dolo o colpa grave che dovevano essere dimostrati dal paziente¹.

Infine giungiamo all'interpretazione più recente condivisa dal giudice del caso in esame.

Il giudice non si pronuncia sulla natura della responsabilità del medico nei confronti del paziente, il suo orientamento si desume però dall'affermazione sulla ripartizione dell'onere della prova: il paziente-danneggiato deve dimostrare il danno subito e il nesso causale tra lo stesso e la prestazione sanitaria; il medico e la struttura, invece, devono dimostrare di aver correttamente operato e che l'eventuale inesattezza dell'intervento è dovuta a causa a loro non imputabile.

Si giunge quindi a comprendere che il giudice aderisce a una visione della responsabilità del medico nei confronti del paziente di tipo contrattuale.

A tale impostazione è approdata la Corte di Cassazione sul finire degli anni '90 con una pronuncia dove si è abbandonato l'orientamento che considerava di natura extra-contrattuale la responsabilità degli operatori sanitari. Tale sentenza è anche detta del "contratto sociale": *“ Un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché' sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e*

¹ Rombi, Romano, *Economia comportamentale e responsabilità medica*, Danno e Responsabilità, 2014, 10, 885

la violazione di esso si configura come culpa in non facendo, la quale da' origine a responsabilità contrattuale."²

L'obbligazione che sorge tra il medico e il paziente nasce non da un contratto o da un fatto illecito ma da altro fatto: il contratto sociale. Esso scaturisce nel momento in cui il paziente si affida alle cure del medico, proprio questo affidamento fa sorgere in capo al sanitario una serie di obblighi giuridici (obblighi di protezione)³ indipendentemente dalla sussistenza di un contratto in senso stretto.⁴

Tornando alla sentenza in esame, una simile impostazione di pensiero è certamente favorevole al danneggiato, in quanto l'onere della prova a lui spettante non è eccessivamente gravoso, dovendo egli solo far valere il contratto e dimostrare che l'inadempimento della prestazione che è stato idoneo a provocare l'evento dannoso. L'agevolazione concessa all'attore-paziente si ha sotto due aspetti: da un lato, dovendo essere provato il contratto sociale, esso può concludersi in qualsiasi forma e pertanto la sua prova può desumersi anche dal comportamento concludente delle parti; dall'altro lato, si guarda la differenza di situazione del danneggiato in un regime di responsabilità extra-contrattuale, dove egli sarebbe tenuto a provare gli elementi soggettivi di dolo o colpa in capo al medico curante, una prova di difficilissima verifica.

È apprezzabile la decisione del giudice di aderire alla corrente di pensiero che vede la natura della responsabilità medica di carattere contrattuale e non extracontrattuale, in quanto il paziente è la parte naturalmente debole del rapporto, caratterizzato da una prestazione sanitaria che il paziente stesso deve subire. Quindi chi si assume il costo di ipotetici danni è bene sia chi è maggiormente in grado di prevenirli e anche gestirli economicamente attraverso un'assicurazione obbligatoria. Tale pensiero si fonda sul fatto che si tratta di un ambito dove vengono lesi il 'bene vita' e il 'bene salute', beni costituzionalmente rilevanti e perciò suscettibili di una più profonda tutela ad opera dell'ordinamento (art. 32 Cost.).⁵

Riporto la parte della sentenza del 1999 che sottolinea come il modello della responsabilità contrattuale si adatti meglio a tutelare un rapporto dove sono coinvolti valori costituzionali : *"Non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché' questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché' il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vinculum iuris, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale [...] Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica (che è il caso della fattispecie in esame), che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 cost. Invero a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera*

² Cass. Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589.

³ Izzo, *Il contratto che protegge*, <https://didatticaonline.unitn.it>.

⁴ Izzo, *La natura della responsabilità medica*, <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15474>

⁵ Dragone, *Responsabilità medica danni da trasfusione e da contagio*, Milano , Giuffrè, 2007.

*giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel fare nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno)."*⁶

Ulteriore principio alla base del regime probatorio più favorevole al danneggiato è quello della "vicinanza della prova": l'onere di provare cade sulla parte che più facilmente può dimostrare gli elementi di fatto rilevanti al fine della decisione. È infatti più facile dare la prova in positivo di aver adempiuto, piuttosto che dare la prova in negativo che la controparte non ha adempiuto. In questo modo ricade l'intero onere probatorio *"sul soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento"*.⁷

2. La prova del nesso causale tra prestazione medica e evento dannoso

Il giudice della sentenza in esame, per accertare il nesso di causalità tra l'operazione errata del Dott. U. e la frattura scomposta della dialisi femorale, si affida al principio del "più probabile che non".⁸ Questo principio risale a una sentenza della Cassazione del 2007⁹, dove la Suprema Corte ha negato la coincidenza tra causalità civile e casualità penale, basata quest'ultima sul principio che il nesso causale deve essere dimostrato "oltre ogni ragionevole dubbio". In questo modo la causalità civile viene ad essere caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, dove appunto sussiste il principio dell'elevato grado di credenza razionale. La sentenza pone una serie di argomentazioni per spiegare l'affermata differenza dalla causalità penale (come è stata determinata dalla Sentenza Franzese). In primo luogo afferma che da un punto di vista morfologico la disciplina penale pone l'attenzione sull'autore/soggetto responsabile del reato, mentre l'illecito civile ruota attorno alla figura del danneggiato; in secondo luogo sostiene che alla peculiare tipicità del fatto-reato in ambito penale corrisponde il sistema aperto ed atipico dell'illecito civile.¹⁰

Nonostante sia un argomento molto dibattuto e di difficile comprensione, credo che l'adozione di questo principio in sede civile sia da condividere. Ciò che distingue i due ambiti di applicazione è la differenza dei soggetti su cui si concentra l'attenzione del processo. Bisogna tener presente che ciò che qualifica la funzione sociale della responsabilità civile da illecito è il *favor victimae*, quindi la necessità di non lasciare alcun danno senza riparazione; mentre nell'ambito penale vige il diverso principio del *favor rei*, che esige maggiori garanzie nei confronti dell'imputato, in quanto si va a colpire la libertà dello stesso. È proprio dal punto di vista della sanzione che, a mio parere, è opportuno diversificare l'accertamento del nesso causale nei due regimi: la sanzione prevista per l'illecito civile è finalizzata al risarcimento del danno subito dal soggetto portatore dell'interesse tutelato e può essere solo in forma specifica o per equivalente; mentre la sanzione penale può comportare il venir meno della libertà

⁶ Cass. Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589.

⁷ Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

⁸ Cendon, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, Torino: UTET giuridica, 2009.

⁹ Cass. Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

¹⁰ Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, *Danno e Resp.*, 2008, 1, 43.

dell'individuo. Ritengo pertanto che una maggior necessità di certezza in ambito penale sia giustificata in base alle garanzie fondamentali inerenti al processo penale, quali la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa e l'enunciazione del principio in *dubio pro reo*, mentre non lo sia in sede civile.

Un appunto che potrebbe essere fatto al giudice è quello di non aver richiamato nella discussione del caso la questione del danno da perdita di chance. È un modello di danno che trova collocazione sia nell'ambito della responsabilità contrattuale che extra-contrattuale. Nell'ambito contrattuale, tale espressione prevede che il danno da perdita di chance sia risarcibile, essendo conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. Con due sentenze della Cassazione¹¹ si giunse a una più precisa definizione del danno da perdita di chance, il cui riconoscimento era da tempo presente nell'ordinamento francese e dal quale l'Italia ha preso le sue mosse. La chance può essere definita come la concreta ed effettiva occasione di favorire un determinato bene e non una mera aspettativa di fatto. Si tratta di un'entità suscettibile di valutazione economica e quindi risarcibile se riscontrata.¹²

Nel nostro caso l'intervento del Dott. U., laddove fosse stato eseguito correttamente, ovvero nel caso in cui fosse stato eseguita la procedura chirurgica adeguata, avrebbe senz'altro inciso sulla vita del paziente, migliorandone la qualità ed evitando i problemi di inabilità totale e parziale avvenuti.

*“Ciò comporta che, quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una chance di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chance è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa, posto che nel primo caso il valore della chance è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita, che, del resto, in presenza di una possibilità potrà anche essere escluso, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità della chance rispetto alla consecuzione del risultato e della sua idoneità ad assicurarla”*¹³.

Si comprende come in questo modo si riesca a facilitare la prova del nesso eziologico in quanto si risarcisce non la perdita del risultato ma la perdita della possibilità del risultato.

Tornando al nostro Sig. L.D., il Dott. U. ha provocato la perdita della possibilità di affrontare un periodo di guarigione minore e quindi di poter soffrire un dolore di intensità e durata minore rispetto a quello che invece ha dovuto sopportare a causa dell'intervento.

Inoltre non sono del tutto d'accordo con le conclusioni del CTU riguardo alla non incidenza dell'intervento errato sullo stress post-traumatico vissuto dal paziente. È incontestabile che il soggetto provasse stress prima dell'intervento, dato che è da lui stato espressamente riferito. Può essere altrettanto probabile che l'aver subito

¹¹ Cass. n.3999/2003 e Cass. n. 440/2004.

¹² Cass. Civ.,13/07/2011, n.15385.

¹³ Cass. Civ., sez. III, sentenza 14.06.2011 n° 12961.

un'operazione chirurgica sbagliata abbia aumentato di molto lo stato di ansia del paziente. L'essere umano si affida con fiducia e speranza a specialisti che sappiano gestire con professionalità ciò che egli non può conoscere completamente e affrontare da solo, cercando in questo modo di attenuare il suo timore dell'ignoto; se poi coloro in cui aveva risposto quella fiducia e quella speranza sbagliano, riemerge con più forza quel senso di paura e incapacità di controllare gli eventi e questa preoccupazione sarà tanto più acuta se riguarda proprio la salute umana. Sarebbe stato pertanto opportuno, a mio parere, effettuare verifiche più approfondite sullo stato psicologico del paziente dopo l'operazione.

3. Gli obblighi del medico e l'etica professionale

Un ultimo aspetto su cui vorrei soffermare la mia analisi riguarda gli obblighi deontologici e l'etica professionale del medico.

Parte dell'analisi dettagliata fornita dal CTU al giudice afferma che l'intervento eseguito dal Dott. U. non risulta essere citato dalla letteratura medico-scientifica come operazione appropriata nell'ipotesi di patologia in oggetto e soprattutto non indicata per un paziente di giovane età come lo è il ricorrente. A questo proposito sono convinta che il giudice avrebbe potuto richiamare, per una spiegazione maggiormente convincente, il dettato dell'art. 3 della L. 8 novembre 2012, n. 189.

Il primo comma dell'art. 3 della legge prevede che¹⁴ il medico che si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà penalmente per colpa lieve (non intendo affrontare in questa sede le questioni di legittimità nate su tale articolo). Si specifica però che questa esimente penale non fa venire meno la responsabilità civile ex art. 2043 del cod. civ. che è la clausola generale del *neminem laedere*.¹⁵

Si conclude, a maggior ragione, che il comportamento del sanitario convenuto non ha neppure tenuto conto della letteratura medico-scientifica, quindi di linee guida già determinate in quello specifico campo medico; la sua osservanza non avrebbe comunque eliso la sua responsabilità civile¹⁶ ma, in ogni caso, sarebbe stato un elemento a favore del medico e difficilmente contestabile.¹⁷

¹⁴ Art. 3 Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie.

1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

¹⁵ Cass. civ. Sez. III, Sent., 19-02-2013, n. 4030.

¹⁶ “la volontà del legislatore oggettivasi nel dato normativo dell'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi altro non è che quella di escludere la responsabilità penale del sanitario in caso di colpa lieve, tenendo però al contempo aperta la possibilità che – anche in caso di assoluzione penale per levità della colpa – al danneggiato possa spettare un risarcimento civilistico secondo il brocardo: *in lege aquilia et levissima culpa venit*” (Trib. Milano, sent. 18-11-2014).

¹⁷ Richiamo la sentenza Cass. civ. Sez. III, Sent., 15-01-2013, n. 796 per riportare un precedente di legittimità conforme: “Era dunque configurabile, secondo le *leges artis*, già ai tempi della trasfusione praticata a M.S., per il medico e la struttura sanitaria nella quale operava, già nel 1988, l'obbligo di non effettuare trasfusioni non testate, dovendo egli ricorrere anche a strutture esterne, se non disponibili strumentazioni adeguate per le rilevazioni di laboratorio presso il centro dove era ricoverata la paziente. Pertanto, l'inosservanza della normativa innanzi richiamata, del protocollo e delle linee guida delle *leges artis* - disposta proprio allo scopo di evitare i rischi specifici di contagio che nella *fattispecie* si sono verificati (e pertanto, come anzidetto, prevedibili) - non configura una responsabilità extracontrattuale

La vicenda richiama il dibattuto tema del consenso che il paziente deve concedere al professionista sanitario affinché questi possa procedere legittimamente all'intervento. Per secoli, sulla base dell'insegnamento di Ippocrate, il consenso del malato al trattamento medico non aveva alcuna rilevanza, inoltre la scelta delle terapie e la decisione di informare o non informare il paziente rimaneva nell'ampia discrezionalità del medico.

Solo nel XX secolo questo paradigma inizia a cambiare. Quando, nel 1917, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che "ogni essere umano adulto e sano di mente ha il diritto di decidere su cosa va fatto al suo corpo" e che "il medico che esegue un intervento senza il consenso del paziente commette un'aggressione".¹⁸

In Italia il principio del consenso informato trova la sua più importante consacrazione nell'art. 32 della Costituzione, secondo il quale "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", correlato con l'art. 13 della stessa Costituzione che afferma l'inviolabilità della libertà personale.

In conformità con il dettato costituzionale, la Legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, esclude la possibilità di compiere accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente.

Principio sancito anche dalla Corte di Strasburgo e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea all'art. 3, dove si sottolinea che il consenso informato garantisce la libertà fisica e psichica dell'individuo.

Infine il Codice di Deontologia Medica del 2006 riafferma il principio secondo il quale è vietato al medico intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso informato del paziente¹⁹.

L'episodio esaminato è particolarmente controverso perché non è un caso in cui manchi il consenso, ma ciò che manca è un'adeguata e completa informazione circa le conseguenze dell'intervento sostitutivo. Data la libertà concessa al malato, il Dott. U. non può imporre l'operazione, ma dalla disciplina del consenso informato si evince che per raccogliere una valida autorizzazione è indispensabile che il medico fornisca un'esaustiva informativa in ordine al trattamento cui sarà sottoposto ed ai rischi che da tale trattamento possono derivare. L'informazione deve essere relativa *"alla natura dell'intervento medico-chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati*

nell'esercizio di attività pericolosa ex art. 2050 c.c., ma un grave inadempimento contrattuale del sanitario (imputabile anche alla struttura ospedaliera ex art. 1228 c.c, Cass. n. 13957 del 2007) e può essere prospettata come causa del contagio di M.S., poichè se fosse stato testato il sangue del donatore la trasmissione della malattia non si sarebbe verificata (SS. UU. n. 581 del 2008).

¹⁸ Cecconi, Cipriani, *La responsabilità civile medica dopo la Legge Balduzzi*, G Giappichelli Editore, 2014.

¹⁹ Art. 32 Acquisizione del consenso: Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 30. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo articolo 34.

conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi"²⁰.

Queste informazioni devono essere rese al paziente in modo chiaro e adeguato alle sue capacità di comprensione, cosicché in lui maturi un convincimento libero e consapevole.

Dall'analisi dei fatti potrebbe integrarsi una responsabilità per mancato adempimento dell'obbligo informativo, non perché non ci sia stata informazione ma perché non è stata esauriente nell'esplicare tutte le possibili complicazioni. Secondo la giurisprudenza più recente, la violazione di obblighi di informazione fa nascere in capo al soggetto una responsabilità di natura contrattuale, ex art. 1228 c.c., in quanto il difetto di informazione costituisce un inadempimento del "contratto sociale" già perfezionato tra medico e paziente. La conseguenza nota è la disciplina più favorevole nei confronti dell'attore dell'onere probatorio.

Passando poi all'analisi dell'etica professionale del sanitario.

Emergono dubbi sulla professionalità del Dott. U. Un medico, dotato di ampie conoscenze sulla natura della patologia e consapevole dello stato emotivo e psicologico del suo paziente, non esegue un intervento ascoltando l'espressa implorante richiesta del malato; viene condizionato quindi dallo stato di debolezza del malato stesso, procedendo poi ad eseguire un intervento palliativo che risulterà non solo inutile ma anche dannoso.

Un simile comportamento sconsiderato è giustamente descritto dal Ctu "contrastante con l'etica professionale del medico che prescrive di effettuare l'intervento di elezione, senza nuocere alla salute del malato e non accondiscendere alla volontà del paziente".

Il giudice avrebbe potuto anche richiamare, oltre al parere del Ctu, il codice deontologico medico che contiene norme vincolanti per coloro che sono iscritti all'ordine dei medici e devono pertanto adeguare la loro condotta professionale. Innanzitutto sono da richiamare gli articoli 3²¹ e 4²² con particolare attenzione al comma 2 dell'art. 4 che prescrive il fatto che il medico, nell'esercizio della sua professione, non deve soggiacere a suggestioni di qualsiasi natura, quindi neppure alle "disperate richieste del paziente". Si può citare inoltre l'art. 14²³ nella parte in cui, per

²⁰ Cass. Civ. Sez. III 15 gennaio 1997, n. 364.

²¹ Art. 3 - Doveri del medico - Doveri del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, di sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera.

²² Art. 4 □ - Libertà e indipendenza della professione - L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza della professione che costituiscono diritto inalienabile del medico.

Il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona; non deve soggiacere a interessi, imposizioni e suggestioni di qualsiasi natura.

²³ Art. 14 □ - Sicurezza del paziente e prevenzione del rischio clinico - Il medico opera al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente e contribuire all'adeguamento dell'organizzazione sanitaria, alla prevenzione e gestione del rischio clinico anche attraverso la rilevazione, segnalazione e valutazione degli errori al fine del miglioramento della qualità delle cure. Il medico al tal fine deve utilizzare tutti gli strumenti disponibili per comprendere le cause di un evento avverso e mettere in atto i comportamenti necessari per evitarne la ripetizione; tali strumenti costituiscono esclusiva riflessione tecnico-professionale, riservata, volta alla identificazione dei rischi, alla correzione delle procedure e alla modifica dei comportamenti.

garantire idonee condizioni di sicurezza del paziente, il medico deve segnalare eventuali errori. Infine l'art. 23²⁴, a mio parere quello che maggiormente è a tutela del caso esaminato, in quanto afferma che "Il medico che si trovi di fronte a situazioni cliniche alle quali non sia in grado di provvedere efficacemente, deve indicare al paziente le specifiche competenze necessarie al caso in esame". Questo articolo può essere interpretato a sfavore del Dott. U., il quale sapeva che l'intervento di applicazione della FEA non era efficace per la patologia del paziente e aveva l'onere di indicare l'operazione più consona e non eseguire altro tipo di chirurgia.

Non si tratta di un caso in cui confliggono l'etica personale del medico e la volontà del paziente che si risolverebbe con la tutela del diritto dell'obiezione di coscienza, si tratta invece di un caso in cui c'è conflitto tra l'etica professionale del medico e l'etica generale del paziente, cioè la sua volontà. Si tratta di etiche eterogenee e di soggetti diversi con conoscenze differenti e per questo è necessaria una comunicazione coordinata ed esaustiva tra i due.

Si è detto che l'etica deontologia del medico riguardi solamente i mezzi necessari alla cura del paziente, cura che invece sarebbe l'oggetto dell'etica del malato. Per questo motivo l'etica professionale risulterebbe essere un'etica di "serie B", subordinata all'etica generale del malato²⁵. In realtà sia il medico che il paziente perseguono lo stesso fine: la salute. Da un lato il paziente si è trovato nella condizione di dover scegliere tale fine in quanto malato, e la guarigione è la scelta più naturale; dall'altro il medico ha eletto volontariamente quella professione che ha come scopo proprio la cura della salute. Questo comporta necessariamente che il medico abbia un ruolo cruciale nell'interpretazione del fine della cura, non concedendo al malato solo un apporto strumentale ma anche cognitivo: senza l'intervento medico il malato non può comprendere pienamente e in termini scientifico-sanitari il suo desiderio di salute.

Gli argomenti riportati avvalorano pienamente la decisione del giudice di condannare il medico.

²⁴ Art. 23□ - Continuità delle cure - Il medico deve garantire al cittadino la continuità delle cure. In caso di indisponibilità, di impedimento o del venir meno del rapporto di fiducia deve assicurare la propria sostituzione, informandone il cittadino. Il medico che si trovi di fronte a situazioni cliniche alle quali non sia in grado di provvedere efficacemente, deve indicare al paziente le specifiche competenze necessarie al caso in esame. Il medico non può abbandonare il malato ritenuto inguaribile, ma deve continuare ad assisterlo anche al solo fine di lenirne la sofferenza fisica e psichica.

²⁵ Viola, *La volontà del malato e l'etica del medico: il problema del conflitto*, http://www1.unipa.it/viola/Volonta_del_malato_e_etica_del_medico.pdf

DECRETO BALDUZZI: ALLA RICERCA DI UN NUOVO EQUILIBRIO TRA LA TUTELA DELLE VITTIME DI MALPRACTICE E LA SERENITÀ GIUDIZIARIA DEI MEDICI

di Piera Mignemi

IL CASO

L'intervento chirurgico per la lesione al legamento al crociato posteriore del ginocchio sinistro, oggetto della contestazione, è avvenuto, nell'ottobre 2007 (prima presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo e successivamente presso la casa di cura Eremo di Arco), a seguito di altri precedenti ricoveri d'urgenza causati da due distinti sinistri stradali.

Viene invocata dall'attore una richiesta di risarcimento danni da responsabilità medica per l'infezione settica sviluppatasi durante suddetto intervento chirurgico avvenuto il 23 ottobre, con dimissioni in data 26 ottobre, senza alcuna prescrizione di terapia antibiotica di copertura.

Successivamente è stato, prima, ricoverato presso la casa di cura Eremo di Arco per sottoporsi a cure riabilitative e, dopo, nuovamente presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo, dove è stata eseguita un' artrocentesi.

Anche in riferimento a queste ulteriori prestazioni sanitarie viene allegato un inadempimento contrattuale per ritardata diagnosi dell'infezione in atto. Infatti, il corretto sospetto diagnostico è stato posto solo durante la visita del 6 dicembre 2007 presso l'Ospedale di Rovereto, con prescrizione di una terapia antibiotica. Finalmente il 17 dicembre, presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo, ad una successiva visita, veniva eseguita una nuova artrocentesi e prescritto un esame culturale con esito negativo sul liquido articolare ma positivo sulla vite tibiale.

Sul piano del petitum, l'attore, quindi, chiede il risarcimento di tutti i danni conseguenti all'infezione contratta durante l'intervento chirurgico del 23 ottobre, nonché alla ritardata diagnosi dell'infezione medesima. Sul versante patrimoniale chiede il risarcimento del danno da diminuzione della capacità lavorativa specifica per non essere più in grado di svolgere le mansioni in precedenza svolta di autista di mezzi pesanti ma solo quelle, meno remunerative, di magazziniere presso il medesimo datore di lavoro, ovvero da perdita di chances rispetto alle prospettive lavorative future. Sul versante non patrimoniale chiede il risarcimento del danno biologico e morale, sottolineando che la contrazione dell'infezione e poi la sua ritardata diagnosi ha determinato conseguenze aggravanti, rispetto alla lesione di base del legamento crociato posteriore del ginocchio sinistro, all'invalidità permanente e all'inabilità temporanea.

La domanda proposta dall'attore è solo in parte fondata. Condividendo interamente l'esame del CTU, il giudice esclude qualsiasi inadempimento da parte dei sanitari degli Ospedali Riuniti di Bergamo, ravvisando piuttosto specifici rimproveri colposi in ordine alla ritardata diagnosi dell'infezione.

Il giudice, affrontando il nodo spinoso dell'interpretazione dell'art. 3 del d.l. 158 del 2012 (c.d. riforma Balduzzi) arriva alla conclusione che la riforma fa salva la precedente elaborazione giurisprudenziale sulla natura contrattuale ovvero da inadempimento che occorre riconoscere alla responsabilità del medico, e, dunque, la piena applicazione al caso di specie dell'art.1218 cod. civ.. Passando al giudizio sulle responsabilità, sottolinea come l'attore abbia assolto all'onere di allegazione di un

inadempimento qualificato rispetto al danno lamentato, da un lato ha, infatti, allegato un inadempimento relativo alle concrete modalità di esecuzione dell'intervento che avrebbero reso possibile l'infezione che ha poi procurato l'artrite settica e, dall'altro, l'omessa e ritardata diagnosi dell'infezione ormai sviluppatasi.

Come anche ha evidenziato la CTU il primo profilo deve ritenersi infondato, mentre il secondo fondato.

Per quanto concerne il primo, l'assenza di evidenze cliniche che imponessero o consigliassero nel caso concreto misure aggiuntive di prevenzione rende evidente come non sia possibile predicare nella specie un inadempimento a carico del convenuto in ordine alla complicità sviluppatasi, che, pertanto, deve più correttamente ritenersi imputabile al fortuito. Imputare alla struttura sanitaria anche le complicità inevitabili ed imprevedibili, nonostante l'apprestamento delle misure di prevenzione disponibili, significherebbe trasformare irragionevolmente l'obbligazione di cura in un vero e proprio contratto di assicurazione contro gli infortuni. L'inadempimento allegato dall'attore è, quindi, inesistente.

Quanto al secondo profilo è stato ravvisato uno specifico ritardo colposo nella diagnosi dell'infezione in atto, poiché se fossero state portate alla luce correttamente le evidenze cliniche si sarebbe potuto portare ad avanzare un sospetto diagnostico per cui si sarebbero dovuti eseguire i necessari approfondimenti diagnostici e terapeutici che avrebbero senz'altro consentito di superare lo stato di dubbio e di impostare, sin da subito, la corretta terapia. Pertanto, per questa parte, i convenuti hanno fallito la prova dell'insussistenza dell'inadempimento da parte loro ed è, invece, emersa in positivo dai documenti clinici e dalla CTU la prova dell'inadempimento, certamente a loro imputabile a titolo di colpa, con conseguente accoglimento della domanda di risarcimento. Il ritardo nella diagnosi ha determinato sia un grave ritardo nella guarigione sia maggiori esiti invalidanti permanenti residuati. Il relativo danno non patrimoniale da lesione al diritto della salute costituisce l'oggetto del risarcimento del danno, restando assorbita la domanda per lesione delle chances di guarigione, essendo stata accolta la domanda proposta in via principale.

Invece la domanda deve essere rigettata in ordine al danno patrimoniale, perché il CTU ha escluso qualsiasi danno da lesione alla capacità lavorativa specifica dalla minima invalidità permanente residuata. La valutazione merita pieno accoglimento considerando che: a) l'invalidità permanente oggetto di risarcimento è minima (5%) ed è ben nota la presunzione che per i lavori manuali non sussiste alcuna lesione alla capacità lavorativa specifica in caso di invalidità permanente inferiori al 10%; b) in sede di visita medico legale lo stesso attore ha manifestato un mero disagio alla guida di mezzi pesanti, mentre ha ammesso di guidare regolarmente l'autovettura e deve pertanto escludersi la ricorrenza dell'allegata impossibilità a guidare mezzi pesanti; c) in ogni caso va ricordato che l'attore ha subito un gravissimo incidente stradale che ha comportato gravi lesioni in numerosi distretti corporali e, pertanto, si deve ritenere che l'eventuale difficoltà a svolgere le mansioni lavorative in precedenza svolta siano in realtà riconducibili non al danno di origine iatrogena, oggetto del presente processo, ma alle ben più gravi lesioni precedenti.

Per analoghe ragioni va anche escluso l'allegato danno da lesione di chances lavorative ed il danno non patrimoniale da c.d. *cenestesi* lavorativa.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di ROVERETO
CONTENZIOSO ORDINARIO CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Riccardo Dies
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 383/2011 promossa
da:

A.C. (C.F.), con il patrocinio dell'avv. CANESTRINI NICOLA,
elettivamente domiciliato in PIAZZA P. 10 38068 ROVERETO presso il
difensore.

ATTORE

contro

CASA DI CURA EREMO DI ARCO (C.F. ...), con il patrocinio dell'avv.
TABARELLI DE FATIS ANDREA e dell'avv. ZAMPICCOLI CINZIA (...),
elettivamente domiciliato in Arco, via SAI, 14 38062 presso i
difensori.

e

OSPEDALI RIUNITI DI BERGAMO (C.F. ...), con il patrocinio dell'avv.
SAIANI PAOLA e dell'avv. MUNAFÒ DIEGO (...) PIAZZA G. 3 20122
MILANO; , elettivamente domiciliato in VIA M.D.B., 3/B 38068
ROVERETO, presso il difensore avv. SAIANI PAOLA

CONVENUTI

CONCLUSIONI

Conclusioni delle parti.

Per l'attore: "NEL MERITO In via principale ACCERTARE e DICHIARARE
la responsabilità dei convenuti nella causazione dell'evento dannoso sopra meglio
specificato cagionato al sig. A.C. e, per l'effetto, condannare gli stessi in solido tra loro
al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente, oltre ad
interessi e rivalutazione monetaria. In subordine ACCERTARE e DICHIARARE la
responsabilità dei convenuti nella causazione del danno patrimoniale e non patrimoniale
conseguente alla perdita di chance cagionato al sig. A.C. e, per l'effetto, condannare gli
stessi in solido tra loro al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale
conseguente, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria. In ogni caso, con vittoria di
spese, competenze ed onorari, oltre ad Iva, Cpa, rimborso forfetario e accessori di legge;
con salvezza di ogni diverso ed ulteriore diritto; con sentenza munita di provvisoria
esecutività come per legge".

Per il convenuto Ospedali Riuniti di Bergamo: "Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, rigettata
ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, così giudicare:

NEL MERITO In via principale, rigettare la domanda svolta dall'attore nei confronti
degli Ospedali Riuniti di Bergamo, poiché infondata in fatto ed in diritto. Con vittoria di
spese, diritti ed onorari. In via subordinata, nella denegata ipotesi in cui venisse
accertata qualsiasi responsabilità degli Ospedali Riuniti di Bergamo in relazione ai fatti

per cui è causa, limitare il risarcimento dovuto all'attore ai soli importi che ne risultassero conseguenza all'esito dell'istruttoria.

IN VIA ISTRUTTORIA Si chiede di essere ammessi a prova per testi, delegata al Tribunale di Bergamo, con la sig.ra Bruna Tacchini, c/o Ospedali Riuniti di Bergamo, L.go B. n. 1, 24128, Bergamo, sui seguenti capitoli di prova:

1. vero che lei provvide alla sterilizzazione degli strumenti chirurgici utilizzati per l'intervento cui venne sottoposto il sig. C.A. il 23.10.07.
2. vero che il controllo biologico relativo alla presenza di bacilli infettivi risultò negativo.

Per il convenuto Casa di cura Eremo di Arco: ""contrariis reiectis, rigettate le avverse domande tutte, Voglia l'Ill.mo Tribunale di Rovereto: - in via preliminare: accertare e dichiarare la nullità dell'atto di citazione per mancanza dei requisiti di cui all'art. 163 n. 3) c.p.c., ovvero per essere l'oggetto della domanda assolutamente indeterminato, con ogni consequenziale provvedimento; - in via principale: rigettare le domande tutte formulate dal signor C.A., siccome infondate sia in fatto che in diritto, sia in punto anche quantum debeatur, per le ragioni tutte dedotte nella presente comparsa di costituzione e risposta; - in via subordinata: nella denegata ipotesi in cui venisse accertata una qualche responsabilità di Casa di Cura Eremo di Arco s.r.l. in relazione ai fatti per cui è causa, graduare l'importo risarcitorio dovuto dall'odierna convenuta in relazione all'effettivo grado di responsabilità accertato in corso di causa e limitarlo ai soli importi che ne risultassero diretta conseguenza all'esito dell'istruttoria. Spese di causa integralmente rifuse".

OGGETTO: risarcimento danni da responsabilità medica.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Premessa: individuazione dell'oggetto del processo.

Omesso lo svolgimento del processo, ai sensi del nuovo testo dell'art. 132, comma 2 nr. 4 c.p.c. introdotto dall'art. 45, comma 17 legge nr. 69 del 2009, è pur tuttavia opportuno precisare preliminarmente l'oggetto del processo, consistente in una richiesta di risarcimento di danni da responsabilità medica per l'infezione settica sviluppatasi durante l'intervento chirurgico "di legamento-plastica con semitendinoso e gracile per lesione inveterata del legamento crociato posteriore" eseguito presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo al ginocchio sinistro in data 23.10.2007, con dimissione in data 26.10.2007, senza alcuna prescrizione di terapia antibiotica di copertura. L'attore poi subiva un ricovero dal 29.10 al 15.11.2007 presso la casa cura Eremo di Arco (TN), per sottoporsi a cure riabilitative, ed un'ulteriore visita presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo in data 25.11.2007, nel corso della quale veniva eseguita un'artrocentesi. Anche in riferimento a queste ulteriori prestazioni sanitarie viene allegato un inadempimento contrattuale per ritardata diagnosi dell'infezione in atto. Il corretto sospetto diagnostico fu posto infatti solo durante la visita del 06.12.2007 presso l'Ospedale di Rovereto, con prescrizione finalmente di una terapia antibiotica, tanto che alla successiva visita del 17.12.2007 presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo veniva

eseguita un'artrocentesi e prescritto un esame culturale con esito negativo sul liquido articolare ma positivo sulla vite tibiale.

In ordine alla causa petendi l'attore invoca un inadempimento contrattuale dei convenuti e, pertanto, la conseguente ripartizione dell'onere secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale "...il paziente danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante" (cfr. Cass. Sez. un., 11.01.2008, nr. 577, re. 600903).

Questo indirizzo costituisce diretta conseguenza, da un lato, del riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, non importa se pubblica o privata nella quale la prestazione è resa, per effetto del c.d. "contatto sociale" (a partire da Cass., 22.01.1999, nr. 589 re 522538) e, dall'altro, dei principi invalsi in tema di onere della prova in caso di inadempimento dell'obbligazione, secondo i quali il creditore deve solo provare la sussistenza del contratto ed allegare l'inadempimento di controparte, spettando poi al debitore fornire la prova dell'esatto adempimento ovvero che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile a norma dell'art. 1218 c.c. (cfr. Sez. Un. civ. 30.10.2001, nr. 13533).

Sul piano del petitum, l'attore chiede il risarcimento di tutti i danni conseguenti all'infezione contratta durante l'intervento chirurgico del 23.10.2007 nonché alla ritardata diagnosi dell'infezione medesima. Sul versante patrimoniale chiede il risarcimento del danno da diminuzione della capacità lavorativa specifica per non essere più in grado di svolgere le mansioni in precedenza svolta di autista di mezzi pesanti ma solo quelle, meno remunerative, di magazziniere presso il medesimo datore di lavoro ovvero da perdita di chances rispetto alle prospettive lavorative future.

Sul versante non patrimoniale chiede il risarcimento del danno biologico e morale, sottolineando che la contrazione dell'infezione e poi la sua ritardata diagnosi ha determinato conseguenze aggravanti, rispetto alla lesione di base al legamento crociato posteriore del ginocchio sinistro, sia rispetto all'invalidità permanente che all'inabilità temporanea. Allega inoltre un danno non patrimoniale da c.d. *cenestesi* lavorativa ossia di maggiore usura per poter svolgere l'attività lavorativa. In subordine, anche qualora non fosse ravvisato un qualsiasi presupposto della domanda principale, ha avanzato anche una domanda di risarcimento del danno da perdita di chances di guarigione.

Oppongono entrambi i convenuti l'assenza di un qualsiasi inadempimento da parte dei sanitari da loro dipendenti intervenuti nella cura dell'attore, evidenziandosi, in particolare dagli Ospedali Riuniti di Bergamo, come l'infezione settica si è sviluppata nonostante l'osservanza scrupolosa delle migliori precauzioni previste in materia (profilassi antibiotica) e dovendosi escludere che l'insorgenza della malattia, anche quella in realtà riconducibile ad eventi imprevedibili ed inevitabili, possa essere sempre ascritta alla struttura sanitaria, pena la trasformazione della relativa responsabilità in una responsabilità di natura oggettiva, tra l'altro in riferimento ad un risultato, ossia l'effettiva guarigione assai spesso purtroppo non perseguibile concretamente nonostante le migliori cure praticate. La casa di cura Eremo di Arco, per canto suo, ha anzitutto sollevato un'eccezione di nullità della domanda per genericità della causa petendi e del petitum, con particolare riferimento alla quantificazione del danno richiesto e alla sovrapposizione con le patologie di base, pacificamente riconducibili al gravissimo

sinistro stradale subito dall'attore in data 06.03.2006 e, nel merito, ha opposto che durante tutto il limitato periodo di ricovero, peraltro finalizzato alla sola riabilitazione, non sono emersi segni clinici di evidenza del processo infettivo in atto, non essendo pertanto imputabile a colpa dei propri sanitari l'omessa diagnosi.

Così precisato l'oggetto del processo e le posizioni delle parti, ancora preliminarmente va ulteriormente ribadita la manifesta infondatezza delle eccezioni di nullità della domanda sulle quali la difesa della casa di cura Eremo di Arco ha insistito negli scritti conclusivi. In effetti non sussiste alcuna nullità della domanda per eccessiva genericità essendo chiaro che l'attore chiede il risarcimento del danno per l'aggravamento dei postumi invalidanti permanenti e dell'inabilità temporanea che gli allegati inadempimenti contrattuali dei convenuti avrebbero determinato. Anche sotto il profilo del petitum la domanda appare sufficientemente precisata, pur non essendo quantificata in un preciso ammontare, perché sono state enunciate le singole voci di danno patrimoniale e non patrimoniale di cui si chiede il risarcimento, previa liquidazione giudiziale, secondo gli usuali criteri. La pretesa sovrapposizione con le patologie di base riconducibili al grave sinistro del 06.03.2006 poi, in tutta evidenza, nulla ha che fare con la nullità della domanda ma costituisce a tutti gli effetti già una difesa di merito.

2. Le risultanze della CTU e i dati clinici rilevanti per la decisione.

Venendo finalmente al merito, la domanda proposta dall'attore è solo parzialmente fondata e va, pertanto, accolta nei termini di seguito precisati.

Sul piano fattuale vi sono dati che possono essere assunti come pacifici e che, del resto, emergono chiaramente sia dalla CTU che dai documenti clinici versati in causa.

In particolare, è pacifico e certo che: l'attore ha subito in data 06.03.2006 un grave sinistro stradale che gli ha procurato trauma cranico con fratture alle ossa facciali, ferite al volto, fratture costali con pneumotorace a destra, frattura tibia sinistra, lesioni contusive al fegato e milza con emoperitoneo, per il quale era ricoverato in via d'urgenza presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo ove era sottoposto ad interventi chirurgici maxillo-facciale e per la frattura alla tibia, trattata con fissatori esterni; nell'ottobre 2006 subiva un ulteriore sinistro stradale all'esito del quale subiva un ricovero ed un intervento chirurgico, nel marzo 2007, sempre presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo per rottura del legamento crociato posteriore del ginocchio destro; la lesione al legamento al crociato posteriore del ginocchio sinistro è stata invece curata con l'intervento chirurgico oggetto di contestazione nell'ottobre 2007, con ricovero dal 23 al 26 presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo e successivo ricovero presso la casa di cura Eremo di Arco dal 29.10 al 15.11.2007.

La CTU, affidata ad un cattedratico di chiara fama (il prof. Paolo Benciolini di Padova), immune da vizi logici e di motivazione ed in tutto congruente con i documenti clinici in atti e che, pertanto, merita di essere in questa sede interamente condivisa ha accertato che:

- le lesioni al ginocchio sinistro sono verosimilmente riconducibili al grave sinistro stradale del 06.03.2006, in cui l'arto inferiore sinistro ha subito un importante traumatismo contusivo-fratturativo con frattura tibiale trattata chirurgicamente.
- Viceversa la lesione al ginocchio destro subito durante l'ulteriore sinistro stradale dell'ottobre 2006 non è né concausa delle lesioni al ginocchio sinistro né delle successive menomazioni.

- L'artrite settica al ginocchio sinistro è stata causata da stafilococchi, isolati all'esame culturale della vite tibiale posizionata chirurgicamente agli Ospedali Riuniti di Bergamo il 23.10.2007 e successivamente rimossa artroscopicamente il 21.12.2007. La porta d'ingresso dell'infezione è costituita, assai verosimilmente, nell'intervento di artroscopia del 23.10.2007, come avvalorato dal congruo intervallo temporale tra l'inizio dell'infezione e la successiva evoluzione clinica. L'artrite settica può pertanto ritenersi di origine nosocomiale.

- La profilassi antibiotica somministrata nel corso dell'intervento chirurgico, come riportata nella scheda anestesiologicala d'intervento e dal foglio unico di terapia, è in tutto conforme alle Linee guida nazionali dell'Istituto Superiore di Sanità sulla profilassi antibiotica in chirurgia dell'adulto e, in assenza di evidenze del caso singolo che consigliassero interventi aggiuntivi, si deve ritenere del tutto adeguata al caso. Dopo l'intervento sono registrate 3 ulteriori somministrazioni nelle 24 ore, pur in assenza di evidenze che giustificassero la prosecuzione della terapia antibiotica. L'immediato decorso post-operatorio non registra anomalie di sorta.

Alla luce dei rilievi che precedono il CTU esclude qualsiasi inadempimento da parte dei sanitari degli Ospedali Riuniti di Bergamo sino a questo momento, perché l'infezione contratta durante l'intervento chirurgico si è sviluppata nonostante la scrupolosa osservanza di tutti gli obblighi di diligenza, prudenza e perizia imposti dall'arte medica.

Ravvisa invece il CTU specifici rimproveri colposi in ordine alla ritardata diagnosi dell'infezione contratta, sia in riferimento al ricovero dal 29.10 al 15.11.2007 presso la casa di cura Eremo di Arco, sia in riferimento alla visita del 26.11.2007 presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo, "per la presenza di elementi clinici che, se correttamente e globalmente considerati, avrebbero dovuto porre il sospetto diagnostico di un processo infettivo articolare in atto a carico del ginocchio sinistro" (cfr. CTU, pg. 15).

In particolare, in riferimento al ricovero ad Arco, gli elementi clinici in questione sono:

- Il versamento endoextraarticolare di natura siero-ematica protrattasi durante tutto il ricovero.

- Gli esiti degli esami bioumorali eseguiti il 30.10.2007, con valori di fibrinogeno pari a 556 mg/dl e di PRC (proteina C reattiva) di 9,6 mg/dl.

In particolare il valore di PRC permaneva elevato anche alle dimissioni (con valore di 5,6), oltre il range di riferimento ed è un indice di flogosi acuta che "se da un lato può essere attendibilmente mossa nel post-operatorio, qualora sia concomitante alla presenza di un versamento articolare di tipo siero ematico avrebbe dovuto far porre il sospetto di un importante processo, se non infettivo, quantomeno flogistico".

- La temperatura di 37,1 registrata nel diario infermieristico del 04.11.

- Il dolore al ginocchio, con necessaria somministrazione di Contramal il 29.10, il 30.10, il 02.11 ed il 14.11.2007. Anche questo dato "seppur reperto comune dopo interventi cruenti come l'artroscopia al ginocchio, qualora protrattosi fino a 20 giorni dopo l'intervento con necessità di terapia antidolorifica consistente, avrebbe dovuto suggerire, integrato ovviamente con gli altri dati disponibili, che l'evoluzione clinica era anomala.

Questo complessivo quadro clinico "avrebbe dovuto meritare una maggiore attenzione diagnostica soprattutto negli ultimi giorni del ricovero (...) e "il provvedimento più opportuno sarebbe stata una artrocentesi, con esame culturale e microbiologico del liquido seminale aspirato, sia a scopo diagnostico che terapeutico (...) seguita da

accertamenti strumentali, in particolare la RMN che risulta essere molto specifica e molto sensibile nell'individuazione dei processi infettivi articolari" (cfr. CTU, pg. 16).

Anche con riferimento alla visita del 26.11.2007 svolta presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo, nel corso della quale si è segnalato un versamento articolare e non si è eseguita una semplice artrocentesi ma uno svuotamento di un versamento cospicuo (50 cl.) di incerta natura, non essendo specificato nella documentazione clinica se ematico o purulento, si è ritenuto imputabile a colpa del sanitario l'omesso inizio di una terapia antibiotica, l'omessa RMN al ginocchio per valutare strumentalmente la situazione ed eventualmente procedere al drenaggio ed alla pulizia chirurgica dell'articolazione. Anche in tal caso si è pertanto "verificato un errore di valutazione diagnostica, sottovalutando l'entità e la natura del versamento che chiaramente dovevano orientare verso il sospetto di un processo infettivo, e conseguentemente un mancato indirizzo terapeutico per la cura dell'artrite in atto" (cfr. CTU, pg. 17).

Poiché il corretto sospetto diagnostico d'infezione è stato posto solo alla visita del 06.12.2007 presso l'Ospedale il Rovereto, il CTU ha stimato il ritardo diagnostico, imputabile a colpa dei sanitari intervenuti in circa 1 mese, considerando che perlomeno ai primi di novembre, presso la casa di cura Eremo di Arco, vi erano già sufficienti elementi clinici per porlo. Prosegue quindi il CTU osservando come "in caso di artrite settica è fondamentale la tempestività della diagnosi in quanto il trattamento deve essere impostato il più velocemente possibile in ambiente ospedaliero, essendo necessario somministrare terapia antibiotica ed eventualmente procedere a drenaggio chirurgico dell'articolazione". Ciò considerato "... sarebbe stato certamente più importante porre il sospetto diagnostico all'insorgenza dei primi sintomi, e quindi durante il ricovero alla casa di cura Eremo, mentre all'epoca del controllo ortopedico del 26.11.2007, essendo il processo infettivo già in atto da qualche settimana, l'evoluzione successiva avrebbe potuto beneficiare solo parzialmente di una diagnosi tempestiva". Per questo motivo, benché non rientrante nell'oggetto del quesito (non essendo stata proposta da alcuno dei convenuti domanda di regresso) il CTU ha proposto di ascrivere un ruolo causale prevalente a carico della casa di cura Eremo di Arco, indicativamente pari a 2/3 del danno globale.

Quanto alla valutazione del danno conseguente alla ritardata diagnosi e terapia, il CTU ha premesso che la visita dell'attore ha evidenziato una deambulazione nella norma su punte e talloni e un accasciamento incompleto per reazione antalgica con prevalente carico a destra, con esiti invalidanti, consistiti da lieve deficit della flessione, lieve lassità in varo ed in antero-posteriore, complessivamente pari all'8%, che però non può essere tutto ritenuto di origine iatrogena, perché la lesione originaria avrebbe comunque comportato esiti invalidanti stimabili in circa 3-4%, pur in assenza di complicanze settiche ovvero di tempestiva diagnosi e cura dell'artrite settica. Il ritardo della diagnosi dell'artrite settica ha quindi comportato un danno del 4-5%, quale danno differenziale tra il 3-4% e l'attuale globale dell'8%, come correttamente precisato dal CTP di parte attorea.

Se bene si è inteso la precisazione del CTP, fatta propria dal CTU, ciò sta a significare che il danno da invalidità permanente oggetto di risarcimento non può essere stimato come se si trattasse di un danno del 4-5% ma occorre fare la differenza tra il danno globale oggi esistente pari all'8% ed il danno che sarebbe esitato pur in presenza di una corretta cura, pari al 3-4%. Le due situazioni non sono omologhe perché, come è noto, qualunque sia il criterio di liquidazione del danno, il valore del punto di invalidità

permanente aumenta con l'aumentare dell'invalidità globale e, pertanto, i 4-5 punti di invalidità permanente "differenziale" rispetto ad un danno globale dell'8% sono "più pesanti" rispetto ad un danno "semplice" del 4-5%.

Riguardo all'inabilità temporanea, considerando il successivo evolversi della malattia, il CTU ha ritenuto che la ritardata diagnosi dell'infezione ha comportato una maggiore inabilità di 83 giorni di totale, di 40 giorni di parziale al 75%, di 253 giorni di parziale al 50% e di 340 giorni di parziale al 25%. Ha infine escluso qualsiasi incidenza sulla capacità lavorativa specifica di autista di mezzi pesanti.

3. L'inquadramento della responsabilità alla luce della riforma c.d. B..

Prima di passare alle conclusioni occorre a questo punto affrontare il nodo spinoso dell'interpretazione dell'art. 3, commi 1 decreto legge nr. 158/2012 c.d. B., convertito con modificazioni in legge 08.11.2012, nr. 189, onde verificare se la riforma non abbia significativamente modificato il quadro concettuale di riferimento della responsabilità professionale del medico e, conseguentemente, l'individuazione delle norme applicabili. Com'è noto la norma, che non brilla per precisione tecnica e che ha dato luogo a contrastanti interpretazioni, sia in dottrina che nelle prime applicazioni giurisprudenziali, testualmente prevede che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."

Come ha avuto modo di sottolineare la più approfondita lettura giurisprudenziale, compiuta dalla Cassazione penale (cfr. Cass. pen., 29.01.2013, nr. 16237, re. 255105), si tratta di una norma di notevole importanza con due tratti di nuova emersione, in funzione delimitativa della responsabilità penale: da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave e, dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. In particolare la norma prevede che il medico che si sia attenuto alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde più a titolo di omicidio o lesioni colpose (cfr. artt. 589 e 590 c.p.) per colpa lieve, ma solo per colpa grave.

Dopo aver precisato come le linee guida costituiscano "sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare (...) le scelte terapeutiche" che, tuttavia, per la loro natura di strumento di indirizzo ed orientamento dal contenuto essenzialmente elastico che necessita sempre un adeguamento al caso clinico specifico, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica (per violazione di discipline, a norma dell'art. 43, comma 3 c.p.), la Cassazione precisa la necessità di una loro attenta selezione in funzione della loro natura, struttura e scopo, perché solo le linee guida accreditate dalla comunità scientifica e con prevalente scopo di individuare la migliore cura possibile per il paziente, potranno assumere rilievo, con esclusione invece delle linee guida improntate "all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale", come già la giurisprudenza penale precedente alla riforma aveva avuto modo di precisare (cfr., per tutte, Cass. pen. 23.11.2010, nr. 8254, re. 249750 in Cass. pen., 2012, 2, 542 e Cass. pen., 11.07.2012, nr. 35922, re. 254618, ivi, 2013, 5, 1887).

Il fatto poi che le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indichino una tassativa modalità di comportamento, una analitica, automatica successione di adempimenti, limitandosi a proporre direttive generali riferibili al caso astratto, istruzioni di massima, orientamenti, che vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole a ciascun caso clinico, rende ipotizzabile una colpa, persino grave, pur in caso di loro osservanza, che si verificherà appunto quando il caso clinico concreto consigliasse, per le sue peculiarità (ad es. patologie concorrenti, decorso clinico atipico, ecc ...), di discostarsene.

Infine, dopo aver ripercorso la problematicità della distinzione tra colpa grave e colpa lieve, che assume ora rilievo non solo sulla determinazione della pena (crf. art. 133, comma 1 nr. 3 c.p.) ma sull'esistenza stessa della responsabilità penale del medico, con necessità di tracciare una linea di confine quanto più possibile netta e definita, la Corte di Cassazione risolve la questione di diritto temporale sottoposta al suo vaglio, giungendo a riconoscere una parziale *abolitio criminis*, attuata attraverso due passaggi: "l'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte aderenti ad accreditate linee guida; e l'attribuzione di rilevanza penale, in tale ambito, alle sole condotte connotate da colpa grave ... Insomma, nell'indicata sfera fattuale, la regola d'imputazione è ora quella della (sola) colpa grave, mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante". Come ha avuto modo di sottolineare autorevole dottrina, ciò si è verificato attraverso la successione di una norma integratrice della legge penale, a contenuto definitorio, perché la nuova disposizione concorre a definire, nell'ambito considerato, il concetto di colpa penalmente rilevante, unitamente all'art. 43 c.p. Sul piano penalistico, pertanto, la riforma avrebbe comportato una ridefinizione, in senso delimitativo, del fatto tipico punito.

Così ripercorsi i più accreditati approdi dell'interpretazione della norma sul piano penalistico, è evidente che ciò che più interessa in questa sede è piuttosto il riferimento all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. e la necessità di tenere conto nella liquidazione del danno dell'osservanza da parte del medico delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, evidentemente in senso delimitativo.

In proposito, quanto al primo aspetto, le prime interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali hanno posto una stringente alternativa.

Secondo alcuni si tratterebbe di una scelta consapevole del legislatore intesa a qualificare in senso extracontrattuale la responsabilità del medico che imporrebbe pertanto l'abbandono della consolidata giurisprudenza che, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, la qualifica sempre come contrattuale eventualmente in forza del "contatto sociale" (in questo senso cfr. Trib. Varese 26.11.2012 e Trib. Torino 26.02.2013, entrambe in Danno e Resp., 2013, 373 ss., le quali peraltro desumono diverse conseguenze, perché per la prima la riforma suggerisce "l'adesione al modello di responsabilità civile medica come designato anteriormente al 1999" che, come è noto, discriminava i casi in cui sia ravvisabile un contratto in senso tecnico, mentre per la seconda l'art. 2043 c.c. sarebbe ora applicabile sempre e non solo nei confronti del medico ma anche della struttura ospedaliera).

Secondo altri, invece, si tratterebbe di una svista del legislatore, un errore involontario nella formulazione della norma, inidoneo in quanto tale a modificare il quadro concettuale di riferimento e la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico, con una soluzione che tende giustamente a prevalere (cfr. Cass., 19.02.2013, nr. 4030 e Trib. Arezzo 14.02.2013 entrambe in Danno e Resp., 2013, 367 ss.).

In effetti, come autorevolmente è stato evidenziato, il legislatore non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni e, in particolare, sull'art. 1173 c.c. il quale individua non solo il contratto e l'atto illecito ma anche "ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" e non è minimamente discutibile, da un lato, che anche le obbligazioni di fonte legale (e non solo quelle di fonte contrattuale) sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. e, dall'altro, che, per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge nr. 833 del 1978) sia configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le cure del caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico. Sotto questo profilo la giurisprudenza del c.d. "contatto sociale" si giustifica perfettamente senza la necessità di avvallare finzioni in ordine alla conclusione di un contratto, in realtà inesistente, perché l'obbligazione di cura ha comunque fonte legale.

Sotto altro profilo non può sfuggire che il richiamo all'art. 2043 c.c. è preceduto dall'espressione "in tali casi" ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate. Si tratterebbe, pertanto, a tutto voler concedere, di un riferimento che potrebbe valere non sempre ma solo nei casi in cui si ponga una questione di osservanza di linee guida accreditate ed il medico vi sia in concreto attenuto in base ad una scelta qualificabile in termini di colpa lieve, non invece in tutti gli altri casi che certamente devono ritenersi la stragrande maggioranza, perché normalmente la colpa si fonda proprio sull'inosservanza delle linee guida accreditate ovvero sia ravvisabile una colpa grave ovvero ancora non si ponga proprio un problema di osservanza di linee guida. La portata necessariamente circoscritta ai soli casi di accertata esclusione della responsabilità penale per un reato commesso con colpa lieve preclude a priori l'effetto di ricondurre in generale la materia della responsabilità medica nell'alveo dell'illecito aquiliano. Oltre a ciò si deve rimarcare l'impraticabilità di un sistema che riconosca marcate differenze di tutela dei pazienti come conseguenza di sottili distinzioni fattuali.

Evidenziate le gravi disfunzioni che la contraria interpretazione pone, non si può, tuttavia, fare a meno di notare la debolezza dell'argomento di fondo della tesi alla quale qui si intende aderire per spiegare il richiamo all'art. 2043 c.c. - la svista del legislatore - che, se da un lato, in tempi di tumultuosa legislazione speciale, costituisce sempre più spesso l'unica spiegazione possibile di norme poco ponderate e dalla discutibile formulazione tecnica, dall'altro, sul piano della corretta interpretazione normativa, presuppone sempre un attento esame che escluda plausibili ragioni alternative, che è quello che si tenterà di fare di qui a poco, non prima di aver sottolineato l'importanza della diversa qualificazione della responsabilità del medico in senso contrattuale ovvero extracontrattuale, non tanto e non solo sul piano teorico ma anche e soprattutto sul piano pratico e operativo. Basti considerare la diversa disciplina della prescrizione, il diverso riparto dell'onere probatorio, con sicuro riferimento all'elemento centrale della colpa ma con significative incursioni anche all'elemento, non meno centrale, del nesso di causalità nonché la differenza dei presupposti e dell'estensione stessa della responsabilità, essendo chiaro che l'applicazione del generale principio del *neminem laedere* presuppone sempre un peggioramento delle condizioni cliniche del paziente che possa configurarsi quale lesione del suo diritto alla salute, mentre la responsabilità contrattuale può sorgere anche nei casi in cui l'intervento colposo del medico non ha

procurato il risultato migliorativo che una corretta terapia avrebbe ragionevolmente determinato, lasciando inalterate le condizioni del paziente.

Ciò posto, va anzitutto osservato come l'interpretazione incline a ravvisare un'applicazione generalizzata dell'art. 2043 c.c. alla responsabilità medica sembra costituire emersione di un forte disagio nella giurisprudenza di merito per l'eccessiva estensione di questo tipo di responsabilità che il modello "contrattualistico" garantirebbe, con specifico riferimento alla ritenuta generalizzata inversione dell'onere probatorio in punto di nesso di causalità (cfr. oltre alla pronunzia delle Sez. Un. nr. 577 del 2008 sopra citata, anche Cass., 29.09.2009, nr. 20806, re. 610445; Cass., 21.07.2011, nr. 15993, re. 619504 e, da ultimo, Cass., 26.02.2013, nr. 4792, re. 625765), che finirebbe col configurare irragionevolmente una responsabilità di tipo essenzialmente oggettivo e relativa ad un risultato, quale l'effettiva guarigione, assai spesso non raggiungibile nonostante le migliori cure a disposizione. Al riguardo preme osservare, da un lato, come molte affermazioni giurisprudenziali sull'inversione dell'onere probatorio riguardo al nesso di causalità siano in realtà riconducibili a peculiarità del caso concreto, con specifico riferimento all'allegazione d'inadempimenti contrattuali particolarmente pregnanti rispetto all'evento dannoso che, in quanto tali, legittimano un accertamento in forza di presunzioni semplici ovvero all'omessa o irregolare tenuta della cartella clinica e, dall'altro, come non manchino pronunzie di legittimità che fanno ancora oggi gravare sul danneggiato il relativo onere probatorio relativo (cfr. Cass., 16.01.2009, nr. 975, re. 606129; Cass., 11.05.2009, nr. 10743, re. 608087; Cass., 13.07.2010, nr. 16394 re. 614280; Cass., 09.10.2012, nr. 17143, re. 623987; massimata in questo senso anche Cass., 09.06.2011, nr. 12686, re. 618137 che però sembra aver in realtà accolto l'opposta interpretazione, a dimostrazione dell'incertezza che regna su questo punto). Considerando la naturale elasticità che nel processo civile assume la ripartizione dell'onere probatorio in relazione alle singole circostanze processuali del caso concreto, non mancano in realtà strumenti volti a ottenere un ragionevole temperamento degli opposti interessi, pur nell'ambito del modello contrattualistico (per un argomentato tentativo in tal senso, anche allargando le maglie della prova liberatoria cfr. Trib. Rovereto, 08.02.2011 Garau c. APSS di Trento in De Jure) e, pertanto, simili preoccupazioni, pur per certi versi condivisibili, non dovrebbero incidere sull'interpretazione della nuova norma.

Per risolvere la questione interpretativa conviene allora partire dal rilievo che la norma in vigore è significativamente diversa da quella approvata in sede di decretazione d'urgenza perché l'originario art. 3, comma 1 testualmente recitava: "Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate della comunità scientifica nazionale e internazionale". Evidente anzitutto la differenza di oggetto, perché la norma originaria disciplinava la sola responsabilità civile, confermandone espressamente la natura contrattuale, mentre quella attuale disciplina principalmente la responsabilità penale. Scarne sono le indicazioni provenienti dai lavori preparatori sulle ragioni di un così profondo cambiamento che, tuttavia, sembrano da doversi ricercare nei rilievi mossi dal relatore in sede di Commissione Giustizia della Camera all'originaria formulazione, volti ad evidenziare l'incoerenza di un sistema che ammetta che per uno stesso fatto un soggetto possa rispondere penalmente ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato

commesso. Ecco allora che si è deciso di escludere espressamente la responsabilità penale e di precisare che, tuttavia, resta fermo l'illecito civile, riportando in coerenza il sistema con previsione di un illecito civile avente un'estensione maggiore e non minore di quello penale. In questa prospettiva il richiamo all'art. 2043 c.c. si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata dalla giurisprudenza come contrattuale ma, più semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art. 185 c.p., è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale, non quella contrattuale che riposa su distinti presupposti.

Già in questo modo la norma sembra trovare una più ragionevole giustificazione, ma si può azzardare, sviluppando le indicazioni che precedono, un'interpretazione ancora più "rivoluzionaria" che attribuisca un senso sul piano strettamente tecnico, oltre che sul piano sistematico e teorico, al richiamo all'art. 2043 c.c. In particolare l'espressione d'esordio della norma "in tali casi" potrebbe essere intesa non solo sul piano sostanziale, riferita cioè ai casi in cui il medico non risponda penalmente per colpa lieve per essersi attenuto ad accreditate linee guida ma, in modo ben più pregnante, anche sul piano processuale, ossia riferita ai casi in cui l'azione civile sia stata in concreto esercitata in sede penale, l'imputato sia stato proscioltto dall'accusa, in applicazione della nuova norma, ammettendo il risarcimento del danno senza obbligare la parte civile ad instaurare un nuovo autonomo giudizio civile. Insomma, in base a questa lettura, la norma prevede una deroga di particolare rilievo ed operante già in primo grado, all'accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale, come è noto desumibile dall'art. 538, comma 1 c.p.p. che legittima il giudice penale a decidere sulla domanda di risarcimento sul presupposto della condanna penale, ulteriore a quelle già previste dagli artt. 576 e 578 c.p.p. per i casi rispettivamente dell'impugnazione della parte civile ai soli fini della responsabilità civile e di declaratoria di estinzione del reato per amnistia e prescrizione in grado di appello dopo una condanna in primo grado (per la prima Cass. pen. Sez. un., 19.07.2006, nr. 25083 re. 233918 l'ha definitivamente sganciata dal presupposto della pronuncia di una condanna in primo grado). In effetti questa interpretazione riposa sulla semplice presa d'atto che esiste un caso in cui la responsabilità civile del medico è tecnicamente azionata obbligatoriamente a norma dell'art. 2043 c.c., costituita proprio dalla domanda di risarcimento danni proposta nel processo penale attraverso la costituzione di parte civile che, essendo una domanda di risarcimento danni conseguenti ad un reato, non può giovare dei più favorevoli presupposti della responsabilità contrattuale.

Per corroborare una soluzione che certo può apparire avventata vale la pena di osservare come il proscioglimento dell'imputato in applicazione della nuova norma riposa necessariamente sul positivo accertamento di una colpa lieve del medico, oltre che di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità e, in particolare, del nesso di causalità e, pertanto, il giudice penale ha modo di procedere alla condanna del risarcimento del danno in favore della parte civile ed in forza dell'art. 3, comma 1 seconda parte cit., senza necessità di procedere ad alcun approfondimento istruttorio ulteriore, almeno in punto an debeatur. Sul piano più generale va poi ricordato come il presupposto della condanna penale previsto dall'art. 538, comma 1 c.p.p. sia stato da più parti criticato perché difficilmente armonizzabile col principio di piena autonomia tra giudizio civile e giudizio penale accolto nel vigente codice di procedura penale (sul quale cfr. da ultimo Cass. pen. Sez. un. 26.01.2011, nr. 768, re. 616366), tanto da

consigliarne l'abbandono almeno tutte le volte in cui la sentenza di proscioglimento implichi necessariamente l'accertamento di tutti i fatti costitutivi della responsabilità civile, esattamente come si verifica nel caso in esame. Imporre in tali casi un distinto giudizio civile, dopo la costituzione di parte civile nel processo penale, comporta inevitabilmente un inutile dispendio di attività processuale.

L'indicata interpretazione può determinare significative ricadute anche sul versante penalistico, oltre ad agevolare l'individuazione del senso e della giustificazione dell'ultima parte dell'art. 3, comma 1 cit., relativo alla liquidazione del danno.

Sotto il primo profilo e pur dovendosi ammettere la plausibilità e l'autorevolezza dell'interpretazione sopra riportata tendente a riconoscere una modifica, in senso delimitativo, della tipicità del fatto punito dagli artt. 589 e 590 c.p. (omicidio e lesioni colpose), non si può fare a meno di notare l'anomalia di un simile effetto ad opera di una norma speciale che non solo non incide direttamente né sul precetto delle norme incriminatrici né sulle norme di parte generale pertinenti (in particolare l'art. 43 c.p.), ma che omette persino di descrivere in positivo gli elementi costitutivi della responsabilità. In effetti la norma non dice che in tali casi il medico risponde per colpa grave ma che non risponde per colpa lieve. Un simile tenore letterale sembra piuttosto meglio riferibile ad una causa di non punibilità in senso stretto, che consentirebbe di far ritenere sussistente un vero e proprio reato, in tutti i suoi presupposti, che tuttavia non risulta punibile per mere ragioni di opportunità politica riconducibili alla necessità di limitare la c.d. medicina difensiva e a garantire al medico la necessaria tranquillità nell'eseguire le proprie delicate e spesso difficili scelte, sgravandolo dalla preoccupazione di una possibile responsabilità penale, almeno tutte le volte in cui si attenga alle accreditate linee guida, salvo la colpa grave.

Così interpretata la norma, il riferimento all'art. 2043 c.c., lungi dal costituire una svista del legislatore, è pienamente condivisibile perché riferibile ad una tipica responsabilità civile da reato, benché non punibile sul piano penale. Infatti, il giudice penale che proscioglie l'imputato applicando la nuova causa di non punibilità, sulla base dell'accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 589 (o 590) c.p., può accogliere la domanda di risarcimento del danno proposta dalla parte civile solo a norma dell'art. 2043 c.c., non certo a titolo di responsabilità contrattuale.

Infine, l'indicata interpretazione consente di attribuire un senso compiuto e coerente anche all'ultimo inciso della norma sulla determinazione del risarcimento del danno, che altrimenti resterebbe privo di qualsiasi plausibile giustificazione ed in insanabile contrasto con la prevalente funzione riparatoria comunemente riconosciuta alla responsabilità civile da atto illecito. Infatti, la necessità di tenere debitamente conto a questi fini del fatto che il medico in colpa si sia attenuto ad accreditate linee guida, se ricondotta nell'ambito di una ben circoscritta fattispecie di responsabilità civile da reato, può essere agevolmente spiegata come un'apertura da parte del legislatore alla possibile funzione sanzionatoria che, come è noto, trova proprio in quest'ambito la sua applicazione privilegiata, con superamento dell'ingiustificata totale chiusura talvolta espressa nella giurisprudenza di legittimità (cfr., ad es., Cass. 19.01.2007, nr. 1183, re. 596200 e Cass., 08.02.2012, nr. 1781, re. 621332). In effetti se la gravità del reato è anche desumibile "dalla intensità del dolo o dal grado della colpa" (cfr. art. 133, comma 1 nr. 3 c.p.) è del tutto ragionevole immaginare che questo stesso elemento possa svolgere un suo ruolo anche sulla misura del risarcimento, almeno nei casi in cui abbia ad oggetto un danno non patrimoniale (cfr. art. 185, comma 2 c.p.), privo come tale di

sicuri criteri di determinazione di tipo patrimoniale. Né questo tipo di impostazione, a ben vedere, appare inconciliabile con la prevalente funzione riparatoria tradizionalmente assegnata alla responsabilità civile, considerando che anche il sentimento di avvillimento, la sofferenza ed il patema d'animo della persona offesa ben possono essere condizionati, anche in misura rilevante, dalla pregnanza dell'elemento psicologico dell'autore del reato e persino dai moventi dell'azione.

Resta infine da sottolineare come la funzione sanzionatoria sia qui utilizzata in senso delimitativo dell'obbligo risarcitorio e non, come tradizionalmente avviene, in senso estensivo, sulla base di una concorrente evidente ratio di contenimento dei costi dei servizi sanitari. Infatti, il risarcimento del danno viene contenuto in considerazione della ritenuta ed accertata lievità della colpa del medico che si sia attenuto ad accreditate linee guida, mentre la limitazione non si applica non solo alle ipotesi di colpa per violazione delle linee guida ma neppure quando la colpa per osservanza sia valutata come grave. A questa conclusione sembra potersi pervenire attraverso lo stretto collegamento col periodo precedente testualmente riferito ai casi di colpa per violazione ritenuti di lieve entità e, come tali escludenti la responsabilità penale. A ben vedere la norma finisce così col costituire un ulteriore disincentivo, oltre ai numerosi già previsti, alla costituzione di parte civile nel processo penale per responsabilità medica, perché il danneggiato in quella sede non solo non può giovare degli indiscutibili vantaggi offerti dalla responsabilità contrattuale, soprattutto in riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, ma si espone anche al rischio di ottenere un risarcimento diminuito pur in presenza di un positivo accertamento della colpa del medico e di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità.

4. Il giudizio sulla responsabilità.

Precisato come la riforma fa salva tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale sulla natura contrattuale ovvero da inadempimento che occorre riconoscere alla responsabilità del medico, con conseguente piena applicazione al caso di specie dell'art. 1218 c.c. e passando al giudizio sulle responsabilità, occorre sottolineare come l'attore abbia assolto all'onere di allegazione di un inadempimento qualificato rispetto al danno lamentato. Precisamente ha allegato un duplice profilo di inadempimento, imputabile il primo ai soli Ospedali Riuniti di Bergamo ed il secondo ad entrambi i convenuti. Da un lato ha infatti allegato un inadempimento relativo alle concrete modalità di esecuzione dell'intervento chirurgico eseguito a Bergamo in data 23.10.2007 che avrebbero reso possibile l'infezione che ha poi procurato l'artrite settica e, dall'altro, l'omessa e ritardata diagnosi dell'infezione ormai sviluppatasi.

Come già si è anticipato analizzando la CTU il primo profilo deve ritenersi infondato, mentre fondato è il secondo.

Infatti, il CTU, quanto al primo profilo, pur accertando l'origine nosocomiale dell'infezione in questione, individuando come verosimile porta d'ingresso proprio l'intervento chirurgico del 23.10.2007, ha pur tuttavia escluso qualsiasi inadempimento da parte degli Ospedali Riuniti di Bergamo in merito, precisando che la profilassi antibiotica somministrata nel corso dell'intervento chirurgico risulta in tutto conforme alle Linee guida nazionali dell'Istituto Superiore di Sanità sulla profilassi antibiotica in chirurgica dell'adulto. A ciò si aggiunga che il convenuto ha dimostrato a mezzo di documenti di aver predisposto un adeguato protocollo operativo in ordine alla sterilizzazione a vapore dei dispositivi medici utilizzati per la cura e l'assistenza del

malato (cfr. doc. 2) e di aver in concreto proceduto ad adeguata sterilizzazione dello strumento chirurgico utilizzato per l'intervento in questione (cfr. doc. 5).

L'assenza di evidenze cliniche che imponessero o consigliassero nel caso concreto misure aggiuntive di prevenzione, rispetto a quelle imposte in via astratta dalla linee guida che sono state scrupolosamente osservate, rende evidente come non sia possibile predicare nella specie un inadempimento a carico del convenuto in ordine alla complicità sviluppatosi, che deve pertanto più correttamente ritenersi imputabile al fortuito. E' noto, infatti, che non tutte le complicanze sono scongiurabili mediante le opportune misure di prevenzione e quando esse si manifestano nonostante sia accertato che i sanitari hanno posto in essere tutto quanto è dalla scienza medica messo loro a disposizione per scongiurarle, come accaduto nel caso di specie, deve senz'altro escludersi l'inadempimento all'obbligazione di cura nei confronti del paziente. Imputare alla struttura sanitaria anche le complicanze inevitabili ed imprevedibili, nonostante l'apprestamento delle misure di prevenzione disponibili, significherebbe trasformare irragionevolmente l'obbligazione di cura in un vero e proprio contratto di assicurazione contro gli infortuni.

Neppure in riferimento ai giorni immediatamente successivi all'intervento è possibile muovere rimproveri di sorta al convenuto, tenuto conto che il CTU non ha ravvisato anomalie nell'immediato decorso post-operatorio e che risultano ben 3 somministrazioni di antibiotico nelle 24 ore, pur in assenza di evidenze cliniche che le imponessero.

La domanda per questa parte deve pertanto essere respinta atteso che il convenuto, a mezzo della documentazione clinica e della CTU, ha adeguatamente dimostrato come l'inadempimento allegato dall'attore in realtà è inesistente.

Quanto al secondo profilo di inadempimento allegato, invece, come pure già si è visto, il CTU ha ravvisato uno specifico ritardo colposo nella diagnosi dell'infezione in atto, alla luce delle evidenze cliniche, sopra dettagliatamente riportate, che se adeguatamente apprezzate nel loro complesso avrebbero dovuto portare ad avanzare perlomeno il sospetto diagnostico sin dai primi di novembre 2007. Né la circostanza che le evidenze cliniche non erano in grado di formulare senz'altro una diagnosi di infezione in atto assume alcun rilievo esimente da responsabilità dei convenuti, perché il CTU ha giustamente precisato che se fosse stato posto il sospetto diagnostico si sarebbero dovuti eseguire i necessari approfondimenti diagnostici e terapeutici (artrocentesi con esame culturale e microbiologico del liquido aspirato ed accertamenti strumentali, in particolare la RMN) che avrebbero senz'altro consentito di superare lo stato di dubbio e di impostare la corretta terapia, come in effetti poi avvenuto a partire dal 06.12.2007.

Il rimprovero, come pure già si è visto, è imputabile anzitutto alla Casa di Cura Eremo di Arco, dove l'attore è rimasto ricoverato dal 29.10 al 15.11.2007 e poi anche agli Ospedali Riuniti di Bergamo in riferimento alla visita del 26.11.2007 nel corso della quale veniva eseguita un'artrocentesi con uno svuotamento di un cospicuo versamento (50 cl.), ancora senza minimamente porre il sospetto diagnostico di infezione, posto alla fine solo il 06.12.2007 presso l'Ospedale di Rovereto, con prescrizione di immediata copertura antibiotica e definitivamente confermato a mezzo degli esami culturali eseguiti a Bergamo il 17.12.2007.

Pertanto, per questa parte, non solo i convenuti hanno fallito la prova dell'insussistenza dell'inadempimento da parte loro ma dai documenti clinici in atti e dalla CTU è emersa in positivo la prova dell'inadempimento, certamente a loro imputabile a titolo di colpa, con conseguente accoglimento della domanda di risarcimento.

Il ritardo nella diagnosi ha determinato, secondo le condivisibili valutazioni del CTU, che sono rimaste significativamente prive di rilievi critici da parte dei CTP, sia un grave ritardo nella guarigione sia maggiori esiti invalidanti permanenti residuati, come sopra dettagliatamente precisati.

Il relativo danno non patrimoniale da lesione al diritto della salute costituirà oggetto del risarcimento del danno, restando assorbita la domanda per lesione delle chances di guarigione, essendo stata accolta la domanda proposta in via principale.

Invece la domanda deve essere rigettata in ordine al danno patrimoniale, perché il CTU ha escluso qualsiasi danno da lesione alla capacità lavorativa specifica dalla minima invalidità permanente residuata. La valutazione merita pieno accoglimento considerando che: a) l'invalidità permanente oggetto di risarcimento è minima (5%) ed è ben nota la presunzione che per i lavori manuali non sussiste alcuna lesione alla capacità lavorativa specifica in caso di invalidità permanente inferiori al 10%; b) in sede di visita medico legale lo stesso attore ha manifestato un mero disagio alla guida di mezzi pesanti, mentre ha ammesso di guidare regolarmente l'autovettura (cfr. CTU, pg. 8) e deve pertanto escludersi la ricorrenza dell'allegata impossibilità a guidare mezzi pesanti; c) in ogni caso va ricordato che l'attore ha subito il 06.03.2006 un gravissimo incidente stradale che ha comportato gravi lesioni in numerosi distretti corporali e, pertanto, si deve ritenere che l'eventuale difficoltà a svolgere le mansioni lavorative in precedenza svolta siano in realtà riconducibili non al danno di origine iatrogena, oggetto del presente processo, ma alle ben più gravi lesioni in questione.

Per analoghe ragioni va anche escluso l'allegato danno da lesione di chances lavorative ed il danno non patrimoniale da c.d. cenesesi lavorativa.

5. La liquidazione del danno.

Venendo alla liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute, va premesso che nel caso in esame non viene in considerazione l'ultimo inciso del comma 1 dell'art. 3 d.l. nr. 158 del 2012, perché l'inadempimento accertato posto a fondamento della domanda (la ritardata diagnosi dell'infezione articolare in atto) non ha comportato alcuna questione di osservanza di accreditate linee guida. Viceversa una questione di questo tipo si è posta in riferimento al primo profilo di inadempimento dall'attore allegato, relativo all'infezione sviluppatasi durante l'intervento chirurgico al ginocchio eseguito a Bergamo il 23.10.2007 in riferimento al quale, però, la domanda è stata respinta.

Precisato quindi che la liquidazione del danno deve avvenire secondo gli usuali criteri, l'attore ha invocato le più favorevoli tabelle milanesi, mentre i convenuti, anche attraverso l'espresso richiamo del cit. art. 3, comma 3 d.l. nr. 158 del 2012 (che dispone: "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tenere conto della fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo") hanno ritenuto applicabili le meno generose tabelle per le c.d. micro permanenti previste dall'art. 139 cod. ass.

Ritiene questo Giudice di dover aderire a questa seconda soluzione, pur dovendosi convenire, con la difesa dell'attore, che il cit. art. 3, comma 3 non può trovare in senso proprio applicazione al caso in esame *ratione temporis* perché, trattandosi di norma sostanziale e non processuale, è insuscettibile di applicazione retroattiva (cfr. art. 11,

comma 1 delle preleggi) e, pertanto, a danni verificatisi prima della sua entrata in vigore.

Sennonché costante è l'interpretazione di questo Tribunale che ritiene applicabile in via analogica il cit. art. 139 cod. ass. anche al di fuori dai casi in essi previsti (danni determinati da circolazione stradale), perché il criterio legale previsto di liquidazione del danno da micropermanenti trova applicazione nella maggioranza statistica dei casi, considerando la grande diffusione dei danni da circolazione stradale e, come tale, può assumersi come parametro di riferimento generale per la liquidazione equitativa di danni analoghi, pur aventi diversa causa (per una concreta applicazione in caso di responsabilità medica cfr. Trib. Rovereto del 24.09.2010, Bais c. Gorga). Questa conclusione si giustifica sui rilievi che le varie tabelle in uso presso i tribunali ed elaborate dalla prassi non costituiscono criteri di liquidazione vincolanti per il giudice ma solo dei criteri guida per la liquidazione equitativa del danno e che in presenza di criteri legali fissati dal legislatore, sia pure per una tipologia di danni individuata in ragione del tipo di illecito che ne costituisce la causa, appare conforme al principio di uniformità di trattamento applicare quei criteri in via analogica, anche ai casi non strettamente rientranti nell'ambito di applicazione della legge, non potendosi tollerare che una liquidazione equitativa del danno comporti discipline tanto diverse per danni sostanzialmente analoghi. E' infatti evidente che una micropermanente comporta per il danneggiato le medesime conseguenze pregiudizievoli a prescindere dal tipo di illecito che l'ha causata.

Da questo punto di vista l'art. 3, comma 3 d.l. cit. si è limitato a prevedere espressamente un'estensione già operante a livello interpretativo, in un settore in cui l'obiettivo di riduzione dei costi assume un rilievo di particolare rilevanza analogo a quanto si verifica nel settore della r.c. auto. Naturalmente si è ben consapevoli che sono possibili, e sono state date nella giurisprudenza di merito, letture diverse sulla base del rilievo che proprio l'espressa previsione in un settore distinto da quello originario della r.c. auto, giustifica la conclusione che nei casi non previsti il criterio legale di liquidazione delle c.d. micro permanenti non può trovare applicazione, essendo altrimenti la nuova norma inutile, ma si tratta di rilievi che si ritiene allo stato non sufficienti a mutare la consolidata giurisprudenza di questo Tribunale nei termini sopra indicati (analogamente deve dirsi per le contrarie argomentazioni contenute in Cass., 07.06.2011, nr. 12408, re. 618047, in Resp. civ. prev., 2011, 10, 2018 che sul punto devono ritenersi meri *obiter dicta*, perché il caso deciso dalla S.C. era relativo ad una c.d. macropermanente).

Del pari costante nella giurisprudenza di questo Tribunale è il riferimento ai valori vigenti al momento in cui il danno si verifica, spesso convenzionalmente individuato al momento del sinistro. Nel caso di specie, considerando la lunga evoluzione clinica della malattia può assumersi come data convenzionale dell'intero danno il 17.12.2007 che è la data di diagnosi certa dell'infezione in atto, attraverso l'esame colturale del liquido articolare eseguito presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo.

Considerando pertanto l'aggiornamento degli importi di cui al d.m. 12.06.2007 (in G.U. nr. 141 del 20.06.2007) e l'età di 23 anni dell'attore (nato il 24.05.1984), il danno da invalidità permanente dell'8% è pari ad euro 11.921,55 (= 697,92 x 8 x 2,1 - il 6%). Considerando che il danno da invalidità permanente del 3% (assumendo il valore più favorevole al danneggiato tra quelli indicati in alternativa dal CTU) che comunque sarebbe conseguita dalla patologia di base al legamento crociato pur in assenza di

responsabilità professionale, ammonta ad euro 2.361,76 ($=697,92 \times 3 \times 1,2 - 6\%$), ne segue che il danno differenziale, imputabile alla responsabilità medica, è pari ad euro 8.659,79 ($= \text{euro } 11.021,55 - 2.361,76$), corrispondente al 5% di invalidità, calcolata sui 5 punti "superiori" rispetto all'invalidità globale dell'8%.

Viceversa, il danno da inabilità temporanea, liquidato mediante il valore di euro 40,72 al giorno, previsto dal suddetto d.m. per l'inabilità temporanea assoluta, ammonta a complessivi euro 13.213,64 (euro 3.379,76 per gli 83 gg. di inabilità temporanea assoluta, euro 1.221,60 per i 40 gg. di parziale al 75%, euro 5.1451,08 per i 253 gg. di parziale al 50% ed euro 3.461,20 per i 340 gg. di parziale al 25%).

Il danno non patrimoniale da lesione al diritto alla salute (c.d. danno biologico) è pertanto pari complessivamente ad euro 21.873,43 (euro 8.659,79 per l'invalidità permanente ed euro 13.213,64 per l'inabilità temporanea).

In ragione della sofferenza morale che deve ritenersi accertata a mezzo di presunzione, in considerazione dei normali patemi che una patologia protrattasi per un così lungo lasso temporale e che ha reso necessari ripetuti interventi terapeutici e ricoveri ospedalieri (per la descrizione dettagliata cfr. CTU), il danno non patrimoniale complessivo deve essere stimato in complessivi euro 27.000,00.

A tal fine, ancora in applicazione di una costante giurisprudenza di questo Tribunale, non si è ritenuto di fare applicazione del limite legale del quinto previsto dall'art. 139, comma 3 cod. ass., formatasi all'esito del noto intervento in materia delle Sezioni Unite della Cassazione, con le quattro sentenze gemelle del 28 novembre 2008 (dal nr. 26972 al nr. 26975), in base alla quale: "a) le tabelle normalmente in uso per la liquidazione del danno biologico hanno ad oggetto non la lesione del diritto alla salute in sé e per sé considerata, come si affermava in passato, ma le conseguenze pregiudizievoli che, nella normalità dei casi, si promanano dalla lesione all'integrità psico-fisica sul piano esistenziale, ossia sul piano delle attività realizzatrici e relazionali, nessuna esclusa; b) ciò esclude che possa essere aggiunta una somma ulteriore a titolo di "danno esistenziale", avendo questo ad oggetto le medesime conseguenze pregiudizievoli, mentre è possibile ottenere un adeguamento ove si allegghi e si dimostri che, nel caso concreto, quella lesione ha provocato nella vita del danneggiato conseguenze pregiudizievoli superiori alla normalità dei casi; c) dai valori tabellari restano, invece, escluse le sofferenze fisiche e psichiche, in passato ricondotte alla categoria del danno morale, la cui sussistenza, da allegare e provare nel caso concreto, anche a mezzo di semplici presunzioni, impone l'adeguamento del valore tabellare in relazione alla loro effettiva pregnanza, senza alcun automatismo ma neppure alcun limite precostituito..." (cfr. Trib. Rovereto, 30.06.2009 Holfeld/Masiero/Chemini/Fondiaria-Sai/UCI, alla quale si rimanda per l'analitica motivazione dei singoli punti).

Nel caso si faccia applicazione di criteri legali di determinazione del danno biologico, come l'art. 139 cod. ass., si impone una precisa identificazione dell'oggetto del risarcimento, al fine di adeguare la corretta liquidazione equitativa del danno al mutato contesto concettuale di riferimento. Da questo punto di vista non può sfuggire che l'art. 139 cod. ass. (e l'art. 138 cod. ass.), come emerge con chiarezza dal tenore letterale della definizione del c.d. danno biologico offerta nel comma secondo, considera unicamente gli aspetti "esterni" (o esistenziali) quali conseguenze pregiudizievoli della lesione al diritto alla salute, con esclusione degli aspetti "interni" (sofferenza psichica, in passato qualificata in termini di danno morale, che non a caso si era soliti aggiungere alla valutazione del danno biologico), con la conseguenza che i limiti di adeguamento

personalizzato dalla norma previsti non possono che essere riferiti appunto ai medesimi aspetti e non anche alla sofferenza interna. Per l'adeguamento del danno non patrimoniale al caso concreto, al fine di considerare anche la sofferenza psichica, non può quindi ritenersi operante il limite legale del quinto, previsto dall'art. 139, comma 3 cod. ass., che trova invece applicazione all'adeguamento reso necessario quando la lesione abbia procurato nel caso concreto conseguenze pregiudizievoli "esistenziali" significativamente maggiori di quanto si verifica nella normalità dei casi.

Questo tipo di adeguamento nel caso di specie non è dovuto perché l'attore non ha allegato, prima ancora di non aver provato, che per lui quelle minime lesioni hanno procurato conseguenze esistenziali maggiori dall'ordinario.

L'attore ha pertanto diritto ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, come sopra liquidato in euro 27.000,00.

A titolo di rivalutazione monetaria ed interessi per il ritardato pagamento, sulla base dei criteri suggeriti dalla nota sentenza a Sezioni Unite nr. 1712/95 ed in base ad una valutazione equitativa, fondata sull'andamento nel periodo in considerazione degli interessi legali, da un lato, e della svalutazione monetaria, dall'altro, appare equo riconoscere un 4% in ragione annua dal 17.12.2007, momento che si è assunto convenzionalmente di produzione del danno, al saldo effettivo.

Poiché il danno complessivo è stato determinato dalla concorrente colpa dei convenuti, entrambi i convenuti vanno condannati in solido tra loro ed in favore dell'attore la somma sopra indicata, oltre al 4% annuo dal 17.12.2007 al saldo effettivo, essendo giuridicamente infondate le pretese dei convenuti di graduare la condanna nei loro confronti in relazione all'effettivo grado di responsabilità accertato. A norma dell'art. 2055, comma 1 c.c., infatti, "se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno".

Benché non appartenga all'oggetto del presente giudizio la ripartizione interna delle responsabilità tra corresponsabili, non avendo nessuno dei due convenuti proposto domanda di regresso, al solo fine di scongiurare inutili liti future, va precisato che la ripartizione proposta dal CTU di 2/3 a carico della casa di cura Eremo di Arco e di 1/3 a carico degli Ospedali Riuniti di Bergamo deve ritenersi del tutto condivisibile, con ciò dovendosi dichiarare infondate le contrapposte difese dei convenuti, perché adeguatamente motivata e conforme al criterio legale di cui all'art. 2055, comma 2 c.c. (norma applicabile anche in materia di concorso di responsabilità contrattuali, sulla base dell'unico presupposto dell'unitarietà del fatto dannoso: cfr., per tutte, Cass., 25.05.2005, nr. 11081, re. 581534), secondo il quale la ripartizione del danno tra corresponsabili avviene "nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate". Nel caso di specie il CTU ha spiegato che "in caso di artrite settica è fondamentale la tempestività della diagnosi in quanto il trattamento deve esser impostato il più velocemente possibile", con ciò adeguatamente argomentando il giudizio di maggior rilievo causale riconosciuto all'omessa diagnosi imputabile alla casa di cura Eremo di Arco, che già ai primi di novembre 2007 avrebbe dovuto porre il sospetto di infezione in atto. L'omessa diagnosi ascrivibile agli Ospedali Riuniti di Bergamo durante la visita del 26.11.2007 è meno rilevante perché i trattamenti terapeutici che a quel punto si sarebbero potuto porre in essere avrebbero scongiurato il danno poi verificatosi in misura minore e con minori probabilità di successo. D'altra parte va disatteso il rilievo difensivo della totale irrilevanza del ritardo in questione, non superiore ai 10 giorni (considerando che il sospetto diagnostico fu poi

posto il 06.12.2007 durante la visita presso l'Ospedale di Rovereto), sulla base, da un lato, della valutazione del CTU che, evidentemente, ha ritenuto rilevante anche il ritardo di questi 10 giorni e, dall'altro, del rilievo che agli Ospedali Riuniti di Bergamo è ascrivibile una colpa più grave, ancorché di minore rilevanza causale, dal momento che l'omessa diagnosi è avvenuta in un momento in cui i segni clinici dell'infezione erano più evidenti e durante un intervento sanitario di natura terapeutica (e non riabilitativa come quelli posti in essere ad Arco).

All'accoglimento della domanda, sia pure in via solo parziale, consegue la condanna dei convenuti, in via solidale tra loro, alla rifusione delle spese processuali in favore dell'attore, liquidate come da dispositivo, tenendo in considerazione le sole attività necessarie ai fini del decidere, oltre alle spese di CTU liquidate provvisoriamente in corso di causa a carico dell'attore.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Rovereto definitivamente pronunciando sulle domande proposta da A.C. contro Ospedale Riuniti di Bergamo e Casa di cura Eremo di Arco così provvede:

1. in parziale accoglimento della domanda condanna gli Ospedali Riuniti di Bergamo e la Casa di cura Eremo di Arco al pagamento, in solido tra loro ed in favore dell'attore A.C. della somma di euro 27.000,00 oltre al 4% annuo dal 17.12.2007 al saldo effettivo.
2. Condanna gli Ospedali Riuniti di Bergamo e la Casa di cura Eremo di Arco alla rifusione, in solido tra loro ed i favore dell'attore A.C., delle spese processuali che liquida in euro 4.000,00 per competenze, oltre IVA e CPA come per legge nonché in euro 2.590,00, oltre IVA e Cassa Previdenza per spese di CTU.

Rovereto, 29.12.2013.

IL GIUDICE (dott. Riccardo Dies)

TRIBUNALE DI ROVERETO, sentenza 29 dicembre 2013; A.C. (Avv. CANESTRINI), c. Casa di cura Eremo di Arco (Avv.ti TABARELLI DE FATIS e ZAMPICCOLI), Ospedali riuniti di Bergamo (Avv.ti SAIANI e MUNAFÒ).

Responsabilità civile - Esercenti professioni sanitarie - Linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica - Colpa Lieve - Non sussiste (Cod. civ., art. 2043; Cod. pen., artt.43 e 185;D.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 comma 1, c.d. Balduzzi, convertito, con modificazioni, in l. 8 novembre 2012 n. 189, Norme in materia di sanità)

Risarcimento del danno - Danno biologico - Attività dell'esercente professione sanitaria - Lesioni c.d. micropermanenti – Analogia - Danni da circolazione stradale - Art. 139 cod. ass. - Principio uniformità di trattamento – Liquidazione equitativa del danno dal giudice (Cod. civ., art.1226; D.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 comma 3, c.d. Balduzzi, convertito, con modificazioni, in l. 8 novembre 2012 n. 189, Norme in materia di sanità; D.l.7 settembre 2005, n.209, art. 139; Norme del codice delle assicurazioni sul risarcimento del danno)

A seguito del decreto legge n.158 del 2012 (c.d. Balduzzi), che esclude per l'esercente la professione sanitaria la responsabilità penale per colpa lieve di colui che segue linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (necessità di limitare la c.d. medicina difensiva), resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043, che si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata come contrattuale (responsabilità del medico da contatto sociale qualificato)ma, più semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art. 185 c.p. è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale. Si evita così un'eccessiva estensione che, diversamente interpretata, invertirebbe l'onere della prova in punto di nesso di causalità, quasi a configurare irragionevolmente una responsabilità di tipo oggettivo e relativa ad un risultato, quale l'effettiva guarigione, spesso non raggiungibile nonostante le migliori cure a disposizione. (1)

L'art. 139 cod. ass., richiamato, inoltre, dall'art. 3 comma 3 d.l. 158 del 2012 (non applicabile al caso di specie ratione temporis perché, trattandosi di norma sostanziale e non processuale, è insuscettibile di applicazione retroattiva), anche al di fuori dai casi tassativamente previsti (danni determinati da circolazione stradale), può assumersi come parametro di riferimento generale per la liquidazione equitativa di danni analoghi (lesioni c.d. micropermanenti), pur aventi diversa causa, conformemente al principio di uniformità di trattamento. Infatti, le varie tabelle in uso presso i tribunali ed elaborate dalla prassi non sono vincolanti per il giudice, ma sono solo dei criteri guida per la liquidazione equitativa del danno (art.1226). (2)

(1) In giurisprudenza, specialmente a seguito dell' art.3,d.l. 13 settembre 2012, n. 158, c.d. Balduzzi, si riscontrano numerosi precedenti, molti dei quali discordanti fra loro, volti a verificare se la riforma abbia significativamente modificato o meno il quadro concettuale di riferimento della responsabilità professionale del medico. Secondo alcuni, come nel caso in esame, l'esimente penale non elide l'illecito civile, restando fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ., come clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili, quale è la salute. La novella contenuta nel decreto, dunque, si limita ad indicare una particolare evoluzione del diritto penale vivente, col fine di agevolare l'utile esercizio dell'arte medica, evitando il pericolo di pretestuose azioni penali, senza modificare tuttavia la materia della responsabilità civile che segue le sue regole consolidate, non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche, e, soprattutto, per la cosiddetta "responsabilità contrattuale" del medico e della struttura sanitaria da contatto sociale. (Cass. civ., sez. III, 19 Febbraio 2013, num. 4030, fonte *Guida al diritto* 2013, 17, 25, voce *Responsabilità civile di professionisti medici e paramedici*). Così anche, in Cass. civ., sez. VI, 17 Aprile 2014, num. 8940, *Foro it., Rep. 2014*, viene evidenziato come il fatto che il legislatore ometta di precisare in che termini la responsabilità penale si riferisca all'esercente la professione sanitaria comporta che la norma nell'inciso in cui sancisce che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ. (in lege aquilia et levissima culpa venit) sta a significare che il legislatore si sia soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma

non abbia inteso, di certo, prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. Non sembra ricorrere, dunque, alcunché che induca al superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni. In punto di diritto, alla stregua del costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, quindi, si osserva che la responsabilità dell'ente ospedaliero per i danni provocati dal medico o da un suo dipendente al paziente per errori nella terapia o nell'intervento chirurgico ha natura contrattuale di tipo professionale, trovando fondamento in un contratto autonomo ed atipico, definito come contratto di ospedalità o contratto di assistenza sanitaria (cfr. Cass. civ., n. 4792 del 2013 in *Dejure.it*; Cass. civ., n. 8826 del 2007 in *Foro.it*; Cass. civ., n. 1698 del 2006; Cass. civ., n. 571 del 2005; Cass. civ., n. 9556 del 2002 in *Giur.it*; Cass. Civ., n. 12233 del 1998 in *Giur.it*; Cass. Civ., n. 7336 del 1998; Cass. Civ., n. 4152 del 1995 in *Foro.it*; Cass. Civ., n. 5939 del 1993 in *Giur.it*).

Nella giurisprudenza di merito il richiamo esplicito alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito (art. 2043) è stato visto da alcuni come una sorta di “atecnico” rinvio alla responsabilità risarcitoria dell'esercente la professione sanitaria (in tal senso, fra gli altri, Tribunale di Arezzo 14/2/2013 e Tribunale di Cremona 19/9/2013 in *Dejure.it*), mentre da altri (Tribunale di Varese 29/12/2012) come un'indicazione legislativa (di portata indirettamente/implicitamente interpretativa) volta a chiarire che, in assenza di un contratto concluso con il paziente, la responsabilità del medico non andrebbe ricondotta nell'alveo della responsabilità da inadempimento/inesatto adempimento (comunemente detta «contrattuale») bensì in quello della responsabilità da fatto illecito (comunemente detta «extracontrattuale»). Secondo i primi si tratterebbe di una svista del legislatore, un errore involontario nella formulazione della norma, inidoneo in quanto tale a modificare il quadro concettuale di riferimento e la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico, con una soluzione che tende giustamente a prevalere (cfr. Cass., 19.02.2013, nr. 4030 e Trib. Arezzo 14.02.2013 entrambe in *Danno e Resp.*, 2013, 367 ss.). Per gli altri, invece, si tratterebbe di una scelta consapevole del legislatore intesa a qualificare in senso extracontrattuale la responsabilità del medico che imporrebbe pertanto l'abbandono della consolidata giurisprudenza che, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, la qualifica sempre come contrattuale, eventualmente in forza del “contatto sociale” (in questo senso cfr. Trib. Varese 26.11.2012 e Trib. Torino 26.02.2013, entrambe in *Danno e Resp.*, 2013, 373 ss., le quali peraltro desumono diverse conseguenze, perché per la prima la riforma suggerisce “l'adesione al modello di responsabilità civile medica come designato anteriormente al 1999” che, come è noto, discriminava i casi in cui sia ravvisabile un contratto in senso tecnico, mentre per la seconda l'art. 2043 c.c. sarebbe ora applicabile sempre e non solo nei confronti del medico ma anche della struttura ospedaliera).

In dottrina, dopo l'entrata in vigore della legge è nato un dibattito che si è incentrato principalmente sul secondo inciso della norma (“*In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*”) e che è caratterizzato da opinioni contrapposte, rispecchiate in molte pronunce giurisprudenziali di merito. Fra queste quelle di Antonio Vallini, *L'Art.3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario), fasc.2, 2013, pag. 735; Fabio Cembrani, *La "Legge Balduzzi" e le pericolose derive di un drafting normativo che*

(forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute, (trad. Balduzzi *law and dangerous drifts of normative drafting. Transformations in clinicians responsibility*), Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario), fasc.2, 2013, pag. 799; Marco Nicolini, *Medicina Legale: «Culpa in contrahendo» e Responsabilità medica*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.5, 2013, pag. 1729B; Sira Grosso, (Perfezionanda in diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna), *Una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*, Cassazione Penale, fasc.5, 2014, pag. 1670; Marilena Gorgoni (Ordinario di diritto civile dell'Università del Salento), *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.1, 2015, pag. 0173.

(2) Prima che il d.l. n. 158 del 2012 con il comma 3 dell' art. 3 richiamasse espressamente gli artt. 138 e 139 del cod. ass. per il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente la professione sanitaria, la Cassazione con la sentenza n.12408 del 2009 aveva “istituzionalizzato” le tabelle milanesi prendendole mosse dal preliminare rilievo che «l'osservazione della giurisprudenza di merito mostra marcate disparità non solo nei valori liquidati a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale da lesione dell'integrità psicofisica, ma anche nel metodo utilizzato per la liquidazione. Questo fenomeno che, incidendo sui fondamentali diritti della persona, vulnera elementari principi di eguaglianza, mina la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia, lede la certezza del diritto, affida in larga misura al caso l'entità dell'aspettativa risarcitole, ostacola le conciliazioni e le composizioni transattive in sede stragiudiziale, alimenta per converso le liti, non di rado fomentando domande pretestuose (anche in seguito a scelte mirate: cosiddetto "forum shopping") o resistenze strumentali». La Corte, nella perdurante mancanza di riferimenti normativi ed escludendo la possibilità di fare ricorso all'applicazione analogica delle tabelle di cui all'art. 139 per lesioni di lieve entità non connesse alla circolazione stradale, con un articolato ragionamento, affermava, così, che le tabelle milanesi «costituiranno d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità». Con l'entrata in vigore del decreto Balduzzi si iniziano a riscontrare diverse letture interpretative. Per alcune di queste l'art 139 cod. ass. si può assumere come parametro di riferimento generale per la liquidazione equitativa di danni analoghi (pur aventi diversa causa dalla circolazione stradale), anche in ipotesi di danni verificatisi prima della sua entrata in vigore (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*) (cfr. Trib. Rovereto del 24 Settembre 2010, Bais c. Gorga); per altre, invece, non può trovare applicazione il criterio legale di liquidazione delle c.d. micropermanenti, essendo altrimenti inutile la nuova norma (art. 3 comma 3) sulla base del rilievo dell'espressa previsione in un settore distinto da quello originario della r.c. auto (Cass. 7 Giugno 2011, n.12408, in Resp. civ. prev., 2011, 10, 2008 che sul punto devono ritenersi meri obiter dicta, perché il caso deciso dalla Suprema Corte era relativo ad una c.d. macropermanente). In particolare, il Tribunale di Milano (sez. I, 03 Dicembre 2014, num.14401) dopo aver espresso il principio di diritto affermato dalla Corte (n. 12408/2009), da me sopra riportato, evidenzia come con il c.d. decreto Balduzzi viene meno quella "mancanza di riferimenti normativi" (presupposto della decisione della

Cassazione) per riconoscere alle tabelle milanesi la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico, quantomeno per le lesioni di lieve entità (solo l'art. 139 ha ricevuto attuazione, mentre non è stata mai emanata la "specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica" per le lesioni di non lieve entità di cui all'art. 138); e, inoltre, viene affermato che nella 'scelta' delle tabelle a cui fare ricorso per la liquidazione, non ricorra alcuna questione di successione di leggi nel tempo: le tabelle milanesi non sono il riferimento normativo per il risarcimento, ma nel "vuoto normativo" hanno rappresentato e rappresentano, per le lesioni dal 10% in su, un riferimento per la liquidazione equitativa del danno, dato che l'art. 138, ancora oggi, non ha ricevuto attuazione. Dunque, dal momento in cui il legislatore (con il c.d. decreto Balduzzi) ha riempito quel "vuoto" per le lesioni di lieve entità, non vi è ragione per non farne immediata applicazione.

In dottrina, *I danni non patrimoniali da inadempimento del sanitario: spunti di riflessione sui criteri di liquidazione*, di Fontana Vita della Corte Maria, Responsabilità Civile e Previdenza; *Osservazioni a Tribunale*, 16 aprile 2012 di Parziale Andrea, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario); *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma "Balduzzi": poca coerenza e scarsa attenzione al sistema* (trad. *Insurance-Related issues in the "Balduzzi" reform of the healthcare: incoherent and non systematic solutions*), di Gagliardi Maria, in Riv. it. Medicina legale; *Micropermanenti ed accertamento strumentale dei postumi* in Nota a sentenza su *Danni- Patrimoniali e non patrimoniali - non patrimoniali (moralì)*, di Miotto Giampaolo in Responsabilità Civile e Previdenza; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972/5, 2009, 1, p. 38; in Foro it., 2009, 1, I, c. 120; in Danno e Resp., 2009, 1, p. 19; *Sul rapporto tra le componenti del "nuovo" danno non patrimoniale unitario*, v. E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in Resp. civ. prev., 2009, 1, p. 63(<http://www.laprevidenza.it>); F. Buzzi, *Unitarietà o dicotomia per la medicina legale nel sottosistema della RCA?*, in Resp. civ. prev., 2012, 1, pp. 1-14. Più in generale tratta dell'art 139 cod. ass.: Marco Bona, in *Assicurazione della responsabilità civile: circolazione stradale - in genere, Unione Europea - Circolazione dei servizi - assicurazioni, Assicurazione della responsabilità civile: circolazione stradale - risarcimento del danno, rivalsa e azione di regresso, Danni - Patrimoniali e non patrimoniali - non patrimoniali (moralì)*(*Progressi e arresti nelle ultime pronunce della Corte di Giustizia*, in Resp. civ. prev.. Sui criteri per la liquidazione del danno: Carlo Bona, in Riv. *Lex Aquilia*, anno 2005, num. 6, *La liquidazione del danno alla persona*(<http://www.aulamagnamagna.it/>); Domenici Ranieri e Guidi Benedetta in tema di *Assicurazioni e pensioni sociali: invalidità, vecchiaia e superstiti: capacità di lavoro - misura della riduzione della capacità, La tabella delle menomazioni alla integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti di invalidità ai sensi dell'art. 138 del Codice delle assicurazioni (d.lgs. n. 209/05): riflessioni medico-legali*, in Dir. economia e Fiscalità assicurativa¹ Giugno 2012, pag. 323, fasc. 2; Poletti Dianora, *Indennità di malattia e infortunio: Il danno da infortunio sul lavoro alla luce del d.lgs. n. 38 del 2000*, in Riv. Responsabilità civile e previdenza²2001, pag. 276, fasc. 2; Renato Scognamiglio, Riv. italiana dir. lav., fasc.4, 1 Dicembre 2006, pag. 375, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Parziale *abolitio criminis*; 3. Responsabilità medica: obbligo ex art. 2043 cod. civ. Scelta consapevole o svista del legislatore?; 4. Determinazione del risarcimento del danno; 5. Colpa lieve e colpa grave; 6. Art. 139 Codice delle Assicurazioni: responsabilità medica e r.c. auto a confronto .

1. Introduzione

La sentenza in rassegna e le decisioni del giudice Riccardo Dies, offrono l'occasione di riflettere su un tema che recentemente ha dato adito a diverse e contrastanti interpretazioni tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. Con la c.d. medicina difensiva positiva, attuata con comportamenti cautelativi di tipo preventivo (*assurance behaviour*), e negativa, ossia l'astensione dall'intervento di cura (*avoidance behaviour*), i sanitari avevano trovato il modo per evitare, per quanto possibile, contenziosi medico-legali, a fronte di atteggiamenti che apparivano come veri e propri accanimenti giudiziari, a costo del sacrificio del diritto alle cure e alla salute dei pazienti. Per dare un freno a questi paradossali comportamenti sempre più frequenti tanto dei sanitari quanto dei pazienti, viene emanato il 13 settembre 2012, il decreto legge n.158, poi convertito in l.8 novembre 2012, n.189, che si pone come obiettivo quello di garantire lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute. Purtroppo, al suo interno vi sono norme che sembrano essere tenute assieme frettolosamente e artificiosamente e, senza dubbio, quella che ha più di tutte creato scompiglio e disorientamento tra i giudici civili, penali, tra la dottrina e i medici legali, è la disposizione ex art. 3, comma 1 del d.l.158 del 2012, c.d. Balduzzi¹. Le accuse rivolte alla nuova norma sono molteplici: cattiva formulazione, illegittimità costituzionale, aver facilitato l'approccio difensivistico che invece si proponeva di superare, perché non solo avrebbe sottratto al sindacato penale quelle condotte che, pur conformi a linee guida e buone pratiche, integravano gli estremi della colpa lieve, ma (avrebbe) anche limitato, dal punto di vista civilistico, l'esposizione risarcitoria dell'esercente la professione sanitaria che da esse non si fosse discostato. Ad ogni modo, nello specifico, la questione che più ha focalizzato l'attenzione dei civilisti è la preoccupazione che l'art. 3 della legge Balduzzi, richiamando espressamente l'art. 2043 cod. civ., abbia introdotto una serie di stop: a) alla contrattualizzazione della responsabilità in ambito sanitario; b) al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/obbligazioni di risultato che ne aveva costituito il pendant; c) all'accezione ristretta con cui si accoglie il concetto di speciale difficoltà, foriero di una limitazione di responsabilità a beneficio del sanitario, ex art. 2236 c.c.; d) all'applicazione dei criteri della omogeneità, della vicinanza della prova e della persistenza del diritto, elaborati dalla giurisprudenza di legittimità e applicati uniformemente dalle Corti².

2. Parziale *abolitio criminis*

¹ Recita il primo comma dell'art. 3 del d.l. 158/2012: *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."*

² Gorgoni Marilena, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno - Professionisti medici e paramedici*, in Resp. Civ. e Prev. 1 Feb 2015, pag. 173B, fasc. 1

Come ha avuto modo di sottolineare un'attenta lettura giurisprudenziale della Cassazione penale³, si tratta di una norma di notevole importanza con due tratti di nuova emersione, in funzione delimitativa della responsabilità penale: da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave e, dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. In particolare la norma prevede che il medico che si sia attenuto alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde più a titolo di omicidio o lesioni colpose⁴ per colpa lieve, ma solo per colpa grave. La Cassazione precisa che vi è la necessità di un'attenta selezione delle linee guida in funzione della loro natura, struttura e scopo, perché solo quelle accreditate dalla comunità scientifica e con prevalente scopo di individuare la migliore cura possibile per il paziente, possono assumere rilievo, con esclusione delle linee guida improntate "all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale", come già la giurisprudenza penale precedentemente alla riforma aveva avuto modo di precisare⁵. A differenza dei protocolli e delle *check list*, le linee guida non indicano una tassativa e analitica modalità di comportamento né un' automatica successione di adempimenti, limitandosi a proporre direttive generali riferibili al caso astratto, che vanno in concreto applicate rapportandole a ciascun caso clinico, rendendo, così, ipotizzabile una colpa, persino grave, pur in caso di loro osservanza, che si verificherebbe, appunto, quando il caso clinico concreto consigliasse, per le sue peculiarità (ad es. decorso clinico atipico, patologie concorrenti, ecc...), di discostarsene. Oltre la problematicità della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, che assume rilievo non solo per la determinazione della pena⁶, ma anche per l'esistenza stessa della responsabilità penale del medico, la Corte di Cassazione giunge a riconoscere una parziale *abolitio criminis*, attuata attraverso due passaggi: "L'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte aderenti ad accreditate linee guida; e l'attribuzione di rilevanza penale, in tale ambito, alle sole condotte connotate da colpa grave. [...] Insomma, nell'indicata sfera fattuale, la regola d'imputazione è ora quella della (sola) colpa grave, mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante"⁷. Autorevole dottrina ha reso evidente come la nuova disposizione concorre a definire, nell'ambito considerato, il concetto di colpa penalmente rilevante, unitamente all'art. 43 c.p.: la riforma, così, comporta una ridefinizione, in senso delimitativo, del fatto tipico punito. E, dunque, riconoscendo una modifica, in senso delimitativo, della tipicità del fatto punito dagli artt. 589 e 590 c.p.⁸, non si può fare a meno di notare l'anomalia di un simile effetto ad opera di una norma speciale che non solo non incide direttamente né sul precetto delle norme incriminatrici né sulle norme di parte generale pertinenti (in particolare l'art. 43 c.p.), ma che omette persino di descrivere in positivo gli elementi costitutivi della responsabilità. In effetti la norma non dice che in tali casi il medico risponde per colpa grave, ma che non risponde per colpa lieve. Un simile tenore letterale sembra piuttosto meglio riferibile ad una *causa di non punibilità in senso stretto*, che consentirebbe di far ritenere sussistente un vero e proprio reato, in tutti i

³ cfr. Cass. pen., 29.01.2013, nr. 16237, rv. 255105

⁴ Cod. pen. art. 589 e art. 590

⁵ Cass. pen. 23.11.2010, nr. 8254, rv. 249750 in Cass. pen., 2012, 2, 542 e Cass. pen., 11.07.2012, nr. 35922, rv. 254618, 2013, 5, 1887

⁶ Cod. pen. art. 133 comma 1 n.3

⁷ Cass. pen., sez. IV, sent. 09 Aprile 2013 n.16237

⁸ Reati di omicidio e lesioni colpose

suoi presupposti, che, tuttavia, non risulta punibile per mere ragioni di opportunità politica riconducibili alla necessità di limitare la c.d. medicina difensiva e a garantire al medico la necessaria tranquillità nell'eseguire le proprie delicate e spesso difficili scelte, sgravandolo dalla preoccupazione di una possibile responsabilità penale, almeno tutte le volte in cui si attenga alle accreditate linea guida, salvo la colpa grave. (1)

3. Responsabilità medica: obbligo ex art. 2043 cod. civ. Scelta consapevole o svista del legislatore?

La sensazione che affiora a prima vista è quella di un legislatore frettoloso, impreciso e troppo preoccupato di contenere i costi sociali. L'art 3 comma 1 del decreto Balduzzi, lasciando fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ., ha fatto sorgere in dottrina e giurisprudenza diversi dubbi interpretativi. Secondo alcuni il legislatore intenzionalmente ha inteso qualificare in senso extracontrattuale la responsabilità del medico, imponendo, pertanto, l'abbandono della consolidata giurisprudenza che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, la qualifica sempre come contrattuale, eventualmente in forza del "contatto sociale"⁹. Secondo altri, invece, si tratterebbe di una svista del legislatore, errore involontario inidoneo a modificare il quadro concettuale di riferimento e la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico¹⁰. Il legislatore, come in dottrina è stato autorevolmente notato, non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni né, in particolare, sull'art. 1173 cod. civ. il quale individua non solo il contratto e l'atto illecito ma anche "ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"; in più, non è minimamente discutibile che anche le obbligazioni di fonte legale (e non solo quelle di fonte contrattuale) sono disciplinate dall'art. 1218 cod. civ. e che, per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale¹¹ sia configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le cure del caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico. Così, senza la necessità di avallare finzioni in ordine alla conclusione di un contratto, in realtà inesistente, si giustifica perfettamente la giurisprudenza del c.d. "*contatto sociale*", visto che l'obbligazione di cura ha comunque fonte legale. La disposizione in esame non prevede che l'esercente la professione sanitaria sia tenuto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. (se così fosse si avrebbe ragione di temere che il legislatore abbia rimpiazzato la contrattualizzazione in ambito di responsabilità sanitaria), bensì prescrive che ove in sede penale sia stato accertato¹² che l'esercente la professione sanitaria abbia improntato il proprio comportamento alle linee guida e alle prassi accreditate egli non sia responsabile per colpa lieve e che, in questo caso, non è esente dalla (eventuale) responsabilità risarcitoria per fatto illecito extracontrattuale.

⁹ In questo senso cfr. Trib. Varese 26.11.2012 e Trib. Torino 26.02.2013, entrambe in Danno e Resp., 2013, 373 ss., le quali peraltro desumono diverse conseguenze, perché per la prima la riforma suggerisce "l'adesione al modello di responsabilità civile medica come designato anteriormente al 1999" che, come è noto, discriminava i casi in cui sia ravvisabile un contratto in senso tecnico, mentre per la seconda l'art. 2043 c.c. sarebbe ora applicabile sempre e non solo nei confronti del medico ma anche della struttura ospedaliera.

¹⁰ cfr. Cass., 19.02.2013, n. 4030 e Trib. Arezzo 14.02.2013 entrambe in Danno e Resp., 2013, 367 ss.

¹¹ Legge num. 833 del 1978.

¹² In verità non si parla *esplicitamente* di un preventivo accertamento penale.

La diversa qualificazione della responsabilità del medico in senso contrattuale ovvero extracontrattuale è fondamentale non solo sul piano teorico, ma anche e soprattutto sul piano pratico e operativo: la disciplina della prescrizione è diversa, così come il riparto dell'onere probatorio, con riferimento all'elemento centrale della colpa e al nesso di causalità, nonché la differenza dei presupposti e dell'estensione stessa della responsabilità. Mentre il generale principio del *neminem laedere* presuppone sempre un peggioramento delle condizioni cliniche del paziente che si configuri come lesione del suo diritto alla salute, la responsabilità contrattuale può sorgere anche nei casi in cui l'intervento colposo del medico non ha procurato il risultato migliorativo che una corretta terapia avrebbe ragionevolmente determinato, lasciando inalterate le condizioni del paziente. Detto ciò, va anzitutto osservato come l'interpretazione incline a ravvisare un'applicazione generalizzata dell'art. 2043 cod. civ. alla responsabilità medica sembra costituire emersione di un forte disagio nella giurisprudenza di merito per l'eccessiva estensione di questo tipo di responsabilità che il modello "contrattualistico" garantirebbe, con specifico riferimento alla ritenuta generalizzata inversione dell'onere probatorio in punto di nesso di causalità¹³, che finirebbe col configurare irragionevolmente una responsabilità di tipo essenzialmente oggettivo e relativa ad un risultato, quale l'effettiva guarigione, assai spesso non raggiungibile nonostante le migliori cure a disposizione.

4. Determinazione del risarcimento del danno

Il comma 1 dell'art 3 del d.l. 158/2012, prevede, inoltre, che il giudice civile «anche nella determinazione del risarcimento del danno» dovrà tenere debitamente conto della condotta conforme alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Quest'ultima parte della previsione non va affatto sottovalutata, perché non solo sembra confermare che ai fini del risarcimento del danno ingiusto non rileva la gravità della condotta colposa, cioè non rileva il grado della colpa e comunque non rileva la colpa penale, ma dimostra altresì il superamento normativo del principio dell'integrale riparazione del danno: è una conseguenza logica che sembra doversi dedurre dalla congiunzione "*anche*", adottata nel testo, la quale implica che non solo la condotta conforme alle linee guida e alle buone prassi incide sul titolo di responsabilità e quindi (anzi soprattutto) sulle sue implicazioni¹⁴, ma anche sul *quantum* eventualmente dovuto.

In sostanza, la legge si occupa non del caso in cui le linee guida e le prassi accreditate siano state disattese, ma di quello in cui l'evento non voluto si verifichi malgrado la conformità della condotta alle linee guida e alle buone prassi: nessuno spazio potrebbe assumere altrimenti il richiamo al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., giacché la responsabilità aquiliana richiede non solo l'antigiuridicità del comportamento (non iure), ma anche la lesione di un interesse giuridicamente protetto che si traduca in una conseguenza pregiudizievole risarcibile. Tale conclusione potrebbe, invero, spiegare la formulazione dell'art. 3 ultima parte del comma 1 nella sua interezza: il giudice civile deve tener conto delle linee guida ai fini della quantificazione del danno, ma anche al fine di verificare la ricorrenza di tutti gli altri elementi che

¹³ Cfr. oltre alla pronuncia delle Sez. Un. nr. 577 del 2008, anche Cass., 29.09.2009, nr. 20806, rv. 610445; Cass., 21.07.2011, nr. 15993, rv. 619504 e, da ultimo, Cass., 26.02.2013, nr. 4792, rv. 625765.

¹⁴ Ci si riferisce alla più ampia facoltà di prova concessa all'esercente la professione sanitaria, conseguenza dell'inasprimento dell'onere della prova posto a carico della vittima.

costituiscono la regola di fattispecie. Per converso, infatti, se il comportamento del medico venisse ritenuto (automaticamente) iure solo perché conforme alle linee guida e alle pratiche accreditate, sarebbe preclusa la possibilità di qualificare il danno conseguente come ingiusto e quindi sarebbe negata la ricorrenza di una responsabilità risarcitoria.

Probabilmente il legislatore ha voluto controbilanciare l'arretramento della sanzione penale con l'esplicita previsione della rilevanza civilistica, cioè risarcitoria, della condotta. Egli intendeva realizzare, così, due obiettivi: con la prima parte della disposizione scongiurare i rischi della medicina difensiva ed introdurre una misura a favore degli esercenti la professione sanitaria; con la seconda intendeva, invece, non abbassare la tutela delle vittime offrendo loro il percorso risarcitorio. Inizialmente aveva intrapreso una via diversa da quella poi effettivamente scelta: la prima formulazione della norma¹⁵, infatti, pur caratterizzandosi per la comune finalità di contenere i rischi della medicina difensiva, partiva dall'inequivoca qualificazione contrattuale della responsabilità medica (si pensava altrimenti, non avesse altro senso l'iniziale richiamo agli artt. 2236 e 1176 cod. civ.) e si disinteressava in toto della rilevanza penale della condotta sanitaria. Al legislatore premeva stabilire che, salvo i casi di particolare difficoltà ove la responsabilità ricorreva solo in caso di dolo e colpa grave, il giudice, per stabilire se l'esercente la professione sanitaria avesse tenuto un comportamento diligente, ai sensi dell'art. 1176 c.c., era tenuto a verificare se egli avesse osservato, nel caso concreto, le linee guida e le pratiche mediche accreditate.

Il richiamo esplicito dell'art. 2043 cod. civ. scongiura la possibilità, pure da taluno presa in considerazione, che non si tratti di risarcimento del danno, bensì di indennizzo. Senza addentrarsi nella distinzione tra obbligazione risarcitoria e obbligazione di indennità, basta ricordare che la differenza risiede nella ricorrenza o meno di una scriminante che converte il fatto altrimenti illecito in un atto lecito dannoso, la vittima del quale ha diritto ad una prestazione pecuniaria non integralmente commisurata al danno e rimessa circa la determinazione del quantum alla valutazione equitativa del giudice. Per l'esercente la professione sanitaria aver seguito le linee guida e le pratiche accreditate dalla comunità scientifica non significa aver tenuto un comportamento iure; l'antigiuridicità dal punto di vista penalistico (o meglio la colpa lieve per osservanza), non coincide con quella rilevante a fini risarcitori e quindi l'esclusione della rimproverabilità penale non scrimina il fatto civilmente rilevante. Se è preclusa la possibilità di considerare la somma di denaro che andrà a compensare la vittima un indennizzo piuttosto che un risarcimento, resta in piedi nondimeno il sospetto, che attraversa, ormai, l'intero ambito dell'illecito, che la responsabilità sia stata sì utilizzata, ma sfrondata di ogni funzione sanzionatoria, onde avvicinarla alla logica imperante dei rimedi. Pur con tale riserva, va detto che nemmeno tale ricostruzione scioglie ogni dubbio: se il richiamo dell'art. 2043 cod. civ. è pertinente solo in caso della codificata irresponsabilità penale, i casi in cui ricorra una colpa grave o una colpa ordinaria a rigore dovrebbero essere sottratti all'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi. Significa che

¹⁵ L'originario primo comma dell'art. 3 della d.l. 158 del 2012 recitava così: *“Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”*.

possono essere regolati diversamente. E non solo dal diritto penale¹⁶, ma anche dal diritto civile, ove diversamente si rimanda al diritto vivente e quindi al contatto sociale qualificato e al relativo regime contrattuale. In breve, i danni derivanti da colpa lieve cagionati dall'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle pratiche avvalorate dalla comunità scientifica sarebbero risarcibili solo alle condizioni di cui all'art. 2043 cod. civ., mentre, i danni cagionati altrimenti, ossia se non ricorra colpa lieve per adesione o se faccia difetto l'elemento dell'adesione alle linee guida e alle buone pratiche, soggiacerebbero alla responsabilità contrattuale e agli artt. 2236 e 1176 cod. civ.¹⁷.

5. Colpa lieve e colpa grave

La questione che finisce con il costituire il collante tra la parte di rilievo penalistico e la parte di contenuto civilistico della disposizione in rassegna è quando il medico possa dirsi incorso in colpa lieve per essersi attenuto alle linee guida e alle pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Chiarire questo aspetto risolve anche l'altro, speculare: quando non trova applicazione l'art. 3 della legge Balduzzi perché il sanitario si è discostato dalle linee guida o perché vi ha aderito, ma versi in colpa grave. È in questo contesto di riferimento che torna utile la riflessione civilistica sulla portata dell'art. 2236 cod. civ.¹⁸ (richiamato dall'originario primo comma dell'art. 3 del decreto) che una parte della giurisprudenza penale, dopo una fase in cui si era dimostrata alquanto restia, si dimostra disponibile ad impiegare per accertare la colpevolezza del professionista. La miniriforma sanitaria sembra assecondare tale rinnovata apertura: l'art. 3, comma 1, della l. n. 189/2012, è un esempio, benché non pienamente riuscito, di normativizzazione della colpa che, a sua volta, punta alla sua iperoggettivazione in ossequio alla recente tendenza ad adottare una nozione unitaria di colpa valevole per l'illecito civile e per quello penale. Tale risultato fa sorgere un altro dubbio, cresciuto tutto in ambito privatistico, ossia se gli artt. 1176 e 2236 cod. civ. travalichino i confini della disciplina delle obbligazioni. Malgrado la norma, anzi le norme siano contenute nel Libro IV e non siano richiamate dalla disciplina dell'illecito aquiliano, la giurisprudenza si è progressivamente adoperata per l'appiattimento, cioè l'omogeneizzazione della configurazione della colpa che, invece, continua a lasciare piuttosto perplessa la dottrina.

È vero che la legge Balduzzi ha abbandonato il riferimento inizialmente contenuto nel decreto legge agli artt. 1176 e 2236 cod. civ. e spostato l'asse sull'illecito aquiliano, ma non è detto che abbia inteso voltare le spalle agli artt. 1176 e 2236 cod. civ.. La dimostrazione la si può rinvenire nel fatto che la tesi più diffusa ritiene che l'art. 2236 cod. civ. comporti l'esonero da responsabilità per colpa lieve limitatamente al profilo dell'imperizia; significa che né la negligenza né l'imprudenza ne sono escluse e che, dunque, risponda per colpa lieve colui che provochi un danno per omissione di diligenza e di prudenza. Questo dato è di grande rilievo perché nel momento in cui si chiede al giudice penale di accertare la ricorrenza di una colpa lieve (o di una colpa grave) i criteri indicati dall'art. 2236 cod. civ. si dimostrano capaci di garantire tanto la

¹⁶ La colpa lieve per osservanza esclude la punibilità, ma la colpa per inosservanza, a prescindere dalla sua intensità, non incide sull'an, bensì sul quantum, secondo i canoni consolidati dell'illecito penale.

¹⁷ Si è parlato (nuovamente) di regime a doppio binario.

¹⁸ Recita l'art. 2236 c.c.: "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*".

ricercata valutazione della misura soggettiva della colpa quanto la personalizzazione/individualizzazione dell'addebito colposo. Solo in questo modo si può pensare che assuma rilievo pratico l'idea implicita nella previsione della prima parte dell'art. 3 della legge Balduzzi per cui il giudice debba non solo verificare la colpevolezza alla stregua del criterio normativo dell'aderenza alle linee guida e alle best practice¹⁹, ma anche in base all'obbligo gravante sul sanitario di conformare le proprie scelte alla situazione concreta in cui si trova ad operare (scelte che dipendono da una molteplicità di circostanze sottratte alla sua sfera di controllo quali l'indisponibilità non superabile della strumentazione tecnica necessaria, le condizioni del paziente, la natura particolarmente difficoltosa dell'intervento, il proprio grado di esperienza e conoscenza, e le condizioni in cui si agisce).

Un altro tassello di quest'idea è costituito dalla possibile autonomia e frammentazione del giudizio di colpevolezza derivante dall'art. 43 c.p. secondo che venga in considerazione la negligenza oppure l'imprudenza, l'imperizia e l'inosservanza di leggi, di regolamenti e di discipline. Ora, preso atto che la diligenza indica lo sforzo necessario al debitore per adempiere e la perizia è l'espressione dello sforzo tecnico preteso dalla conoscenza e dall'applicazione delle regole tecniche e professionali espresse dalla categoria professionale di appartenenza, conservando l'autonomia del giudizio relativo al comportamento negligente ed imprudente rispetto a quello imperito, è possibile ritenere che il legislatore abbia voluto dire che l'applicazione delle linee guida e delle pratiche mediche scientificamente avvalorate esclude la censura di imperizia a carico dell'esercente la professione sanitaria, ma non lo sottrae al giudizio di colpevolezza per aver tenuto un comportamento negligente e/o imprudente, ove egli non abbia fatto uso della premura, dell'attenzione, dell'accortezza e della scrupolosità che avrebbero dovuto guidarlo e orientarlo nell'adozione e nell'applicazione delle nozioni tecniche (che compendiano la perizia). Un comportamento diligente avrebbe indotto ad accertare la ricorrenza di soluzioni terapeutiche diverse rispetto a quelle adottate o a condurre un'analisi costi/benefici il cui esito avrebbe suggerito di disattendere le linee guida, o ancora ad indirizzare verso una metodologia diversa eseguibile con le dotazioni strumentali a propria disposizione o persino ad astenersi dall'esecuzione dell'intervento ove al di sopra delle propria preparazione o ineseguibile per carenze di mezzi tecnici.

Infine, è necessario stabilire cosa si intenda per linee guida e cosa per pratiche avvalorate dalla comunità scientifica: sembra corretto parlare di linee guida là dove si riscontri un processo di codificazione e di buone pratiche ove invece faccia difetto una regolamentazione, con il rischio più che mai concreto, però, in quest'ultimo caso, che ci si allontani dalla colpa specifica. Vero è che, secondo la gran parte della dottrina e degli specialisti, entrambe devono essere «accreditate dalla comunità scientifica»: il legislatore positivizza uno standard qualitativo che riguarda non solo la loro fonte di produzione, necessariamente inserita in un contesto sovranazionale, ma altresì il grado di validazione e di diffusione di cui debbono essere in possesso. La richiesta di un ampio avvaloramento scientifico è tuttavia ben lontana dal superare le difficoltà; è, infatti, diffuso il sospetto che, atteso il ruolo loro attribuito, il legislatore dovesse farsi carico dell'incertezza circa la loro autorevolezza scientifica, riconoscendo solo alle linee guida, per così dire, istituzionali il valore di regole capaci di scriminare la condotta; e, per di più, è generalizzata l'accusa che esse siano funzionali agli interessi economici di

¹⁹ Corre il richiamo all'inidoneità delle linee guida e delle buone pratiche ad integrare gli estremi di una regola cautelare, la cui violazione integri automaticamente la concezione normativa della colpa.

gruppi privati/o che siano votate ad introdurre risparmi di spesa, che contengano valutazioni di carattere epidemiologico-statistico genericamente pertinenti alla popolazione piuttosto che al singolo caso. Ce n'è quanto basta per suggerire molta prudenza ove si voglia considerarle in senso tecnico regole cautelari da impiegare per valutare la ricorrenza o meno di una responsabilità (penale), o meglio di una colpevolezza, stante che la violazione di una cautela non è ancora colpa, anche se crea una situazione di rischio. Quest'ultima considerazione è così fondata da giustificare tanto la provocazione di chi ha concluso che è in culpa sine culpa colui che, pur attenendosi alle linee guida e alle buone pratiche, incorre in colpa lieve, quanto l'atteggiamento cauto assunto dalla Corte di Cassazione che le ha degradate a raccomandazioni²⁰ (riprendendo una definizione dell'Institute of Medicine²¹). A giustificare tali conclusioni c'è il problema della mancanza di rigidità: esse non hanno un contenuto rigido, perciò non impongono la tenuta di un comportamento in tutto e per tutto predefinito, al contrario indicano un comportamento astratto che l'esercente la professione sanitaria non può, ma deve adattare al caso concreto. È vero, infatti, che la regola astratta, pur valida e scientificamente testata, deve venire a contatto con una situazione specifica: solo la sintesi del piano astratto e di quello concreto vale a conformare il comportamento dovuto ed esigibile. È il *quid proprium* delle regole cautelari codificate a contenuto non rigido, bensì elastico: esse non impongono una condotta ad esse aderente, ma esigono una scelta, giacché fanno dipendere la selezione della regola di condotta dalle circostanze del caso concreto: sulla base di quelle circostanze andrà individuata la condotta doverosa *ex ante* che avrebbe tenuto l'agente modello. Dunque, tanto il comportamento del medico che ignori o si discosti ingiustificatamente dalle linee guida quanto quello di chi vi si conformi con superficialità ricadono nella colpa generica e contravvengono alla diligenza doverosa propria del medico modello. Sicché l'esercente la professione sanitaria potrebbe essere in colpa tanto per adesione quanto per divergenza: nella prima ipotesi, per essersi adagiato sulle linee guida ignorando, non cogliendo o non interpretando correttamente i segnali di allarme che gli suggerivano nel caso specifico di discostarsene e nella seconda perché nello scarto ingiustificato tra la condotta concretamente assunta e quella astrattamente suggerita si inserisce la colpa.

6. L'art. 139 Codice delle Assicurazioni: responsabilità medica e r.c. auto a confronto

Pur essendo concepiti per i sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, i parametri di liquidazione stabiliti dall'art. 139 cod. ass. in tema di micropermanenti trovano applicazione anche al di fuori dell'infortunistica stradale. Nel caso in esame, infatti, concernente la responsabilità medica, mentre l'attore invoca come parametri le più favorevoli tabelle milanesi, i convenuti ritengono applicabili le meno generose tabelle per le c.d. micropermanenti previste dall'art. 139 cod. ass., attraverso

²⁰ Cass. Penale, sez. IV, sent. n. 35922 del 19 Settembre 2012.

²¹ Secondo la definizione più ricorrente dell'Institute of Medicine, le linee guida sono raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate attraverso un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche. Secondo l'Istituto della Sanità italiana le stesse devono descrivere le alternative disponibili e le relative possibilità di successo in modo che il medico possa orientarsi nella gran quantità di informazione scientifica in circolazione, il paziente abbia modo di esprimere consapevolmente le proprie preferenze e l'amministratore possa compiere scelte razionali in rapporto agli obiettivi e alle priorità locali.

l'espresso richiamo del comma 3 dell'art. 3 del decreto Balduzzi²², che ha esteso l'applicazione delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del cod. ass. anche al risarcimento del danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria. Pur non potendosi applicare l'art. 3 comma 3 al caso in rassegna *ratione temporis* perché, trattandosi di norma sostanziale e non processuale, è insuscettibile di applicazione retroattiva²³ a danni verificatisi prima della sua entrata in vigore, il giudice Dies, ha ritenuto che si potesse far uso dell'art. 139 cod. ass. in via analogica anche al di fuori dei casi tassativamente previsti.

In merito all'estensione del meccanismo risarcitorio previsto dal codice delle assicurazioni private alle altre materie, la giurisprudenza, tuttavia, è sempre stata divisa, con pronunce oscillanti tra l'applicazione analogica di tale disciplina²⁴ e l'utilizzo della stessa come criterio di equità, sino alle impostazioni secondo le quali i parametri di risarcimento non possono trovare applicazione al di fuori dell'ambito assicurativo²⁵, giacché insufficienti ai fini della personalizzazione nella quantificazione del risarcimento, tenendo conto del caso concreto e dell'entità del danno²⁶, ritenendo, viceversa, idonei per i postumi di lieve entità non connessi ai sinistri stradali i criteri di liquidazione ordinari adottati dai tribunali²⁷. Giulio Ponzanelli²⁸ scrive: "Se il legislatore interviene nella concreta determinazione del danno, ciò indica che qualcosa non sta proprio andando bene nel territorio della responsabilità civile: che, cioè il compito lasciato in prima battuta al giudice non è stato assolto con successo". Il legislatore, infatti, si è quasi sempre disinteressato della specifica determinazione del danno, delegando questo compito al giudice, fissando solo i criteri generali da seguire per misurare in concreto l'ammontare (artt. 1223, 1225, 1226, 1227 cod. civ.). Sono troppo diverse le situazioni dannose, così che sarebbe quasi innaturale pretendere di stimare *ex ante*, con caratteristiche di generalità, la precisa entità dei danni subiti. Alterando il normale meccanismo, potrebbe essersi verificata una delle possibili patologie che allontanano il risarcimento dal principio di integrale riparazione del danno. In particolare, una situazione di eccessivo risarcimento normalmente genera una situazione di "*overdeterrence*": la concessione di un danno eccessivo a favore della parte danneggiata può determinare, addirittura, una paralisi e/o una cessazione dell'attività del danneggiante: evitando di far fronte a risarcimenti potenzialmente eccessivi, quest'ultimo potrebbe supporre che sia preferibile uscire dal mercato, cessando l'attività antigiuridica, oppure, tutt'al più, ponendo in essere un'attività non rischiosa o che comunque limiti fortemente i rischi²⁹. Sia l'eccesso di risarcimento, sia l'eccesso di *deterrence* non sono eventi positivi, ed ecco allora che il legislatore interviene, anche se

²² Il comma 3 dell'art. 3 recita così: "*Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria e' risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo.*"

²³ Art. 11 comma 1 delle preleggi.

²⁴ Trib. Modena 10 Maggio 2011.

²⁵ Corte d'Appello di Milano n.397/2011.

²⁶ Cass. n.15029/2008.

²⁷ Cass. n.12408/2011.

²⁸ In "L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive", inriv. la nuova giurisprudenza civile commentata, vol. 29, Fasc. 3, 2013.

²⁹ Nella responsabilità medica si parla, per l'appunto, di c.d. "*medicina difensiva*".

questo non piace mai molto alle Corti che di fatto vedono limitato e alterato quel potere equitativo, a loro istituzionalmente riservato. Ciò è successo in un primo momento nel 2001, nel settore della circolazione auto³⁰, e più recentemente nel 2012 con il d.l. c.d. Balduzzi, che ha esteso gli stessi criteri del settore della r.c. auto all'esercente la professione sanitaria. In modo particolare nel 2001, è stata la parte concernente le lesioni lievi a porre degli interrogativi più sostanziali, poiché, senza incidere sulla morfologia³¹ il legislatore ha introdotto criteri fissi di determinazione del danno *ex ante*, non dicendo nulla sul danno morale e prevedendo poi una personalizzazione nel limitativo valore del 20 per cento. Ritenendo che tale norma eludesse il principio di integrale riparazione del danno, i giudici, che hanno pur sempre cercato di attutire la portata limitante del risarcimento³², anche se per tramite di strade diverse, hanno più volte sollevato la questione alla Corte Costituzionale³³, in quanto contraria al generale principio di uguaglianza (a parer loro, infatti, non è possibile ammettere che allo stesso tipo di lesioni sia attribuito un diverso risarcimento). Fin ora la Corte, forte dei limiti strutturali presenti nelle singole ordinanze, non ha affrontato la questione nel merito, fermandosi ad un giudizio di inammissibilità. Ad ogni modo, i punti sui quali sarà chiamata a rispondere sono: a) se il diritto all'integrale riparazione del danno alla persona abbia o meno natura costituzionale; b) se ciò comporti che il legislatore possa legittimamente limitare il risarcimento, potendo consentire, però, che quanto riconosciuto sia un risarcimento ridotto e non un indennizzo simbolico; c) quale sia allora la misura concreta del risarcimento ridotto, rispetto agli altri settori della responsabilità civile; e se tale riduzione possa essere giudicata o meno lesiva del principio di uguaglianza.

Questa soluzione risarcitoria, indicata negli artt. 138 e 139 cod. ass., è stata inserita all'interno della microriforma della responsabilità sanitaria del 2012, ed indica la precisa volontà del legislatore di portare fuori dall'ordinaria applicazione delle tabelle giudiziali la seconda area di maggiore frequenza di danni alla persona (dopo la r.c. auto e non considerando il settore degli infortuni sul lavoro per il quale vige un sistema indennitario, esterno alla logica della responsabilità civile). Tutto ciò pone all'interprete non facili problemi: bisogna verifica se possono valere per il settore sanitario le ragioni per le quali nel 2001 il legislatore ha introdotto le limitazioni al risarcimento, oppure se la limitazione operata con il rinvio alla norma del cod. ass. trovi il suo presupposto unicamente nell'eccessiva pressione risarcitoria negli ultimi anni esercitata nei confronti della classe medica. Nel sistema di assicurazione della r.c. auto, nel quale l'obbligatorietà è bilaterale (obbligati, cioè, sono sia l'impresa di assicurazione che il proprietario dell'autoveicolo), l'assicurazione provvede al pagamento dei sinistri finanziandosi con il sistema dei premi. Più alto è il risarcimento, più alti saranno

³⁰ Disciplina poi recepita dal Codice delle Assicurazioni nel 2005.

³¹ Come poi è stato fatto con la l. 24 Marzo 2012 n.27: possono essere risarcite come micropermanenti solo quelle lesioni che possono essere riconosciute come tali dopo un esame medico obiettivo e strumentale; sulle novità introdotte dall'art. 32 del decreto Salva Italia (d.l. 6.12.2011, n.201, poi convertito con l. 22.12.2011, n. 214), che è poi diventato l'art. 139 quater e quinquies del cod. ass., cfr. Hazan "«Liberalizzazioni obbligatorie» ed assicurazioni RCA: autonomie strutturali di una forma empirica", in Corr. giur., 2012 (Gli speciali), 5 ss.

³² Cfr. Spera, "Art. 32 commi 3 ter e 3 quater della l. 27/2012: problematiche interpretative", in Danno e resp., 2013, 216 e ss.

³³ Per la prima volta Giud. Pace Roma, 14 Gen 2001; commentato da G. Ponzanelli, in Danno e Resp., 2002, 309, "Micropermanenti «undercompensation» e censure di incostituzionalità".

inesorabilmente i premi: il risarcimento accordato alla vittima di qualsiasi fatto illecito (e in modo particolare dei fatti illeciti per i quali il sistema prevede un meccanismo di assicurazione obbligatoria), allora, costituisce a tutti gli effetti un vero e proprio costo sociale, che supera la semplice bilateralità della relazione danneggiante/danneggiato. In altri termini, la limitazione del risarcimento aiuta sì, in prima battuta, le imprese di assicurazione, ma anche dovrebbe aiutare gli stessi assicurati i quali dovrebbero vedere ridotto, o comunque non aumentato, il costo del premio assicurativo. La limitazione, dunque, è stata introdotta proprio con lo specifico obiettivo di calmierare il risarcimento, ma anche, al tempo stesso, di tenere bassi i premi assicurativi e di permettere conseguentemente a tutti, soprattutto ai titolari di redditi più bassi, di poter usufruire del bene-auto.

Possono queste ragioni previste per la r.c. auto valere anche per il diverso campo della responsabilità medica? La risposta, a parer mio e di autorevole dottrina, è assai dubbia. Qui l'obbligo assicurativo non è, infatti, bilaterale, essendo posto a carico del solo esercente la professione sanitaria e non certo a carico del paziente³⁴. Mentre l'automobilista è obbligato ad assicurarsi, non solo per vedere un più efficace risarcimento del danno, ma data l'oggettiva pericolosità della circolazione automobilistica per cui si assume uno specifico rischio, rinunciando in tal modo ad una parte del risarcimento, il paziente, se si assicura, non lo fa certo per i rischi che la sua condotta possa arrecare a terzi, ma casomai pone in essere un'assicurazione in vista delle spese mediche e degli infortuni³⁵. Il beneficio nascente dalla limitazione del risarcimento (solo parziale in quanto concerne le lesioni di lieve entità) si riferisce esclusivamente all'esercente la responsabilità sanitaria, il cui assicuratore dovrebbe ridurre, sia pure parzialmente, i premi per il prodotto rischio assicurato. Il paziente viene, casomai, tutelato, ma questo è un profilo diverso, dall'obbligatorietà dell'assicurazione che lo protegge dal rischio di insolvenza del danneggiante-professionista. Ecco che non sembrano, dunque, presenti, almeno nella loro completezza, tutte le ragioni che giustificano la limitazione della responsabilità, sotto il profilo dell'obbligo ad assicurarsi e al funzionamento della garanzia assicurativa. Il legislatore ha, così, voluto aiutare la classe medica di fronte alla crescita della pressione risarcitoria (dovuta all'interpretazione dichiaratamente funzionale di alcune norme: in primis il nesso di causalità legato al criterio del "più probabile che non", ma anche all'onere della prova e alla decorrenza del termine prescrizione), escludendo anche la responsabilità penale per chi avesse seguito e rispettato le linee guida esistenti nel diverso settore della professione medica.

Concludo osservando che, pur essendo spesso accomunate nell'analisi dei tortmen per la loro maggiore frequenza rispetto altre ipotesi di r.c. ordinaria, la r.c. auto e la responsabilità sanitaria presentano aspetti diversi nei loro rapporti reciproci con il meccanismo assicurativo. Nel campo della circolazione dei veicoli, proprio per le caratteristiche specifiche del microsistema di responsabilità, pare ragionevole che il principio di integrale riparazione del danno possa essere limitato; tuttavia, l'estensione degli artt. 138 e 139 cod. ass. alla responsabilità sanitaria non pare presentare quella forte razionalità (economica ancor prima che giuridica) presente nella r.c. auto. Ad ogni modo, anche se l'intervento legislativo ha maggiormente favorito il medico, più che il paziente, ciò non vuol dire che dalla limitazione del danno non ne abbia tratto vantaggio

³⁴ D.l. 13 Agosto 2011, n. 138; convertito con l. 14 Settembre 2011, n. 148.

³⁵ Nel linguaggio anglosassone una first party insurance e non una third party insurance.

anche quest'ultimo, visto che il medico, non più spaventato dall'applicazione dell'ordinario risarcimento, dovrebbe poter usare condotte che non sono di medicina difensiva. La tendenza odierna, è chiaramente quella di assoggettare tutte le lesioni di lieve entità allo stesso trattamento, indipendentemente dalla fonte dalla quale sono originate, fatta eccezione per le ipotesi di responsabilità civile ordinaria, governate, invece, dalle tabelle elaborate dalle Corti e che si presentano più generose per la parte danneggiata.

LE INFEZIONI NOSOCOMIALI: UN RISCHIO OGGETTIVAMENTE PREVENIBILE

di Chiara Romano

IL CASO

In data 17/12/2006 una paziente viene ricoverata presso il presidio ospedaliero di Cassino, unità operativa di ortopedia, per una frattura periprotetica al femore, terzo distale, e sottoposta ad un intervento di riduzione della frattura, per essere dimessa un mese dopo (15/01/2007).

Non riscontrando miglioramenti, la paziente ritorna più volte presso lo stessa struttura per sottoporsi ad ulteriori accertamenti, e nel corso degli stessi, e solo molti mesi dopo (4/06/2007), le viene diagnosticata un'infezione al ginocchio sinistro; infezione che le causava gravi deficit nella deambulazione e per la quale viene sottoposta a terapia antibiotica.

Un anno dopo, presso un'altra struttura sanitaria (Ospedale San Camillo-Forlaniani di Roma) si rileva che la terapia antibiotica alla quale la paziente era stata sottoposta non era risultata efficace; e si procede con una nuova cura. Tuttavia, le condizioni della protesi costringono la paziente a farsi ricoverare per la rimozione della placca, questa volta presso l'ospedale San Filippo Neri di Roma; la degenza si prolunga fino al 1/10/2008.

Nei primi mesi del 2009 la paziente sollecita a mezzo legale l'ASL di Frosinone a provvedere, anche tramite la propria compagnia assicurativa, a risarcirla del danno che la stessa aveva subito in conseguenza del trattamento ricevuto (sia in riferimento all'intervento di riduzione della frattura, sia in riferimento alla terapia antibiotica successivamente assegnata, e rivelatasi inefficace). La struttura sanitaria rifiuta la richiesta escludendo la propria responsabilità: l'intervento era stato effettuato a regola d'arte, con cure antibiotiche di avanguardia, e gli accertamenti del post-operatorio non avevano mostrato alcun indizio di infezione. Inoltre, l'ospedale, ultimato da appena quattro anni, rispettava le vigenti disposizioni di legge sulle misure di igiene e di prevenzione sanitaria.

La pretesa risarcitoria della paziente muove dall'assunto che, in relazione alla condotta mantenuta dal personale medico e paramedico dipendente, nella fase contemporanea e successiva all'intervento chirurgico, ella abbia contratto un'infezione da Stafilococco. Infatti l'evento dannoso era stato diagnosticato nella stessa struttura, alcuni mesi dopo l'intervento, ed era stato curato con una terapia antibiotica sbagliata. Il ragionamento del giudice cerca di richiamare innanzitutto la fonte del vincolo giuridico che leggherebbe le due parti (struttura ospedaliera e paziente) e che legittimerebbe quest'ultimo a pretendere un determinato trattamento.

La natura del rapporto tra paziente e struttura sanitaria è di tipo contrattuale (in dottrina e giurisprudenza è ormai consolidato il concetto di c.d. contratto di ospedalità). Questo vincolo è innanzitutto sinallagmatico, imponendo all'ente ospedaliero (e ai suoi dipendenti) un comportamento votato alla diligenza e alla professionalità e diretto ad assicurare al paziente un'assistenza sanitaria adeguata durante la sua permanenza: sono i c.d. obblighi di protezione, che superano l'idea di una mera fornitura di prestazioni alberghiere e si concentrano sulla messa a disposizione di personale medico ausiliario,

paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie per eventuali complicazioni (dunque una prestazione assai articolata che presuppone una determinata attività di precauzione e di prevenzione delle patologie, o nel caso, delle infezioni nosocomiali). Ulteriore caratteristica del vincolo è l'intrinseca autonomia rispetto al parallelo rapporto del paziente con il medico, con la conseguenza che la responsabilità dell'ente ospedaliero prescinde dall'eventuale accertamento di un comportamento negligente del personale medico dipendente.

Dunque, emerge una "doppia responsabilità" della struttura sanitaria, per fatto altrui, in relazione agli errori del personale medico e paramedico (ex. art. 1228 cod. civ. o 2049 cod. civ.), e per fatto proprio, nei casi di insufficiente o inadeguata organizzazione (ex. art. 1218 cod. civ.); ma, sarà esclusivamente quest'ultima a rilevare nei casi di accertamento della responsabilità per infezioni nosocomiali, come avrò modo di approfondire nelle sezioni successive.

Dalla natura del rapporto e della disciplina dedicata (art. 1218 cod. civ.) consegue che l'onere probatorio è a carico del paziente e si sostanzia nell'allegazione dell'inadempimento qualificato della struttura: il paziente deve dare prova dell'insorgenza o dell'aggravamento della patologia e del mancato o inadeguato adempimento della struttura, astrattamente idoneo a provocare, quale causa o concausa efficiente (seppur con alcune differenze, artt. 40 e 41 cod. pen.), il danno subito (nella specie, l'infezione post operatoria); spetta poi al creditore, nelle vesti della struttura o del medico, provare che l'inadempimento non vi sia stato, ovvero che, pur essendovi stato, lo stesso non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (al fine della prova liberatoria assume sempre più rilievo il dato statistico).

Il giudice, avvalendosi delle informazioni fornite dal CTU, riscontra una difficoltà, se non impossibilità, nello stabilire i tempi e le circostanze in cui la paziente avrebbe potuto contrarre l'infezione, per via dell'ampio intervallo temporale intercorso tra l'intervento alla protesi e la manifestazione dell'infezione. Sulla base delle deduzioni fornite dal consulente, il quale certifica l'esattezza dell'adempimento della struttura sia nell'assistenza pre e post operatoria, sia nel trattamento antibiotico di prevenzione dalle infezioni, il giudice dichiara infondata la domanda attorea.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI CASSINO

Il Giudice del Tribunale di Cassino, nella persona del dr. Salvatore Scalera, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 760 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2010 trattenuta in decisione all'udienza del 18.4.2014 con i termini ex art 190 c.p.c.

TRA

P.S. (c.f.: (...))

rappresentata e difesa, come da procura in atti, dall'Avv. Enzo Clemente, elett.te dom.ta presso lo studio dell'Avv. Luigi Marchignoli, in Frosinone, via Marittima, n. 316 bis attrice

E

AZIEN(...)/A SANITARIA LOCALE di Frosinone, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa, come da procura in atti, dall'Avv. Francesca Romano Scaccia, elett.te domiciliata presso lo studio del legale in Frosinone, via Maria, n. 46 (...)

convenuta

E

OSPEDALE Santa Scolastica di Cassino

altra convenuta

Oggetto: risarcimento danni

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione regolarmente notificato P.S. ha convenuto in giudizio l'ASL di Frosinone e l'Ospedale Santa Scolastica di Cassino (quest'ultima, invero, rappresentata istituzionalmente in giudizio dalla prima) chiedendo il ristoro del danno biologico, morale, non patrimoniale esistenziale, dalla stessa subito per non essere stata adeguatamente curata dai medici di quel nosocomio.

L'attrice ha rappresentato di essere stata ricoverata in data 17.12.2006 presso il citato presidio ospedaliero di Cassino, unità operativa di ortopedia, con diagnosi di frattura periprotetica al femore sinistro, pluriframmentata, scomposta al terzo distale. L'istante veniva sottoposta ad un intervento di riduzione con fissatori esterni per essere poi dimessa in data 15.1.2007. Non avendo riscontrato miglioramenti, ella si era recata più volte presso il presidio ospedaliero per sottoporsi ad ulteriori accertamenti. In data 4.6.2007 veniva riscontrata dalla stessa struttura sanitaria un'infezione al ginocchio sinistro, con grave deficit nella deambulazione e della stazione eretta, ed era sottoposta a terapia antibiotica. Anche presso l'ospedale San Camillo - Forlanini di Roma la diagnosi di infezione e nel corso del 2008, presso la struttura romana veniva diagnosticato dallo specialista infettivo dr. A.P. infezione da stafilococco *Warneri* meticillino resistente, rilevando l'inefficacia della terapia antibiotica cui l'attrice era stata sottoposta. In data 20.7.2008 l'istante si era dovuta ricoverare presso l'ospedale San Filippo Neri di Roma con la diagnosi di artropatesi ginocchio sinistro infetta, con conseguente rimozione della protesi. La degenza si prolungava fino al 1.10.2008.

Pertanto la P. a mezzo legale in data 20.2.2009 aveva sollecitato l'ASL di Frosinone a voler provvedere, anche a mezzo della propria compagnia assicurativa, al risarcimento danno in quanto responsabile degli inadempimenti della struttura sanitaria di Cassino e dei medici che vi lavorano. Con raccomandata datata 8.7.2009 non accoglieva la richiesta, negando la responsabilità dell'azienda. Si è costituita l'ASL contestando la domanda attorea e chiedendone il rigetto, essendo l'intervento di osteosintesi effettuato nel presidio di Cassino a regola d'arte, senza creare alcuna infezione, come riscontrato dagli esami diagnostici effettuati, ivi compresi i tamponi del FEA. L'infezione da *staphylococcus Warneri* -e non aureo come indicato dal CTP dell'attrice- riscontrata mesi dopo l'intervento effettuato in Cassino, si era sviluppata verosimilmente su uno stato di diatesi familiarità con l'infezione presente già dal 2002 quando era stato eseguito l'impianto di protesi presso l'ospedale di Venafrò, rimossa poi presso l'ospedale San Filippo Neri di Roma.. Si rappresentava altresì che avuto riguardo alla prevenzione delle infezioni chirurgiche e nosocomiali, era stati praticati antibiotici modernissimi, di terza generazione, sia in sala operatoria prima dell'intervento che

dopo, a larghissimo spettro d'azione, in conformità ai protocolli internazionali. Peraltro il presidio ospedaliero era stato ultimato da appena quattro anni, con sistemi di prevenzione rispondenti alle prescrizioni legali e favorevoli le massime condizioni di asepsi ambientale e degli strumenti chirurgici. Pertanto non esisteva alcun nesso di causalità tra l'intervento di osteosintesi praticato all'attrice con l'infezione alla protesi del ginocchio. La borsite purulenta sovra rotulea diagnosticata alla paziente a fine maggio per infezione da stafilococco Warneri sarebbe comunemente riscontrabile in pazienti di età avanzata, con deficit immunitari e patologie diabetiche, similmente alle condizioni della P. all'atto del ricovero.

Non ammesse le prove orali, è stata espletata CTU medico- legale

La domanda è infondata.

La struttura sanitaria, privata o pubblica che sia, conclude necessariamente col "di assistenza sanitaria"), in virtù del quale la prima si obbliga a fornire al secondo una adeguata prestazione di contenuto sanitario. Come indicato nella sentenza Cass. Sez. Un. 577/2008 per effetto di tale contratto ne consegue che la struttura è direttamente responsabile nei confronti del paziente che abbia patito un danno in conseguenza di un deficit organizzativo della struttura sanitaria, come pure in conseguenza di un errore del personale medico o paramedico ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (Cass. n. 1698 del 2006; Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316).

Il rapporto tra paziente e struttura è caratterizzato dalla complessità e atipicità del legame che si instaura, che va, evidentemente, ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni. In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori. Tale rapporto deve, dunque, considerarsi in termini autonomi dal rapporto paziente-medico, e riqualificato come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito contratto di ospedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c.. Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente (Cass. Sez. un. 577/2008, cit.)

Ciò comporta che si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione).

Come più volte affermato dalla Cassazione (cfr. da ult. Cass. civile, sez. III, 6 ottobre 2014, n. 21025), nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno da attività medico - chirurgica, l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e l'inadempimento

qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo a carico (del medico e/o) della struttura sanitaria dimostrare che tale inadempimento non vi sia stato, ovvero che, pur essendovi stato, lo stesso non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904 e Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855).

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico) ai fini del riparto dell'onere probatorio, dunque, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Compete al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (Cass. Civile, sez. III, 22 maggio 2014, n. 11363).

Nella vicenda in esame il CTU officiato dr. Giorgio Marcelli - specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni, professore a contratto dell'Università di Roma "La Sapienza", dirigente medico legale Ospedale Sant'Eugenio di Roma - si è avvalso delle competenze del dr. Pasquale Noto, infettivologo pur non avendone richiesto l'autorizzazione durante il conferimento incarico. L'infettivologo era comunque presente all'atto dell'inizio operazioni, alla presenza del CTP, dr. Delli Colli. L'omessa richiesta di autorizzazione al giudice dal parte del CTU non comporta evidentemente alcuna nullità dell'elaborato da questi depositato, avendo l'omissione rilevanza sostanzialmente solo in sede di eventuale liquidazione delle competenze.

Il CTU con valutazioni articolate e scevre da ogni contraddizione nonché puntuali citazioni bibliografiche, che questo giudice ritiene del tutto condivisibili, ha rappresentato che - avendo la paziente attrice, affetta peraltro da diabete mellito, subito più interventi operatori e soggiornato in diverse strutture sanitarie in tempi precedenti e successivi al ricovero presso l'ospedale di Cassino - non sia possibile verificare in che tempo e in quale occasione abbia contratto l'infezione riscontrata diversi mesi dopo l'intervento presso la struttura di Cassino, ove venne praticata profilassi antibiotica sicuramente efficace nelle complicanze infettive post operatorie. Ma soprattutto il consulente ha dedotto l'esatto adempimento dell'assistenza sanitaria della convenuta ASL, anche nel trattamento antibiotico di prevenzione dalle infezioni. Proprio in considerazione delle corrette modalità quali quantitative con cui parte attrice è stata somministrata l'antibiotico profilassi in occasione dell'intervento (20.12.2006), l'adeguato trattamento a maggio 2007 della borsite prerotulea del ginocchio sinistro, l'assenza di una significativa differenza dei dati di laboratorio (in particolare della formula leucocitaria) tra prima e dopo gli interventi in questione, il CTU ritiene improbabile la correlazione tra l'infezione della protesi del ginocchio sinistro con errori (omissivi o commissivi) della profilassi antibiotica o del trattamento ortopedico di cui è causa. In altri termini non è possibile stabilire la sussistenza di un rapporto causale tra il dato fattuale dell'infezione dell'artroprotesi del ginocchio sinistro e gli interventi assistenziali ricevuti dalla paziente presso il nosocomio convenuto.

Nel giudizio, dunque, è stata raggiunta la prova incombente sulla convenuta dell'esclusione di inadempimento nella prestazione sanitaria - assistenziale offerta dalla struttura di Cassino e del nesso causale dell'infezione riscontrata nella paziente e l'attività sanitaria medesima.

L'estrema complessità della vicenda sanitaria di cui è processo ritiene doveroso far compensare le spese di lite, imputando alla soccombente attrice solo le spese della CTU, liquidate in separata sede.

P.Q.M.

il Giudice, definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe, ogni ulteriore istanza ed eccezione disattesa:

- rigetta la domanda;
- dichiara compensate le spese di lite;
- pone integralmente a carico dell'attrice soccombente le spese di CTU liquidate in separato provvedimento.

Così deciso in Cassino, il 4 novembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 5 novembre 2014.

TRIBUNALE DI CASSINO, sentenza 5 novembre 2014, n. 760; Giud. SCALERA; P.S. (Avv. CLEMENTE) c. AZIENDA SANITARIA LOCALE di Frosinone (Avv. SCIACCA) e OSPEDALE Santa Scolastica di Cassino.

Responsabilità civile - Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria - Contratto di ospedalità - Obblighi di protezione - Insufficienza o inidoneità delle misure di precauzione - Infezione nosocomiale - Non sussiste (Cod. Civ., art. 1218)

Responsabilità medica - Struttura sanitaria - Infezione nosocomiale - Onere della prova - Prova liberatoria dell'assunzione di misure preventive idonee - Inadempimento qualificato della struttura (o del personale) - Non Sussiste (Cod. Civ., art. 2697)

L'accettazione del paziente in ospedale comporta necessariamente la conclusione di un contratto atipico di ospedalità o di "assistenza sanitaria", che soggiace alla disciplina generale in materia di contratti (art. 1218 c.c.) e impone alla struttura sanitaria contraente una serie di obblighi di protezione, organizzativi e professionali, che vanno ben oltre la prestazione principale e che anzi coinvolgono l'intero trattamento medico, richiedendo la predisposizione di misure di prevenzione delle infezioni nosocomiali (nella specie, veniva negata la richiesta risarcitoria della paziente, che aveva contratto un'infezione da stafilococco Warneri alcuni mesi dopo il ricovero e l'intervento, effettuato presso i locali della struttura sanitaria). (1)

La struttura sanitaria, pubblica o privata, non è responsabile per l'infezione contratta dal paziente, che, presso la stessa, abbia subito un intervento, qualora, rispettando la normativa vigente in materia di prevenzione, abbia predisposto misure idonee a garantire le massime condizioni di asepsi ambientale e degli strumenti chirurgici, sia prima sia dopo l'intervento. Anche un'alta probabilità che l'infezione si sarebbe potuta sviluppare a prescindere dall'operazione chirurgica, sulla base delle caratteristiche fisiche e delle precedenti patologie del paziente, risulta essere sufficiente a far venir meno la relazione eziologica (nella specie, il CTU certificava che tutti gli accertamenti erano stati eseguiti correttamente, che le tecnologie utilizzate nella struttura sanitaria,

dai suoi dipendenti, erano in grado di assicurare condizioni ottimali per la prevenzione di infezioni nosocomiali e che la tipologia di infezione contratta è comunemente riscontrabile in pazienti di età avanzata e con deficit immunitari e patologie diabetiche).
(2)

(1) La questione relativa alle infezioni nosocomiali è fatta rientrare tra gli obblighi di protezione cui la struttura sanitaria, pubblica e privata, è chiamata ad adempiere, in virtù del contratto autonomo e sinallagmatico (c.d. di ospedalità), oggi pacificamente riconosciuto in giurisprudenza. La struttura è alternativamente chiamata a rispondere, tanto in caso di deficit organizzativo (ex. 1218 c.c.), quanto per il comportamento negligente del proprio personale (ex. 1228 c.c.). Tra le pronunce di legittimità, ex multis, Cass. Civ. sez. III, n. 8405, del 24 maggio 2015; Cass. civ., sez. III, n. 7354, del 13 aprile 2015; Cass. Civ. sez. III, n. 820, del 20 gennaio 2015; Cass. civ. sez. III, n. 19658, del 18 settembre 2014; Cass. Civ. sez. III, n. 26795, del 29 novembre 2013; Cass. Civ., sez. III, n. 24801, del 05 novembre 2013;; Cass. Civ. sez. III, n. 1620, del 3 febbraio 2012; Cass. Civ. sez. III, n. 24401 del 2010; Cass. Civ., Sez. Un., n. 576 e 577 del 11 gennaio del 2008, in *DeJure*; Cass. Civ., sez. III, n. 19145, del 29 settembre 2005, in *Foro it.* 2006, I, 2136; Cass. civ., n. 13066, del 14 luglio 2004, in *DeJure*. Tra le sentenze di merito, Trib. Roma, sez. XIII, n. 299, del 07 gennaio 2015; Trib. Napoli Sez. IV, n. 3488, del 18 dicembre 2014; Trib. Milano, sez. I, n. 14401, del 03 dicembre 2014; Trib. Lucca, n. 1851, del 28 novembre 2014; Trib. Palermo, sez. I, n. 5828, del 26 novembre 2014; Trib. Nocera Inferiore, n. 515, del 04 giugno 2013; Trib. Bari, sez. II, n. 1310, del 16 aprile 2012; Trib. Modena, sez. I, n. 1533, del 06 ottobre 2011; Trib. Bari, sez. II, n. 3032, del 13 ottobre 2009; Trib. Milano, sez. X, 10 settembre 2007, in *DeJure*. Anche in Cass. Pen. sez. IV, n. 23661, del 15 gennaio 2013; Cass. Pen., sez. IV, n. 36502, del 11 aprile 2008, in *DeJure*. Da tale vincolo obbligatorio discende la possibilità per il paziente di richiedere un risarcimento, laddove non siano state prese le opportune misure di igiene, richieste dalla ‘normativa’ in materia di prevenzione delle infezioni nosocomiali sancita a livello nazionale. Forti impulsi, a riguardo, arrivano anche dalle organizzazioni internazionali e dall’Unione Europea (si rimanda per i riferimenti alle note in commento). In senso contrario fu, in realtà, il primo approccio della giurisprudenza, che riconduceva tali ipotesi ad una responsabilità di natura extra contrattuale. Un caso quasi isolato (Cass. civ., Sez. III, n. 972 del 18 aprile 1966, in *Foro it.*, 1966, parte I, p.1532) ha aperto il tema, preoccupandosi, in un ottica protettiva del paziente, di individuare, sul modello di quella oggettiva, una responsabilità a carico della struttura sanitaria, dovuta all’utilizzo di strumenti infetti nell’operazione. Tale responsabilità trova un innovativo inquadramento normativo negli articoli 2050 e 2051 del cod. civ.. Recentemente la tendenza della giurisprudenza è rivolta ad intravedere una natura extracontrattuale in questi rapporti solo in casi isolati, e per ragioni diverse. Solitamente, lo schema residua da processi molto lunghi e legati a tendenze ormai superate: Cass. Civ., sez. III, n. 20136, del 18 ottobre 2005; Cass. civ., sez. III, n. 11440, del 18 novembre 1997; Cass. Civ., sez. III, n. 7494, del 20 aprile 2004. In un altro caso curioso, la scelta di intendere il rapporto sulla base della responsabilità aquiliana, ha evitato la perdita di competenza del giudice ordinario italiano: Cass. Civ., Sez. Un., n. 5145, del 22 maggio 1998.

La dottrina ha iniziato ad occuparsi delle infezioni nosocomiali molto in ritardo. Se si pensa che le prime sentenze si ebbero già alla fine degli anni '60, dovrebbe stupire che i primi approfondimenti furono pubblicati solo nei primi anni '80, sebbene in un lasso di tempo relativamente esiguo, che arriva fino ai nostri giorni, si sia assistito ad un forte interessamento al tema. Tra i maggiori contributi si segnalano quelli di R. AMBROSIO, *Danno da infezioni ospedaliere: la difesa civilistica del medico*, B. PORTA, *La responsabilità civile del medico per danno da infezione*, in dannoallapersona.it; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale*, edito in Feltrinelli, 2013; M. RONCHI, con *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 1527 e 1803, e G. IADECOLA e M. BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, edito in Giuffrè, 2009.

(2) La giurisprudenza, nella quasi totalità dei casi, tende a condannare la struttura sanitaria per mancanza di prove sufficienti a certificare la messa in atto di idonee misure di prevenzione e l'asepsi degli ambienti e degli strumenti chirurgici. Già in Cass. civ., Sez. III, n. 972 del 18 aprile 1966, in *Foro it.*, 1966, parte I, p.1532; e tra le sentenze di merito, Trib. Casale Monferrato, del 6 luglio 1966 e App. Torino, n. 35 del 12 gennaio 1968, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1968, p. 622 e ss., si superava la prova liberatoria del caso fortuito e si introducevano i concetti di prevedibilità e prevenibilità “*al lume dei sussidi tecnici della scienza moderna*”. L'evoluzione della giurisprudenza nel campo della responsabilità medica si è modellata sul parallelo sviluppo delle nuove tecnologie mediche, ormai senza frontiere. E la posizione del paziente è stata gradualmente agevolata, per una tendenza in sede giudiziale a giustificare sempre meno gli errori del medico e della struttura. A partire dalla nota sentenza della Cassazione n. 6141 del 1978 (in cui si introduce un'inversione dell'onere della prova basato su una presunzione in re ipsa, limitatamente alle operazioni c.d. di routine, per cui non spetta più al paziente dimostrare la colpa del medico, che invece può eccepire il caso fortuito), per poi rivoluzionare ancora il sistema con il concetto di allegazione dell'inadempimento, in Cass. Civ. Sez. Un. 13533, del 30 ottobre 2001 e Cass. Civ., Sez. III, n.9471, del 19 maggio 2004, in cui si specifica che l'allegazione deve basarsi sulle “conoscenze di un non professionista”. Tutte misure che alleggeriscono la posizione del paziente, senonché si decida di fare un leggero passo indietro puntando sul secondo pilastro della responsabilità medica, accanto a quello della colpa, ovvero il nesso eziologico, con le sentenze Cass. Civ. sez. III, n. 22894, del 11 novembre 2005; Cass. Civ. sez. III, n. 12362, del 24 maggio 2006; Cass. Civ., Sez. Un., n. 576 e 577 del 11 gennaio del 2008; Cass. Civ. n. 12274, del 7 giugno 2011; Cass. Civ. se. III, n. 15993, del 21 luglio 2011; Cass. Civ. sez. III, n.27855, del 2013. Tra le sentenze di merito Trib. Napoli Sez. IV, n. 3488, del 18 dicembre 2014; Trib. Bari, sez. II, n. 1326, del 17 aprile 2012; Trib. Prato, n. 896, del 11 agosto 2011; Trib. Bari, n. 827 del 2009; Trib. Milano, sez. V, n. 8398, del 26 giugno 2008, in *DeJure*. Nessun precedente contrario.

Per la dottrina si rimanda alla nota precedente. Più in generale il tema della responsabilità della struttura da mancata precauzione, è suscettibile delle teorie tradizionali in tema di causalità e colpa, ai limiti con una responsabilità oggettiva. Si rimanda a P. TRIMARCHI, in *Rischio e responsabilità oggettiva*, edito da Giuffrè, prima edizione 1961 e a G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società “mista”*. Nel settore medico si ricorda anche R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, edito da Giuffrè, 2010. G. M. D. ARNONE,

Responsabilità medica, causa ignota e incertezza sul nesso causale, nota a Cass. Civ, sez. III, n. 17573, del 2013, in dannoallapersona.it. M. RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delimita i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012, 540.

IL COMMENTO

1. Introduzione¹

La sentenza in esame si inserisce in un ampio repertorio giurisprudenziale sulla responsabilità medica per le infezioni nosocomiali. Una responsabilità che ricade in primis sulla struttura ospedaliera, ma che coinvolge l'intero sistema sanitario. La frequenza con cui si verificano tali ipotesi e l'impatto sociale che ne consegue hanno fatto sì che, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina si siano trovate sovente a dover affrontare questioni che, prima facie, sfuggono all'inquadramento normativo, richiedendo al giudice uno sforzo maggiore, che tenga conto dei vari interessi coinvolti. In un'ottica di bilanciamento, infatti, è indubbia la configurazione di un rapporto asimmetrico tra le parti, stante la posizione del paziente in serio svantaggio, sia nella misura di poter evitare il danno nel suo verificarsi, sia nella precarietà delle basi probatorie a sua disposizione in sede di giudizio. Per questo, seguendo l'evoluzione che il fenomeno ha subito negli ultimi anni, spicca la tendenza da parte dei giudici di semplificare il ruolo del danneggiato, eliminando i possibili ostacoli alla tutela risarcitoria. Nelle righe che seguono se ne analizzeranno gli elementi più caratteristici e allo stesso tempo più drammatici.

Dall'altra parte, anche la struttura ospedaliera si trova a doversi accollare un rischio, che neanche le più morbose attenzioni possono eliminare, rimanendo un indice, seppur riducibile, sempre costante nell'attività medica. Infatti, dando troppo spazio alla protezione del paziente, questa si troverà a rispondere in tutti i casi, essendo l'evento "oggettivamente evitabile". Quali sono allora i limiti, ammesso che si possano accettare?

Per avere, poi, una panoramica completa sulla questione potrebbe rivelarsi utile considerare anche l'impatto del fenomeno sulla società. La possibilità di prevenire le infezioni ospedaliere e al contempo l'impossibilità di debellarle del tutto, determinano un costo non indifferente, che qualcuno, prima o poi, sarà costretto a pagare.

2. Un quadro generale sulle problematiche.

Le infezioni nosocomiali sono intese, nella letteratura medica, come quelle infezioni che insorgono durante la degenza in ospedale, o successivamente alla dimissione del paziente, e che non erano già state riscontrate all'atto del ricovero.² Unico elemento

¹ L'elaborato è in parte ispirato alle posizioni di illustri studiosi della responsabilità civile, per come esposte presso l'Università di Trento, nell'ambito di ciclo di lezioni sui principali temi della RC; integralmente sul sito <http://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/3839/lezioni-magistrali-sulla-responsabilit-civile>.

² Lo esplicita la Circolare del Ministero della Sanità n. 52 del 1985, laddove sono intese come "infezione di pazienti ospedalizzati, non presente né in incubazione al momento dell'ingresso in ospedale, comprese le infezioni successive alla dimissione, ma riferibili per tempo di incubazione al ricovero". Tale definizione recepisce il lavoro compiuto, nel panorama internazionale, dalla World Health Organization (WHO), che, in una guida pratica per la prevenzione, scrive: "An infection acquired in hospital by a

discriminante è il tempo, criterio assai generico e flessibile. Il concetto che, seppur utile in via preventiva per la struttura, la quale potrebbe attivare misure idonee ad evitare il loro verificarsi, non è, tuttavia, sufficiente a certificare la responsabilità del personale medico e/o dell'ente ospedaliero.

Infatti, se da una parte ci sono casi in cui la specificità dell'infezione e le circostanze in cui essa si è verificata non lasciano grandi dubbi al giudice nel riconoscimento di un nesso causale con il trattamento sanitario ricevuto, dall'altra, molto spesso non è possibile, sulla base degli elementi conosciuti, accertare se l'infezione fosse già presente all'atto di ricovero nella struttura, o se fosse stata contratta in circostanze differenti.

Queste ultime ipotesi aprono al caso in cui, come nella sentenza in esame, sono diversi i fattori che potrebbero aver concorso al verificarsi dell'evento e non risultano chiare le dinamiche che li legano. In casi simili, le possibili strade sono due: rigettare la richiesta risarcitoria per mancanza di prove – come nel caso – o considerare oggettivamente integrata una responsabilità da mancata prevenzione. La domanda che ci si pone è se la struttura e il suo personale avrebbero potuto evitare il danno al paziente, adottando alcune misure di prevenzione. La tendenza della giurisprudenza e della dottrina è orientata verso quest'ultima soluzione.³

Per non partire dalla fine, potrebbe essere utile ricostruire il rapporto che si crea tra la struttura sanitaria e il paziente, individuando il momento in cui esso prende forma e i vincoli e gli obblighi con cui si manifesta. L'immediatezza con cui si può immaginare lo scenario che si delinea, stante la "normalità" dello stesso, potrebbe, infatti, indurre nell'errore di tralasciare aspetti determinanti nell'imputazione della responsabilità. Al di fuori di un contesto giuridico, infatti, la responsabilità dei sanitari in casi di infezioni contratte in ospedale appare lapalissiana.

La giurisprudenza e la dottrina sono ormai da tempo concordi⁴ nel considerare l'accettazione del paziente in ospedale quale momento di conclusione di un vincolo; lo si definisce contratto di ospedalità, o di "assistenza sanitaria", perché presuppone che la struttura ospedaliera, ricoverando il paziente, accetti un impegno a garantirgli tutte le cure del caso.⁵ Cure che non si limitano, come anche sottolineato dal testo in analisi, ad una mera "fornitura di prestazioni alberghiere", ma presuppongono un'attenta predisposizione di misure di igiene e di asepsi degli ambienti e degli strumenti, oltre che di attrezzature idonee a far fronte ad ogni sorta di complicità.⁶

patient who was admitted for a reason other than that infection. An infection occurring in a patient in a hospital or other health care facility in whom the infection was not present or incubating at the time of admission. This includes infections acquired in the hospital but appearing after discharge, and also occupational infections among staff of the facility", in www.who.int.

³ Come visibile anche nella rassegna che si allega, è sbalorditivo il ricorso da parte della giurisprudenza ad una soluzione che potrebbe sembrare sbrigativa ma che è ormai largamente condivisa. Si rimanda al testo della decisione in esame. In dottrina cfr. M. BONA, *Danno da infezioni ospedaliere: considerazioni pratiche sull'azione per il risarcimento dei danni*: "la responsabilità degli ospedali è una responsabilità per rischio oggettivamente evitabile. Dunque una responsabilità ai confini con quella oggettiva".

⁴ Si rimanda alla sezione sulla rassegna.

⁵ Cfr. sent. Trib. Bari, n. 827 del 2009, in cui, "La diligente sterilizzazione dell'ambiente ospedaliero, della sala operatoria, dei luoghi di degenza e delle attrezzature, costituisce obbligo precipuo della casa di cura che, in virtù del contratto di ospedalità, è tenuta ad offrire ambienti salubri ed attrezzature conformi ai parametri della scienza e tecnica medica."

⁶ Cfr. Cass. Civ. SSUU, n. 577 del 2008 – "autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito contratto di ospedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c. (...)che va ben oltre la fornitura di

Un contratto che, nella sua atipicità risulta ormai essere tipicamente delineato in tutti i suoi elementi essenziali, benché pecchi in tassatività e determinatezza - caratteristici delle categorie giuridiche - quando lascia gli obblighi, colmabili, nel contenuto, solo da norme di buon senso. Nonostante l'intervento del legislatore abbia cercato di uniformare il trattamento sanitario dettando linee guida nella prevenzione delle infezioni,⁷ si richiede comunque un atteggiamento consapevole e quasi solidaristico da parte degli operatori sanitari. Sarebbe praticamente impossibile, viceversa, garantire l'igiene degli ambienti, degli strumenti e del personale, in contesti che accolgono per loro intrinseca natura elementi estranei e sfuggenti al diligente controllo degli operatori (si pensi alle visite giornaliere). La possibilità, poi, che l'infezione non si manifesti immediatamente ma dopo un certo lasso di tempo (nella fattispecie, la patologia viene diagnosticata dopo sei mesi) comporta un aggravio nell'accertamento del comportamento dei medici e dei paramedici in costanza di ricovero. Le conseguenze in sede giudiziale sono drammatiche e hanno orientato la giurisprudenza verso l'adozione di una prova presuntiva di colpevolezza.

3. Il “vantaggio” di essere un paziente.

Quello della responsabilità medica è un settore esplosivo: i casi di malpractice sanitaria sono all'ordine del giorno sui banchi giudiziari e richiedono una particolare attenzione da parte del giudice, stante la delicatezza dell'interesse coinvolto, annoverabile tra i diritti inviolabili costituzionalmente protetti (art. 2 Cost.). Per la frequenza con cui si verificano le infezioni ospedaliere e per la posizione del paziente che non è in grado, pur adottando un comportamento diligente, di evitare l'evento dannoso,⁸ la giurisprudenza ha nel tempo inquadrato la fattispecie nella responsabilità contrattuale, trovando il suo riferimento normativo nella disciplina generale in materia di contratti prevista dal codice civile, ed in particolare nell'art. 1218. Questo regime d'imputazione del danno, infatti, agevola la posizione del debitore, quindi del paziente, riponendo nella struttura ospedaliera l'onere di provare l'adempimento, o un inadempimento dovuto a cause estranee e non imputabili alla stessa.⁹

La presenza nel rapporto tra paziente e struttura ospedaliera, come si è detto, di una prestazione per così dire “complessa”, che ricomprende la prestazione principale e tutta una serie di obblighi di protezione secondari, che possono ben rientrare nell'interesse del paziente a non subire ulteriori danni in pendenza di ricovero, ha sempre creato

prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni. In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di “assistenza sanitaria”, che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori.”.

⁷ DPR 13 settembre 1988, “Determinazione degli standard del personale ospedaliero”, che istituisce il Comitato di controllo delle infezioni ospedaliere “al fine di accertare la qualità dell'assistenza sanitaria, per conferire maggiore professionalità agli atti tecnici essenziali”; DM 24 luglio 1995: “Contenuti e modalità degli indicatori di efficienza nel Servizio nazionale”. Più organica la normativa presente nei vari Piani sanitari nazionali (a partire dal DPR 23 luglio 1998, a cadenza biennale). Per info più generali, http://www.epicentro.iss.it/problemi/infezioni_correlate/infezioni.asp.

⁸ Si potrebbe estremizzare, in linea teorica, nel senso di intendere tali fattispecie come di natura unilaterale, in quanto dipendono quasi esclusivamente dalla condotta mantenuta dal personale sanitario.

⁹ Recita l'art. 1218 c.c.: “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

grandi problemi di inquadramento giuridico,¹⁰ con conseguenze in sede giudiziaria da non sottovalutare. Si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che coesistano nel rapporto una responsabilità contrattuale in riferimento alla prestazione medica generale e una responsabilità extracontrattuale, per gli obblighi di protezione secondari. Senonché entrambi gli interessi coinvolti rientrano agevolmente nel concetto di salute, inteso in senso generico ed onnicomprensivo, come sottolineato nel paragrafo precedente.¹¹

Inoltre, annoverando i casi di malpractice medica e in particolare di infezioni nosocomiali nello schema giuridico dell'art. 1218 c.c., si configurerebbe un'inversione dell'onere della prova, che in caso di responsabilità aquiliana, viceversa, ricadrebbe interamente nel paziente¹², il quale, come notato dalla giurisprudenza e dalla dottrina più recente, non è sempre in grado di portare prove che dimostrino la colpa dei sanitari.

Un ulteriore correttivo a questa asimmetria probatoria è stato inserito dalla giurisprudenza; seppur si richieda un'"allegazione" d'inadempimento al paziente, questa richiesta non può non tener delle conoscenze del paziente,¹³ limitandosi ad una "affermazione" sull'esistenza dell'inadempimento.

Tale regola, generalmente accolta nell'ottica di ristabilire un piano di parità nella ripartizione dell'onere della prova, è suscettibile di variazioni in merito al contenuto della prova liberatoria richiesta. E qui si apre la questione, probabilmente ancora irrisolta in dottrina e giurisprudenza, della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Nel primo caso, la prova liberatoria sarebbe correlata al fatto che l'autore della prestazione abbia tenuto un comportamento conforme alla diligenza richiestagli; nel secondo caso il medico dovrebbe dimostrare il caso fortuito quale causa estranea, e ad egli non imputabile, di inadempimento.

Esimendomi dal risolvere, in questa sede, tale interrogativo, ritengo di poter accogliere la tesi, oggi largamente condivisa e affermata, che considera il vincolo tra la struttura

¹⁰ Cfr. Scardillo 1994: «mentre la colpa contrattuale postula la violazione di uno specifico dovere derivante da un rapporto obbligatorio (che non deve trattarsi necessariamente di un contratto ma ben può essere ogni tipo di specifico rapporto inter partes) tra l'autore del danno e colui che lo ha subito; si ha, invece, responsabilità extracontrattuale in caso di violazione del dovere generico del *neminem laedere*, cioè del dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica che grava su ognuno ed esclude la preesistenza di uno specifico rapporto obbligatorio», in *La responsabilità della struttura sanitaria*, BAGGIO.

¹¹ La sentenza n. 589, del 22 gennaio 1999 ha postulato la natura contrattuale sia della responsabilità della struttura ospedaliera che del medico in essa esercitante, in quanto «nei confronti di quest'ultimo si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, ossia poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come colpa in non faciendo, la quale dà origine a responsabilità contrattuale. (...) Si ammette cioè che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (...); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*» Cattaneo, 1958, cit. in *La responsabilità della struttura sanitaria*, BAGGIO.

¹² Cfr. sent. Cass. Civ. n. 972 del 1966, con nota di CATTANEO, *Alcune questioni in tema di responsabilità professionale*.

¹³ Si veda sent. Cass. n. 9471 del 2004, che fa riferimento alle "conoscenze di un non professionista".

sanitaria e il paziente un'obbligazione di mezzi.¹⁴ Tenendo a mente il contenuto obbligatorio del contratto di assistenza sanitaria, la struttura risponderà per deficit organizzativo, dovendo pertanto dimostrare in sede di giudizio, di aver predisposto tutte le misure preventive, astrattamente idonee ad evitare il danno, e che il danno sia stato cagionato da un evento straordinario ed imprevedibile. Nella fattispecie di infezioni nosocomiali, in particolare, tale predisposizione dovrà, in ossequio alle disposizioni di legge e alle linee guida diffuse dai piani nazionali di sanità, cui si rimanda, risultare rispettosa degli standard igienici ivi descritti: standard che spaziano dalla semplice pratica di lavarsi le mani e sterilizzare gli strumenti operatori, alla più complessa organizzazione e pulizia degli ambienti del complesso ospedaliero in modo da impedire la proliferazione di agenti patogeni.

In tal senso, l'ente ospedaliero è caricato di un compito non sempre agevole. Come preannunciato nell'introduzione, le infezioni nosocomiali (in Italia, contratte nel 5-8 % dei ricoveri) sono prevenibili ma non del tutto debellabili, pur adottando tecniche e strumenti d'avanguardia. Il CTU interviene a soccorso dell'ospedale, ma per quella piccola percentuale di casi in cui non si riesca ad impedire la riproduzione batteriologica e virale, causa dell'infezione, il danno sarà comunque imputato alla struttura, in quanto in re ipsa privativo del bene salute, presuntivamente garantito dal sistema sanitario.

4. Una responsabilità da mancata precauzione: oggettiva?

Stando così le cose, si richiede inevitabilmente una probatio diabolica alla struttura ospedaliera, che difficilmente può dimostrare l'efficienza del trattamento sanitario riservato al paziente. È come se, all'interno del vincolo contrattuale atipico di ospedalità, fosse ricompreso – insieme alla prestazione principale e agli obblighi sussidiari di protezione – anche un rischio, un'alea tipica indissolubilmente connessa all'attività sanitaria, di cagionare infezioni.

Alla base della responsabilità medica e del suo accertamento sono individuabili due pilastri: la colpa e la causalità – giuridica, che investe il diritto e viene riportata alla relazione che lega l'evento alle sue conseguenze. In riferimento al primo di essi, si è visto, nel paragrafo precedente, che la giurisprudenza ha teso sempre più a sgravare il paziente di un onere per lui intollerabile, per lo meno nella maggior parte dei casi. Può essere opportuno aggiungere che, sotto il profilo della condotta colposa dell'ospedale (e non più solo del medico), da sempre si afferma l'inapplicabilità dell'art. 2236 c.c.¹⁵, stante “il carattere del tutto normale del procedimento di asepsi della sala operatoria e degli strumenti”.¹⁶

¹⁴ In senso contrario, una parte minoritaria della dottrina considera la diligenza del medico, nel fornire le cure al paziente, quale possibile risultato in un intervallo teleologico limitato, intendendo come risultato dovuto non tanto la guarigione, quanto l'intero complesso di cure volte alla stessa. È “la buona cura” di cui parla L. MENGONI, in *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in Riv. Dir. Comm., I, 189, 1954.

¹⁵ Che recita: “Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”

¹⁶ Cfr. sent. Trib. Casale Monferrato, del 6 luglio 1966 e App. Torino, n. 35 del 12 gennaio 1968, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1968, p. 622 e ss. Orientamento confermato anche in tempi meno risalenti da Cass. Civ., n. 20136, del 18 ottobre 2005: “la stessa invocazione dell'art. 2236 c.c. per le difficoltà dell'intervento, sarebbe stata priva di pregio, non essendo la predisposizione dell'ambiente di esecuzione dell'intervento direttamente afferente all'esecuzione dello stesso, in relazione alla quale poteva affermarsi la sussistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà”.

Da contrappeso potrebbe allora fungere il secondo pilastro, quello della causalità. Il nesso eziologico, infatti, è da sempre ricondotto ad una natura autonoma rispetto alla valutazione dell'intenzionalità. Nelle ipotesi di infezioni nosocomiali, poi, non sempre risulta agevole determinare con certezza la causa determinante. Si suole parlare di "multifattorialità", e la sentenza in esame ne è un evidente esempio, quando a cagionare un danno concorrono più fattori, senza che uno di essi prevalga.¹⁷ Legati all'insorgenza delle infezioni nosocomiali, sovente, sono microrganismi diffusi e di origine incerta, o ancora cause esogene (riconducibili all'ambiente esterno) e/o endogene (che pure non escludono necessariamente una responsabilità del medico o della struttura).

"L'accertamento del nesso di causalità in termini di certezza scientifica viene dunque sostituito con il ricorso a modelli probabilistici o di credibilità logica, o in altri casi, con l'assorbimento dell'accertamento causale nel giudizio sulla colpevolezza, attraverso l'impiego dei modelli della causalità adeguata e dell'aumento del rischio" (Ronchi, 2007).

Due possibili strade che in ogni caso lasciano poco spazio alla difesa della struttura. Inoltre, i casi in cui ci si è basati sul criterio dell'aumento del rischio sono esigui, mentre si va sempre più verso una prova presuntiva, basata sull'assunto che la causa primaria delle infezioni contratte durante la degenza in ospedale siano comunque dovute alle condizioni degli ambienti e all'intervento del personale – sia esso medico o paramedico; pertanto il giudizio penderà sull'accertamento della diligenza professionale della struttura. Non è difficile, allo stato delle cose, descrivere la responsabilità della struttura come una responsabilità ai limiti con quella oggettiva, posto che, in ogni caso, di fronte a prove che lasciano un ragionevole dubbio sulle dinamiche del ricovero, la struttura non potrà far nulla, se non risarcire il danno.

Come nel caso analizzato, il giudice si rifà ad elementi che accertino il nesso eziologico, e in caso di incertezze e difficoltà si basa su criteri presuntivi e probabilistici. L'ago della bilancia continua a pendere dalla parte del paziente. Del resto, nella pronuncia in esame il giudice si appella proprio ad elementi statistici, riscontrando una diversa possibilità di contrarre l'infezione che escluda un qualsivoglia collegamento eziologico con la struttura convenuta e i suoi dipendenti. Ma anche in questo caso si potrebbe notare che la soluzione data non riesca ad individuare un preciso fattore determinante. Si rimane su un piano parallelo contornato da numeri.

La responsabilità deriva dalla mancata adozione di misure idonee ad evitare la diffusione delle infezioni, ma questa si calcola sulla base di criteri statistici (ad esempio, il verificarsi di casi simili nella stessa struttura). L'unica via d'uscita per il danneggiante è la prevenzione.

5. L'economia non sembra d'aiuto.

Il principio di precauzione compare sulla scena della responsabilità civile nel momento in cui viene a crearsi una spaccatura tra un atteggiamento di consapevolezza, attraverso

¹⁷ M. BONA, *op. cit.*, sottolinea come "è evidente quindi che nella maggior parte dei casi, non potendosi – soprattutto a distanza di tempo – individuare il determinato fattore che ha veicolato l'infezione, il nesso di causalità sarà quello statistico o probabilistico. Ovviamente, l'attore si troverà in una posizione migliore, allorquando non solo sia in grado di provare che la tipologia batterica rientra tra quelle "ospedaliere", ma anche che quel tipo di germi erano presenti nella sala operatoria o comunque nei luoghi in cui si è svolta la degenza, nei giorni in cui ha avuto luogo l'operazione. Ulteriore elemento, che può contribuire al successo della pretesa risarcitoria della vittima, è la prova che altri pazienti, negli stessi giorni e negli stessi ambienti, hanno contratto il tipo di infezione accusato da chi agisce."

un'organizzazione manageriale del rischio, di poter controllare sempre il rischio, e l'emergere di una preponderante esigenza di maggior sicurezza.¹⁸ In questo scenario la precauzione si potrebbe sbrigativamente sintetizzare nella regola imperativa 'in dubio pro malo'. In base a tale assunto di Hans Jonas, alla luce del progresso tecnologico, in grado di creare una forte insicurezza nella previsione delle conseguenze delle azioni, doveva ritenersi preferibile astenersi dal compierle. Era l'ignoranza a fungere da deterrente nel cagionare danni. Oggi i casi di incertezza si riducono ma il principio trova spazio e si richiede in numerose occasioni, non di meno nell'attività sanitaria.

Una breve analisi economica potrebbe soccorrere nella spiegazione. La responsabilità civile per danni ha una doppia funzione, compensativa o reintegrativa, che mira ad assicurare una ragionevole stabilità alla posizione dei consociati, e preventiva, che funge da incentivo per l'adozione di misure di precauzione ragionevoli per ridurre la frequenza degli incidenti. Quest'ultima è quella che, in questa sede, interessa. È una funzione comune al regime di responsabilità oggettiva e a quello di responsabilità per colpa, stante l'unica differenza nei centri di valutazione delle misure preventive che si necessitano: infatti, in un regime di responsabilità per colpa, le misure doverose – in mancanza delle quali c'è imputazione –, sono stabilite dalla legge, o laddove manchi un assetto normativo, in via giudiziale, sulla base di criteri di ragione - invero, si lascia a carico del privato un residuo di rischi, che non si riesce a coprire per due ordini di ragioni: da una parte, è difficile accertare la colpa, dall'altra, anche quando vengono adottate le misure dovute, residua comunque un margine d'errore. Nella responsabilità oggettiva, viceversa, le precauzioni sono rimesse alla sfera di autonomia del soggetto agente, il quale, consapevole che al verificarsi del danno risponderà automaticamente, adotterà le misure più opportune. Si badi che il rischio non può essere ridotto a 0, se non ad un costo eccessivo rispetto al beneficio che ne potrebbe derivare.¹⁹

Cionondimeno, ci sono attività, come quella medica, che statisticamente continuano a provocare incidenti, ma che, per la loro utilità sociale, non possono che continuare ad essere praticate.²⁰ Ed anzi, è la stessa collettività a mostrarsi disposta a pagare per esse; sicché il problema non si pone sul piano della legittimità sociale, bensì sulla misura in cui sono economicamente sopportabili.²¹

Su tali presupposti, si afferma l'idea di una responsabilità per rischio, che vede imputato il danno al soggetto che, pur potendo, non ha assunto quel livello di prevenzione

¹⁸ <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15116>

¹⁹ La formula di riferimento è quella di Learned Hand: $C < DP$, in cui C equivale al costo economico della misura preventiva idonea ad evitare il danno, D è il danno atteso e P la probabilità che il danno si verifichi; $D \times P$ è il danno preventivato. In un regime di responsabilità per colpa, l'imputazione del danno è rimessa alla sola ipotesi in cui il danneggiante non abbia adottato le misure minime di precauzione dovute, supportando un costo inferiore al danno preventivato. In un regime di responsabilità oggettiva, l'imputazione avverrà quasi automaticamente al verificarsi del danno. Si rimanda a S. SHAPELL, *Analisi economica del diritto*, edito da Giappichelli, 2007.

²⁰ Sostiene Trimarchi (Op. cit. in rassegna) che in questi casi affidare al giudice la valutazione, caso per caso, che l'attività sia sufficientemente utile alla collettività, affinché possa continuare, pur adottando misure preventive, è abbastanza macchinoso. Si preferisce adottare un altro sistema e addossare a chi esercita l'attività tutti i rischi connessi, in modo che il rischio sia un carico interno, e l'imprenditore sia costretto a tenerne conto nell'analisi della produttività dell'azienda. In tal senso, il criterio di valutazione nella responsabilità per colpa è di natura pubblica, ma la scelta delle precauzioni ulteriori e del dimensionamento dell'attività rischiosa è rimesso al privato. Si evita così che imprese attive per il singolo imprenditore, ma passive sul piano sociale, distruggano un valore maggiore di quello che producono.

²¹ G. CALABRESI, *op. cit.* in rassegna.

necessario ad evitare il danno e si è, quindi, accollato il rischio. Nulla quaestio, dunque, se l'ospedale preferisce adottare un livello di precauzione insufficiente dal quale derivino inevitabilmente un numero determinato di casi di infezioni. Ma se le precauzioni sono state prese, in ossequio al livello predeterminato, e si sono dimostrate insufficienti, il danno sarà inevitabilmente spostato sul danneggiato. È qui che l'inquadramento del rapporto nello schema contrattuale riporta il danno sul danneggiante, l'unico in grado di prevedere, sulla base di un ragionamento prognostico, il rischio. Si ritorna al vantaggio del paziente.

Per di più in sede civile, la giurisprudenza e la dottrina in tempi più o meno recenti hanno iniziato, sull'onta delle posizioni statunitensi, ad oggettivizzare la colpa, riducendola ad uno standard. In fin dei conti si è ritornati alla responsabilità oggettiva; e ciò risulta evidente se si considera l'aspetto prettamente probatorio – le difficoltà per il danneggiante sono pressappoco le medesime.

Purtroppo, a mio avviso sembra difficile individuare una terza via che risolva questo impasse, considerando che l'attività sanitaria, e quella pubblica in primis, richiedono, per natura, la presenza di uno standard di precauzione non individuabile caso per caso. Unica consolazione potrebbe essere il fatto che l'assistenza medica è essenziale e i benefici che la società tutta può ricevere sono ineliminabili. Probabilmente il costo sociale delle infezioni ospedaliere è coperto dal beneficio delle cure mediche.

6. Conclusioni.

Le infezioni ospedaliere non sono, dunque, totalmente eliminabili. Le strutture sanitarie si impegnano ad evitarle ma non sempre si rivelano capaci di farlo. D'altra parte non si può giustificare questa mancanza, e prescindere dalla lesione del diritto alla salute del paziente.

In un percorso altalenante tra posizioni discordanti si è cercato di descrivere quali sono, da un lato, le garanzie da assicurare al paziente per la sua pretesa risarcitoria, e dall'altro, i paradossi ai quali, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, si sono piegati nel tentativo di creare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. Che si individuino casi di responsabilità contrattuale o di responsabilità extracontrattuale, poi, non cambia molto. La prova liberatoria non è ripartita equamente, e forse giustamente, per le ragioni sopra esposte, e tende ad assumere i caratteri di una probatio diabolica del caso fortuito e dell'evento imprevedibile.

È il caso di accettare anche da pazienti il rischio di possibili infezioni, e sperare che la tecnologia un giorno sarà in grado di eliminarle del tutto²².

²² Un recente articolo presenta una nuova tecnologia in grado di sterilizzare le sale operatorie, nebulizzando un disinfettante secco, sul sito <http://www.telemeditalia.it/it/ej-tecsanitar/content/entry/0/179/3024/la-tecnologia-contro-le-infezioni-ospedaliere.html>.

CHI NON CONNETTE PAGA: LA RESPONSABILITÀ DEL FORNITORE DI SERVIZI ADSL

di Giorgia Trentini

IL CASO

In data 11 agosto 2009 la società Alfa, svolgente attività di progettazione architettonica ed urbanistica, stipula un contratto di utenza telefonica comprendente la fornitura del servizio Internet con Vodafone, per il tramite di Gamma, agente autorizzato a raccogliere le sottoscrizioni presso il pubblico.

Data la natura dell'attività lavorativa di Alfa, che postula la necessità di poter contattare i clienti, e di essere da questi contattata, Alfa chiede espressamente che il passaggio dal vecchio gestore telefonico (Telecom) al nuovo avvenga senza soluzione di continuità.

Ciononostante per un periodo di 46 giorni (dal 9 ottobre al 24 novembre 2009) Alfa si ritrova impossibilitata ad accedere alla rete telefonica, e per un periodo di 43 giorni (dal 12 ottobre al 24 novembre) anche alla rete Internet.

Per queste ragioni Alfa cita in giudizio Vodafone e Gamma affinché ne vengano accertati i profili di responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale.

Nel resistere, Vodafone evidenzia come la procedura di portabilità delle linee telefoniche e di accesso ad Internet da un operatore all'altro avvenga, in virtù di un protocollo di intesa tra compagnie telefoniche, nel rispetto di tre successivi passaggi: il nuovo operatore richiede l'importazione della linea; quindi il vecchio operatore notifica al nuovo l'imminente distacco di essa; infine la linea viene disattivata, e si può procedere alla sua nuova attivazione presso il nuovo operatore. Nella specie Vodafone lamenta che Telecom abbia omissso il secondo passaggio della procedura appena descritta; così evidenziandone profili di responsabilità non secondari nel ritardo nell'attivazione della linea presso il nuovo operatore. Conseguentemente Vodafone chiama in causa Telecom.

E' possibile scandire il percorso argomentativo del giudice nella sentenza in esame in tre differenti passaggi: anzitutto il giudice si pronuncia sulle questioni di rito proposte da Gamma e Telecom; quindi valuta i diversi profili di responsabilità ascrivibili alle convenute e alla terza chiamata; infine si occupa del profilo del risarcimento del danno, saggiando i danni patiti da Alfa effettivamente risarcibili, e condannando al pagamento di questi ultimi convenute e terza chiamata.

Le tappe di un simile *iter* che maggiormente ci interessano sono proprio la seconda e la terza, e per meglio comprendere la natura della responsabilità con cui convenute e terza chiamata sono chiamate a rispondere del danno è opportuno iniziare la descrizione del percorso seguito dal giudice proprio dal terzo ed ultimo dei passaggi appena enucleati: quello del risarcimento del danno.

Nell'atto di citazione Alfa chiede che le convenute siano condannate al risarcimento delle seguenti voci di danno: le spese sostenute per l'adeguamento della propria strumentazione ai servizi offerti da Vodafone; il decremento del fatturato nel periodo di interruzione delle linee; il danno da sospensione del servizio; ed infine, il danno determinato dalle difficoltà sopportate da dipendenti e consulenti per ovviare alla mancata accessibilità alle linee telefonica e telematica.

Delle quattro distinte voci di danno lamentate da parte attrice, il giudice arriverà a riconoscere la risarcibilità di due.

Il danno da decremento del fatturato non è infatti considerato adeguatamente provato: parte attrice ha omissis di produrre in giudizio il bilancio relativo all'esercizio 2009, insieme con i bilanci degli esercizi precedenti; e solo dal raffronto di simili documenti il giudice considera che una simile voce di danno possa essere adeguatamente dimostrata. Inoltre, se nella propria memoria parte attrice sembra distinguere il danno da c.d. "sospensione del servizio" dal danno patito da dipendenti e consulenti che hanno dovuto ovviare alla mancata accessibilità alle linee telefonica e telematica, il giudice afferma che il danno da "sospensione del servizio" si sostanzia, nel caso *de quo*, proprio nei "disagi subiti e nelle spese sostenute in conseguenza dell'inutilizzabilità delle linee".

Ecco, quindi, le voci di danno considerate adeguatamente provate dal giudice:

1- anzitutto le spese sostenute da Alfa per l'adeguamento del proprio sistema informatico ai servizi offerti da Vodafone (€ 3.6000,00), e per l'acquisto di un nuovo router (€ 65,00), per un totale di € 3.665,00; danno evidentemente patrimoniale, qualificato come danno emergente;

2- quindi il danno da "sospensione del servizio" quantificato con valutazione equitativa, sulla base del rinvio operato dall'art.2056 Cod. civ. all'art. 1226 Cod. civ., nella somma di € 15.000,00; danno che, nonostante la scarsa chiarezza delle parole del giudice sul punto e di cui si darà conto oltre in sede di analisi critica alla sentenza, deve essere considerato in parte come non patrimoniale (i disagi), ed in parte come patrimoniale di natura di danno emergente (le spese sostenute in conseguenza dell'interruzione delle linee).

Dopo aver chiarito le voci di danno riconosciute dal giudice, e pertanto risarcibili, è opportuno concentrarsi sull'ascrizione di tali voci a convenute e terza chiamata; e sulla natura della responsabilità con le quali esse sono chiamate a rispondere. Se infatti, la somma di € 3.665,00 è dovuta dalle società responsabili con procedimento logico lineare e non censurabile; qualche perplessità in più lascia l'attribuzione degli € 15.000,00. Ma veniamo con ordine, analizzando dapprima l'attribuzione della prima voce di danno, e poi della seconda.

Per quanto riguarda la somma di € 3.665,00 sono chiamate a rispondere, in solido tra loro, ed in parti uguali nei rapporti interni, Vodafone, a titolo contrattuale, e Gamma, a titolo extracontrattuale.

In particolare, Vodafone è chiamata a rispondere a titolo contrattuale in quanto, ex art. 1218 Cod. civ., non è riuscita a dimostrare che l'inadempimento "è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Le difese di Vodafone sono essenzialmente due:

1- anzitutto, il periodo di interruzione delle linee rientrerebbe nelle tempistiche indicate nella "Carta del Cliente";

2- in secondo luogo, il ritardo nell'attivazione del servizio sarebbe da ascrivere alla condotta negligente di Telecom, il precedente operatore, che, in spregio dei protocolli di intesa siglati tra compagnie telefoniche, non avrebbe proceduto alla notifica a Vodafone dell'imminente distacco delle linee.

Le motivazioni con cui il giudice respinge le suddette argomentazioni sono chiare:

1- quanto alla "Carta del Cliente", non è provato che essa sia stata effettivamente consegnata ad Alfa; ed anche se lo fosse stata, le specifiche assicurazioni sulla continuità nell'accesso ai servizi prestate da Gamma per conto di Vodafone superano e

rendono inefficaci le condizioni di un simile documento. E' innegabile, infatti, che tra Vodafone e Gamma sussista un rapporto ascrivibile alla sfera dell'art.1228 Cod. civ., e come pertanto Vodafone debba rispondere del fatto colposo del proprio ausiliario Gamma;

2- quanto al comportamento negligente di Telecom che avrebbe influito sul ritardo nell'attivazione delle linee, se è vero che Telecom non possa andare esente da rimproveri di responsabilità (che fonderanno poi la sua responsabilità extracontrattuale in relazione alla seconda voce di danno), è altresì vero che ciò non scagiona Vodafone. Se infatti risulta provato il ritardo con cui Telecom ha notificato a Vodafone il distacco delle linee, risulta altresì provato che Vodafone era già a conoscenza di tale distacco prima di una simile notifica; e risulta contrario al grado di diligenza imposto dall'art. 1176, comma 2, Cod. civ. il comportamento di Vodafone, la quale ha colpevolmente lasciato trascorrere circa un mese tra la notifica di distacco (avvenuta in data 28 ottobre 2009) e la riattivazione dei servizi (verificatasi il 24 novembre 2009).

Chiamata a rispondere in solido con Vodafone è Gamma, la quale aveva espressamente rassicurato Alfa sulla conformità della di lei strumentazione ai servizi offerti da Vodafone.

Piuttosto chiara appare altresì la qualificazione della responsabilità di Gamma: essa è di natura extracontrattuale, in quanto tra Gamma ed Alfa non vi è rapporto contrattuale, il quale si instaura soltanto tra Alfa e Vodafone. Nel qualificare come extracontrattuale la natura della responsabilità di Gamma, il giudice non manca di prendere in considerazione una possibile responsabilità contrattuale "da contatto sociale" di quest'ultima (neppure ipotizzata da Alfa). Tale possibilità viene tuttavia scartata dal giudice: nell'attività di agenti e rivenditori autorizzati all'offerta di servizi telefonici non sono rinvenibili infatti obblighi di protezione posti dall'ordinamento a tutela degli utenti: la mancanza di simili obblighi conduce all'impossibilità di una loro violazione. La responsabilità di Gamma non può essere di natura contrattuale, ma soltanto extracontrattuale.

Per quanto riguarda, infine, la seconda voce di danno considerata risarcibile, ossia gli € 15.000,00, essa è da scrivere sia alle due convenute, che alla terza chiamata in causa. Esse sono chiamate a rispondere in solido; e per quel che concerne i rapporti interni nella misura del 40% Vodafone e Gamma, e del 20% Telecom.

Gamma continua a rispondere a titolo extracontrattuale, così come Telecom che, totalmente estranea al rapporto obbligatorio conclusosi, non può che rispondere a tale titolo. Ciò che appare quantomeno curioso è come, per la voce di danno in esame, anche Vodafone veda mutato il proprio titolo di responsabilità, che non sarà più contrattuale, ma anche per essa, aquiliano.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA
SEZIONE II CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice dott. Marco D'Orazi
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 9115/2010 promossa da:

Alfa STUDIO S.R.L. (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. STANGOLINI NICOLA, elettivamente domiciliata in GALLERIA UGO BASSI N. 1 - 40100, BOLOGNA, presso il difensore avv. STANGOLINI NICOLA

ATTORE

contro

VODAFONE OMNITEL N.V. (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. PASQUALI SIMONA; elettivamente domiciliato in VICOLO SANTA LUCIA N. 2/2- 40124, BOLOGNA, presso il difensore avv. PASQUALI SIMONA

e

Gamma S.R.L. AGENZIA VODAFONE BUSINESS (C.F.***), con il patrocinio dell'avv. CUTRUPI FRANCESCA e dell'avv. DALLARI GIANLUCA ((...)) C/O AVV. CUTRUPI FRANCESCA VIA AZZO GARDINO N. 54 - 40122, BOLOGNA; elettivamente domiciliata in VIA AZZO GARDINO N. 54 - 40122, BOLOGNA, presso il difensore avv. CUTRUPI FRANCESCA

CONVENUTI

e nei confronti di

TELECOM ITALIA S.P.A. (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. BODO GERMANA e dell'avv. CAROTA MARIA CRISTINA (CRTMCR69B66A271X), VIA DE' CARBONESI N. 12 - 40123, BOLOGNA; elettivamente domiciliata in VIA DE' CARBONESI N. 12 - 40123, BOLOGNA, presso il difensore avv. BODO GERMANA TERZO CHIAMATO

In punto a: SOMMINISTRAZIONE.

Codice statistico: 140031.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione, ritualmente notificato, la Alfa STUDIO S.R.L. (solo Alfa, d'ora in avanti, sia in motivazione sia in dispositivo) dichiarava di aver stipulato, in data 11.08.2009, tramite gli agenti di Gamma S.R.L. (da ora solo Gamma, sia in motivazione sia in dispositivo), un contratto con la VODAFONE OMNITEL N.V. (per il prosieguo: VODAFONE), avente ad oggetto la portabilità geografica della linea telefonica fissa, originariamente assegnatale da TELECOM ITALIA S.P.A. (d'ora in avanti TELECOM) e la fornitura del servizio Internet, tramite ADSL.

Il passaggio da un operatore all'altro sarebbe dovuto avvenire senza soluzione di continuità nell'accesso alla rete e alla linea telefonica, al fine di non ostacolare l'attività di progettazione architettonica ed urbanistica svolta dalla società attrice e lo scambio di dati, informazioni e progetti con i committenti.

Invece, in data 09.10.2009 si verificava l'interruzione della telefonia, con impossibilità di utilizzo dell'apparecchio telefonico sia in entrata, sia in uscita. In data 12.10.2009 risultava interrotto anche l'accesso alla rete Internet.

L'attrice lamentava che, nonostante i ripetuti solleciti ed il pagamento del corrispettivo dovuto per il servizio richiesto, le linee venivano ripristinate solo il 24.11.2009 e dopo aver provveduto, a proprie spese, a richiedere una consulenza ad un tecnico, all'adeguamento dell'impianto, necessario per il funzionamento del sistema e all'acquisto di un nuovo router.

Chiedeva, quindi, di accertare la responsabilità delle convenute VODAFONE ed Gamma, sia sotto il profilo contrattuale, sia sotto quello extracontrattuale, nonché la

condanna delle stesse, in solido fra loro, alla rifusione delle spese sostenute, nonché al risarcimento dei danni subiti a causa del decremento di fatturato nel periodo di interruzione delle linee, dell'ulteriore danno sofferto per la "sospensione del servizio" e di quello determinato dalle difficoltà sopportate dai dipendenti e consulenti della Alfa per ovviare alla mancata accessibilità alle linee telefonica e telematica. Si costituiva Gamma, rilevando la nullità della citazione per mancato rispetto dei termini ex art. 163 bis c.p.c. ed il proprio difetto di legittimazione passiva, per essere il contratto di somministrazione intercorrente solo fra le Alfa e VODAFONE, che lo avevano sottoscritto. Nel merito chiedeva di accertarsi l'infondatezza delle domande attoree, rilevando in particolare la mancanza di prova in ordine ai danni lamentati. Si costituiva anche VODAFONE, la quale, nel contestare le deduzioni dell'attore, esponeva che la procedura di portabilità di linee telefoniche e di accesso ad Internet, con passaggio da un operatore ad un altro, è usualmente condotta dai gestori telefonici nel rispetto di un protocollo che prevede la richiesta di importazione della linea da parte del nuovo operatore, la notifica dell'imminente distacco da parte di quello precedente e, quindi, la disattivazione della linea e la successiva nuova attivazione.

La società convenuta affermava, dunque, che i disservizi lamentati dall'attrice erano da attribuire alla condotta di TELECOM, originario gestore, la quale, avendo omesso di notificare l'imminente distacco della linea, avrebbe aggravato la procedura, determinando un ritardo nella attivazione della linea nuova.

VODAFONE contestava, inoltre, la sussistenza dei danni lamentati da parte attrice, rilevando, in particolare, il difetto di nesso causale tra la diminuzione del fatturato e l'interruzione delle linee, nonché la duplicazione delle voci risarcitorie formulate. In conclusione, chiedeva di essere autorizzata alla chiamata in causa di TELECOM e di rigettare le domande attoree; in via subordinata, di accertare l'esclusiva responsabilità di TELECOM per i danni eventualmente riconosciuti a favore di Alfa e, conseguentemente, di condannare la stessa TELECOM a rifonderle quanto eventualmente tenuta a pagare nei confronti dell'attrice.

Si costituiva, infine, la terza chiamata, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto estranea al rapporto contrattuale dedotto in causa, sottoscritto da Alfa e VODAFONE l'11.08.2009.

TELECOM, inoltre, rilevava la nullità della chiamata per la necessità di instaurare, anche nei suoi confronti, il tentativo di conciliazione previsto in via obbligatoria dalle delibere della Consob per le controversie in materia di telecomunicazioni, esperito dall'attrice unicamente nei confronti di VODAFONE.

Nel merito rilevava l'infondatezza dell'assunto difensivo di VODAFONE, esponendo che a fronte di un "ordine di attivazione", effettuato da VODAFONE in data 07.09.2009, TELECOM aveva provveduto ad inserire nell'apposito sistema informatico la "data di attesa di consegna", fissata per il 02.10.2009, mentre la "data di esecuzione", con cessione della linea al nuovo gestore, era prevista per il 14.10.2009. la terza chiamata affermava che, dunque, VODAFONE era a conoscenza delle tempistiche della procedura.

Chiedeva, pertanto, di dichiarare l'inammissibilità della propria chiamata, o, comunque, il proprio difetto di legittimazione. Nel merito, chiedeva di respingere ogni domanda rivolta nei suoi confronti ed in via subordinata di dichiarare VODAFONE unica responsabile dei danni lamentati dall'attrice. La chiamante insisteva nelle proprie

domande verso la chiamata. La attrice, come sopra nelle conclusioni, chiedeva condanna anche di TELECOM.

La causa era istruita mediante produzione documentale e prova per testi. All'udienza del 17.04.2014, era trattenuta in decisione.

Il giudice, ritenendo che la complessità della vicenda giuridica, in una con la non particolare rilevanza dei valori economici in gioco, consentissero ed imponessero anzi tentativo di conciliazione, rimetteva la causa in ruolo: in effetti, una ipotesi conciliativa avrebbe consentito di evitare, da un canto, un intenso spiegamento di mezzi giuridici (anche eventualmente in sede di gravame); nonché il risparmio di eventuali spese legali. Con la rimessione in ruolo, veniva proposto alle parti conciliazione, ai sensi dell'articolo 185 bis del codice di procedura civile. Secondo una prospettiva che il giudice riteneva possibile punto di equilibrio.

Tale conciliazione non aveva successo, per il rifiuto di due parti, come da verbale di udienza del giorno 8 ottobre 2014.

Fallita la prospettiva conciliativa, la causa deve dunque essere decisa secondo stretto diritto. In tale udienza del giorno 8 ottobre 2014, la causa veniva infatti trattenuta in decisione, senza termini.

Motivi della decisione

In generale

La domanda di risarcimento di Alfa va accolta nei limiti e con le precisazioni di seguito indicate.

In via preliminare devono essere risolte le questioni di rito proposte da Gamma e TELECOM.

Le questioni pregiudiziali

L'eccezione di nullità dell'atto di citazione per mancato rispetto dei termini di cui all'art. 163 bis c.p.c., formulata da Gamma è già stata risolta e superata con la concessione di termine a difesa. Trattasi sì di nullità ma di nullità sanabile.

Quella relativa al difetto di legittimazione passiva, proposta da Gamma, va respinta, in quanto parte attrice ha formulato la propria domanda risarcitoria, sia in via contrattuale, sia in via extracontrattuale, anche nei confronti di Gamma, assumendo che detta società, nel proporre i servizi VODAFONE, aveva omesso di verificare l'idoneità della strumentazione informatica della Alfa ed aveva erroneamente affermato la compatibilità di tali impianti rispetto al prodotto offerto. La società convenuta, dunque, secondo la prospettazione offerta da Alfa, appare titolare della posizione soggettiva indicata nell'atto di citazione quanto meno sotto il profilo extracontrattuale; ciò a prescindere dalla effettiva sussistenza di profili di inadempimento o di responsabilità a suo carico, il cui accertamento attiene al giudizio di merito. In altri termini, come spesso avviene, attraverso la invocazione della mancanza di legittimazione passiva - che è un requisito dell'azione, dunque comportante una mera declinatoria in rito - colui che la eccepisce sottende in realtà la infondatezza della domanda, che viene proposta nei suoi confronti; sostiene, dunque, una infondatezza in merito.

Così è anche in questo caso.

Il che, però, fa transitare la questione verso un profilo di merito, su cui oltre; non si tratta dunque di questione che può risolversi con una declaratoria di carenza di legittimazione.

TELECOM ha sollevato la medesima questione di *legitimatio ad causam*, dichiarandosi estranea al rapporto contrattuale dedotto in causa.

Anche tale eccezione va respinta.

Val la pena di ripetere che parte attrice ha agito, sia in via contrattuale, sia in via extracontrattuale, per chiedere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'interruzione dei servizi telefonico e di accesso alla rete Internet. A fronte della domanda risarcitoria di Alfa, la convenuta VODAFONE ha prospettato la responsabilità di TELECOM, esponendo che il disservizio è dipeso dalla mancata notifica di distacco delle linee, a cui TELECOM era tenuta in base ai protocolli siglati fra gestori telefonici. Secondo la prospettazione di VODAFONE, in altre parole, TELECOM rivestirebbe la posizione di obbligata nei confronti dell'attrice, per aver cagionato, con la propria condotta, il danno lamentato da Alfa. E per tale ragione VODAFONE, nella domanda subordinata, ha chiesto di "accertare l'esclusiva responsabilità di Telecom Italia S.p.a. e, conseguentemente, dichiarare il terzo tenuto a manlevare e rilevare indenne la Vodafone Omnitel N.V. dalle eventuali conseguenze dannose e pregiudizievoli che dovessero derivare dal presente giudizio, e per l'effetto condannare il medesimo chiamato in causa a rimborsare, in favore dell'odierna comparente, tutte le somme che la stessa dovesse essere tenuta a corrispondere all'attrice, a qualsiasi titolo, in conseguenza ed all'esito del presente giudizio".

Dunque, la terza chiamata è da considerare munita di legittimazione passiva nella presente causa.

TELECOM rileva che la chiamata in giudizio effettuata da VODAFONE, costituisce una ipotesi di chiamata in garanzia (impropria), per la quale, non opera l'estensione automatica della domanda dell'attore al chiamato.

Sul punto deve anzitutto essere precisato che, anche ove la chiamata fosse effettivamente qualificabile in tal senso, ciò non farebbe venir meno la legittimazione passiva di TELECOM nel rapporto processuale con la convenuta che l'ha chiamata in giudizio.

La chiamata c.d. in garanzia (propria o impropria) comporta soltanto che il terzo chiamato non possa assumere in via, per così dire, automatica, per solo effetto della chiamata, la posizione di contraddittore rispetto alla domanda originaria, con la conseguenza che il giudice non potrà emettere una statuizione di condanna nei confronti del terzo e a favore dell'attore. Ciò in quanto i fatti dedotti a fondamento della stessa sono diversi rispetto a quelli che hanno determinato la chiamata in garanzia da parte del convenuto.

Nel caso in esame, comunque, non pare condivisibile la qualificazione della chiamata fornita da TELECOM.

L'attrice, infatti, ha agito in via sia contrattuale, sia extracontrattuale, per ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'interruzione de servizio telefonico e di accesso alla rete Internet e VODAFONE, al di là della formula utilizzata nella domanda subordinata, ha chiamato in giudizio TELECOM per far valere la sua esclusiva responsabilità nella verificaione del disservizio che ha dato causa ai danni denunciati da Alfa. Inoltre ed in via decisiva, parte attrice ha esteso la sua domanda a TELECOM; tale estensione di domanda può ritenersi tempestivo, ai sensi *dell'articolo 183, comma quinto, c.p.c.*; è pur vero che nella udienza del 3 febbraio 2011 (a verbale, senza data ma 3 febbraio 2011) la parte attrice ha assunto una posizione generica che, tuttavia, letta

anche alla luce delle precisazioni contenute nella prima memoria di cui al sesto comma del medesimo *articolo 183 c.p.c.*, può ritenersi una chiara estensione della domanda.

Del tutto infondata è anche una eccezione - invero solo adombrata da TELECOM - per cui si avrebbe nullità, per indeterminatezza dei fatti costitutivi della chiamata. Le ragioni della chiamata sono chiare.

Infine, va rigettata l'eccezione di improcedibilità per mancato esperimento, nei confronti di TELECOM, del tentativo obbligatorio di conciliazione, stabilito dall'*art. 1, comma 11 L. n. 249 del 1997* e dalla delibera Consob n. 173/07/CONS.

L'*art. 1, comma 11* citato prevede: "L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione".

In attuazione di tale norma, l'*art. 3* della delibera 173/07/CONS prevede l'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione davanti al Co.Re.Com. per le controversie di cui all'*art. 2, comma 1*. Quest'ultima disposizione, a sua volta, si riferisce alle "controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi".

Il tentativo di conciliazione obbligatoria, dunque, è previsto in riferimento alle controversie sorte tra utenti ed operatori e, realizza la ratio legis di creare un passaggio obbligato di natura stragiudiziale per tutte le liti in tema di utenza telefonica, in armonia con la linea evolutiva del nostro ordinamento verso la generalizzazione della conciliazione pre-processuale, finalizzata a scoraggiare il ricorso al processo, analogamente a quanto si rinviene in altre materie.

Tenuto conto delle finalità deflative sottese alla conciliazione, reputa questo giudice che nella situazione qui in esame, non debba procedersi alla declaratoria di improcedibilità.

Infatti, il tentativo di conciliazione è stato già esperito, antecedentemente all'instaurazione della causa, nei confronti della convenuta compagnia telefonica VODAFONE.

Questa, fallita la conciliazione ed instaurato il giudizio, ha chiamato in causa TELECOM, ritenendola il soggetto obbligato per il danno lamentato da parte attrice, in ragione della violazione dei protocolli di intesa siglati fra compagnie telefoniche in tema di portabilità geografica delle linee.

Quindi, da un lato la conciliazione è già stata tentata, con esito negativo.

Dall'altro, l'instaurazione del giudizio nei confronti di TELECOM è avvenuta per effetto della chiamata della convenuta, operatore professionale del settore, sulla base di una causa petendi che trova origine e sviluppo unicamente nei rapporti fra gestori telefonici, dunque, nuovamente fra operatori professionali.

Inoltre, la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione persegue uno scopo ulteriore, oltre a quello di deflazione del contenzioso giudiziario.

Infatti, la Corte Costituzionale, con diverse pronunce, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'*art. 1, comma 11, della L. n. 249 del 1997*, sollevate in riferimento agli *artt. 24, 25 e 102 della Costituzione*, nonché in relazione all'*art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*.

La Consulta ha precisato che sì la conciliazione ha una funzione duplice, di snellimento del carico di lavoro del complesso giurisdizionale e, al contempo, di tutela delle parti. Tuttavia, la individuazione aree nelle quali il tentativo di conciliazione va escluso è rimessa ad una valutazione del giudice ordinario, che tenga conto anche della effettività della tutela giurisdizionale (cfr., in particolare, la sentenza n. 403 del 2007).

Dunque, anche l'esigenza di tutela del consumatore, visto sotto il profilo temporale di una più rapida soddisfazione delle ragioni del creditore, fa propendere per l'irragionevolezza della necessità di un nuovo tentativo di conciliazione. Diversamente argomentando, per effetto del cumulo dei tempi della prima conciliazione, dei termini minimi a comparire dell'originario convenuto e del terzo, nonché del nuovo tentativo nei confronti del terzo stesso, la celebrazione della prima udienza avverrebbe a distanza di molti mesi dalla proposizione della prima domanda di conciliazione, finendo per frustrare quelle medesime finalità che il tentativo di conciliazione è teso a soddisfare.

In conclusione, deve ritenersi che l'eccezione sollevata da TELECOM non possa essere accolta.

La responsabilità per l'interruzione delle linee telefoniche e di accesso alla rete.

La posizione di VODAFONE sul piano contrattuale e la posizione di Gamma.

Non è contestato che, successivamente al contratto stipulato fra Alfa e VODAFONE, si sia verificata l'interruzione totale, sia in entrata che in uscita, della linea telefonica, che ha impedito al personale della Alfa di effettuare o ricevere telefonate. L'interruzione si è protratta dal 09.10.2009 al 24.11.2009.

Neppure è contestata l'interruzione del servizio Internet dal 12.10.2009, fino alla medesima data del 24.11.2009.

L'attrice assume la responsabilità contrattuale di VODAFONE, la quale non avrebbe adempiuto correttamente alla propria obbligazione. In particolare, la convenuta non avrebbe garantito la continuità del servizio durante la procedura di passaggio dal vecchio al nuovo gestore, così come concordato con gli agenti di Gamma, che avevano contattato la Alfa per proporre il servizio offerto da VODAFONE e che avevano curato la fase di trattativa.

Sussiste la responsabilità contrattuale di VODAFONE, che, pertanto, va dichiarata inadempiente.

Parte attrice ha prodotto il contratto ed ha dimostrato in sede istruttoria che la convenuta, in virtù degli accordi intercorsi con gli agenti di Gamma, si era impegnata ad assicurare il passaggio da TELECOM a VODAFONE senza soluzione di continuità, in modo da garantire la perdurante accessibilità alle linee telefoniche e alla rete Internet.

In particolare, il consulente dello studio Alfa, all'udienza del 03.04.2012, ha confermato che il legale rappresentante della società attrice aveva chiesto agli agenti Gamma precise garanzie sul fatto che le linee non sarebbero state interrotte e che il "trasferimento" di gestione sarebbe dovuto avvenire senza soluzione di continuità; si veda tutta la testimonianza ed in particolare quando il testimone Z. afferma: "io e l'arch. B. abbiamo illustrato ai rappresentanti di Gamma le necessità dello studio, legate al funzionamento dei sistemi informatici".

Si vedano anche le testimonianze rese nella medesima giornata.

Per contro, la convenuta VODAFONE non ha provato che l'inadempimento sia stato determinato da cause ad essa non imputabili, secondo il rigoroso standard di cui all'articolo 1218 del codice civile.

In tal senso, non assume alcun rilievo l'affermazione che il periodo di interruzione è stato contenuto nelle tempistiche indicate nella apposita "Carta del Cliente", prodotta in atti da VODAFONE.

La specifica assicurazione della continuità dell'accesso al servizio - richiesta dalla cliente Alfa in ragione delle peculiari caratteristiche dell'attività da essa svolta e prestata dagli agenti Gamma per conto di VODAFONE - supera e rende inefficaci le condizioni generali descritte nel suddetto documento, assumendo valore e significato di obbligazione, contrattualmente assunta. Inoltre, VODAFONE non ha provato che tale "Carta del Cliente", sia stata effettivamente consegnata all'attrice.

VODAFONE assume, ancora, che la responsabilità per l'interruzione delle linee sarebbe da attribuire a TELECOM, per non aver rispettato i protocolli di intesa concordati dai gestori telefonici per la procedura di portabilità geografica dei numeri di utenza. L'evento interruttivo sarebbe stato, quindi, del tutto indipendente dal proprio comportamento.

L'assunto non è esatto.

L'impegno assunto contrattualmente con il cliente imponeva a VODAFONE di adempiere le proprie obbligazioni con la diligenza professionale imposta dall'art. 1176, secondo comma c.c. (e, come detto, con la rigorosa prova liberatoria di cui all'articolo 1218 del codice civile).

La convenuta avrebbe dovuto prevedere le difficoltà operative connaturali alla tipologia di prestazioni che era tenuta a soddisfare ed attivarsi per la buona esecuzione del servizio.

Per liberarsi dalla responsabilità addebitatagli avrebbe dovuto dimostrare che l'inadempimento era stato determinato da un'impossibilità della prestazione derivante da cause ad essa non imputabili, ma tale non può considerarsi la circostanza invocata dalla convenuta; appunto, secondo il rigoroso livello probatorio richiesto dall'articolo 1218 del codice civile.

La stessa poteva e doveva prevedere l'eventualità di inefficienze nella procedura di distacco e riattivazione della linea, nel passaggio dal vecchio al nuovo gestore. Quindi, avrebbe dovuto approntare tutte le dovute cautele al fine di evitare la verificazione dell'evento dannoso, poi effettivamente verificatosi, rimanendo esente da responsabilità solo per quelle condotte da essa non esigibili.

Sul punto VODAFONE sostiene di essere esente da colpa, poiché TELECOM aveva provveduto a notificarle la data del distacco solo il 28.10.2009, dunque in epoca successiva alla effettiva disattivazione dei numeri TELECOM, avvenuta il 14.10.2009.

Tuttavia, deve essere evidenziato che la riattivazione del servizio telefonico e di accesso alla rete, con passaggio al nuovo gestore, è avvenuta solo in data 24.11.2009 - data, si ribadisce, non contestata - vale a dire circa un mese dopo la disattivazione da parte di TELECOM. Ciò è di per sufficiente a ravvisare un profilo di negligenza nella condotta della convenuta e ad imputare alla stessa l'inadempimento invocato dall'attrice.

Inoltre, neppure in riferimento al periodo intercorso nella fase di distacco la condotta di VODAFONE si mostra esente da colpa.

Se può dirsi provata la tardività della notifica di "prossimo distacco" da parte di TELECOM, - in virtù della scheda prodotta in copia dalla convenuta, che riproduce lo

stato storico della procedura di attivazione del servizio richiesto da Alfa - devono apprezzarsi le dichiarazioni rese in sede istruttoria dal teste F., citato dalla terza chiamata.

Questi, all'udienza del 03.04.2012, ha anzitutto confermato che TELECOM aveva ricevuto l'ordine di VODAFONE, avente ad oggetto la richiesta di importazione dell'utenza di Alfa, in data 08.09.2009 e che la data di espletamento dell'ordine da parte di TELECOM, vale a dire la disattivazione del servizio, era stata fissata per il 14.10.2009.

Lo stesso ha poi precisato che le informazioni relative alla liberazione della linea telefonica di Alfa - pur non visibile all'esterno, finché inserite nella schermata del c.d. "Sistema Pitagora", invocato dalla terza chiamata - era stata messa a disposizione di VODAFONE a partire dal giorno successivo all'esecuzione dell'ordine, il 15.10.2009, mediante il "caricamento" dei dati su un apposito sito Internet accessibile a tutti gli operatori telefonici.

Dunque, già da tale data la convenuta era nella possibilità di conoscere la situazione di interruzione del servizio subito dall'attrice.

Sebbene a quella data il disservizio si fosse già verificato da alcuni giorni - essendo l'interruzione risalente al 10.10.2009, con riferimento alla linea telefonica, ed al 12.10.2009, per quanto riguarda l'accesso alla rete Internet - qualora VODAFONE avesse tenuto un comportamento improntato alla diligenza dovuta, avrebbe potuto accorgersi prima della situazione e avrebbe potuto attivarsi per ripristinare l'attivazione dell'utenza in tempi brevi.

L'invocata necessità di procedere secondo una non meglio precisata procedura d'urgenza, che avrebbe determinato la protrazione dell'interruzione fino al 24.11.2009, a causa della mancata notifica di TELECOM, non risulta supportata da alcun riscontro e non è idonea a giustificare l'inadempimento di VODAFONE.

Deve, infine, rilevarsi, che un comportamento diligente ed improntato a buona fede nell'esecuzione del contratto avrebbe dovuto suggerire alla convenuta di controllare le tempistiche della procedura anche a prescindere dalla visualizzazione dei dati sull'apposito sito Internet, specialmente ove si tenga conto che il contratto era stato stipulato già da alcuni mesi, in data 11.08.2009.

A fondamento della propria domanda risarcitoria, parte attrice sostiene che il ritardo nella riattivazione del servizio telefonico e di accesso alla rete è stato determinato anche dalla incompatibilità fra il prodotto offerto da VODAFONE tramite gli agenti Gamma e la strumentazione in dotazione alla Alfa. La stessa sostiene, quindi, di aver provveduto personalmente e a proprie spese all'adeguamento dell'impianto e all'acquisto di nuovo router.

Tale circostanza, invero neppure specificatamente contestata da VODAFONE, è stata confermata dai testimoni citati da parte attrice.

In particolare il teste Z. ha dichiarato che il consulente tecnico di Gamma, sig. D., aveva visionato il sistema informatico di Alfa; che era stato valutato il numero di apparecchi presenti in rete; che i tecnici di Gamma avevano rilevato che la "Vodafone Station" sarebbe stata compatibile con il sistema informatico in uso a Alfa.

Sul punto le due società convenute negano la propria responsabilità.

Secondo Gamma il rapporto di agenzia che la lega a VODAFONE fa ricadere la responsabilità su quest'ultima, da considerarsi unica obbligata alla prestazione del servizio. Secondo VODAFONE, l'impossibilità di avere contatti diretti con gli utenti e

la necessità di avvalersi di agenti, fa sì che la compagnia telefonica si limiti a raccogliere la proposta contrattuale, sottoscritta dal cliente a mezzo del rivenditore autorizzato, senza poter verificare direttamente la compatibilità degli impianti.

Entrambe le difese si rivelano infondate.

Per quanto riguarda Gamma deve precisarsi che, in effetti, il contratto è stato sottoscritto unicamente dall'attrice Alfa e dalla convenuta VODAFONE. L'Agenzia Vodafone Business Gamma s.r.l. è legata da un rapporto contrattuale, unicamente con la preponente VODAFONE, in forza del quale è tenuta a procacciare nuovi clienti per conto di questa, a sottoporre ai clienti le offerte dei servizi offerti dal gestore telefonico e a raccogliere le sottoscrizioni per accettazione delle proposte contrattuali di VODAFONE.

Tra i clienti e Gamma non si instaura, pertanto, alcun rapporto di origine contrattuale, come esattamente rilevato dalla stessa convenuta.

Deve poi osservarsi come Gamma, in qualità di agente autorizzato alla offerta dei prodotti VODAFONE e alla presentazione agli utenti delle relative proposte contrattuali, aveva l'obbligo di verificare l'idoneità del servizio proposto rispetto alle esigenze rappresentate dai clienti. E in adempimento di tale obbligo, è stato provato che gli agenti Gamma avevano effettivamente preso visione della strumentazione di Alfa, salvo poi essere emersa l'erroneità delle valutazioni effettuate e l'incompatibilità del prodotto rispetto alla strumentazione informatica di Alfa.

Tuttavia anche questi obblighi, di natura contrattuale, rilevano unicamente nel rapporto fra l'agente e la società preponente VODAFONE.

Neppure può ravvisarsi, per la loro violazione, una responsabilità contrattuale nei confronti dei clienti sulla base del "contatto sociale" intervenuto con gli utenti stessi. Per l'affermazione di una responsabilità contrattuale da "contatto sociale", invero neppure ipotizzata da parte attrice, non è infatti sufficiente dimostrare che l'attività svolta in forza dell'incarico conferito dal preponente sia idoneo ad esplicare conseguenze riflesse nella sfera giuridica altrui.

L'applicazione del disposto dell'art. 1218 c.c. oltre i confini propri del contratto è stata ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità in ipotesi particolari, in cui l'ordinamento, in ragione dell'attività esercitata e delle specifiche professionalità richieste a tal fine, impone ai soggetti che svolgono quell'attività di tenere, in determinate situazioni, specifici comportamenti. In questi casi, data la rilevanza sul piano sociale dell'attività esercitata, si è ritenuto che a carico di quei soggetti sorgano precisi obblighi di protezione nei confronti di coloro che siano titolari degli interessi tutelati dalla legge e la cui tutela costituisce, appunto, la ragione della prescrizione di quelle specifiche condotte.

La configurabilità di una responsabilità di natura contrattuale, quindi, è giustificata dalla violazione di obblighi preesistenti di comportamento, posti dalla legge a carico dei soggetti che esercitano tali particolari attività ed in funzione della tutela degli specifici interessi di coloro che entrano in contatto con l'attività stessa (cfr., fra le altre e da ultimo: Cass. Sez. I, n. 11642 del 11.07.2012).

Nel caso in esame, invece, non è dato ravvisare la violazione di specifici obblighi preesistenti posti dalla legge a carico degli agenti e dei rivenditori autorizzati all'offerta di prodotti e servizi telefonici ed a tutela degli utenti.

La condotta censurata da parte attrice, infatti, non costituisce violazione di obblighi di protezione. La mancata corretta verifica dell'idoneità del servizio proposto rispetto alla

strumentazione informatica di Alfa, piuttosto, rileva sul piano della responsabilità extracontrattuale.

Il comportamento degli agenti Gamma, che hanno sottovalutato il numero di apparecchi da connettere alla rete e alla linea telefonica, ed hanno ritenuto l'impianto di Alfa idoneo a supportare il servizio telefonico e telematico offerto, si qualifica come condotta negligente e causalmente idonea ad arrecare un danno. Danno che si è effettivamente verificato, come dimostrato da parte attrice, la quale, successivamente all'acquisto del prodotto offerto da Gamma per conto di VODAFONE, ha dovuto provvedere personalmente e a proprie spese all'adeguamento della propria strumentazione informatica.

In particolare, deve osservarsi come l'errata valutazione sulla compatibilità del prodotto VODAFONE con l'impianto di Alfa, oltre a determinare la necessità di un adeguamento della strumentazione della società attrice, abbia influito anche sulla durata dell'interruzione del servizio telefonico e di accesso alla rete, la cui attivazione è stata resa possibile solo a successivamente all'intervento effettuato a proprie spese da Alfa.

Per quanto riguarda VODAFONE, invece, si deve osservare che la scelta di avvalersi di agenti e rivenditori autorizzati non può riverberarsi a discapito degli utenti e che, pertanto, la stessa deve rispondere dei danni verificatisi per l'inadempimento dei propri ausiliari, ai sensi dell'art. 1228 c.c.

Per andare esente da responsabilità, VODAFONE avrebbe dovuto dimostrare che l'operato di Gamma, a prescindere dalla natura giuridica del rapporto intercorrente fra le due società, non era assoggettato ai suoi poteri di direzione e controllo e che l'attività prestata dagli agenti di Gamma non era funzionalmente collegata alla propria organizzazione aziendale.

Al contrario VODAFONE, ha dato conto che per l'adempimento delle proprie prestazioni si avvale dell'opera di terzi, i quali raccolgono e trasmettono alla compagnia telefonica, insieme alle proposte contrattuali sottoscritte dai clienti, anche le informazioni di natura tecnica necessarie alla prestazione dei servizi di telefonia e navigazione Internet.

Non può, peraltro, trascurarsi come VODAFONE abbia chiamato in causa TELECOM, per vederla condannare a quanto eventualmente dovuto a parte attrice, mentre non ha svolto alcuna domanda nei confronti di Gamma.

Risulta quindi provata la concorrente responsabilità di VODAFONE e di Gamma nella verifica del danno lamentato da parte attrice; responsabilità che per la prima è di natura contrattuale, per la seconda, invece, è di natura extracontrattuale.

È appena il caso di rammentare come ben sia possibile un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nascenti dallo stesso fatto della vita.

La responsabilità extracontrattuale di VODAFONE e di TELECOM.

La condotta tenuta da VODAFONE nell'esecuzione del contratto stipulato con Alfa assume rilevanza anche ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Le dichiarazioni rese dai testimoni F. e Z. dimostrano la colpa di Gamma nella valutazione sulla compatibilità degli impianti di Alfa rispetto al servizio offerto da VODAFONE e quella di quest'ultima nella fase di importazione dell'utenza dal vecchio al nuovo gestore telefonico (responsabilità che per VODAFONE è appunto anche contrattuale).

Peraltro, le dichiarazioni del dipendente TELECOM sono idonee a configurare profili di responsabilità extracontrattuale anche in capo alla terza chiamata.

TELECOM risulta aver tenuto un comportamento colposo che ha concorso alla verifica dell'evento dannoso denunciato da Alfa, in ragione dell'omessa notifica della disattivazione dell'utenza dell'attrice prima di procedere all'effettivo distacco.

Se il vecchio gestore avesse provveduto ad informare tempestivamente VODAFONE dell'imminente distacco dell'utenza, infatti, deve ritenersi che l'interruzione dell'utenza di Alfa - secondo un criterio di ragionevolezza ispirato al principio del "più probabile che non", ammesso nel giudizio civile in ordine alla prova della sussistenza del nesso causale - non si sarebbe protratta così a lungo.

Sul piano extracontrattuale, dunque, deve ritenersi che l'evento dannoso sia da imputare, in parte, alle condotte concorrenti di VODAFONE e di Gamma, per altra parte, al comportamento di TELECOM, seppure risulti maggiore la responsabilità delle prime.

Convenute e terza chiamata, nelle proprie conclusioni, hanno chiesto di accertare la responsabilità esclusiva della rispettiva controparte e di condannarla al pagamento di quanto eventualmente dovuto a parte attrice. In subordine hanno entrambe chiesto di essere tenute indenni, l'una dall'altra, per quanto dovuto all'esito del giudizio.

Anche Gamma, in via subordinata, ha chiesto di condannare VODAFONE a tenerla indenne da quanto eventualmente dovuto in favore di Alfa.

In tali domande può ritenersi contenuta anche la richiesta di stabilire la misura delle rispettive responsabilità, nell'ipotesi, ora affermata, di condotte colpose concorrenti.

Inoltre, l'attrice - la cui domanda originaria, per le ragioni esplicitate, deve ritenersi estesa anche a TELECOM - ha chiesto di accertare la responsabilità (anche) extracontrattuale di tutte e tre le società costituite e di condannarle al risarcimento dei danni patiti, in solido, ovvero ciascuna per le rispettive responsabilità.

Dunque, fermo l'inadempimento contrattuale di VODAFONE, sul piano della responsabilità extracontrattuale occorre verificare la misura delle rispettive responsabilità nella causazione dell'evento dannoso, al fine della regolamentazione delle rispettive ragioni nei rapporti interni fra le società debitorie.

In tale prospettiva, premesso che occorre determinare l'esatto ammontare delle conseguenze dannose derivate dall'interruzione delle linee di utenza di parte attrice, può ritenersi che l'evento dannoso sia stato determinato, in diversa misura, dalla condotta colposa ed eziologicamente rilevante di Gamma, VODAFONE e TELECOM.

Pare equo a questo giudice attribuire alle prime due una responsabilità dell'80%, da ripartirsi in ragione di metà per ciascuna (40% ad Gamma e 40% a VODAFONE), tenuto conto dell'influenza sulla durata dell'interruzione del servizio, determinata dalla errata valutazione compiuta da Gamma circa la compatibilità degli impianti di Alfa e della condotta di VODAFONE, che, messa nelle condizioni di conoscere il distacco delle linee dopo alcuni giorni dalla disattivazione, ha impiegato più di un mese per ripristinare il servizio.

La condotta tenuta da TELECOM può essere ritenuta concorrente nella verifica dell'evento dannoso, tenuto conto della durata per cui si è protratta l'interruzione del servizio, per il restante 20%, in ragione della tardività della notifica di disattivazione a VODAFONE, successiva di alcuni giorni rispetto al distacco delle linee.

Il risarcimento del danno

Parte attrice ha chiesto anzitutto la condanna delle società costituite alla rifusione delle spese sostenute per l'adeguamento della propria strumentazione, compreso l'acquisto di un nuovo router, al fine di renderla compatibile con il prodotto ed il servizio offerto da VODAFONE.

Deve essere evidenziato come in relazione a tale danno risulti totalmente estranea la condotta di TELECOM, alla quale può solo imputarsi la ritardata notifica della disattivazione dell'utenza. Al rimborso delle spese sostenute dall'attrice sono quindi tenuti esclusivamente Gamma e VODAFONE, per le ragioni precedentemente esposte. In ordine alla necessità di queste spese non sono state opposte dalle convenute specifiche contestazioni, le quali si incentrano piuttosto sugli altri danni lamentati da parte attrice.

Tale voce di danno è senz'altro riconoscibile e risulta provata sia nell'an, sia nel quantum, mediante la produzione delle relative fatture (doc.ti 8 e 11, fascicolo parte attrice).

La somma ammonta ad Euro 3.600,00 per l'adeguamento del sistema informatico di Alfa, oltre ad Euro 65,00 per l'acquisto del router.

Pertanto, Gamma e VODAFONE sono dichiarate tenute e vanno condannate, in solido fra loro, a rifondere Alfa della somma complessiva di Euro 3.665,00, oltre agli interessi sulla somma via via rivalutata dal 18.11.2009, data in cui Alfa ha sofferto il danno sostenendo il relativo esborso.

La somma di cui sopra è da considerarsi, anche a fini fiscali, come danno emergente.

Parte attrice ha chiesto anche il risarcimento dei danni subiti a causa del decremento di fatturato nel periodo di interruzione delle linee, dell'ulteriore danno sofferto per la "sospensione del servizio" e di quello determinato dalle difficoltà sopportate dai dipendenti e consulenti della Alfa per ovviare alla mancata accessibilità alle linee telefonica e telematica.

Queste voci di danno gravano su tutte e tre le società costituite: Gamma, VODAFONE e TELECOM.

La prima voce di danno, tuttavia, va esclusa perché non provata.

Parte attrice si è limitata a produrre una dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante di Alfa, G.B., con la quale si afferma che nel bimestre ottobre-novembre 2009 la società ha subito un decremento di fatturato rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente.

Una simile dichiarazione non può essere ritenuta sufficiente a dimostrare la riconducibilità del depauperamento asserito alla interruzione dei servizi telefonici e di accesso alla rete Internet.

Se in linea teorica può presumersi che un'impresa solita ad operare mediante il costante utilizzo delle tecnologie informatiche possa subire un danno patrimoniale a causa dell'impossibilità di utilizzare dette tecnologie per un periodo di tempo significativo, deve rilevarsi come Alfa non abbia offerto adeguati elementi per giungere a tale conclusione nel caso concreto ora in esame.

Anzitutto, Alfa non ha prodotto un bilancio di esercizio a conferma del decremento di fatturato dichiarato. Ma soprattutto non ha dimostrato che tale decremento sia causalmente riconducibile all'interruzione delle linee; ciò che avrebbe potuto fare producendo un prospetto dei diversi periodi di fatturato del medesimo anno 2009, degli anni antecedenti e di quello successivo, al fine di consentire al giudice di effettuare un serio confronto fra il fatturato maturato durante il blocco delle linee e quello di altri periodi di esercizio in regime di normalità.

Va riconosciuto, invece, il danno c.d. "da sospensione del servizio".

Parte attrice sembra scindere il danno, lamentando anzitutto un pregiudizio costituito dalla violazione, in sé e per sé, del sinallagma contrattuale; quindi lamenta un danno di

tipo patrimoniale, che parrebbe da lucro cessante, nonché, seppur sotto una diversa voce, per la perdita di clienti. La stessa denuncia poi i disagi sofferti dai dipendenti per far fronte all'impossibilità di utilizzare la linea telefonica e telematica.

Il c.d. "danno da sospensione del servizio" telefonico e di accesso alla rete, che va comunque apprezzato e risarcito in quanto danno-conseguenza, può, in effetti, avere risvolti di carattere patrimoniale, per esempio sotto il profilo della perdita di clientela, con conseguente danno da lucro cessante; nonché risvolti di natura non patrimoniale, in particolare per i disagi sopportati a causa della interruzione del servizio, con la necessità di sopperirvi mediante l'utilizzo di mezzi di comunicazione diversi o di altre apparecchiature, ovvero sotto il profilo della lesione all'immagine professionale.

Per quanto attiene ai risvolti di carattere patrimoniale, specialmente in riferimento al lucro cessante, deve ritenersi che parte attrice non abbia offerto elementi di prova idonei a supportare la domanda risarcitoria.

Essa si limita ad affermare, come ineluttabile conseguenza dell'interruzione delle linee, la sicura perdita di clienti, senza tuttavia allegare alcuna circostanza di fatto dalla quale possa desumersi, quanto meno in via presuntiva, la veridicità di tale affermazione.

Come rilevato dalla convenuta VODAFONE, poi, non è chiaramente intelligibile il criterio utilizzato per la quantificazione del danno, individuato in parte per i disagi subiti (laddove viene indicato il 25% quale moltiplicatore del fatturato giornaliero, per l'assenza di comunicazioni telefoniche e telematiche), in parte, sembrerebbe, per la potenziale perdita di clientela.

Il danno da "sospensione del servizio", denunciato dall'attrice deve pertanto essere apprezzato in relazione ai disagi subiti e alle spese sostenute in conseguenza dell'inutilizzabilità delle linee telefonica e di accesso alla rete.

In tale prospettiva va evidenziato come risponda ad una regola di comune esperienza che la protrazione del blocco delle linee telefoniche e di accesso alla rete Internet, specialmente per un'impresa che abbia dimostrato di lavorare mediante l'uso continuo di tali tecnologie, sia foriero di disagi, che debbono essere valutati e risarciti, anche a prescindere da un decremento di fatturato.

Tali disagi, peraltro, sono stati confermati dai testimoni citati da parte attrice, i quali hanno confermato di aver dovuto utilizzare i propri telefoni cellulari e di essersi recati nella tabaccheria vicina agli uffici per spedire i fax ai clienti.

Parte attrice ha inoltre affermato di aver dovuto, quanto meno in alcune occasioni, procedere alla stampa dei progetti e alla consegna presso il domicilio dei clienti, a causa dell'impossibilità di inviarli tramite e-mail. Tale circostanza non è stata oggetto di specifiche contestazioni da parte delle convenute e di TELECOM.

Il danno può quindi ritenersi provato nell'an.

Per quanto attiene alla quantificazione del danno, la cui prova appare estremamente difficile, se non impossibile, può procedersi con valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., avendo comunque parte attrice offerto la prova dell'esistenza del danno e delle sue componenti essenziali. Erra, una delle difese, nel ritenere inapplicabile il giudizio di equità, per essere la presente causa di valore superiore a quello per cui le cause sono decidibili secondo equità (113 e 114 c.p.c.): trattasi infatti di una diversa modalità di operare della equità. In questo caso, infatti, si applica la equità integrativa, che opera ai sensi dell'articolo 1226 e 2056 c.c., e non quella sostitutiva.

Pertanto, tenuto conto del periodo di interruzione del servizio, ricompreso fra i mesi di ottobre e novembre, che debbono ritenersi di piena attività lavorativa, della durata non

trascurabile del disservizio, pari a 46 giorni (dal 10.10.2009 al 24.11.2009), del totale blocco della linea telefonica, sia in entrata che in uscita, nonché delle circostanze dichiarate dai testimoni, relative alla necessità di recarsi nella vicina tabaccheria per l'invio dei fax e di utilizzare i telefoni cellulari, anche personali, si stima adeguato un risarcimento di Euro 300,00 per ogni giorno di sospensione, pari ad Euro 13.800,00; somma che deve essere aumentata nell'importo complessivo di Euro 15.000,00, onde tener conto anche delle spese sostenute per le stampe dei progetti.

Devono, inoltre, essere applicati gli interessi legali su tale somma via via rivalutata, a decorrere dalla fine di novembre alla data della presente sentenza, al fine di tener conto del danno da ritardo.

La somma complessiva che ne deriva va posta a carico di Gamma, VODAFONE e TELECOM, che, dunque, sono condannate, in solido fra loro, a risarcire il danno subito da parte attrice per l'interruzione del servizio telefonico e di accesso alla rete Internet.

In definitiva, deve ritenersi che VODAFONE e Gamma siano entrambe solidamente responsabili e per l'intero nei confronti di Alfa, l'una in via contrattuale, l'altra in via extracontrattuale.

In via extracontrattuale, Gamma, VODAFONE e TELECOM devono ritenersi solidalmente responsabili nei confronti di Alfa, per il danno da questi subito per l'interruzione del servizio.

Al fine di tener conto delle ripartizioni interne fra le società debitrice, deve tenersi conto delle domande di "manleva" poste da VODAFONE e TELECOM, reciprocamente l'una nei confronti dell'altra, nonché da Gamma nei confronti di VODAFONE.

Pertanto, Gamma e VODAFONE sono condannate a pagare all'attrice, in solido fra loro, la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno patito per le spese di adeguamento dell'impianto e di acquisto del router; danno che grava esclusivamente su di loro.

Nei loro rapporti interni, Gamma potrà agire in regresso verso VODAFONE, per la metà di quanto versato a Alfa, qualora abbia corrisposto una somma maggiore della propria quota. E viceversa.

Gamma, VODAFONE e TELECOM, invece, sono condannate a pagare in favore di Alfa, in solido fra loro, la somma liquidata per il danno subito dall'attrice a causa della interruzione del servizio.

Nei rapporti interni, può stabilirsi il 20% a TELECOM; per il resto, a metà fra le altre due parti. Per le ragioni espresse sopra (TELECOM non ha avuto un rapporto diretto con la cliente).

Spese processuali

Le spese processuali seguono la soccombenza.

Pertanto, nei rapporti tra le due convenute, le spese rimangono compensate. Nei rapporti fra VODAFONE e TELECOM, tenuto conto della parziale reciproca soccombenza, le spese sono parimenti compensate.

Gamma, VODAFONE e TELECOM sono condannate, in solido fra loro, a pagare a Alfa le spese processuali da questa sostenute.

Nei rapporti interni, le spese di parte attrice sono poste a carico delle altre parti in ragione della misura della loro responsabilità. Dunque, a carico di Gamma e di VODAFONE, il 40% ciascuna; il restante 20% a carico di TELECOM. Infatti, occorre rammentare come il nucleo della liquidazione sia quello relativo alla somma di Euro 15.000, 00, che può essere presa a parametro anche per la ripartizione delle spese legali.

Le spese processuali sono liquidate in dispositivo, tenuto conto dello scaglione di riferimento e dei valori, medi o superiori ai medi, di cui al nuovo tariffario forense. Non tuttavia secondo lo scaglione di cause di valore indeterminabile, come chiede parte attrice nella sua nota spese, ma secondo il valori accertati.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla causa che reca numero 9115/2010; ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1. ACCOGLIE la domanda di parte attrice ed
2. ACCERTA l'inadempimento contrattuale nonché la condotta non legittima, consistente nella mancata attivazione del servizio telefonico protrattasi dal 09.10.2009 al 24.11.2009, nonché della mancata attivazione del servizio telematico dal 12.10.2009 al 24.11.2009.
3. DICHIARA l'inadempimento VODAFONE nell'esecuzione del contratto stipulato in data 11.08.2009.
4. ACCERTA la responsabilità extracontrattuale (anche extracontrattuale, per VODAFONE) di VODAFONE, di Gamma e di TELECOM nella verifica dell'interruzione del servizio telefonico e telematico, avvenuto in conseguenza della mancata attivazione di cui al punto 2.
5. CONDANNA VODAFONE e Gamma a pagare a parte attrice, in solido fra loro, a titolo di risarcimento per danni emergenti ed in solido fra loro, la somma di Euro 3.665,00, oltre agli interessi sulla somma via via rivalutata dal 18.11.2009 alla data della pubblicazione della presente sentenza. Sulla somma così rivalutata, si applicheranno gli interessi di legge, quali previsti dal codice civile, decorrenti dalla pubblicazione della sentenza al saldo.
6. DISPONE che nei rapporti interni fra VODAFONE e Gamma, per la somma di cui al punto 5, Gamma potrà agire in regresso verso VODAFONE, in ragione della metà e fino alla concorrenza della propria quota, qualora abbia corrisposto a parte attrice una somma maggiore del 50%. Viceversa VODAFONE, nei confronti di Gamma. Dunque, con quote di responsabilità paritarie.
7. CONDANNA VODAFONE, Gamma e TELECOM a pagare a parte attrice, a titolo di risarcimento danni ed in solido fra loro, la somma complessiva di Euro 15.000,00, oltre agli interessi sulla somma via via rivalutata dal 24.11.2009 alla data della pubblicazione della presente sentenza. Sulla somma così rivalutata, si applicheranno gli interessi di legge, quali previsti dal codice civile, decorrenti dalla pubblicazione della sentenza al saldo.
8. DISPONE che nei rapporti interni fra VODAFONE, Gamma e TELECOM, per la somma di cui al punto 7, Gamma sia tenuta in ragione del 40%, TELECOM in ragione del 20%, VODAFONE in ragione del 40%. Con i corrispettivi diritti di regresso.
9. CONDANNA VODAFONE, Gamma e TELECOM a pagare a parte attrice le spese processuali che si liquidano nella somma complessiva di Euro 500,00 per spese vive e di Euro 8.500,00 per onorari (quivi già incluse le spese generali, dunque da non ricalcolare). Sui compensi I.V.A. e Cassa. Con ripartizione interna fra i debitori, come da punto che precede.

Così deciso in Bologna nella residenza del Tribunale alla via Farini numero 1, il giorno quattordici ottobre duemilaquattordici.

Così deciso in Bologna, il 14 ottobre 2014.

Depositata in Cancelleria il 20 novembre 2014.

TRIBUNALE DI BOLOGNA, sentenza 20 novembre 2014, n. 3316; Giud. D'ORAZI; Alfa Studio s.r.l. (Avv. STANGOLINI) c. Vodafone Omnitel N.V. (Avv. PASQUALI), Gamma s.r.l. Agenzia Vodafone Business (Avv.ti CUTRUPI, DALLARI), Telecom Italia S.p.A. (Avv.ti BODO, CAROTA).

Responsabilità civile - Contratto di utenza telefonica – Compagnia telefonica – Inadempimento contrattuale - Agente autorizzato a raccogliere le sottoscrizioni presso il pubblico – Ausiliario – Responsabilità contrattuale per il danno da sospensione del servizio - Sussiste (Cod. civ., art. 1218 e 1228)

Responsabilità contrattuale – Contratto di utenza telefonica – Compagnia telefonica – Danno patrimoniale – Danno emergente – Sussiste (Cod. civ., artt. 1218, 1226, 1228)

Responsabilità civile – Contratto di utenza telefonica – Agente autorizzato a raccogliere le sottoscrizioni presso il pubblico – Danno patrimoniale – Danno non patrimoniale – Sussiste (Cod. civ., artt. 2043 e 2059)

In un contratto di utenza telefonica, la compagnia telefonica risponde a titolo contrattuale dei danni da c.d. “sospensione del servizio” sofferti dall’utente (nella specie, il contratto intercorreva tra una società di progettazione architettonica ed urbanistica ed una compagnia telefonica, la quale si avvaleva di un agente autorizzato a raccogliere le sottoscrizioni presso il pubblico, operante in veste di ausiliario. (1)

In un contratto di utenza telefonica, la compagnia telefonica risponde a titolo contrattuale dei danni patrimoniali sofferti dall’utente per effetto della “sospensione del servizio”, consistenti nelle spese sostenute in conseguenza dell’inutilizzabilità delle linee telefonica e di accesso alla rete (2)

La compagnia telefonica può rispondere anche a titolo extracontrattuale dei danni sofferti da un utente per effetto della colposa sospensione del servizio, e a tale titolo deve risarcire i danni non patrimoniali sofferti dall’utente consistenti nei disagi subiti. (3)

(1-2) Non è (ancora?) dato rintracciare pronunce di legittimità in materia di danno da “sospensione del servizio” sofferto da utenti di abbonamenti telefonici; per un caso che potrebbe presentare analogie, ma anche numerose differenze (si pensi ai numerosi diritti di rango costituzionale, come l’art.15 Cost., che possono essere coinvolti in una sospensione nella possibilità di accedere alla linea telefonica o di accesso alla rete, e la cui violazione ben fonderebbe un risarcimento dei danni di natura non patrimoniale

sofferti dall'utente) con il caso *de quo*, si veda la recente pronuncia della S.C., 28 gennaio 2014, n.1766, in *De Jure*, ove si nega la possibilità di risarcire danni non patrimoniali sofferti da un utente di un contratto di somministrazione di energia elettrica a seguito della sospensione prolungata nell'erogazione di quest'ultima da parte del fornitore.

Particolarmente ricca appare, invece, la giurisprudenza di merito; per alcune pronunce di merito che qualificano la responsabilità di compagnie telefoniche da danno da sospensione del servizio quale responsabilità contrattuale si vedano: Giudice di pace di Trieste, 6 settembre 2012, con nota di G. CITARELLA, *Inadempimento del fornitore di servizi telefonici e danni non patrimoniali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 2013, pag. 1317, in cui il comportamento dell'operatore telefonico è fatto rientrare all'interno della responsabilità contrattuale, senza che per questo non si proceda a risarcire i danni non patrimoniali; particolarmente interessante nella nota di G. CITARELLA risulta la menzione di una sentenza della Corte Suprema federale tedesca, in cui, a partire dall'azione promossa da un utente a fronte della mancata fornitura del servizio telefonico ed internet protrattasi per due mesi, se non si risarciscono i danni patiti a seguito della mancata utilizzazione della linea telefonica, si risarciscono invece i danni subiti dalla non possibilità di connettersi al web; paragonando, seppur in un obiter, gli effetti della mancata disponibilità del collegamento *web*, a quelli del mancato utilizzo dell'automobile (si tratta di BGH III, 24 gennaio 2013, reperibile in rete in: <http://juris.bundesgerichtshof.de>; e pubblicata altresì in NJW, 2013, 1072); ritornando alla giurisprudenza di merito delle nostre corti: Tribunale di Salerno, sez. II, 28 ottobre 2014, n. 5063, in *Leggi d'Italia*, in cui, pur riconoscendosi la responsabilità contrattuale della compagnia telefonica, non si perviene al risarcimento dei danni patiti dall'utente in quanto non adeguatamente provati (in riforma di quanto deciso dal Giudice di pace di Sant'Angelo a Fasanella, 20 gennaio 2010, n. 102); Tribunale di Roma, sez. X, 25 maggio 2010, in *De Jure*, in cui la responsabilità della compagnia è qualificata di natura contrattuale e si perviene al risarcimento di danni anche non patrimoniali; molto simile alla sentenza da ultimo citata: Tribunale di Montepulciano, 20 febbraio 2009, in *De Jure*; Tribunale di Nola, sez. II, 13 gennaio 2009, in *De Jure*; Tribunale di Bari, sez. II, 21 novembre 2011, n. 3704, in *De Jure*; Giudice di pace di Roma, 11 luglio 2003; Tribunale di Modena, sez. II, 17 maggio 2012, n. 831, in *De Jure*, in cui, a differenza della sentenza da cui prende le mosse il commento *de quo*, il giudice riconosce adeguatamente provato, e ne dispone pertanto il risarcimento, il danno patrimoniale da lucro cessante patito da parte attrice a seguito della sospensione del servizio; Giudice di pace di Grosseto, 8 giugno 2012, n. 755, in *De Jure*; Tribunale di Varese, 2 ottobre 2012, in *De Jure*.

Per un caso isolato in cui si ascrive, in parte, la condotta della compagnia telefonica, macchiata di sospensione del servizio, all'alveo della responsabilità extracontrattuale: Tribunale di Roma, sez. XI, 24 maggio 2012, n. 8505, in *De Jure*, ove il comportamento della compagnia telefonica è scisso in parte sotto l'alveo della responsabilità contrattuale (anche se il risarcimento del danno relativo non è disposto in quanto non sufficientemente provato), ed in parte sotto quello della responsabilità extracontrattuale (con risarcimento del danno non patrimoniale relativo che è disposto in favore del solo legale rappresentante della società attrice). Per un commento critico alla sentenza da ultimo citata si rinvia alla nota 13 a p. 6 della sezione del presente lavoro che ospita l'analisi critica. Se, come vedremo, il danno da "sospensione del servizio" è ascritto alla

responsabilità aquiliana di Vodafone, i danni patiti da Alfa a seguito della necessità di adeguare la propria strumentazione ai servizi offerti dalla compagnia telefonica sono ascritti alla responsabilità contrattuale di quest'ultima. Vodafone è ritenuta inadempiente malgrado le assicurazioni sulla conformità della strumentazione ai servizi non provenissero dalla compagnia telefonica, bensì da Gamma, agente autorizzato a raccogliere le sottoscrizioni presso il pubblico per conto di Vodafone. Il giudice pone; pertanto, in essere un'applicazione dell'art. 1228 Cod. civ.

Giurisprudenza e dottrina sono piuttosto concordi nell'individuare l'elemento discrezionale tra gli artt. 1228, *responsabilità per fatto degli ausiliari*, e 2049, *responsabilità dei padroni e dei committenti*, Cod. civ., nella presenza di un contratto tra preponente e danneggiato, il quale fa sì che una situazione astrattamente ascrivibile all'art. 2049 sia concretamente fatta rientrare nell'art. 1228; in giurisprudenza: Cass. civ., 11 maggio 1995, n. 5150, in *De Jure*; Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6756, in *De Jure*; per casi in cui il preponente sia una struttura che offre servizi sanitari ed il preposto un medico: Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Nuova giur. civ.*, 2004, VI, 6783; Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 5, 573, in cui si legge: "il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo [...]. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario"; e Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1824.

In dottrina si rinvia a: CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile ed il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, fasc.1, p.85; dello stesso autore, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p.50; si veda, infine, la polemica dello stesso autore con G. CECCHERINI di cui si dà conto nella nota 5 a pagina 2 dell'analisi critica in merito all'onere della prova gravante sul creditore nell'art. 1228 Cod. civ.

Se con riferimento all'art. 2049 si discute della possibilità di far rientrare il contratto di agenzia all'interno del rapporto di preposizione (è scettico D. CARUSI, in *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, Giuffrè, 2009, p.486, il quale cita Cass. civ., 24 marzo 1980, n.1963 e Cass. civ., 13 giugno 1987, n.5195), non è dato ritrovare un simile conflitto interpretativo in merito all'art. 1228, dal momento che si ritiene "ausiliario" del debitore qualunque persona di cui questi si avvalga nell'adempimento dell' obbligazione (con l'unico limite che il terzo di cui il debitore si avvale non si sia obbligato in proprio nei confronti del creditore): Cass. civ., 11 aprile 1975, n. 1350, in cui il subvettore è considerato ausiliario del vettore; Cass. civ., 29 luglio 1975, n. 2938, in cui il portiere del condominio è considerato ausiliario del locatore di un appartamento; Cass. civ., 27 marzo 1987, n. 3005, in cui il consulente tecnico è ausiliario degli arbitri. E, nello stesso ordine di idee, in dottrina: VISINTINI-CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Trattato RESCIGNO*, IX, Torino, 1984, p.224; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art.1218-1229)*, Com. S. B., pp. 459,465.

Debitore ed ausiliario sono in genere chiamati a rispondere in solido nei confronti del creditore, proprio come avviene nel caso da cui prende le mosse l'analisi *de quo*; per un esempio si rinvia a Trib. Parma, 2 ottobre 2012, n. 1272, in *De Jure*.

(3) Il danno da spese per l'adeguamento degli strumenti di natura informatica patito da Alfa non è ascritto alla sola responsabilità di Vodafone, ma anche alla responsabilità extracontrattuale di Gamma: nel merito il giudice esclude che possa venire in gioco una responsabilità contrattuale c.d. da "contatto sociale" di Gamma. Tra le prime pronunce ad accogliere la responsabilità contrattuale da contatto sociale del medico dipendente ospedaliero si veda: Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro It.*, 1999, I, 3332; per una sentenza che afferma la responsabilità contrattuale da contatto sociale per informazioni inesatte (la *specie* di responsabilità da contatto sociale che maggiormente verrebbe in rilievo nel nostro caso): Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15992, in cui un datore di lavoro è responsabile per aver fornito informazioni inesatte in materia previdenziale al proprio lavoratore; in dottrina si rinvia soprattutto a C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

Sono molte le pronunce della Suprema Corte che accolgono il c.d. principio del cumulo, *ex multis*: Cass. Torino 12 dicembre 1888, in *Foro it.*, 1898, I, 926; Cass. 17 giugno 1936, n. 2107, in *Foro it.*, 1936, I, 816; ed ancora: Cass. civ., 5 dicembre 1975, n. 4032, in *Giust. civ. Mass.*, 1975, 1885 s.; Cass. civ., 9 gennaio 1979, n. 119, *ibid.*, 1979, 63; Cass. civ., 19 marzo 1979, n. 1593, *ibid.*, 1979, I, 723; Cass. civ., 14 maggio 1979, n. 2773, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1980, 403 ss.; Cass. civ., 27 febbraio 1980, n. 1696; Cass. civ., 7 agosto 1982, n. 443; Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 1996, n. 8656, in *De Jure*; Cass. civ. 26 ottobre 1998, n. 10629, in *De Jure*; Cass. civ. 1999, n. 589; Cass. civ. 21 gennaio 2000, n. 681; Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2001, n. 8381, in *De Jure*; Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2007, n. 10830, in *De Jure*.

Nelle corti di merito, tra le altre: App. Roma, 30 marzo 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 552; Tribunale di La Spezia, 13 maggio 2005.

Tra le pronunce che, a livello di legittimità, si scostano dal principio del cumulo meritano menzione le sentenze gemelle 26972-5 rese dalla Corte di Cassazione, a sezioni unite, l'11 novembre del 2008, in *De Jure*, ove si qualifica il principio del cumulo come espediente di "dubbio fondamento dogmatico".

Sulla strada indicata dalle sentenze gemelle della Cassazione si collocano le pronunce del Tribunale di Trieste del 2 marzo 2015, in *De Jure*, e del 28 ottobre 2013, n.837, in rete: <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/blog-case-law-giurisprudenza/1755-tribunale-di-trieste-2%3Cimg%20class=> ; di cui si veda anche la nota di D. M. FRENDA, *Il tramonto del principio del concorso di responsabilità?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.2,2014.

Tra gli altri che in dottrina si sono occupati del tema, da sempre motivo di interesse e fascinazione per il giurista: CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile ed il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, fasc.1, p.69 s; U. IZZO, *Contratto e fatto illecito: interazioni e sovrapposizioni nel sistema della responsabilità civile*, Trento 2013, in rete: <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15111> (cui si rinvia anche per l'enucleazione delle differenze tra i due regimi delle responsabilità: contrattuale ed extracontrattuale); D. M. FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana: soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, Cedam, Padova, 2013; P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam, Padova, 1989; R. RUSSO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e fatto illecito dei*

commessi, in *Foro it.*, 1991; S. ROBERTO, *Concorso di responsabilità: a proposito di un ritorno alla tipicità dei fatti illeciti*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 5, 611, (nota a sentenza); C. ROSSELLO, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ.*, 1985; P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino 1998, p. 682. Per uno sguardo comparato al modo di concorrere delle responsabilità contrattuale ed aquiliana negli altri ordinamenti giuridici europei: U. IZZO, *Tensioni nella galassia comparatistica della responsabilità civile: quando il contratto vince sul torto, quando accade il contrario, e perché*, Trento, 2013, in rete: <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15120>.

Come si avrà modo di approfondire in sede di analisi critica, elemento latente dell'intera sentenza, ed in particolare dei passi relativi all'identificazione dei danni risarcibili, è la risarcibilità dei danni non patrimoniali all'interno della responsabilità contrattuale: proprio la possibilità di risarcire tali danni potrebbe trovarsi alle spalle della decisione del giudice di ascrivere la condotta di Vodafone, in relazione al danno da "sospensione del servizio", nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Se così fosse, tuttavia, non si terrebbe conto dei recenti avanzamenti giurisprudenziali che ammettono la risarcibilità dei danni non patrimoniali anche nella responsabilità contrattuale; *ex plurimis*: le già richiamate sentenze gemelle delle sezioni unite della Cassazione, 11 novembre 2008, nn. 26972-5; le quali furono già anticipate da: Cass. civ., 24 febbraio 2006, n. 4184, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 490 s.; Cass. civ., 11 aprile 2006, n. 8386, *ibid.*, 2006, I, 598 s.; sulla stessa scia, nelle corti di merito: Trib. di Marcanise, 31 gennaio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 926 ss.; e Trib. di Tivoli, 14 marzo 2012, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 954, con nota di MARTINI BARZOLAI, *I presupposti per il risarcimento del danno esistenziale da inadempimento*, 956 ss.

Per uno sguardo dal lato del formante dottrinale si rinvia a: MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 437; NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'opera incompiuta*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 475; MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 333.

Se la sentenza da cui prende le mosse il presente commento poco si attarda ad affrontare il tema dei danni esistenziali da mancata fornitura dei servizi telefonici e telematici, giova ricordare come il tema citato rappresenti un filone giurisprudenziale piuttosto florido e in sicuro divenire; si vedano al riguardo: BILOTTA, in BILOTTA-ZIVIZ, *Il nuovo danno esistenziale*, Bologna-Roma, 2009, p.328; e NEGRO, *Un anno senza telefono: la descrizione del danno*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1131; nonché le note di: G. CITARELLA, *Inadempimento del fornitore di servizi telefonici e danni non patrimoniali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 2013, pag. 1317 (a partire da Giudice di pace di Trieste, 6 settembre 2012); e MULA, *Il danno non patrimoniale (esistenziale) e i servizi di telefonia. Riflessioni alla luce delle SS.UU. n. 26972/2008*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1872.

L'altro elemento di cui si cercherà di dar conto nell'analisi critica al fine di risalire il percorso logico compiuto dal giudice nell'ascrivere la condotta di Vodafone, in relazione al danno da "sospensione del servizio", nell'alveo della responsabilità extracontrattuale è dato dalla possibilità di usufruire dell'art. 2055, secondo comma, Cod. civ., ossia della possibilità di graduare le responsabilità tra i corresponsabili di un fatto illecito. Tuttavia, anche una simile considerazione si scontra con il dato per cui

l'orientamento delle corti, sia di legittimità che di merito, è nel senso di ammettere l'applicabilità dell'art. 2055, secondo comma, Cod. civ., anche qualora ci si trovi in un caso di concorso improprio di responsabilità, ossia il caso che si avrebbe avuto se si fosse chiamata Vodafone a rispondere a titolo contrattuale, insieme a Gamma e Telecom, loro sì, a titolo extracontrattuale. Si vedano: Cass. civ., 4 marzo 1993, n. 2605, in *Leggi d'Italia*, e Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650, Verzino c. Pilla, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 9, 1082; e nelle corti di merito: Trib. di Modena, 6 febbraio 2014, n. 98, in *De Jure*. Fanno poi riferimento alla possibilità di applicare l'art. 2055 Cod. civ. a casi in cui i danneggianti rispondano a titoli diversi (ed entro i quali, pertanto, potrebbero rientrare anche i casi di concorso improprio di responsabilità): Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 291; che richiama: Cass. civ., 2 luglio 1997, n. 5944, e Cass. civ., 12 marzo 2010, n. 6041 (le sentenze ora richiamate si rifanno tutte allo stesso principio per cui l'unicità del fatto, da cui far discendere l'applicazione dell'art. 2055 Cod. civ., deve essere valutata in relazione alla persona del danneggiato, e non va intesa come identità delle azioni degli autori del danno e neppure delle norme giuridiche da essi violate).

IL COMMENTO

1. Introduzione

Come anticipato in sede di riassunto del caso, l'*iter* logico percorso dal giudice, che si conclude con l'affermazione della responsabilità di convenute e terza chiamata, vede il suo necessario antecedente e presupposto nell'identificazione dei danni risarcibili. Interessa il commento *de quo*, in particolare, la seconda voce di danno, quello da "sospensione del servizio", che il giudice imputa alla responsabilità extracontrattuale di Vodafone, Gamma e Telecom.

E' interessante, a nostro parere, ricercare le ragioni che hanno condotto il giudice a qualificare il comportamento di Vodafone come integrante responsabilità extracontrattuale: se infatti, per l'altra voce di danno, la prima (quella consistente nelle spese sofferte da parte attrice per l'adeguamento della propria attrezzatura ai servizi offerti da Vodafone), Vodafone è chiamata a rispondere in virtù dell'art. 1218 Cod. civ.; per quanto attiene al danno da sospensione del servizio la compagnia telefonica è chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ. Quali possono essere le ragioni che hanno indotto il giudice a una simile differenziazione? Ed ancora, una tale differenziazione era davvero indispensabile per realizzare dette ragioni? Simili domande non involgono questioni meramente terminologiche dal momento che nel campo del diritto le qualificazioni sono sempre foriere di conseguenze notevoli e ricadute pratiche immediate, e che la sussunzione di una fattispecie all'interno di una data categoria giuridica esclude molto spesso l'applicabilità di un altro istituto giuridico. Le domande precedenti ne postulano allora un'altra: quali sono le conseguenze che sono discese dalla qualificazione della responsabilità aquiliana di Vodafone in relazione al danno da sospensione del servizio?

Dichiarando fin d'ora il nostro dissenso con riferimento alla scelta operata dal giudice, cercheremo di dare risposta agli interrogativi adombrati prendendo le mosse dall'analisi del macro-argomento in cui è possibile inserire il caso in esame: il c.d. "principio del cumulo" delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; proseguiamo

investigando le motivazioni che potrebbero aver spinto il giudice ad una simile conclusione; infine, alcune considerazioni conclusive saranno precedute da una panoramica sul recente atteggiamento riscontrabile in alcune corti di merito, ma anche in talune pronunce di legittimità, ostile al principio del cumulo.

2. Il c.d. “principio del cumulo” di responsabilità

Quando si parla di “cumulo” di responsabilità contrattuale ed aquiliana si fa abitualmente riferimento a quella situazione per cui da uno stesso fatto discendono contemporaneamente in capo ad un soggetto sia profili di responsabilità contrattuale che extracontrattuale. E’ stato osservato come sarebbe più opportuno qualificare la suddetta situazione in termini di “concorso” piuttosto che di “cumulo”: quando si parla della circostanza *de qua* si vuole infatti fare riferimento ad una possibilità di scelta che si riverbera in capo al soggetto danneggiato, ossia la possibilità di invocare tanto la responsabilità contrattuale, quanto quella aquiliana del soggetto inadempiente/danneggiante¹. Appare evidente, pertanto, come la locuzione “concorso” maggiormente si presti ad esprimere un simile stato di cose.

Dopo la precisazione di carattere terminologico, merita ricordare come il principio in esame non si trovi cristallizzato in alcuna disposizione legislativa, e come la sua affermazione si debba piuttosto ad un percorso giurisprudenziale che affonda le sue radici a partire da pronunce risalenti ai decenni di poco successivi all’unità d’Italia².

In dottrina si distingue il caso del concorso c.d. “proprio” da quello c.d. “improprio”³. Se nel concorso proprio si ha un medesimo fatto da cui nascono contemporaneamente profili di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nei confronti dello stesso soggetto; nel concorso improprio, invece, dallo stesso fatto nascono sia profili di responsabilità contrattuale che aquiliana, ma, questa volta, nei confronti di soggetti diversi. Il caso da cui prende spunto il nostro commento ben può esemplificare i due tipi di concorsi distinti dalla dottrina. Si può infatti riconoscere un tipico caso di concorso improprio con riferimento alla prima voce di danno riconosciuta dal giudice alla parte attrice: le spese sostenute da quest’ultima in ordine alla conformazione delle proprie attrezzature elettroniche ai fini di renderle confacenti ai servizi di Vodafone sono ascritte alla responsabilità di Vodafone, ex art. 1218 Cod. civ., e di Gamma, ex art. 2043 Cod. civ. E’ invece possibile rivedere un caso di concorso proprio nell’imputazione

¹ Tra quanti preferiscono parlare di “concorso”: CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile ed il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, fasc. 1, p.89, nota 47, che si pone in contrasto con P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Tratt. dir. civ. diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 1998, p.689, “che adotta alla francese il termine cumulo, che è fuorviante perché significa somma di due responsabilità per uno stesso danno, mentre intende e può significare soltanto possibilità di avvalersi alternativamente di uno dei due regimi di responsabilità”.

² Un antecedente storico piuttosto risalente dell’affermazione del principio del cumulo si rinviene già in Cass. Torino 12 dicembre 1888, in *Foro it.*, 1898, I, 926; un’ affermazione ancor più decisa si rinviene in Cass. 17 giugno 1936, n. 2107, in *Foro it.*, 1936, I, 816. Per una rassegna delle numerose pronunce che successivamente si sono allineate sulla posizione assunta da Cass. 17 giugno 1936, n. 2107 si veda la sezione “Rassegna giurisprudenziale e dottrinale” in merito alla massima (1); ed altresì U. IZZO, *Contratto e fatto illecito: interazioni e sovrapposizioni nel sistema della responsabilità civile*, Trento 2013, in rete: <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15111>.

³ Sulla distinzione tra concorso proprio ed improprio di responsabilità, U. IZZO, *ibid.*; D. M. FRENDI, *Il tramonto del principio del concorso di responsabilità?*, Nota a Trib. Trieste, 28 ottobre 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.2, 2014, che prende le mosse da un caso in cui, similmente alla sentenza in commento, è possibile scorgere tanto un cumulo improprio, quanto un cumulo proprio.

della responsabilità con riferimento alla seconda voce di danno: qui Vodafone ben poteva essere chiamata a rispondere a titolo contrattuale, ma il giudice, per le ragioni che avremo modo di analizzare oltre, preferisce addebitare a Vodafone una responsabilità extracontrattuale.

Compiendo un' opera di astrazione dei casi concreti, è possibile suddividere in due grandi categorie le situazioni in cui può aversi concorso proprio⁴:

1-Anzitutto i casi in cui l'inadempimento del debitore equivale alla commissione di un fatto illecito. Ciò non accade sempre, chè altrimenti per la responsabilità contrattuale non ci sarebbe più posto, ma avviene ad esempio quando oggetto della prestazione siano la persona del creditore o un suo bene. Casi tipici sono quelli delle cure mediche, dei contratti di trasporto, di deposito, e dei contratti d' opera da eseguire su cosa del creditore⁵;

2- Quindi i casi in cui la condotta del debitore viola interessi del creditore che nulla hanno a che fare con l'interesse alla prestazione. Se, a primo impatto, simili casi sembrerebbero attratti naturalmente entro l'alveo della responsabilità extracontrattuale, la considerazione per cui se non ci fosse stato un rapporto obbligatorio preesistente non si sarebbe dato neppure il fatto illecito può portare a ricomprendere tali casi nell'ambito di spettanza degli artt. 1218 e ss. del Cod. civ.

È prendendo spunto da una simile considerazione che talora il legislatore, a partire da situazioni di questo tipo, fa prevalere la responsabilità contrattuale; emblema di tale *modus operandi* legislativo è l'art. 1228 Cod. civ. (una cui applicazione ritroviamo anche nel nostro caso): si dice, infatti, che se non ci fosse un contratto, il padrone o committente risponderebbe del fatto dell'ausiliario (per usare la terminologia del 1228) in virtù dell'art 2049 Cod. civ.; ma la presenza del contratto induce il legislatore a far rispondere il debitore a titolo di responsabilità contrattuale^{6,7}.

Malgrado simili interventi legislativi, talora la giurisprudenza non si accontenta della protezione offerta dal dettato normativo e preferisce al regime della responsabilità contrattuale quello aquiliano: è il caso di Cass. 26/10/1998, n. 10629 che non si accontenta di tutelare la persona del viaggiatore sulla base dell'art. 1681 Cod. civ., ma estende al trasportato la tutela offerta dall'art. 2054 Cod. civ., probabilmente nata con riferimento a persone terze rispetto a quelle che si trovano sul "veicolo senza guida di rotaie"⁸.

⁴ CASTRONOVO, *ibid.*, p.79 s.

⁵ Per L.MENGONI, *Obbligazioni di risultato*, 371, in tali casi non sarà dato concorso dal momento che l'interesse alla prestazione assorbe l'interesse di protezione.

⁶ Tesi accolta da Cass. 17/05/2001 n.6756; G.CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, Codice civile, Commentario diretto da A.BUSNELLI (Milano 2003), 68 s., sostiene che anche nel caso dell'art. 1228 Cod. civ. (come in quello dell'art. 1218 Cod. civ.) il creditore possa limitarsi ad allegare l'inadempimento della prestazione dedotta in obbligazione da parte del debitore. Non è dello stesso avviso CASTRONOVO, *ibid.* che pone l'accento sulla lettera del 1228: " fatti dolosi o colposi", per arrivare a concludere che in questo caso non sarà sufficiente l'allegazione dell'inadempimento, ma sarà altresì necessaria la dimostrazione del dolo o della colpa dell'ausiliario del debitore. La semplice facoltà del creditore di allegare l'inadempimento del debitore si arresterebbe per l'appunto ai fatti integranti inadempimento, e non a fatti esterni all'inadempimento come i " fatti dolosi o colposi".

⁷ Altri casi simili all'art. 1228 Cod. civ. sono ricordati da CASTRONOVO, *ibid.* 82 s.; tra i quali: artt. 2087, 1681 e 1693, e 1588 comma 2, Cod. civ.

⁸ CASTONOVO, *ibid.*, 87, fa notare come la responsabilità di natura contrattuale sarebbe invocabile nei confronti del vettore sia che il rapporto tra questo ed il trasportato sia inquadrabile nella figura del trasporto gratuito (in tal caso ci sarebbe contratto), sia che rientri in quella del trasporto di cortesia (in tal

Nel nostro caso non è stato il legislatore a fissare una regola in base alla quale poter ascrivere di preferenza la condotta di Vodafone all'una o all'altra responsabilità, ma l'inserimento della condotta di Vodafone all'interno dell'art.2043 Cod. civ. è dipeso solo ed esclusivamente dalla valutazione giudiziaria, posto che parte attrice nell'atto di citazione chiedeva di accertare la responsabilità della convenuta sia sotto il profilo contrattuale che sotto quello extracontrattuale; lasciando così ampi margini di manovra e discrezionalità all'autorità giudiziaria nella sua attività di qualificazione dei fatti sottoposti alla sua decisione. E' facendo riferimento a tale possibilità di inquadrare un dato comportamento all'interno dell'una o dell'altra responsabilità, possibilità tutta del giudice, che si è parlato di "applicazione ondivaga della giurisprudenza di un regime o dell' altro secondo valutazioni di opportunità del giudice"⁹. Espressione che rende bene l'idea della libertà con cui il giudice può muoversi nella materia che interessa la nostra attenzione: una libertà mai fine a se stessa, ma che volge sempre l'occhio alle conseguenze cui l'operare di un dato regime di responsabilità rispetto ad un altro conduce.

3. La responsabilità aquiliana di Vodafone: le differenze di regime tra responsabilità contrattuale ed aquiliana, e i precedenti in materia di danno da c.d. "sospensione del servizio"

È prendendo le mosse dall'analisi delle differenze tra le regole la cui applicazione consegue all'inquadramento di un fatto entro i confini della responsabilità contrattuale piuttosto che extracontrattuale¹⁰, che si può forse comprendere le ragioni che hanno indotto il Tribunale di Bologna ad inquadrare la condotta di Vodafone, in relazione alla seconda voce di danno, entro l'art. 2043 Cod. civ., nonostante tra Vodafone ed Alfa, la parte attrice, intercorresse un rapporto di natura contrattuale. E' soltanto partendo dal presupposto per cui l'inquadramento della responsabilità di Vodafone entro l'art. 2043 Cod. civ. abbia comportato effetti e conseguenze altrimenti non realizzabili con la responsabilità contrattuale che, a nostro avviso, si possono arrivare a comprendere le ragioni che hanno indotto il giudice a distinguere in ordine al capo di imputazione di Vodafone nelle due diverse voci di danno. Le ipotesi ricostruttive dell'*iter* logico percorso dal giudice in una simile differenziazione, di cui cercheremo di dare conto nel prosieguo della trattazione, si snodano attorno a due differenze, o presunte tali, tra il regime dettato per la responsabilità contrattuale, e quello previsto per quella extracontrattuale: la prima attiene al diverso atteggiarsi della responsabilità solidale; la seconda alla risarcibilità dei danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale.

caso il regime della responsabilità contrattuale nascerebbe in forza del contatto sociale che si instaura tra vettore e viaggiatore).

Lo stesso autore fa notare come suddetto regime di responsabilità possa ascriversi anche al proprietario dell'autoveicolo, e come pertanto la preoccupazione che spinge la Suprema Corte a far rientrare il fatto all'interno dell'art.2049 Cod. civ. (ossia quella di far operare il terzo comma del detto articolo) avrebbe già potuto trovare soddisfacimento nel "mondo della responsabilità contrattuale".

⁹ CASTRONOVO, *ibid.*,86.

¹⁰ Per un'analisi esaustiva delle differenze in parola, soprattutto con riferimento a quegli aspetti non trattati nel commento *de quo* (ossia: onere probatorio, regime prescrizione, danno risarcibile, clausole di limitazione della responsabilità, costituzione in mora del debitore, operare dell'incapacità di intendere e di volere) si rinvia ad U. IZZO, *ibid.*

Quanto al primo aspetto, ossia all'atteggiarsi della responsabilità solidale nelle due diverse *species* di responsabilità, va ricordato come nella responsabilità extracontrattuale l'art. 2055 Cod. civ., al secondo comma, dia al giudice la possibilità, in caso di fatto illecito imputabile a più persone, non soltanto di chiamare dette persone a rispondere in solido verso il danneggiato, ma altresì di modularne la responsabilità nei rapporti interni, a seconda della "gravità della rispettiva colpa" e dell' "entità delle conseguenze che ne sono derivate". Nella responsabilità contrattuale, invece, se la regola generale è pur sempre quella della responsabilità solidale tra condebitori, salvo che la legge o il titolo non dispongano diversamente (art.1294 Cod. civ.), non è dato rinvenire una norma di graduazione delle colpe simile all'art. 2055, comma 2, Cod. civ. Seguendo una tale linea di ricostruzione a posteriori del possibile percorso logico compiuto dal giudice, si potrebbe arrivare a concludere che il giudice abbia preferito la responsabilità aquiliana a quella contrattuale proprio per la possibilità di usufruire del secondo comma dell'art. 2055 Cod. civ., posto che, nei rapporti interni tra le due convenute, Vodafone, Gamma, e la terza chiamata, Telecom, il giudice ripartisce la responsabilità nelle seguenti e rispettive percentuali: 40% per le prime due, e 20 % per la terza.

Proviamo allora a ricostruire che cosa sarebbe successo se il giudice non avesse valutato la responsabilità di Vodafone come extracontrattuale, ma come contrattuale. Ebbene, in tal caso si avrebbe avuto un tipico caso di concorso improprio di responsabilità: di Vodafone a titolo contrattuale, e di Gamma e Telecom a titolo extracontrattuale.

Se anche Gamma e Telecom fossero state responsabili contrattualmente, non si avrebbe avuto alcun dubbio sulla non operatività del 2055 secondo comma: le tre società dichiarate responsabili sarebbero state, nei rapporti interni, responsabili in parti uguali. Tuttavia nel nostro caso se vi è un elemento di certezza è proprio quello per cui Gamma e Telecom possono rispondere solo in virtù dell'art. 2043 Cod. civ. Che ne è allora del caso di concorso improprio di responsabilità? Ossia, il giudice può modulare la colpa dei coresponsabili nei loro rapporti interni anche qualora uno di essi sia tenuto a rispondere a titolo contrattuale e l'altro a titolo extracontrattuale? Giurisprudenza costante sia di merito¹¹, che di legittimità¹² risponde in senso affermativo. Dalle considerazioni appena accennate emerge, allora, che alla base della scelta del giudice di qualificare la responsabilità di Vodafone come extracontrattuale non può trovarsi la possibilità di beneficiare del regime offerto dal secondo comma dell'art. 2055 Cod. civ. Spostiamo ora la nostra attenzione sul secondo dei motivi sovraesposti che potrebbero giustificare la scelta qualificatoria del giudice: la possibilità di risarcire i danni non

¹¹ Si veda per tutti Trib. di Modena, 6 febbraio 2014, n. 98, in *De Jure*, ove, in un caso di inadempimento di contratto di appalto in cui siano chiamati a rispondere l'appaltatore, a titolo contrattuale, ed il progettista e direttore dei lavori, a titolo extracontrattuale, il giudice applica la modulazione delle responsabilità offerta dal comma due dell'art. 2055 Cod. civ. allocando la il 65% della responsabilità in capo all'appaltatore ed il 35% al progettista e direttore dei lavori.

¹² Tra le altre ricordate nella sezione rassegna giurisprudenziale e dottrinale sub (1) si veda in particolare: Cass. civile, sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650, Verzino c. Pilla, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 9, 1082, in cui, sempre a partire dall'inadempimento di un contratto d'appalto, il giudice arriva ad applicare l'art. 2055 comma 2 Cod. civ. allocando il 75% della responsabilità, questa volta, in capo al progettista e direttore dei lavori, ed il restante all'appaltatore. Testualmente: "Come rilevato dai giudici di appello il vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore ed il progettista e direttore dei lavori trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 c.c. che, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale".

patrimoniali. Infatti nonostante la scarsa chiarezza espositiva con cui l'estensore procede a qualificare la seconda voce di danno, quello da sospensione del servizio, ci appare che detta voce di danno sia composta da due elementi costitutivi, l'uno di natura patrimoniale, l'altro di natura non patrimoniale: il primo dato dalle spese sostenute come conseguenza dell' inutilizzabilità delle linee telefonica e di accesso alla rete Internet (e che malgrado la non chiara esposizione con cui, sul punto, le parole si susseguono nella sentenza, deve essere di necessità considerato quale patrimoniale a pena di non voler vedere il giudice estensore incorrere in un grave errore di qualificazione); il secondo dai disagi sopportati a causa di tale inutilizzabilità.

Ecco che la qualificazione della responsabilità di Vodafone quale extracontrattuale avrebbe permesso la risarcibilità di danni non patrimoniali non altrimenti risarcibili. Tuttavia, in merito a ciò, anche solo un rapido scorcio alla giurisprudenza post 2008 permette di considerare come assodata la risarcibilità di tali danni anche all'interno della responsabilità contrattuale¹³.

Ma se la risarcibilità dei danni di natura non patrimoniale anche all'interno della responsabilità contrattuale può dirsi come un dato acquisito, devono allora necessariamente trarsi due conclusioni, in rapporto di mutua esclusività l'una rispetto all'altra: o il giudice non conosceva l'evoluzione giurisprudenziale post 2008 di cui si è appena dato conto, o la sua scelta qualificatoria è sorretta da un'altra ragione, un altro motivo. Ma, nonostante in materia di diritto civile la buona fede si debba presumere, è difficile trovare elementi altri ed ulteriori che possano sorreggere la differenziazione in ordine alla responsabilità con cui Vodafone è chiamata a rispondere.

Vale altresì la pena ricordare come la giurisprudenza, specie di merito, abbondi di pronunce in cui il danno da "sospensione del servizio" è ascritto alla responsabilità della compagnia telefonica a titolo contrattuale, e non extracontrattuale come nel caso di specie¹⁴.

A conclusione delle considerazioni sopra svolte sentiamo di poter affermare che la scelta di ascrivere la responsabilità a Vodafone a titolo extracontrattuale non ha portato con sé alcuna ricaduta immediata che non si avrebbe avuto qualificando la responsabilità di Vodafone ai sensi dell'art. 1218 Cod. civ.; in altre parole, la pronuncia del giudice di Bologna può essere letta come un ingiustificato baluardo contro la "contrattualizzazione" della responsabilità.

4. L'abbandono del c.d. principio del cumulo? Dalle sentenze gemelle 26972-5 della Suprema Corte (2008) alle recenti pronunce del Tribunale di Trieste

¹³ Per una panoramica sulla giurisprudenza citata si rinvia alla sezione rassegna giurisprudenziale e dottrinale sub (1).

¹⁴ Per una panoramica di pronunce che ascrivono il danno da sospensione del servizio alla responsabilità contrattuale della compagnia telefonica si rinvia alla sezione del presente lavoro contenente la rassegna giurisprudenziale e dottrinale sub (1).

Meritano attenzione in questa sede, invece, quelle pronunce che ascrivono il danno da sospensione del servizio alla responsabilità aquiliana dell'operatore telefonico: in particolare Trib. di Roma, sez. XI, 24 maggio 2012, n.8505, in *De Jure*, ove, similmente al caso da cui parte il commento *de quo*, si distingue una responsabilità contrattuale da una extracontrattuale della compagnia telefonica, e ci sembra che si pervenga ad una simile differenziazione per permettere il risarcimento dei danni di natura non patrimoniale subiti dal legale rappresentante della società attrice, così trascurando tutta quella giurisprudenza, di cui si dà conto nella sezione del presente lavoro dedicata ad ospitare la rassegna giurisprudenziale e dottrinale sub (1), che a partire dal 2008 riconosce la possibilità di far valere il risarcimento di simili danni anche all'interno della responsabilità contrattuale.

Si cercherà nel presente paragrafo di dare conto di una recente evoluzione giurisprudenziale, tutta in divenire, che sembra disconoscere la c.d. regola del cumulo, e che si pone pertanto in contrasto con la sentenza decisa dal Tribunale di Bologna da cui questo commento prende le mosse. Si è già avuto modo di dire, in questo approfondimento, come il principio in esame affondi le proprie radici in pronunce piuttosto risalenti della Suprema Corte, e di come, da allora, esso abbia ricevuto un' applicazione pressoché costante nelle pronunce sia di merito che di legittimità¹⁵. Va detto, altresì, che in senso parzialmente difforme già deponeva una parte della dottrina¹⁶, e, se vogliamo, la relazione al Codice civile N.794¹⁷.

Ebbene, proprio in quest'ultima scia, si collocano le sentenze gemelle 26972-5 rese dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, l'11 novembre del 2008, in cui, con un'ampia trattazione, si dà conto dei recenti avanzamenti giurisprudenziali in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale, con un occhio di riguardo alla sua risarcibilità in tema di responsabilità contrattuale. Ed è proprio questa considerazione, ossia la risarcibilità dei danni non patrimoniali anche all' interno della responsabilità contrattuale, che conduce la Corte a ritenere non più necessaria la presenza del principio del cumulo nel nostro ordinamento; principio qualificato come expediente di "dubbio fondamento dogmatico"¹⁸.

Se non si può certo dire che la sentenza del Tribunale di Bologna, sez. II, n. 3316, del 24 novembre 2014 si collochi sulla strada indicata dalle sentenze gemelle della Cassazione, al risultato opposto si perviene analizzando due recenti pronunce del Tribunale di Trieste: quella del 28 ottobre 2013¹⁹ e quella del 2 marzo 2015²⁰, così evidenziandosi un contrasto interpretativo in seno alla giurisprudenza di merito.

La prima delle sentenze citate riguarda il caso di un infortunio occorso all' allievo di un corso di arrampicata in cui il giudice perviene alla dichiarazione di responsabilità tanto del compagno che avrebbe dovuto accompagnarne la discesa dalla parete (responsabilità extracontrattuale), quanto dell'associazione sportiva cui l'allievo era iscritto e cui si doveva l'organizzazione del corso (responsabilità, questa, contrattuale). Nonostante le differenze, date dalla diversità delle fattispecie di partenza, è possibile rintracciare diverse analogie con il caso da cui muove l'analisi *de qua*: anche qui, infatti, è possibile riconoscere tanto un concorso improprio di responsabilità, quanto uno proprio: l'allievo che subisce l'infortunio chiama in giudizio l'associazione sportiva sia a titolo di responsabilità contrattuale che a titolo di responsabilità extracontrattuale. E'

¹⁵ Per una panoramica delle tante pronunce a favore del principio del cumulo si rinvia alla sezione contenente la rassegna giurisprudenziale e dottrinale, sub (1).

¹⁶ CASTRONOVO, *ibid.*, p. 128; P. G. MONATERI, *ibid.*, p. 682.

¹⁷ La relazione si riferisce al caso di incendio di cosa in custodia in cui il custode della cosa ed il danneggiato sono legati da un rapporto obbligatorio di locazione, ebbene, in tal caso, si dovranno applicare gli artt. 1588 comma 1 e 1611, e non l' art 2051 Cod.civ.; CASTRONOVO, *ibid.*, p.86 s., fa notare come in realtà gli artt. 1588 e 1611 non si riferiscano al danno cagionato da cosa in custodia (come invece fa l'art 2051), bensì al danno subito dalla cosa in custodia.

¹⁸ L'inciso della Suprema Corte sembra riprendere le parole di MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p.669: " la regola del cumulo appare in verità del tutto priva di basi dogmatiche".

¹⁹ Tribunale di Trieste, 28 ottobre 2013, in rete: <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/blog-case-law-giurisprudenza/1755-tribunale-di-trieste-2%3Cimg%20class=> ; si veda anche la nota di D. M. FREND, *Il tramonto del principio del concorso di responsabilità?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 2, 2014.

²⁰ Tribunale di Trieste, 2 marzo 2015, in *De Jure*.

interessante al riguardo notare come il giudice pervenga ad affermare la responsabilità contrattuale dell'associazione sportiva sulla base dell'assunto per cui, nell'ipotesi di configurabilità tanto della responsabilità contrattuale quanto di quella extracontrattuale, la prima "assorba" la seconda.

Appare, ora, utile riportare integralmente alcuni passi della seconda delle sentenze del Tribunale di Trieste citate. Anzitutto il giudice si scaglia contro la prassi attorea di invocare nell'atto di citazione entrambe le *species* della responsabilità civile contro il convenuto, ossia di chiederne la condanna a titolo di responsabilità contrattuale e/o aquiliana: "Guardando alle conclusioni prese dall'attore ("accertata la responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale delle convenute") non può non cogliersi quel "riflesso di incertezza" che si riverbera necessariamente sulla domanda, non potendosi ritenere ammissibile (come del resto condiviso da specifica dottrina) che la parte indichi entrambi i titoli di responsabilità senza specificare quale tra i due costituisca oggetto di domanda principale e quale di subordinata, ma invocandoli "cumulativamente, senza specificare come debbano combinarsi per evitare una duplicazione di risarcimento. In questo modo, infatti, il giudice sarebbe lasciato libero di decidere, senza che gli sia stato fornito alcun criterio, tra le due azioni diverse, entrambe - nell'ottica dell'ammissibilità del concorso - fondate, ed entrambe ugualmente proponibili" (così la citata dottrina, qui condivisa)". Quindi, è la volta dell'attacco diretto alla regola del cumulo: "Non è un caso, del resto, che la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale [...] sia stata recentemente definita di "dubbio fondamento dogmatico" nelle note sentenze "gemelle" nn. 26972 e 26973 del 2008 delle Sezioni Unite. Posto, quindi, che la regola astratta sotto la quale riportare la fattispecie concreta era quella in tema di responsabilità contrattuale [...], e che la stessa si è rivelata in concreto inappagante per il creditore, ritiene il giudice che allo stesso non sia consentito [...] di ottenere tutela del supposto diritto al risarcimento in via extracontrattuale. A ciò osta il rapporto di sussidiarietà esistente tra le due forme di responsabilità: l'azione di responsabilità extracontrattuale, avente carattere più generale, potrebbe trovare spazio solo laddove non sussistenti in astratto le condizioni che consentano di far valere la responsabilità contrattuale, in considerazione dei caratteri di specificità della relativa azione. [...] l'esistenza del vincolo contrattuale esonera dall'indagine sulla possibile esistenza di un altro titolo di responsabilità [...]". Concludendo: laddove c'è responsabilità contrattuale non c'è spazio per quella aquiliana.

5. L'abbandono del principio del cumulo? Ragioni a favore e ragioni contrarie

Si è appena dato conto di come una recente giurisprudenza si sia opposta alla secolare regola del cumulo delle responsabilità, restano ora da affrontare le ragioni che spingono la suddetta giurisprudenza ad una simile conclusione.

La prima di queste risiede senz'altro in quella necessità di cui l'esperienza giuridica più evoluta abbisogna fin dai tempi delle XII tavole²¹: la certezza del diritto. Nelle recenti pronunce di legittimità e di merito testé accennate è senz'altro individuabile una rinuncia all' "applicazione ondivaga della giurisprudenza di un regime o dell' altro

²¹ Per l'affermazione della presenza di una simile necessità anche presso popolazioni che precedono l'esperienza giuridica romana: R.SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, 2007.

secondo valutazioni di opportunità del giudice²². E' innegabile, infatti, come l'applicazione concreta di un regime o dell'altro non possa che dipendere dalle valutazioni operate dal giudice di volta in volta, caso per caso; ragioni che molto spesso si sostanziano in un miglioramento della posizione del danneggiato, ed in un peggioramento di quella del danneggiante/debitore²³.

Un secondo tipo di ragioni risiede, a detta di alcuni²⁴, nella maggior specificità che la tutela contrattuale possiederebbe rispetto a quella aquiliana, di natura più generale.

Ulteriori ragioni risponderebbero a logiche di coerenza del sistema: si prenda a paradigma l'art. 1225 Cod. civ. che limita il risarcimento, in caso di responsabilità contrattuale, ai danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione (a meno che non si tratti di dolo del debitore); ebbene, una simile disposizione risponde ad una *ratio* ben precisa: quella di tutelare il creditore incentivando allo stesso tempo l'assunzione di obblighi, consentendo allo stesso debitore di calcolare, *ex ante*, il rischio cui il suo patrimonio andrebbe incontro in caso di inadempimento. Appare evidente come, in un caso di tal foggia, l'applicazione della tutela aquiliana, a fronte di quella contrattuale, vanificherebbe la *ratio* sottesa all'art. 1225 Cod. civ., facendo apparire la tutela apprestata al caso concreto illegittimamente sbilanciata a favore del creditore²⁵.

Andando, invece, ad analizzare le ragioni che giustificerebbero la regola del cumulo, ci imbattiamo anzitutto nell'opinione di quanti ritengono quest'ultima necessaria per sopperire a differenze di sistema giudicate irragionevoli, ad esempio con riferimento ai diversi termini prescrizionali²⁶.

Se l'argomento da ultimo ricordato appare facilmente superabile, è invece vero che l'abbandono della regola del cumulo in favore di una cieca applicazione della tutela offerta dalla responsabilità contrattuale (come suggerito, ad esempio, dalle citate pronunce del Tribunale di Trieste) renderebbe senz'altro il sistema troppo rigido, sul modello di quanto avviene in terra d'Oltralpe²⁷.

²² CASTRONOVO, *ibid.*

²³ P.G. MONATERI, *ibid.*, 680; e sempre lo stesso autore in *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, Cedam, 1989.

²⁴ Della tutela contrattuale quale « disciplina più specifica, e in questi termini esclusiva », parla CASTRONOVO, *ibid.*, 128.

²⁵ Per questo ed ulteriori effetti distorti cui si potrebbe incorrere facendo operare il regime extracontrattuale laddove quello contrattuale sembri maggiormente adatto alla fattispecie si rinvia a D. M. FRENDA, *ibid.*

²⁶ È l'opinione, tra gli altri, di GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 172; ma anche di VISENTINI, *Trattato breve*, secondo cui se venissero eliminate le diversità relative alla prescrizione il problema relativo al sovrapporsi della responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale perderebbe molta della sua rilevanza. Concordando sul punto con D. M. FRENDA, *ibid.*, si ricorda come siano state precise finalità a guidare il legislatore nella scelta di differenziare il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito rispetto all'ordinario termine decennale valevole in materia di obbligazioni (e di responsabilità per il loro inadempimento): nella relazione al Codice civile si afferma, infatti, che la maggior brevità della prescrizione dell'azione di responsabilità aquiliana dipende dalla considerazione che, spesso, la prova del fatto illecito è affidata alle deposizioni testimoniali; sicché « col decorso del tempo il ricordo delle circostanze su cui questi sono chiamati a deporre svanisce o si attenua, e si accrescono i pericoli inerenti a siffatto mezzo di prova » (così la Relazione al Cod. civ., redatta dal Ministro Guardasigilli, I ed. stereotipa dal testo ufficiale, Roma, 1943, 855).

²⁷ Per un'analisi di come la materia che ci ha occupato in queste pagine sia affrontata nei vari ordinamenti giuridici: U. IZZO, *Tensioni nella galassia comparatistica della responsabilità civile: quando il contratto vince sul torto, quando accade il contrario, e perché*, Trento, 2013, in rete:

Pertanto a nostro parere, pur invocando sul punto un intervento della Corte di Cassazione in funzione nomofilattica atto a dirimere il contrasto interpretativo sorto nelle corti di merito di cui si è dato conto, il sistema attuale, che permette di distinguere da caso a caso, deve essere preferito ad un sistema che in presenza di un contratto faccia operare automaticamente la responsabilità contrattuale²⁸. L'esperienza insegna infatti come l'imbrigliare, il costringere, l'eterodirigere l'attività dell'interprete non conduca mai a risultati apprezzabili; e come la libertà, anche interpretativa, vada sempre salvaguardata, sia pur al caro prezzo dell'incertezza.

<https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15120>.

²⁸ Con riferimento al sistema del *non-cumul* francese CASTRONOVO, *ibid.*, p.89, definisce il nostro modo di distinguere da caso a caso nell'applicazione della responsabilità "pragmatico", a fronte di quello francese definito: "assolutizzante".

NEGOZIARE CON UNO SPREAD DI INFORMAZIONE: LA RESPONSABILITÀ DEL PROMOTORE FINANZIARIO

di Alberto Mantovani

IL CASO

S.B. e B.P., due pensionati, sottoscrivono con il promotore finanziario G. della banca Fideuram S.P.A. un contratto di intermediazione in valori mobiliari, rifiutando, contestualmente alla stipula del contratto-quadro, di fornire informazioni sulla loro situazione finanziaria. Essi sono del tutto privi di competenza in materia di investimenti e difettano altresì di disponibilità liquide rilevanti. Il promotore finanziario di riferimento, tuttavia, si rivela poco sensibile ai loro interessi ed alla loro situazione, inducendoli a compiere investimenti molto rischiosi in fondi a forte componente azionaria ed in titoli obbligazionari di taglio speculativo, i quali conducono, nel lungo periodo, ad ingenti perdite a danno dei pensionati (11.787,89 €). Lo stesso promotore, anziché darne pronta notizia ai clienti, nasconde il deficit fornendo loro delle rendicontazioni false, che, a sua difesa, definisce “simulazioni di calcolo “non ufficiali”. Così operando, rende ignari i due pensionati del detrimento patrimoniale in atto, evidentemente li priva della possibilità di disinvestire dai titoli inadeguati.

Nonostante le dissimulazioni del promotore finanziario, la verità si palesa ai pensionati, e la vicenda arriva dinanzi al giudice civile. La pretesa attorea è duplice: far dichiarare la responsabilità del promotore finanziario, che avrebbe dovuto adempiere a determinati obblighi informativi e soprattutto comportarsi con diligenza e trasparenza e, ulteriormente, far accertare la responsabilità solidale della banca. Questa, a detta dei danneggiati, avrebbe dovuto astenersi dal dare esecuzione a quegli ordini, sulla base di un giudizio di manifesta “non adeguatezza”. Quand'anche ciò non bastasse, essendosi avvalsa in via contrattuale dell'operato del promotore finanziario autore del danno, sarebbe da dichiararsi caduta nell'alveo di applicabilità della responsabilità oggettiva del preponente per il fatto illecito del preposto commesso nell'esercizio delle incombenze assegnategli (art. 2049).

Dalla disquisizione del giudice, appare subito evidente l'esistenza di un'ampia serie di elementi a sostegno delle pretese attoree, contro il promotore e contro la banca. Entrambe, infatti, risultano accolte. E tuttavia, così come ha fatto l'organo giudicante, sembra interessante problematizzare le norme alla base di questo giudizio, al fine di comprenderne la ratio e di meglio spiegare la decisione in analisi, che in alcuni passaggi risulta argomentata in modo molto essenziale.

Nell'analisi delle argomentazioni di diritto, è opportuno cominciare dal profilo difensivo della promotrice finanziaria G. Essa innanzitutto negava che gli investitori fossero “sprovvéduti”, in quanto coadiuvati, nella loro attività di investimento, dal figlio e da un consulente esperti del settore (anche se risulterà dai verbali che in realtà si recavano da soli dal promotore, al quale facevano esclusivo riferimento in materia di investimenti). A ulteriore difesa, affermava che in qualità di promotore finanziario, il suo obbligo fosse solo quello di raccogliere gli ordini di acquisto senza portarli materialmente ad esecuzione, e che solo la banca disponesse delle possibilità tecniche per venire a conoscenza dell'effettiva qualità dei prodotti finanziari venduti. Sicché, solo su questa

dovrebbe gravare il dovere di informazione nei confronti dei clienti. Qualsiasi forma di responsabilità, secondo questa linea difensiva, sarebbe respinta.

Passando al versante dell'accusa, risulta che gli attori chiedessero l'accertamento della responsabilità della banca Fideuram S.P.A., nell'assunto che, avendo essi rifiutato di voler fornire informazioni in merito alla propria situazione finanziaria, essa avrebbe dovuto a prescindere considerare come "non adeguate" le operazioni svolte in loro conto. In altri termini, rimproverano alla banca di aver dato esecuzione ad ordini rischiosi in assenza di sufficienti informazioni circa il proprio profilo di clienti. Ulteriormente, esperivano ogni rimedio affinché la banca fosse considerata responsabile in solido per l'operato della promotrice finanziaria G, citando infatti in primo luogo la responsabilità contrattuale e in secondo luogo la responsabilità per fatto illecito (ex. Art. 2049 e secondo la disciplina speciale dell'art. 31 comma 3 D.lgs. n. 58/1998). Dichiaravano inoltre di aver inviato una lettera di richiesta del risarcimento in data 1.10.2007, e che tale lettera, pur essendo rimasta senza risposta, sarebbe stata funzionale ad interrompere la prescrizione (gli ordini in causa sono stati effettuati in un periodo compreso tra il 21.3.2000 ed il 10.08.04), circostanza di fatto accertata, che ha dato luogo all'accoglimento dell'eccezione.

La banca, in risposta, richiedeva in via principale l'integrale rigetto delle pretese attoree, ed in via subordinata l'accertamento di un concorso colposo dei danneggiati, ai sensi dell'art. 1227 e la responsabilità esclusiva del promotore finanziario G., con una conseguente pronuncia di manleva a proprio vantaggio. Decideva quindi di adoperare una linea difensiva radicale, che sembra tuttavia trascurare sostanziosi precedenti di giurisprudenza relativa all'art. 2049 e al più recente art. 31 co.3 T.U.F.

Sia la banca che il promotore eccepivano in via preliminare la prescrizione delle domande attoree.

L'estensore inizia ad argomentare spiegando, per sommi capi, la complessa disciplina contenuta nella legislazione primaria (T.U.F.) e secondaria (regolamenti Consob), ed in particolare gli obblighi informativi facenti capo ai soggetti chiamati in causa. E' abile nell'esplicitare in poche parole la ratio di tali disposizioni, la stessa ratio che sta alla base, in modo analogo, alla disciplina del codice del consumo: tutelare la parte connaturatamente meno informata del rapporto.

Gli obblighi informativi citati, sulla scorta di una tassonomia elaborata dal diritto vivente (di cui meglio si dirà in seguito), sono di due tipologie. Da un lato vi è un obbligo di informazione attiva, consistente nel "dovere degli intermediari di comunicare agli investitori le informazioni in loro possesso relative alle caratteristiche dei prodotti offerti"; dall'altro c'è un obbligo di informazione passiva, consistente nel "acquisire dal cliente tutte le notizie relative alle sue caratteristiche di investitore e la sua propensione al rischio". Resta da precisare, inoltre, quale sia il limite minimo di approfondimento delle informazioni ricercate e fornite. Il giudice richiama, senza riportarne il contenuto, il regolamento Consob 16190/2007. Questo espliciterebbe in modo dettagliato le informazioni sugli strumenti finanziari che l'intermediario deve fornire, evidenziando anche lo specifico grado di approfondimento richiesto al professionista.

L'estensore, per arricchire la sua argomentazione, richiama alcune sentenze della Suprema Corte. In particolare la sentenza 22147/2010 ribadisce l'obbligo di fornire un'informazione adeguata in concreto (ossia commisurato alle concrete esigenze del cliente), e viene fatto notare che tutte le eventuali operazioni inadeguate al cliente richiedono il consenso dello stesso. Consenso, ben inteso, connotato da specifici

requisiti: la forma scritta e la presenza di un chiaro riferimento alle avvertenze ricevute. Ulteriormente, viene richiamato l'art. 23 del D.lgs. n.58/1998, nel quale si sancisce che grava sull'intermediario l'onere di dare prova positiva della sua diligenza, non bastando l'affermare che non sussiste prova della sua negligenza.

Il giudice si domanda dunque se tutti i profili dell'obbligo di informazione siano stati adempiuti, e, sulla base di un giudizio complessivo, ritiene di dare risposta negativa. Parte convenuta, infatti, non è stata in grado di provare di aver fornito informazioni adeguate: la documentazione apportata in giudizio (un documento generale sui rischi, che di fatto contiene richiami a paragrafi non riportati) non è considerabile sufficiente.

In via solidale è affermata la responsabilità della Banca Fideuram. Il giudice de quo applica infatti l'art. 31 comma 3 T.U.F., secondo il quale "il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale". Tale disposizione, in quanto disciplina speciale, deroga l'art. 2049.

Rigetta inoltre la domanda di manleva della banca, in quanto la responsabilità del promotore finanziario non è fondata sui suoi comportamenti gravemente negligenti, quali la consegna dei rendiconti non veritieri (nel qual caso la manleva sarebbe ammissibile); bensì è fondata sul mancato rispetto degli obblighi informativi (che costituisce certamente negligenza, ma non grave).

Affermando, in seguito, che la natura della responsabilità è contrattuale, fa derivare la conseguenza che la domanda degli attori non può considerarsi prescritta, essendo stato interrotto il termine decennale dalla lettera di richiesta danni inviata dalla parte attrice.

In ultimo, opera la quantificazione dei danni patiti dagli attori, abbracciando il filone della giurisprudenza secondo il quale il danno risarcibile consisterebbe nell'essere stato posto a carico del cliente un rischio che presumibilmente non si sarebbe accollato e che quindi il danno va liquidato in misura pari alla differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Genova
Sezione I civile

Il Tribunale di Genova, in persona della dott.ssa Lorenza Calcagno, ha pronunciato la seguente

Sentenza

nella causa avente RG 3595/2011, promossa da:

S.B. e B.P., elettivamente domiciliati in Genova, presso lo Studio del difensore avv. Davide Baiardo, via Don Giovanni Verità 11/4, che li rappresenta e difende giusta procura a margine dell'atto di citazione;

- attori

contro

Banca Fideuram S.p.A., in persona del procuratore Dott. Roberta Calabrese, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Corain del Foro di Roma e dall'avv. Anna Maria Panfili ed elettivamente presso e nello studio di quest'ultima in Genova, Largo San Giuseppe 3/23, giusta procura in calce all'atto di citazione;

- convenuta

e

M.G., elettivamente domiciliata in Genova, Via XX Settembre 8/16, presso e nello studio dell'Avv. Antonio Pugliese che la rappresenta e difende, giusta procura a margine della comparsa di costituzione e risposta;

terza chiamata

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato il 25.3.11, S.B. e B.P. hanno chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti di Banca Fideuram S.p.a., esponendo in fatto di aver sottoscritto, il 24.2.2000, con l'assistenza del promotore finanziario G.M. e del supervisore A.M., un contratto di intermediazione in valori mobiliari con contestuale accensione del relativo conto corrente e deposito titoli; di essersi rifiutati, all'atto della stipula e barrando la relativa casella, di fornire informazioni in merito alla loro situazione finanziaria; di essere, alla data della stipula del contratto, pensionati del tutto privi di competenza in materia finanziaria e di disponibilità liquide rilevanti (il loro portafoglio finanziario non è mai stato superiore a Euro 71.219,41); di aver sottoscritto, su consiglio del promotore finanziario e per tutta la durata del rapporto con Banca Fideuram (dal 21.3.00 al 10.8.04), investimenti in fondi a forte componente azionaria e in titoli obbligazionari di taglio speculativo a seguito dei quali hanno conseguito rilevanti perdite occultate dal promotore G. (alla quale gli attori hanno sempre fatto riferimento) mediante la consegna di rendicontazioni false; che le perdite subite ammontano, secondo il parere fornito da un consulente di parte, a Euro 11.787,89. Hanno altresì esposto di aver inviato alla banca, in data 1.10.07, anche ai fini di interrompere la prescrizione, lettera di richiesta del risarcimento del danno rimasta tuttavia senza esito. In diritto, hanno rilevato che il rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria avrebbe dovuto obbligare la banca a valutare come "non adeguate" le operazioni eseguite dalla stessa in loro conto; che la Banca doveva essere dichiarata responsabile per l'operato della promotrice finanziaria G. (peraltro radiata il 12.09.06 dall'Albo Nazionale dei Promotori Finanziari per aver redatto e consegnato a vari clienti prospetti falsi) della cui attività si è avvalsa, a titolo contrattuale e/o per fatto illecito ai sensi dell'art. 2049 c.c. nonché in via solidale ex art. 31, comma 3 D.Lgs. n. 58 del 1998.

Banca Fideuram si è costituita richiedendo, in via preliminare, l'accertamento della prescrizione delle domande attoree e, in via principale, il loro integrale rigetto; in via subordinata, l'accertamento della responsabilità degli attori ex art. 1227 c.c. e della responsabilità esclusiva della G. con conseguente pronuncia di manleva. Ha altresì richiesto l'autorizzazione alla chiamata in causa della promotrice finanziaria che si è costituita chiedendo il rigetto di qualsivoglia domanda formulata nei suoi confronti.

La terza chiamata, in particolare, ha esposto che gli attori non erano affatto "sprovvisti" in materia di investimenti finanziari (si facevano infatti consigliare, il S. da un proprio consulente e la B. dal figlio esperto in trading online); che, quale promotrice finanziaria, aveva il mero compito di raccogliere gli ordini di acquisto e vendita senza portarli materialmente ad esecuzione; che gli attori sono sempre stati resi edotti dei rischi generici e specifici delle operazioni finanziarie poste in essere; che ove si ritenesse carente l'informazione fornita agli attori, dovrebbe essere ritenuta responsabile solo la Banca la quale ha maggiori possibilità di acquisire informazioni rispetto ad un mero promotore finanziario nonché l'obbligo di

tenere indenne l'agente da ogni spesa o danno dovesse subire per violazioni assunte dalla Banca stessa in virtù del contratto di agenzia. Ha poi eccepito la prescrizione decennale delle domande formulate dalla Banca nei suoi confronti con riferimento ad ordini effettuati dagli attori datati 2000 e 2001. Ha infine puntualizzato che la documentazione consegnata agli attori costituiva una mera simulazione di calcolo "non ufficiale" e che comunque è stata sempre inviata agli stessi la documentazione ufficiale con indicazione dell'andamento degli investimenti.

Appare utile, prima di affrontare il merito della controversia, richiamare la disciplina generale relativa agli obblighi facenti capo all'intermediario finanziario, disciplina, di carattere primario e secondario, caratterizzata da numerosi obblighi di condotta tra i quali quelli informativi rivestono un ruolo di assoluta preminenza, in ragione della obiettiva complessità dei beni oggetto di negoziazione, di difficile comprensione per il comune risparmiatore. Gli obblighi informativi rispondono alla ratio di ridurre la asimmetria conoscitiva che caratterizza ogni rapporto tra l'intermediario finanziario ed il risparmiatore. L'art. 21 c. 1 lett. b) del T.U.F. detta "Nella prestazione di servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati": la disposizione individua due profili, un obbligo di informazione "attiva" che si sostanzia nel dovere per gli intermediari di comunicare agli investitori le informazioni in loro possesso relative alle caratteristiche dei prodotti offerti, ed una "passiva" in quanto l'intermediario deve acquisire tutti gli elementi necessari relativi agli strumenti finanziari offerti ai clienti - cd "Know your merchandise rule"- ed acquisire dal cliente tutte le notizie relative alle sue caratteristiche di investitore e la sua propensione al rischio - cd "Know your customer rule"-. L'obbligo di acquisire le informazioni relative ai prodotti oggetto di offerta alla clientela, la cd Know your merchandise rule, è disciplinata dall'art. 26 c. 1 lett. e) del Regolamento Consob 11522/1998 la quale detta: "Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del patrimonio mobiliare, acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire": il giudizio di adeguatezza deve avere quale finalità la conoscenza da parte del cliente della natura e dei rischi dell'operazione e si sostanzia nei doveri di acquisire informazioni accurate relative alla solvibilità dell'emittente, alla garanzia di pagamento degli interessi ed al puntuale rimborso del capitale. Giova ricordare qui che il nuovo Regolamento Consob, 16190/2007, non fa più riferimento ad un generale dovere di informarsi ma elenca in modo dettagliato le informazioni sugli strumenti finanziari che l'intermediario deve fornire evidenziando il grado di approfondimento richiesto al professionista che opera sul mercato mobiliare. L'obbligo generale contenuto nel TUF trova specificazione negli artt. 28 e 29 Reg. CONSOB 11522/1998, di particolare rilevanza il comma 2 dell'art. 28 il quale recita: "Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo avere fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento."

In merito in particolare alle caratteristiche dell'obbligo di informazione a carico dell'intermediario, giova ricordare alcune massime della Suprema Corte, le quali

sottolineano la necessità di un accertamento in concreto dell'esistenza di una informazione adeguata all'investitore; in particolare si richiamano la sentenza Sez. 1, n. 18039 del 19/10/2012: "Nel giudizio di risarcimento del danno proposto da un risparmiatore, il giudice di merito, per assolvere l'intermediario finanziario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge, non può limitarsi ad affermare che manca la prova della sua negligenza ovvero dell'inadempimento, ma deve accertare se sussista effettivamente la prova positiva della sua diligenza e dell'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico e, in mancanza di tale prova, che è a carico dell'intermediario fornire (art.23 D.Lgs. n. 58 del 1998), questi sarà tenuto al risarcimento degli eventuali danni causati al risparmiatore."; la Sez. 1, n. 22147 del 29/10/2010: "In tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, ai sensi dell'art. 29, comma 3, della Del. Consob 1 luglio 1998 n. 11522, applicabile "ratione temporis", prima di dare attuazione ad un ordine, ancorché scritto, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, e, a fronte di un'operazione non adeguata, può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. All'operatività di questa regola non è di ostacolo il fatto che il cliente abitualmente investa in titoli finanziari, perché ciò non basta a renderlo investitore qualificato.".

Per quanto attiene infine alla dichiarazione resa o non resa dall'investitore sui profili della situazione finanziaria e del profilo di rischio, questo Tribunale ha riconosciuto che la compilazione dei moduli predisposti dall'operatore bancario non esonera quest'ultimo, qualunque fosse il contenuto di tale dichiarazione, a comportarsi conformemente agli obblighi previsti dall'art. 21 lett. a e b del TUF cioè con correttezza e trasparenza nell'interesse del cliente, in modo che questi sia sempre "adeguatamente informato", in considerazione del contenuto specifico dell'art. 28 Reg. Consob.

Ciò premesso, si osserva nel merito che non risultano assolti nel caso di specie gli obblighi informativi imposti dalla normativa sopra richiamata e volti a colmare l'asimmetria informativa tra intermediario e comune risparmiatore. Nel corso dell'istruttoria orale è infatti emerso che il S. e la moglie avevano lavorato in ambiti diversi da quello finanziario e si recavano da soli dalla G. alla quale facevano esclusivo riferimento quanto alla consulenza in materia di investimenti (v. dichiarazioni rese dal teste C., pag. 15 verbale).

Parte convenuta, sulla quale grava il relativo onere, non ha provato di aver fornito agli attori, in relazione alle singole operazioni di investimento effettuate, informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio; agli atti risulta soltanto il contratto di apertura di conto corrente, deposito titoli e intermediazione in valori mobiliari (il quale peraltro obbliga il promotore a "illustrare all'investitore in modo chiaro ed esauriente, prima della sottoscrizione del documento di acquisto o di sottoscrizione di prodotti finanziari, (...) gli elementi essenziali dell'operazione con particolare riguardo (...) ai rischi patrimoniali e (...) all'adeguatezza delle operazioni in rapporto alla sua situazione", prod. 2 convenuta) nonché un foglio non datato, firmato dagli attori e definito dalla Banca "documento generale sui rischi" mediante la consegna del quale la stessa avrebbe assolto i propri

oneri informativi. Tuttavia nel medesimo si legge un mero richiamo ai riquadri "A e B" che però non sono riportati.

Né, per le ragioni sopra viste, rileva il rifiuto degli attori di fornire informazioni in merito alla propria situazione finanziaria che non esonera l'intermediario dall'obbligo di assolvere ai propri doveri di informazione.

Sussiste pertanto la responsabilità della promotrice finanziaria G. e, in via solidale, di Banca Fideuram per i danni arrecati agli attori dal mancato assolvimento degli obblighi informativi.

Ed invero, l'art. 31 comma 3 T.U.F. sancisce che "il soggetto abilitato che conferisce l'incarico nel nostro caso Fideuram è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.". Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che "la responsabilità solidale della società di intermediazione mobiliare per i danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari va esclusa allorquando la condotta del danneggiato presenti connotati di "anomalia", vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, palesata da elementi presuntivi, quali ad esempio il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle operazioni, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso "iter" funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche", (vedi in ultimo Cass. civ. 27925 del 13.12.13). Non vi è tuttavia prova di alcuno dei suddetti elementi tanto più che, nel caso di specie, come emerso nel corso dell'istruttoria orale, gli ordini venivano raccolti e poi eseguiti con modalità "regolari" ossia erano raccolti dai promotori "fuori sede" e poi eseguiti dopo alcuni giorni dalla Banca (v. verbale di udienza p. 18).

La natura della responsabilità del promotore e della banca in solido è, nel nostro caso, contrattuale dal momento che la stessa discende da violazione di obblighi posti in essere successivamente alla conclusione del contratto quadro. La domanda attorea di risarcimento non può quindi dichiararsi prescritta essendo stato, comunque, il termine decennale interrotto dalla lettera di richiesta danni inviata da parte attrice alla Banca in data 1.10.07 (prod. 6 attore) ed essendo stato instaurato il presente giudizio con citazione notificata il 25.3.11.

In merito alla determinazione dei danni patiti dagli attori, deve ritenersi condivisibile la quantificazione effettuata dal consulente di parte (v. prod. 1 attore) secondo cui il danno patito è pari a Euro 11.787,89 e corrisponde alla differenza tra il capitale netto di Euro 51.619,42 (dato dalla differenza tra i versamenti per Euro 68.691,00, da un lato, e i prelievi per Euro 15.960,00 e le spese di gestione per Euro 1.111,58 dall'altro lato) e il valore reale di quanto effettivamente rimborsato dalla Banca (Euro 39.831,53"). Tale calcolo può essere assunto a base della decisione in quanto dall'ammontare dei versamenti effettuati sul conto corrente nel corso del rapporto viene detratto l'ammontare dei prelievi effettuati dagli attori. Esso risulta in linea con la giurisprudenza secondo cui "Nella prestazione del servizio di negoziazione di titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, il danno risarcibile consiste nell'essere stato posto a carico di detto cliente un rischio che presumibilmente egli non si sarebbe accollato. Tale danno può essere liquidato in misura pari alla

differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria, (...)." (v. Cass. civ., 28810, 31.12.13).

L'accertamento della responsabilità dei convenuti per omissione degli obblighi informativi (e il loro conseguente obbligo di risarcire gli attori della perdita subita) rende superfluo l'esame degli ulteriori profili di inadempimento allegati da parte attrice. L'accoglimento della domanda sotto tale profilo comporta il rigetto della domanda di manleva formulata dalla Banca nei riguardi del promotore G.. Infatti, la responsabilità non è stata fondata sui comportamenti gravemente negligenti del promotore, con specifico riguardo alla consegna di rendiconti non veritieri.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza. In merito ai rapporti tra Banca Fideuram e parte terza chiamata, attesi i comportamenti tenuti dal promotore come emersi in corso di causa, le spese di lite devono trovare integrale compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in persona del Giudice, dott.ssa Lorenza Calcagno, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, azione ed eccezione reietta, così provvede:

accoglie la domanda e per l'effetto dichiara tenuti e condanna, in solido tra loro, Banca Fideuram spa e M.G. a corrispondere a B.S. e M.B. l'importo di Euro 11.787,89 oltre interessi nella misura legale dal giorno della domanda (25.3.11) al saldo;

respinge la domanda di manleva formulata da parte convenuta;

dichiara tenuti e condanna Banca Fideuram spa e M.G., in solido tra loro, a corrispondere all'attore le spese di lite che liquida in complessivi Euro 6.000,00 per onorari professionali ed Euro 205,00 per esborsi, oltre spese generali, IVA e CpA di legge;

dichiara interamente compensate le spese di lite tra Banca Fideuram Spa e M.G.

Così deciso in Genova, il 24 dicembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 27 dicembre 2014

TRIBUNALE DI GENOVA, 27 dicembre 2014; Giud. Calcagno, S.B. e B.P. (Avv. Baiardo) c. Banca Fideuram S.p.A. (Avv. Corain e Panfili).

Responsabilità civile – Intermediario finanziario – Obblighi informativi - Rifiuto dell'investitore di dichiarare i profili della situazione finanziaria – Non esonera dagli obblighi informativi – Fattispecie (Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, art.21 lett. A, B)

Responsabilità civile – Intermediario finanziario – Obblighi informativi – Giudizio di adeguatezza dell'informazione – Fattispecie (Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, art.21 lett. A, B)

Il fatto che un investitore abbia scelto di non dichiarare i profili della propria situazione finanziaria all'atto della stipula del contratto-quadro di intermediazione

finanziaria, non esonera il promotore finanziario dall'adempiere agli obblighi previsti dall'art. 21 lett. A e B del T.U.F, informando l'investitore con correttezza e trasparenza, in modo che questi sia adeguatamente informato sui prodotti finanziari offertigli. (1)

Il giudizio di adeguatezza sull'informazione resa all'investitore dall'intermediario finanziario in esecuzione del suo obbligo contrattuale deve avere condotto considerando che la finalità di quest'obbligo informativo è quella di far acquisire al cliente la conoscenza della natura e dei rischi dell'operazione, e si sostanzia nel dovere di acquisire informazioni accurate relative alla solvibilità dell'emittente, alla garanzia di pagamento degli interessi ed al puntuale rimborso del capitale. (2)

(1-2) In giurisprudenza non constano precedenti in termini. Sulla responsabilità solidale della banca per il fatto illecito del promotore: in senso favorevole, l'orientamento consolidato della Cassazione Civile, su tutte v. Cass. Civ, 15 gennaio 2011, n. 1741. Secondo il Trib. Monza, 1 luglio 2011, invece, se il promotore viola determinati obblighi di trasparenza impostigli dalla legge (e concordati nel contratto), non sarebbe possibile la responsabilità solidale della S.i. m. Sulla necessità di far prevalere gli interessi del privato investitore rispetto a quelli della società (in quanto quest'ultima è maggiormente in grado di giudicare l'affidabilità dell'agente prescelto), e sulla conseguente scusabilità delle eventuali leggerezze del cliente, Tribunale Milano, 24 giugno 1996, in Giur. Comm, 1997, pag. 466.

Sul dovere di chiarezza degli intermediari finanziari, Cass. Civ., 3 aprile 2014, n.7776: ivi si chiarisce che l'intermediario non può sottoporre al risparmiatore “profluvii di documenti disseminati di tecnicismi e solecismi”. Inoltre, secondo Cassazione civile, sez. III 03 aprile 2014 Il dovere di chiarezza imposto agli intermediari ed agli emittenti di strumenti finanziari per quanto riguarda il contenuto e la forma dei contratti di investimento è un corollario indefettibile del dovere d'informazione: l'uno e l'altro hanno lo scopo di colmare le "asimmetrie informative" tra risparmiatore ed intermediario. Il risparmiatore è dunque titolare di un diritto il cui corretto e proficuo esercizio dipende dal possesso di informazioni che gli debbono essere fornite da altri e che esige un “consenso informato”.

L'intermediario è tenuto anche alla gestione dell'investimento del proprio cliente o è necessario un contratto di consulenza o di gestione *ad hoc*? La questione è molto dibattuta in giurisprudenza. Chi ritiene che siano configurabili obblighi continuativi di fonte legale: Cass. Civ., 24 febbraio 2014, n.10306, Trib. Parma, 21 marzo 2007; Trib. Parma 23 maggio 2007; Trib. Milano 18 ottobre 2006, Trib. Catania, 21 ottobre 2005. La tesi contraria, invece, secondo la quale occorre un contratto di gestione apposito: Trib. Torino, 20 novembre 2012, Trib. Ravenna, 29 luglio 2011, Trib. Parma, 9 gennaio 2008.

Sulla definizione del rapporto di preposizione, con particolare riguardo alla figura del mandato: Cass. Civ. Sez. III, 3776/84: “L'attività del mandatario costituisce fonte di responsabilità indiretta del mandante, ai sensi dell'art. 2049 c.c., quando il primo si sia avvalso della sua qualità di rappresentante per consumare l'illecito e la detta attività appaia verosimilmente, al terzo di buona fede, come rientrando nei limiti del mandato”, in Riv. infort. e mal. prof. 1984, II,160. Sul mandato generale si esprime, più recentemente anche Tribunale Milano sez. X, Sent. 11786/2009: “Il mandato generale è, per la giurisprudenza di legittimità, istituto giuridico adatto a configurare fra il

mandante e il mandatario il rapporto di preposizione gestoria a fondamento della responsabilità ex art. 2049 c.c. della società rappresentata per l'operato del mandatario". Cass. 19 dicembre 1995 n.12945, GCM, 1995, 12, specifica che il mandato senza rappresentanza non sarebbe idoneo a far sorgere il rapporto di preposizione richiesto dall'art.2049. In senso opposto a quest'ultima specificazione, e sostenendo quindi che il contratto di mandato senza rappresentanza e contratto di agenzia senza rappresentanza sarebbero idonei a rendere applicabile l'art.2049: Trib. Milano 3 ottobre 2009, n 11786, GaM, 2009, 10, 66.

In dottrina sulla funzione della responsabilità solidale dell'intermediario rispetto all'operato del promotore, sull'insufficienza della mera sottoscrizione di formulari e moduli a tutela dell'investitore: "La responsabilità del soggetto abilitato nell'illecito del promotore finanziario: il punto fermo della Corte di Cassazione, in Responsabilità civile e previdenza, fasc.1, 2013, di F.GRECO. Lo stesso articolo tratta dell'ammissibilità del concorso di colpa del danneggiato, giungendo ad affermare forti criticità in merito al criterio della "fattiva acquiescenza", che permetterebbe l'applicabilità dell'art. 1227.

Diffusamente, sugli obblighi informativi: Doveri informativi nella prestazione di servizi finanziari: l'intermediario non è responsabile per ciò che non era prevedibile, Responsabilità civile e Previdenza, fasc. I, 2015, pag. 243. Tra le altre questioni sorte nell'articolo, anche quella sulla necessità per l'intermediario/promotore di informarsi e di informare il cliente nonostante ne conosca l'esperienza nel settore finanziario. Viene segnalata giurisprudenza contrastante sul tema.

Sulla natura e sui limiti della responsabilità dell'intermediario e di quella solidale del soggetto abilitato, in "I contratti del mercato finanziario", 2004, Diretto da Gabrielli e Lener, parte seconda: G.GIOIA, Tutela giurisdizionale dei contratti del mercato finanziario. Analizzando in particolare l'opportunità di accollare il rischio a chi trae profitto dall'attività, TRIMARCHI, Rischio e responsabilità oggettiva, 1961, ma anche G.PEDE in "La responsabilità dei soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento per i danni causati dal promotore finanziario", in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 2, 2014, pag. 198.

In merito alla necessaria occasionalità, all'art. 1227, alla responsabilità solidale e ad altre questioni variamente trattate: F.GRECO, La responsabilità del soggetto abilitato nell'illecito del promotore finanziario: il punto fermo della corte di Cassazione, Resp. Civ e prev., fasc. 1, 2013. Inoltre, diffusamente sull'occasionalità necessaria e sulla possibilità per il preponente di andare esente da responsabilità: "La responsabilità dei soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento per i danni causati dal promotore finanziario", in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 2, 2014, pag. 198, di G.PEDE. Nello stesso articolo, è riportata la tesi secondo la quale nemmeno il fatto doloso del promotore finanziario dovrebbe far venir meno la responsabilità solidale del soggetto preponente. Vi è inoltre trattata in modo ampio l'opportunità di applicare l'art. 1227 al cliente "protagonista consapevole dell'illecito del promotore finanziario.

Gli obblighi di informazione sono continuativi? Sul punto: "Rileggere le regole dell'informazione nel rapporto tra intermediario e risparmiatore", di F.GRECO in Responsabilità civile e previdenza, 2014.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in questione non è che la punta dell'iceberg della giurisprudenza relativa ad un argomento sensibilissimo: gli investimenti finanziari. Trattasi di un settore complesso, dove il grado di alea è elevato e dove il diritto deve intervenire con particolare perizia, per non ledere in modo determinante nessuno dei plurimi interessi in gioco.

I valori che vengono in rilievo sono tutti di matrice economica; volendo adottare un approccio riduzionistico, potremmo facilmente identificare da un lato l'interesse del cliente-investitore, e dall'altro quello della banca (intermediario finanziario).

Nel prosieguo sarà approfondita la disciplina generale degli obblighi facenti capo all'intermediario finanziario ed al promotore finanziario.

Il regime dell'art. 2049 è uno tra i regimi di responsabilità oggettiva più stringenti, in quanto, almeno testualmente, non consente prova liberatoria; ma vedremo altresì che per il “committente” esiste una scappatoia di origine giurisprudenziale, consistente nella “necessaria occasionalità”: cercheremo di definirne i limiti, esaminando l'interpretazione che il diritto vivente ne fornisce.

Ci domanderemo poi se in questa cornice di radicale tutela del consumatore possa attribuirsi rilevanza alla colpa del cliente, e conseguentemente se possa essere applicabile l'art. 1227 per ridurre il risarcimento dovuto dai danneggiati.

2. La disciplina generale relativa agli obblighi facenti capo all'intermediario finanziario.

L'estensore elenca gli obblighi facenti capo all'intermediario finanziario, tutti rispondenti ad un duplice interesse: un interesse privato, quello della tutela dell'investitore, in quanto parte debole del rapporto obbligatorio; un interesse pubblico all'integrità del mercato mobiliare, che sarebbe minacciata nel caso in cui le lacune di tutela legale non consentissero la sussistenza di un rapporto di fiducia tra cliente e Banca. Il mercato finanziario è un mercato dinamico, complesso, soggetto ad andamenti non facilmente prevedibili. Proprio tale complessità genera fisiologicamente un'asimmetria informativa, che vede da una parte un soggetto in possesso di particolari conoscenze tecniche (l'intermediario finanziario), e dall'altra un soggetto che ne è generalmente privo: l'investitore. Disparità tecniche che non sono state considerate sanabili con altro mezzo se non con quello, estremo, della legge.

La disciplina a cui si fa riferimento in materia di obblighi informativi è di matrice comunitaria. Le direttive 2004/39/CE (cd. direttiva MIFID) e 2006/73/CE, sono state recepite con il con il D.lgs. 164 del 17 settembre 2007, che apporta modifiche al Testo Unico della Finanza. Inoltre, nell'ottobre del 2007 la CONSOB ha provveduto ad aggiornare la propria regolamentazione secondaria (Regolamento Mercati ed Intermediari).

L'art. 21 co.1 lett. A¹ del T.U.F aggiornato, rubricato “criteri generali” presenta, per l'appunto, i “principi generali” che stanno alla base dei più specifici obblighi sanciti all'interno della normativa.

1 Citando parzialmente l'art. 21, rubricato “criteri generali”: “Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”; [...]

Nell'articolo viene cristallizzato l'obbligo dell'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza e l'ulteriore obbligo di acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati. Come anticipato, questa prima norma non è che un'enunciazione di principi. Svolgendo un'esegesi sistematica del T.U.F., è possibile distinguere più specifici obblighi di informazione attiva e passiva facenti capo all'intermediario.

E', ad esempio, l'art.28² ad imporre un obbligo passivo. Quella che viene definita, nei sistemi anglosassoni, la "Know your customer rule", richiamata anche dal giudice della sentenza in commento, consiste infatti nell'"acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati"; in altri termini, tale norma esige un "flusso di informazioni inverso"³ dal cliente all'intermediario, affinché quest'ultimo possa conoscere la situazione patrimoniale del risparmiatore e la sua propensione al rischio, scegliendo di conseguenza il prodotto più adeguato da offrirgli.

Si tratterà quindi di conoscere la pregressa esperienza dell'investitore in materia di investimenti in strumenti finanziari, nonché elementi quali la sua situazione patrimoniale, i suoi obiettivi di investimento, e come già detto la sua propensione al rischio.

Nel caso di specie, il promotore finanziario aveva tentato di sostenere che i due pensionati fossero coadiuvati da un consulente e dal figlio di uno di loro, esperto in trading online. Non è chiara quale fosse l'intenzione della parte, ma le possibilità sono due: in primo luogo, far rientrare nei parametri del giudizio di adeguatezza le informazioni fornite; in secondo luogo, tentare di far dichiarare la qualità di investitore "qualificato" ai sensi dell'art. 31⁴ in relazione ai pensionati, beneficiando con ciò di un esonero da obblighi informativi⁵. Questa seconda ipotesi sarebbe senz'altro fallimentare, in quanto sulla base del regolamento Consob, le persone fisiche non possono comunque rientrare tra le categorie suscettibili di assumere il ruolo di investitori qualificati.⁶

Un ulteriore corollario dei principi della normativa comunitaria è l'obbligo di informazione attiva: la c.d. "Know your merchandise rule". Oltre a sentire il cliente, l'intermediario è tenuto, in virtù dell'art.26 comma 1, lett. E) regolamento Consob 11522/1998, ad acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché

2 Prevede l'art. 28, rubricato "Informazioni tra gli intermediari e gli investitori": "Prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono: a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto [...], ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore"; [...]

3 E.GABRIELLI e R. LENER, *"I contratti del mercato finanziario"*, 2011, pag. 94.

4 Infra (nota 5).

5 Così recita, a proposito, l'art. 31: "Rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori. A eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62".

6 V. SANGIOVANNI, *La Cassazione si pronuncia sulla nozione di operatore qualificato del regolamento Consob*, in *Magistra, Banca e Finanza*, 2010. In rete: <http://www.tidona.com/pubblicazioni/20100217.htm>.

dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, *adeguata* al tipo di prestazione da fornire. Questo costringe giocoforza ad una attività di monitoraggio continua del mercato dei prodotti, senza la quale risulterebbe impossibile all'intermediario adempiere esattamente alla funzione informativa.

In merito alla “know your merchandise rule”, la giurisprudenza ha preteso un vero e proprio “obbligo di conoscenza che si estende alla provenienza dei titoli offerti, alla situazione degli stessi nei mercati, alla destinazione tra il pubblico dei risparmiatori”. Così l'obbligo dell'intermediario non può limitarsi all'acquisizione passiva delle informazioni, ma richiede, anche in questo caso, uno sforzo di ricerca e di predisposizione di un'organizzazione efficiente, in grado di reperire i dati necessari e di elaborarli in modo rapido.

Altri obblighi informativi riguardano poi il fornire la rendicontazione periodica dell'attività svolta ovvero il riepilogo del portafoglio titoli del cliente secondo la cadenza pattuita.

Si discute in dottrina se l'intermediario debba svolgere attività di consulenza informativa soltanto nella fase precedente l'acquisto dei titoli, ovvero se debba a ciò attivarsi per tutta la durata del rapporto. Ci si domanda, in altri termini, se sia configurabile un obbligo di gestione (dei titoli) a favore dell'investitore. La Cassazione⁷ recentemente si è pronunciata sul tema, fornendo un'interpretazione estensiva del ruolo dell'intermediario, che ben si sposa con l'obiettivo -comune a tutta la normativa in analisi- di salvaguardia dell'acquirente. L'intermediario dovrebbe cioè curare al meglio l'interesse del cliente tanto nella fase anteriore alla conclusione del contratto d'intermediazione finanziaria, quanto nella fase successiva all'acquisizione dei titoli obbligazionari, fino al rimborso del loro valore all'investitore.

Con tale sentenza la Cassazione ha moderato l'orientamento contrastante⁸, il quale ritiene che non possa sussistere l'onere di gestione dell'investimento del cliente se non è appositamente previsto da un contratto di gestione specifico.

Anche la dottrina oscilla tra le due soluzioni. Si ritiene in questa sede di condividere l'analisi di Greco in una nota ad una sentenza relativa ai bond argentini, anch'egli favorevole alla tesi della continuità degli obblighi.⁹

Affrontata una rapida ricognizione sulla disciplina normativa, possiamo ora meglio comprendere che non vi sia dubbio circa l'inadempimento da parte della banca Fideuram rispetto agli obblighi di informazione; si può dunque dire che il giudice abbia operato correttamente la sua scelta. Del resto sul punto non sussistevano particolari dubbi: la banca non ha addotto in giudizio prove relative all'adempimento di alcun obbligo informativo; agli atti non risulta infatti altro che un contratto di apertura di conto corrente, deposito titoli ed intermediazione in valori mobiliari.

Tale contratto peraltro obbliga il promotore ad illustrare all'investitore in modo chiaro ed esauriente, prima della sottoscrizione del documento di acquisto o di sottoscrizione di prodotti finanziari, (...) gli elementi essenziali dell'operazione, con particolare

7 Cass.civ., 24 febbraio 2014, n.10306 in rete: http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fin.php?id_cont=10306.php. Sul punto anche M. ZITO, “Doveri informativi nella prestazione di servizi finanziari: l'intermediario non è responsabile per ciò che non era prevedibile”, in “Responsabilità Civile e Previdenza”, fasc.1, 2015, pag 243.

8 Trib. Parma, 21 marzo 2007; trib. Parma 23 maggio 2007; Trib. Milano 18 ottobre 2006, Trib. Catania, 21 ottobre 2005.

9 F.GRECO, *Rileggere le regole dell'informazione nel rapporto tra intermediario e risparmiatore*, in Responsabilità civile e previdenza, pagg.928 e ss, 2014.

riguardo (...) ai rischi patrimoniali e (...) all'adeguatezza delle operazioni in rapporto alla sua situazione.

3. Gli obblighi del promotore finanziario.

E' subito da sottolineare che il promotore non ha un contratto autonomo con il cliente, agendo solo quale collaboratore del soggetto abilitato per conto del quale opera (ai sensi dell'art. 96 comma 7, del regolamento Consob 11522/98, infatti, il promotore non può ricevere dall'investitore alcuna forma di compenso o di finanziamento); questo non deve portare ad escludere che sussista, tra promotore e cliente, un rapporto diretto (di fatto) dotato di rilevanza giuridica.

E' facilmente contestabile l'eccezione con la quale la promotrice G. ha tentato di difendersi. Essa ha infatti sostenuto che il promotore finanziario "ha il mero compito di raccogliere gli ordini di acquisto e vendita senza portarli materialmente ad esecuzione". Questo è certo: a darvi esecuzione provvede la Banca. Ma questa circostanza non esonera il promotore finanziario da specifici obblighi informativi nei confronti del cliente. Basta infatti fare riferimento al regolamento CONSOB 16190/2007, artt. 107, 108, per avere una completa panoramica degli obblighi facenti capo al promotore finanziario, tra i quali sembra in questa sede importante citare l'art. 107 co.1 e l'art. 108 co.3:

Art.107: Regole generali di comportamento.

1. I promotori devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza. Essi devono osservare le disposizioni legislative e regolamentari relative alla loro attività e a quella della categoria del soggetto abilitato per conto del quale operano. Devono inoltre rispettare le procedure del soggetto abilitato che ha loro conferito l'incarico. [...]

Art. 108: Regole di presentazione e comportamento nei confronti dei clienti o dei potenziali clienti.

3. Il promotore assolve gli obblighi informativi nei confronti del cliente o del potenziale cliente in modo chiaro ed esauriente e verifica che lo stesso abbia compreso le caratteristiche essenziali dell'operazione proposta. [...]

E' quindi evidente che anche in capo al promotore vi siano un obbligo informativo attivo ed un obbligo informativo passivo, coincidenti con gli obblighi dell'intermediario. Inoltre, l'obiezione secondo la quale il promotore, di per sé, non disporrebbe delle capacità per ottenere informazioni sui prodotti finanziari assimilabili a quelle dell'intermediario, è pretestuosa. Difatti, agendo per l'intermediario, il promotore può da egli ricevere tutte le eventuali informazioni sui prodotti finanziari sui quali versa in dubbio. Questo reciproco scambio di informazioni tra intermediario e agente, può discendere dal contratto tra le anzidette parti¹⁰ (anche se di fatto l'apposizione di tale clausola è tautologica, in quanto l'obbligo di mettere a disposizione dell'agente la

10 Osservando il modello standardizzato di contratto di promozione finanziaria, si può individuare una clausola di questo tenore: "La Società coadiuva e assiste in maniera qualificata il promotore finanziario anche per la gestione di tutte le trattative con clientela professionale, così definita ai sensi della normativa MIFID, nei casi in cui tale supporto risulti opportuno e richiesto dal promotore finanziario medesimo in base a criteri di complessità, entità o comunque particolari aspetti o condizioni. Resta comunque fermo, in questo caso, il riconoscimento provvisorio a favore del promotore finanziario che avrà instaurato la trattativa". Per l'intero modello vedere, in rete: www.anasf.it/download.php?id=734.

documentazione relativa ai prodotti trattati è già un effetto naturale del contratto di agenzia, ai sensi dell'art. 1749 cod. civ.).

La responsabilità del promotore nei confronti degli investitori è, a giudizio di chi scrive, una responsabilità da “contatto sociale qualificato”. Tra promotore finanziario e clienti non c'è un contratto. Tuttavia, la posizione giuridica del promotore finanziario, la sua professionalità, gli obblighi di protezione posti a suo carico dall'ordinamento, sono tali da far insorgere un sufficiente affidamento nel cliente.

Il giudice del caso in questione non ne fa tuttavia esplicita menzione, limitandosi ad affermare che “la natura della responsabilità del promotore e della banca in solido è contrattuale, dal momento che la stessa discende da violazione di obblighi posti in essere successivamente alla conclusione del contratto quadro”.

La configurabilità della responsabilità da contatto sociale tuttavia merita un approfondimento: vi è dedicato il seguente paragrafo.

4. Il paradigma del contatto sociale tra promotore finanziario e cliente

La sentenza della Cassazione Civile che per prima ha dato accoglimento alla teoria del contatto sociale (sorta dalla dottrina tedesca) è la 589/1999, avente ad oggetto un caso di responsabilità di un medico rispetto al proprio paziente. Tra i due soggetti non sussisteva un contratto verbale o scritto. La stessa relazione contrattuale sussisteva però tra il medico e la struttura ospedaliera che gli forniva il lavoro. Ci si domandava se il paziente danneggiato dal medico avesse, nei confronti dello stesso, la sola possibilità di ricorrere ad un'azione di responsabilità extracontrattuale, o avesse altresì la possibilità di ricorrere ad un'azione di responsabilità contrattuale, per lui più favorevole.

Appare utile, per arrivare a comprendere adeguatamente anche il caso della sentenza in esame, ripercorrere le argomentazioni della Suprema Corte. Essa ha affermato che tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sussiste una differenza insanabile, in quanto la responsabilità contrattuale implica l'esistenza di un rapporto giuridico qualificato da una particolare vicinanza; mentre la responsabilità extracontrattuale è quella c.d. “del passante”, nella quale chiunque può incorrere nei confronti di chiunque, a prescindere da una qualsivoglia qualifica.

E' evidente che tra medico e paziente non vi sia un rapporto di completa estraneità, ma che tra di essi già sussista un rapporto di fatto qualificato, caratterizzato dall'affidamento del paziente nella professionalità del medico. Il paziente non ha accettato di essere operato da un soggetto verso il quale non nutre alcuna informazione: ha accettato di essere operato da un soggetto legato da un rapporto contrattuale con l'ospedale (che quindi sa di avere determinati obblighi di diligenza professionale), ma ancor più, che presumibilmente possiede determinate competenze tecniche, acquisite da un complesso percorso di formazione. Stante la qualifica ricoperta, e l'affidamento che essa determina nel cliente, si desume che la responsabilità del medico somigli più all'archetipo della responsabilità contrattuale che a quello della responsabilità aquiliana, e, a partire da quella sentenza, è ormai un'opinione consolidata che vada sussunta sotto questa categoria dogmatica.

A sostegno di quanto anzidetto, viene in soccorso l'art. 1173, che, enucleando le fonti del diritto, cita anche “ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico”. E' ad oggi del tutto pacifico che il “fatto” a cui attribuire natura di fonte in conformità a tale articolo, sia proprio l'affidamento del cliente nei confronti del medico. Si può perciò dedurre che la responsabilità da contatto

sociale si qualifichi come un'ipotesi di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente¹¹.

Tale affidamento, tuttavia, non è svincolato da ogni limite: per dare origine al contatto sociale, l'affidamento deve essere "ragionevole", ossia prevedibilmente ed oggettivamente ingenerato in considerazione delle qualità del soggetto che fornisce la prestazione e delle circostanze oggettive in cui la prestazione stessa viene offerta.

E' corretto ritenere che il promotore finanziario possa incorrere in una forma di responsabilità da contatto sociale per il danno causato ai due clienti? Benché i precedenti giurisprudenziali relativi alla specifica figura del promotore finanziario sembrino inesistenti, è evidente che sussistano tutti i requisiti per la qualificazione di questo particolare rapporto di fatto. I clienti infatti hanno fatto affidamento sulla professionalità del promotore stesso. E domandiamoci ulteriormente: è corretto supporre che l'affidamento dei due pensionati nel promotore finanziario fosse ragionevole? Prevale senza dubbio l'ipotesi positiva: la ragionevolezza, nel caso di specie, sussiste non solamente da un punto di vista soggettivo (ossia non solo in virtù di un convincimento soggettivo dei clienti), ma anche da un punto di vista oggettivo, dal momento che il promotore era a tutti gli effetti un agente della banca Fideuram, come dimostra l'esistenza del contratto addotto in giudizio.

5. Profili dell'art. 2049 Cod. Civ.: margini di applicabilità

L'articolo in questione identifica uno dei regimi speciali di responsabilità: la responsabilità indiretta.

La categoria della responsabilità indiretta, o oggettiva, ricomprende quelle fattispecie che imputano la responsabilità di un soggetto sulla base della relazione con una persona o con una cosa; ciò implica che qualcuno possa essere considerato dalla legge responsabile per il danno causato da altri.

Il dispositivo dell'art. 2049, infatti, recita: "I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti".

La formulazione di questo articolo, dal punto di vista terminologico, è chiaramente frutto dell'epoca preindustriale in cui è stato scritto. Ciononostante la norma, sin dalle intenzioni del primo legislatore, non voleva disciplinare specificamente e solamente le figure del "domestico" e del "commesso": un'interpretazione siffatta sarebbe eccessivamente restrittiva e frustrerebbe la l'interesse generale a tutela del quale tale articolo è stato scritto. Oggi, alla luce di un'interpretazione attualizzante è pacifico che la norma si riferisca (e si applichi) all'ampia e complessa categoria dei rapporti di preposizione, sicché vengono in rilievo le figure più generali del preponente e del preposto.

Fatta questa specificazione, tuttavia, restano ancora dubbi sul campo di applicazione di tale articolo. La formula "rapporto di preposizione", data la sua generalità, non fornisce un criterio certo di discernimento tra le figure lavorative soggette alla disciplina e quelle

11 Secondo L. MENGONI, in Enc. Dir., voce "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", Milano, 1988, l'espressione "responsabilità contrattuale" costituirebbe in realtà una sineddoche, per cui si utilizza la parte ("responsabilità contrattuale", ossia responsabilità conseguente all'inadempimento di vincoli contrattuali) per designare il tutto ("responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente", a prescindere dalla fonte di detta obbligazione).

che ne vanno esenti. Si potrebbe affrettatamente concludere che la responsabilità debba essere limitata ai rapporti di lavoro subordinato, ma questa soluzione non è corretta.

E' plurima la giurisprudenza, anche risalente, ad affermare che la preposizione è integrata da qualsiasi rapporto di servizio in forza del quale venga svolta un'attività nell'interesse e sotto la vigilanza altrui¹², a prescindere dall'esistenza di un vincolo di subordinazione. Una recente Cassazione precisa che basterebbe anche la mera collaborazione od ausiliarità del preposto, nel quadro dell'organizzazione e delle finalità dell'impresa gestita dal preponente¹³.

A titolo di esempio, basti pensare che anche il lavoratore autonomo viene considerato preposto nel caso in cui la sua autonomia sia comunque soggetta ad un inserimento della mansione svolta all'interno di una organizzazione aziendale.

Sulla base di un'interpretazione teleologica, possiamo comprendere che la funzione della disposizione è quella di attribuire al preponente la responsabilità per il fatto illecito del preposto ogniqualvolta sussista in capo al primo un potere di controllo sul secondo. Sicché il vero elemento discrezionale parrebbe essere proprio quello appena citato: l'esistenza di un potere di controllo.

E' bene fare una precisazione, che meglio potrà spiegare perché il rapporto di preposizione non coincida con il rapporto di lavoro subordinato.

Il rapporto di lavoro subordinato attribuisce al datore di lavoro tre poteri: il potere di controllo, il potere direttivo ed il potere disciplinare. Ai fini dell'integrazione di un rapporto di preposizione (che dia quindi origine alla responsabilità ex art. 2049) l'esistenza del potere direttivo e del potere disciplinare è superflua.

Ne deriva logicamente che tutti i contratti di lavoro subordinato costituiscono un rapporto di preposizione, ma che tale rapporto di preposizione può esistere anche in assenza dei poteri ulteriori tipici del contratto di lavoro subordinato.

Il potere di controllo consiste essenzialmente nella possibilità per il datore di controllare che il lavoratore, nell'esecuzione della prestazione lavorativa, usi la diligenza dovuta, osservi le disposizioni impartitegli, rispetti gli obblighi di fedeltà sullo stesso gravanti.¹⁴

Infatti, se lo svolgimento del lavoro (anche autonomo) si attua in una sfera organizzativa altrui, si suppone che l'organizzatore possa disporre di una teorica possibilità di prevenzione del fatto dannoso.

Alla luce di quanto detto, può affermarsi che il rapporto di preposizione è un requisito che non si identifica a priori con nessun rapporto contrattuale tipico: in taluni casi, non è nemmeno richiesto che il rapporto contrattuale esista. La nozione è infatti più sostanziale che formale: sarebbe sufficiente un incarico di esecuzione di opere, perfino di carattere occasionale e temporaneo, a condizione che questo comporti la nascita un potere di controllo. Ma si tratta di un accertamento di merito, che deve essere compiuto a posteriori dal giudice che ha in esame il caso.

Il soggetto che effettua un'offerta fuori sede¹⁵ ha l'obbligo di avvalersi in tale frangente di un promotore finanziario, come disciplinato dall'art. 31 co.1 del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

12 Ad es., Cass. 22 marzo 1994, n.2734, in DeJure.

13 Cassazione civile sez. III, 16 marzo 2010, n.6325, in DeJure.

14 Z.GRANDI, I poteri del datore di lavoro nell'impresa, Cedam, Padova, 2002. Il riferimento è al contenuto degli artt. 2104, 2105 del Codice Civile.

15 Art 30 co.1 T.U.F.: "Per offerta fuori sede si intendono la promozione e il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente,

E' promotore finanziario la persona fisica iscritta in uno speciale albo (dal 1° gennaio 2009 l'albo dei promotori finanziari non è più tenuto dalla CONSOB, bensì dall'Organismo per la tenuta dell'albo unico dei promotori finanziari) che svolga la sua attività professionale esclusivamente per un intermediario, in linea con quanto stabilito dalla direttiva 2004/39/CE, nel ruolo di "agente collegato".

Il tipo di contratto che può essere utilizzato per lo svolgimento della mansione può essere di lavoro subordinato, di agenzia o di mandato (con o senza rappresentanza)¹⁶. Nel caso di specie, come rileva dal testo della sentenza, vige un contratto di agenzia senza rappresentanza: il promotore si limitava a raccogliere gli ordini, che venivano eseguiti a qualche giorno di distanza dall'intermediario.

Nel contratto di agenzia, l'agente non conclude i contratti con i terzi ma si limita a promuoverne la stipula¹⁷; egli, cioè, riceve gli ordini dai potenziali clienti e li comunica al preponente che sceglie se stipulare o meno. L'agente, quindi, compie un'attività materiale e non giuridica: in questo elemento risiede la distinzione con il mandatario.

E' bene sottolineare che la figura del mandatario è stata fatta rientrare nei rapporti di preposizione: occorre, naturalmente, che l'illecito sia stato reso possibile o, comunque, facilitato, dall'attività svolta in forza del mandato e che il mandatario abbia posto in essere una condotta tale da fare apparire che egli agiva nei limiti del mandato¹⁸. Poste le forti analogie tra mandatario ed agente, sembra logico poter considerare quest'ultimo soggetto ad un rapporto di preposizione, per analogia. Si considerano d'altronde superate dai tempi le teorie che escludono il mandatario senza rappresentanza dall'alveo di applicabilità dell'art. 2049¹⁹.

Nell'art. 2049 non vi è menzione testuale di prova liberatoria, bensì c'è una presunzione assoluta di colpa in eligendo (la colpa dei padroni e dei committenti che dipende dal non aver curato adeguatamente la scelta dei propri dipendenti) e colpa in vigilando.

Ogni forma di responsabilità oggettiva risponde a tre ordini di ragioni: in primo luogo, chi assume un'iniziativa economica trae benefici da essa: a benefici devono corrispondere rischi, sulla base del brocardo "cuius commoda eius et incommoda"²⁰.

del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento; b) di servizi e attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio o l'attività".

16 Art. 31 co.2., T.U.F.

17 Così MIRABELLI, Dei singoli contratti, in Comm. cod.civ., libro IV, Torino, 1991, p.527. Tuttavia, se il contratto è di agenzia con rappresentanza, differenza rispetto al mandato è da individuarsi nella stabilità del rapporto tipica del contratto di agenzia. Lo specifica D. MINOSSA, in "Differenza tra contratto di mandato e figure affini", in rete: http://www.e-glossa.it/wiki/differenza_tra_contratto_di_mandato_e_figure_affini.aspx

18 Cass. Civ. Sez. III, 3776/84: "L'attività del mandatario costituisce fonte di responsabilità indiretta del mandante, ai sensi dell'art. 2049 c.c., quando il primo si sia avvalso della sua qualità di rappresentante per consumare l'illecito e la detta attività apparisca verosimilmente, al terzo di buona fede, come rientrante nei limiti del mandato", in Riv. infort. e mal. prof. 1984, II,160. Sull'"aver agevolato ed aver facilitato": Cass. Civ., sez. lav., 6 aprile 2002, n. 4951, in Giustizia civ. Mass., 2002, pag.596.

19 Questa era la tesi sostenuta da Cass. 19 dicembre 1995 n.12945, GCM, 1995, 12. In senso opposto ed al passo con le più recenti teorie circa la ripartizione dei costi relativi all'attività di impresa: Trib. Milano 3 ottobre 2009, n 11786, GaM, 2009, 10, 66.

20 Autorevolmente: P. TRIMARCHI, Rischio e responsabilità oggettiva, Giuffrè, 1961. Approfondisce la tematica, più recentemente anche G. PEDE in "La responsabilità dei soggetti abilitati allo svolgimento di servizi di investimento per i danni causati dal promotore finanziario", in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 2, 2014, pag 198.

In secondo luogo, è importante responsabilizzare chi si trovi in condizione di controllare le possibili cause di danni ingiusti; e, in ultima istanza, la responsabilità oggettiva serve a garanzia dei danneggiati, attraverso la previsione di più responsabilità concorrenti. Questo fa capire che non necessariamente allorché si afferma il dovere di risarcimento in capo ad soggetto, si riconosce in esso l'autore del fatto dannoso o di una condotta illecita. Alla responsabilità civile va riconosciuta una funzione assai più ampia.

La circostanza che qualcuno sia responsabile del danno provocato da altri, non esclude poi che chi ha causato il danno possa essere chiamato a rispondere a titolo differente. E' pacifico che il risparmiatore possa chiedere direttamente alla banca il ristoro per la truffa subita dal promotore finanziario che agiva in suo nome. E l'istituto di credito, a sua volta, se accerta la colpa del proprio agente, potrà agire in regresso, secondo le regole previste dall'articolo 2055 del codice civile in tema di responsabilità solidale²¹. Ciò è perfettamente in linea con l'esigenza di garantire interamente il danneggiato, spostando a carico del preponente il pericolo dell'insolvenza del preposto.

Quanto detto non deve far erroneamente pensare che il regresso sia esercitabile in ogni caso per l'intero ammontare del danno: se il preponente ha colposamente concorso nel fatto dannoso del preposto, la rivalsa non potrà essere totale, ma parziale, e commisurata al grado di concorso di colpa del preposto.

Chiudendo la parentesi del regresso e concludendo: è un orientamento non controverso quello che vuole l'applicabilità dell'art. 2049 anche alla figura professionale del promotore finanziario, a patto che sussista un nesso di "necessaria occasionalità" rispetto all'attività svolta²². Nel caso di specie, non vi è dubbio nel ritenere che il promotore G. abbia agito nell'ambito delle mansioni svolte per Banca Fideuram. Tutti i requisiti per l'applicabilità dell'art. 2049 sono così soddisfatti. Senonché esso è derogato, in sede applicativa, dal più specifico (e più recente) regime dell'art.31 del T.U.F..

Brevemente, in questa sede ci si limita ad affermare che la ratio sottesa all'esistenza di tale ultimo articolo è la medesima dell'art. 2049: istituire una forma di responsabilità oggettiva in capo all'intermediario, in modo tale che questi disponga le precauzioni necessarie al fine di tutelare la parte debole del rapporto: l'investitore.

6. Esiste spazio per l'applicabilità dell'art.1227?

Risulta ora lecito domandarsi se possa essere qualificabile il concorso di colpa anche da parte del danneggiato. La questione è molto problematica e dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza.

E' utile, per comprendere se sia configurabile o meno l'applicazione dell'art. 1227 del Codice Civile, operare un'interpretazione teleologica dell'art. 2049. La ratio di tale norma, come già più volte ribadito, è la tutela della parte debole del rapporto: il cliente (nel nostro caso, l'investitore). Ciò osta quindi al considerare possibile il porre a carico di esso un onere di diligenza, tale da rendere ammissibile una colpa concorrente. Sarebbe vanificato lo scopo dell'intera normativa se l'intermediario/promotore potesse disporre di strumenti, come ad esempio formulari o moduli, che consentano di scaricare in tutto o in parte sull'investitore il danno causato dall'inosservanza delle regole di comportamento professionale. In ciò giace lo spunto per riallacciarsi al caso di specie: il

21 In questo senso si esprime: Tribunale di Napoli, sentenza 12 novembre 2014 n. 14997.

22 Per un approfondimento, F.GRECO, La responsabilità del soggetto abilitato nell'illecito del promotore finanziario: il punto fermo della corte di Cassazione, Resp.civ e prev., fasc. 1, 2013, pag.28.

giudice afferma che a nulla rileva il rifiuto degli attori di fornire informazioni in merito alla propria situazione finanziaria.

E' inoltre ben importante sottolineare che il cliente deve disporre di un rapporto di fiducia nei confronti del promotore finanziario, cui affida il proprio denaro, e che sovente i raggiri perpetrati dal promotore sono posti in essere proprio in abuso di tale rapporto fiduciario. Alla luce di questa considerazione, come è possibile ammettere che il cliente debba al tempo stesso fidarsi e diffidare del suo consulente? Il duplice ordine di ragioni testé citate condurrebbero ad escludere in toto un'applicabilità dell'art.1227.

Senonché, nonostante queste argomentazioni risultino particolarmente valide, esse veicolano una tesi di eccessiva rigidità. Una recente ed attenta giurisprudenza di legittimità, nel tentativo di flessibilizzare l'istituto, ammette l'applicazione dell'art. 1227 comma 1 e comma 2 quando sia provata (dall'intermediario), la collusione o la consapevole e "fattiva acquiescenza" del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti. In altri termini, non si potrebbe negare l'esistenza di un concorso di colpa se il cliente, essendo consapevole dell'agire del promotore al di fuori delle mansioni attribuitegli ed al di fuori dagli schemi legali impostigli, accettasse tale condotta e proseguisse nelle operazioni negoziali.

Resta da riportare una certa dottrina, evidentemente molto sbilanciata a favore della responsabilità oggettiva pura, che critica l'ammissibilità di queste vie di fuga per l'intermediario; si sostiene infatti che se il promotore ha posto in essere una condotta idonea ad eludere il controllo del soggetto abilitato, vi sarebbe riuscito solo in quanto quest'ultimo difettava di un'efficace rete di controlli. Sarebbe quindi, secondo questa impostazione, molto difficile ammettere che le omissioni di controllo dell'intermediario possano essere scaricate parzialmente sul cliente in virtù del controverso parametro della "fattiva acquiescenza".

7. Conclusioni

Il sistema fin qui disegnato, come è evidente, è davvero complesso. L'operatore del diritto, o l'esperto di economia, potrà forse avere delle possibilità di orientarsi, in seguito ad uno studio attento. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, tutte le norme a tutela del cliente sono assolutamente opportune: l'uomo della strada che si trovi dinnanzi ad una tale complessità di fonti e di materiale, potrebbe essere a tal punto stordito da preferire semplicemente l'opzione di non informarsi affatto. Questa sentenza, pur non apportando particolari elementi di originalità rispetto agli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali prevalenti, tocca una molteplicità di tematiche; la trovo condivisibile, in quanto per ogni punto di diritto affrontato accoglie gli orientamenti più favorevoli alla tutela dell'investitore. Tale protezione ritengo debba essere la più forte possibile, e a renderla tale deve contribuire anche, nei limiti in cui può farlo, il (fondamentale) formante giurisprudenziale

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE POSTE PER “PHISHING” INFORMATICO: CHI ABBocca È PERDUTO!

di Benedetta Munari

IL CASO

Per capire ed analizzare il caso in esame è necessario spiegare in cosa consiste l'azione di frode denominata “phishing”. Come viene chiaramente definito nel testo della sentenza, tale termine in ambito informatico viene inteso come “spillaggio di dati sensibili”. Si tratta dunque di una frode informatica mirata ad ottenere, illegalmente, le credenziali di accesso alle banche online del titolare del conto, e permettere così al truffatore, denominato “phisher”, di fare operazioni direttamente dal conto del truffato, spostando e/o prelevando le somme ivi presenti.

Nel caso in esame l'attore A.V., dopo aver subito la sottrazione di Euro 4.622,43 dal suo conto online, denuncia l'accaduto all'Ufficio Postale di Prato Centro della società Poste Italiane S.p.A., e ottiene così il blocco del suo conto corrente. Nei giorni successivi il V., a seguito di un'ulteriore verifica del suo conto, dichiara di aver subito, nonostante la chiusura del medesimo, altre 12 operazioni da parte di terzi, per una somma complessiva di sottrazioni dal proprio conto corrente pari a Euro 21.578,50. Dopo aver denunciato il fatto, riceve da Poste Italiane la restituzione di una somma pari a Euro 16.956,07, che risultano essere i prelievi non autorizzati fatti in seguito al blocco del conto. Il V. dunque, richiede reiteratamente senza esito la restituzione della somma residua pari a Euro 4.622,43. Poste Italiane si costituisce rifiutando, già in via preliminare, la restituzione di tale somma, ritenendo infondate le domande dell'attore in fatto e in diritto, chiedendone il rigetto e chiamando in causa i terzi responsabili P.E., D.I.G. e C.L., condannandoli a risarcire loro stessi il V. delle somme sottrategli.

Il Tribunale, senza troppi dubbi, respinge la domanda della parte attrice, ritenendola infondata e non meritevole di accoglimento, in quanto oggi la giurisprudenza tende ad escludere la responsabilità da parte degli enti di credito per i danni subiti dai titolari dei conti online vittime di “phishing”, a meno che non vi sia un'espressa previsione contrattuale, in questo caso non provata da nessuna delle due parti. Inoltre non è stato rilevato nessun altro obbligo sussistente in capo alla convenuta di risarcimento nei confronti dell'attore, non essendo previsto da alcuna norma di legge.

La domanda di risarcimento dell'attore si muove dalla convinzione di costui che la società Poste Italiane S.p.A. non ha adempiuto correttamente e diligentemente agli obblighi a lei in capo di custodia, garanzia, vigilanza e sicurezza, richiedendo di sancire la sua responsabilità e colpa delle operazioni di “phishing” effettuate da terzi e subite dal V. sul proprio conto corrente postale on line. Tale domanda verrebbe dunque ricondotta dal V. nell'ambito dell'art. 1453 c.c. (responsabilità del contratto per inadempimento), in quanto si tratterebbe di richiesta di ristoro dei danni da lui subiti in ordine al suo conto corrente online tenuto con Poste Italiane, risultando irremovibile nella richiesta di rimborso di Euro 4.622,43 da ricevere dalla società.

Il giudice, respinte le istanze istruttorie delle parti, dichiara le domande della parte attrice infondate e non meritevoli di accoglimento. Infatti, in accordo con la giurisprudenza prevalente, si esclude qualsiasi responsabilità per gli enti di credito nei casi di “phishing” subiti dai clienti, a meno che non vi siano esprese previsioni

contrattuali tra l'ente medesimo e i fruitori del servizio. Dagli atti emerge inoltre che la frode non è stata realizzata né con una violazione del sistema informatico né tramite clonazione della carta intestata all'attore, ma bensì proprio con le modalità del "phishing", secondo le quali è la stessa vittima che inconsiamente fornisce al truffatore le proprie credenziali di accesso ai servizi on line. Ciò viene confermato anche dal V. che afferma di aver risposto a una e mail ricevuta al suo indirizzo di posta elettronica e di non averne controllato, secondo l'ordinaria diligenza, la provenienza, garantendo così al "phisher" il buon esito dell'operazione. Tale comportamento negligente ed imprudente viene giudicato dal giudice già da solo sufficiente alla verifica della frode. Non viene evidenziata inoltre alcuna imprudenza o imperizia né violazione degli obblighi di custodia, garanzia, vigilanza e sicurezza da parte di Poste Italiane all'interno di tale operazione.

Il giudice, non ravvisando alcuna espressa previsione contrattuale non riportata né dalle parti né dai documenti in atti presentati in giudizio, stabilisce che non vi è alcun obbligo sussistente in capo alla convenuta società Posta Italiane, di risarcire l'attore, escludendo anche un qualsivoglia rilievo normativo.

Anche per quanto riguarda il superamento dei limiti di importo imposti alle operazioni sul conto corrente del V. e ad un eventuale anomalia degli stessi, la convenuta sostiene che tali limiti non ineriscono i conti correnti on line e le carte prepagate a lui intestate. Inoltre Poste Italiane, respinge l'ulteriore pretesa dell'attore mossa in riferimento ad una ulteriore ipotesi di mal funzionamento del servizio riguardante la mancata segnalazione dei prelievi effettuati sul proprio conto di ingenti somme che secondo il V. sarebbero dovute avvenire mediante alert o addirittura procedendo al blocco del conto, rilevando che non vi era nemmeno in questo caso alcuna previsione contrattuale e di conseguenza tali prestazioni non risultano esigibili, in quanto si tratta di attività on line che il cliente compie direttamente e senza controlli di operatori della società in questione.

Il giudice quindi non rileva alcuna responsabilità in capo alla convenuta per la violazione di obblighi contrattuali nei confronti dell'attore e di conseguenza rigetta la domanda di risarcimento nei confronti di Poste Italiane.

Il Tribunale conclude definitivamente pronunciando la respinta della domanda della parte attrice e condannando la medesima a rimborsare alla parte convenuta le spese di lite pari ad Euro 2.300,00

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di PRATO

Il Tribunale, nella persona del Giudice, dott. ssa Maria Iannone ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 4255/2009 promossa da:

A.V. (C.F. (...)), con l'avv. MACHERELLI MASSIMO, elettivamente domiciliato in VIA PALLACORDA 6, PRATO presso lo studio del difensore avv. MACHERELLI MASSIMO, che lo rappresenta e difende giusta delega in calce all'atto di citazione;

ATTORE

contro

POSTE ITALIANE SPA, in persona del l.r.p.t., con il patrocinio dell'avv. IMPROTA FABIOLA, elettivamente domiciliato in PIAZZA DEI DAVANZATI 4, FIRENZE, che la rappresenta giusta procura generale alle liti in atti;

CONVENUTA

e

E.P.;

G.D.I.;

L.C.

TERZI CHIAMATI - CONTUMACI

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato A.V. ha convenuto dinnanzi al Tribunale di Prato la società Poste Italiane S.p.A., in persona del l.r.p.t. (d'ora in poi Poste Italiane) rassegnando le seguenti conclusioni "Piaccia al Tribunale di Prato ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa: - accertare e dichiarare che Poste Italiane non ha correttamente e diligentemente adempiuto agli obblighi di custodia, garanzia, vigilanza e sicurezza sulla stessa gravanti con riferimento all'esecuzione delle operazioni compiute sul conto corrente postale on line n. (...) intestato ad A.V. e già acceso presso Poste Italiane - Ufficio Centrale Prato in Via Arcivescovo Martini n. 54 e sulla collegata Carta Postpay n. (...); - accertare e dichiarare che i fatti esposti nella narrativa del presente atto e le illegittime operazioni effettuate in danno del V. relativamente al conto corrente postale on line sopra richiamato e sulla collegata carta Postpay come esposto in narrativa si sono verificati per responsabilità e colpa della società Poste Italiane; - accertare e dichiarare che l'importo dovuto da Poste Italiane ad A.V. a titolo di rimborso delle somme illegittimamente addebitate sul conto corrente sopra indicato è pari ad Euro 4.622,43; - accertare e dichiarare che Poste Italiane è tenuta al risarcimento in favore del V. derivategli; per l'effetto: - condannare Poste Italiane alla refusione in favore del V. della somma di Euro 4.622,43 con gli interessi legali dal dì del fatto al saldo; condannare altresì Poste Italiane al risarcimento di tutti i danni conseguenti alla condotta come sopra accertata da liquidarsi occorrendo anche de bono et equo; con condanna altresì della società convenuta alla refusione delle spese, funzioni ed onorari del giudizio".

A sostegno delle proprie ragioni parte attrice ha dedotto: 1. Che alla data del 16.1.09 era titolare di un conto corrente postale on line contraddistinto dal seguente codice IBAN (...) acceso presso l'Ufficio Postale di Prato Centro; 2. Che il 16.1.09, esaminando l'estratto conto, il V. ha verificato che erano state effettuate da terzi e a sua insaputa sul predetto conto corrente n. (...) operazioni indicate in atto di citazione; 3. Di aver denunciato l'accaduto all'Ufficio Postale di Prato Centro, bloccando il proprio conto corrente mediante il numero verde di blocco, nonché di aver presentato denuncia querela alle competenti autorità; 4. Di aver verificato in data 19.1.09 che, nonostante il blocco del proprio conto, erano state effettuate da terzi altre 12 transazioni on line, prontamente denunciata con una nuova querela; 5. di aver subito complessivamente sottrazioni dal proprio conto corrente per Euro 21.578,50; 6. Di aver chiesto spiegazioni a Poste Italiane mediante lettera racc. chiedendo il riaccredito delle somme illegittimamente sottratte da terzi sul proprio c/c; (...). Di avere ricevuto da Poste

Italiane la restituzione della somma di Euro 16.956,07, rimanendo creditore della residua somma di Euro 4.622,43, reiteratamente richiesta senza esito.

Si è costituita Poste Italiane ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità della domanda svolta dal V., attesa la sua genericità, ha poi chiesto il differimento della prima udienza per essere autorizzata alla chiamata in causa di P.E., D.I.G. e C.L., nel merito ha concluso per il rigetto delle domande attoree in quanto infondate in fatto e diritto, ed in via subordinata, affinché fosse accertata e dichiarata l'esclusiva responsabilità dei terzi chiamati, condannandoli a corrispondere al V. qualsivoglia somma a titolo restitutorio o risarcitorio per i fatti di cui è causa, nonché a titolo di interessi, spese, oneri sostenuti con esclusione di qualsivoglia responsabilità a carico di Poste Italiane ed estromissione dal giudizio della convenuta, in ulteriore subordine, nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande attoree nei confronti di Poste Italiane, condannare P., D.I. e C. tenuti a rifondere a Poste Italiane qualsiasi somma che quest'ultima fosse condannata a pagare nei confronti del V., in ogni caso con vittoria di spese.

Autorizzata la chiamata in causa di P.E., D.I.G. e C.L., e differita la prima udienza, gli stessi, benché ritualmente evocati, non si sono costituiti dal che ne va dichiarata la contumacia.

Respinte le istanze istruttorie formulate dalle parti, la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni dal nuovo istruttore, dott.ssa Maria Iannone, al 30.10.2013, nella quale, sulle conclusioni dianzi trascritte, è stata trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

La domanda di parte attrice è infondata e non merita accoglimento per quanto di seguito si esporrà.

La domanda proposta dal V. va ricondotta nell'ambito dell'art. 1453 c.c. trattandosi di richiesta di ristoro dei danni patiti a seguito di un'azione di frode informatica subita in ordine al conto corrente e alla carta postale prepagata intrattenuta con le Poste Italiane, effettuata attraverso quella particolare modalità denominata "phishing".

Con tale termine, generalmente si individua in ambito informatico, il c.d. "spillaggio di dati sensibili", ovvero una forma di truffa con la quale un soggetto (phisher - truffatore), con metodi illeciti, carpisce le credenziali (password) di accesso ad un'internet banking, cioè ad un conto bancario on-line, ad un altro soggetto (truffato) titolare dell'indicato conto, e nel conseguente uso delle suddette credenziali al fine di spostare e/o prelevare le somme ivi depositate.

In ambito della sicurezza informatica, il "phishing" è, così, il tentativo criminale di impadronirsi di dati personali di qualcuno come il suo username ed la sua password, piuttosto che dei dati della carta di credito servendosi di una comunicazione digitale (c.d. email) che millanta falsità volte a trarre in inganno l'utente ignaro.

Per ottenere il proprio scopo i malfattori, in altri termini, si celano dietro ad una comunicazione di amministratori di siti web, o di popolari siti autorevoli, come quelli delle banche o delle poste, per le quali l'utente sprovveduto non si pone in diffidenza, rilasciando, su richiesta, i propri dati sensibili.

Il modo di procedere di tale truffa, ordinariamente, inizia con l'invio di una mail che si presenta come una comunicazione ufficiale fatta dal proprio istituto bancario o dall'amministrato di un sito web, nella quale, per asseriti errori, si formula la richiesta di fornire le informazioni sensibili del mal capitato.

Oppure, la mail invita a cliccare su di un link suggerito, che porta ad un sito web che ricalca, per grafica e comunicazione, quello dell'ente di cui i malfattori sfruttano l'autorevolezza, richiedendo i dati sensibili segreti.

Pertanto è lo stesso titolare del conto corrente che fornisce quei dati sensibili (username e password) che permettono, in un secondo tempo, al truffatore di accedere al conto bancario online, così da prelevare le somme ivi depositate e spostarle su conti di terzi (c.d. Financial manager) per vari scopi.

Proprio per la tipologia della fattispecie criminosa e delle modalità con cui essa viene attuata, la giurisprudenza oggi esclude qualsiasi obbligo per l'ente di credito di un qualche diritto risarcitorio in favore del soggetto vittima del "phishing", tranne nel caso che tale diritto sia stato preventivamente e contrattualmente previsto.

Delineata la fattispecie criminosa, è di tutta evidenza, come riconosciuto dallo stesso attore, che nel caso in esame, la frode si è realizzata con le modalità sopra descritte, non risultando in atti che l'evento è stato causato da una violazione del sistema informatico, né da clonazione della carta intestata al V..

Sul punto va rilevato che è lo stesso attore a riferire di aver comunicato senza alcuna sicurezza i dati di accesso al proprio conto on line rispondendo ad una email pervenuta al suo indirizzo di posta elettronica senza aver preventivamente verificato, secondo l'ordinaria diligenza, la provenienza della stessa, in tal caso ponendo in essere un comportamento altamente negligente ed imprudente che è da considerarsi da solo idoneo alla verifica degli illegittimi addebiti concretamente verificatasi e dei quali chiede ristoro.

Pertanto, non essendovi alcuna espressa previsione contrattuale, circostanza questa non provata da nessuna delle parti in giudizio e non risultante dai documenti in atti, nessun obbligo sussiste in capo alla convenuta società in ordine al riconoscimento di un qualche diritto risarcimento nei confronti dell'attore, non essendo questo previsto da alcuna norma di legge.

Nessun valore confessorio o di riconoscimento del diritto di credito dell'attore può essere individuato nella restituzione di parte delle somme oggetto di illecito prelievo ad opera delle Poste, essendo invece il fatto dipeso dell'esercizio convenzionalmente previsto da parte del V. del diritto di revocare alcuni pagamenti effettuati.

Quanto poi al preteso superamento dei limiti di importo imposti alle operazioni sul proprio conto corrente ed alla anomalia degli stessi, va rilevato che i limiti citati non inerivano i conti correnti online o le carte prepagate di cui era titolare del V.. Quanto poi alla pretesa anomalia nei prelievi effettuati dal V. sul proprio conto corrente a fronte dei quali le Poste avrebbe dovuto imporre allert o addirittura procedere al blocco delle operazioni, va rilevato che detti comportamenti (rectius servizi) non erano stati espressamente pattuiti tra le parti e non erano quindi esigibili da parte delle Poste Italiane, trattandosi di attività on line che il cliente compie direttamente senza alcun controllo di un operatore della convenuta. Ne consegue che alla stregua delle considerazioni dianzi rassegnate le domande attore vanno respinte.

Il rigetto della domanda principale impone di ritenere assorbite e superate le domande spiegate, peraltro in via subordinata e solo in caso di accoglimento delle pretese attoree, da Poste Italiane nei confronti dei terzi chiamati, neppure costituiti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo secondo il D.M. del 20 luglio 2012, n. 140, entrato in vigore il 23.8.2012 ed applicabile alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 41 del medesimo decreto. Nulla

invece per le spese dei terzi chiamati, attesa l'assenza di attività difensiva svolta dai medesimi, neppure costituiti.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1. respinge la domanda di parte attrice;
2. condanna parte attrice a rimborsare alla parte convenuta le spese di lite, che si liquidano in Euro 2.300,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge.

Così deciso in Prato, il 18 marzo 2014.

Depositata in Cancelleria il 19 marzo 2014.

TRIBUNALE DI PRATO, sentenza 19 marzo 2014; Giud. IANNONE; A.V. (Avv. MACHERELLI) c. Poste Italiane SPA (Avv. IMPROTA) e E.P, G.D.I, L.C (terzi chiamati contumaci).

Responsabilità civile – Banca - Conti correnti on line - Phishing – Obbligo di vigilare sulle operazioni compiute dai clienti sul proprio conto corrente postale on line – Esigibilità - Non sussiste (Cod. civ., art 1218, art. 1453)

La società Poste Italiane S.p.A. non risponde in via contrattuale del danno occorso ad un suo cliente a seguito di una frode denominata “Phishing”, non essendo esigibile nell’ambito di un contratto di conto corrente l’adozione di misure tese a prevenire tali frodi, non essendo le stesse ascrivibili a violazioni del sistema informatico o a clonazioni di carta intestate al correntista (nella specie, il danno occorreva a un cliente che a seguito di raggiri da parte dei truffatori, aveva fornito spontaneamente le proprie credenziali di accesso al suo conto corrente on line. I truffatori infatti, carpiscono con metodi illeciti i dati sensibili del truffato, celandosi dietro l'identità di siti autorevoli, quali quello della società in questione, e per le quali l'utente non si pone in diffidenza e rilascia spontaneamente le informazioni richieste). (1)

(1) In giurisprudenza non constano molti precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità in merito alla questione strettamente legata al “Phishing” e alla dimensione contrattuale analizzata all'interno della massima non risultano precedenti. Tuttavia può essere richiamata la sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione, sez. I civile, 12 Giugno 2007, n. 13777, in *Leggi D'Italia baca dati*, nella quale ha accolto il ricorso di una correntista che si era vista prima catturare il Bancomat a causa di un malfunzionamento del macchinario, poi clonare la scheda e diminuire il conto di un'ingente somma di denaro. In tale pronuncia si è affermato che la banca deve sempre usare la massima diligenza nei confronti dei clienti, adottando tutte le misure sufficienti ad evitare loro pregiudizi e svolgendo l'attività professionale, deve adempiere tutte le obbligazioni assunte nei confronti dei propri clienti con la diligenza dell'“accorto banchiere”, non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso

stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto o di operazione oggettivamente espliciti.

In un'ulteriore sentenza la Corte di Cassazione, sez. I civile, 24 Settembre 2009, n. 20543, in *Leggi D'Italia banca dati*, ritorna sulla figura dell'"accorto banchiere" sostenendo come quest'ultima sia qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente consente e richiede.

Nella giurisprudenza di merito in termini si è pronunciato il Giudice di Pace di Messina, 10 Dicembre 2010, n. 11777, *ined.*, il quale afferma che proprio per la tipologia della fattispecie criminosa e delle modalità con cui essa viene attuata, la giurisprudenza oggi esclude qualsiasi obbligo per l'ente di credito di un qualche diritto risarcitorio in favore del soggetto vittima del "phishing", tranne nel caso che tale diritto sia stato preventivamente e contrattualmente previsto. In termini si era pronunciato anche il Giudice Istruttore in udienza del Tribunale di Milano, sez. I, sent., 23 Gennaio 2013, in *Leggi D'Italia banca dati*, tuttavia poi è effettuata ulteriore pronuncia che sempre nel medesimo Tribunale, sez. I, sent., 28 Febbraio 2013, in *De Jure banca dati*, ha rigettato la domanda di parte attrice.

In termini contrari e facendo leva su diverse argomentazioni, ma comunque accogliendo la domanda di parte attrice, si è pronunciato il Trib. di Milano, sez. VI civ., sent., 4 Dicembre 2014, in *De Jure banca dati*; Trib. di Bari, sez. IV, sent., 27 Marzo 2014, in *Leggi d'Italia banca dati*; Trib. di Verona, sez. IV, sent., 2 Ottobre 2012, in *Leggi d'Italia banca dati*; Trib. di Nocera Inferiore, sez. II, sent., 15 Settembre 2011, in *De Jure banca dati*; Trib. di Siracusa, sez. II, sent., 15 Marzo 2012, in *Leggi d'Italia banca dati*; Trib. di Firenze, sent., 20 Maggio 2014, *ined.*

In dottrina in merito a RC e tecnologia vedasi U. IZZO, *RC e Informazione: la prospettiva regolativa*, Trento, 2015, in rete: <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15117>, in cui si richiama S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. In merito a diritto della personalità, frodi informatiche e responsabilità della banca vedasi: Trib. di Verona, sez. IV, 2 Ottobre 2012, con nota di R.FRAU, *Home banking, bonifici non autorizzati e responsabilità della banca*, in *De Jure banca dati*, fonte, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.4, 2013, pag. 1285; F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *De Jure banca dati*, fonte, *Giur. merito*, fasc.12, 2012, pag. 2555B; Trib. di Palermo, sez. III, sent., 12 Gennaio 2010, con nota di R.FRAU, *Sottrazione di credenziali informatiche, bonifici non autorizzati e responsabilità civile della banca da trattamento di dati personali*, in *De Jure banca dati*, fonte, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.9, 2011, pag. 1830; Trib. Di Siracusa, sent., 15 Marzo 2012, in *Leggi d'Italia.it*, con nota di P. Valore, *Phishing sul conto postale e trattamento dei dati personali*, fonte *Corriere di merito*, 2012, 7, 663. Trib. Di Milano, Sent., 28 Luglio 2006, in *Leggi D'Italia.it banca dati*, con nota di G. VACIAGO e M.T. GIORDANO, *La qualificazione giuridica del Phishing in una delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, fonte *Dir. Internet*, 2007, 1, 62.

In materia di contratti di conto corrente si veda V.ROPPO, *Trattato dei contratti*, Giuffré editore, 2014 in vol. 4, *Opere e Servizi-2: Trasporti logistica, turismo e leisure, lite e processo*, in *Credito e Garanzie*, sez. I- credito, Cap. II, pagg. 689-701; sempre in *Trattato dei contratti*, vol. 5, cap. III, *Banca*, pagg. 639-663, pagg. 719-757;

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in rassegna permette un'analisi molto ampia e variegata, che riesce a spaziare in ambiti tra loro differenti ed autonomi, partendo dal Codice in materia di protezione dei dati personali, proseguendo attraverso un'analisi della fattispecie in concreto e cercando di formulare quelli che a parere mio dovrebbero essere i criteri per una corretta interpretazione di quello che è il fenomeno del “phishing” informatico e delle responsabilità in cui incorrono i danneggiati vittime della frode e gli istituti di credito, all'interno dei quali i truffatori penetrano illegalmente. Ulteriore rilievo poi può essere fatto in merito alla disciplina generale applicata in materia di contratti di conto corrente.

Il quadro è reso più complesso dal fatto che non vi sia, al momento, un'espressa previsione normativa al riguardo, nemmeno in ambito penalistico. In quest'ultimo settore, la giurisprudenza si è pronunciata più volte nel tentativo di far ricadere tale fenomeno all'interno di categorie più ampie di reati. All'interno della sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il 7 Ottobre 2011 si possono così delineare diversi passaggi attraverso i quali viene ipotizzato come tale truffa possa essere ricondotta all'ambito del reato di sostituzione di persona ex art. 494 c.p., accesso abusivo a sistemi informatici o telematici ex art. 615-ter e truffa comune ex art. 640.¹ Sarebbe proprio nel momento della sottrazione dei codici altrui utilizzati poi per sottrarre il denaro che si delineerebbe il reato di “Truffa” previsto dall' art.640 c.p.²

2. Inquadramento del phishing e previsione normativa relativa al trattamento dei dati personali

“ I dati personali oggetto di trattamento sono custoditi e controllati, anche in base alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati e alle specifiche caratteristiche del trattamento, in modo da ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta.”³ Per il momento mi soffermerò ad analizzare giusto la prima parte della disposizione, tornando poi successivamente sulla rimanente. Ciò che riesce a trasparire da questa parte è che sia necessario un continuo aggiornamento di tutti i servizi di sicurezza, tuttavia di questi tempi, in cui la tecnologia e l'informatizzazione risultano protagoniste nella realtà quotidiana di ciascuno di noi e progrediscono assai velocemente, spesso risulta difficoltoso rimanere, per così dire, aggiornati, anche solamente per ciò che ci interessa da vicino. Per ovviare a tale

1 Trib. Di Milano, 7 Marzo 2011, in *Leggi D'Italia.it banca dati*, con nota di R. FLOR, *Phishing e profili penali dell'attività illecita di "intermediazioni" del c.d. financial manager*, fonte Dir. e processo, 2012, 1, 55.

2 Commento alla normativa, di M. FANTINI, *Phishing: strategie operative dell'inganno*, in *Leggi D'Italia.it*, fonte Dir.di internet, 2008, 4, 421.

3 Così v. *Codice in materia di protezione dei dati personali*, art. 31,1.

fenomeno truffaldino, i maggiori istituti di credito hanno introdotto un meccanismo di autenticazione, definito OTP (one time password), nel quale tramite una chiave Usb viene fornita una password autogenerata che vale pochi secondi e che garantisce una maggior tutela contro il "Phishing" o i c.d. "programmi spia", in quanto il ladro informatico per operare la truffa dovrebbe appropriarsi anche del dispositivo. Proprio a seguito dell'inserimento di questi sistemi di sicurezza più avanzati, si è andato a sviluppare un ampio settore di contenzioso tra i clienti-vittima e gli istituti bancari in relazione alla responsabilità della banca, alla violazione dell'obbligo di diligenza qualificata ex art. 1176, comma secondo, Codice Civile, con l'eventuale richiesta di risarcimento del danno subito dalla vittima.

In tal senso si è pronunciato recentemente il Tribunale di Milano in data 4 Dicembre 2014, il quale alla domanda di risarcimento presentata dall'attore, vittima della frode, si è dimostrato favorevole a concedergli il risarcimento, rilevando come, all'epoca dei fatti (2009), la società Poste Italiane S.P.A., non si era ancora adeguata agli standard di sicurezza dei sistemi informatici, non avendo adottato per esempio nel servizio di home banking quel sistema di autenticazione basato su OPT, che costituiva uno standard consolidato di sicurezza.⁴

3. L'analisi del caso concreto: la precauzione mancata

Tuttavia nella sentenza in esame, il problema della sicurezza viene liquidato in pochi passi in cui viene sostenuto che i più elevati livelli di protezione (sms allert e/o blocco delle operazioni, qui citati) non erano stati contrattualmente previsti tra l'attore e la convenuta e pertanto, non potevano essere garantiti ne' tanto meno pretesi dalla parte attrice. Ed è proprio sul rilievo contrattuale che batte l'argomentazione del Giudice, un po' troppo sbrigativa, tesa a rigettare la domanda attorea, contratto che, alla luce delle conclusioni riportate in sentenza, non si è rilevato essere proficuo e protettore degli interessi del truffato. In esso infatti non era previsto alcun diritto di risarcimento da parte della società né, come poc'anzi accennato, un obbligo in capo alla convenuta di avvertire e/o bloccare il conto del cliente in seguito alle operazioni ritenute anomale da terzi effettuate.

Su tali basi, non può che risultare ineccepibile la decisione del Giudice. La società infatti, ha fatto del suo meglio per tutelarsi in sede contrattuale, respingendo così qualsiasi ipotesi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. In aggiunta, già precedentemente allo svolgimento del giudizio, Poste Italiane aveva risarcito l'attore per i prelievi fatti in seguito all'operazione da lui richiesta di blocco del conto corrente a lui intestato, restituendogli così una somma pari a Euro 16.956,07. Nonostante ciò però non

4 Trib. Di Milano, Sent., 4 Dicembre 2014, in *De Jure banca dati*, "l'ente dovrà rispondere ai sensi dell'art. 1176, comma due c.c. secondo il quale nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata", stimando appunto come "l'ente fosse il contraente qualificato che nel rapporto contrattuale garantiva la sicurezza del sistema mediante idonei sistemi di crittografia dei dati di riconoscimento dell'utente". Pertanto il contraente qualificato "non ignaro delle modalità di frode mediante phishing da tempo note nel settore, era tenuto ad adeguarsi all'evoluzione dei nuovi sistemi di sicurezza informatici, altrettanto noti, idonei a contrastare il fenomeno" ed aggiunge un altro inciso fondamentale "non poteva invece ascrivere a mancata diligenza del cliente il fatto di non essere stato al corrente di tale modalità di frode e, conseguentemente, di non essersi accorto che possibili mail provenienti dall'ente fossero in realtà frutto di pirateria informatica e celassero l'intento truffaldino di carpire dati riservati".

mi risulta assolutamente legittimo porre in capo alla vittima una serie di conoscenze ed accorgimenti per i quali sicuramente egli non può e non deve essere attrezzato.

Punto nodale della questione risulta essere il fatto che, in questo genere di truffa informatica, sia la vittima stessa a fornire i propri dati personali al truffatore, ed è da qui che si direbbe l'esenzione della responsabilità dell'istituto di credito. Infatti nel caso in esame non si ravvisano ipotesi di clonazione di carta di credito o di violazioni del sistema informatico, che sarebbero senza ombra di dubbio imputabili alla convenuta e suscettibili di risarcimento in favore della vittima ex art. 2050 Cod. Civ., in quanto attribuibili ad una mancanza di sicurezza e assolutamente indipendenti dalla condotta del cliente. Il ricorrere al rimedio extracontrattuale previsto da tale articolo è previsto anche dall'art. 15 del Codice di protezione in materia di dati personali, il quale stabilisce che chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del Codice Civile. Si può notare come tale norma si adatti perfettamente alle moderne esigenze tecnologiche che forniscono chiaramente fonti di estremo vantaggio, ma contemporaneamente causano l'aumento esponenziale di fonti di danno⁵.

A questo punto però sorge spontanea una domanda, ma proprio perché il verificarsi del rischio è cresciuto esponenzialmente e che queste nuove tecniche di truffa on line sono sempre più frequenti, non vi dovrebbero essere contratti che tutelino maggiormente l'interesse del cliente o appositi programmi che aiutino le potenziali vittime a difendersi attraverso, anche, una maggiore informazione? Nel caso in esame, il contratto stipulato, chiaramente, non mira ad una tutela ampia e particolareggiata, colpa forse di un cliente poco informato e non troppo attento, ma nello stesso tempo non si può sapere se l'istituto di credito lo avesse informato in merito a tali fattispecie adeguatamente: forse la maggiore informazione da parte della società avrebbe evitato il delinearsi dell'evento dannoso?

Fatta salva la possibilità di potersi rifare sui veri responsabili dell'operazione truffaldina, il signor A.V. è uscito chiaramente sconfitto dalla controversia, vittima di un contratto che troppo poco l'ha tutelato, essendosi l'istituto attenuto perfettamente al trattamento previsto (o non previsto (?)), come delineato dal sopracitato art.3 del Codice della privacy.

In merito alla posizione che riveste Poste Italiane, e gli istituti bancari in generale, mi sembra giusto ricordare la giurisprudenza di legittimità. I Giudici della Corte di Cassazione per identificare il grado e il livello di diligenza che deve rappresentare l'istituto di credito, hanno ritenuto come quest'ultimo debba essere di natura tecnica e valutato tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale da loro esercitata, assumendo come parametro quella che viene definita la figura dell' "accorto banchiere".⁶ Tale figura, ovviamente, non può rimanere sempre la stessa, ma deve evolversi, rimanere al passo con i tempi, tutelare sempre di più i propri clienti e rendere minimi tali fenomeni, come stabilito dal Codice in materia di protezione dei dati personali.

A livello europeo è presente sicuramente una disciplina più severa in capo agli istituti di credito in quanto si ritiene ragionevole far gravare i rischi statisticamente prevedibili

5

https://didatticaonline.unitn.it/dol/pluginfile.php/35691/mod_resource/content/1/course_files/Una_lettura_alternativa_al_dilemma_colpa.pdf

6 V. Cass. Civ., sez. I civile, 12 giugno 2007 n. 13777

legati ad attività oggettivamente “pericolose”, che interessano un’ampia moltitudine di consumatori, sull’impresa, in quanto quest’ultima, attraverso la determinazione dei prezzi di vendita dei beni o di erogazione dei servizi, è in grado di riversare sull’utenza il costo di assicurazione dei rischi medesimi.⁷

E' proprio su tale direttiva che si sono basate una serie di decisioni che vedevano gli istituti di credito condannare a risarcire il cliente truffato in relazione ad un non adeguato livello di sicurezza, come ad esempio la sentenza pronunciata dal Tribunale di Firenze il 20 Maggio 2014.

Entrambe le posizioni quindi, sia del soggetto truffato che quella dell'istituto di credito, risultano essere assai controverse.

Da una parte infatti vediamo come vi sia una evidente tendenza tesa al riconoscimento di una forte tutela nei confronti delle vittime che, qualora si verificano ipotesi di negligenza, imprudenza, imperizia da parte delle società, associate ad un mancato adeguamento agli standard di sicurezza e ad eventuali violazioni contrattuali, sono tutelabili ex art.1218 e ex art. 2050 Cod. Civ. e quindi suscettibili di risarcimento. Tuttavia tale medesima posizione, qualora sia ravvisabile un contributo causale del correntista per incauta custodia delle credenziali⁸, anche se accidentale, può far emergere una ripartizione di responsabilità tra l'istituto e la vittima, o addirittura, come nella sentenza in rassegna, una totale esenzione di responsabilità per la società.

Viene così in evidenza l'estrema fragilità del confine di responsabilità da delinearsi.

Dall'altra parte la posizione degli istituti di credito deve essere chiaramente tesa alla maggiore protezione possibile del cliente, protezione che come detto prima deve essere in grado di adattarsi e mutare continuamente in base agli sviluppi della tecnica, mirata innanzitutto, anche nel proprio interesse, a scongiurare l'eventualità che l'accaduto si ripeta, per evitare eventuali danni all'immagine e una diminuzione di fiducia del cliente. Infatti anche se l'istituto esce vincitore dalla controversia, evitando così il risarcimento dei danni nei confronti del cliente, è facile presumere che comunque tale società dovrà aumentare i livelli di sicurezza già presenti.⁹

Ai sensi dell'art. 1218 Cod. Civ., l'illecito contrattuale previsto, pone in capo al debitore l'onere della prova che cade solo qualora egli dimostri che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile. Nel caso in esame l'istituto di credito ha così rilevato l'insussistenza della pretesa di risarcimento perché non contrattualmente prevista. Tuttavia questa risulta essere una conclusione decisamente troppo semplicistica visti i tempi che corrono, attribuibile però anche alla parte attrice. Infatti quest'ultima, visti anche i precedenti giurisprudenziali, aveva tutte le possibilità per far leva anche sul profilo di responsabilità extracontrattuale della società, lamentando uno scarso livello di sicurezza di base che dovrebbe essere garantito a tutti i clienti, senza alcuna distinzione contrattuale. Un servizio che avrebbe potuto evitare o almeno limitare il danno, precauzione mancata questa che sarebbe senza alcun dubbio attribuibile alla convenuta. Infatti, come sostenuto dal Tribunale di Nocera Inferiore, le Poste Italiane S.P.A.

7 Cfr. direttiva 1997/64/CE, attuato in Italia con il D.Lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010 (in vigore dal 1.03.2010)

8 Trib. Di Siracusa, sent., 15 Marzo 2012, in *Leggi d'Italia.i banca dati*, con nota di P. VALORE, *Phishing sul conto postale e trattamento dei dati personali*, fonte *Corriere di merito*, 2012, 7, 663.

9 Trib. Di Milano, Sent., 28 Luglio 2006, in *Leggi D'Italia.it banca dati*, con nota di G. VACIAGO e M.T. GIORDANO, *La qualificazione giuridica del Phishing in una delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, fonte *Dir. Internet*, 2007, 1, 62.

rispondono comunque dei rischi derivanti dalla loro sfera professionale, rischi che risultano essere inerenti agli specifici obblighi gravanti su di essa e dei quali risultano responsabili laddove non abbiano provveduto con strumenti idonei a garantire la sicurezza contro eventuali manomissioni, dovendo valutare la diligenza in questione come diligenza nelle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, desumendone da qui il carattere tecnico secondo il quale il buon padre di famiglia deve assumere la figura dell'accorto banchiere, già citato.¹⁰ Suggestivo quindi per l'attore sarebbe un riesame comune dei sistemi di sicurezza della società convenuta, confrontandolo con quelli attuati dagli altri istituti di credito nel periodo di tempo in cui la frode è stata portata a termine, prescindendo da quelle che erano le condizioni contrattuali sancite tra la vittima e la Poste Italiane S.p.A..

4. Il contratto di conto corrente

Per concludere la mia analisi critica ho deciso di affrontare un tema che risulta essere centrale nella sentenza in rassegna: il contratto di conto corrente.

Le banche sono imprese che esercitano l'attività bancaria, ossia quella attività attraverso la quale si attua la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito mediante la concessione di prestiti sotto ogni forma ad imprese o famiglie. Tale attività e lo statuto dei soggetti che la esercitano sono regolati da una disciplina che si ritrova all'interno del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.)¹¹.

Riguardo alla trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari è stata dedicata una specifica legge, la cui disciplina è venuta poi a confluire all'interno del Testo Unico Bancario.¹² All'interno di tale disciplina vengono stabilite regole di pubblicità, forma e contenuto dei contratti e infine anche l'obbligo delle banche di inviare comunicazioni periodiche ai clienti per tenerli informati circa l'andamento del rapporto (art. 119 T.U.B.).

Il conto corrente non è un contratto necessariamente bancario anzi, la tipologia utilizzata dalle banche è una variante di quella codicistica. Possiamo però distinguere due modalità contrattuali differenti: la prima è rappresentata dal conto corrente *ordinario* e la seconda dal conto corrente *bancario o di corrispondenza*. La prima tipologia è disciplinata dal Codice Civile all'interno del Libro IV Titolo III e viene così definito così all'articolo 1823 comma 1: "Il conto corrente è il contratto col quale le

10 Trib. Di Nocera Inferiore, Sez.II, 15 Settembre 2011, in *De Jure banca dati*, di rilievo anche il seguente passaggio: "Le Poste Italiane S.p.a., non impedendo a terzi estranei di introdursi illecitamente nel proprio sistema hanno provocato un danno alla propria cliente, titolare del trattamento dei dati personali. Le Poste Italiane S.p.a., avrebbero dovuto adottare tutte le misure di sicurezza tecnicamente idonee e conosciute in base al progresso tecnico a prevenire danni, come quelli subito dall'attrice, non essendo sufficiente la non violazione di norme di legge, considerato che la diligenza richiesta deve essere valutata con maggiore rigore visto che la prestazione è inerente ad un'attività professionale. Ai sensi dell'art. 2051 cc, inoltre, ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito, le Poste Italiane S.p.a. sono responsabili per i danni causati al proprio cliente non avendo dimostrato che la truffa subita dall'avv. A.B. rivesta i caratteri di imprevedibilità ed assoluta eccezionalità. Anzi, più volte le stesse Poste Italiane S.p.a., in corso di causa, hanno affermato la notorietà e frequenza di una simile truffa costituita dalla violazione del sistema di sicurezza di Bancoposta, riuscendo a catturare i codici di accesso all'internet banking dei clienti mediante la ricezione da parte di questi ultimi di una email in cui si chiede di accedere ad un link e di inserire i codici di accesso."

11 Si tratta del D.Lgs. 1 Settembre 1993, n. 385

12 L. 17 Febbraio 1992, n. 154

parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto.” Di rilievo risulta essere la parte della norma in cui viene disposto che i crediti annotati nel conto diventano inesigibili ed indisponibili sino alla chiusura del conto stesso, essendo destinati alla compensazione con eventuali futuri crediti della controparte. Si tratta infatti di un contratto che intercorre tra due soggetti legati tra loro da continui rapporti di affari, dai quali derivano reciproci debiti e crediti. Il principio prima richiamato di compensazione, opera unicamente su base pattizia e unicamente ed automaticamente alla chiusura del conto stesso. Proprio a causa di tale inesigibilità del credito, i creditori dei singoli correntisti non sono autorizzati ad agire esecutivamente su di esso, in quanto è da considerarsi come non scaduto e di conseguenza impignorabile ed inesquestrabile. Se il rapporto è a tempo indeterminato, ciascuna parte può recedere ad ogni chiusura periodica del conto, dandone preavviso almeno dieci giorni prima.¹³

La seconda tipologia di contratto in questione non è prevista dal Codice Civile, il quale si limita a disciplinare le operazioni bancarie che con questo possono essere regolate agli art. 1852-1857. Esso si può definire come quel contratto all'interno del quale viene previsto che la banca e il cliente decidano di utilizzare i crediti scaturenti dai rapporti di deposito, apertura di credito o altre operazioni bancarie,¹⁴ risultando quindi necessariamente accessorio ad altre operazioni poste in essere tra la banca e il proprio cliente, con il quale l'istituto di credito assume l'incarico di compiere, nei limiti della sua organizzazione, pagamenti o riscossioni di somme per conto del cliente e dietro suo ordine, diretto o indiretto.

Fondamentale differenza fra le due tipologie consiste nel fatto che nel secondo il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, come stabilito dall'art. 1856 Cod. Civ., non operando dunque la regola dell'inesigibilità dei rispettivi crediti fino a ciascuna chiusura del conto stabilita dall'art. 1823 Cod. Civ.

Il contratto di conto corrente bancario è, dunque, un contratto atipico che, di volta in volta, si avvicina ai singoli contratti oggetto delle operazioni bancarie che sono la base del conto corrente (es. deposito). Caratteristica importante di tale tipologia, come prima accennato, è che la banca svolge un cosiddetto servizio di cassa, con il quale provvede ad operazioni in nome del cliente e dietro suo ordine secondo le regole del mandato, secondo le quali è anche portato a risponderne, come previsto dal Codice Civile all'articolo 1856. A tale articolo fa riferimento una già citata sentenza del Tribunale di Firenze la quale sostiene come la fattispecie in esame debba essere inquadrata giuridicamente alla luce della normativa generale in materia di obbligazioni.¹⁵ Sempre nella medesima sentenza è interessante il richiamo fatto alla pronuncia delle Sezioni Unite, n. 13533 del 30 Ottobre 2001, la quale stabilisce come gravi su poste Italiane l'onere di fornire la prova del proprio adempimento, in conformità al principio di vicinanza della prova, qui affermato¹⁶, secondo il quale l'onere è addossato al soggetto

13 Art. 1833 Cod. Civ.

14 Cod. Civ., art., 1852 :*“qualora il deposito, l'apertura di credito o altre operazioni bancarie siano regolate in conto corrente, il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, salva l'osservanza del termine di preavviso eventualmente pattuito.”*

15 Trib. Di Firenze, Sent., 20 Maggio 2014, *ined.*, *“risponde secondo le regole del mandato e la diligenza cui è tenuta va valutata con particolare rigore”*

16 Cass. Civ., S.U., 30 Ottobre 2001, n. 13533, in *Leggi d'Italia banca dati*, *“In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del*

che più agevolmente può procurarsela. Applicando tale principio, quando il creditore agisce in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto avente ad oggetto un'obbligazione positiva deve solo allegare l'inadempimento del debitore, e non provarlo, vista la sua natura di fatto estintivo del diritto quesito. Inoltre il debitore incontrerà meno difficoltà rispetto all'attore nel provare l'avvenuto adempimento dell'obbligazione, essendo, verosimilmente, in possesso di una quietanza di pagamento. Particolare importanza riveste all'interno di questa disciplina la regola per cui la banca è tenuta ad inviare estratti conto periodici, che si ritengono tacitamente approvati in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente entro sessanta giorni dal ricevimento¹⁷. L'approvazione del conto, che sia espressa o tacita risulta essere irrilevante, non preclude tuttavia il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o duplicazioni, purché avvenga entro sei mesi dalla ricezione dell'estratto conto.¹⁸

Infine, considerato l'oggetto della sentenza, sembra poi doveroso citare anche quella che configura una terza tipologia di conto corrente, ossia il contratto di conto corrente postale. Quest'ultimo, è un servizio molto simile al conto corrente bancario, erogato e gestito dalle Poste Italiane S.P.A., poiché non garantisce un elevato rendimento viene utilizzato prevalentemente allo scopo di disporre pagamenti ed effettuare incassi avvalendosi dei servizi automatizzati di "Bancoposta". Il pagamento viene eseguito mediante postagiro o bollettini di c/c già predisposti dal beneficiario e premarcati.

suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento)".

17 Art. 119, comma 3, T.U.B.

18 Così per il conto corrente ordinario si veda l'art. 1832 Cod.Civ., espressamente richiamato per il conto corrente bancario, dall'art. 1857 Cod.Civ.

I CAMPERISTI TRADITI E IL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO CONTRATTUALE

di Angela Sette

IL CASO

Quattro persone noleggiavano un camper per fare un viaggio nel nord-est Europa della durata di 3 settimane: dal 4 al 24 agosto.

Dopo 2 giorni di viaggio il freno a mano non risulta più funzionante, ma la vacanza prosegue fino al 17 agosto, giorno in cui si verifica un secondo guasto, a seguito del quale i quattro amici fanno trasportare il veicolo presso un'officina autorizzata FIAT (ricerca non priva di difficoltà trovandosi all'estero), dove apprendono che il camper non può essere riparato in tempi brevi. Decidono così di passare la notte in albergo, rientrando in Italia la mattina dopo, interrompendo la vacanza in anticipo di una settimana.

Ritenendo che i guasti fossero imputabili alla società di noleggio veicoli, I.G., V.P., O.G., e R.M.S. agiscono in giudizio nei confronti della Caravan Center s.r.l., chiedendone la condanna dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

La resistente nega di essere responsabile dei problemi al veicolo noleggiato, ma la ctu svolta in corso di causa fa emergere che i guasti sono dovuti ad un vizio originario del mozzo posteriore, vizio esistente sin dalla costruzione.

Nessuna censura può essere mossa alla parte attrice, che nel gestire i due guasti si è attenuta alle condizioni generali di contratto.

La convenuta è quindi tenuta a risarcire i danni subiti, danni che ai sensi dell'art. 1223 Cod. civ. vanno distinti in danno patrimoniale e non patrimoniale.

Quanto al primo, il giudice esclude che debba comprendere anche la restituzione integrale del prezzo di noleggio, facendo leva sul fatto che l'inadempimento contrattuale, sebbene accertato, non è stato così grave da integrare i presupposti per la risoluzione del contratto ex art. 1493 Cod. civ.

Viene invece riconosciuto il diritto al rimborso dei costi per le spese sostenute dalla parte attrice, nel dettaglio la somma liquidata a titolo di danno emergente comprende i costi per il soccorso del veicolo, per l'intervento dell'officina, per il pernottamento in albergo, per il rientro in Italia in aereo, per contattare telefonicamente la convenuta e la Compagnia Assicuratrice in occasione dei guasti, e i c.d. "interessi compensativi" (da altri definiti anche "moratori"): importo la cui entità è decisa in via equitativa dal giudice, che corrisponde al danno da ritardo nella prestazione, riconosciuto dalla giurisprudenza prevalente.

Per quanto riguarda il danno non patrimoniale, il giudice si pone nel solco della Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, secondo la quale il danno non patrimoniale, quando ricorrano le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da un fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento contrattuale.

Tuttavia nel caso in analisi non si rinviene alcuna specifica norma che riconosca la risarcibilità del danno non patrimoniale, né si ravvede lesione di un diritto inviolabile ricavabile dall'art 2 della Costituzione, invero se anche si ritenesse il diritto a godere del

riposo e dello svago sussumibile nella categoria, in concreto questo diritto non sarebbe stato leso oltre una certa soglia di offensività.

Per questo la domanda di condanna al risarcimento del danno non patrimoniale non può essere accolta dal giudice.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MODENA
PRIMA SEZIONE CIVILE

in persona del Giudice Antonella Rimondini ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al rg. n. 6653/2008, promossa da:

G.I.

P.V.

G.O.

S.R.M.

Rappresentati e difesi dall'avv. Fulvia Fois del foro di Rovigo e dall'avv. Francesco Carenza del foro di Venezia

- attori

contro

CARAVAN CENTER MODENA s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore
Rappresentata e difesa dall'avv. Luca Mistrorigo del foro di Reggio Emilia

- convenuta

In punto a: contratto di noleggio beni mobili.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

I.G., V.P., O.G. e R.M.S. hanno agito in giudizio nei confronti della Caravan Center s.r.l. per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento di un contratto di noleggio di camper. Gli attori, in particolare, hanno dedotto che il veicolo aveva subito un primo guasto al freno a mano il 6.8.2007 e che, dopo la riparazione, aveva manifestato un altro guasto il 17.8.2007 che li aveva costretti - stante l'impossibilità di riparare il mezzo in tempi brevi - a rientrare in Italia in aereo, sostenendone i relativi costi. Ritenendo che i guasti fossero imputabili alla convenuta, per non aver consegnato un mezzo in buono stato locativo, gli attori ne chiedevano la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

Ha resistito al giudizio la Caravan Center Modena s.r.l. negando di essere responsabile dei problemi al veicolo noleggiato e di aver autorizzato le spese delle quali la controparte domandava il rimborso.

Tra le parti è pacifico - oltre che documentato (cfr. doc. n. 3 di parte convenuta) - che I.G. abbia noleggiato dalla Caravan Center Modena s.r.l. un camper 4 posti, per il corrispettivo di Euro 3.150,00. Il veicolo era stato prenotato dal 4 al 24 agosto 2007 per un viaggio nel nord-est Europa (cfr. doc. n. 1 di parte attrice). Parimenti non è controverso che il veicolo abbia subito un primo guasto il 6.8.2007 in Germania e che,

dopo la riparazione, il viaggio sia proseguito fino al 17.8.2007 quando, sempre in Germania, il mezzo si è nuovamente fermato. La società convenuta, infatti, non ha contestato tali circostanze, ma ha eccepito che i guasti al camper erano imputabili unicamente agli utilizzatori e che, in ogni caso, costoro non avevano seguito le procedure prescritte per consentire la riparazione del veicolo in garanzia.

Sotto il primo profilo va osservato che dall'istruttoria espletata non sono emersi elementi che consentano di affermare che i guasti siano imputabili agli attori. Dalla ctu svolta in corso di causa è emerso che il secondo guasto, costituito dalla rottura di un mozzo posteriore (riparato in garanzia), è dipeso da un vizio originario del pezzo, esistente fin dalla costruzione. All'epoca del fermo, infatti, il camper non aveva più di nove mesi e aveva percorso circa 10.000 km. Tenuto conto dello stato di usura del veicolo, il ctu ha escluso che il guasto sia dipeso da un errato utilizzo, potendo essersi verificato solo per un vizio di costruzione originario. Atteso che la rottura del mozzo può causare anche il guasto del freno a mano, si può ragionevolmente ritenere che anche il primo guasto (consistente appunto nella rottura del freno a mano - cfr. dep. D.C. e M.T.) non sia stato causato dagli attori, bensì sia dipeso da un vizio del camper già presente al momento della consegna del veicolo da parte della convenuta.

Sotto il secondo profilo va osservato che dall'art. 7 delle condizioni generali di contratto (cfr. doc. 3 di parte convenuta) risulta che le riparazioni avrebbero dovuto essere eseguite "quando possibile" presso officine autorizzate dalla casa costruttrice del veicolo (in questo caso FIAT). Nella fattispecie in esame, in occasione del primo guasto, gli attori non hanno sostanzialmente eseguito alcuna riparazione, ma si sono limitati a prendere atto che il freno a mano era fuori uso (dopo aver fatto smontare le gomme posteriori), mentre nel secondo caso hanno fatto trasportare il mezzo presso un'officina autorizzata che ha poi eseguito le riparazioni in garanzia (cfr. risultanze ctu). Va quindi escluso che gli attori non si siano attenuti alle prescrizioni negoziali, dovendosi altresì tener conto che gli stessi si trovavano in Germania e che, conseguentemente, le officine autorizzate Fiat non erano certamente numerose come in Italia. Dall'attività istruttoria espletata, inoltre, risulta che gli attori hanno contattato, come previsto nelle condizioni generali di contratto (art. 7), la Caravan Center Modena s.r.l. in occasione di entrambi i guasti (cfr. dep. C., T. e V.).

Sulla base di tali considerazioni, pertanto, si deve ritenere che la società convenuta si sia resa inadempiente alle obbligazioni assunte, non avendo fornito un veicolo in stato locativo tale da consentirne l'utilizzo pattuito (5000 km., come previsto nella scheda di prenotazione), mentre alcuna censura può essere mossa a parte attrice.

Consegue, quindi, l'obbligo della convenuta di risarcire i danni subiti dagli attori.

Quanto alla liquidazione dei danni da risarcire, fatta applicazione del principio di regolarità causale di cui all'articolo 1223 c.c., vanno distinti il danno non patrimoniale e il danno patrimoniale (Cfr. in merito Cass. SU. 11.11.2008 n. 26972; Cass. n. S827/2003 e Cass. 8828/2003, nonché Corte Cost. n. 233/2003).

Con riferimento al danno patrimoniale, va rilevato che I.G. ha richiesto un rimborso spese superiore a quello degli altri attori, facendo verosimilmente riferimento ai costi sostenuti per il noleggio del veicolo (Euro 3.150,00). Tale pregiudizio, tuttavia, non può essere riconosciuto, tenuto conto che parte attrice non ha dedotto che l'inadempimento della convenuta abbia compromesso completamente il viaggio che, del resto, si è potuto svolgere compiutamente almeno con riferimento alle prime due settimane programmate. Va quindi escluso che il comportamento della convenuta abbia assunto i connotati di

gravità tali da ritenere sussistenti i presupposti per la risoluzione del contratto e il conseguente diritto alla restituzione integrale del prezzo.

Va invece riconosciuto il diritto al rimborso dei costi per il soccorso del veicolo nelle due occasioni in cui si è fermato e per l'intervento della prima officina (Euro 186,23, Euro 182,00 e Euro 355,81 per un totale di Euro 724, 04- cfr. doc. nn. 6-7-8 di parte attrice e dep. C. e T.). A tali importi vanno inoltre aggiunti i costi per il pernottamento in albergo e per il rientro in Italia con un altro mezzo di trasporto (per un totale di Euro 2.272,00). In occasione del secondo guasto, infatti, il veicolo non poteva essere riparato in tempi brevi (cfr. dep. C. e T.) e, pertanto, gli attori hanno dovuto interrompere la vacanza in anticipo di una settimana (cfr. dep. 9-10 di parte attrice). La scelta di viaggiare in aereo, anziché in treno, è del tutto legittima, tenuto conto del minor tempo di viaggio che tale mezzo offre.

Conformemente alle previsioni negoziali, gli attori hanno inoltre provveduto a contattare telefonicamente la convenuta e la Compagnia Assicuratrice in occasione dei guasti e, pertanto, è possibile riconoscere il rimborso dei costi sostenuti, equitativamente determinati in Euro 200,00.

A titolo di danno emergente vengono dunque complessivamente liquidati Euro 3.196,04.

Quanto al danno non patrimoniale, va rilevato che la Suprema Corte (cfr. Cass., SU., 11.11.2008, n. 26972) ha riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di responsabilità contrattuale, atteso che l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, va riferito sia al danno patrimoniale che al danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona (Cfr. Cass. S.U. 11.11.2008 n. 26972).

A tal proposito deve rilevarsi che - a seguito delle pronunce della Corte di Cassazione nn. 8827 e 8828/2003 - la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale è stata generalmente riconosciuta, oltre che nei casi previsti dalla legge, solo nell'ipotesi di compromissione di specifici interessi di rango costituzionale e, in particolare, degli interessi fondamentali della persona ricavabili dall'art. 2 Cost. Il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dai casi di cui all'art. 185 c.p. e delle altre minori ipotesi legislativamente previste, attiene dunque solo all'ipotesi di lesione di valori costituzionalmente garantiti (salute, famiglia, reputazione, libertà di pensiero, ecc.). In questo caso, tuttavia, "non vi è un generico danno non patrimoniale esistenziale, ma un danno da lesione di quello specifico ed individuato referente costituzionale... Non è sufficiente, quindi, come per il danno patrimoniale, che sussista una lesione di una posizione giuridica considerata meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, sia pure a fini diversi da quelli risarcitori, ma è necessario, ai fini della risarcibilità ex art. 2059 c.c., che tale lesione attenga a valori della persona umana che la Costituzione dichiara inviolabili e, come tali, oggetto almeno della tutela minima, che è quella risarcitoria" (cfr. Cass., sez. III, 9.11.2006, n. 23918).

In questo quadro sono intervenute le Sezioni Unite 11.11.2008, n. 26972 (già citate in precedenza) che hanno precisato che la tutela risarcitoria può essere riconosciuta solo se il pregiudizio lamentato sia conseguenza della lesione di almeno un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo (leggi interne e convenzioni internazionali). In assenza di una previsione normativa specifica (come ad esempio la legge penale), i pregiudizi di tipo esistenziale sono riconoscibili unicamente se derivano

dalla lesione di diritti inviolabili della persona. Così i danni attinenti alla sfera relazionale dell'individuo, ma non conseguenti a lesioni psico-fisiche e, quindi, non rientranti nell'ambito del danno biologico, saranno risarcibili solo se conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso da quello all'integrità psico-fisica. Il diritto, inoltre, "deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un minimo grado di tolleranza".

Nella fattispecie in esame non si rinviene alcuna specifica norma che riconosca la risarcibilità del danno non patrimoniale, tenuto conto che non trovano applicazione le norme contenute negli artt. 82-100 del D.lgs. n. 206 del 2005 riferibili solo ai viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso. La convenuta non si è infatti occupata dell'organizzazione del viaggio, ma ha unicamente messo a disposizione un mezzo di trasporto.

Per il riconoscimento del danno non patrimoniale, pertanto, occorre essere in presenza della lesione di un diritto inviolabile, inciso oltre una certa soglia minima. Tali circostanze, tuttavia, non sono state neppure dedotte dagli attori e, in ogni caso, non si può ritenere che il diritto a godere del riposo e dello svago eventualmente sussumibile nell'ambito dell'art. 2 Cost., sia stato inciso oltre una certa soglia di offensività, così da ritenere il pregiudizio riportato così serio da poter essere ristorato.

La domanda di condanna al risarcimento del danno non patrimoniale, dunque, va respinta.

Costituendo l'obbligazione da risarcimento del danno un debito di valore, la stessa è sottratta al principio nominalistico proprio delle obbligazioni pecuniarie e deve essere adeguata alla stregua dell'aumento del costo della vita intervenuto in epoca successiva al sinistro.

Nella liquidazione del danno la giurisprudenza prevalente riconosce anche il danno da ritardo nella prestazione e tale importo è liquidato in via sostanzialmente equitativa attraverso il riconoscimento al danneggiato di un'ulteriore voce che correntemente è definita come "interessi compensativi" (altri li definiscono "moratori", ma ai fini della presente valutazione le differenze terminologiche sono indifferenti). Tali interessi sono calcolati dalla data del momento generativo della obbligazione risarcitoria sino al momento della liquidazione. Gli interessi vanno liquidati al tasso nella misura legale che, in base alla normativa vigente, è variato in relazione alle dinamiche dei tassi correnti sul mercato, sia un parametro di riferimento adeguato per determinare il danno da ritardo della prestazione risarcitoria. Tali interessi vanno calcolati non sulle somme integralmente rivalutate (il che condurrebbe ad una duplicazione delle voci risarcitorie, come affermato nella nota sentenza Sezioni Unite del 17.2.1995, n. 1712), ma sulla somma via via rivalutata con periodicità annuale (Cass. 20.6.1990, n. 6209, soluzione accolta, in genere, con riferimento alle esigenze di semplificazione dei calcoli). In tal caso il calcolo della rivalutazione è fatto anno per anno alla data convenzionale del 31 dicembre ed in quella data sono computati gli interessi che, poi, sono improduttivi di ulteriori interessi e non sono capitalizzati in alcun modo.

Va inoltre considerato che gli attori hanno ricevuto, all'udienza del 26.11.2010, un acconto di Euro 1.600,00.

Gli importi determinati alla data del fatto a titolo di danno patrimoniale (3.196,04) vanno dunque rivalutati sulla base degli indici Istat dei prezzi al consumo e con il

riconoscimento degli interessi legali sulla somma via via rivalutata dall'agosto 2007 fino al 26.11.2010 (data di pagamento dell'acconto), ottenendo l'ammontare di Euro 3.639,75. Da tale somma va detratto l'acconto di Euro 1600,00 e sull'importo residuo (Euro 2.039,75) vanno applicati la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sulla somma via via rivalutata alla data della presente sentenza, per un importo finale di Euro 2.336,41.

La Caravan Center S.p.A. va dunque condannata al pagamento a favore di I.G., V.P., O.G. e R.M.S. in solido della somma complessiva di Euro 2.336,41, oltre ad interessi legali dalla data della presente sentenza al saldo.

Le spese seguono la soccombenza e, nella misura indicata in dispositivo, vanno poste a carico della convenuta.

Per la liquidazione delle spese va considerato che l'art. 9 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, sopravvenuto in corso di causa, ha determinato l'abrogazione delle tariffe professionali, stabilendone l'applicazione, limitatamente alla liquidazione delle spese giudiziali, unicamente fino alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali previsti dal comma 2 del medesimo articolo, e, comunque, non oltre il centovesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione. Con il successivo decreto del Ministro per la Giustizia 20 luglio 2012, n. 140, entrato in vigore il 23 agosto 2012, sono stati determinati i parametri per la liquidazione da parte degli organi giurisdizionali dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ed ai sensi dell'art. 41 del medesimo decreto le nuove disposizioni devono trovare applicazione alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore.

Tale decreto è stato poi sostituito dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55 (pubblicato sulla G.U. del 2.4.2014, n. 77), applicabile alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore (art. 28).

Al fine di individuare i parametri concretamente applicabili in sede di liquidazione delle spese giudiziali, va considerato che liquidazione definitiva delle spese deve avvenire necessariamente all'esito del giudizio, come evidenziato dall'espressa dizione dell'art. 91 c.p.c. che impone al giudice di pronunciare la statuizione sulle spese "con la sentenza che chiude il processo davanti a lui". Da tale principio deriva anche il corollario secondo cui la misura della condanna alle spese deve tendere quanto più possibile a garantire alla parte vittoriosa il pieno ristoro di tutti gli esborsi che ha sostenuto per far valere il proprio diritto, ivi compreso il compenso spettante al difensore che l'ordinamento processuale impone di incaricare, in virtù dell'obbligo della difesa tecnica, salvo che tali esborsi non siano manifestamente eccessivi e sproporzionati rispetto al valore della controversia. A ciò deve aggiungersi che già nella vigenza del precedente regime tariffario, la Corte Cassazione, in occasione della successione nel tempo delle tariffe professionali, aveva stabilito che, in caso di successione di tariffe professionali forensi, gli onorari di avvocato dovessero essere liquidati in riferimento alla normativa vigente nel momento in cui l'opera complessiva è stata condotta a termine, con l'esaurimento o con la cessazione dell'incarico professionale (così Cass. sez. 3, 19 dicembre 2008, n. 29880, Cass. sez. 3, 11 marzo 2005, n. 5426), e ciò in considerazione del carattere unitario dell'attività difensiva, che non è parcellizzabile nei singoli atti o nelle singole fasi pur previste dalla tariffa professionale, ma rappresenta un'unica ininterrotta e continuativa prestazione professionale. Ne deriva che il credito vantato a titolo di corrispettivo per l'attività professionale svolta diviene concretamente liquidabile

unicamente al termine dell'esecuzione del mandato difensivo e tale liquidazione va compiuta sulla base dei parametri vigenti nel momento in cui il mandato difensivo ha il suo termine, anche tenuto conto del venir meno della distinzione tra diritti ed onorari di avvocato.

Tali considerazioni inducono, dunque, a ritenere che anche nell'ambito del presente giudizio, seppur introdotto in epoca antecedente all'entrata in vigore del citato art. 9 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, la liquidazione delle spese processuali debba avvenire integralmente sulla base dei nuovi parametri introdotti dal citato D.M. 10 marzo 2014, n. 55, sotto il cui vigore si è conclusa l'attività dei difensori delle parti. Le considerazioni prospettate trovano conferma nella pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 12 ottobre 2012, n. 17406.

La liquidazione sarà compiuta tenendo conto degli importi effettivamente liquidati a parte attrice.

Le spese relative alla ctu, già liquidate in corso di causa, sono definitivamente attribuite alla Caravan Center s.r.l..

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, pronunciando definitivamente nel giudizio promosso da G.I., P.V., G.O. e S.R.M. nei confronti della Caravan Center s.r.l., con atto di citazione notificato in data 8 agosto 2008, ogni altra domanda o eccezione disattesa, così provvede:

1. condanna la Caravan Center s.r.l. al pagamento a favore degli attori in solido di Euro 2.336,41 a titolo di risarcimento danni, oltre ad interessi legali dalla data della presente sentenza al saldo;
2. condanna la convenuta a rifondere le spese processuali sostenute dagli attori in solido, che si liquidano in Euro 348,00 per anticipazioni e Euro 4.835,00 per compensi, oltre a spese generali, IVA e CPA come per legge;
3. pone a carico della convenuta le spese di ctu.

Così deciso in Modena, il 9 settembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 18 settembre 2014.

TRIBUNALE DI MODENA, sentenza 18 settembre 2014, n. 6653; Est. RIMONDINI; G.I., P.V., G.O., S.R.M. (avv.ti FOIS, CARENZA) c. Caravan Center Modena s.r.l. (avv.ti MISTRORIGO, LUCA).

Responsabilità civile – Responsabilità contrattuale – Locazione di cose - Vizi della cosa locata – Difettoso funzionamento parti meccaniche - Risarcimento danno patrimoniale – Sussiste (Cod. civ., artt. 1223, 1571, 1578, 1218)

Responsabilità civile – Responsabilità contrattuale – Risarcimento danno non patrimoniale – Condizioni di ammissibilità – Tutela minima risarcitoria garantita agli interessi fondamentali della persona – Non sussiste (Cost., art. 2; Cod. civ., artt. 1218, 2059)

La società di noleggio veicoli che si sia resa inadempiente per le obbligazioni assunte dando a noleggio un camper affetto da vizi di costruzione originari in alcune sue parti, risponde in via contrattuale ed è tenuta al risarcimento del danno patrimoniale comprensivo di tutte le spese che i danneggiati abbiano sostenuto a causa dei guasti del camper. Tuttavia la società non è tenuta alla restituzione integrale del prezzo di noleggio qualora l'inadempimento contrattuale non abbia compromesso completamente la vacanza degli attori. (1)

La responsabilità contrattuale non osta alla possibilità di risarcire il danno non patrimoniale, posto che l'art. 1218, nel disporre che il debitore che non esegue la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, contempla sia il danno patrimoniale che il non patrimoniale, ove l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona (nella specie, tale non è stato ritenuto il diritto alla vacanza degli attori, che avevano preso un camper a noleggio e in esito al cattivo funzionamento del camper avevano visto rovinato il progetto di vacanza). (2)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità Cass. 3 luglio 1968, n. 2234, in *Foro it.*, Rep. 1968, voce *Locazione*, n. 22, che nota come i vizi di norma già sussistono nel momento della stipulazione del contratto, e configura i rimedi previsti dalla garanzia per vizi della cosa locata come sanzioni di una responsabilità contrattuale del locatore, stabilendo questa garanzia come un'obbligazione del locatore, distinta da quella di manutenzione. Cass. 13 settembre 1974, n. 2490, in *Foro it.*, Rep. 1974, voce *Locazione*, n. 33, assegna alla garanzia per vizi la funzione di ricostituire l'equilibrio sinallagmatico. Cass. 15 maggio 2007, n. 11198, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Locazione*, n. 141, in *estenso* in *Immobile e dir.*, fasc. 8, 63, 2007, nota di Scarpa. e Cass. 21 novembre 2011 n. 24459, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Locazione*, n. 113, specificano quali possono essere considerati i vizi della cosa locata: quelli la cui presenza, senza configurare un inadempimento del locatore alle obbligazioni assunte ai sensi dell'art. 1575 c.c. altera tuttavia l'equilibrio delle prestazioni corrispettive, incidendo sull'idoneità all'uso della cosa stessa. Cass. 19 settembre 2014, n. 19744, in *DeJure*, in questo senso argomenta sostenendo che la responsabilità del locatore per i danni derivanti dall'esistenza di vizi sussiste anche in relazione a vizi preesistenti la consegna ma manifestatisi successivamente ad essa, nel caso in cui il locatore poteva conoscere i suddetti vizi. In quella di merito Trib. Bari 9 ottobre 2014, in *DeJure*, si rifà a Cass. 24459/2011 per la definizione dei vizi della cosa locata.

In dottrina, con riferimento ai vizi della cosa locata e conseguenze sul piano contrattuale, a livello di danno patrimoniale, si vedano G. MARABELLI, *Locazione*, 1974, UTET; A. TABET, *Locazione-conduzione*, Giuffrè, 1972; F. P. PATTI, *Responsabilità del locatore per vizi della cosa locata*, in *Contratti*, II, 2014; Maurizio DE TILLA, *Vizi della cosa locata e risoluzione della locazione*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2, 2002.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini: nella giurisprudenza di legittimità Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Danni civili*, n. 89/191/192/213/226/272/309/311; sul non riconoscimento del danno patrimoniale (nella

fattispecie, danno da stress causato da messaggi pubblicitari effettuati dal cronista di una partita di calcio); Cass. 29 Agosto 2008, n. 21934, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Giurisdizione civile*, n.72; Cass.11 maggio 2012 n. 7272, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Danni civili*, n. 160, 259; Cass. 18 gennaio 2011, n. 1072, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Danni civili*, n. 245/271/284; Cass. 19 agosto 2009, n. 18356, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Danni civili*, n. 336, in *estenso* in *La responsabilità civile*, 984, 2009, nota di VANTAGGIATO. Sulla non autonomia del “danno esistenziale”, in quanto assorbito dal danno biologico: Cass. 20 aprile 2007, n. 9514, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Danni civili*, n. 327/358, in *estenso* in *Danno e responsabilità*, 1028, 2007, nota di D’ANGELO. In quella di merito, precedenti nello stesso senso, ovvero quello del non riconoscimento del danno non patrimoniale in adesione alla sent. 26972/2008: Trib. Camerino, 21 Gennaio 2009, in *DeJure*. Sulla necessità di non duplicare il risarcimento: Tribunale Torre Annunziata 29 aprile 2014 n. 1552 in *DeJure*; Corte appello Firenze 13 aprile 2012, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Danni civili*, n. 262, in *estenso* in *Riv. It. Medicina legale*, 1336, 2012; Tribunale Milano 09 dicembre 2009, n. 14720, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Lavoro [rapporto]*, n. 1043; Tribunale Milano 18 marzo 2009, n. 3669, in *DeJure*; Tribunale Lecce 29 novembre 2008, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Danni civili*, n. 295. Sul diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, pur in assenza di danno biologico ma in presenza di lesione di interessi costituzionalmente garantiti: Tribunale Firenze 2 febbraio 2015 n. 280, in *DeJure*. In senso contrario: Cass. 17 novembre 2011, n. 24082, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Giudizio [rapporto]*, n. 13, che si è pronunciata per l’autonomia del danno morale. Cass. 15 gennaio 2009, n. 794, in *Foro it.*, voce *Responsabilità civile*, n. 245/247, in *estenso* in *Corriere Giur.*, 770, 2009, nota di D’ANTONIO; in cui le S. U. Hanno richiamato le sentenze di San Martino, ma leggendole estensivamente, cioè autorizzando il risarcimento del danno non patrimoniale anche laddove non ricorre la “specifica lesione di diritti inviolabili della persona”, ma “un’ingiustizia costituzionalmente riconosciuta”; Tribunale Bari 19 novembre 2009, n. 3478, in *DeJure*; T.A.R. Napoli 27 febbraio 2015 n. 1330, in *DeJure*.

In dottrina, tra i moltissimi che hanno commentato le celebri sentenze di San Martino: E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 63, 2009; ROSSETTI, *Post nubilia phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, I, 930, 2009; ; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 5, 2008; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle sezioni unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 261, 2009; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il “nuovo statuto” del danno alla persona*, in *Foro it.*, I, 134, 2009; A. FARNETI, *Cosa vale la nostra integrità psicofisica? Riflessioni medico legali sul sistema risarcitorio italiano*, in *Medicina&Diritto*, 2, 2009; D. ALBERTO, *Riparabilità del danno non patrimoniale ed aequitas cerebrina, a proposito delle sezioni unite n. 26972/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 11, 2009; S. MARIO, *Osservazioni sparse sulle pronunce delle sezioni unite del novembre 2008 in materia di risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 1, 2010; M. ROSSETTI, *Post nubilia phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, I, 930, 2009; S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2012; D. DE STROBEL, *Rassegna di giurisprudenza sul danno non patrimoniale dopo le*

sentenze delle sezioni unite. prime decisioni dopo il riordino del danno non patrimoniale operato dalle sezioni unite, in *Dir. economia assicur.*, 2, 2009; P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le sezioni unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2008.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Il “danno da vacanza rovinata”. Eccessivamente limitato?; 2. Responsabilità contrattuale e risoluzione del contratto; 3. Risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: una storia travagliata; 4. Le “sentenze di San Martino”: meriti e demeriti; 5. Conclusioni.

1. Il “danno da vacanza rovinata”. Eccessivamente limitato?

Nella sentenza in rassegna, laddove il giudice argomenta circa l'impossibilità di liquidare nel caso di specie una somma a titolo di danno non patrimoniale, richiama le norme contenute negli artt. 82-100 del D.lgs. n. 206 del 2005¹. Nel richiamarle viene specificato come non possano essere utilizzate per il giudizio in corso, dato che il D.lgs. è destinato a coloro che hanno acquistato un pacchetto turistico. La definizione di pacchetto turistico è data all'art. 84, che sancisce al primo capoverso: «I pacchetti turistici hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfetario, e di durata superiore alle ventiquattro ore ovvero comprendente almeno una notte: a) trasporto; b) alloggio; c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio di cui all'articolo 86, lettere i) e o), che costituiscano parte significativa del pacchetto turistico.»

Per quanto mi rendo conto che possa sembrare azzardato, non posso fare a meno di rilevare che la decisione di muoversi in camper per coloro che si apprestano ad un viaggio di vacanza, contiene certamente almeno due degli elementi indicati dalla norma: trasporto e alloggio.

In questo decreto ha trovato riconoscimento legislativo il c.d. “danno da vacanza rovinata”, danno che ancora più recentemente ha preso posto tra le fonti di diritto positivo con il Codice del Turismo², nello specifico all'art. 47, rubricato “danno da vacanza rovinata”, che al primo capoverso recita: «Nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico non sia di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il turista può chiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta.»³.

Dunque, per riconoscere questo tipo di danno, è necessario accertare prima di tutto la non scarsa importanza dell'inadempimento. Se questa verifica andasse a buon fine, nello stabilire il quantum debeatur, il giudice deve tener conto del tempo di vacanza inutilmente trascorso e dell'irripetibilità dell'occasione perduta. Questa norma introduce un criterio di relatività, grazie al quale è possibile attestare l'effettiva alterazione causata dall'inadempimento su quello che dovrebbe essere l'equilibrio delle prestazioni alla base del contratto: questo controllo deve essere svolto soprattutto con riguardo agli

¹ Conosciuto come “Codice del consumo”: decreto legislativo 06.09.2005 n° 206, G.U. 08.10.2005.

² “Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo”, allegato al Decreto legislativo 23.05.2011 n. 79.

³ Sempre nel Codice del Turismo, all'art 43, 1 comma si dice che « si considerano inesatto adempimento le difformità degli standard qualitativi del servizio promessi o pubblicizzati ». Curiosamente, la formulazione prospettata dal decreto licenziato dal Governo era molto diversa, decisamente più ampia: in essa veniva qualificato come inesatto adempimento « l'inottemperanza anche lieve » degli standard qualitativi del servizio promessi o pubblicizzati.

interessi della parte che ha “subito” l’inadempimento, totale o parziale, dell’altro contraente.

Nel caso giudicato dal Tribunale di Modena potrebbero ravvisarsi anche questi requisiti. Uso il tempo verbale del condizionale perché indubbiamente la valutazione lascia ampi margini alla discrezionalità del giudice, giudice che per quanto riguarda il caso contro la Caravan Center Modena s.r.l. non ha ritenuto che l’inadempimento dello stesso fosse grave al punto da giustificare la restituzione alla parte attrice del prezzo di noleggio del veicolo, e che quindi presumibilmente (anche se vedremo a breve che giurisprudenzialmente il danno da vacanza rovinata è stato riconosciuto anche a fronte di inadempimenti contrattuali non molto gravi) non si sarebbe pronunciato per il riconoscimento del danno da vacanza rovinata nemmeno nell’ipotetico caso in cui la convenuta si occupasse di organizzare pacchetti turistici, piuttosto che di noleggio di beni mobili.

Ma astraendosi da quella che è stata effettivamente la decisione del caso, se si guarda alla definizione di danno da vacanza rovinata, è facile trovare affinità con la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale da parte dei quattro viaggiatori sfortunati: «Si definisce “danno da vacanza rovinata” il pregiudizio di natura non patrimoniale che si sostanzia nel disagio, nello stress e nell’afflizione subiti dal turista-viaggiatore, per non aver potuto godere pienamente della vacanza programmata, a causa della mancata realizzazione, in tutto o in parte, del programma previsto, avuto riguardo alla particolare rilevanza socio-economica riconosciuta all’organizzazione turistica del tempo libero»⁴

Non è forse questo lo stato in cui si è trovata la parte attrice del processo?

Scrivono l’estensore Rimondini: «(nella fattispecie) non si può ritenere che il diritto a godere del riposo e dello svago eventualmente sussumibile nell’ambito dell’art. 2 Cost., sia stato inciso oltre una certa soglia di offensività, così da ritenere il pregiudizio riportato così serio da poter essere ristorato.», e in definitiva alla parte attrice viene liquidato un risarcimento che coinvolge solo le spese che si sono rese necessarie per riparare il veicolo e rientrare in Italia.

Manca quindi il riconoscimento del valore che ha quella settimana di vacanza che era stata programmata, che doveva svolgersi fuori dall’Italia, che faceva parte del viaggio per affrontare il quale era stato necessario noleggiare il camper. Quella mancata ultima settimana di vacanza non ha un valore che rientra nelle voci di risarcimento, né tantomeno ce l’ha “il disagio, lo stress e l’afflizione” che presumibilmente ha colto parte attrice nello scoprire nel bel mezzo della vacanza l’impossibilità di usare il freno a mano o nel cercare un’officina autorizzata alla riparazione di mezzi FIAT in Germania. Nel caso deciso dal Tribunale di Arezzo in data 20 Marzo 2012 sul tema del danno da vacanza rovinata⁵, l’inadempimento del convenuto Tour Operator non è ritenuto così grave da portare alla risoluzione del contratto, ma abbastanza da accordare il risarcimento del danno da vacanza rovinata: un ulteriore aspetto che si potrebbe ritagliare sulla sentenza del Tribunale di Modena dove, come già esposto, l’inadempimento della società di noleggio veicoli non è stato giudicato di gravità tale da risolvere il contratto di noleggio.

⁴ S.VACCA, *Il danno da vacanza rovinata: requisiti minimi per il suo risarcimento*, in *Corriere Merito*, 2012 (8-9).

⁵ Trib. Arezzo, 20 marzo 2012, in *Foro it.*, Rep 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 230.

Con questo breve intervento non voglio certo sperticarmi nelle lodi di una voce di danno non patrimoniale che pure è stata criticata da molta dottrina⁶, ma solo riflettere sulle analogie che esistono tra la disavventura oggetto della sentenza in analisi e il danno da vacanza rovinata, che seppure di relativamente recente nascita, conta già una vasta serie di applicazioni giurisprudenziali⁷, peraltro non sempre tra loro coerenti⁸.

2. Responsabilità contrattuale e risoluzione del contratto

La responsabilità di natura contrattuale consegue all'inadempimento di un'obbligazione assunta, ed è codificata all'art. 1218 c.c. Si contrappone alla responsabilità extracontrattuale, che invece trova fondamento nell'art. 2043 e che è sinteticamente esposta nel brocardo latino *neminem laedere*. Anche la S.U. non ha mancato di pronunciarsi su questi due tipi di responsabilità⁹, stabilendo che l'elemento differenziale tipico tra le due è non già la predeterminazione o la predeterminabilità dei soggetti nei confronti dei quali sussiste l'obbligo, ma la fonte, contrattuale o meno di quell'obbligo.

⁶ Tra i molti cito per chiarezza e sintesi G. A. Ferro, Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania, contrario al riconoscimento del danno da vacanza rovinata e in particolare all'ampliare la valvola d'ingresso di nuovi diritti fondamentali aperta dall'art. 2 della Costituzione a quello che chiama "il diritto alla vacanza serena": G.A. FERRO, *Nuove frontiere della tutela del turista-consumatore nello spazio giuridico europeo e antiche diatribe domestiche: riflettendo sul c.d. "danno da vacanza rovinata"*, in Quaderni Costituzionali, 2014.

⁷ Per fare qualche esempio: Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Turismo*, n. 48/49, che evidenzia come nel contratto di viaggio vacanza "tutto compreso" lo "scopo di piacere" non sia un motivo irrilevante, ma si sostanzia nell'interesse che lo stesso è volto a realizzare. Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Turismo*, n. 32/33, che sancisce come, con il contratto ad oggetti pacchetti tutto compreso, l'organizzatore assume specifici obblighi contrattuali, e che qualora le prestazioni non siano esattamente adempiute sussiste responsabilità contrattuale e il conseguente doveroso risarcimento, salvo prova di caso fortuito o forza maggiore. Cass. 11 maggio 2012, n. 7256, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Danni civili*, n. 223/224, in *estenso* in Riv. del Diritto, 1685, 2012, con nota di SPIRITO. Qui la Suprema Corte ci dice che già prima dell'entrata in vigore del Codice del Turismo in caso di inadempimento del contratto avente ad oggetto pacchetti turistici, il danno non patrimoniale da vacanza rovinata, ossia il pregiudizio conseguente alla lesione dell'interesse del turista del godere pienamente del viaggio organizzato come occasione di piacere e di riposo, era risarcibile in virtù del combinato di sposto degli articoli 2059 c.c. e artt. 2 e 32 Cost. Tribunale Salerno 26 novembre 2014, in *DeJure*: sentenza molto interessante anche ai fini di quest'analisi per quanto stabilisce in materia di onere probatorio: In materia di danno non patrimoniale "da vacanza rovinata", inteso come disagio psicofisico per la mancata realizzazione, in tutto o in parte della vacanza programmata, la prova dell'inadempimento esaurisce in sé la prova anche del danno. Inoltre specifica che il danno non patrimoniale "da vacanza rovinata", quale pregiudizio conseguente alla lesione dell'interesse del turista di godere pienamente del viaggio organizzato come occasione di piacere e di riposo, è risarcibile, sebbene non vengano in rilievo lesioni dell'integrità psicofisica tutelate dall'art. 32 Cost. o diritti inviolabili della persona di rilevanza costituzionale, in quanto la risarcibilità di tale danno è espressamente prevista dalla legge (cfr., cass. sez. un., 11.11.2008, n. 26972), in particolare dal D.Lgs. n. 206 del 2005 (cd. "Codice di consumo"), oggi refluito, per la parte relativa ai servizi turistici, nel D.Lgs. n. 79 del 2011 (c.d. "Codice del turismo"), oltre che costantemente dalla Corte di Giustizia Europea.); Tribunale Salerno 12 marzo 2013, in *DeJure*.

⁸ In via esemplificativa possono essere ricordati i seguenti casi: a titolo risarcitorio per il danno da vacanza rovinata, al turista viene liquidata una somma pari a metà del prezzo del viaggio (Giud. Pace Ravenna, 20 maggio 2002, in *Giur. it.*, 258, 2003), ad un terzo dell'intero costo (Trib. Firenze, 25 settembre 2001, in *Dir. mar.*, 558, 2003), al doppio del costo del viaggio (Trib. Napoli, 22 febbraio 2006, in *Corr. merito*, 583, 2006).

⁹ Cass. 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 232, in *estenso* in *Corriere giur.*, 832, 1990, nota di CARBONE.

Senza dubbio, nella sentenza in rassegna ci si trova dinanzi ad un inadempimento contrattuale.

La fonte dell'obbligo era infatti un contratto di locazione, figura disciplinata dall'art 1571 e ss. c.c.. Secondo questo schema, una delle parti si impegna a far godere all'altra una cosa –mobile, nel caso- per un dato tempo –dal 4 al 24 agosto- verso un determinato corrispettivo -3150,00 euro-.

Come però sappiamo, il camper oggetto del contratto conteneva delle parti affette da vizi di costruzione: vi è una norma del nostro codice civile che disciplina anche questo caso, è l'art. 1578, rubricato “vizi della cosa locata”, secondo il quale «Se al momento della consegna la cosa locata è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito, il conduttore può domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, salvo che si tratti di vizi da lui conosciuti o facilmente riconoscibili.

Il locatore è tenuto a risarcire al conduttore i danni derivati da vizi della cosa, se non prova di avere, senza colpa, ignorato i vizi stessi al momento della consegna.»

Anche in questo caso i requisiti sembrano esserci:

(1) sicuramente, al momento della consegna il veicolo era affetto dal vizio, essendo un difetto originario della costruzione;

(2) il difetto era in grado di diminuire in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito;

(3) il vizio in questione non poteva essere facilmente riconoscibile dal conduttore, usando lo standard di diligenza medio, quello del buon padre di famiglia.

Potrebbe però insospettire la parte finale della norma: a rigor di logica, il locatore (dunque nel caso la Caravan Center Modena S.r.l.) poteva senza colpa aver ignorato i vizi della cosa, trattandosi di un veicolo nuovo (il camper non aveva più di nove mesi).

Tuttavia a “correggere il tiro” della norma codicistica è stata la Corte di Cassazione, con una solida giurisprudenza¹⁰ che ha stabilito che «nel caso di locazione di un'automobile, il locatore è tenuto a rimborsare al conduttore i danni derivanti dal difettoso funzionamento di parti meccaniche della stessa; né egli può esonerarsi dalla responsabilità, adducendo la sua incolpevole ignoranza del difetto, qualora non abbia provveduto, prima della consegna del veicolo al conduttore, ad ispezionare l'autovettura, dovendo tale controllo essere compiuto prima di ogni consegna al conduttore, in considerazione della particolare usura a cui sono sottoposti i veicoli da noleggio».

Assodata e coerente è anche la giurisprudenza che definisce quali possono essere i vizi della cosa locata: vizi la cui presenza senza configurare un inadempimento del locatore alle obbligazioni assunte ai sensi dell'art. 1575 c.c., altera tuttavia l'equilibrio delle prestazioni corrispettive, incidendo sull'idoneità all'uso della cosa stessa e consentendo la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del corrispettivo, quelli che investono la struttura materiale della cosa, intaccando l'integrità della stessa, in modo tale da impedirne o ridurne notevolmente il godimento secondo la destinazione contrattuale, e ciò anche se si tratti di difetti eliminabili e/o di difetti manifestatisi successivamente alla conclusione del contratto di locazione, mentre si ritengono sottratti a tale disciplina i guasti o i deterioramenti della cosa dovuti alla naturale usura o quegli accadimenti che determinino disagi limitati e transeunti nell'utilizzazione del bene, dal momento che in

¹⁰ Si veda a titolo emblematico Cass. 24 febbraio 2010, n. 4495, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Locazione*, n. 154, in *extenso* in *Arch. Circolaz.*, 518, 2010.

questo caso diviene operante soltanto l'obbligo del locatore di provvedere alle necessarie riparazioni ai sensi dell'art. 1576 c.c.¹¹.

Nelle sentenza giudicata dal Tribunale di Modena, parte attrice non ha dedotto che l'inadempimento della convenuta abbia compromesso completamente il viaggio, e per questo motivo il giudice non le ha riconosciuto il diritto alla restituzione integrale del prezzo di noleggio, mettendo in rilievo inoltre che per due settimane –sulle tre stabilite– parte attrice ha goduto della locazione del bene mobile.

Tuttavia è ragionevole presumere che se i danneggiati avessero richiesto la risoluzione del contratto per vizi della cosa locata, questo sarebbe stato loro accordato, posto che l'art. 1578 c.c. dà questa possibilità al conduttore. Inoltre, i lavori di ripristino del veicolo hanno determinato l'impossibilità di godere della cosa locata per un periodo superiore ad 1/6 della durata della locazione: per questo motivo dovrebbe rivivere nel conduttore il diritto a richiedere la risoluzione del contratto, nonché il risarcimento del pregiudizio del danno patito ulteriormente al mancato godimento della cosa locata¹².

3. Risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: una storia travagliata

La sentenza 11 novembre 2008, n. 26972¹³, richiamata esplicitamente anche dall'estensore della sentenza in esame, ha riconosciuto l'autonoma risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

È necessario ripercorrere un breve *excursus* storico, per riuscire a cogliere appieno l'importanza di questa decisione: sul tema infatti la dottrina si interrogava e divideva da decenni.

Sotto la vigenza del codice civile del 1865, la dottrina maggioritaria, pur nel silenzio del legislatore, escludeva la risarcibilità del danno non patrimoniale. Con l'adozione dell'attuale codice nel 1942, la lettura maggioritaria dell'art. 1223 c.c. considerava i termini "mancato guadagno" e "perdita subita" nell'interpretazione restrittiva al solo danno patrimoniale; e la lettura prevalente che si faceva dell'art. 2059 escludeva la possibilità di risarcire il danno morale contrattuale. La giurisprudenza allora faceva ricorso al concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale¹⁴, per riuscire a compensare i danni di natura non patrimoniale che l'eventuale danneggiato avesse subito, da parte di un danneggiante con cui pure era legato da un rapporto obbligatorio. Tutto questo perdura fino appunto alle sentenze di San Martino, che nel sancire la risarcibilità del danno non patrimoniale da

¹¹ Cass. 18 aprile 2001, n. 5682, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Locazione*, n. 123, in *estenso* in *Giur. It.*, 2252, 2001: «La presenza, nel bene locato, di difetti strutturali intrinseci che, incidendo sulla struttura materiale della cosa, ne alterano l'integrità determinando l'inadempimento o la notevole riduzione del godimento secondo la destinazione pattuita, si risolve nella sussistenza di vizi della cosa locata che facoltizzano il conduttore a richiederne, ex art. 1578 c.c., la risoluzione del contratto o la riduzione del canone.». Cass. 15 maggio 2007, n. 11198, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Locazione*, n. 141, in *estenso* in *Immobile e dir.*, fasc. 8, 63, 2007, nota di SCARPA; Cass. 21 novembre 2011, n. 24459, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Locazione*, n. 113; Tribunale Bari 09 ottobre 2014, in *DeJure*; Tribunale Bari 20 marzo 2006, in *DeJure*.

¹² Massima della sentenza Tribunale Salerno 18 gennaio 2008, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Società*, in *estenso* in *Società*, 899, 2009, nota di GIUFFRÈ.

¹³ Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Danni civili*, n. 189/191/192/213/226/272/309/311; la quale è parte delle c.d. "Sentenze di San Martino": Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975.

¹⁴ C.d. "teoria del cumulo".

inadempimento, ancorano questa possibilità alla presenza di una “lesione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica”.

C’è da dire che successivamente la stessa Corte di Cassazione a sezioni unite ha ampliato il novero, facendo riferimento alla categoria meno restrittiva dei “diritti costituzionalmente tutelati”¹⁵.

Viene da chiedersi allora se alla luce di questo criterio meno stringente, la parte attrice contro la Caravan Center Modena S.r.l. non potesse con maggiori probabilità essere meritevole di risarcimento del danno non patrimoniale. Non è forse quello a godere del riposo, svago e tempo libero un diritto che deve essere garantito, se alla base soprattutto vi è una quantità di denaro spesa per organizzare al meglio le proprie settimane di ferie? Mi pongo questo dubbio inevitabilmente pensando a quale potrebbe essere un “aggancio” costituzionale: l’art. 36, col suo riferimento al diritto/dovere al riposo settimanale?

4. Le “sentenze di San Martino”: meriti e demeriti

Quindi, con un’espressione un po’ ad effetto, potremmo dire che non è tutto oro quello che luccica: le sentenze Cass. 26972-5, pur nella loro innegabile importanza, hanno lasciato molti punti interrogativi sul risarcimento del danno non patrimoniale¹⁶: una volta ammesso che possa discendere anche da un rapporto contrattuale, come quantificare il risarcimento?

Nel 2008 la Cassazione ci ammonisce: il danno non patrimoniale di cui all’art. 2059 costituisce categoria unitaria, non suscettiva di suddivisione in sottocategorie; le eventuali diverse voci di danno hanno valore meramente descrittivo.

Vediamo ora come ha retto all’applicazione pratica questa decisione, e come effettivamente viene liquidato il calcolo di questa voce unitaria pur divisa in “sottocategorie”.

Prima di tutto, come rileva Cesare Salvi in un suo articolo¹⁷, alcune successive pronunce dei giudici del tribunale supremo non si attengono coerentemente a quanto enunciato nel 2008: l’autore fa una breve rassegna di pronunce dell’anno 2013, rilevando come per Cass. 22585/2013 il danno morale e il danno dinamico relazionale vengano liquidato autonomamente, contrariamente per Cass. 3290/2013 ciò costituirebbe un’inammissibile duplicazione risarcitoria. Ancora, con riguardo al danno non patrimoniale da morte, Cass. 4043/2013 adotta una nozione unitaria e omnicomprensiva, mentre Cass. 19402/2013 si pronuncia per la separazione tra danno biologico, morale e di vita relazionale.

Certamente chi ci rimette di più, da questa incertezza giurisprudenziale, è il singolo cittadino che si appresta dinanzi a un tribunale, cercando giustizia sotto forma di ristoro per il danno ingiusto subito, singolo cittadino che non sa quanto gli spetterà, se gli spetterà, il risarcimento per quale danno, e per quale voce facente parte di quel danno.

Insomma: tutto a scapito della certezza del diritto.

¹⁵ Cass. 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Danni civili*, n. 245.

¹⁶ Tema ampiamente trattato da: F. D. BUSNELLI, *Non c’è quiete dopo la tempesta*, in Riv. Dir. Civ., I, 129 s., 2012.

¹⁷ C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, pag. 517, 2014.

Per questo, come emerso anche durante il corso di Diritto Civile¹⁸ è molto sentita l'esigenza di trovare un criterio univoco per liquidare il risarcimento del danno non patrimoniale.

Mi concentro in questo modo sull'analisi di questa sentenza perché è il punto cardine per il giudicato di quella dell'estensore Rimondini e per la sua importanza nell'universo della responsabilità civile. Questa pronuncia è stata inoltre lungamente attesa: la dottrina era divisa circa l'utilità del danno esistenziale, categoria cui veniva imputato il proliferare di liti bagatellari. Era necessario allora un chiarimento da parte della Suprema Corte sul punto, e in generale nel settore del danno non patrimoniale, soprattutto alla luce delle famose sentenze Cass. 8827/2003 e 8828/2003, che avevano riconosciuto la risarcibilità del danno morale, indipendentemente dai vincoli posti dall'art. 2059 c.c., ma ricollegandola a due presupposti fondamentali: l'imputazione dell'evento (deve cioè accertarsi il nesso di causalità tra l'evento e la condotta del responsabile) e la prova del danno (deve essere fornita la prova, del pregiudizio arrecato all'interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito).

La sentenza di Cassazione del 2008 invece “cambia le carte in tavola”: persegue l'obiettivo di innalzare argini sempre più alti a fronte della temuta marea di richieste risarcitorie che i giudici di legittimità ritengono possa essere causata dalla presenza del danno esistenziale nel sistema. «(...) Non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria chiamata “danno esistenziale”, perché attraverso questa si finisce per portare il danno non patrimoniale nell'atipicità.».

Eppure, come ormai si è capito, ci sono ancora lacune e perplessità circa gli obiettivi raggiunti.

A mio avviso i due punti cruciali di questa celebre sentenza, in relazione al caso in analisi, sono due: 1) il ruolo dell'art. 2059; 2) il danno non patrimoniale da inadempimento.

Per quanto concerne il primo, la regola risarcitoria applicabile ai danni non patrimoniali è la seguente: essa deve essere ricavata attraverso l'individuazione delle norme che ne prevedono la tutela; e si distinguono due gruppi di ipotesi: da un lato, le fattispecie in cui ricorre un'espressa previsione legislativa e, dall'altro, i casi di lesione di diritti inviolabili.

E' come se ci fosse un doppio filtro: in *primis* quello dell'ingiustizia del danno, e poi la previsione di legge che lo tuteli, o in mancanza la possibilità di un intervento del giudice, che è chiamato a individuare la sussistenza di uno specifico diritto inviolabile alla persona.

I diritti inviolabili della persona sono quelli di cui all'art. 2 della Costituzione. Ma come non solo i costituzionalisti sanno, quello all'art. 2 è un elenco aperto, e non sono mai finite le dispute dottrinali e giurisprudenziali tra quali possano essere considerati “dentro” e quali “fuori” da questo ampio e indispensabile contenitore.

Questo rilievo è sottolineato anche da Paolo Cendon¹⁹, il quale lamenta inoltre il pericolo di un eccesso di settorialità: la sentenza indugia sull'esame di alcune aree del torto (salute, famiglia, lavoro) e non ne ricorda pienamente altre, «figure prive magari di un pedigree importante –poco cruento o spettacolari- però fresche mondanamente,

¹⁸ A più riprese abbiamo accennato a questo tema, ricordo qui però la lectio magistralis tenuta in data 23 aprile dal professore ed avvocato G. PONZANELLI.

¹⁹ P. CENDON, “L'urlo e la furia: commento a Cass., Sez. U., 26972/2008”, sub *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Milano, UTET, 2009.

sempre più vive nei repertori: l'istruzione, la privacy, la pubblica amministrazione, il tempo libero, la giustizia, oppure la casa, le vacanze, i sistemi di comunicazione, l'arte, la scienza, le associazioni, la nuova malpractice, o ancora lo sport, i trasporti, le informazioni, il denaro, i soggetti deboli, i mass-media, l'ambiente».

Arriviamo dunque al secondo punto, già nominato e in parte analizzato in precedenza: il danno non patrimoniale da inadempimento.

Viene affermato il superamento della teoria del cumulo delle azioni contrattuale ed extracontrattuale, e riconosciuta l'autonoma risarcibilità laddove l'inadempimento determini la lesione di un diritto inviolabile quanto alla persona del creditore. Questa scelta ha una portata quasi rivoluzionaria, che attesta che ormai il danno non patrimoniale è entrato nel cuore della responsabilità civile, al punto che addirittura la causa del contratto, per definizione connotata per la sua essenza economica, oggi si compone anche di non patrimonialità.

I giudici ci dicono che l'art. 1218 dovrà intendersi riferito anche al danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona; una critica allora sorge spontanea: se l'art. 1218 parla di risarcimento del danno, non si vede come il concetto –nel venir allargato a comprendere i pregiudizi non economici- possa essere ristretto a quelli aventi una genesi predefinita (che sarebbe la lesione di diritti inviolabili), dal momento che quest'ultima viene a sovrapporsi all'inadempimento stesso.

5. Conclusioni

Ho trovato lo studio di questa sentenza e di alcune critiche che sono state ad essa mosse molto stimolante, e in un'ottica futura ritengo che al riguardo molto avrà da dire la Corte Costituzionale, in quanto ovviamente referente più idonea per individuare i limiti e la portata dell'articolo 2 e di riflesso quello della possibilità di risarcimento del danno non patrimoniale.

Permettendomi anch'io una chiusura ad effetto, vorrei nuovamente citare il prof. Ponzanelli nella sua *lectio magistralis*: «Bisogna essere consapevoli che il risarcimento è diventato sempre più un costo sociale. C'è sempre qualcuno che pagherà il conto. In microeconomia ho imparato che non ci sono pasti gratis: *There are not free meals*. Il risarcimento che ogni giorno viene riconosciuto ad un soggetto, in una responsabilità civile assicurata, non attaccherà il patrimonio del danneggiante: ci sarà una compagnia di assicurazione, che poi sarà oggetto di riassicurazione, che ancora sarà oggetto di una riassicurazione di secondo livello... Ma alla fine, tutti i risarcimenti, da chi vengono pagati? Dalla collettività, sotto forma di premi assicurativi. Non è che io non voglia risarcire di più, ma sono consapevole che ogni singolo risarcimento *at the end of the day* sarà pagato e distribuito nella società, e quindi anche noi dovremmo fare necessariamente la nostra parte».

“CHI È CAUSA DEL SUO MAL, SIA RISARCITO”: PROFILI CRITICI DELLA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE DELLA LEGITTIMA DIFESA

di Denise Sacco

IL CASO

Il caso concreto da cui origina la controversia giudiziale è riassumibile sulla base delle dichiarazioni di un unico teste oculare. In occasione di una gara ciclistica, l'attore scende dalla propria autovettura per lamentarsi della manifestazione in corso con il convenuto, addetto alle segnalazioni. La discussione degenera e il T., attore, minaccia con delle lunghe pinze a punta prese dal bagagliaio della sua macchina il C., convenuto. La discussione, dopo la parvenza d'essersi sopita, si riaccende con il T. che percuote il C. con una bandierina segnaletica strappata dalle sue mani, e con il C. che colpisce il T. con uno scopettone industriale casualmente rinvenuto. La fine della colluttazione non è resa oggetto di testimonianza ma certamente termina con il T. a terra con la testa sanguinante evidentemente colpito dallo scopettone. L'attore riporta in conseguenza di questi eventi danni ingenti all'anca, all'emitorecchio sinistro ma soprattutto al cranio, danni che non possono essere ritenuti compatibili con la versione dei fatti esposta dal convenuto, secondo cui sarebbe stato il T. a finire involontariamente contro lo scopettone dal C. brandito.

Il T. in ospedale subisce un intervento chirurgico cui seguono delle complicanze trattate altresì chirurgicamente, con conseguenza di gravissimi postumi invalidanti.

L'attore chiede pertanto il ristoro dei danni subiti e subendi, in termini di risarcimento di spese e costi, di perdita di guadagno per malattia e danni biologici per invalidità permanente. Il convenuto respinge le pretese attoree ritenendole infondate in fatto e in diritto.

Il giudice, avvalso di un consulente tecnico, riconosce il diritto dell'attore al risarcimento del danno non patrimoniale permanente e temporaneo, in ragione rispettivamente dell'invalidità permanente riconosciuta al 35% e dell'inabilità temporanea totale di 6 mesi e parziale di ulteriori 6 mesi. Il convenuto viene condannato al pagamento a favore dell'attore dell'importo di euro 190.281.

Segue l'iter logico esposto dal giudice.

Il fatto causativo del danno ingiusto alla base della pretesa risarcitoria dell'attore è senza dubbio integrato. Il convenuto tuttavia contesta la propria responsabilità asserendo di aver agito in stato di legittima difesa. Dai fatti di causa emerge, però, un atteggiamento aggressivo e mai remissivo tanto dell'attore quanto del convenuto, motivo per cui non può ritenersi operante l'efficacia scriminante invocata. Al convenuto infatti viene rimproverato di non essersi semplicemente allontanato dalla colluttazione, cosa che di per sé sola avrebbe evitato l'evento di danno, e di essersi al contrario procurato la disponibilità di un altro oggetto utilizzato come arma. Si deve peraltro tener conto che in ambito civile, a differenza di quello penale, una 'semiplena probatio' sulla sussistenza della scriminante in esame ricade in danno del soggetto che la invoca.

Non può neppure tenersi in debita considerazione il comportamento del danneggiato corrispondente, che nella materia de qua, stante una costante giurisprudenza, potrebbe astrattamente rilevare solo in termini di eccesso colposo in legittima difesa, e che al di là di questa ipotesi non può comportare di per sé una diminuzione della misura del

danno sofferto da ciascuna parte. Anche in questo senso l'onere probatorio grava sul danneggiante, e dunque persistendo il dubbio sulla dinamica conclusiva della colluttazione, non può darsi riscontro del concorso della vittima.

Il convenuto infine prospetta la esclusiva riferibilità dei fatti dannosi al comportamento negligente e imperito del personale sanitario, a fronte del quale l'attore avrebbe sofferto ulteriori danni dovuti a complicità mediche. Anche ad ammettere tale profilo di responsabilità medica, questa non risulta tuttavia idonea ad escludere il nesso di causalità con i fatti commessi dal C.

In considerazione di ciò il T. risulta aver chiesto legittimamente il ristoro dei danni da lui subiti per l'intero al C. anche "in base ad una sua colpa ipoteticamente concorrente con altre cause imputabili a terzi, in forza del disposto del 2055 cc."

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MODENA

Il Tribunale di Modena -I Sezione Civile,
in persona del Giudice Unico dr. MICHELE CIFARELLI
ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta col n°3738/93 al Ruolo Generale e vertente
TRA

T.O., elettivamente domiciliato in Modena presso lo studio dell'avv. Marco Nicolini, che lo rappresenta e difende in virtù di mandato a margine della comparsa di costituzione di nuovo difensore depositata il 22 dicembre 2004;

-ATTORE-

E

COLLINA ERIO, elettivamente domiciliato in Modena presso lo studio dell'avv. Paolo Pezzali, che la rappresenta e difende in virtù di mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione;

-CONVENUTO-

oggetto: risarcimento danni extracontrattuale

CONCLUSIONI DELLE PARTI:

L'avv. Nicolini per l'attore (come da atto di citazione ed udienza 1 ottobre 2009):

Ogni contraria e diversa istanza, eccezione e deduzione reietta, accertati l'illiceità dei comportamenti lesivi tenuti da C. Erio nell'occasione del 1 settembre 1988 descritta nella premessa di citazione ed i conseguenti eventi di danno derivati all'attore

condannarsi C. Erio a risarcire ad esso attore T.O. tutti i danni per l'effetto subiti e subendi, comprensivi di spese e costi, perdita di guadagno per malattia, danni biologici, invalidità permanente, danni non patrimoniali e quant'altro, nella misura che risulterà dall'istruttoria, ma comunque in misura non inferiore a Lire500.000.000, oltre interessi e rivalutazione; in merito al danno biologico, come accertato dal CTU dr. Bellettini.

Con vittoria delle spese di giudizio

L'avv. Pezzati per il convenuto (come da comparsa di risposta):

Contrariis reiectis, voglia il Giudice assolvere C. Erio dalle domande tutte contro di lui promosse da T.O. e, conseguentemente, respingere la domanda attrice perché infondata in fatto e diritto.

Con vittoria delle spese di giudizio.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

dato preliminarmente atto che la presente sentenza viene redatta sulla base del nuovo testo degli artt.132 co.2° n°4) c.p.c. e 118 co.1° disp. Att. c.p.c., come sostituiti, rispettivamente, dall'art.45 co.17° e dall'art.52 co.5° della legge n° 69 del 18 giugno 2009, in vigore dal 4 luglio 2009 e, in parte qua, di immediata applicazione, senza alcuna distinzione, anche ai giudizi a detta epoca pendenti in primo grado, in forza della previsione in tal senso contenuta nell'art.58 co.2° della legge suddetta; rilevato che:

- T.O. ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Modena C. Erio, onde ottenerne la condanna al risarcimento dei danni derivatigli da una vicenda avvenuta il 1 settembre 1988 nel villaggio artigiano di Fiorano Modenese, allorché, a seguito di un discussione con il predetto, che pretendeva di non farlo transitare in auto per una imminente corsa ciclistica, costui, insieme ad altra persona, lo aveva percosso con pugni, calci, una bandierina e poi con la parte metallica di uno spazzolone, provocandogli una ferita lacero-contusa al cuoio capelluto ed un ematoma subdurale subacuto trattato chirurgicamente, cui erano seguite ulteriori complicanze che avevano resi necessari altri interventi chirurgici, con persistenza di gravissimi postumi invalidanti;

- C. Erio, costituitosi in giudizio, ha dedotto di essere stato aggredito dall'attore nell'occasione descritta con un attrezzo a punta, e di essersi limitato alla difesa, e che comunque i danni ex adverso descritti, comparsi a distanza di tempo dall'episodio, non erano causalmente ricollegabili ad esso, chiedendo il rigetto della domanda;

- la causa, istruita mediante prova orale e documentale, nonché consulenza medico legale sulla persona dell'attore, a seguito dell'entrata in vigore della *legge 22 luglio 1997* n°276, è stata devoluta alla Sezione Stralcio costituita presso questo Tribunale e, in fine, riassegnata a questo giudice che, sulle conclusioni delle parti come in epigrafe trascritte, scaduti in data 17 dicembre 2009 i termini per il deposito di conclusionali e repliche, l'ha trattenuta in decisione in funzione di giudice unico;

OSSERVA

1) La vicenda per cui è causa, sulla base delle dichiarazioni rese dall'unico teste oculare, Vandelli Maurizio (ai CC, e poi confermate in questa sede) è così riassumibile.

L'attore scende dall'auto per discutere con il convenuto, addetto alle segnalazioni della gara ciclistica in corso, lamentandosi per lo svolgimento della gara; i due iniziano a spintonarsi; il T. allora prende dal baule della sua auto un paio di lunghe pinze a punta, minacciando con esse il C.; la discussione sembrava finire -tanto che il T. ripone le pinze nel baule e monta in auto-, ma poi si riaccende, ed allora il T. strappa al C. la bandierina di mano, percuotendolo con il manico; il C. reagisce sferrandogli alcuni pugni e facendolo cadere a terra; il T. allora riprende dal baule le pinze e si dirige verso il C. che, a sua volta, lo affronta maneggiando uno scopettone industriale, dotato di parti metalliche, che ha rinvenuto nei pressi.

Il teste non ha visto la parte finale della colluttazione, essendo andato a cercare aiuto, ma ha visto al suo ritorno il T. con la testa sanguinante, evidentemente colpito dallo scopettone. Il fatto che la lesione al capo sia stata procurata al T. da tale attrezzo, brandito dal C., del resto, è pacificamente ammesso da costui.

2) Dalla documentazione medica in atti risulta che, in conseguenza di tale litigio, l'attore ha riportato -oltre a contusioni all'anca destra ed all'emitorace sinistro- una ferita lacero-contusa al vertice del cranio, che ha necessitato di sutura, nonché un ematoma parietale-temporale sinistro (descritto nell'esame obbiettivo relativo al ricovero del 2 settembre, giorno successivo ai fatti: vedi doc. 1 della sua produzione). Tali lesioni paiono, all'evidenza, incompatibili con la dinamica dei fatti sostenuta dal convenuto, secondo cui è stato il T. a finire per la foga contro l'attrezzo da lui brandito, attestando invece, fuor di dubbio, che l'attore è stato colpito al capo dal C. con il suddetto scopettone.

Il fatto doloso o colposo causativo del danno ingiusto previsto dall'art.2043 cc è, pertanto, nella specie integrato.

3) Il convenuto sostiene di essere esente da responsabilità per aver agito in stato di legittima difesa. Orbene, premesso in diritto che "in tema di risarcimento dei danni, l'art. 2044 c.c. rinvia sostanzialmente, per la nozione di legittima difesa, quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art. 52 c.p., che richiede la sussistenza della necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempreché vi sia proporzionalità tra la difesa e l'offesa" (così, da ultimo, Cass., sez. III, sent. n°4492 del 25 febbraio 2009), in fatto si rileva che, se pure dagli elementi di causa traspare un atteggiamento aggressivo dell'attore, che dà inizio al diverbio fermando la macchina e scendendo per discutere, non per questo la condotta del C. appare remissiva: i due discutono ed iniziano reciprocamente a spintonarsi; quando il diverbio sembra finito -con l'attore che ripone le pinze nel baule e monta in macchina- la discussione riprende, evidentemente anche a causa del C., cui a quel punto sarebbe stato sufficiente allontanarsi; all'azione aggressiva dell'attore, che gli strappa la bandierina di mano ed inizia a percuoterlo, il C. risponde con pugni al volto, che mandano l'avversario a terra e, alla successiva avanzata di costui con le pinze in mano, invece di allontanarsi si procura lì vicino un attrezzo altrettanto efficace e lo affronta, finendo per ferirlo al capo.

La vicenda, in sostanza, vede due protagonisti che, passati dalla discussione verbale alle vie di fatto, risultano animati dall'intento reciproco di offendersi e quindi accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si sono posti. In tal caso, la loro difesa non può dirsi necessitata (così: Cass. pen. sez. 5^a, 16 novembre 2006, n. 7635) e, quindi, non può dirsi ricorrente la scriminante in parola; tenuto a tal fine conto, altresì, che la legittima difesa va esclusa anche in caso di dubbio sulla dinamica dei fatti, poiché "l'identità concettuale tra l'art. 52 c.p. e l'art. 2044 c.c., deve, comunque, confrontarsi, oltre che con il favor rei che ha valenza generale in materia penale, con le diverse regole che presiedono la formazione della prova nel processo civile e penale, con la conseguenza che, mentre nel giudizio penale la semiplena probatio in ordine alla sussistenza della scriminante comporta l'assoluzione dell'imputato ex art. 530, comma 3, c.p.p., nel giudizio civile il dubbio si risolve in danno del soggetto che la invoca e su cui incombe il relativo onere della prova" (sempre Cass. n°4492/09 cit.).

4) Affermata in tal modo la responsabilità del convenuto, deve ora valutarsi -essendo la relativa indagine un dovere che il giudice deve assolvere senza necessità di eccezioni di parte (vedi, ex multis, Cass., sez. III, sent. n°28060 del 25 novembre 2008)- l'eventuale

concorso della vittima alla causazione dell'evento dannoso che, se ricorrente, impone la riduzione del risarcimento "secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate" (art.1227 co. 1 ° cc). Nella materia de qua, peraltro, il concorso della vittima è astrattamente ravvisabile soltanto in caso di ricorrenza di eccesso colposo in legittima difesa ("in tema di concorso del fatto colposo del danneggiato ai sensi e per gli effetti previsti *dall'art. 1227 c.c.*, la partecipazione ad una colluttazione non comporta, di per sé, una riduzione della misura del danno subito da ciascuno dei due partecipanti", salvo che si tratti di danno generato dall'agredito "il quale abbia colposamente ecceduto i limiti consentiti da una difesa legittima, non essendo sufficiente, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1227 cit., neanche la provocazione, non potendo essere considerata come causa del danno che il provocato abbia volontariamente inferto al provocatore": Cass., sez. III, sent. n°2956 del 14 aprile 1988), quando, cioè, le lesioni inferte a) danneggiato "possano essere imputate ad una reazione difensiva, pur se colposamente eccedente i limiti consentiti da una difesa legittima". Esso "non può essere invece invocato dal danneggiante quando la lesione sia dovuta ad una reazione che abbia superato l'iniziale esigenza di difesa e si sia sviluppata in una aggressione consapevolmente e volontariamente eccedente detta esigenza" (Cass., sez. III, sent. n°6009 del 15 marzo 2007); e poiché anche a tal fine l'onere probatorio grava sul danneggiante, il persistente dubbio sulla dinamica conclusiva della colluttazione fra le parti oggi in causa esclude che, nella specie, sia ravvisabile il concorso della vittima.

5) Il convenuto, infine, ha prospettato la esclusiva riferibilità causale dei gravi danni subiti dall'attore (dopo aver abbandonato l'iniziale assunto di una ipotetica riconducibilità degli stessi a pregresso trauma subito dal T., a fronte della decisa esclusione argomentata dal CTU) ad una causa successiva, rappresentata dall'imperizia e negligenza del personale sanitario, che avrebbe dovuto monitorare costantemente il predetto onde prevenire e scongiurare la formazione dell'ematoma subdurale che, come sottolineato dallo stesso CTU, "si raccoglie molto lentamente e non infrequentemente la latenza dei sintomi rispetto al trauma (spesso banale) che lo provoca è di circa un mese"; come nel caso di specie, ove la TAC del 13 settembre aveva escluso la presenza di lesioni post-traumatiche, evidenziandosi l'ematoma soltanto ad una successiva indagine del 28 ottobre.

Tale argomento non può però essere condiviso poiché, anche ad ipotizzare una colpa medica nel successivo trattamento del T. -nella fase diagnostica indicata dal convenuto, ma anche e soprattutto nei successivi interventi chirurgici, in cui si sono verificate varie complicanze- gli esiti dell'indagine svolta in causa non consentono di pervenire ad una certa riconducibilità dei danni, in tutto od in parte, a colpa esclusiva di terzi, in grado di interrompere il nesso causale fra il fatto commesso del C. e le conseguenze dannose subite dal T. che, dunque, può legittimamente pretendere dal convenuto l'integrale ristoro dei danni anche in base ad una sua colpa ipoteticamente concorrente con altre cause imputabili a terzi, in forza del disposto dell'art.2055 cc.

6) C. Erio va pertanto condannato all'integrale risarcimento dei danni occorsi a T.O. in dipendenza delle lesioni provocategli in occasione della colluttazione del 1 settembre 1988.

7) A tal fine, il CTU all'uopo nominato ha accertato che l'attore in conseguenza di quanto descritto ha riportato traumi contusivi multipli al capo, con ferita lacero-contusa in regione di vertice, con conseguente ematoma subdurale fronto-parietale bilaterale complicato da meningite, ascesso ed empiema cerebrale, che ha determinato la necessità

di tre interventi chirurgici, con inabilità temporanea totale di 6 mesi e parziale (che si ipotizza al 50%) di ulteriori 6 mesi, ostativa a qualsiasi attività lavorativa nel breve periodo che lo separava dall'età pensionabile, e postumi biologicamente invalidanti in ragione del 35%.

7.1) Passando alla quantificazione del danno:

a) nulla è liquidabile a titolo di danno patrimoniale, perché l'attore non ha offerto alcun elemento di giudizio su cui parametrare l'eventuale calcolo del danno da perdita dell'attività lavorativa libero-professionale dall'evento (1 settembre 1988) al raggiungimento dell'età pensionabile (16 dicembre 1989);

b) non sono state allegate spese mediche oggetto di rimborso.

7.2) Per il resto, si ritiene opportuno operare la liquidazione in base ai criteri risultanti dalle tabelle adottate nel corso del presente anno dal Tribunale di Milano, ove, sulla scia di quanto indicato nella sentenza in data 11 novembre 2008 delle Sezioni Unite della Cassazione, è stata prevista la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale, comprensiva delle voci che nelle precedenti tabelle afferivano al danno biologico ed al danno morale, mantenendosi per il danno permanente il metodo di fondo, che consente di determinarne -con il massimo del rigore scientifico consentito in tema di valutazioni equitative- il valore attuale tenendo conto sia del valore progressivo del punto, sia della diversa incidenza di questa in rapporto all'età del soggetto leso, mediante un meccanismo di "demoltiplicazione", e salva la possibilità di "personalizzazione", cd indicandosi per il danno temporaneo una forbice monetaria ricompresa, all'attualità, fra Euro.88 ed Euro132, entro cui scegliere la misura più adatta al caso concreto.

Atteso ciò:

a) quanto al danno non patrimoniale permanente, per ciascun punto viene riconosciuto l'importo tabellare di Euro.6.450,08, debitamente abbattuto col coefficiente di riferimento per l'età del danneggiato al momento del fatto (64 anni = 0,685). Tale danno va pertanto all'attualità liquidato nell'importo complessivo di Euro.154.641, senza procedere a correttivi individuali, in ragione di quanto si dirà al punto seguente;

b) quanto al danno non patrimoniale temporaneo, la vicenda che ha interessato l'attore, per la sua drammaticità, merita l'applicazione del valore massimo della suddetta scala. Tale danno si liquida quindi, all'attualità, in complessivi Euro.35.640 (Euro.132 x 180 + Euro.66 x 180);

c) il danno, in linea capitale, è pertanto pari, all'attualità, ad Euro.190.281.

7.3) Per la determinazione del danno da ritardo, si ritiene di adottare il metodo di calcolo degli interessi al saggio legale sul capitale interamente rivalutato con equa individuazione del dies a quo, in sostanziale adesione ai principi affermati da Cass. SS.UU. n°1712 del 17 febbraio 1995 (che ha invece suggerito il diverso, ma equivalente negli effetti, metodo del calcolo sul capitale via via rivalutato dal dies a quo effettivo), considerando il giorno della decisione quale dies ad quem quella del calcolo, al di là del quale saranno dovuti gli interessi legali sull'intero importo, comprensivo di capitale rivalutato e danno da ritardo già maturato, fino al saldo (sul punto vedi, amplius, la sent. n°1712/95 cit.).

Il dies a quo determinato equitativamente per quanto detto sopra viene individuato nel 1 settembre 1998.

8) In definitiva, il convenuto va condannato al pagamento, in favore dell'attore, dell'importo di Euro.190.281, maggiorato degli interessi maturati sull'intero al tasso legale via via vigente dal 1 settembre 1998 ad oggi, oltre interessi maturandi sull'intero

importo -comprensivo di capitale rivalutato ed interessi maturati- al tasso legale da oggi fino al saldo.

9) Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, in persona del Giudice Unico dr. Michele Cifarelli, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da T.O. nei confronti di C. Erio con atto di citazione notificato in data 6 agosto 1993, così provvede:

1) CONDANNA C. Erio al pagamento, in favore di T.O., a titolo di risarcimento danni - a) della complessiva somma capitale di Euro.190.281;

b) degli interessi maturati su tale importo al tasso legale via via vigente dal 1 settembre 1998 ad oggi;

oltre interessi maturandi sull'importo a) + b) al tasso legale da oggi fino al saldo.

2) CONDANNA C. Erio al rimborso delle spese sopportate da parte attrice per il giudizio, che liquida in complessivi Euro.11.986,76 oltre accessori dovuti per legge, di cui Euro.250 per esborsi, Euro.4.236,76 per diritti ed Euro.7.500 per onorario; oltre all'integrale rimborso delle spese di CTU, ove anticipate dall'attore.

Così deciso in data 7 gennaio 2010

Depositata in Cancelleria il 13 GEN 2010

TRIBUNALE DI MODENA, sentenza 13 gennaio 2010; Giud. CIFARELLI; T.O. (Avv. NICOLINI) c. Collina Erio (Avv. PEZZALI).

Responsabilità civile – Legittima difesa – Rinvio alla disciplina penalistica (art. 2044 c.c.; art. 2043 c.c.; art 52 c.p.)

Responsabilità civile – Rissa – Legittima difesa – Carenza dei presupposti – Reciproco intento di offesa dei co-rissanti – Fattispecie (art. 2044 c.c.; art. 52 c.p.)

Responsabilità civile – Legittima difesa – Onere della prova dei presupposti a carico dell'invocante – Fattispecie (art. 2044 c.c.; art 2697 c.c.)

Responsabilità civile – Legittima difesa – Eccesso colposo - Concorso del danneggiato – Riduzione del risarcimento del danno (art. 2043 c.c.; art. 2044 c.c.; art. 1227 c.c.; art. 52 c.p.; art. 55 c.p.)

In tema di risarcimento dei danni, l'art 2044 c.c. rinvia per identificare la nozione di legittima difesa, quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art.52 c.p., che richiede la sussistenza della necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempreché vi sia proporzionalità tra la difesa e l'offesa. (1)

Non è invocabile la legittima difesa in una rissa, essendo i co-rissanti ordinariamente animati dall'intento reciproco di offendersi, accettando la situazione di pericolo nella

quale volontariamente si pongono, con la conseguenza che la difesa non può dirsi necessitata. (2)

Nel giudizio civile il dubbio sulla ricorrenza della legittima difesa si risolve in danno del soggetto che la invoca e su cui incombe il relativo onere della prova. (3)

In tema di concorso del fatto colposo del danneggiato la partecipazione ad una colluttazione non comporta, di per sé, una riduzione della misura del danno subito da ciascuno dei due partecipanti, tranne che l'agredito abbia colposamente ecceduto i limiti consentiti da una difesa legittima. (nel caso di specie il giudice non opera una riduzione della misura del danno subito dall'attore perché il convenuto non è in grado di dimostrare, assolvendo al proprio onere probatorio, di aver colposamente ecceduto i limiti della difesa legittima). (4)

(1) La giurisprudenza di legittimità è uniforme nel considerare come l'art. 2044 c.c. operi un implicito rinvio alla più completa e dettagliata disciplina penalistica. Vedi: Cass. Civ., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492, in Giust. civ. mass. 2009, 2, 302; Cass. Civ., 28 agosto 2009, n. 18799, in Giust. civ. Mass. 2009, 7-8; Cass. Civ., sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2091, in Giust. Civ. Mass., 2000, 460. L'art. 2044 quindi, rinviando all'art. 52 c.p., richiede la sussistenza della necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempreché vi sia proporzione tra la difesa e l'offesa. Sui vari presupposti della legittima difesa, si veda: Cass. Pen., sez. V, 4 novembre 2009, n. 3507, in Cass. Pen., 2010, 4227; Cass. Pen., sez. I, 27 gennaio 2010, n. 6591, in CED Cass., 2010; Cass. Pen., sez. I, 16 marzo 1987, n. 11482, in Giust. Pen., 1988, II, 539; Cass. Pen., 6 dicembre 1968, in Cass. Pen. Mass. Ann., 1970, 72; Cass. Pen., 23 marzo 1965, in Giur. It., 1966, II, 365; Cass. Pen., sez. I, 26 novembre 2009, n. 47117, in CED Cass. Pen., 2010, 12, 4184; Cass. Pen., sez. III, 23 aprile 2009, n. 25526, in Dir. e Giust. 2009; Cass. Pen., sez. V, 14 maggio 2008, n. 25653, in Cass. Pen., 2009, 6, 2451; Cass. Pen., sez. I, 07 dicembre 2007, n. 2911, in CED Cass. Pen. 2008; Cass. Pen., sez. IV, 04 luglio 2006, n.32282, in Cass. Pen., 2007, 9, 3329; Cass. Pen., sez. I, 10 novembre 2004, n. 45407, in Cass. Pen., 2006, 6, 2176; Cass. Pen., sez. V, 14 marzo 2003, n. 20727, in Riv. Pen. 2003, 1079; Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 2003, n. 5697, in Cass. Pen. 2004, 507; Cass. pen., sez. V, 12 agosto 1986, n.8259, in Riv. Pen., 1986, p.1041.

Alcune pronunce di merito in termini: Corte Assise Milano, 20 luglio 2006, in Giur. Merito 2007, 9, 2353; Trib. La Spezia, 13 gennaio 2010, n. 28, in Riv. Pen. 2011, 5, 556; Trib. La Spezia, 26 aprile 2011, n.3, in Redazioni Giuffré 2011. Non constano precedenti contrari.

(2) In una rissa i due protagonisti, apparendo animati dal solo intento di ferirsi reciprocamente, non possono invocare legittima difesa, dal momento che in primo luogo non è prevista nel nostro ordinamento la figura della legittima difesa reciproca e in secondo luogo la difesa non può riconoscersi come strettamente necessaria. Copiosa giurisprudenza di legittimità in questo senso: Cass. Civ., sez. III, 25 febbraio 2009, n.4492, in Giust. civ. Mass. 2009, 2, 302; Cass. Pen., sez. V, 16 novembre 2006, n.7635, in Cass. Pen. 2008, 208; Cass. Pen., sez. I, 10 luglio 2013, n. 29481, in DeJure; Cass. Civ., sez. III, 06 maggio 2003, n. 6863, in Giur. It. 2004, 760; Cass. Civ., sez. III,

31 luglio 2012, n. 13680, in DeJure; Cass. Pen., sez. V, 09 ottobre 2008, n. 4402, in CED Cass. Pen. 2008; Cass. Pen., sez. I, 23 settembre 2010, n. 36218, CED Cass. Pen. 2010; Cass. Pen., sez. I, 18 giugno 2009, n. 33863, DeJure.

Alcune pronunce di merito in termini: Trib. La Spezia, 26 aprile 2011, n.3, Red. Giuffrè 2011; App. Palermo Sez. III, Sent., 05 luglio 2013, in Corti di Merito, Leggi d'Italia. Consta un'interessante pronuncia di merito contraria: Trib. Bari, sez. I, Sent., 19 aprile 2012.

(3) Il precedente di legittimità citato in punto di onere probatorio relativo alla sussistenza della legittima difesa è: Cass. Civ., sez. III, 25 febbraio 2009, n.4492, in Giust. civ. Mass. 2009, 2, 302. Non constano precedenti contrari.

(4) La giurisprudenza di legittimità è generalmente orientata nel senso di ritenere che in tema di legittima difesa, il concorso del danneggiato può astrattamente rilevare in termini di eccesso colposo in legittima difesa del danneggiante aggredito; si esclude qualsiasi rilevanza ai fini del ridimensionamento della misura risarcitoria invece dell'eccesso cd. doloso, intendendosi con ciò quella reazione volutamente eccedente i limiti di una difesa necessaria e proporzionata all'offesa: Cass. Pen., sez. I, 5 ottobre 2009, n. 17571, in Cass. Pen., 1991, I, 262; Cass. Civ., sez. III, 15 marzo 2007, n. 6009, in DeJure; Cass. Civ., sez. III, 08 novembre 2012, n. 19294, in DeJure; Cass. Civ., sez. III, 14 aprile 1988, n. 2956, in GCM 1988, f.4; Cass. Civ., sez. III, 25 maggio 2000, n. 6875, in Giust. Civ. Mass. 2000, 1111; Cass. Pen., sez. V, 02 febbraio 1982, in Giur. It. 1983, II, 158; Cass. Pen., sez. IV, 14 ottobre 1983, n. 1381, in Giust. Pen., 1985, III, 99; Cass. Civ., 22 ottobre 1968, n. 3394, in Foro It., Milano, 1968, I, 2673; Cass. Civ., 5 agosto 1964, n. 2227, in Foro It., 1964, I, 1931; Cass. Pen., sez. I, 18 giugno 2009, n. 33863, in DeJure; Cass. Pen., sez. V, 11 maggio 2010, n. 26172, in CED Cass. Pen. 2010; Cass. Pen. Sez. V, 14 novembre 2008, n. 2505, in Dir. e Giust. 2009. Pronunce di legittimità contrarie si constano solo nel primissimo orientamento giurisprudenziale risalente agli anni '50: si veda per tutte: Cass. 1445/1958.

Pronunce di merito in termini: Corte d'Appello Napoli, 19 aprile 1969; Trib. Bari Sez. III, Sent., 04 dicembre 2014; App. Lecce Taranto, Sent., 02 aprile 2014 (in Corti di Merito, Leggi d'Italia). Pronunce di merito contrarie: Corte d'Appello Napoli, 6 marzo 1959; Trib. Milano, 7 ottobre 1954 (in Corti di Merito, Leggi d'Italia).

Per quanto riguarda i contributi dottrinali in materia di legittima difesa si vedano: De Cupis, *Fatti Illeciti*; M. Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, artt. 2044-2048, in *Cod. Civ. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli; P. Cendon, *Commentario al Codice Civile*; C. Micarelli, in *La responsabilità e il danno*, in *Diritto Civile*, trattato Lipari-Rescigno; M.C. Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco; Franzoni, *La legittima difesa*, in *L'illecito*, da *Trattato della responsabilità civile*; Venchiarutti, *La legittima difesa*, p. 478, in *La responsabilità civile, Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, a cura di Cendon; G. Giacobbe, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone; E. Altavilla, voce *Difesa legittima*, in *Noviss. Dig. It.*; M. Florit, , *Il risarcimento del danno e la legittima difesa tra diritto civile e diritto penale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.7-8, 2011; E. Altavilla, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960; Azzali, *L'eccesso colposo*, Milano 1965;

Forchielli, *Danno da legittima difesa e danno da eccesso colposo*, 1970, Dir. E Giur.; Pettoello Mantovani, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in Riv. Pen. 1955, II; Barbagallo, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Cendon, Artt. 2643-2969; P. Siracusano, *Eccesso colposo*, in Dig. It.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Sulla qualificazione del danno; 3. I presupposti della legittima difesa; 3.1. Attualità del pericolo; 3.2. Ingiustizia dell'offesa; 3.3. Necessità della difesa; 3.3.1. volontarietà del pericolo; 3.3.2. I rapporti tra legittima difesa e fuga: il *commodus discessus*; 3.4. Proporzionalità tra difesa e offesa; 3.4.1. Eccesso colposo di legittima difesa; 4. Oneri probatori; 5. Breve *excursus* sulla provocazione; 6. Conclusioni sul caso.

1. Introduzione

Il profilo giuridico focale su cui verte la sentenza in esame si colloca trasversalmente tra diritto civile e diritto penale. Stiamo parlando della legittima difesa, come clausola di esonero della responsabilità così civile come penale.

L'art. 2044 c.c. dichiarando che "*Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri*" rimanda alla disciplina più completa dell'art. 52, comma 1 c.p., ai sensi del quale "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*". Questa corrispondenza implicita sembra ormai ritenersi pacifica anche alla luce di una consolidata giurisprudenza¹.

La legittima difesa così come tipizzata in ambito civilistico è peraltro una novità del codice del '42, essendo tuttavia già prima di allora un principio radicato e riconosciuto a livello generale in dottrina e giurisprudenza (si ricordi l'antichissimo brocardo *vim vi repellere licet*).

In ambito penale la legittima difesa figura tra le cosiddette cause di giustificazione, in presenza delle quali viene meno l'elemento di anti giuridicità necessario per qualificare un fatto come reato. In ambito civilistico, l'esimente in parola ha l'effetto di esonerare l'agente da responsabilità e di non riconoscere al danneggiato-aggressore la fondatezza della pretesa risarcitoria, in ragione di un bilanciamento di interessi. La *ratio* dell'istituto, comunemente riconosciuta in entrambi gli ambiti, è infatti quella di garantire al privato cittadino che si veda posto in pericolo un proprio diritto o altra situazione giuridicamente tutelata un residuo di autotutela in una circostanza in cui appaia impossibilitata una pronta reazione punitiva degli organi statuali nei confronti di chi quel diritto minacci. Peraltro, *la legittima difesa, oltre che essere espressione di un*

¹ "L'art. 2044 cod. civ., nello stabilire che non è responsabile chi ha cagionato il danno in legittima difesa di sé o di altri, ha operato un rinvio implicito alle disposizioni che in materia penale regolano l'istituto della legittima difesa." Cass., sez. III, 16 febbraio 1978, n. 753. "Si rileva che l'art. 2044 c.c., rinvia sostanzialmente, per la nozione di legittima difesa, quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art. 52 c.p., che richiede, a tal fine, la sussistenza, nella fattispecie, della necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempreché vi sia proporzionalità tra la difesa e l'offesa." Cass., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492.

*principio di autotutela privata, costituisce anche un mezzo di difesa indiretta dell'ordinamento, svolgendo così anche una funzione di prevenzione e deterrenza.*²

2. Sulla qualificazione del danno cagionato in legittima difesa

Ci si chiede se il danno cagionato in legittima difesa sia semplicemente non ingiusto (dunque prodotto non *contra ius*, bensì *iure*), ingiustizia da cui sorgerebbe altrimenti un'obbligazione risarcitoria, ovvero se in presenza di tale esimente il fatto illecito sia perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi (*damnum iniuria datum* + dolo/colpa) e purtuttavia l'ordinamento sospenda il proprio giudizio negativo circa il fatto stesso.

Parte della giurisprudenza propende per quest'ultima alternativa: *Merita puntualizzare che colui il quale agisce in stato di legittima difesa, "vuole" l'evento (in altri termini, "ha il dolo" dell'evento), quale conseguenza della propria azione diretta a difendere un diritto, posto in attuale pericolo da una offesa ingiusta altrui. La legittima difesa, infatti, non inerisce alla struttura della fattispecie e alla colpevolezza, ma postula viceversa l'esistenza di un reato perfetto negli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi e, sul piano civilistico, l'esistenza di un fatto (doloso), rilevante ai fini del risarcimento ex art. 2043 c.c.. Essa opera, quindi, come scriminante ex post e ab externo, dal momento che il suo riconoscimento esclude sia la reazione punitiva dello Stato (dovendo l'imputato essere proscioltto ex art. 530 c.p.p., con la formula "perché il reato è stato commesso da persona non punibile"), sia, nell'ambito dei rapporti tra le parti, il riconoscimento della pretesa risarcitoria per i danni subiti dall'aggressore (dovendo il soggetto, che ha agito in tale stato, essere ritenuto "non responsabile" ai sensi dell'art. 2044 c.c.).* Così una sentenza recente della Cassazione citata dal giudice di merito della sentenza in esame.

Così anche parte della dottrina³, che argomenta in tal senso sulla base del dovuto indennizzo a favore del terzo danneggiato dal difensore legittimo e a favore di colui che abbia subito un danno in presenza di legittima difesa putativa.

A mio parere, questi sono argomenti che non reggono: in primo luogo la corresponsione di un indennizzo a favore delle suddette categorie di soggetti è espressione di un giudizio di equità, imprescindibile in un ordinamento giuridico che voglia ritenersi civile, nel senso comune del termine; in secondo luogo, non si vede per quale motivo dovrebbe aversi una tale differenziazione tra disciplina civilistica e penalistica; in merito a questa è infatti ormai consolidata presso la dottrina maggioritaria l'opinione che vede il fatto commesso in legittima difesa come giustificato a tutti gli effetti. Infine mi sembrerebbe irragionevole mantenere ferma la qualificazione illecita di un fatto espressamente facoltizzato dall'ordinamento.

“La norma in esame sembra, dunque, fondare un vero e proprio diritto di respingere l'attacco altrui, ovvero una tolleranza dell'ordinamento all'atto dannoso diretto a respingere l'aggressione ingiusta. L'atto del difensore legittimo può quindi essere inquadrato nella categoria degli atti leciti dannosi o più semplicemente degli atti leciti tout court.” Così si esprime autorevole dottrina.⁴

² M.C. Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano, CEDAM.

³ M.C. Traverso, *ibidem*.

⁴ P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco.

Si esprime in questo senso anche C. Micarelli⁵: *“Le cause di giustificazione [...] sono definibili come le situazioni in presenza delle quali un’azione, che secondo le regole generali dell’ordinamento dovrebbe essere considerata illecita, diviene lecita; ciò avviene in quanto una norma giuridica ne prevede la facoltizzazione, se non addirittura, in alcuni casi, l’imposizione.”*

Ancora, si vuole ricordare come già il ministro Guardasigilli nel presentare la norma avesse espressamente qualificato come non ingiusto il danno provocato in legittima difesa.⁶

Volendo superare l’impasse, giova ricordare che comunque la si voglia qualificare, la legittima difesa ha l’effetto, già annunciato, di mandare esente da responsabilità il danneggiante in presenza di determinati presupposti di fatto.

3. I presupposti della legittima difesa

I presupposti di fatto perché la legittima difesa possa validamente dirsi efficace ai fini dell’esonero da responsabilità sono i seguenti: l’attualità del pericolo da cui ci si difende; l’ingiustizia dell’offesa temuta; la necessità della difesa e la sua proporzionalità rispetto all’offesa.

Tenterò di rapportare ciascuno di tali presupposti al caso di specie, per affrontare criticamente la decisione nel merito assunta dal giudice. Nel caso di partenza, infatti, il giudice esclude l’operatività della scriminante in considerazione del fatto che emerge dagli atti di causa come i protagonisti della vicenda fossero *animati dall’intento reciproco di offendersi* e avessero perciò *accettato la situazione di pericolo nella quale volontariamente si erano posti*.⁷ In sostanza, il giudice tratta la fattispecie alla stregua dei principi elaborati in materia di rissa: vi è infatti copiosa giurisprudenza sia civile che penale, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che afferma la generale non operatività della legittima difesa in occasione di una rissa, ad eccezione della sola ipotesi in cui sia sorta una minaccia nuova e del tutto imprevedibile, che quindi innalzi il tenore della lite verso un livello più pericoloso, motivo per cui in tal caso una difesa potrebbe essere ritenuta necessaria. (*“Principio, questo, che può conoscere una deroga solo in situazioni eccezionali, ove, in costanza di tutti gli altri requisiti voluti dalla legge, vi sia stata una reazione assolutamente imprevedibile e sproporzionata, ossia un’offesa che, in quanto diversa e più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma e in tal senso ingiusta.”*⁸)

3.1. Attualità del pericolo

Può dirsi che il danneggiante vada esente da responsabilità allorché abbia agito per neutralizzare l’aggressione ad un suo diritto (che a differenza della disciplina prevista per lo stato di necessità, può qui anche essere di natura patrimoniale), aggressione che abbia manifestato i caratteri dell’attualità e dell’imminenza. Questo implica che, dalla prospettiva dell’aggredito, vi è un’elevatissima probabilità che stiano per verificarsi gli effetti pregiudizievoli dell’aggressione e che questi possano essere evitati con una difesa

⁵ C. Micarelli, *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile*, Trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno.

⁶ “Non vi sarà responsabilità quando il danno è arrecato in situazione di legittima difesa, perché chi agisce ha in tal caso il potere di difendere il proprio diritto a costo di recare danno a chi lo aggredisce: allora il danno prodotto non può qualificarsi ingiusto.”, Relazione al codice civile, n. 797.

⁷ Cass. Pen., sez. V, 16 novembre 2006, n. 7635

⁸ Cass. Pen., sez. V, 16 novembre 2006, n. 7635

tempestiva, anche accettando l'eventualità che essa possa cagionare un danno all'aggressore.

Non sarà invocabile la legittima difesa dunque, quando il pericolo sia ancora solo remoto oppure sia già superato, ovvero ancora quando l'offesa si sia già pienamente consumata; non anche quando l'aggressione sia già iniziata e ancora in corso, *sicché la difesa è funzionale ad evitare ulteriori eventi dannosi o, comunque, ad evitare il consolidamento di una situazione antigiuridica che renderebbe definitivo il danno patito dalla vittima. In entrambi i casi, l'azione difensiva è diretta ad evitare un danno che non si è ancora verificato o, comunque, non si è ancora verificato in tutta la sua estensione.*⁹

Prendendo allora in esame la fattispecie di partenza alla luce di questo presupposto, noto come il convenuto abbia effettivamente affrontato un pericolo attuale alla propria incolumità fisica: in un primo momento l'attore-presunto aggressore, dopo aver dato vita ad una discussione inizialmente solo verbale, rende la discussione stessa più accesa con l'apprensione fisica di un oggetto ben idoneo a ferire gravemente l'avversario; in un secondo momento, dopo una breve stasi della lite, è ancora una volta l'attore a colpire il convenuto con una bandierina segnaletica strappata violentemente dalle mani di quest'ultimo. In conclusione trovo che il pericolo di ricevere percosse e gravi lesioni fosse nel caso di specie ricorrente ed attuale.

3.2. Ingiustizia dell'offesa

L'offesa che è possibile respingere senza incorrere in responsabilità civile deve avere altresì il carattere dell'ingiustizia alla stregua dei principi dell'intero ordinamento giuridico. Ciò significa che non ogni aggressione rileva ai fini della scriminante in esame: non rileva l'aggressione rivolta a interessi non riconosciuti meritevoli di tutela giuridica, né quella condotta nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di un diritto (l'aggressione quindi a sua volta scriminata). Per quanto riguarda l'oggetto di tutela verso cui si dirige l'offesa, a fronte del silenzio del dettato legislativo, si è desunta in via interpretativa la rilevabilità di diritti e posizioni giuridiche soggettive di carattere anche patrimoniale. Questo in base ad una duplice considerazione: innanzitutto, con un richiamo all'art. 52 c.p., a nulla varrebbe il riferimento al requisito della proporzionalità tra difesa e offesa ingiusta qualora questa avesse ad oggetto solo i diritti di più elevato rango nella scala dei valori; in secondo luogo, sebbene possa sembrare tautologico, il riferimento al carattere dell'ingiustizia di per sé comporta la difesa legittimamente esercitata rispetto a qualsiasi posizione soggettiva rilevante all'interno dell'ordinamento giuridico.

Tirando le fila del discorso, l'aggressione e l'offesa sono effettivamente quelle che rientrerebbero normalmente sotto l'egida dell'art. 2043 c.c.; non solo quell'offesa, quindi, soggettivamente determinata da dolo o colpa, ma anche quella produttiva di responsabilità oggettiva.¹⁰

Volendo ora tornare al caso di partenza, abbiamo in precedenza appurato come concretamente vi fosse l'imminente pericolo di un danno all'integrità fisica dell'addetto

⁹ Cassazione penale, sezione I, 10 luglio 2013, n°29481.

¹⁰ “[...] si afferma altresì che lo stato di legittima difesa è invocabile non solo quando l'aggressione sia dolosa o colposa, ma anche quando derivi dal fatto della cosa, dell'animale, del veicolo, dell'edificio: anche di ipotesi di illeciti produttivi di responsabilità oggettiva.” M. Franzoni, *La legittima difesa*, p. 1137, in *L'illecito*, da *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Giuffrè editore.

alle segnalazioni della gara in corso per mano del passante: a mio parere pertanto risulta integrato anche questo presupposto, tenendo ovviamente per ferma la rilevanza, persino costituzionale, del bene salute. La ricostruzione dei fatti, operata da un teste oculare, mi pare infatti piuttosto evidente: *“L'attore scende dall'auto per discutere con il convenuto, addetto alle segnalazioni della gara ciclistica in corso, lamentandosi per lo svolgimento della gara; i due iniziano a spintonarsi; il T. allora prende dal baule della sua auto un paio di lunghe pinze a punta, minacciando con esse il C.; la discussione sembrava finire -tanto che il T. ripone le pinze nel baule e monta in auto-, ma poi si riaccende, ed allora il T. strappa al C. la bandierina di mano, percuotendolo con il manico[...]”*.

3.3. Necessità della difesa

Affrontati i profili attinenti alla sfera dell'attacco, passiamo ora a quelli attinenti alla sfera della reazione e quindi ai precisi confini entro cui essa possa ritenersi giustificata. Innanzitutto è legittima quella reazione difensiva assolutamente necessaria, detto in altri termini quella reazione in assenza della quale gli effetti pregiudizievoli dell'offesa si manifesterebbero in tutta la loro portata. In sintesi il contrattacco deve essere, in base ad una valutazione ex ante, l'unica e l'ultima alternativa possibile per non subire l'aggressione da parte dell'avversario. In questo senso autorevole dottrina: *“L'azione difensiva sarà legittima soltanto quando l'agredito non avesse la possibilità di agire diversamente: la reazione cioè deve risultare assolutamente necessaria per la salvezza del diritto minacciato. Il giudice deve perciò esaminare, di volta in volta le circostanze proprie del caso: e in tale apprezzamento assumeranno rilevanza sia le condizioni nelle quali versava l'assalito, sia i mezzi difensivi di cui quest'ultimo disponeva quando ha subito l'offesa, nonché il tempo, il luogo e le modalità con le quali l'aggressore aveva sferrato l'attacco.”*¹¹

Tornando al caso di specie, e ricordando i fatti di causa, a me pare che la reazione del convenuto resti sempre al di sotto del livello di aggressività mostrato invece dal suo avversario: la discussione è inizialmente solo verbale; poi il tenore della lite si innalza ma per un lasso di tempo rimane limitato agli spintoni; dopodiché è l'attore a brandire un oggetto contundente usato a mo' di arma, situazione verso cui il convenuto non reagisce; ancora, è l'attore a strappare dalle mani del convenuto una bandierina con cui lo colpisce violentemente, mentre quegli reagisce usando solo la forza delle proprie mani; lo step successivo avviene di nuovo ad opera dell'attore che riprende le pinze dal baule della propria auto e si dirige minacciosamente verso l'altro, che a questo punto, e solo adesso, reagisce utilizzando uno scopettone industriale casualmente rinvenuto. Ora, personalmente trovo piuttosto lampante che, in mancanza della reazione ultima da parte del convenuto, questi avrebbe riportato gravissimi danni in termini di lesioni personali quali possono essere quelle determinate da “un paio di lunghe pinze a punta” sferrate contro il corpo.

3.3.1. La volontarietà del pericolo

In dottrina, parlando del requisito della necessità della difesa, si è spesso fatto riferimento ad un ulteriore requisito, desunto sistematicamente dall'analisi della norma: si parla cioè dell'affermazione in base alla quale può dirsi necessitata solo quella difesa rispetto ad un pericolo che non si è volontariamente creato. L'art. 2044 c.c., infatti, così

¹¹ A. Venchiarutti, *La legittima difesa*, in *La responsabilità civile, Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, a cura di P. Cendon.

come il 52 c.p., non fa alcun riferimento esplicito al requisito dell'involontarietà del pericolo da cui ci si può legittimamente difendere, tuttavia questo è stato elaborato in via interpretativa grazie ad un raffronto con la disciplina dello stato di necessità, civilistica e penalistica, disciplina che al contrario richiede espressamente che il pericolo non sia stato volontariamente causato.¹² Chi ha sostenuto in tal senso, ha argomentato affermando che la creazione volontaria della situazione di pericolo farebbe venire automaticamente meno la necessità, intesa come *extrema ratio*, di difendersi da quel pericolo stesso.¹³ C'è stato anche chi ha rinviato alla categoria dogmatica di derivazione penalistica delle *actiones liberae in causa*: insomma, chi è causa del suo mal pianga se stesso.¹⁴

Certo, vero è che escludere l'invocabilità della scriminante in esame da parte di chi abbia con la propria condotta volontariamente dato vita ad una situazione perniciosa, prevedibile in tutte le sue conseguenze, corrisponde anche al più generale principio di causalità: il comportamento del difensore (in tal caso ritenuto non legittimo) si colloca infatti logicamente e temporalmente nella sequenza causale culminata nel danno all'aggressore. Purtroppo mi trovo in disaccordo con l'impostazione generale preferita dalla dottrina maggioritaria e fin qui descritta, nella misura in cui trovo che sia del tutto inesigibile per colui che si trovi in una situazione di pericolo, seppur da lui stesso creata, rimanere inerte senza margini di reazione solo sulla scorta della considerazione che avrebbe dovuto essere più lungimirante in un momento precedente. A sostegno della mia tesi cito P.G. Monateri¹⁵: "*La giurisprudenza legittima tale regola, dicendo che in simili circostanze mancherebbe il requisito della necessità della difesa, o quello dell'ingiustizia dell'offesa, il che però è falso.*

Una difesa non è meno necessaria, onde salvaguardare i propri interessi, magari all'incolumità fisica, sol perché la vittima ha cagionato volontariamente la situazione di pericolo. Né l'atto illecito del terzo che lede la salute della vittima smette di essere

¹² Art. 2045 c.c.: *Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice.*

Art. 54, comma 1, c.p.: *Stato di necessità. Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*

¹³ "I motivi sono evidenti: se la << necessità di difendere un pericolo proprio od altrui >> viene determinata dallo stesso soggetto che reagisce, la conseguente lesione diretta a contrastare il pericolo non è più necessaria ma liberamente voluta; né si tratta di difesa ma, anche in tal caso, di vera e propria aggressione: esattamente l'opposto del fatto previsto e scriminato dall'art. 52.

[...] E' necessario innanzitutto chiarire che per esservi volontarietà in tal senso, non occorre che il soggetto ponga in essere di sua iniziativa la situazione di pericolo, ma in alcuni casi è sufficiente persino che egli reagisca a quella causata da altri. Non si deve infatti confondere la volontarietà d'un fatto, cioè l'attribuibilità di esso al suo autore, con l'autodeterminazione. Allorché l'individuo provoca spontaneamente il pericolo allo scopo di recare un'offesa al proprio avversario, egli agisce o per preordinarsi una scusa onde raggiungere con mezzi apparentemente leciti il proprio fine criminoso o con la dichiarata intenzione di creare da ambo le parti una situazione mista di difesa ed offesa, il che avviene, attraverso la sfida, in alcune fattispecie di concorso necessario (rissa, duello, ecc.)". Pettoello Mantovani, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in Riv. Pen. 1955, II, p. 886.

¹⁴ M. Franzoni, *Fatti illeciti*, p. 291-292: si esclude che possa invocare la legittima difesa colui che provoca una rissa ovvero che interviene a favore di uno dei litiganti.

¹⁵ P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, p. 232

ingiusto solo perché la vittima si è posta da sé in una situazione di pericolo attuale. Né, ancora, la psiche della vittima che si difende da un danno grave e imminente alla salute, funziona meglio, e più stoicamente, solo perché la vittima stessa ha determinato la situazione di pericolo.”

Come già accennato, mi sento di condividere quest’ultima opinione minoritaria. (Una soluzione, da me proposta, potrebbe essere quella di temperare la misura della responsabilità, o meglio della sua riduzione, in relazione alla qualità del bene oggetto dell’offesa: andrebbe, a titolo di esempio, esclusa la responsabilità tutte le volte in cui venga in rilievo un bene importante come quello della vita o dell’integrità fisica, mentre andrebbe solo ridotta nel caso in cui, a causa della situazione pregiudizievole volontariamente creata, sia stato leso un diritto di rango inferiore come uno di natura meramente patrimoniale.)

Prendiamo ad esempio il caso in esame: a me sembra che il convenuto, che invoca a propria giustificazione la legittima difesa, non possa ritenersi come il produttore della situazione di pericolo data dalla colluttazione con l’attore; anzi dai fatti descritti dal teste oculare mi pare proprio evidente come sia stato l’attore, sceso dalla macchina già con atteggiamento minaccioso e aggressivo, a raggiungere il convenuto nel luogo in cui si trovava a buon diritto, essendo preposto ad attività di segnalazione della manifestazione in corso, e a dare vita alla discussione poi passata “*alle vie di fatto*”.

3.3.2. I rapporti tra legittima difesa e fuga: il *commodus discessus*

Eppure il giudice non riconosce né la necessità della difesa in senso ampio, né l’involontarietà della situazione di pericolo, in cui i protagonisti della vicenda si sono posti spinti da animosità e da reciproca offensività: al convenuto viene, invece, rimproverato di non aver lasciato la sede della colluttazione, cosa che di per sé sola avrebbe evitato il verificarsi del danno finale in capo all’attore ([...]quando il diverbio sembra finito – con l’attore che ripone le pinze nel baule e monta in macchina – la discussione riprende, evidentemente anche a causa del C., cui a quel punto sarebbe bastato allontanarsi).

Siamo di fronte al problema della distinzione elaborata dalla più precisa giurisprudenza – soprattutto penale – tra fuga e cd. *commodus discessus*.

Per *commodus discessus* la dottrina e la giurisprudenza hanno inteso indicare quella facile via di fuga idonea ad evitare il peggiorare della situazione di pericolo ovvero a limitare gli effetti pregiudizievoli che con tutta probabilità da quella scaturiranno; si tratta cioè di quel modo di sottrarsi alla situazione di pericolo quando questo non arrechi danno all’onore e/o alla dignità dell’aggredito¹⁶. E in ciò si vede la differenza rispetto alla fuga, che, al contrario, rappresenta un modo quasi vile di lasciare improvvisamente il terreno della contesa quando le cose si rendano più difficili¹⁷. Si è ritenuto che mentre la fuga non sia esigibile da parte del soggetto offeso, questi debba invece tentare il *commodus discessus* tutte le volte che gli sia materialmente possibile, e in definitiva, tutte le volte che non sia circondato da altri aggressori o in generale da altre situazioni

¹⁶ Non è invocabile la legittima difesa, quale causa di giustificazione del reato, per difetto del requisito della necessità della difesa, quando sussiste la possibilità del *commodus discessus*, cioè una fuga facile, sicura e non disonorevole. Cass. pen., sez. V, 12 agosto 1986, n.8259, in Riv.Pen., 1986, p.1041.

¹⁷ A.Rocco: “[...] non è ammissibile che si fissi per legge l’obbligo della vigliaccheria.”, da voce *Difesa legittima*, in Noviss.Dig.It., V, 1964, p. 622, E. Altavilla.

di pericolo.¹⁸ Questa impostazione nasce proprio dalla considerazione che la reazione difensiva dell'agredito può dirsi legittima e pertanto giustificata agli occhi dell'ordinamento in tanto in quanto fosse l'ultimo inevitabile modo per non soccombere all'offesa, ponderata ogni altra possibile alternativa.¹⁹

Se questo è vero, allora credo che sarebbero del tutto rari i casi in cui la legittima difesa potrebbe esplicitare la sua efficacia scriminante (come già detto, si potrebbe invocare legittima difesa solo quando l'agredito sia circondato da vari aggressori senza via d'uscita, avendo magari davanti a sé solo un dirupo): saremmo ovviamente in presenza tanto assurdi quanto di scuola.

Il giudice della sentenza in commento invece biasima proprio in questi termini il convenuto, censurando il suo comportamento reattivo sfociato poi in danni alla integrità dell'attore: danni che il giudice stesso considera, quindi, sarebbero stati evitabili se il convenuto avesse abbandonato in tempo, prima che la situazione degenerasse, il *locus eventus*. A mio parere, in questo caso è sì pacifico che non un grave pregiudizio avrebbe subito l'onore del convenuto, se si fosse allontanato (non lasciando verosimilmente all'attore alternativa se non quella di montare in auto e ripartire), tuttavia credo che egli non fosse nelle condizioni psicologiche di lasciare quel posto, dove rivestiva un determinato ruolo, anche autorevole, se vogliamo, di gestione del traffico pedonale e stradale, e dove era stato raggiunto in modo tutt'altro che pacifico dall'attore. Il convenuto per giunta, dimostra di saper contenere la lite entro certi confini, evidentemente superati invece dall'attore: dai fatti di causa, infatti, io non scorgo se non una difesa meramente passiva del convenuto, che da un certo momento in poi, dato il mutamento qualitativo della lite, avrebbe solo potuto optare se darsi alla fuga (e non, a mio avviso, ad un *commodus discessus*) o difendersi reattivamente. Quello che semmai potrebbe essere censurabile nella condotta del convenuto, ci permette di spostarci su un'altra e diversa questione, ossia quella della proporzione tra difesa e offesa.

3.4. Proporzionalità tra difesa e offesa

Può dirsi legittima solo quella difesa che sia proporzionata alla offesa subita o subenda. Tale requisito viene ormai pacificamente riconosciuto come necessario ai fini della configurabilità della causa di giustificazione in esame, sebbene la lettera della norma civilistica non ne faccia esplicita menzione: ancora una volta ha soccorso il criterio interpretativo sistematico grazie al confronto con la disciplina penalistica, come già accennato, più completa e dettagliata nella descrizione dei presupposti.

Questo requisito è forse quello che ha posto maggiori profili di criticità alla giurisprudenza, soprattutto penalistica: è cioè ancora controverso se i termini del confronto nel giudizio sulla proporzionalità, debbano essere i beni oggetto dell'offesa e

¹⁸ “Le espressioni contenute nell'art. 52 c.p. (“necessità di difendere” e “proporzionata all'offesa”) sono univocamente espressive del fatto che la condotta deve risultare l'unica possibile, perchè non sostituibile con altra ugualmente idonea a paralizzare o ad attenuare il pericolo. La legittima difesa è, quindi, esclusa se all'aggressione ingiusta l'autore possa sottrarsi senza pregiudizio (c.d. *commodus discessus*).” Cass. pen., sez. I, 10 luglio 2013, n.29481.

¹⁹ “[...]La fuga va nettamente distinta dal <<commodus discessus>> che si impone in determinate circostanze, come misura di prudenza e che costituisce una ritirata non vergognosa, ma facile e sicura, ispirata esclusivamente da ragioni di cautela, come nel caso di chi, pur potendo sottrarsi decorosamente al pericolo dell'altrui offesa, l'affronti volontariamente, ad es., potendo chiudere la porta della sua casa, rimanga sulla soglia, attendendo l'avversario.” da voce *Difesa legittima*, in *Noviss.Dig.It.*, V, 1964, p. 622, E. Altavilla.

conseguentemente della difesa, ovvero i mezzi e le modalità concretamente adoperate dal difensore rispetto ai mezzi e alle modalità a sua disposizione. Vi sono state diverse pronunce in un senso e nell'altro.

Una pronuncia della Suprema Corte²⁰, peraltro richiamata dal giudice di merito, enuncia il principio per cui il requisito della proporzionalità vada valutato ex ante, per verificare che la reazione dell'agredito fosse, a pari idoneità di tutelare il diritto, la meno dannosa rispetto a tutte le altre attuabili. Questo comporta la necessità di ancorare e riconnettere questo requisito a quello già visto della (assoluta) necessità della difesa.

A mio avviso, non vi è modo di sciogliere il dibattito a favore dell'una o dell'altra soluzione tout court: aderire infatti alla tesi della proporzione dei beni in gioco significherebbe non concedere all'agredito alcun margine di difesa ogniquale volta l'aggressione sia rivolta verso beni di rango minimo (come ad esempio valori schiettamente patrimoniali), cosa che invece ormai, come già esposto, si ritiene pacificamente ammissibile; ma d'altro canto prevedere che sia integrata proporzionalità tra offesa e difesa nella sola ipotesi in cui l'agredito abbia materialmente adoperato la modalità di reazione meno lesiva possibile, tra tutte quelle adoperabili, senza riguardo alcuno al tipo di bene che con quella reazione si è voluto difendere, significherebbe aprire la strada alla possibilità di giustificare tutti quei comportamenti difensivo-dannosi qualora si riesca a dimostrare che fossero l'unica strada possibile (quindi anche nel caso di un danno grave all'integrità fisica cagionato nel tentativo di difendere la propria borsetta o il proprio gatto).

Ciò che mi sembra invece più ragionevole è temperare le due soluzioni prevedendo quindi che sia proporzionata solo quella reazione che si dimostri essere stata l'unica possibile per una efficace difesa avendo però riguardo a che non si provochi un danno di gran lunga più grave rispetto a quello che si sarebbe subito resistendo passivamente all'attacco. In questa direzione sembra muoversi il più recente orientamento giurisprudenziale.^{21 22}

Un ulteriore passaggio logico è stato tuttavia aggiunto al ragionamento: si è fatto riferimento alle modalità di utilizzo dei mezzi adoperati per la difesa e si è cioè affermato che *“anche nel caso in cui vi sia stata sproporzione tra i beni in conflitto, se il mezzo concretamente usato dal soggetto passivo dell'aggressione, e soprattutto se le modalità di uso del mezzo si sono rivelate corrette e proporzionate (nel senso che la modalità offensiva viene intesa, ed effettivamente utilizzata dall'agredito, come extrema ratio per impedire la lesione del bene, che altrimenti si concreterebbe), viene*

²⁰ Cassazione civile, sezione III, 25 febbraio 2009, n°4492.

²¹ La difesa è proporzionata quando il bene giuridico leso dalla condotta difensiva è comparabile con quello che era stato attaccato dall'azione offensiva ingiusta alla luce della tavola dei valori costituzionali. La valutazione della proporzione presuppone, innanzitutto, l'analisi dei mezzi a disposizione dell'agredito per difendersi e la verifica della disponibilità di altri mezzi rispetto a quello effettivamente adoperato. Cassazione penale, sezione I, 10 luglio 2013, n°29481.

²² Si veda anche: M.C. Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F.Galgano, CEDAM: “In linea generale, infatti, si richiede che l'indagine circa l'elemento della proporzione venga effettuato sia in relazione ai beni che concretamente vengono in conflitto nella fattispecie (cioè che sinteticamente nelle massime giurisprudenziali viene indicata come la <<necessaria proporzione tra offesa e difesa>>), sia in relazione ai mezzi attraverso i quali si realizza la reazione difensiva, e ciò secondo l'ordine logico (e cronologico) appena indicato, e cioè, in prima battuta un'indagine che raffronti i beni, ed in seconda battuta una che riguardi i mezzi concretamente adottati”, p.82.

riconosciuta l'esistenza della legittima difesa anche se i beni in conflitto non risultano omogenei."²³

Ora volendo quindi ricondurre il discorso al caso da cui siamo partiti, è possibile operare il raffronto suesposto tanto tra i beni venuti in gioco quanto tra mezzi e modalità con cui offesa e difesa si sono estrinsecate, a partire dalla ricostruzione dei fatti di causa.

I beni che in una colluttazione come quella in concreto avutosi vengono in gioco sono ovviamente quelli della salute e dell'integrità fisica (trattasi dunque di beni tra loro omogenei); i mezzi abbiamo visto essere un paio di lunghe pinze, una bandierina segnaletica ed uno scopettone industriale con parti metalliche, mezzi dei quali i primi due, in sequenza temporale, sono stati usati primariamente dall'attore. Le modalità con cui questi strumenti sono stati adoperati sono state piuttosto aggressive da entrambi i contendenti.

Ora, se i limiti entro cui una difesa può dirsi legittima sono quelli segnati dall'unica necessità di neutralizzare l'attacco altrui, allora è effettivamente possibile sostenere che il convenuto abbia ecceduto tali limiti di proporzionalità, in quanto a modalità con cui lo strumento di difesa (in questo caso lo scopettone industriale) è stato adoperato, posto invece che sarebbe stato possibile paralizzare l'offesa dell'attore cagionando un danno di entità ben minore (assumendo che comunque l'uso dello scopettone stesso sia stato l'unico mezzo possibile per sottrarsi al pericolo di rimanere ferito; vd. Par. sul *commodus discessus*).

Sul punto, la dottrina maggioritaria ritiene che non possa essere invocata legittima difesa qualora l'agredito abbia volutamente ecceduto i limiti della proporzionalità tra la sua difesa e l'offesa ricevuta, con la conseguenza che sarà chiamato a corrispondere il risarcimento dei danni in tal modo provocati.^{24 25}

3.4.1. Eccesso colposo in legittima difesa

*Quid iuris invece quando il soggetto minacciato ecceda colposamente nella difesa?*²⁶

Ancora una volta conviene rifarsi alla disciplina penalistica, e in particolar modo all'art. 55 del codice penale²⁷, norma che sancisce il cd. eccesso colposo. Secondo questa norma, il fatto commesso eccedendo i limiti imposti dal requisito della proporzionalità tra difesa e offesa, viene perseguito solo nella misura in cui sia previsto dalla legge come reato colposo (con esclusione quindi di quei fatti che la legge prevede siano perseguibili sono in forma dolosa). L'eccesso può essere dovuto o all'erronea valutazione circa l'entità del pericolo da cui ci si difende ovvero alla inesatta esecuzione

²³ M.C. Traverso, *ibidem*, p. 83.

²⁴ P. 60, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, G.Giacobbe, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone

²⁵ "L'agredito può eccedere i limiti imposti dalla necessità di difendere un proprio diritto da un'offesa attuale e ingiusta solo per errore scusabile e caso fortuito; al di fuori di queste ipotesi, l'assalito non può in alcun modo invocare l'esimente della legittima difesa. Occorre però distinguere le ipotesi di colpa da quelle di dolo: in quest'ultimo caso il reagente sarà tenuto a rispondere integralmente delle conseguenze penali e civili determinate dalla reazione spropositata." P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, p.235

²⁶ P.G.Monateri, *ibidem*

²⁷ Quando, nel commettere alcuno dei fatti previsti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

della reazione, nel qual caso la sproporzione riguarderà propriamente i mezzi o la loro utilizzazione al fine della difesa.²⁸

Ora, manca anche sul punto qualsiasi disposizione in ambito civilistico. Per colmare questa lacuna giurisprudenza e dottrina hanno fatto richiamo all'art. 1227, comma 1²⁹, in materia di concorso colposo del creditore(danneggiato). Il ragionamento seguito è il seguente: dal momento che l'eccesso colposo presuppone comunque l'operatività della causa di giustificazione, nel nostro caso della legittima difesa, o meglio, dal momento che l'eccesso rispetto ai limiti imposti dal requisito della proporzionalità consegue pur sempre ad una offesa ingiusta, sembra corretto sostenere che a quella vada *riconosciuto il carattere di causa concorrente nel processo eziologico che ha determinato l'evento dannoso a carico dell'autore dell'offesa ingiusta*.³⁰ (La giurisprudenza maggioritaria più recente, supportata da quella di legittimità, appare saldamente orientata in questo senso.³¹) Pertanto, nella quantificazione del danno occorso all'aggressore il giudice dovrà riconoscergli non già il diritto al risarcimento dell'intera entità del danno, ma dovrà invece procedere ad una congrua riduzione della misura del risarcimento. Detto altrimenti, all'aggressore danneggiato sarà riconosciuto il diritto ad ottenere una misura risarcitoria marcata solo sulla *quota di (risarcimento corrispondente al) danno derivante dall'eccessiva reazione colposa*.^{32 33}

Alla base di questa impostazione teorica sta il più generale principio di causalità e, più in particolare, il principio per cui il concorso di cause preesistenti (simultanee o sopravvenute) non esclude il rapporto tra azione (od omissione) ed evento.³⁴ L'offesa ingiusta e la reazione difensiva pertanto si collocano sullo stesso piano causale, come concause del danno subito dall'aggressore. Dottrina autorevole parla più precisamente

²⁸ Vedi la distinzione elaborata dalla dottrina penalistica tra errore cd. motivo ed errore cd. inabilità.

²⁹ *Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.*

³⁰ M.Florit, *Il risarcimento del danno e la legittima difesa tra diritto civile e diritto penale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.7-8, 2011, p. 1635

³¹ *Nell'ipotesi in cui l'aggressore resti danneggiato dalla reazione di chi, agendo in stato di legittima difesa, incorre in eccesso colposo, il fatto dell'aggressore, avendo provocato la reazione difensiva della vittima, deve considerarsi come causa del danno a lui cagionato dall'agredito, per cui trova applicazione l'art. 1227 comma 1 c.c., che stabilisce una ragionevole diminuzione del risarcimento nel caso di concorso del fatto colposo del danneggiato.* Cass. Pen., Sez. I, 5 ottobre 1989, n. 17571, in Cass. Pen., 1991, I, p.262

³² Venchiarutti, *La legittima difesa*, p. 478, in *La responsabilità civile, Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, a cura di Cendon.

³³ Si veda l'articolo dottrinale di P. Forchielli, *Danno da legittima difesa e danno da eccesso colposo*, in *Dir.e Giur.* 1970, p. 474, particolarmente interessante per il discorso che si sta conducendo: "Come isolare il danno da eccesso colposo dal danno da legittima difesa? (...) Per giungere a questa discriminazione il civilista dispone soltanto di un procedimento di tipo induttivo: accertare, in linea di ragionevole probabilità, quale danno sarebbe derivato all'offensore da una difesa proporzionata e sottrarre poi questo danno dal danno complessivamente subito dall'offensore medesimo. (...) Spesso tuttavia non è possibile isolare il danno imputabile all'eccesso colposo danno imputabile alla legittima difesa, neppure adottando un criterio probabilistico del tipo di quello ipotizzato poc'anzi; e ciò perché non è, nella specie, possibile ipotizzare postumamente, con un grado di sufficiente attendibilità, quale danno sarebbe derivato da una legittima difesa proporzionata, che non avesse trasceso nell'eccesso. In tutte queste ipotesi all'interprete non resta che adottare un criterio empirico-quantitativo sul tipo di quello indicato dal primo comma dell'a. 1227 e anche dall'a. 1226."

³⁴ Art. 41 c.p.: *Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.*

di efficienza causale: *qualora il fatto dell'agredito sia causa efficiente della reazione eccessiva, la sua condotta concorre a produrre l'evento dal quale deriva il danno, pertanto una quota di questo deve rimanere a suo carico.*^{35 36}

Una pronuncia più o meno recente della Suprema Corte mostra di aderire pienamente alla tesi di cui sopra: *[Il] concorso di colpa della vittima (che) è astrattamente configurabile, per il soggetto che abbia cagionato lesioni durante una colluttazione provocata ed iniziata dal suo antagonista, solo se ed in quanto le lesioni inferte a quest'ultimo possano essere imputate ad una reazione difensiva, ancorché colposamente eccedente i limiti di proporzionalità richiesti per l'esimente della legittima difesa.*³⁷

Altra recente pronuncia stabilisce invece l'importante principio per cui il giudice, cui spetti di accertare l'effettiva ricorrenza dell'eccesso colposo in legittima difesa, è tenuto a valutare non già le *offese rispettivamente subite dall'aggressore e dall'agredito, ma quelle che quest'ultimo poteva ragionevolmente temere dall'aggressore con quelle da lui conseguentemente prodotte al primo.*³⁸

Conviene a questo punto vagliare il caso di partenza alla luce di quanto appena esposto: è evidente che il convenuto poteva in quella situazione temere delle lesioni alla propria persona; è anche evidente come il danno poi concretamente subito dall'attore (anche in considerazione delle complicità mediche poi verificatesi) sia di gran lunga più grave di quello che, inferto negli stretti limiti della proporzionalità, sarebbe bastato per impedirgli di proseguire l'attacco contro il convenuto. Ritengo quindi, discostandomi da quanto statuito sul punto dal giudice di merito, che tanto la reazione difensiva 'eccessiva' del convenuto quanto la condotta aggressiva e potenzialmente lesiva dell'attore vadano considerate concause dell'evento di danno infine patito dall'attore stesso. Il giudice di merito, al contrario, rifacendosi ad una precedente pronuncia di legittimità³⁹, afferma il principio per cui, stante la non invocabilità della legittima difesa da parte di chi abbia ecceduto i limiti della difesa stessa e abbia dato luogo ad una nuova aggressione consapevole e volontaria, spetta al danneggiante provare quindi che l'eccesso sia stato di natura colposa e non dolosa.

4. Oneri probatori

Come già accennato, il giudice chiarisce che è al danneggiante, iniziale aggredito, che spetta provare di aver agito in legittima difesa e di aver cagionato il danno in questione per eccesso colposo: detto in altri termini, il rischio della mancata prova ricade sul danneggiante. Nel caso di specie, il convenuto viene condannato all'integrale ristoro dei danni subiti dall'attore sulla base della considerazione per cui, risultando persistente il dubbio in ordine alla *dinamica conclusiva della colluttazione*, si esclude in toto il concorso della vittima, idoneo alla riduzione del risarcimento.

³⁵ M. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, p. 1141

³⁶ Un vecchio orientamento giurisprudenziale propendeva invece per l'opposta soluzione per cui l'agredito che abbia ecceduto colposamente i limiti di una difesa legittima debba risarcire per l'intero i danni subiti dall'aggressore.

³⁷ Cassazione civile, sezione III, 15 marzo 2007, n°6009.

³⁸ Cass. civ. Sez. III, 08 novembre 2012, n. 19294.

³⁹ *"non può essere invece invocato dal danneggiante quando la lesione sia dovuta ad una reazione che abbia superato l'iniziale esigenza di difesa e si sia sviluppata in una aggressione consapevolmente e volontariamente eccedente detta esigenza"*: Cass., sez.III, sent. n°6009 del 15 marzo 2007.

Personalmente ritengo che l'imposizione di un simile onere probatorio in capo al danneggiante, che nelle ipotesi di cui si discorre è pur sempre la vittima iniziale su cui si riversa l'offesa ingiusta, risulti nei fatti sempre eccessivamente gravoso: si immagini quanto labile può essere il confine tra colpa e dolo quando si reagisca a fronte di una aggressione alla propria persona (come nel caso di specie), aggressione a volte persino feroce e reiterata.⁴⁰ Ritengo dunque che la previsione dell'onere probatorio a carico dell'aggredito danneggiante possa essere ricondotta a ragioni schiettamente processuali, ma non vedo come possa invece rispondere ad esigenze di giustizia sostanziale: a mio avviso, soprattutto quando vengano in ballo beni giuridici di tale importanza quali quelli della salute e dell'integrità fisica, andrebbe prevista una sorta di presunzione di eccesso nella forma colposa della reazione ad una aggressione altrui. Peraltro, senza arrivare a prevedere presunzioni giuridiche, che pure sarebbero ragionevoli volendo seguire un ragionamento come quello suesposto basato sul decorso effettivo causale degli eventi, io credo che sia proprio la disciplina dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c.⁴¹ a permettere di stabilire che sia l'attore che vanti un credito risarcitorio a provare i fatti su cui tale pretesa si fonda, dimostrando sia la lesione concreta del precetto del *neminem laedere*, sia dunque il fatto costitutivo del danno sia ancora l'elemento psicologico del presunto danneggiante⁴². A mio avviso, dunque, seguendo ancora la disciplina di cui sopra, al convenuto spetterà unicamente di provare il fatto impeditivo della pretesa attorea, nel caso di specie l'operatività in concreto della causa di giustificazione.

Nel caso tratto dalla sentenza in commento trovo che sia del tutto sproporzionato il modo con cui il giudice grava di un tale onere il convenuto, onere che ovviamente questi non riesce ad assolvere data l'impossibilità di confermare la sue versione dei fatti da parte di alcun testimone.

Di onere della prova, infine, il giudice di merito parla anche in un momento antecedente, quando ancora si occupa di verificare la sussistenza della scriminante; egli richiama una precedente sentenza della S.C.⁴³: *l'identità concettuale che si è fin qui rinvenuta tra l'art. 52 c.p., e l'art. 2044 c.c., deve, comunque, confrontarsi con le diverse regole che presiedono la formazione della prova nel processo civile e penale, oltre che con il favor rei che governa in materia penale; con la conseguenza che mentre nel giudizio penale la semiplena probatio in ordine alla sussistenza della scriminante comporta l'assoluzione dell'imputato ex art. 530 c.p.p., comma 3, nel giudizio civile il dubbio si risolve in danno del soggetto su cui incombe il relativo onere della prova, id est del soggetto che la invoca*. Anche in questa fase, trovo l'argomentazione del giudice poco convincente: stabilito che in ambito civile la *semiplena probatio* si risolve in danno di chi invoca la legittima difesa, non vedo come però di *semiplena probatio* possa parlarsi nel caso di specie, dal momento che, sulla base delle dichiarazioni dell'unico

⁴⁰ “[...]viene ritenuta regola di esperienza che colui che è reiteratamente aggredito reagisce come può, secondo la concitazione del momento, e non è tenuto a calibrare l'intensità della reazione, finalizzata ad indurre la cessazione della avversa condotta lesiva, salva l'ipotesi di eventuale manifesta sproporzione della reazione.” Cass. Civ., sez. III, 08 novembre 2012, n. 19294.

⁴¹ Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

⁴² “(...) la domanda dell'attore non sarà accoglibile ove questi non abbia adeguatamente fornito la prova dei fatti sui quali è fondata la sua domanda (*actore non probante, reus absolvitur*).”, I. Barbagallo, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Cendon, Artt. 2643-2969.

⁴³ Cassazione civile, sezione III, 25 febbraio 2009, n°4492.

teste oculare utilizzate dal giudice per sostenere l'intero suo impianto argomentativo, risulta provato come sia stato proprio l'attore a dare vita alla minaccia e successivamente all'aggressione vera e propria.

5. Breve excursus sulla provocazione

Anche se non rilevante propriamente ai fini del commento sulla sentenza di cui ci siamo finora occupati, conviene soffermarsi brevemente sul tema della provocazione, cui pure il giudice di merito ad un certo punto accenna. Trattando infatti della ricorrenza dell'eccesso colposo, il giudice cita una importante pronuncia della Cassazione che si era specificamente occupata del tema della provocazione e della sua rilevanza o meno in termini di concorso del danneggiato.⁴⁴ La provocazione è prevista dall'art. 62 del codice penale come una mera attenuante del reato, con ciò quindi lasciando intendere che sia integra l'illiceità del fatto commesso in risposta ad una provocazione altrui. In sostanza, il soggetto provocato reagisce non per difendere un diritto proprio od altrui ma perché spinto da un impulso collerico ed emotivo, anche se cagionato da un fatto ingiusto altrui.⁴⁵ La maggior parte di dottrina e giurisprudenza concordano quindi nel ritenere il fatto commesso in risposta ad una provocazione altrui non scriminato in punto di responsabilità aquiliana⁴⁶, sebbene possa andar incontro ad attenuazione di quella penale. Vero è che la provocazione è quella condotta altrui idonea ad incidere sulla psiche del soggetto agente e sui suoi motivi inibitori, ma è altrettanto vero che il soggetto vuole esattamente il risultato dannoso della sua reazione: ed è proprio per questo motivo che non può essere invocata legittima difesa per carenza dei presupposti visti.

Parte della dottrina, però, andando controcorrente, ha affermato che la provocazione possa in determinate circostanze essere valutata ai fini del 1227, comma 1 se non addirittura del comma 2.⁴⁷

Ciò in considerazione del fatto che una provocazione di una elevata intensità deve essere considerata come antecedente causale ovvero come causa mediata del danno occorso al provocatore, stante la causa immediata della reazione collerica del provocato. Così autorevole dottrina: *"(...)non qualunque provocazione può legittimare una scriminante a favore del provocato, tranne che la provocazione sia di tale intensità da spingere immediatamente, in modo irriflesso, il provocato alla sua reazione, di modo che la stessa non possa nelle circostanze concrete neanche dirsi voluta, o pensata, per cui in fatto mancherebbe l'elemento soggettivo dell'illecito, e il fatto del provocato non*

⁴⁴ "In tema di concorso del fatto colposo del danneggiato ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 1227 c.c., la partecipazione ad una colluttazione non comporta, di per sé, una riduzione della misura del danno subito da ciascuno dei due partecipanti", salvo che si tratti di danno generato dall'agredito "il quale abbia colposamente ecceduto i limiti consentiti da una difesa legittima, non essendo sufficiente, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1227 cit., neanche la provocazione, non potendo essere considerata come causa del danno che il provocato abbia volontariamente infetto al provocatore": Cass., sez.III, sent. n°2956 del 14 aprile 1988", § 4 della sentenza in commento.

⁴⁵ Vedi Monateri, *La responsabilità civile*, p. 236.

⁴⁶ Cass.civ., 28 agosto 2009, n.18804.

⁴⁷ Art. 1227: 1. *Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.*
2. *Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.*

*sarebbe perciò tale da interrompere la serie causale che il provocante ha, con la propria condotta, cominciato a porre in essere.*⁴⁸

Personalmente mi trovo concorde con quest'ultima tesi, e trovo che sia necessario poi in sede giudiziale un accertamento volto a constatare concretamente l'incidenza causale che la condotta provocatoria abbia avuto rispetto al danno finale patito dal provocatore.

6. Conclusioni sul caso

Sembra a questo punto necessario tirare le fila del discorso: la sentenza del Tribunale di Modena presa in esame ci ha permesso di sviscerare tutti i punti salienti e i profili critici dell'istituto della legittima difesa, che come abbiamo visto ha una importanza pratica tutt'altro che irrilevante. La legittima difesa, infatti, come abbiamo visto, comunque la si voglia considerare, come causa di giustificazione o come causa di esonero dalla responsabilità, ha l'effetto importantissimo di stabilire dove sia il confine tra illecità e liceità di una condotta lesiva, confine su cui si innesta poi la possibilità di accogliere o rigettare la domanda risarcitoria del danneggiato. Nel corso di questo commento è stato possibile passare in rassegna tutti i presupposti al ricorrere dei quali un contegno dannoso possa dirsi giustificato, quelli relativi alla sfera dell'aggressore e quelli relativi alla sfera del reagente; abbiamo anche visto il particolare caso in cui la scriminante sia integrata in tutti i suoi requisiti fuorché quello della proporzione tra difesa e offesa, caso che risulta fonte di obbligazione risarcitoria per l'intera entità del danno subito dall'aggressore nel caso in cui l'eccesso sia stato previsto e voluto dal danneggiante (-aggredito, che quindi ha solo tratto dall'aggressione l'occasione per perseguire il proprio fine illecito) e invece per una misura congruamente diminuita qualora l'eccesso sia stato incolpevole, cioè frutto di un erronea valutazione della situazione di fatto ovvero di una errata modalità difensiva.

Si è tentato di rapportare tutti questi profili relativi alla legittima difesa, alla luce dei contributi dottrinali e giurisprudenziali che abbiamo visto essere più cospicui in ambito penalistico, alla sentenza di merito in commento, con lo scopo di capire se la soluzione in concreto adottata possa dirsi, a mio personale avviso, condivisibile o meno. Come sarà già parso evidente lungo il corso del ragionamento seguito, l'esito decisorio cui il giudice è pervenuto non mi sembra del tutto convincente.

In primo luogo, si è tentato di dimostrare come tutti i presupposti propri della legittima difesa possano dirsi integrati: tutti con la sola esclusione della proporzione tra offesa subita dal convenuto (e offesa subenda in mancanza di reazione) e difesa approntata dal convenuto stesso riversatasi a scapito dell'attore in danni all'integrità fisica di ingente entità. Si è voluto altresì dimostrare come ai due protagonisti della vicenda vadano più propriamente assegnati gli attributi di aggressore(/danneggiato) e aggredito(/danneggiante) più che quelli di co-rissanti. Alla luce infatti delle prove assunte nel corso del processo (in particolare delle dichiarazioni rese da un teste oculare) risulta (a me) piuttosto chiaro come sia stato l'attore a dar vita alla discussione poi divenuta colluttazione, e come quindi non possa parlarsi di rissa vera e propria⁴⁹ ma piuttosto di una aggressione divenuta gradualmente sempre più incalzante e di una difesa inizialmente passiva e solo dopo re-attiva. Il convenuto poi non avrebbe potuto

⁴⁸ Monateri, vd. *supra*.

⁴⁹ Aggiungasi che è ancora discusso nella dottrina penalistica quale sia il numero minimo di concorrenti necessari affinché possa dirsi integrato il reato di rissa di cui al 588 c.p. e che la dottrina più rappresentativa sia concorde nel ritenere che il numero minimo dei corrissanti debba essere 3.

lasciare il luogo della discussione perché era lì che svolgeva il suo ruolo di addetto alle segnalazioni stradali della gara ciclistica in corso; se si fosse trattato di un semplice passante, allora la sua permanenza nel luogo della discussione avrebbe avuto i caratteri della aggressività e la parvenza di una sfida aperta. Stando così le cose, non riesco a vedere nel caso quella comune e reciproca volontà di offesa che rinviene al contrario il giudice. Tutti motivi per cui mi trovo in disaccordo con l'argomentazione del giudice e ritengo nel caso di specie invocabile legittima difesa da parte del convenuto, e tuttavia risarcibile all'attore quel danno (biologico non patrimoniale – dal momento che nessuna prova è stata prodotta in giudizio per la risarcibilità del danno patrimoniale), cagionato in eccesso colposo, in una misura ridimensionata in base ad un criterio equitativo.

In secondo luogo, come già esposto, propongo un'ulteriore considerazione, strettamente connessa con la prima, per la quale trovo ingiustamente gravoso l'onere probatorio posto in capo al convenuto, cui secondo il giudice spetta di provare la natura dolosa o colposa della reazione eccessiva. La mia considerazione nasce dal fatto che sia stato l'attore ad introdurre nell'ordinamento la situazione antigiuridica da cui il convenuto ha dovuto difendersi; ed è all'attore che secondo me deve spettare l'onere di provare il fondamento della sua pretesa risarcitoria.

In terzo ed ultimo luogo, soffermandoci brevemente sulla quantificazione del danno e conseguentemente della sua risarcibilità, il giudice, coadiuvato dal CTU che stima l'invalidità permanente al 35%, l'invalidità temporanea totale di sei mesi e quella parziale al 50% di ulteriori sei mesi, stabilisce che il risarcimento consti di 190.281 euro (rivalutati con interessi). Anche nella determinazione matematica della misura del risarcimento trovo un passaggio poco condivisibile: nello stabilire l'importo del danno temporaneo entro la forbice monetaria tra euro 88 e 132 da moltiplicarsi per i giorni di invalidità temporanea, il giudice sceglie la misura massima di euro 132 considerando la "drammaticità" della vicenda. Arrivati a questo punto e svolte tutte argomentazioni sul caso, mi pare superfluo dire per quale motivo io ritenga questa valutazione poco corretta né rispondente a criteri di equità.

Nel corso della motivazione, infine, il giudice fa riferimento all'art. 2055 c.c.⁵⁰ che sancisce la solidarietà tra più persone alla cui condotta il danno possa essere collegato; è pacifico quindi che la tutela risarcitoria ben può essere fruttuosamente esperita contro uno soltanto dei condebitori, il quale però ha diritto di regresso nei confronti degli altri. Ora, nel caso di specie il convenuto prospetta la responsabilità del personale sanitario e medico nella misura in cui avrebbero dovuto prevedere e prevenire la formazione dell'ematoma subdurale, causa delle ulteriori complicanze chirurgiche che l'attore ha dovuto affrontare. È verosimile pertanto, che in un secondo giudizio, il convenuto condannato a pagare il risarcimento dei danni nella misura che abbiamo visto possa agire nei confronti della struttura ospedaliera per quella quota di responsabilità ancorata ai parametri della gravità della colpa e delle conseguenze che ne sono derivate.

⁵⁰ Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali.

I LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'INCAPACE: LA NECESSITÀ DI UNA RIFORMA

di Maria Cristina Urbano

IL CASO

Nell'anno 2007 il sig. F.P., sebbene avesse prenotato per il giorno 30 luglio 2007 in pernottamento presso l'Hotel des Alpes con sistemazione adatta a portatori di handicap, si era presentato il giorno successivo trovando ristoro con le due persone che lo accompagnavano nell'unica stanza adibita ad utilizzo per persone in carrozzina. Egli, benché avvisato della disponibilità della stanza per quella sola notte, rifiutava di liberarla fino al giorno 3 agosto. Tra il giorno 30 luglio e il giorno 3 agosto, il sig. F.P. aveva dato prova di comportamenti violenti ed aggressivi verso il personale della struttura, oltre a condotte di danneggiamento e di imbrattamento degli arredi della stanza assegnatagli. Al danno materiale ed economico inflitto alla struttura, consistente nella necessità di provvedere alla risistemazione completa della stanza e l'indisponibilità della stessa per i giorni successivi all'evento di danno, si affianca il danno non patrimoniale consistente nella lesione dell'immagine commerciale della struttura e della salute del gestore della stessa a seguito di detti comportamenti aggressivi. In giorno 3 agosto 2007 interveniva, ravvisandone i presupposti, il Servizio di Emergenza Sanitaria preventivamente richiesto dalla struttura, seguendo la procedura di TSO.

A seguito dei fatti, il convenuto era stato sottoposto a giudizio penale, accusato di ingiuria e danneggiamento a seguito di denuncia-querela sporta dal sig. L.U. il quale, costituitosi parte civile, aveva avanzato una pretesa risarcitoria in merito ai danni lamentati. Il convenuto era stato poi riconosciuto come non colpevole dalla sentenza 846/09 in data 27.10.2009, per difetto di imputabilità al momento della commissione del fatto.

Ad ogni modo il convenuto aveva provveduto al saldo delle spese di soggiorno presso la struttura ed aveva riferito di aver invano proposto in via stragiudiziale il pagamento dell'importo di Euro 5.000,00 a ristoro del danno da lui cagionato.

Il convenuto chiede oltre alla pronuncia di inammissibilità della domanda risarcitoria e all'accertamento della sua incapacità ex art. 2046 c.c. l momento dei fatti denunciati, la condanna degli attori al risarcimento dei danni in suo favore per avere agito nel giudizio in mala fede ex art. 96 c.p.c. con vittoria delle spese di causa.

Il giudice in primo rigetta le eccezioni preliminari avanzate dal convenuto, ritenendole palesemente infondate: infatti, nell'atto di citazione viene enunciata sia l'identità degli attori con elementi sufficienti per una loro dettagliata identificazione che la qualità fondante la loro legittimazione.

Allo stesso modo risulta infondata l'eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria. Infatti, ex art. 652 c.p.p., l'azione, pure promossa in sede penale con la costituzione di parte civile, può essere utilmente riproposta in sede civile in caso di assoluzione dell'imputato.

Il giudice sottolinea come il concetto di imputabilità si atteggi diversamente a seconda che venga applicato nel corso di un giudizio penale ovvero civile. Mentre nel diritto penale le cause di esclusione della imputabilità sono tassativamente elencate, nel

diritto civile è compito del giudice accertare nel caso concreto se debba escludersi o meno la capacità di intendere e di volere ex art. 2046 c.c.

Essendo emerso dall'indagine peritale che il convenuto versava in una situazione di incapacità di intendere e di volere non imputabile a sua negligenza o imprudenza, (emerge dal CTU la circostanza che il soggetto per la natura della patologia non poteva essere cosciente della stessa, dunque prevenirla o evitarla) il giudice ne conferma la non imputabilità.

Tuttavia, richiamando la giurisprudenza della Suprema Corte, il giudice ritiene applicabile al caso di specie l'art 2047 c.c., sebbene difetti il presupposto della presenza di un sorvegliante. In particolare la Corte di Cassazione ritiene questa condizione equiparabile a quella in cui ci sia la carenza di un responsabile alla vigilanza sull'autore del fatto, incapace di intendere e di volere. Conseguentemente applica il comma 2 dell'art 2047 c.c., prevedendo un equo indennizzo iscrivibile a carico del danneggiante per il ristoro dei soli danni patrimoniali arrecati, escludendo, invece, che suddetta voce venga posta a ristoro anche dei danni non patrimoniali lamentati dalla parte attrice, rilevando come il danno non sia stato sufficientemente provato.

Il giudice sottolinea la necessità di procedere alla corresponsione dell'importo facendo riferimento all'analisi comparativa delle condizioni economiche delle parti. Preso atto del fatto che il sig. F.P. ha ricoperto la carica di parlamentare e professore universitario e che gli attori svolgono attività commerciale nella gestione della struttura alberghiera, il giudice ritiene di poter riconoscere, alla luce dei principi di solidarietà sociale sottesi al nostro ordinamento, un contenuto indennizzo agli attori in giudizio. Il giudice condanna infine il convenuto al pagamento delle spese processuali.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di AOSTA

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Anna Bonfilio
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 491/2011 promossa da:

EURO HOTEL SRL (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. FRASSY DARIO,
elettivamente domiciliato in VIALE PARTIGIANI, 78 AOSTA presso il difensore avv. FRASSY DARIO

L.U. (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. FRASSY DARIO e dell'avv. , elettivamente
domiciliato in VIALE PARTIGIANI, 78 AOSTA presso il difensore avv. FRASSY DARIO

ATTORI

contro

F.P. (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. COQUILLARD GEMMA e dell'avv.
CARDILE DOMENICO ((...)) DOM. C/O STUDIO LEGALE COQUILLARD
AOSTA ; R.S. ((...)) C/O AVV. COQUILLARD AOSTA ; elettivamente domiciliato in
VIA B. FESTAZ, 66 11100 AOSTA presso il difensore avv. COQUILLARD GEMMA
CONVENUTO

OGGETTO: risarcimento danni

Nella quale, all'udienza del 16.10.2012, le parti precisavano le seguenti

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato in data 30.03.2011 il sig. L.U. e la Euro Hotel s.r.l., esponevano che nell'anno 2007 il sig. F.P., pur avendo prenotato per il giorno 30.07.2007 un pernottamento presso l'Hotel des Alpes, gestito dalla Società esponente, con sistemazione adatta a portatori di handicap in quanto costretto a muoversi in carrozzella, si era tuttavia presentato inopinatamente il giorno successivo, trovando comunque ospitalità presso la struttura insieme alle due persone che lo accompagnavano nella sola stanza adeguata all'accoglienza di persone affette da handicap fisico. Lamentavano tuttavia che il cliente, benché avvisato della disponibilità della stanza attrezzata per portatori di handicap per la sola notte del 31 luglio, si fosse nondimeno rifiutato di liberare la camera sino al 3 agosto successivo, trascendendo inoltre in comportamenti violenti ed aggressivi verso il personale della struttura, ripetutamente aggrediti con lancio di stoviglie e suppellettili, ed in condotte di danneggiamento ed imbrattamento degli arredi della stanza assegnatagli. Riferivano quindi di avere richiesto l'intervento del Servizio di emergenza sanitaria i cui operatori, tuttavia, soltanto in data 3.08.2011 avevano ravvisato i presupposti per l'attivazione di un intervento di T.S.O. nei confronti del P.. Lamentavano quindi gli esponenti di aver subito gravi danni materiali e non patrimoniali in conseguenza delle condotte così attuate dal sig. P., sia in ragione della necessità di provvedere alla risistemazione completa della stanza imbrattata e danneggiata dal predetto cliente, con conseguente indisponibilità della stessa per il tempo necessario all'attuazione dei lavori conseguenti, sia in conseguenza della lesione dell'immagine commerciale della struttura, con correlativa perdita di clientela, sia infine in ragione del danno alla salute accusato dal gestore dell'Hotel des Alpes, sig. L.U., per effetto di malore e conseguente shock da stress emotivo subito a causa dell'incresciosa situazione creatasi in ragione della condotta illecita del sig. P.. Chiedevano pertanto accertarsi la responsabilità del sig. P. in relazione ai danni materiali cagionati in occasione del suo soggiorno presso il suddetto Hotel in misura da accertarsi in corso di causa e condannarsi inoltre lo stesso al ristoro dei danni non patrimoniali cagionati alla Società di gestione della struttura ed al suo titolare; con vittoria delle spese del giudizio.

Si costituiva ritualmente in giudizio il sig. F.P., eccependo in via preliminare la nullità della citazione attorea per insufficiente indicazione dei dati di individuazione dei soggetti agenti. Contestava comunque in merito ogni avversa doglianza e pretesa, allegando di essere affetto da disturbo psichico, qualificabile nei termini di un disturbo bipolare con scompenso maniacale, e di aver subito, nel corso del suo soggiorno presso l'Hotel des Alpes un accesso patologico tale da indurlo alla perdita di ogni controllo, tanto da essere sottoposto infine a T.S.O. Riferiva peraltro di essere stato sottoposto a giudizio penale per fatti di ingiuria e danneggiamento per effetto di denuncia-querela sporta per l'accaduto dal sig. L.U., nel quale il querelante, costituitosi parte civile, aveva quindi spiegato azione risarcitoria identica a quella riproposta con l'atto di citazione a quo, e di essere stato infine assolto, con sentenza di questo Tribunale n. 846/09 in data 27.10.2009, per difetto di imputabilità, versando al momento dei fatti in totale incapacità di intendere e volere, come emerso da perizia medico-psichiatrica svolta nel

giudizio stesso. Contestava comunque l'entità del danni lamentati dalla parte attrice, allegati in misura del tutto esagerata rispetto al pregiudizio reale conseguito alla sua condotta pur dovuta ad accesso patologico, riferendo di avere inutilmente proposto in via stragiudiziale il pagamento di un importo di Euro 5.000,00 a ristoro del danno effettivo determinato, ritenuto tuttavia incongruo dalla controparte e perciò rifiutato. Allegava infine di aver già comunque provveduto, in ottemperanza ad ingiunzione di pagamento notificatagli dalla controparte, al versamento di un importo di Euro 1.258,00 a generoso saldo delle spese di soggiorno presso la struttura gestita dagli attori. Chiedeva pertanto in via preliminare dichiararsi la nullità della citazione attorea e comunque l'inammissibilità della domanda risarcitoria avversa e, nel merito, accertarsi la sua incapacità ex art. 2046 c.c. al momento dei fatti denunciati in citazione ed escludersi quindi ogni sua responsabilità in relazione all'illecito in contestazione; chiedeva infine condannarsi gli attori ex art. 96 c.p.c. al risarcimento dei danni in suo favore per avere agito nel giudizio in mala fede; con vittoria delle spese di causa.

Il Giudice, deliberate preliminarmente in senso negativo le eccezioni preliminari sollevate dalla parte convenuta, ritenuta previamente la necessità di svolgere C.T.U. psichiatrica sulla persona del sig. F.P. al fine di accertarne la capacità di intendere e volere in relazione alle condotte denunciate in citazione ed in riferimento alla specifica tipologia di tali comportamenti, nonché di verificare comunque il suo stato di consapevolezza in relazione alla patologia da cui era affetto, riservata ogni valutazione sulle ulteriori deduzioni istruttorie delle parti, nominava per l'incarico il Dott. E.R.. Dopo il deposito della relazione peritale, ritenuta già la causa matura per la decisione, previo esperimento di un tentativo di conciliazione fra le parti, il Giudice invitava alla precisazione delle conclusioni, sicché, previo deposito delle difese di rito, la causa perviene infine in decisione.

Meritano anzitutto preventivo esame le eccezioni preliminari svolte dalla parte convenuta, che pure debbono ritenersi, in relazione alla documentazione in atti, palesemente infondate.

Deve infatti rilevarsi che nell'atto di citazione da cui si procede, pur mancando indicazione del codice fiscale e della partita IVA degli attori, è chiaramente enunciata l'identità di detti soggetti, con elementi certamente sufficienti per una loro compiuta identificazione (denominazione, sede e legale rappresentanza della Società attrice, nominativo, generalità e residenza del suo legale rappresentante sig. L.U., quali desumibili anche dalla procura in calce all'atto) ed è inoltre enunciata la qualità fondante della loro legittimazione, rispettivamente quale società di gestione dell'Hotel del Alpes ove si deducono avvenuti gli illeciti denunciati nell'atto e legale rappresentante - e quindi gestore - della stessa.

Palesemente infondata risulta pure l'eccezione svolta dalla parte convenuta di inammissibilità della domanda risarcitoria attorea in quanto duplicazione della medesima istanza già svolta nel giudizio penale celebrato a carico del sig. P. nel quale il sig. U. e la Euro Hotel s.r.l. ebbero a costituirsi parti civili. Risulta infatti dalla sentenza n. 846/09 emessa da questo Tribunale a definizione del predetto giudizio penale per fatti di reato ex artt. 658 e 659 c.p. che, essendosi pronunciata assoluzione dell'imputato sig. F.P. per difetto di imputabilità, nessuna valutazione o determinazione è in quella sede intervenuta in merito alle domande risarcitorie spiegate nel processo dalle parti civili costituite. Risulta, peraltro, dal chiaro tenore del portato ex art. 652 c.p.p. che l'azione risarcitoria pure già promossa in sede penale con la costituzione di parte civile può

essere utilmente riproposta in sede civile in caso di assoluzione dell'imputato con i soli effetti preclusivi ivi enunciati, del tutto inconferenti in questa sede.

Nel merito, mancando ogni effetto preclusivo della sentenza penale di assoluzione per difetto di imputabilità dell'imputato nel giudizio civile risarcitorio successivamente promosso, considerato che "in tema di imputabilità del fatto dannoso opera, nel campo civile, un sistema diverso ed autonomo rispetto a quello previsto dal legislatore per l'imputabilità in campo penale, nel quale è la legge stessa che fissa le cause che la escludono, mentre, a norma dell'art. 2046 cod. civ., compete al giudice civile accertare caso per caso se, in relazione all'età, allo sviluppo psico-fisico, alle modalità del fatto o ad altre ragioni, debba escludersi o meno la capacità di intendere o di votare " (Cass. civ. Sez. 3, Sentenza n. 11163 del 19/11/1990), correttamente si è disposta, nel presente giudizio C.T.U. psichiatrica sulla persona del sig. F.P., al fine di accertarne la capacità di intendere e volere in relazione alle condotte denunciate in citazione, in occasione della sua permanenza presso l'Hotel del Alpes in St. Remy en Bosses nei giorni 31 luglio-3 agosto 2007, in riferimento alla specifica tipologia dei comportamenti illeciti assunti come lesivi e con riguardo alla consapevolezza avuta dal soggetto del suo stato di patologia.

E' emerso quindi dall'indagine peritale svolta sulla persona del sig. F.P. che "in base ai dati anamnestici riferiti, alla documentazione clinica esaminata, all'esame psichico ed alla testistica psicodiagnostica è possibile attribuire al periziando una definizione diagnostica secondo il DSM IV-TR di disturbo bipolare dell'umore tipo I, con manifestazioni psicotiche", laddove "si riscontrano in effetti nella storia anamnestica del periziando più episodi maniacali franchi che hanno causato disagio clinicamente significativo e determinato ricoveri obbligatori con intervento della forza pubblica; in altri periodi il periziando ha presentato sintomi depressivi curati con terapia specifica". Il C.T.U. ha peraltro rilevato che, in patologia quale accertata a carico del sig. P., "gli episodi maniacali, in particolare, sembrano svolgersi con sintomatologia piuttosto pronunciata quali disforia, logorrea, fuga delle idee, agitazione psicomotoria, diminuito bisogno di sonno e costituiscono la base di un progressivo distacco dalla realtà, considerevole come una vera e propria psicosi, che induce il periziando a comportamenti antisociali e/o bizzarri. In tale condizione il malato perde consapevolezza di sé e dei propri limiti, non potendo più discernere il lecito dall'illecito". Il C.T.U. ha pure significativamente evidenziato che "è tipico poi di queste situazioni che non si riscontri da parte del sofferente nessuna necessità di cura, non essendoci coscienza di malattia, tanto è vero che la maggior parte delle volte per interrompere tali situazioni patologiche si è costretti a ricorrere al Trattamento Sanitario Obbligatorio". E' emerso quindi che "in relazione ai comportamenti assunti in occasione della sua permanenza presso l'Hotel del Alpes in St. Remy nei giorni 31 luglio-3 agosto 2007 il periziando era incapace di intendere e volere, essendo affetto da disturbo bipolare I in fase maniacale". Il C.T.U. ha peraltro rilevato, in merito alla terapia adeguata a siffatta patologia, che "il Depakin (Sodio Valproato), farmaco assunto dal periziando in precedenza all'episodio per cui si procede, è uno dei più stabilizzanti dell'umore", sicché "chi soffre di un Disturbo Bipolare dell'umore, assumendo tale farmaco, può ridurre considerevolmente, seppur non escludere, il rischio di ricadute; tuttavia, in particolare nelle fasi maniacali, non è quasi mai possibile per il malato rendersi conto di aver bisogno di una terapia, soprattutto se la fase è di particolare gravità, cioè psicotica", laddove "la consapevolezza di malattia c'è, invece, in genere, nelle fasi depressive e nei periodi di benessere

psichico ma può poi scemare durante una ricaduta maniacale". Alla luce degli elementi così rilevati il C.T.U. ha quindi concluso che "all'epoca dei fatti il periziando non era consapevole del suo stato patologico, a causa della patologia stessa determinante un distacco dalla realtà, un deficit della critica ed una disinibizione grave", sicché "in tale periodo il periziando aveva sospeso le terapie prescrittegli in precedenza ma non è possibile ascrivere tale sospensione a negligenza od imprudenza, non essendoci, nella situazione specifica, consapevolezza di malattia".

I rilievi e le conclusioni così motivatamente esposte dal C.T.U., all'esito di accurato esame anamnestico e diretto del soggetto periziato, risultano, dunque, pienamente esaurienti ai fini della decisione, né meritano di essere condivise le censure in merito esposte dalla parte odierna attrice nel rilevare l'omessa valutazione in sede peritale del comportamento assunto dal sig. P. nel sospendere la terapia prescrittagli con assunzione di Depakin verosimilmente in fase ancora depressiva della sua condizione psicopatologica. Il C.T.U. ha infatti bene evidenziato, nel contesto della relazione in atti, che, seppure avesse in precedenza sospeso il trattamento terapeutico prescrittogli "su indicazione di un medico brasiliano che ha prescritto un trattamento omeopatico", il sig. P., che pure in occasione del suo ricovero in TSO ad Aosta, a seguito dei fatti per cui è causa, aveva quindi "negato di avere assunto una terapia omeopatica", aveva comunque sospeso, all'epoca del suo soggiorno presso l'Hotel des Alpes, ogni terapia, non avendo in quella fase consapevolezza alcuna del suo stato patologico, non potendosi perciò ascrivere tale determinazione, non sorretta da adeguata coscienza della situazione e volontà di autodeterminazione, a negligenza od imprudenza del soggetto.

Ritiene, dunque, il Tribunale, alla luce delle compiute risultanze emerse in sede peritale, che l'odierno convenuto debba ritenersi, in relazione alle condotte lesive denunciate in citazione ed all'atto della loro attuazione, incapace di intendere e di volere e perciò non imputabile del fatto dannoso così posto in essere, non potendosi neppure ascrivere a colpa dell'agente l'aver all'epoca sospeso la terapia pure prescrittagli ed in precedenza assunta per il controllo dell'umore, in carenza di coscienza alcuna del suo stato patologico al momento della commissione dei fatti di cui si conosce (cfr. art. 2046 c.c.).

Nondimeno, non essendo neppure contestato in causa che il sig. P., in occasione della sua permanenza presso l'Hotel des Alpes nei giorni 31 luglio-3 agosto 2007 abbia trascorso, pure in preda ad accesso psicopatologico, in condotte ingiuriose ed aggressive nei confronti del gestore e del personale della struttura nonché in fatti di danneggiamento nella stanza in cui era ospitato, ben può trovare applicazione in specie il disposto normativo ex art. 2047, comma II, c.c., secondo cui, "nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza" dell'incapace, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità". La Suprema Corte ha infatti ritenuto che tale norma possa trovare applicazione, oltre che in caso di insolvenza del soggetto tenuto alla vigilanza nei confronti dell'incapace ovvero qualora questi offra prova liberatoria di non aver potuto comunque evitare il danno, anche allorché manchi un responsabile della vigilanza sull'autore del fatto, incapace di intendere e volere al momento della commissione dell'illecito (Cass. Civ. 28.01.1953 n. 216; v. anche Cass. Civ. Sez. III, 20.06.2008 n. 16803 ed inoltre, nella giurisprudenza di merito, App. Napoli 5.05.1967; Trib. Macerata 20.05.1986 e Trib. Venezia 14.07.1999). Peraltro "l'equo indennizzo previsto dall'art. 2047 c.c., pur potendo in astratto corrispondere

all'integrale ristoro del danno inferto, dipende, sia nell'an, sia nel quantum, da una valutazione comparativa delle condizioni economiche delle parti, tale previsione essendo non già correlata ad un atteggiamento colposo dell'autore del danno, ma dettata dall'ordinamento al fine di soddisfare l'esigenza di riparazione della persona danneggiata, in base a principi di solidarietà sociale che coinvolgono lo stesso soggetto leso, sul quale il danno finisce sovente per gravare, almeno in parte; tale indennità, pertanto, può subire decurtazioni rispetto all'entità del risarcimento integrale del danno, secondo equi contemperamenti dettati dalle condizioni economiche del soggetto su cui esso dovrebbe gravare" e comunque "non è risarcibile il danno non patrimoniale in caso di fatto illecito, astrattamente configurato dalla legge come reato, commesso da (...) un incapace di intendere e volere" (Trib. Macerata 20.05.1986 cit.). Orbene in specie, esclusa, per le ragioni innanzi esposte, ogni considerazione dei danni non patrimoniali denunciati dagli attori in relazione ai malesseri accusati dal sig. U. in conseguenza dei fatti per cui è causa ed al danno all'immagine derivato alla struttura alberghiera gestita dagli attori a seguito degli incidenti cagionati dalla condotta del sig. P., avuto riguardo, perciò, unicamente ai danni materiali lamentati dagli attori stessi, deve comunque rilevarsi la lacunosità delle prove comunque offerte della reale entità del pregiudizio economico subito per effetto delle condotte di danneggiamento e disturbo attuate dal convenuto in occasione della sua permanenza presso l'Hotel del Alpes. Ed infatti gli odierni attori si sono limitati al riguardo a produrre, oltre alle fatture relative alle prestazioni godute dal sig. P. nel soggiorno - che risultano già soddisfatte a seguito di procedimento monitorio promosso dagli odierni attori - un mero esposto di spese che si assumono sostenute per la riparazione o sostituzione di manufatti e strutture che si lamentano danneggiate dal soggetto convenuto in causa con le condotte di danneggiamento ed imbrattamento attuate allorché in preda a crisi psicotiche tali da determinare accessi di sovraeccitazione ed agitazione indotte dal suo stato psicopatologico. Gli attori del resto hanno dedotto in merito prove orali del tutto generiche e comunque formulate in termini all'evidenza valutativi e perciò non ammesse nel giudizio in sede istruttoria. Considerato peraltro che lo stesso convenuto ha riferito ripetutamente nel giudizio di aver tempestivamente offerto alla controparte un indennizzo pari ad Euro 5.000,00 a copertura dei danni che ammette derivati dalla sua condotta pur non imputabile a sua responsabilità e delle spese di soggiorno presso la struttura e che la pronuncia di assoluzione per incapacità di intendere e volere intervenuta in sede penale in relazione ai fatti di danneggiamento e disturbo alla quiete pubblica ascritti al sig. P. suppone comunque il positivo accertamento delle condotte oggetto di imputazione ex artt. 658 e 659 c.p., come desumibile comunque dal tenore della suddetta pronuncia, liberamente valutabile in sede civile risarcitoria, avuto riguardo altresì, in via comparativa, alle condizioni economiche delle parti quali desumibili dalle rispettive qualità professionali, il Tribunale ritiene di poter addivenire in via equitativa, in applicazione del disposto normativo ex art. 2047, comma II, c.c., alla liquidazione di un congruo indennizzo in favore degli odierni attori. Tenuto conto infatti che il sig. P., per anni eletto a cariche parlamentari sino al 1994 , svolge attività di docenza universitaria, mentre la Società attrice ed il suo legale rappresentante, sig. U., svolgono attività commerciale nella gestione della struttura alberghiera presso la quale è stato ospitato il convenuto all'epoca dei fatti per cui è causa, ben può ritenersi che, secondo principi di solidarietà sociale accolti nel nostro ordinamento, risulti congruo riconoscere un pur contenuto indennizzo agli attori a ristoro dei danni

strettamente correlati alle condotte di danneggiamento ed imbrattamento attuate dal convenuto nel corso degli accessi maniacali accusati durante la sua permanenza presso l'Hotel des Alpes.

Avuto riguardo alla tipologia dei danni pur solo esposti e denunciati dagli attori, nonché del conseguente disagio sofferto dagli altri ospiti della struttura, con ulteriore danno patrimoniale connesso per i gestori dell'hotel, il Tribunale ritiene, dunque, congruo liquidare l'indennizzo dovuto dal convenuto nella misura complessiva di Euro 5.000,00, risultando comunque già pagate le spese di soggiorno del convenuto presso la struttura.

Sulla somma così determinata in valuta corrente sono dovuti peraltro gli interessi moratori al saggio legale dalla data di deposito della presente sentenza al saldo.

Le spese di giudizio seguono la pur parziale soccombenza della parte convenuta e si liquidano come da dispositivo, in applicazione dei parametri di cui al D.M. n. 140 del 2012. Si ritiene peraltro congruo porre a carico esclusivo del convenuto le spese per lo svolgimento della C.T.U. esperita nel giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE

definitivamente pronunciando sulle domande formulate dalle parti nel loro contraddittorio processuale, disattesa e rigettata ogni ulteriore e diversa istanza, eccezione e deduzione, così statuisce:

1. rigettate le eccezioni preliminari svolte dalla parte convenuta, accertata peraltro l'incapacità del sig. F.P. di intendere e volere al momento della commissione dei fatti denunciati in citazione, rigetta ex art. 2046 c.c. le domande risarcitorie attoree;
2. in applicazione del disposto normativo ex art. 2047, comma II, c.c. condanna il sig. F.P. al pagamento in favore della Euro Hotel s.r.l., in persona del legale rappresentante, e del sig. L.U., in solido fra loro, di una equa indennità pari ad Euro 5.000,00 a fronte delle condotte lesive poste in essere nel corso della sua permanenza presso l'Hotel des Alpes di St. Remy en Bosses nei giorni 31 luglio-3 agosto 2007, oltre interessi moratori al saggio legale dalla data di deposito della presente sentenza al saldo;
3. condanna del pari il sig. F.P. al pagamento in favore degli odierni attori in solido delle spese del procedimento, che liquida in complessivi Euro 5.800,00 oltre accessori di legge;
4. pone in via definitiva a carico dell'odierno convenuto le spese relative alla C.T.U. esperita nel giudizio come già liquidate in corso di causa;
5. dichiara la presente sentenza esecutiva ex lege.

Così deciso in Aosta, il 22 gennaio 2013.

Depositata in Cancelleria il 22 gennaio 2013.

TRIBUNALE DI AOSTA, sentenza 22 gennaio 2013; Giud. BONFILIO; Euro Hotel S.r.l. e L.U. (Avv. FRASSY) c. F.P. (Avv.ti COQUILLARD e CARDILE).

Responsabilità civile – Fatto dannoso dell'incapace – Accertamento dello stato di incapacità – Valutazione casistica – Fattispecie (Codice Civile, art. 2046)

Responsabilità civile – Fatto dannoso dell'incapace – Responsabilità del sorvegliante – Assenza del sorvegliante – Indennità dovuta dall'incapace (Codice Civile, art. 2047 c. 1 - 2)

In tema di imputabilità del fatto dannoso opera, nel campo civile, un sistema diverso ed autonomo rispetto a quello previsto dal legislatore per l'imputabilità in campo penale, nel quale è la legge stessa che fissa le cause che la escludono, mentre, a norma dell'art. 2046 cod. civ. compete al giudice civile accertare caso per caso se, in relazione all'età, allo sviluppo psico-fisico, alle modalità del fatto o ad altre ragioni, debba escludersi o meno la capacità di intendere e di volere (nella specie, a seguito di C.T.U. è stato diagnosticato al convenuto il DSM IV-TR di disturbo bipolare dell'umore di tipo I, con manifestazioni psicotiche. In tale condizione il malato perde consapevolezza di sé e dei propri limiti non discernendo più il lecito dall'illecito. Inoltre il soggetto non risulta negligente, avendo omesso di sottoporsi a cure specifiche per porre rimedio al suo stato, poiché sarebbe tipico per il malato affetto da tali patologie non avere coscienza di malattia e dunque della necessità di cure, essendo necessario solitamente ricorrere al TSO). (1)

L'art 2047 c.c. può trovare applicazione, oltre che in caso di insolvenza del soggetto tenuto alla vigilanza nei confronti dell'incapace ovvero quando questi offra prova liberatoria di non aver potuto comunque evitare il danno, anche allorché manchi un responsabile alla vigilanza sull'autore del fatto, incapace di intendere e di volere al momento della commissione dell'illecito. L'equo indennizzo dovuto dall'incapace, pur potendo in astratto corrispondere all'integrale ristoro del danno inferto dipende, sia nell'an, sia nel quantum, da una valutazione comparativa delle condizioni economiche delle parti, tale previsione essendo non già correlata ad un atteggiamento colposo dell'autore del danno, ma dettata al fine di soddisfare l'esigenza di riparazione della persona danneggiata. Non è risarcibile il danno non patrimoniale in caso di fatto illecito commesso da un incapace di intendere e di volere. (nella specie, il soggetto incapace di intendere e di volere al momento del fatto non è assistito da alcun sorvegliante. Il convenuto viene condannato al pagamento di un indennità pari all'importo del danno patrimoniale patito dal danneggiato, ma nel computo dell'indennità vengono escluse le somme che sarebbero state risarcibili quali danni non patrimoniali in relazione al danno biologico del gestore della struttura e al danno all'immagine commerciale della struttura) (2)

(1) Sulla definizione della capacità di intendere e di volere nonché dell'imputabilità: Cass. 4 aprile 1959 n. 1056 c 533; sulla separazione dell'imputabilità in sede civile e in sede penale: Cass. 18 giugno 1953 n. 1812 in Riv. Giur. Circ.; sulle diverse modalità di accertamento della colpa civile e penale: Cass. 4 aprile 1959 n. 2006, Cass. 19 novembre 1990 n. 111163; sull'automatismo della non imputabilità discendente dalla malattia mentale *strictu sensu*: Cass. Pen., 24 luglio 1970, in Cass. Pen. Mass. Ann., 1972, 167; Cass., 11 ottobre 1974, in Giust. Pen. 1975, II, 610; Cass. 8 novembre 1977, ivi, 1978, II, 361; Cass., 23 ottobre 1978, ivi, 1979, II, 406; Cass. 30 aprile 1975, in Riv. Pen., 1975, 1092; sull'automatismo della non imputabilità discendente da malattia mentale *latu sensu*: Cass., 6 giugno 1972, in Riv. Dir. Proc. Pen., 1975, 1336; per la verifica in concreto dell'incidenza della malattia mentale ai fini del giudizio di non

imputabilità: Cass., 28.06.1966, in Giust. Pen. 1967, II, 257 e in Riv. Pen. 1967, 98; per un concetto giuridico di incapacità di intendere e di volere: Cass. Pen. Sez. Un., 14 giugno 1980, in Cass. Pen. Mass. Ann., 1981, 162; Cass. Pen., 24 gennaio 1969, in Riv. Pen. 1969, 700; Cass. Pen., 9 novembre 1967, in Foro.it, 1968, II, 233 e i Scuola Pos. 1968, 481, con nota di Ranieri; Cass., 10 maggio 1982, in Giust. Pen. 1983, II, 292; Cass. Pen., 26 maggio 1992, in Mass. Cass. Pen. Ann., 1992, 109; Cass. Pen., 18 dicembre 1991, in Giur.it., 1993, II, 144; Cass., 2 febbraio 1990 in Riv. Pen., 1991, 379; Cass. Pen., 4 giugno 1992 in Giust. Civ., 1993, II, 265; *contra*: 2046 come principio di irresponsabilità: Cass., 20 marzo 1997 n. 2483 infra sez III; Cass., 4 aprile 1959, n. 1006 in Resp. Civ. e Prev., 1990, 58.

(2) Sull'applicabilità dell'art 2047 comma 2 c.c. in caso di assenza di sorvegliante: Cass. Civ. 28 gennaio 1953 n.216; Cass. Civ. Sez. III, 20 giugno 2008; App. Napoli, 5 maggio 1967; Trib. Macerata 20 maggio 1986; Trib. Venezia 14 luglio 1999; sul risarcimento del danno non patrimoniale in caso di configurazione in astratto del reato: Cass. Sez. Un., 6 dicembre 1982 n. 6651; sull'autonomia della domanda di indennizzo rispetto a quella di risarcimento: Trib. Roma, 28 maggio 1987, in Riv. Giur. Circolaz. e Trasp. 1988, 635; sulla valutazione del *quantum* dell'indennizzo: Trib. Macerata 20 maggio 1986. Per quanto concerne la dottrina, si rileva come i due temi siano strettamente correlati e siano stati oggetto congiunto di studio da parte degli autori. Si segnalano in merito alla specifica 'colpa dell'incapace' : Cendon, *Il prezzo della follia*, Padova, Cedam, 2004; Venchiarutti, *La protezione civilistica dell'incapace*, a cura di Cendon, Milano 1995; Antologia a cura di Cendon, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1993; Zeno-Zencovich, *La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americana e francese* in Resp. Civ., 1986; De Cupis, *Il favor del diritto civile per gli incapaci*, in Riv. Dir. Civ., 1982, II, 763 e in *Postilla sul favor del diritto civile per gli incapaci*, ivi, 1984, II, 251; *Follia e diritto*, a cura di Ferrando e Visentini, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La colpa. Dal diritto romano all'età moderna; 3. Colpa ed imputabilità tra diritto civile e penale; 4. Infermi di mente e responsabilità; 5. Profili giuseconomici. Il valore dell'indennizzo; 6. Riflessioni sul caso. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza ivi riportata offre l'occasione per esaminare un antico problema del diritto civile evolutosi con la società stessa: il problema della colpa. Strettamente legato ad esso ed alle sue interpretazioni è quello dell'imputabilità e della conseguente possibilità di sottoporre l'incapace all'obbligo del risarcimento, laddove il fatto illecito sia stato compiuto in assenza di capacità di intendere e di volere ovvero non determinato da sua colpa.

È opportuno ricordare che, secondo la definizione tradizionale, si intende per 'capacità di intendere' 'l'attitudine del soggetto a conoscere il valore delle azioni da lui poste in

essere, il significato sociale della sua condotta'. Per 'capacità di volere', 'idoneità della persona a determinarsi in modo libero ed autonomo, indipendente da coazioni esterne'¹. Al regime di irresponsabilità della persona incapace previsto dal nostro sistema legislativo all'art 2046 c.c. (purché lo stato di incapacità non sia dovuto a colpa dell'incapace stesso), si affianca la responsabilità del sorvegliante prevista dall'art 2047 c.c. Questi risponderebbe per il fatto cagionato dall'incapace per *culpa in vigilando*, fatta salva la possibilità di provare di non aver potuto impedire il fatto. In tal caso il giudice, tenuto conto delle sole condizioni economiche delle parti in causa, avrà la facoltà di determinare l'*an* e il *quantum* dell'indennizzo a ristoro del danno subito dalla vittima ex art. 2047 comma 2 c.c.

È opinione prevalente in dottrina, soprattutto a seguito della l. 180/1973, estendere la previsione di cui al comma 2 dell'art 2047 c.c. anche ai casi in cui manchi il soggetto preposto alla sorveglianza, come nel caso di specie. Il giudice del Tribunale di Aosta, di fatti, cita la giurisprudenza della Suprema Corte² per avallare la sua tesi ed infliggere al danneggiante incapace il pagamento di un indennizzo, determinato nell'importo di Euro 5.000.

Il tema della colpa e della non imputabilità del soggetto incapace è un tema molto complesso, che richiede un'analisi approfondita degli istituti giuridici che vi sono alla base.

Si procederà ad una disamina del concetto di colpa nella sua evoluzione storica, nonché alla conseguente valutazione del concetto di imputabilità. Si farà quindi riferimento alle differenze intercorrenti tra giustizia civile e penale e si analizzerà la validità, la coerenza e l'efficienza delle attuali norme giuridiche alla luce delle più recenti riforme legislative, anche sul piano comparato, senza negare lo spazio ad osservazioni in chiave giuseconomica. Alla luce di quanto prospettato si passerà all'analisi della sentenza.

2. La colpa. Dal diritto romano all'età moderna

Nelle XII tavole, documento alla base del diritto italiano ed europeo, non era regolata unitariamente la fattispecie del danneggiamento (*damnum iniuria datum*). Si intervenne per la prima volta in tal senso con la *Lex Aquilia* del 286 d.C., nei suoi *tria capita*. A partire dal periodo tardo repubblicano e poi del principato, la fucina degli *iuris periti* cercò di dare un'interpretazione analitica e coerente della norma al fine di delineare il regime del *damnum iniuria datum*: le norme della *Lex Aquilia* vennero interpretate assumendo che un qualunque evento dannoso direttamente derivante dall'attività dell'autore dovesse essere sanzionato dalla legge. La sanzione veniva comminata a seguito del mero accertamento del nesso di causalità (*damnum corpore dato*) tra la condotta commissiva del danneggiante e l'evento dannoso.³

Procedendo sul strada della modernità si è passati dalla concezione del *damnum iniuria datum* a quella del *damnum culpa datum*⁴. La colpa è assurta nella mente dei giuristi come una condizione essenziale della reazione dell'ordinamento contro il danno che si

¹ Cass. 4 aprile 1959 n. 1056 c. 533

² Cass. Civ. 28 gennaio 1953 n. 216; Cass. Civ. Sez. III, 20 giugno 2008; App. Napoli, 5 maggio 1967; Trib. Macerata 20 maggio 1986; Trib. Venezia 14 luglio 1999.

³ Parte della dottrina intravedrebbe un profilo di colpevolezza anche nell'illecito romanistico, in particolare nella *culpa* del danneggiante. Non vi sarebbe motivo di dubitarne alla luce di quanto Q. Mucio Scevola aveva affermato '*Culpam autem esse, quod a diligente provideri poterit non esset provi sum*' (D. 9. 2. 31)

⁴ Franzoni, *Trattato della responsabilità civile, L'illecito*, volume I, p 175.

fonda sulla violazione di un dovere morale di non ledere l'altro.⁵ A questo si accompagna una crescente attenzione per l'importanza della colpa da un punto di vista pedagogico - educativo per il quale, affinché un comportamento venga sanzionato, è necessario che si possa muovere nei confronti dell' *agens* un giudizio di riprovevolezza (colpa c.d. soggettiva). Da questa concezione hanno preso le mosse le prime codificazioni europee e in particolare il Code Civil Napoleonico che, all'art 1382, designa la *faute* (colpa in senso ampio) come elemento inscindibile dell'illecito, facendo proprio anche l'elemento dell'antigiuridicità del fatto⁶. Dal medesimo orientamento trae ispirazione anche il nostro Codice Civile, *in primis* quello del 1865 e poi quello del 1942, codificando all'art 2043 che *qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*.

Con l'avvento della società industriale, la colpa ha gradualmente perso il suo valore di unico criterio regolatore della responsabilità umana. L'incalzante progresso tecnologico e l'insorgere di nuovi danni 'anonimi', o difficilmente ricomprendibili in questa risalente categoria, ha spinto i giuristi dell'epoca a ricercare nuovi metodi di imputazione dell'evento di danno.⁷ Si passa dall'idea della responsabilità all'idea della riparazione. *L'accadimento dannoso, nei campi segnati dal progresso, non è più il prodotto di una fatalità cieca, di un destino avverso, che impedisce di prevedere il verificarsi del danno: esso diviene un fatto che si accompagna ordinariamente all'operare umano, rimanendo però sottratto alla tradizionale configurazione dell'elemento della volontà, dal momento che si tratta di danni che devono accadere.*⁸

Si giunge, grazie all'instancabile lavoro dei protagonisti del diritto vivente, ad una progressiva 'oggettivizzazione' della colpa e si prospetta a suo fondamento la violazione di un *dovere di solidarietà sociale*⁹ ovvero l'assunzione del *rischio tipico* dell'attività svolta. La teoria del rischio, elaborata dalla dottrina statunitense e parallelamente in Italia¹⁰, merita di essere annoverata come una tra le prime teorie che si rifanno ad una valutazione economica delle norme civilistiche, inaugurando la stagione dell'analisi economica del diritto. Sarebbe efficiente, secondo quest'impostazione, che il rischio venisse addossato alla parte che trae vantaggio dall'attività. Allo stesso tempo però prerogativa della norma deve essere quella di evitare un eccessivo onere per il soggetto potenzialmente danneggiante che, a fronte degli elevati costi di precauzione, sarebbe disincentivato a compiere iniziative socialmente ed economicamente utili per la società.

Si abbandona il sistema 'colpocentrico' e ci si muove verso un sistema in cui la colpa è solo uno tra i tanti criteri di imputabilità. Tutti hanno in comune il solo fatto di imputare un evento determinato (fatto dannoso) non già ad un'azione, ma ad un soggetto, *si che l'accertamento in fatto della colpa determina la nascita dell'obbligazione di*

⁵ Si veda come l'esperienza romanistica risulti come un fiume carsico che attraversa tutte le stagioni del diritto: il medesimo principio era stato affermato da Ulpiano: D. 1.1.10 «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*»

⁶ I padri del Code Civil napoleonico (Domat e Pothier) sostenevano che regola cardine della società civile fosse quella che non si possono riversare sugli altri le conseguenze dei propri errori.

⁷ Scrive Rodotà, *Sul problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, pp 18 ss.

⁸ Rodotà, *Op. Cit.* p.21.

⁹ Così in Rodotà, *Op. Cit.*

¹⁰ Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

risarcimento allo stesso modo in cui la determina, per esempio, l'accertamento della qualità di proprietario nell'ipotesi prevista dall'art 2053¹¹.

Non manca, tuttavia, chi rivendica il ruolo primario della colpa e la sua attualità all'interno del nostro ordinamento, interpretando le differenti ipotesi di imputazione dell'evento dannoso in un'ottica di eccezione-deroga¹². Di regola il danno, per essere produttivo di reazione giuridica, deve essere colposo¹³. La colpa, così come si evince dalla lettera dell'art 2043 c.c., assurgerebbe a primario metodo di imputazione della responsabilità, instaurando un conseguente rapporto gerarchico tra tale criterio e gli altri. Non sarebbe possibile configurare un metodo di imputazione alternativo: non vi sarebbe infatti un'omogenea giustificazione per le ipotesi eccezionali di imputazione del fatto dannoso, ricondotte talvolta all'allocazione ragionevole del rischio, talaltra a ragioni di equità. Si sottolinea inoltre la fallacia del dovere di solidarietà sociale quanto a criterio di imputazione della responsabilità, data l'indeterminatezza dello stesso¹⁴.

Ancora acceso è dunque il dibattito in merito alla questione della colpa e, allo stato dell'arte, non vi è una concezione univoca di questo principio cardine dell'ordinamento, che influenza imprescindibilmente tutte le norme che disciplinano la tutela risarcitoria. In particolare, il principio della colpa risulta decisivo per una differente concezione del principio d'imputabilità, di seguito analizzato.

3. Colpa ed imputabilità tra diritto civile e penale

Correlato alla nozione della colpa e alle sue differenti applicazioni in ottica soggettiva o oggettiva è la questione dell'imputabilità. L'imputabilità starebbe ad indicare il collegamento tra il fatto evento e la condotta del soggetto agente. Sulla sua definizione si contrappongono due differenti orientamenti che svolgono una riflessione parallela a quella ravvisata nell'ambito del dibattito sulla colpa.

Il primo orientamento, considerando la colpa in senso soggettivo, considera l'imputabilità come il presupposto essenziale dell'imputazione, la quale andrebbe definita come la possibilità che il danno venga ricondotto - materialmente ed anche psicologicamente - all'individuo umano.¹⁵ Affinché l'imputabilità possa essere configurata sarebbe necessario il presupposto di poter muovere nei confronti del soggetto agente la critica di aver agito secondo uno stato d'animo riprovevolmente difforme rispetto a quello che suole ricorrere negli individui provvisti ad evitare danni¹⁶. Quest'impostazione si colloca in una prospettiva di continuità con la concezione storica e tradizionale della colpa intesa in senso soggettivo, considerata per lungo tempo comune base sia della imputabilità dell'illecito penale sia di quello civile. In particolare, nel sistema penale l'imputabilità assurge come requisito dell'antigiuridicità e, in sua mancanza, fa venir meno la configurazione stessa del reato. Siffatte conseguenze si giustificano alla luce della funzione della pena concepita dall'ordinamento: se la minaccia della sanzione punitiva deve esercitare una funzione general-preventiva e

¹¹ Rodotà, *Op.Cit.* pag 151.

¹² De Cupis, *Teoria generale della responsabilità civile, Il danno*, volume I in *i Fatti illeciti*, Milano, 1970, p 14.

¹³ *Op. Cit.* p. 152.

¹⁴ *Op. Cit.* si tratta di 'una regola che, per il carattere generale della sua enunciazione ed in quanto significativamente collocata all'inizio della disciplina dei fatti illeciti è cardine e principio fondamentale della responsabilità civile'.

¹⁵ De Cupis, *Teoria Generale della responsabilità civile, Il danno*, volume I. p. 178.

¹⁶ *Op. cit.* p 179.

special-preventiva distogliendo i potenziali e attuali rei dal commettere futuri o nuovi reati, è necessario che i destinatari della sanzione penale siano psicologicamente in grado di lasciarsi motivare dalla stessa. È necessario che si possa attuare un effetto di deterrenza. La coscienza sociale avvertirebbe come ingiusta, ancora oggi, la sottoposizione a pena di chi non è *compos sui*¹⁷. Partendo da questo presupposto, il Codice Penale configura una serie di ipotesi tassative in cui il soggetto non è considerato imputabile e, quindi, non sottoponibile a pena. Agli artt. 88, 95, 97 c.p. sono elencate le cause di non imputabilità: il vizio di mente, la cronica intossicazione da alcool, l'età inferiore ai 14 anni ed altre ancora. In presenza di suddette circostanze (salvo il caso delle c.d. *actio liberae in causa*) , il giudizio sulla non imputabilità dell'autore sarebbe automatico.

Un simile automatismo non è rinvenibile nel sistema civilistico. Sebbene infatti l'art. 2046 c.c. sotto la rubrica 'Imputabilità del fatto dannoso' suggelli il principio secondo cui *non risponde delle conseguenze delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere e di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa*, questo non prevede espressamente casi in cui l'imputabilità possa essere esclusa automaticamente *ex lege*, sebbene sia palese il riferimento all'art 85 comma 2 del Codice Penale. Un simile rigore non sarebbe aderente alla funzione principalmente riparatoria della responsabilità civile, che, per sua natura, non intacca i principi fondamentali della libertà personale, ma va a costituire un mero onere patrimoniale per l'autore del fatto, non reo, ma semplice danneggiante. I due sistemi sarebbero diversi ed autonomi in tema di accertamento dell'imputabilità del fatto dannoso. Al giudice spetterebbe, caso per caso, decidere se il soggetto sia o meno incapace di intendere e di volere e, nel fare ciò, può basarsi su strumenti più elastici prescindendo dalle mere nozioni scientifiche fornite dai periti, correlando la sanzione al tipo di illecito, alla gravità del fatto e alla personalità dell'autore¹⁸.

Veniamo dunque alla seconda impostazione dell'imputabilità, slegata dall'elemento psicologico. Tale orientamento nasce dalla circostanza che i giudici avrebbero iniziato a risarcire il danno non patrimoniale anche in caso di configurazione meramente astratta del fatto di reato, in presenza di un soggetto non imputabile. Infatti la Suprema Corte è pervenuta ad affermare in simili circostanze che *non interessa al fine del risarcimento del danno non patrimoniale, il fatto che il reato sia effettivamente esistente in tutti i suoi elementi, solo penalmente rilevanti, o che sia punibile, interessa solo che il fatto possa astrattamente configurarsi come illecito penale sì da maggiormente turbare nella sua materialità la coscienza sociale*¹⁹. Da qui si è proceduto ad un progressivo distacco dell'imputabilità dalla colpa. Si rileva inoltre la tendenza dei giudici a commisurare, ex art. 1227 c.c., il risarcimento del danno al quale l'incapace ha contribuito sulla base del solo contributo causale²⁰. L'imputabilità non necessariamente condiziona il giudizio di

¹⁷ Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014 .

¹⁸ Cass. 4 aprile 1959 n. 2006; Cass. 19 novembre 1990 n. 111163.

¹⁹ Cass. Sez. Un., 6 dicembre 1982 n. 6651, in *Giur.it*, 1984, I, 1, 150 in G. Visentini, *Trattato breve della responsabilità civile*.

²⁰ Cass. Sez. Un. 17 febbraio 1964, n.351, in RCP, 1964 con nota di Gentile; Cass. 21 aprile 1965, n. 702, in RPC, 1965, 377; Cass. 15 giugno 1973, n. 1753, in GI, 1974, I, 1, 1400; Cass. 11 febbraio 1978, n. 630, in RCP, 1978, 658; Cass. 12 aprile 1978, n.1736, in DPA, 1979, 282; Cass. 24 febbraio 1983, n. 1442, in RCP, 1983, 627; Cass. 29 aprile 1993, n. 5024, in RCP, 1994, 472. A conferma di questo indirizzo va segnalata l'ordinanza della Corte Cost. 23 gennaio 1986, n. 14, pubblicata in FI 1985, I, 934 con nota di Pardolesi la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità

responsabilità: la colpa (questa volta oggettiva) si accerterebbe autonomamente mediante la comparazione tra la manifestazione esteriore del comportamento umano e una norma oppure un canone generale di paragone (di solito quella della diligenza del *pater familias*²¹). Anche i soggetti incapaci potrebbero di conseguenza essere imputabili, non solo per le *actio liberae in causa*, ma ogniqualvolta la loro azione si discostasse da quella esigibile dall'uomo medio. In una simile ottica sembra spingersi l'art 2047 c.c., quando afferma al comma 2 che *nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno ad un'equa indennità*.

4. Infermi di mente e responsabilità

Al fine di meglio valutare le differenti teorie della colpa e le differenti impostazioni in merito all'imputabilità del soggetto infermo di mente, pur in via temporanea, e dunque la possibilità per quest'ultimo di essere assoggettato all'obbligazione risarcitoria, pare necessario procedere ad una disamina della legislazione in materia psichiatrica. Si analizzerà come la mentalità della società e del legislatore si siano evolute e si cercherà di comprendere le possibili prospettive future in materia.

Parallelamente allo scollamento intervenuto tra la colpa ed imputabilità, si assiste, nello scenario civilistico, ad un progressivo rifiuto dell'automatismo non imputabilità-malattia mentale. Non vi sono soluzioni univoche in giurisprudenza quanto ai casi di danni inferti da soggetti incapaci di intendere e di volere: all'orientamento che fa discendere la non imputabilità dall'accertamento di una malattia mentale *strictu sensu* (seguendo lo schema della colpa in senso soggettivo)²², si affianca un orientamento che prevede una concezione di malattia mentale più ampia²³ che necessita di un accertamento caso per caso dell'incidenza dello stato di malattia nella condotta dell'autore del danno²⁴. Parte della giurisprudenza insiste, infine, sulla distinzione tra colpevolezza e imputabilità ed accredita un concetto giuridico, e non clinico, di incapacità di intendere e di volere per vizio di mente al fine di valutare la gravità della condotta e il titolo di dolo o colpa dell'illecito commesso²⁵.

La moderna scienza psichiatrica tende, infatti, a separare la nozione di incapacità di intendere e di volere da quella di malattia mentale, ravvisando la possibilità che un soggetto, pur essendogli diagnosticata una patologica psichica, possa residuare di capacità di discernimento sufficienti per la commissione di reati o di eventi dannosi.

costituzionale dell'art 1227 c 1° cc, nella parte in cui tale disposizione esclude con riguardo all'incapace la risarcibilità della quota di danno che l'incapace stesso abbia contribuito a provocare.

²¹ A tal proposito si rileva che è controverso il fatto che la diligenza media debba essere considerata alla stregua del *pater familias*. Dalle fonti romanistiche emerge infatti che lo standard del *bonus pater* coinciderebbe con lo standard dell'uomo virtuoso, preso ad esempio dall'ordinamento.

²² Cass. Pen., 24 luglio 1970, in Cass. Pen. Mass. Ann., 1972, 167; Cass., 11 ottobre 1974, in Giust. Pen. 1975, II, 610; Cass. 8 novembre 1977, ivi, 1978, II, 361; Cass., 23 ottobre 1978, ivi, 1979, II, 406; Cass. 30 aprile 1975, in Riv. Pen., 1975, 1092.

²³ Cass., 6 giugno 1972, in Riv. Dir. Proc. Pen., 1975, 1336.

²⁴ Cass., 28.06.1966, in Giust. Pen. 1967, II, 257 e in Riv. Pen. 1967, 98.

²⁵ Cass. Pen. Sez. Un., 14 giugno 1980, in Cass. Pen. Mass. Ann., 1981, 162; Cass. Pen., 24 gennaio 1969, in Riv. Pen. 1969, 700; Cass. Pen., 9 novembre 1967, in Foro.it, 1968, II, 233 e i Scuola Pos. 1968, 481, con nota di Ranieri; Cass., 10 maggio 1982, in Giust. Pen. 1983, II, 292; Cass. Pen., 26 maggio 1992, in Mass. Cass. Pen. Ann., 1992, 109; Cass. Pen., 18 dicembre 1991, in Giur.it., 1993, II, 144; Cass., 2 febbraio 1990 in Riv. Pen., 1991, 379; Cass. Pen., 4 giugno 1992 in Giust. Civ., 1993, II, 265.

La coscienza sociale e la connotazione del paziente psichiatrico e, più generalmente, dell'infermo di mente si è evoluta con la società. Il primo assetto legislativo della materia risale alla legge 36 del 1904. Questa disponeva che tutti gli individui affetti per qualsiasi ragione da una malattia di mente dovessero essere ricoverati in manicomio. Questo automatismo era legato precipuamente alla coscienza sociale dell'epoca che identificava la malattia mentale con un'indissolubile ed ineliminabile fattore di pericolosità sociale. L'azione di prevenzione finiva col prevalere sull'azione terapeutica. Questa legge, specchio della concezione ottocentesca secondo cui la malattia mentale si estrinsecava come un'inspiegabile forma di alienazione imputabile ad una colpa più o meno remota dell'individuo e corrispondente ad un processo morboso di carattere organico funzionale²⁶, veniva riformata solo mezzo secolo dopo. Nel 1968 si assiste ad una leggera alterazione del trattamento dei malati di mente: viene prevista la possibilità, aggiuntiva rispetto al sistema del ricovero coatto, di un regime di ammissione volontaria alle cure. La vera e propria svolta è costituita dalla legge 180/1973 che elimina definitivamente gli istituti manicomiali, guardati con sdegno dall'opinione pubblica²⁷, ed afferma il principio della volontarietà delle cure. *Il legislatore supera d'un solo colpo la concezione custodialistica della malattia mentale, abbandona ogni motivo funzionale della difesa della società, cancella del tutto la presunzione di pericolosità del malato di mente*²⁸.

La chiusura dei manicomi viene affiancata dalla parallela apertura di una serie di servizi di assistenza all'interno dei quali l'intervento psichiatrico si deve svolgere, che avevano già preso piede con l'approvazione della legge del 1968. In generale la normativa del 1973 si basa sui seguenti principi²⁹: gli interventi coatti a livello ospedaliero possono svolgersi solo nei casi in cui vi sia una cura, urgente, tale da doversi svolgere in condizioni di degenza ospedaliera (art 34), in alternativa si dovrà optare per le misure extraospedaliere; unicità di trattamento della salute psichica e fisica, da sempre considerate distinte dalla legislazione³⁰; la prevalenza al ricovero ospedaliero volontario e una ricerca a più riprese del consenso del paziente; l'eliminazione della presunzione di pericolosità sociale del malato di mente.

Il fondamento di questa evoluzione normativa sarebbe da ricercarsi nella affermazione di un concetto di imputabilità come riferibilità della condotta illecita all'autore, a prescindere da uno stato di malattia, in un'ottica responsabilizzante del soggetto e dunque risocializzante. Tale disciplina sembra accogliere quella tendenza della dottrina e della giurisprudenza che priva la colpa della sua accezione etica, soggettiva, e la

²⁶Cendon, *Il prezzo della follia*, Padova, Cedam, 2004.

²⁷Si pensi alla descrizione che ne fa Italo Calvino in *La giornata di uno scrutatore*.

²⁸*Op. Cit.* p. 83.

²⁹Venchiariutti, *La protezione civilistica dell'incapace*, a cura di M. Cendon, Milano 1995.

³⁰In Cendon, *Op. cit.* 'all'art 32 il bene della salute viene configurato quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, rimettendosene direttamente la tutela alla Repubblica. Per molti anni si è considerata una disposizione meramente programmatica. [...] La generalità della formula adottata dal costituente rimanda di per se stessa a una nozione di salute quale realtà necessariamente sintetica e onnicomprensiva in cui il versante della integrità fisica e quello del benessere mentale confluiscono entrambi a pari titolo. Sempre a questa nozione unitaria va riferito il comma secondo dell'art. 32 secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge e secondo cui la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana'.

considera come il *breach*, lo scostamento dal comportamento esigibile dall'uomo medio, tenendo separati i concetti di colpa da quello di imputabilità.

Non si può non rilevare come queste disposizioni risultino in contrasto con quanto previsto dal Codice Civile agli articoli 2046 e 2047: esso si ritrova ancora legato ad una concezione della colpa legata alla riprovevolezza dell'azione e sancisce la totale irresponsabilità del soggetto incapace, protagonista solo in via sussidiaria per i danni da lui causati.

Se l'intento del legislatore è quello di riconoscere, alla stregua di diritti, anche degli obblighi in capo agli infermi di mente, occorre domandarsi se la disciplina del Codice Civile non necessiti di una pronta riforma.

Varie e molteplici sono le opinioni degli accademici sull'argomento. Risultano da un'analisi comparata delle singole posizioni tre linee di pensiero: una a favore di una riforma, una contraria e una a metà strada tra le due.

Promotore in prima linea del progetto di riforma si può certamente dire Cendon il quale ha evidenziato a più riprese nei suoi saggi la bontà della scelta legislativa del 1973, ma allo stesso tempo la sua insufficienza, ritenendo necessaria una riforma più ampia. Lo studioso ha avanzato nel 1988 una vera e propria proposta di legge al proposito, nella quale si prospettava l'introduzione del principio della piena responsabilità dell'incapace e la commisurazione automatica di un indennizzo basato nel *quantum* ad un apprezzamento equitativo del giudice, attento in particolare alla gravità dello stato di incapacità, nonché alle condizioni economiche delle parti. Si tratterebbe di un passaggio da un sistema imperniato su un principio generale di irresponsabilità, corretto dalla previsione di un'equa indennità assegnabile dal giudice alla vittima, a un sistema incardinato su un principio generale di responsabilità per l'incapace di intendere e di volere, corretto poi dalla facoltà riconosciuta al giudice di moderare in via equitativa l'ammontare del risarcimento³¹.

Affermando il principio di totale irresponsabilità del soggetto incapace si andrebbe ingiustamente a negare una tutela alla vittima della condotta dannosa, stella cometa di ogni giudizio di responsabilità civile³². Il sentiero della irresponsabilità del soggetto incapace di intendere e di volere sarebbe già stato superato per alcuni aspetti significativi con riferimento, in particolare, al concorso di colpa del soggetto incapace ex art. 1227 c.c.³³ (in questo caso considerato in ordine al mero contributo causale del soggetto), in merito al danno non patrimoniale³⁴, oltre che nel caso della responsabilità oggettiva³⁵.

Una tendenza analoga sarebbe d'altronde riscontrabile anche al di là delle Alpi, in Francia, nonché al di là dell'Oceano, negli Stati Uniti d'America. Nel paese di common law, dopo una lunga ed articolata vicenda in cui l'incertezza faceva da protagonista, il *Restatement of torts* suggella il principio della irresponsabilità dell'incapace. Si tralasciano nella configurazione dell'illecito gli elementi soggettivi e si procede facendo leva su un concetto di colpa 'oggettivizzata'³⁶. La giurisprudenza, tuttavia, non ha

³¹ Antologia a cura di Cendon, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1993, p. 50-51.

³² *Op. cit.* p. 48.

³³ *Supra*.

³⁴ La svolta in tal senso si sarebbe avuta con la sentenza Cass. Sez. Un. 6 dicembre 1982, n. 6651 in Giust. Civ., 1983, I, 1161.

³⁵ Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 38.

³⁶ Il *leading case* a tal proposito è costituito da *Williams v. Hays*, 143 N.Y. 442, 38 N.E. 449 (1894).

fornito argomenti sistematici a giustificazione di detta scelta di politica del diritto, ma richiama ora la funzione risarcitoria della responsabilità civile, ora il pericolo di simulazione dell'incapacità al fine di sottrarsi agli obblighi di riparazione, ora la funzione di deterrenza nei confronti di sorveglianti e curatori. Si sottolinea che la difficoltà di individuare l'esatta delimitazione tra capacità e incapacità e i diversi gradi di malattia mentale³⁷. Allo stesso modo, in Francia la riforma del Code Civil ha introdotto l'art. 489.2 il quale recita *celui qui a causé un dommage à autrui, alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en pas moins obligé à réparation*.³⁸ Tale intervento legislativo, che comunque ha suscitato ampie polemiche e sollevato criticità alla luce della sottile lente del giurista francese, viene considerato necessario alla luce di una risocializzazione del malato e alla necessità di non addossare alla collettività il danno procurato dall'agente.

Vi è chi accoglie tale orientamento riformista, ma con alcuni temperamenti. Schlesinger sottolinea a tal riguardo come il sistema ideato dal Codice risolva *drasticamente e aprioristicamente sempre a svantaggio della vittima il difficile dilemma circa il soggetto, il danneggiato o incapace, su cui far gravare le conseguenze economiche dell'incidente*³⁹. Si direbbe comunque contrario ad un semplice rovesciamento della regola. Bisognerebbe apportare una significativa distinzione tra minori, incapaci legali infermi di mente ed incapaci naturali temporanei. Propone, dunque, una norma dal dispositivo ampio che permetta al giudice di decidere in che misura andrà risarcito il pregiudizio economico sopportato dalla vittima.

Giovanna Visintini, più legata all'idea della risocializzazione degli infermi di mente e della loro responsabilizzazione, sottolinea come *la responsabilità civile comporta soltanto un obbligo di riparazione pecuniaria del danno causato, che ragionevolmente può essere accollato al soggetto autore di una condotta imprudente e negligente anche se non si trovava nella pienezza delle sue facoltà mentali al momento in cui ha posto in essere il comportamento da cui è derivato il danno. Non vi sono ragioni per sostenere che tale danno, se riferibile alla condotta dell'incapace, debba gravare sul danneggiato*.⁴⁰ La studiosa non azzarda il passo ulteriore e non imputerebbe l'onere risarcitorio al solo incapace, prospettando una soluzione in cui obbligati in solido sarebbero il danneggiante incapace e la persona preposta alla sua sorveglianza.

In netto contrasto con i precedenti due orientamenti si colloca Massimo Bianca il quale, pur riconoscendo il graduale tramonto della responsabilità per colpa intesa in senso soggettivo, riconosce un *favor* dell'ordinamento nei confronti dell'incapace⁴¹. La *ratio* della norma non andrebbe individuata nella mancanza dell'elemento della colpa nell'illecito in quanto elemento costitutivo, ma nella specifica volontà del legislatore di tutelare l'incapace. La riforma proposta da Cendon e dai suoi sostenitori *non elimina il danno ma lo addossa ad un altro soggetto, creando un danneggiato in sostituzione*

³⁷ Zeno-Zenovich, *La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americana e francese in Resp. Civ.*, 1986, 3 ss.

³⁸ Si noti che la riforma nella sua versione originale prevedeva una seconda parte dell'articolo che recitava *mais les juges pourront, en ayant égard à la situation respective de la victime et de l'auteur du dommage, modérer l'indennité mise à sa charge*. Dunque la soluzione prospettata non era troppo dissimile da quella adottata dal codice civile italiano.

³⁹ Antologia a cura di Cendon, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Padova, CEDAM, p. 204.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 206.

⁴¹ Così come De Cupis, *Il favor del diritto civile per gli incapaci*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, II, 763 e in *Postilla sul favor del diritto civile per gli incapaci*, *ivi*, 1984, II, 251.

dell'altro, e lasciandolo senza difesa⁴². L'esigenza della tutela dell'incapace viene ancor di più rafforzata dalla tendenza legislativa e pratica di sollevare l'incapace dalle gravi limitazioni imposte dell'interdizione, sostituendola con degli istituti meno stringenti⁴³. Ma quindi *i sofferenti psichici dovrebbero pagare l'acquisita libertà di movimento col prezzo dell'imputabilità dei danni prodotti*⁴⁴. Agli argomenti della tesi avversaria risponde negando come ipotesi giustificativa l'assottigliamento della responsabilità dei sorveglianti – i quali continuerebbero ad essere responsabili – e sottolineando come nel giudizio di concorso di colpa ex 1227 c.c. rilevarebbe la causalità e non la colpa dell'incapace, seppur in accezione oggettiva. L'incapacità conserverebbe la sua piena rilevanza ai fini dell'obbligo del danneggiato di evitare o diminuire il danno ex art. 1227 comma 2 c.c. L'illustre studioso nega alla responsabilità civile ogni funzione di risocializzazione consistendo questa in un mero rimedio di natura economica. Le riforme di analoga matrice che caratterizzano gli ordinamenti stranieri, in particolare in quello francese, sarebbero solo una parte di un più ampio progetto che mira ad una differente e globale collocazione e tutela delle situazioni giuridiche dell'incapace, prevedendo dei paralleli strumenti di welfare a tutela delle situazioni di incapacità. A questo proposito Zeno Zencovich sottolinea come *la soluzione* offerta dall'art 2047, sostanzialmente fondata sull'equità [...] si presenta come la più adeguata per affrontare i casi singoli e particolarmente dolorosi. [...] il giudice si trova dinanzi non una bensì due vittime, la prima di un fatto illecito, la seconda del proprio stato mentale⁴⁵. Allo stesso modo Busnelli ritiene che l'art 2047, pur non garantendo una tutela completa ed assoluta al danneggiato, offre una soluzione più elastica ed attenta alle varie esigenze. Ciò non contrasta con la tendenza volta a garantire il risarcimento del danno prescindendo da valutazioni di tipo soggettivo, cioè da un giudizio di colpa relativo all'autore del fatto illecito. La valutazione del giudice che può condannare l'incapace al pagamento di un'indennità prescinde da finalità punitive di una colpa e si basa unicamente su dati oggettivi, quali le condizioni economiche delle parti⁴⁶.

5. Profili giuseconomici. Il valore dell'indennizzo

Per completare l'analisi della normativa applicabile al caso di specie, non si può omettere di considerare la prospettiva di analisi economica del diritto. Questo indirizzo valutativo della politica del diritto, partendo dal contesto nord-americano, si è diffuso anche al Continente permeando dapprima il tessuto del diritto civile, ed espandendosi poi anche alle norme penalistiche e pubblicistiche. Si considera in tale sede l'efficienza di quanto disposto all'art 2047 comma 2 c.c. che statuisce l'*an* e il *quantum* della responsabilità sussidiaria dell'incapace. L'articolo decreta infatti che *nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti può condannare*

⁴² Antologia a cura di Cendon, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Padova, CEDAM, p. 190.

⁴³ Indicativa a tal proposito è l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno con legge n. 6 del 2004.

⁴⁴ Antologia a cura di Cendon, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Padova, CEDAM, p. 192.

⁴⁵ Zeno-Zenovich, *La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americana e francese in Resp. Civ.*, 1986, 3 ss.

⁴⁶ Busnelli, Patti, *Danno e responsabilità civile*, in *Studi di diritto privato*, Torino, Giappichelli editore, p. 408.

l'autore del danno a un'equa indennità. Il sistema così delineato si fa carico di una funzione prettamente retributiva e non considera una logica economica.

Il fine della norma per l'analisi economica del diritto è quello di far coincidere l'utilità massima sociale con quella privata. Questo rapporto di equivalenza si ravvedrebbe, nell'ambito della responsabilità civile, quando il costo della precauzione adottata per evitare il danno eguagli l'importo corrispondente al danno moltiplicato per la probabilità che questo si verifichi⁴⁷. Il soggetto sarebbe in colpa solo laddove un'ulteriore unità di precauzione rispetto a quella attuata diminuisse il danno atteso di un ammontare maggiore a quella variazione.

Nell'analisi economica del diritto si distinguono due diversi modelli: quello di incidenti unilaterali e quello degli incidenti bilaterali. Nei primi si assume che rilevi, quanto al rischio di incidente, l'adozione da parte del solo danneggiante di misure di precauzione o di prevenzione. In tale circostanza, ragionando in termini di responsabilità oggettiva, il danneggiante dovrà pagare i danni dovuti agli incidenti che ha causato. Il danneggiante⁴⁸ cercherà di minimizzare il costo del danno potenzialmente dovuto alla sua attività, egli sarà indotto a scegliere il livello socialmente ottimale di prevenzione.

Adottandosi il modello della responsabilità per colpa, il soggetto sarà costretto a affrontare il costo del danno da lui cagionato solo nel caso in cui il suo livello di prevenzione si sia dimostrato inferiore rispetto al livello di prevenzione dovuta. Questo livello viene fissato dalle norme che, se disegnate in modo oculato, lo faranno coincidere con il livello ottimale di prevenzione.

In entrambi i casi il livello di prevenzione adottato sarà il medesimo, seppur attraverso due approcci diversi. La differenza tra di essi si rileverà dal punto di vista dell'onere della prova dal momento che nel caso di responsabilità oggettiva non sarà necessario nessun accertamento della condotta del danneggiante; in caso di responsabilità per colpa andrà invece accertata la condotta del danneggiante e dovrà essere valutata alla luce dello standard previsto dall'ordinamento.

Se consideriamo il modello degli incidenti bilaterali - in tal caso influenti sull'accadimento dell'evento di danno risultano essere sia la condotta del danneggiato sia quella del danneggiante - vedremo che adottando un modello di responsabilità per colpa, entrambi i soggetti saranno incentivati a soddisfare il livello di prevenzione richiesto e quindi la probabilità di evitare il danno aumenterà. Basandosi, invece, su un criterio di responsabilità oggettiva che subordini il risarcimento del danno a favore del danneggiato al fatto che prenda una misura di prevenzione minima, il soggetto danneggiante non sarà in alcun modo disincentivato a compiere la sua attività pericolosa, essendogli ad ogni modo imputata la responsabilità del danno, qualunque sia il suo livello di diligenza.

Il modello previsto dal Codice Civile, desunto dalla lettura congiunta degli articoli 2046 e 2047 c.c., sembra prospettare un sistema di assenza di responsabilità che incentiva, di fatto, i comportamenti produttivi di danno e costringe la potenziale vittima ad assumere tutti i costi di precauzione. Il sistema stabilisce una responsabilità sussidiaria del danneggiante, pur temperato dalla previsione di un indennizzo.

⁴⁷ Questo principio è racchiuso nella formula del giudice Learned Hand.

⁴⁸ Si ricordi che alla base dell'analisi economica del diritto vi sono 3 postulati: 1) Il soggetto agisce per conseguire il massimo dell'utilità; 2) Il soggetto è razionale; 3) Il soggetto ha sempre una preferenza ordinabile.

Tuttavia l'indennizzo, somma di denaro disposta dal giudice per quei danni che vengono prodotti *iure*, senza dunque contravvenire ad una norma di diritto, a differenza del risarcimento, non prevede una compensazione totale dell'ingiuria subita (*restitutio ad integrum*).

Dal momento che l'indennizzo è inoltre una mera facoltà del giudice e notoriamente il suo importo è inferiore rispetto a quello del danno effettivo riportato, esso non risulta essere economicamente efficiente. Se l'indennizzo fosse sempre previsto per disposizione di legge e fosse misurato, così come nella proposta di riforma di Cendon, non solo in relazione alle condizioni economiche delle parti, ma anche in relazione alla gravità della condizione psichica in cui versava l'incapace e alla sua età, si potrebbe *de facto* andare a misurare la colpa del soggetto e, dunque, lo standard di prevenzione che avrebbe dovuto adottare per evitare il danno.

Lasciando inalterato l'assetto legislativo vigente, parte della dottrina riterrebbe appropriata la costituzione di un'assicurazione obbligatoria a carico delle persone incapaci. È tuttavia discutibile l'efficienza di un simile provvedimento. Innanzitutto, come alcuni sottolineano⁴⁹, sarebbe opportuno avere un prospetto indicativo dell'effettiva incidenza di dette fattispecie nell'ordinamento. Vi è da chiedersi se uno strumento come l'assicurazione obbligatoria che, come visto nel caso della responsabilità da sinistri stradali e della responsabilità per medical malpractice, non vada a privare della logica preventiva-deterrente, tanto ritenuta necessaria in una prospettiva di capovolgimento del concetto di malattia tanto sentita dagli specialisti. Inoltre, considerate la situazione di precarietà economica in cui versano solitamente gli infermi di mente, l'introduzione dell'obbligo di assicurazione andrebbe a gravare ancora di più su soggetti deboli dell'ordinamento. Inoltre, dal momento che l'assicurazione dovrebbe addossarsi qualunque danno prodotto da incapace, dunque per ammontare imprevedibile, il premio assicurativo sarebbe certamente elevato ed insostenibile⁵⁰.

Altra dottrina sarebbe dell'idea di introdurre un fondo sociale statale 'alla francese'. Tuttavia ritengo che anche questa opzione vada valutata alla luce della probabilità statistica del verificarsi di incidenti di sorta. Una volta avuto un riscontro dagli studiosi di scienze attuariali, potrebbe valutarsi se il costo gravante sulla collettività sia da considerarsi sostenibile a fronte dell'effettiva incidenza della casistica nell'ordinamento.

6. Riflessioni sul caso. Conclusioni

Dall'analisi fin qui svolta risulta che le disposizioni normative applicate al caso sottoposto al giudice del tribunale di Aosta siano ben lungi da asserzioni semplicistiche. Il caso, seppur liquidato in modo sbrigativo, lascia emergere un profilo di politica del diritto non trascurabile, soprattutto alla luce dell'ampio dibattito sollevato da vecchie e nuove istanze, tra principi risalenti che stentano ad adattarsi alla nuova realtà sociale e nuove disposizioni normative che, sia a causa della mano 'maldestra' del legislatore ovvero al fine di recepire le istanze sociali del nostro tempo, tendono a liberarsi del pesante fardello etico da cui la colpa, a partire dall'illuminismo, è sempre stata connotata.

Il giudice *a quo* in questo caso, fa proprio il metodo di accertamento di tipo civilistico, quello casistico, ed accerta mediante CTU la condizione e del danneggiante al momento

⁴⁹ Zeno-Zenovich, *La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americana e francese in Resp. Civ.*, 1986.

⁵⁰ Visintini, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2° ed. 1998.

della commissione del fatto. In particolare osserva che la situazione sottopostale non sia una *actio libera in causa* e che l'incapacità non sia stata determinata da precedente imprudenza o imperizia del danneggiante. Si accerta, tramite la consulenza tecnica d'ufficio, la non consapevolezza dell'*agens* in relazione alla patologia da cui era affetto per confutare il fatto che il peggioramento del suo stato potesse essere dallo stesso preveduto ed evitato. Per la peculiarità della malattia all'autore del danno non poteva in alcun modo reagire alla stessa, non potendo nemmeno immaginare di versare in uno stato psicotico. Il giudice si dimostra in linea con il prevalente orientamento giurisprudenziale che tende a conferire alla colpa una connotazione scevra da qualunque considerazione etica e utilizza gli strumenti scientifici a sua disposizione per limitare in modo quanto più preciso la capacità di intendere e di volere del soggetto tratto in causa. Stante la mancanza di un soggetto preposto alla sorveglianza, l'art 2047 comma 2 c.c. viene inteso applicabile in via analogica anche al caso di specie, sul solco di una precedente pronuncia della Cassazione. Data la quasi assenza di precedenti in materia, si ritiene di dover stimare valida ed incontrastabile la pronuncia della Corte alla luce della sua funzione nomofilattica.

Sebbene in linea di principio si ritenga giustificata la condanna all'indennizzo dell'autore del danno, non si può che fare un duplice rilievo: in primo luogo bisogna constatare come da giurisprudenza precedente il conferimento dell'indennizzo sia stato considerato, a differenza dell'indennizzo previsto in caso di stato di necessità ex art. 2045 c.c., come conseguenza di diversa ed autonoma domanda da parte dell'attore. Sebbene la sentenza citata sia un caso isolato, è opportuno osservare come in generale la casistica in riferimento agli infermi sia particolarmente esigua e dunque, a mio parere, il giudice, laddove avesse voluto deviare dal precedente in questione, avrebbe dovuto argomentare in modo più pregnante la sua decisione; in secondo luogo, sebbene sia da condividere la considerazione fatta dal giudice *a quo* secondo la quale il danno lamentato dall'attore in giudizio non sia stato adeguatamente provato sia dal punto di vista patrimoniale, sia dal punto di vista del danno non patrimoniale, si ritiene discutibile l'asserzione del giudice in merito all'esclusione del risarcimento del danno non patrimoniale per il fatto che, così come provato dalla pronuncia in sede penale, risulta essere astrattamente configurato⁵¹. Si ritiene corretta nel caso di specie, ma anche in una più ampia logica sistematica della materia, il fatto che il giudice abbia ritenuto opportuno configurare l'*an* del risarcimento.

Prevedere la corresponsione di un indennizzo, seppur modulato nel *quantum*, risponderebbe da un lato ad un'esigenza avvertita dalla moderna scienza psichiatrica di responsabilizzare e risocializzare il malato, dall'altro ad una corretta collocazione dei costi di prevenzione al fine di massimizzare l'utilità marginale privata e sociale. Dei passi avanti sarebbero da compiersi nel senso di un ampliamento dei criteri sulla base dei quali corrispondere la somma a titolo di indennità.

Sebbene sembri lontana la possibilità di attuare una riforma in via legislativa, si auspica un'evoluzione del diritto vivente, invocando una pronuncia costruttiva da parte della giurisprudenza di legittimità in tal senso. Questa ipotesi, stante la probabilità statistica di applicazione di queste norme, sembrerebbe difficile da realizzarsi: dette disposizioni sarebbero *de facto* disapplicate presumibilmente per il carattere sussidiario della responsabilità prevista, e dunque nella priorità accordata alla responsabilità a carico di

⁵¹ Cass. Sez. Un., 6 dicembre 1982 n. 6651.

genitori e sorveglianti, oltre che alle condizioni economiche poco floride in cui si trovino gli incapaci⁵².
Sembra che la questione resterà a lungo irrisolta.

⁵² Visintini, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2° ed. 1998 p. 600 e in *Follia e diritto*, a cura di Ferrando e Visentini, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

PUGLI E INFEDeltÀ: IL DANNO DA AGGRESSIONE POST TRADIMENTO FRA RESPONSABILITÀ ENDOFAMILIARE E INDUZIONE ALL'INADEMPIMENTO DEI DOVERI CONIUGALI

di Edoardo Nadalini

IL CASO

Claudio (attore) cita in giudizio Fabio (convenuto) per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante da lesione fisica.

L'attore intratteneva una relazione di natura sessuale con la moglie del convenuto, il quale, venutone a conoscenza, sollecita un incontro personale con Claudio; in tale occasioni il convenuto, repentinamente e imprevedibilmente, sferra un violento pugno all'attore, per i danni derivanti dal quale è chiesto ristoro.

Il Tribunale di Modena con sentenza 31 ottobre 2007 condannava Fabio al risarcimento del danno. La Corte di appello di Bologna, in data 31 marzo 2009, dichiarava la nullità della sentenza per nullità della notificazione dell'atto introduttivo. L'attore riassume la causa radicando un nuovo giudizio.

Il convenuto si costituisce eccependo: la prescrizione del diritto azionato; di avere fatto ricorso all'istituto della legittima difesa, considerato il rapporto tra l'attore e sua moglie; la mancata dimostrazione della pretesa risarcitoria dell'attore. Il convenuto richiede peraltro in via riconvenzionale la condanna di Claudio al risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla sua relazione con la moglie.

L'argomento del giudice si sviluppa a partire da una questione squisitamente teorica, ovvero se sia possibile o meno applicare i rimedi previsti della responsabilità civile al caso in cui il coniuge violi il dovere di fedeltà previsto dall'art 143 c.c.

Il primo passaggio argomentativo attiene quindi all'*an*. Sul punto viene proposto un ragionamento che non esclude *tout court* l'applicabilità del 2043 c.c. nell'ambito dei rapporti tra coniugi nel caso di condotte lesive dei loro diritti inviolabili, ma tale applicabilità viene subordinata al presupposto non della mera violazione del dovere considerato, ma al ricorrere di un *quid pluris*.

Gli elementi aggiunti richiesti dal giudice (in realtà è improprio chiamarli elementi aggiunti, perché se così fossero intesi, al verificarsi della mera violazione saremmo già davanti ad un illecito, il quale verrebbe solamente "aggravato" da tali elementi; in realtà nell'argomento del giudice il *quid pluris* non è una aggravante, ma elemento della fattispecie illecita, in assenza del quale essa sarebbe semplicemente lecita) si sostanziano in una particolare ed oggettiva gravità della condotta violatrice e nella circostanza per cui il danno a carico dell'altro coniuge sia riconducibile non alla frattura coniugale in sé, ma proprio alla condotta trasgressiva posta in essere con modalità di aperta e grave violazione di uno o più doveri coniugali. Questo secondo aspetto ha il pregio di mettere in rilievo che il fatto dannoso ha una specifica ed autonoma rilevanza che prescinde sotto ogni profilo dal rilievo dello stesso fatto per altri istituti (ad esempio l'addebito della separazione ed i suoi presupposti).

Continua il Giudice rilevando che nel caso di specie il coniuge non allega nulla in merito ai suddetti requisiti di particolare gravità della condotta violatrice, e conclude quindi nel senso di non potersi ravvisare un'ipotesi di responsabilità civile in capo alla moglie.

Questo esclude a priori la possibilità di concepire una responsabilità concorrente del terzo.

Il Giudice si addentra comunque in un ragionamento volto a qualificare la posizione del terzo. Pur avendo escluso, come già rilevato, che possa parlarsi di responsabilità concorrente in quanto nel caso di specie non vi è danno, precisa comunque che il terzo è estraneo al rapporto matrimoniale del convenuto e quindi non è destinatario dell'obbligo di fedeltà.

In questo punto il Giudice propone un balzo logico per il quale la responsabilità concorrente del terzo sarebbe comunque escludibile, pur in presenza di responsabilità del coniuge, in quanto non applicabile in capo al partner l'istituto, elaborato in materia di obbligazioni, della induzione ad inadempimento; istituto elaborato nella materia delle obbligazioni, non suscettibile di essere estensione agli obblighi inerenti al matrimonio rispetto ai quali, continua la sentenza, le intime componenti emotive escludono da un lato che il terzo possa essere qualificato come induttore e il coniuge indotto, dall'altro che l'esistenza a carico del terzo di un dovere di astensione possa avere fondamento costituzionale nei principi di solidarietà o tutela della famiglia, essendo esso manifestazione della libera espressione della propria personalità, diritto a sua volta di rango costituzionale.

Respinta pertanto la domanda in via riconvenzionale del convenuto, il giudice dichiara fondata nel merito la domanda attorea e procede pertanto alla quantificazione del danno non patrimoniale patito dall'attore, seguendo l'orientamento giurisprudenziale prospettato dalle SSUU con sentenza dell'11 novembre 2008.

Il profilo non presenta particolare interesse dal punto di vista argomentativo.

Per quanto attiene al danno patrimoniale il Giudice ritiene infondata la domanda dell'attore, in quanto il ctu rileva l'assenza di ripercussioni sulla capacità lavorativa specifica di Claudio.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MODENA
SEZIONE PRIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Enrico Saracini ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 9522/2009 promossa da:

CLAUDIO CLAUDIO (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. FORNI EUGENIO, elettivamente domiciliato in VIA EMILIA CENTRO 75 41121 MODENA presso il difensore avv. FORNI EUGENIO

ATTORE/I

contro

FABIO FABIO (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. FAIETTI ITALO, elettivamente domiciliato in VIALE CIRO MENOTTI 80 41100 MODENA presso il difensore avv. FAIETTI ITALO

CONVENUTO/I

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da atti che qui si intendono richiamati e sono illustrati in motivazione.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Radicava parte attrice il presente giudizio allegando:

- di avere avuto un incontro personale con parte convenuta, sollecitato da quest'ultima
- che in tale contesto il convenuto, repentinamente ed imprevedibilmente, gli sferrava un violento pugno, cagionandogli un pregiudizio non patrimoniale e patrimoniale del quale chiedeva il ristoro

Il Tribunale di Modena con sentenza 31.10.2007 dichiarava la responsabilità del Fabio nella causazione dei danni patiti da controparte e lo condannava al risarcimento del danno, oltre alle spese.

La Corte di appello di Bologna con sentenza 31 marzo 2009 dichiarava la nullità della sentenza dl tribunale di Modena sopra indicata in ragione della nullità della notificazione dell'atto introduttivo, disponendo la rimessione della causa al primo giudice.

Riassume Claudio la causa radicando il presente giudizio.

Si costituisce il convenuto resistendo ed assumendo:

- la estinzione per intervenuta prescrizione del diritto azionato in questa sede
- nel merito di avere agito esercitando una sorta di legittima difesa, in ragione della relazione che intercorreva tra l'attuale attore e la moglie del convenuto medesimo
- comunque la indole, assolutamente eccessiva e non dimostrata della pretesa risarcitoria di parte attrice.

Concludeva il convenuto chiedendo la condanna di controparte al ristoro del danno non patrimoniale conseguente alla relazione dell'attore con la moglie del convenuto.

la causa veniva istruita mediante

- produzione documentale
- prova per testi
- ctu medico legale in punto quantificazione degli esiti lesivi sofferti dall'attore in conseguenza dei fatti per cui è causa.

Osserva questo giudice in punto di merito quanto segue.

Si disattende la eccezione preliminare di merito articolata da parte convenuta in punto estinzione del diritto azionato dall'attore per intervenuta prescrizione.

ferma la sussumibilità della fattispecie all'interno quantomeno della previsione di cui agli artt. 582 e 583 c.p., troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 2947 comma 3 cc. In tale contesto si osserva

- che il fatto per cui è causa si è verificato in data 8 febbraio 2001

- quantomeno la sentenza di primo grado del Tribunale di Modena annullata dalla Corte di appello, fu notificata al convenuto in data 4 febbraio 2008.

Nel merito si muove dalla domanda articolata da convenuto in via riconvenzionale, per dichiararne il difetto di fondamento.

Il riferimento articolato dal convenuto ad una - da ritenersi necessariamente concorrente

- responsabilità dell'attore pone il preliminare problema teorico relativo alla possibilità di configurare una responsabilità ex art. 2043 c.c. del coniuge del convenuto medesimo,

dovendosi presupporre che la sua condotta in violazione dei doveri nascenti dal matrimonio possa anche essere ritenuta produttiva di responsabilità extracontrattuale.

Anche secondo l'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla applicabilità della norma generale del 2043 c.c. (in aggiunta alla disciplina sanzionatoria propria del diritto di famiglia) nell'ambito dei rapporti fra coniugi in caso di condotte lesive dei loro diritti inviolabili, non può definirsi illecita, e quindi fonte di responsabilità anche risarcitoria, «...qualsiasi violazione dei doveri nascenti dal matrimonio...», se pure astrattamente legittimante la declaratoria di addebito. Il riconoscimento di una responsabilità risarcitoria di indole aquiliana a carico del coniuge inadempiente, richiede

1. innanzitutto una particolare ed oggettiva gravità della condotta violatrice
2. inoltre che il danno a carico dell'altro coniuge sia riconducibile non alla frattura coniugale in sé, ma proprio alla condotta trasgressiva posta in essere con modalità di aperta e grave violazione di uno o più doveri coniugali (sul punto diffusamente Trib. Milano 24 ottobre 2001-7 marzo 2002).

Ciò posto, se anche si ravvisasse la astratta applicabilità della disciplina ex articolo 2043 c.c. nell'ambito del rapporto tra coniugi, deve comunque rifiutarsi qualsiasi automatismo tra addebito ascrivibile ad uno dei coniugi, e responsabilità risarcitoria, essendo viceversa necessario, ai fini della configurabilità dell'illecito civile, un *quid pluris* che, nel caso in questione - necessariamente prescindendosi dall'eventuale patimento del convenuto Fabio che, se pure umanamente comprensibile, non rileva ai fini che occupano - non è provato.

Anche ammettendosi la ricorrenza di una relazione adulterina tra l'attore e la moglie del convenuto, nulla risulta né viene allegato, circa la ricorrenza di profili caratterizzati da specifica o eclatante gravità, ovvero peculiare lesività della personalità del coniuge tradito.

La ritenuta impossibilità di configurare responsabilità risarcitoria in capo al coniuge del convenuto, nei termini sopra definiti, sarebbe già ragione sufficiente per escludere, a monte, la concorrente dell'attore.

La domanda svolta dal convenuto peraltro incontra un ulteriore ostacolo di indole sistematica al proprio accoglimento: l'attore è terzo estraneo al rapporto matrimoniale del convenuto, ed in quanto tale non è destinatario dell'obbligo di fedeltà gravante sui coniugi, sicché nessun illecito aquiliano può comunque ravvisarsi a suo carico.

La allegazione svolta dalla difesa di parte convenuta secondo la quale sussisterebbe una responsabilità del terzo ex art. 2043 c.c. richiama un risalente orientamento dottrinale che ha elaborato, nella materia delle obbligazioni, l'istituto della responsabilità del terzo «per induzione all'inadempimento» ed ha così riconosciuto al creditore danneggiato un'azione aquiliana nei confronti del terzo colpevole di aver volontariamente persuaso il debitore a non adempiere la prestazione, nel presupposto dell'esistenza a carico del terzo di un genetico dovere di astensione, anche in relazione ai rapporti intercorrenti tra debitore/creditore.

Tale istituto, finalizzato alla tutela del diritto di credito ed utilizzato in materia di obbligazioni contrattuali, non è comunque suscettibile di essere esteso agli obblighi inerenti al matrimonio, ed a quello di fedeltà in particolare, rispetto ai quali le intime componenti emotive e lo scambio connaturato alle relazioni affettive e fisiche

1. escludono che possano ravvisarsi in capo al terzo il ruolo di «induttore» ed in capo al coniuge trasgressore quello di «indotto».

2. escludono altresì l'esistenza a carico del terzo di un dovere di astensione che, per quanto possa richiamarsi con riferimento ai valori costituzionali di solidarietà o di tutela della famiglia, deve comunque misurarsi col diritto, pure esso costituzionalmente garantito, alla libera espressione della propria personalità.

Nel merito la domanda attorea è fondata, nei termini che seguono.

Costituisce circostanza non controversa - oltre che riscontrata dal teste Prandi - che il convenuto abbia colpito con un pugno al volto l'attuale attore.

Quanto alla domanda risarcitoria del danno non patrimoniale, la sentenza delle SSUU dell'11 novembre 2008, dopo avere puntualizzato, con riferimento all'esatta portata dell'art. 2059 cc, che il danno non patrimoniale, risarcibile esclusivamente in virtù di tale disposizione di legge, può trovare ristoro esclusivamente in tre distinte ipotesi:

- allorché si verta in ipotesi di reato, ancorché suscettibile anche salo di accertamento presuntivo secondo le regole civilistiche
- negli altri casi espressamente stabiliti dalla legge
- qualora sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona garantito dalla Costituzione

ha espressamente stabilito il principio dell'unificazione in una unica categoria concettuale della nozione di danno non patrimoniale, sancendo

- da un lato, la classificazione del danno nell'ambito della responsabilità aquiliana come bipolare, laddove si legge in parte motiva: "la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cc, come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 cc) e danno non patrimoniale (art. 2059 cc)"

- dall'altro la opportunità di liquidare tale pregiudizio come categoria unitaria, non suscettibile di suddivisioni in sottocategorie, e ritenendolo comprensivo sia della aera del c.d. danno biologico sia di quella del c.d. danno morale in senso lato, inteso come sofferenza psicologica non necessariamente transeunte senza automatismi, e valutando la effettività del danno e del ristoro nella sua interezza.

Non è più, dunque, suscettibile di liquidazione separata aggiuntiva, in termini di mero aumento automatico in percentuale, il c.d. "danno morale" inteso come patema d'animo transeunte secondo la tradizionale giurisprudenza, in quanto secondo tale pronuncia delle SSUU, "determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suindicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da 1/3 ad 1/2 del primo). Esclusa la praticabilità di tale operazione dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico valutano nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza".

Circa la discussa figura del c.d. danno esistenziale, la suprema Corte ha poi affermato che "i pregiudizi di tipo esistenziale, attinenti alla sfera relazionale della persona, ma non conseguenti a lesione psicofisica, sono risarcibili autonomamente solamente qualora siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dalla integrità psicofisica, in quanto, laddove sussista il danno c.d. biologico, esso deve essere ritenuto comprensivo anche dei profili attinenti alla vita di relazione, pur meritevoli di considerazione, purché allegati e provati, così che, termine logicamente, di "danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere".

Ritenuta la necessità di revisionare le tabelle di liquidazione del danno biologico in conformità ai principi sopra indicati, pare opportuno adottare le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla lesione alla integrità psico-fisica e dalla perdita del rapporto parentale elaborate dall'Osservatorio per la giustizia civile di Milano, in cui si fa luogo alla liquidazione congiunta

- del danno non patrimoniale conseguente a "lesione permanente della integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale", sia nei suoi risvolti anatomico-funzionali e relazionali medi, ovvero peculiari,

- e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore", "sofferenza soggettiva", in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione.

Si farà dunque applicazione delle vigenti tabelle elaborate dall'Osservatorio per la giustizia civile di Milano al fine di liquidare in valori attuali il credito risarcitorio del danno non patrimoniale di parte attrice, sulla base delle conclusioni alle quali è pervenuto il ctu che si condividono e si fanno proprie in ragione

- della accuratezza della analisi

- della assenza di profili di contraddizione ovvero di lacune

- del contraddittorio con i consulenti di parte.

Il tu conclude riconoscendo il seguente pregiudizio:

ITT giorni 30

ITP 50% giorni 30

biologico 16%

con la seguente liquidazione, previa applicazione dei criteri di cui sopra:

ITT giorni 30 euro 2.880,00

ITP 50% giorni 30 euro 1.440,00

biologico 10% euro 23.056,00

per un importo complessivo, liquidato in valori attuali e convertito in credito di valuta, pari ad euro 27.376,00.

Non si ravvisano i presupposti per fare luogo ad una ulteriore personalizzazione del danno.

Il diritto al ristoro delle spese mediche si riconosce nei limiti delle spese mediche effettivamente sostenute, riconosciute dal CTU congrue fino a concorrenza dell'importo di euro 4.194,92. Tale importo viene maggiorato da rivalutazione ed interessi per ritardato adempimento della obbligazione risarcitoria dalla data ritenuta mediana - avuto riguardo alla data ed all'importo delle singole spese - dell'1 luglio 2001 per un importo finale, convertito in debito di valuta e liquidato in valori attuali, di euro 6.891,51.

Il computo di un biologico al 10% sconta la indicazione del ctu delle conseguenze della adozione di interventi odontoiatrici futuri. La sensibile riduzione del pregiudizio biologico conseguente ad essi - dal 16% al 10% - in un soggetto di età giovane quale l'attore, induce a ritenere verosimili ed opportuni tali interventi, con conseguente condivisione del giudizio di congruità formulato dal ctu per un importo complessivo con copertura delle aspettative di vita dell'attore, liquidato in valori attuali in complessivi euro 108.424,39.

Il credito oggetto di diritto al risarcimento, che si riconosce in capo all'attore, è pertanto pari a complessivi euro 142.691,90. Tale importo andrà maggiorato degli interessi al saggio legale dalla pubblicazione della presente sentenza al saldo.

Non si riconoscono fondate le ulteriori voci di danno patrimoniale allegate dall'attore sotto il profilo del mancato guadagno ai rapporti negoziali con ZZZZZ e BBBB sas.

Vale al riguardo osservare come - in un contesto in cui il ctu riscontra la assenza di "alcuna ripercussione sulla capacità lavorativa specifica del soggetto" (pag. 5 integrazione elaborato peritale) - non convincenti appaiono le deposizioni dei testi XXX e YYYY laddove ascrivono a difficoltà nella parola dell'attore, conseguenti all'uso di un apparecchio ortodontico, il titolo per la risoluzione di rapporto contrattuali che avevano ad oggetto la illustrazione di prodotti veterinari e destinati alla gestione delle palestre. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo. Si pongono definitivamente a carico di parte convenuta le spese di ctu.

P. Q. M.

Il Tribunale di Modena, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa n. 9522/09 r.g., ogni diversa istanza, domanda od eccezione respinta,

- dichiara tenuto e condanna Fabio Fabio al pagamento in favore di Claudio Claudio della somma euro 142.691,90 da maggiorarsi degli interessi al saggio legale dalla pubblicazione della presente sentenza al saldo.
- condanna Fabio Fabio alla rifusione in favore di parte attrice delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 13.969,68 di cui euro 539,68 per anticipazioni, euro 2.430,00 per fase di studio, euro 1.550,00 per fase introduttiva, euro 5.400,00 per fase istruttoria ed euro 4.050,00 per fase decisionale, oltre spese generali ed accessori di legge
- si pongono definitivamente a carico di parte convenuta le spese di ctu.

Modena, 7 agosto 2014

Il giudice
Enrico Saracini

Pubblicazione il 11/09/2014

TRIBUNALE DI MODENA, sentenza 11 settembre 2014, n. 1652; Giud. SARACINI; Claudio Claudio (avv. FORNI); c. Fabio Fabio (avv. FAIETTI).

Responsabilità civile – Doveri matrimoniali – Obbligo di fedeltà – Responsabilità endofamiliare – Non sussiste - Responsabilità concorrente del terzo con il quale il coniuge intrattenga rapporti sessuali – Induzione all’inadempimento dell’obbligo di fedeltà – Non sussiste (Cost. artt. 2; 13; 29. Cod. civ. artt. 2043; 143 come modificato da l. 19 maggio 1975 n. 151, Riforma del diritto di famiglia, art. 24; 151; 160).

Ai fini dell’applicabilità dell’art 2043 c.c., nell’ambito dei rapporti tra i coniugi, per integrare una ipotesi di violazione da parte del coniuge del dovere di fedeltà ex art 143 c.c. non è sufficiente il ricorrere del mero atto sessuale con un terzo, essendo necessario un quid pluris sostanzianti in una particolare ed oggettiva gravità della condotta violatrice e nella riconducibilità del danno non alla conseguente frattura coniugale in sé, ma alla condotta trasgressiva posta in essere con modalità di aperta e grave violazione del dovere considerato. L’insussistenza degli elementi aggiuntivi, oltre

ad escludere la responsabilità del coniuge, esclude altresì la possibilità di concepire una eventuale responsabilità del terzo, con il quale il coniuge abbia intrattenuto rapporti di natura sessuale, in termini di responsabilità concorrente, che peraltro non sarebbe concepibile, non essendo applicabile alla fattispecie l'istituto, elaborato in materia di obbligazioni, dell'induzione all'inadempimento, attesa l'impossibilità di estendere l'ambito di operatività di tale istituto agli obblighi inerenti al matrimonio, le particolarità dei quali escludono da un lato che possa ravvisarsi in capo al terzo il ruolo di induttore ed in capo al coniuge trasgressore quello di indotto, dall'altro che possa supporre che esista, sempre in capo al terzo, un generico dovere di astensione il quale dovere non può trovare fondamento nei valori costituzionali di solidarietà e tutela della famiglia, essendo esso manifestazione della libera espressione della propria personalità, quale valore costituzionalmente riconosciuto. (1)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Si segnalano qui alcune delle più importanti decisioni, di legittimità e di merito, in merito al problema della separazione dei coniugi in rapporto alla questione della violazione dell'obbligo di fedeltà (sono rilevanti perché qualificano tale obbligo come giuridico), della risarcibilità dei danni endofamiliari e dell'applicabilità dell'istituto della induzione all'inadempimento in rapporto alla violazione del dovere di fedeltà (su quest'ultimo aspetto la sola sentenza del Tribunale di Roma qui riportata): Cass. 18 settembre 1997, n. 9287, in Foro it., Rep. 1997, voce Separazione di coniugi, n. 51; Cass. 12 giugno 2006, n. 13592, in Foro it., Rep. 2006, voce Separazione di coniugi, n. 127; Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in Foro it., Rep. 2011, voce Danni civile, n. 239, in estenso in Famiglia e minori, 2011, fasc. 9, 34, con nota di Finocchiaro; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in Foro it., Rep. 2005, voce Responsabilità civile, n. 324, in estenso in Famiglia e dir., 2005, 365, con nota di Sesta, Facci; Cass. 22 marzo 1993, n. 3367, in Foro it., Rep. 1993, voce Separazione di coniugi, n. 34; Cass. 5866 del 1995, in Foro it., Rep. 1995, voce Separazione di coniugi, n. 82; Cass. 18 settembre 2003, n. 13747, in Foro it., Rep. 2003, voce Separazione dei coniugi, n. 48; Cass. 9 giugno 2000, n. 7859, in Foro it., Rep. 2001, voce Separazione di coniugi, n. 49, in estenso in Giur. It., 2001, 239, con nota di Enriquez; Cass. 19 giugno 1975, n. 2468, in Foro it., Rep. 1975, voce Matrimonio, n. 288; Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, in Foro it., Rep. 1993, voce Separazione di coniugi, n. 60. Nella giurisprudenza di merito App. Perugia, 28 settembre 1994, in Foro it., Rep. 1995, voce Separazione di coniugi, n. 83, in estenso in Rass. giur. umbra, 1995, 19, con nota di Tarquinio; Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in Foro it., Rep. 2007, voce Matrimonio, n. 119, in estenso in Famiglia e dir., 2007, 57, con nota di Facci; Trib. Milano, 4 giugno 2002, in Foro it., Rep. 2002, voce Separazione di coniugi, n. 60, in estenso in Giur. it. 2002, 2290, con nota di Castagnaro; Trib. Roma, 17 settembre 1988, in Foro it., Rep. 1989, voce Responsabilità civile, n. 83, in estenso in Nuova giur. civ., 1989, I, 559, con nota di Paletto; Trib. Milano, 22 novembre 2002, in Foro it., Rep. 2003, voce Responsabilità civile, n. 181, in estenso in Resp. civ. 2003, 465, con nota di Facci; Trib. Milano, 7 marzo 2002, in Foro it., Rep. 2002, voce Responsabilità civile, n. 174, in estenso in Corriere giur., 2002, 1211, con nota di De Marzo; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in Foro it., Rep. 2001, voce Responsabilità civile, n. 168, in estenso in Danno e resp., 2001, 741, con nota di De Marzo; Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in Foro it., Rep. 2001, voce Responsabilità civile, n. 170, in estenso in Famiglia e dir., 2001, 185, con nota di Bona.

Per quanto attiene alla dottrina si segnalano, per un inquadramento della problematica relativa alla responsabilità endofamiliare: M. PARADISO, *“I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148”* in *“Il Codice Civile Commentario”* fondato da Piero Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2012; P. CAMPANILE, *“La responsabilità endo-familiare”*, sub *“La famiglia le persone. Aggiornamento”*, II, in *“Il diritto privato nella giurisprudenza”* a cura di Paolo Cendon, Milano, UTET, 2008; Di nuovo sulla responsabilità endofamiliare: S. PATTI, *“Famiglia e responsabilità civile”*, Milano, Giuffrè, 1984 Pag. 33; PALADINI, *“Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?”*, in *“Resp. civ. prev.”*, 2007, 2012; G. FACCI, *“Il danno da adulterio”*, in *“Resp. civ. prev.”*, 2012, 1481. Per l’induzione all’inadempimento si veda: A. VENEZIANO, *“Il dolo extracontrattuale”*, sub *“La responsabilità civile”*, IX, in *“Il diritto privato nella giurisprudenza”*, a cura di Paolo Cendon, Milano, UTET, 1998; Ancora sull’induzione all’inadempimento: U. RUFFOLO, *“Colpa e responsabilità”*, sub *“La responsabilità e il danno”*, III, in *“Diritto civile”*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Milano, Giuffrè, 2009. A livello monografico sul problema dell’induzione all’inadempimento: F. ZICCARDI, *“L’induzione all’inadempimento”*, Milano, Giuffrè, 1979. Sull’obbligo reciproco della fedeltà: F.D. BUSNELLI, *“Significato e attuale del dovere di fedeltà coniugale”*, in *“Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi”*, Napoli, 1975. Per le questioni relative al matrimonio in genere si veda: G. BONILINI, *“Il matrimonio”*, sub *“La famiglia”*, II, in *“Diritto Civile”* diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Milano, Giuffrè, 2009.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Dal principio di immunità all’irrompere del diritto; 3. Il problema della risarcibilità del danno da violazione del dovere di fedeltà ex art. 143 c.c.; 4. La posizione del terzo; 5. L’applicabilità dell’art 1227 comma 2; 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il caso preso in considerazione presenta problematiche di non facile soluzione, per l’analisi delle quali, peraltro, non è sufficiente una indagine ristretta al solo campo della responsabilità civile.

In via preliminare, è opportuno tracciare sinteticamente le circostanze di fatto, al fine di avere una base che consenta poi di analizzare, qualificandole giuridicamente, le circostanze verificatesi.

Il signor Claudio cita in giudizio il signor Fabio per avere subito da quest’ultimo lesioni gravi, cagionate con un pugno, durante un incontro sollecitato da Fabio. Bisogna intanto rilevare che Claudio intratteneva una relazione sessuale con la moglie di Fabio e proprio per questa ragione quest’ultimo chiede in via riconvenzionale il risarcimento dei danni patiti; ai fini del presente elaborato non pare opportuno soffermarsi ora su altri specifici aspetti.

Giustamente il giudice avverte che la soluzione del caso pone il preliminare problema dell’astratta applicabilità dell’art. 2043 c.c. ai rapporti tra coniugi.

Questo punto specifico offre l’occasione per ricostruire a grandi linee, ed in rapporto alle conoscenze di chi scrive, l’assetto complessivo dei problemi inerenti alla questione.

È sempre necessario iniziare dai presupposti, magari remoti e solo apparentemente irrilevanti, del problema e non dal problema in sé, questo perché il caso specifico presuppone l'uso di concetti che siano già stati definiti e vengono prima ed a prescindere dal fatto considerato; il motivo per cui è opportuno analizzare questioni in apparenza lontane dal punto preso in esame può forse essere descritto così: per capire in quale punto di un palazzo si trova una singola stanza, non è sufficiente stare dentro alla stanza stessa, ma sarà necessario uscirvi, passeggiare per i corridoi e girare poi attorno al palazzo, solo così si saprà esattamente dove collocarla.

Di questa mia posizione di metodo sono fermamente convinto, ma questo è un problema astratto, applicabile ad ogni stanza di ogni palazzo; la capacità concreta poi di vedere quella singola stanza in quello specifico palazzo è un problema di studio del caso specifico e chi scrive riconosce, sotto questo aspetto, tutti i suoi limiti.

2. Dal principio di immunità all'irrompere del diritto

Il problema della responsabilità civile endofamiliare ha subito radicali mutamenti di prospettiva tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. L'impostazione tradizionale tendeva ad escludere¹ l'applicabilità della responsabilità civile a questioni attinenti ai rapporti endofamiliari *“in considerazione della preminenza accordata agli strumenti di tutela legale previsti dalla disciplina specifica e, più in generale, in funzione del principio di immunità”*.²

Sotto il profilo degli strumenti già previsto dal sistema legale basti ricordare una massima della Cassazione di Roma del 1921: *“La colpa di uno dei coniugi per la quale sia stata pronunciata la separazione personale (nella specie: volontario abbandono della casa coniugale da parte della moglie) no ha altre sanzioni che quelle determinate nell'ambito dei rapporti patrimoniale dell'articolo 156 c.c., e non attribuisce all'altro coniuge il diritto ad essere risarcito dei pretesi danni”*.³

L'atteggiamento non è tipico soltanto del nostro Paese; con gradazioni assai differenti, si registra una impostazione simile in tutta Europa, seppur con fortissime diversificazioni concettuali nei paesi anglosassoni; rileva in merito Paradiso, pur discorrendo del reato di violenza sessuale in danno della moglie: *“Ben pochi punti di contatto, infatti, erano riscontrabili con l'immunity doctrine dei paesi anglosassoni che, movendo dal principio della unity of persons, dalla fusione dei coniugi nell'<<una caro>>, argomentava come essi divenissero una sola persona anche dal punto di vista giuridico: e quella persona era il marito, tanto che si resero necessari appositi*

¹ È opportuno l'utilizzo di un'espressione quale “tendere ad escludere”, in luogo di “escludere” perché *“L'impostazione tradizionale dava in quale modo per scontata l'esclusione di una specifica rilevanza della responsabilità civile in seno alla famiglia: non peraltro in quanto se ne negasse l'applicabilità in via teorica, poiché l'idea di un'esenzione dal diritto comune non ha mai operato in termini paragonabili a quelli dei paesi di common law. Basterebbero a dimostrarlo le numerose previsioni del codice penale sui <<delitti contro la famiglia>> (artt. 556-574 c.p.): reati a fronte dei quali non mi consta la dottrina abbia mai escluso la tutela risarcitoria ex art. 185 c.p.”*. M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da Piero Schlesinger. Milano, Giuffrè, 2012. Pag. 48

² P. Campanile, *La responsabilità endo-familiare*, sub *La famiglia le persone*, II, *Aggiornamento in Il diritto privato nella giurisprudenza*. a cura di Paolo Cendon, Milano, UTET, 2008.

³ Cassazione di Roma (importante il riferimento al luogo, in quanto al tempo ne esistevano cinque), 27 maggio 1921, in *Foro it.*, Rep. 1921, voce *Separazione di coniugi*, n. 25.

provvedimenti legislativi per mettere fine alla pressoché totale immunità che detta dottrina comportava”.⁴

Se quindi nei paesi anglosassoni l’immunità discendeva da una sorta di identificazione degli sposi in una unica categoria giuridica, in Italia, invece, la motivazione può essere duplice: da un lato un generico richiamo al principio “*lex specialis derogat generali*” che comportava l’applicabilità delle specifiche sanzioni previste nel campo familiare in luogo della più generica responsabilità civile, dall’altro vigeva una impostazione di tipo pregiudiziale per la quale, molto banalmente, alla famiglia non si applicavano gli istituti della responsabilità civile; era una sorta di ovvietà, e sull’ovvio non si discute.

Discutibili e vari possono essere, e suppongo siano, i motivi di questa vera e propria impostazione mentale⁵; ma non è di questo che bisogna discutere.

Mutamenti di carattere sociologico, legislativo⁶, giurisprudenziale e dottrinale hanno, molto lentamente, corroso le mura della città⁷, assediata dal diritto comune, in cui si arroccava il diritto di famiglia, ridimensionandone la struttura gerarchica e valorizzando le istanze individuali.

Una prima, timida, apertura in tal senso la troviamo in Cass. 26.5.1995, n. 5866 la quale, dopo avere escluso la rilevanza aquiliana dell’addebito di separazione di per sé, ne subordina la risarcibilità alla ricorrenza dell’illecito ipotizzato dalla clausola generale ex 2043 c.c. Sentenza che rompeva con una tradizione giurisprudenziale consolidata.

L’apertura giurisprudenziale definitiva arriverà solo con la sentenza de Suprema Corte del 10 maggio del 2005, n. 9801.

Dal lato della dottrina non erano mancate già negli anni ’80 posizioni discordanti con l’impostazione allora vigente, scriveva Patti S. che “*lo status di familiare non deve comportare una riduzione ed una limitazione delle prerogative della persona, ma semmai un aggravamento delle conseguenze a carico del familiare responsabile*”.⁸

Dalle, seppur generiche, considerazioni che precedono, emerge che il complesso di regole e principi che vanno sotto il nome di responsabilità civile sia oramai pacificamente applicabili ai rapporti endofamiliari. Posto ciò, il problema odierno semmai consisterà nell’individuare gli elementi specifici di ogni singola fattispecie

⁴ M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Piero Schlesinger. (pag. 48, nota 119).

⁵ Sull’importanza di quella che ho definito “impostazione mentale” si potrebbe ragionare lungamente, e non (solo) per gusto teoretico, ma per le importantissime ricadute pratiche che i preconcetti hanno sul modo di intendere i concetti. I preconcetti sono le modalità stesse con si pensano i concetti, strutture mentali elementari che, nel nostro campo, si iniziano ad apprendere con quello che possiamo definire lo studio istituzionale della materia (e quindi delle branche del diritto) al punto che forse non sarebbe azzardato affermare che nei tribunali prima ancora che il codice si applicano i libri. In fin dei conti non vi è una base normativa per la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati, eppure... Ancora, l’entrata in vigore del Codice del ’42 non ha impedito che la giurisprudenza, per lungo tempo, continuasse a riferire l’ingiustizia non al danno ma al fatto. Su quest’ultimo aspetto si veda: U. Ruffolo, *Il danno ingiusto*, sub *La responsabilità e il danno*, III, in *Diritto civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Milano, Giuffrè, 2009. Pag. da 137 a 145.

⁶ Tanto la l. 1 dicembre 1970, n. 898, “Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio” quanto la l. 19 maggio 1975, n. 151, “Riforma del diritto di famiglia” hanno avuto rilievo per i profili qui indicati. Importante, anche se molto più recente, anche la l. 4 aprile 2001, n. 154, “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”.

⁷ Città peraltro molto particolare: questa vecchia città, almeno per come viene Riportata dalla letteratura, è sempre un luogo idilliaco agli occhi del viandante occasionale, ma ben diverso è per chi invece in quella città vive quotidianamente.

⁸ S. Patti, “*Famiglia e responsabilità civile*”, Milano, Giuffrè, 1984 Pag. 33.

illecita, al fine di consentire l'operatività di questo di questo specifico ed autonomo campo delle obbligazioni.

3. Il problema della risarcibilità del danno da violazione del dovere di fedeltà ex art. 143 c.c.

Accettata in via generale la possibilità di applicare l'istituto della responsabilità civile agli illeciti endofamiliari, con la precisazione in chiusura di dover valutare ogni singola fattispecie, si pone ora il problema dell'eventuale ristoro derivante da violazione del dovere di fedeltà.

Il problema dell'applicabilità del 2043 c.c. alla violazione in esame di cui al 143 c.c. necessita di una preliminare considerazione in merito al problema del danno ingiusto.

La qualificazione di un danno in quanto ingiusto è un problema totalmente giuridico. Con tale affermazione intendo evidenziare il fatto che il danno non esiste nella realtà evenemenziale esterna al diritto. Sostenere che un danno è tale perché si produce un danno, semplicemente non ha senso o, meglio, annullerebbe la necessità di una prodromica indagine circa il problema dell'ingiustizia, ed il fatto che tale preliminare operazione debba essere effettuata lo dice appunto l'art. 2043 c.c., nel subordinare la possibilità di un ristoro all'esistenza non del danno, ma del danno ingiusto.

È pertanto una indagine giuridica quella da effettuarsi, alla stregua non solamente di precise indicazioni normative, ma dell'ordinamento giuridico in generale.

È peraltro necessaria un'altra precisazione.

Si pone però il problema del rapporto tra art. 2059 e il concetto di ingiustizia.

Si noti che nel nostro caso il convenuto (il marito tradito) chiede al partener della moglie, in via riconvenzionale, il risarcimento del danno non patrimoniale. Giustamente il giudice scrive che questo aspetto pone il preliminare problema dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c. nei confronti della moglie, e non del 2059 c.c.

Il motivo è il seguente: il giudice non si sta ora interrogando sulla risarcibilità dell'illecito (anche perché ciò presupporrebbe la sicura qualificazione della fattispecie quale illecita), ma sull'iniuria del danno.

A dire di chi scrive l'art. 2059 non fissa criteri autonomi per la valutazione dell'ingiustizia del danno, ma specifici parametri per la risarcibilità di un danno la cui ingiustizia va valutata ex art. 2043; da un punto di vista funzionale il 2059 c.c. è più "vicino" all'art 1223 che al 2043 c.c.

Ciò sembra essere giustificato per una serie di ragioni: 1) In primo luogo la rubrica dell'articolo si limita a parlare di "Danni non patrimoniali", senza riferimenti specifici all'ingiustizia e, ribadito ancora che il danno non è una entità che precede il diritto, ma è tale in quanto il diritto lo prevede, deve concludersi che il legislatore ha inteso richiamare implicitamente l'art. 2043 per la fase a monte dell'operazione dell'interprete; 2) l'articolo, nel suo contenuto, si limita ad indicare i casi in cui tale danno deve essere risarcito, senza dire alcunché in merito all'ingiustizia o alla condotta dell'agente, richiamandosi implicitamente così all'art. 2043 per quanto attiene alla valutazione della condotta colposa o dolosa; è sì vero che colpa e dolo attengono all'imputabilità e non all'iniuria, ma è anche vero che se il 2059 non propone "valutazioni" proprie in merito è perché si affida totalmente al 2043 per quanto attiene a tutto ciò che precede il problema della risarcibilità.

Posto che l'ingiustizia è problema da risolversi ex art. 2043, residua il problema della valenza applicativa del art. 2059. Esso, attenendo al profilo della risarcibilità, rileva in un momento successivo rispetto alla qualificazione dell'ingiustizia.

Per quanto attiene alla risarcibilità poi va qui considerata la lettura costituzionalmente orientata del art. 2059 con una serie di considerazioni: l'indagine circa l'ingiustizia del danno va effettuata, ribadisco, ex art. 2043 alla luce dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e non muovendo dalla sola Costituzione. Il profilo costituzionale emerge al secondo livello del processo: il danno ingiusto, se non patrimoniale, deve ledere interessi di natura costituzionale per essere risarcibile.

Ne viene che la violazione del dovere di fedeltà comporta sicuramente un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. in quanto l'infedeltà coniugale si pone in aperta violazione del dovere di fedeltà previsto dall'art. 143 c.c.; passando poi al piano dell'art. 2059 è necessario per la risarcibilità che tale danno ingiusto leda un interesse costituzionalmente protetto. In questo punto si pone il passaggio più complicato del mio argomento. La violazione del dovere di fedeltà coniugale non lede di per sé un interesse costituzionale non essendo tale interesse protetto dalla Carta. Ciò nulla toglie alla sua risarcibilità per il motivo che segue.

Stando all'art. 29 Cost. "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

Posto però che la famiglia in sé non è un soggetto dotato di personalità giuridica (il generico riferimento ai nuclei familiari indicandoli con il cognome, ad es. i Rossi o i Bianchi, ha valore descrittivo e serve all'economia della conversazione e non certo ad individuare quella specifica famiglia come un soggetto di diritto), non si capisce quali diritti di questo ente inesistente siano tutelati dall'articolo ora richiamato. È più opportuno dire che non si capirebbe se non si pensasse che l'art. 29 Cost. si stia riferendo alle specifiche declinazioni del rapporto familiare in genere per come previsti a livello legislativo, e tra questi troviamo sì il dovere di fedeltà ex art. 143 la cui rubrica recita appunto "Diritti e doveri reciproci dei coniugi".

Ricapitolando, sarà necessario partire dal piano legislativo (non faccio ora riferimento all'ordinamento giuridico nel complesso, perché mi sto riferendo al caso concreto), valutare l'ingiustizia del danno, muovere da qui alla valutazione della costituzionalità dell'interesse leso e in questo caso si prospettano due ipotesi: o vi è un riferimento diretto in Costituzione o, come nel nostro caso, la Costituzione definisce situazioni giuridiche riferibili a soggetti giuridicamente inesistenti (la famiglia appunto che non ha personalità giuridica) ed allora bisognerà vedere, qui a livello legislativo, in quali specifiche situazioni si declinano i diritti costituzionalmente protetti. In questo modo il dovere di fedeltà coniugale assurge a interesse, se non costituzionale, costituzionalizzato e, per il percorso argomentativo seguito, risarcibile ex art. 2059 c.c. in quanto tale, stante la prova del patimento subito dal coniuge tradito, senza necessità di alcun *quid pluris*.⁹

Non posso pertanto accogliere la tesi del giudice, in quanto il *quid pluris* (l'aperta e grave violazione dei doveri coniugali di cui parla la sentenza) sarebbe semmai necessario per tutelare altri interessi, come ad esempio l'onore o la reputazione del

⁹ Quello che seguo è un ragionamento che definisco ad onde: si parte dal basso, si sale e si cade nuovamente in basso. Un po' come le montagne russe...

marito e rispetto ai quali l'infedeltà sarebbe solamente un presupposto; si intende, interesse il cui rilievo costituzionale deve essere provato.

4. La posizione del terzo

Continuando l'argomentazione, si dovrà qui valutare se dell'illecito commesso dalla moglie del convenuto possa rispondere o meno anche il partner.

Nel capitolo precedente mi sono mosso dall'astratto problema di diritto per criticare poi solo alla fine la posizione tenuta dal giudice; diversamente ora è necessario iniziare proprio dal passaggio argomentativo del giudice il quale presenta a mio avviso delle imprecisioni concettuali sulle quali è bene soffermarsi un poco.

Dopo aver escluso che nel caso di specie fosse applicabile il 2043 c.c. in quanto non sussiste il *quid pluris*, il giudice dedica un obiter al problema del ruolo del terzo.

Il procedimento argomentativo seguito dal Saracini è il seguente: si deve valutare l'applicabilità del 2043 c.c. per violazione del 143 c.c. Considera la via astrattamente percorribile, ma aggiunge la necessaria ricorrenza di un *quid pluris*; mancando nel caso specifico, esclude la responsabilità della moglie nei confronti del marito e tanto basta per sostenere che allora neanche il terzo possa essere chiamato a rispondere per aver concorso alla causazione del danno.

Si considerino però i seguenti passaggi della sentenza:

1. *“Il riferimento articolato dal convenuto ad una – da ritenersi necessariamente concorrente – responsabilità dell'attore pone il preliminare teorico relativo alla possibilità di configurare una responsabilità ex art. 2043 c.c. del coniuge del convenuto medesimo.”*
2. *La allegazione svolta dalla difesa di parte convenuta secondo la quale sussisterebbe una responsabilità del terzo ex art. 2043 c.c. richiama un risalente orientamento dottrinale che ha elaborato, nella materia delle obbligazioni, l'istituto della responsabilità del terzo <<per induzione all'inadempimento>> ed ha così riconosciuto al creditore danneggiato un'azione aquiliana nei confronti del terzo colpevole di avere volontariamente persuaso il debitore a non adempiere la prestazione, nel presupposto dell'esistenza a carico del terzo di un generico (in sentenza si trova “genetico”, ma è ragionevole pensare ad un errore di battitura) dovere di astensione, anche in relazione ai rapporti intercorrenti tra debitore/creditore.¹⁰*

L'errore che a mio avviso commette il giudice sta proprio in questo: nell'aver giustamente premesso che la responsabilità del terzo è da intendersi come concorrente, ma nell'aver poi erroneamente declinato la responsabilità concorrente come una categoria generale che nel caso specifico si attergerebbe come induzione all'inadempimento. In questo modo l'induzione parrebbe essere una *species* del *genus* della concorrenza, quando invece sono istituti differenti. Infatti:

1. Assolvono ad una funzione differente.
2. Hanno una struttura differente.
3. Presentano dei requisiti di fattispecie differenti.

Si potrebbe procedere ad una trattazione disgiunta, analizzando i tre elementi prima dell'uno poi dell'altro per poi procedere ad un raffronto finale. Due concetti divisi poi al loro interno da tre elementi di analisi.

¹⁰ Le sottolineature sono mie, non si trovano in sentenza, e servono ad evidenziare i passaggi più rilevanti per il mio argomento.

Per comodità espositiva però li tratterò congiuntamente evidenziando fin da subito le differenze rilevanti.

Per quanto attiene alla funzione dei due istituti va innanzitutto rilevato che la responsabilità concorrente ha il compito di tutelare il danneggiato e non certo di punire il danneggiante.

Questo si evince da una lettura combinata dei commi uno e due dell'art. 2055 c.c. La solidarietà dell'obbligazione ne è chiara manifestazione, potendo il danneggiato agire per l'intero verso uno qualunque dei danneggianti cui sia imputabile il danno a prescindere dal grado di colpevolezza, con la conseguenza che il danneggiante che ha concorso, poniamo, con un apporto causale pari all'1% ed un profilo soggettivo connotato da colpa lieve, potrà essere tenuto a rispondere totalmente del danno.

Il che non avrebbe senso se si leggesse la norma in chiave sanzionatoria.

Da ciò discende che ai fini della qualificazione del concetto di "fatto dannoso" non bisognerà avere riguardo alla condotta del soggetto agente, ma solamente al danno prodotto. Il concetto di fatto dannoso si estrinseca nell'unicità del danno e non nell'illiceità della condotta, questo tanto per la finalità tipica dell'istituto, quanto per una considerazione di ordine sistematico: se infatti l'iniuria ex 2043 c.c. deve essere riferita al danno e non al fatto, non si capisce per quale motivo il fatto dannoso ex 2055 c.c. debba richiedere una indagine intorno alla liceità o meno della condotta violatrice.

Pertanto qui a rilevare è l'apporto causale di più danneggianti.

Diversamente il fine dell'istituto dell'induzione non attiene alla tutela del danneggiato, ma alla repressione del comportamento.

Posto che la liceità dell'attività del partner è dubbia, per procedere all'applicazione di tale istituto, si dovrebbe in primo luogo valutare se sussiste o meno in capo a quest'ultimo un generale obbligo di astensione dei confronti della donna sposata¹¹.

¹¹ Sul punto non esistono precisi riferimenti normativi. L'orientamento attuale vede il matrimonio come un atto di autonomia privata, venendo così superata la concezione pubblicistica dello stesso la quale vedeva nella dichiarazione dell'ufficiale dello stato civile valore costitutivo del vincolo, venendo ora inteso l'intervento di detto ufficiale come attestazione dell'esistenza di tale vincolo. La tesi a mio avviso va rigettata per due motivi. In primo luogo non si capirebbe il senso dell'art. 93 c.c. Si potrebbe sostenere che la giustificazione si possa ravvisare nella possibilità di fare opposizione. Questo sarebbe vero però se i soggetti legittimati a fare opposizione fossero tutti i potenziali destinatari della pubblicazione (cioè, visto l'art. 94 c.c., praticamente chiunque), ma così non è ai sensi dell'art. 102 e della conferma del 103 c.c. (*"L'atto di opposizione deve dichiarare la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla"*, art. 103 c.c.). Allora perché una pubblicazione, diciamo, "generale", quando i soggetti legittimati non coincidono con la generalità dei destinatari della pubblicazione? Non si può certo dire che questo sia necessario per la conoscibilità della pubblicazione, se infatti andiamo a vedere i soggetti legittimati ex art. 102 c.c. notiamo che la cerchia è piuttosto ristretta ed allora, se il senso della pubblicazione fosse quello di rendere le imminenti nozze conoscibili ai pochi legittimati all'opposizione, sarebbe bastato gravare i nubendi dell'onere di notifica delle imminenti nozze, con annesso sistema di sanzioni, ai medesimi soggetti legittimati ex art. 102. Così non è; proprio questo deve portarci a credere che il regime della pubblicazione sottenda una visione del matrimonio con una valenza pubblica e non squisitamente privatistica. Osta poi all'impostazione attualmente dominante un'altra circostanza. La visione pubblicistica del matrimonio è un elemento certo della nostra tradizione di ius commune (mi limito ad un riferimento generico, consapevole che il concetto di ius commune muta sia nel tempo che nei luoghi). In assenza di indici normativi, come nel caso qui considerato, contrari a quello che possiamo definire un elemento tradizionale, l'impostazione tradizionale irromperà nell'ordinamento per il tramite dell'art. 12 comma due parte seconda delle *Disposizioni sulla legge in generale* (*"Se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"*), il quale va letto in rapporto a quanto riportato, soprattutto nella parte finale tra parentesi, nel punto numero 22 della Relazione al Re: *"Nell'art. 12, relativo all'interpretazione delle norme giuridiche, si è avuto cura di far risultare che i*

L'induzione, ancora, diversamente dal concorso presuppone un atteggiamento diverso del terzo.

L'etimologia del termine richiama l'idea del portare dentro, nel senso di sospingere verso; il che è cosa ben diversa dal concorrere alla causazione del danno.

Per quanto poi attiene a quelli che ho definito requisiti di fattispecie, bisogna rilevare che per il concorso non pongono problemi specifici, mentre nel caso dell'induzione all'inadempimento il dolo è elemento necessario per la sussistenza della fattispecie.

Una induzione colposa, semplicemente non è una induzione.¹²

Premesse tali differenze va comunque precisato che l'istituto dell'induzione è stato elaborato in materia di contratti. Lo stesso Ziccardi¹³ prende in considerazione la possibilità di estendere tale istituto fuori dal campo contrattuale. Pur rimanendo restio all'ipotesi, le considerazioni svolte attengono sempre alla risarcibilità di un danno patrimoniale. In ogni caso, quindi la categoria non pare applicabile alla nostra situazione.

Da un punto di vista metodologico, va comunque considerato che il lavoro citato è del 1979 e pertanto gli argomenti vanno storicizzati, nel senso di calati nel contesto. Ad esempio l'analisi di una riflessione prodotta in quel periodo sui rapporti tra privati e pubblica amministrazione non potrebbe non considerare il fatto che l'assetto dei rapporti non era ancora stato toccato da una sentenza come la 500/1999.

Da quanto detto risulta corretto il procedimento argomentativo del Giudice nella parte in cui lascia aperta la possibilità di una responsabilità concorrente del terzo, ma è errato se tale responsabilità viene considerata quale induzione all'inadempimento.

A mio avviso, nel caso di specie non sarebbe comunque applicabile quest'ultimo istituto e il partner dovrebbe essere chiamato a rispondere solidalmente ex art 2055 c.c. con la moglie del convenuto, fatta salva l'assenza di colpa e comunque la possibilità di regresso del partner nei confronti della donna. Dimostrare l'assenza di colpa potrebbe essere complicato in una situazione simile.

Si potrebbe però pensare ad una ipotesi curiosa. Il marito potrebbe allegare perizia medica per la quale la donna negli ultimi tempi si trovava in uno stato di soporale tale per cui la circonferenza della fede era molto più stretta di quella dell'anulare, con la conseguenza che la possibilità di toglierla era continuativamente preclusa (salvo intervento chirurgico al dito e sua mozzamento accidentale); ne discende la colpa (grave?) del partner.

5. L'applicabilità al caso del secondo comma dell'art. 1227 c.c.

principi generali di diritto ai quali deve farsi ricorso in mancanza di una precisa disposizione di legge e nell'impossibilità dell'applicazione analogica devono essere ricercati entro la sfera del sistema legislativo vigente. Anzi, in luogo della formula del progetto definitivo <<principi generali del diritto vigente>>, che avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete, si è ritenuta preferibile l'altra <<principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato>>, nella quale il termine << ordinamento risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'ordinamento politico-legislativo statuale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.) con esso concordante. Tale ordinamento, adottato o sancito dallo Stato, ossia il nostro ordinamento positivo sia privato e sia pubblico, darà all'interprete tutti gli elementi necessari per la ricerca della norma regolatrice". Come detto, l'impostazione pubblicistica è caratteristica del ius commune.

¹² Sull'argomento si consideri la seguente monografia: F. Ziccardi, "L'induzione all'inadempimento", Milano, Giuffrè, 1979. Capitolo VIII.

¹³ *Ibidem*.

La sentenza si conclude con il riconoscimento del danno subito dall'attore e la condanna del convenuto al suo ristoro.

Non è il caso di dilungarsi sul punto se non per due rilievi.

Qualora il terzo fosse a conoscenza del rapporto matrimoniale si potrà applicare l'art. 1227 comma 2, essendo la reazione del marito prevedibile con l'ordinaria diligenza.

Qualora il terzo invece non fosse a conoscenza del rapporto matrimoniale sarà escludibile l'applicabilità del citato articolo, non potendosi prevedere una reazione derivante da una circostanza la cui esistenza è ignota al danneggiato, ma non sarà comunque escludibile l'applicabilità dell'art. 2046 c.c. in capo al marito il quale poteva ragionevolmente trovarsi in una situazione in cui non aveva la capacità di intendere e di volere, come lascerebbe intendere lo stesso giudice nella parte in cui riporta che il convenuto *“repentinamente ed imprevedibilmente”* sferrava un violento pugno all'attore.

6. Conclusioni

Non sono necessarie particolari considerazioni.

Mi limito a dire di aver volontariamente seguito un percorso abbastanza astratto, questo perché il mio intento era quello di sviluppare un argomento che fosse formalmente coerente e procedesse per deduzioni logiche (ovviamente ciò non poteva valere per la piccola introduzione storica).

Infatti il procedimento si potrebbe dire sia stato a piramide rovesciata.

Sono partito dalla possibilità stessa di applicare il sistema della responsabilità civile ai rapporti familiari. Appurato ciò si è valutato il caso della violazione del dovere di fedeltà nello specifico.

Valutati i criteri per l'applicabilità all'ipotesi considerata, ho analizzato la posizione del terzo in riferimento alla violazione medesima.

Qui, a ben vedere, il procedimento si sarebbe potuto arrestare, non fosse che il marito ha provocato una lesione al partner ed ecco allora la necessità di valutare anche questo profilo, il quale, ribadisco, ha una sorta di autonomia strutturale; la punta della piramide che tocca la sabbia è la posizione del terzo, non la relazione giuridica tra quest'ultimo ed il marito nel caso di lesione del primo cagionata dal secondo. Si potrebbe dire che questa è una sorta di piccola costruzione posta accanto alla punta rovesciata della piramide ed a questa collegata da un passaggio sotterraneo...

LO STORNO DI DIPENDENTI TRA COSTITUZIONE, “ANIMUS NOCENDI” E INGIUSTIZIA DEL DANNO

di Julia Pau

IL CASO

Tra il dicembre 2007 e il marzo 2009 Karnak s.a. e Titanedi s.a, imprese commerciali del settore di vendita di prodotti per l'ufficio non al dettaglio ed appartenenti al “Gruppo Biholding”, hanno contattato numerosi agenti e vendita dipendenti che operavano sul territorio italiano per l'impresa concorrente Lyreco S.p.A. proponendo di interrompere il rapporto con la stessa per entrare a far parte della loro “rete di vendita”.

Anche per il tramite di Inter.Co, agente generale facente parte del medesimo gruppo, e degli ex colleghi transitati all'impresa concorrente 24 agenti e 2 dipendenti hanno interrotto il rapporto con Lyreco per promuovere i prodotti di Titanedi e Karnak.

Per questi motivi Lyreco conveniva dinanzi al Tribunale di Milano le imprese concorrenti lamentando una condotta concorrenziale sleale ex art. 2598, evidenziando i profili di scorrettezza nel comportamento della concorrente (ossia offerte di pagamenti “in nero” su conti esteri per evadere le imposte, promesse di provvigioni, anticipi e regali ai clienti, bonus e incentivi per i soggetti “stornati” che riuscivano a trasferire il proprio pacchetto clienti alle imprese “stornanti”, denigrazione della società per convincere al “passaggio”).

La società attrice chiedeva quindi: di inibire alle convenute di reiterare l'attività di storno; la pubblicazione della sentenza su varie testate giornalistiche; il risarcimento dei danni patrimoniali causati da tale condotta e in particolare: per la perdita di utili, per i costi sostenuti per la selezione del nuovo personale e per la formazione di questo, per il reperimento di una nuova clientela e per il disagio aziendale, nonché i danni non patrimoniali all'immagine commerciale della Lyreco.

Il giudice anzitutto sostiene che dalle risultanze istruttorie emerge che la condotta di Titanedi e di Karnak non possa essere considerata anticoncorrenziale nonostante sia stato provato sia il transito di qualche dipendente e di numerosi agenti sia il tentativo di storno di altri soggetti inseriti nella “forza lavoro” di Lyreco.

Inserendosi nella scia di un orientamento consolidato, il giudice argomenta la propria decisione richiamando i principi costituzionali che permettono di escludere l'illiceità a priori della condotta di storno: da un lato l'art.4 della Carta Fondamentale tutela, come espressione della libertà di lavoro, le aspettative di un maggior guadagno che possono indurre un lavoratore a transitare nell'impresa concorrente, dall'altro l'art.41, la libertà di iniziativa economica, legittima le attività mediante le quali le imprese allacciano (o tentano di allacciare) rapporti di lavoro con il personale di imprese concorrenti.

Il giudicante procede nel ragionamento argomentando che lo storno di dipendenti e/o collaboratori non è da considerarsi di per sé atto di concorrenza sleale ex art.2598 n.3 c.c. ma che, al contrario, l'illiceità sia subordinata alla identificazione di una chiara volontà dell'impresa stornante di appropriarsi illecitamente di una fetta di mercato dell'impresa concorrente, per cui lo storno risulta essere il mezzo attraverso il quale si raggiunge il fine di estromettere la concorrente dal mercato o comunque di bloccare significativamente la sua attività.

A sostegno di questa tesi il giudice richiama alcune sentenze della Corte di Cassazione in cui il giudice di legittimità ha ripetuto l'esigenza di identificare nella condotta di storno il cd. animus nocendi, rivelatore, in particolar modo nei casi in cui molteplici sono i soggetti stornati, di una "volontà di appropriarsi, attraverso un gruppo di dipendenti, del metodo di lavoro e dell'ambito operativo dell'impresa concorrente" (Cass. 4/09/2013 n. 20228) o ancora sintomo di una volontà di alterare la correttezza della concorrenza attraverso l' illecita appropriazione di nozioni tecniche esclusive che, trasmigrando assieme con il dipendente da un'impresa all'altra, perdono il loro carattere esclusivo e di conseguenza fanno venir meno la competitività dell'impresa vittima di storno.(Cass. 8/6/2012 n. 9386)

Il giudicante nota che nell'ipotesi in questione il mercato di riferimento è caratterizzato dall'assenza di nozioni tecniche e di specifiche qualità professionali in capo ai lavoratori, quindi se da un lato è innegabile l'aggressiva condotta concorrenziale delle imprese convenute, dall'altro lato non si vede come questa abbia potuto alterare illecitamente la concorrenza, stante la possibilità per la società attrice di ovviare allo storno reperendo facilmente nuova "forza lavoro".

La decisione del Tribunale viene poi rafforzata mediante il ricorso ad elementi che sono tradizionalmente utilizzati dalla giurisprudenza per evidenziare o negare l'animus nocendi: l'arco temporale risulta essere particolarmente ampio, la percentuale dei dipendenti/collaboratori stornati non significativa e le figure professionali non paiono essere particolarmente essenziali nella struttura organizzativa imprenditoriale.

Il giudice infine analizza le modalità con le quali le convenute hanno proposto ai dipendenti di Lyreco di "passare" a lavorare da loro: dall'istruttoria emerge chiaramente che il miglioramento di trattamento economico sia stato il perno dell'attività di convincimento e che non risultano provate né le modalità illecite con cui tali trattamenti sarebbero avvenuti né la condotta denigratoria sottolineata dall'attrice.

Il giudice respinge quindi in toto le domande avanzate da Lyreco.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
PRIMA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale di Milano nella persona del giudice dott. Patrizio Gattari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 49612/2009 R.G. promossa da

LYRECO ITALIA S.P.A. in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in Milano, via Tommaso Salvini n.5, presso lo studio dell'avv. Claudio Ceriani, che lo rappresenta e difende per delega in atti unitamente all'avv. Alessandro Casartelli

attore

contro

KARNAK S.A. e TITANEDI S.A. in persona del rispettivo legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliati in Milano, via San Barnaba n.30, presso lo studio

dell'avv. Ivano Fazio, che li rappresenta e difende per delega in atti unitamente agli avv.ti Maurizio Canfora e Gaetano Franchina
convenuti
oggetto: concorrenza sleale - risarcimento danni.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

L'oggetto del processo

Lyreco Italia S.p.A., impresa commerciale operante sul mercato italiano dal 1996 nella distribuzione di prodotti per l'ufficio non al dettaglio, ha convenuto in giudizio le imprese concorrenti Karnak s.a. e Titanedi s.a., aventi sede in San Marino ma operanti sul medesimo mercato di riferimento dell'attrice, allegando: che fra il dicembre 2007 e il marzo 2009 le due società convenute - anche per il tramite del suo agente generale Inter.Co s.r.l., appartenente al medesimo Gruppo Biholding S.p.A. e riconducibile alla stessa proprietà - avrebbero stornato 24 agenti di commercio e 2 dipendenti di Lyreco con qualifica di Area sales manager (passati in quel periodo a lavorare per le controparti) ed avrebbero tentato di stornare molti altri agenti e/o dipendenti della società attrice, stabilmente inseriti nella sua "forza vendita" costituita da 218 soggetti; che lo storno di dipendenti e di agenti della società attrice e il tentativo di storno di una quota consistente della rete di vendita Lyreco sarebbe avvenuto con metodi scorretti rappresentati dalla prospettiva di ricevere pagamenti "in nero" su conti esteri e di evadere le imposte, nonché da promesse di interessanti compensi e provvigioni, di anticipi in contanti e di regali ai clienti; che inoltre in occasione dei contatti con i soggetti che operavano per Lyreco gli emissari delle convenute avrebbero anche denigrato la società attrice prospettando una sua debolezza economica e la sua politica aziendale di gestione dei rapporti con la rete vendita; che le controparti avrebbero inteso "disgregare" la rete vendita Lyreco e di appropriarsene offrendo ai soggetti destinatari delle condotte di storno dei premi annui, bonus e incentivi in denaro qualora fossero riusciti a trasferire il proprio pacchetti clienti alle imprese convenute; che le condotte illecite poste in essere dalle convenute avrebbero provocato alla società attrice sia ingenti danni patrimoniali, costituiti dalla perdita di utili (indicati in 1.471.000 Euro), dal costo sostenuto dall'attrice per la selezione del personale e per la sua formazione (indicato in circa 145.000 Euro), dai costi per reperire nuova clientela, per recuperare la clientela degli agenti stornati e per disagio aziendale (indicati in 500.000 Euro), sia ingenti danni non patrimoniali all'immagine commerciale della Lyreco (indicati in 3.000.000 di Euro). Su tali premesse la società attrice chiedeva di inibire alle convenute di reiterare le attività di storno di agenti e/o di dipendenti della Lyreco, di condannare le medesime convenute, in solido o per la relativa quota di responsabilità, a risarcire i danni indicati in complessivi 7.000.000 di Euro circa, nonché alla pubblicazione della sentenza in una pluralità di testate giornalistiche nazionali e locali.

Si sono costituite con unica comparsa tempestivamente depositata entrambe le società convenute, le quali hanno preliminarmente eccepito l'incompetenza territoriale del tribunale edito e la carenza di legittimazione passiva di Karnak e Titanedi. Le due società convenute hanno poi contestato nel merito di aver tenuto le illecite condotte concorrenziali esposte dalla controparte ed hanno dedotto che peraltro lo storno di dipendenti e di agenti della Lyreco - non avvenuto in ogni caso da parte di Karnak e Titanedi - avrebbe eventualmente riguardato una quota trascurabile della sua rete di

vendita (circa il 10%) e non concreterebbe una condotta illecita ex art. 2598 c.c. Inoltre, le convenute hanno anche contestato la domanda risarcitoria dell'attrice sia nell'an che nel quantum dei danni dedotti da controparte.

Nella fase di trattazione le parti hanno insistito e precisate le rispettive domande ed eccezioni contenute negli atti introduttivi.

L'istruttoria si è articolata nell'acquisizione dei documenti prodotti - anche a seguito dell'accoglimento dell'istanza di rimessione in termine avanzata dalla difesa attrice - nell'assunzione dell'interrogatorio formale del legale rappresentante delle società convenute e nell'escussione dei testi M.M. ed altri.

Quindi sulle conclusioni precisate all'udienza del 7/5/2014 la causa è stata trattenuta in decisione concedendo i termini ordinari alle parti per il deposito degli scritti conclusivi.

Le eccezioni preliminari dei convenuti

Come già evidenziato nell'ordinanza istruttoria del 27/12/2010, la difesa convenuta non ha ritualmente sollevato l'eccezione di incompetenza territoriale. Infatti, nella comparsa costitutiva si eccepisce l'incompetenza territoriale del tribunale adito solo in relazione al cd "locus commissi delicti", senza nulla contestare in merito né all'ulteriore alternativo criterio di attribuzione della competenza previsto dalla stessa norma e costituito dal cd "forum destinatae solutionis" (art. 20 c.p.c.), né al criterio del foro generale del convenuto (artt. 18 e 19 c.p.c.) e (art. 20 c.p.c.). Pertanto, l'eccezione di incompetenza sollevata irrivalentemente dalla difesa convenuta senza contestare tutti i criteri attributivi della competenza per territorio risulta inammissibile e va ritenuta radicata la competenza del giudice adito dall'attore.

Proprio in relazione all'eccezione di incompetenza territoriale sollevata in una causa di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale - quale indubbiamente è la responsabilità ex art. 2600 c.c. - la Suprema Corte ha avuto occasione di ribadire recentemente che "in tema di competenza territoriale l'art. 20 cod. proc. civ. si applica a tutte le obbligazioni, da qualunque fonte esse provengano, e quindi anche a quelle di origine extracontrattuale; ne consegue che il convenuto in una causa per responsabilità aquiliana, il quale eccepisca l'incompetenza per territorio, ha l'onere di contestare la competenza del giudice adito con riferimento, tra l'altro, ad entrambi i criteri di collegamento previsti dalla norma (ovvero, quello del "forum commissi delicti" e quello del "forum destinatae solutionis"), dovendo, in mancanza, ritenersi la competenza radicata presso il giudice adito per inammissibilità della sollevata eccezione, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità" (Cass. 10/3/2014 n. 5456).

Parimenti infondata è l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalle società convenute.

A fondamento della domande la società attrice allega talune condotte illecite che secondo la sua prospettazione sarebbero state tenute da soggetti a vario titolo legati a Karnak s.a. ed a Titanedi s.a. - imprese pacificamente in concorrenza con Lyreco S.p.A. - e che integrerebbero un'illecita attività concorrenziale produttiva di ingenti danni di cui sarebbero responsabili le due società convenute.

In siffatta situazione un problema di carenza di legittimazione passiva delle due società convenute tecnicamente intesa - come difetto di una condizione dell'azione - non può porsi neppure astrattamente, potendo semmai rilevare le contestazioni della difesa convenuta sotto il diverso profilo (di merito) della riferibilità delle condotte a Karnak e a Titanedi e, quindi, all'individuazione delle stesse come soggetti autori (mediati)

dell'illecito e come possibili titolari dal lato passivo del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio.

Le condotte di concorrenza sleale

Dalle rispettive allegazioni, dai fatti non specificamente contestati, dalle prove orali assunte e dalla copiosa documentazione prodotta dalle parti possono ritenersi sufficientemente provate le seguenti circostanze: le due società convenute, aventi sede in San Marino, fanno parte del "Gruppo Biholding" ed operano sul mercato italiano in concorrenza con Lyreco S.p.A. nel settore della vendita di prodotti per ufficio; che, eccettuati i rapporti con i "grandi clienti" tenuti direttamente dalle convenute, la vendita dei prodotti per ufficio commercializzati da Karnak e Titanedi avviene sul mercato italiano tramite l'agente generale Interno s.r.l.; che le convenute fatturano la merce al cliente finale e poi corrispondono la provvigione a Interno s.r.l., alla quale fanno capo gli agenti presenti sul territorio e che operano per promuovere sul nostro mercato la vendita dei prodotti Karnak e Titanedi (vd interrogatorio formale del legale rappresentante delle società convenute e deposizioni dei testi G. e T. indicati dai convenuti); che a partire dalla fine del 2007 numerosi agenti e alcuni dipendenti che componevano la "rete di vendita" di Lyreco S.p.A. sul mercato italiano distribuiti in tre macro aree (Nord-Ovest, Nord-Est e Centro-Sud) sono stati contattati direttamente da emissari di Karnak e/o Titanedi i quali hanno proposto loro di interrompere il rapporto con la società attrice e di entrare a far parte della "rete di vendita" di Karnak e Titanedi; che oltre un terzo del totale dei dipendenti ed agenti di Lyreco (218 soggetti) è stato contattato dai convenuti e 24 agenti e 2 dipendenti con la qualifica di "area sales manager" sono receduti dal rapporto con Lyreco (prima dell'introduzione del giudizio) ed hanno continuato ad operare nello stesso mercato promuovendo la vendita dei prodotti commercializzati dalle società convenute; che nelle more del processo altri agenti e dipendenti della società attrice sono stati contattati dalle convenute (o dal loro agente generale Interco S.r.l.) ed invitati a passare a lavorare per loro (vd le deposizioni dei testi indicati da parte attrice).

Pur risultando provato che le due società convenute - direttamente o tramite la Interco e in particolare attraverso ex agenti Lyreco - hanno contattato molti agenti e alcuni dipendenti della Lyreco per indurli a "passare" a lavorare per loro, contrariamente all'assunto della difesa attrice ciò non è sufficiente per ritenere integrata nel caso concreto un'illecita concorrenza ex art. 2598 n. 3 c.c.

Il mercato di riferimento delle parti in causa è quello della vendita (non a singoli consumatori) di prodotti per ufficio su tutto il territorio italiano attraverso una capillare rete di agenti che "coprono" le varie aree del Paese.

Il principio di libertà del lavoro (art. 4 Cost.) e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) rendono di per sé perfettamente lecite sia da un lato le legittime aspettative di maggior guadagno che possono indurre un agente di commercio o un dipendente - tanto più in un settore come quello della vendita di generici prodotti per ufficio non caratterizzato da spiccate capacità professionali e che non necessita di particolare formazione - a recedere dal rapporto che lo lega ad una certa impresa per iniziare a svolgere la medesima attività per un'impresa concorrente confidando sulla sua capacità di mantenere i clienti offrendo prodotti analoghi a minor costo, sia dall'altro le legittime iniziative di un'impresa di allacciare rapporti di lavoro con personale già operante nello stesso settore di riferimento offrendo condizioni economiche più vantaggiose ad agenti e dipendenti di un'impresa concorrente per estendere la propria rete di vendita e per

aumentare la sua quota di mercato in un settore generico come quello in cui operano le parti in lite.

Lo storno di dipendenti e/o di collaboratori non costituisce di per sé un'illecita concorrenza ex art. 2598 n. 3 c.c. se non allorché, in considerazione della quantità dei dipendenti/collaboratori "stornati", delle concrete modalità in cui avviene lo "storno", delle dimensioni delle aziende concorrenti e della tipologia del mercato in cui operano, la condotta di storno risulti tale da evidenziare una chiara volontà di appropriarsi illecitamente di una fetta di mercato dell'impresa concorrente mettendo di fatto la stessa nell'impossibilità di reagire e di continuare a svolgere la sua attività proprio per effetto dello storno di suoi dipendenti/collaboratori.

Al riguardo la Cassazione ha precisato che "lo storno dei dipendenti di impresa concorrente costituisce atto di concorrenza sleale allorché sia perseguito il risultato di crearsi un vantaggio competitivo a danno di quest'ultima tramite una strategia diretta ad acquisire uno staff costituito da soggetti pratici del medesimo sistema di lavoro entro una zona determinata, svuotando l'organizzazione concorrente di sue specifiche possibilità operative mediante sottrazione del "modus operandi" dei propri dipendenti, delle conoscenze burocratiche e di mercato da essi acquisite, nonché dell'immagine in sé di operatori di un certo settore; ne consegue che, al fine di individuare tale "animus nocendi", consistente nella descritta volontà di appropriarsi, attraverso un gruppo di dipendenti, del metodo di lavoro e dell'ambito operativo dell'impresa concorrente, nessun rilievo assume l'attività di convincimento svolta dalla parte stornante per indurre alla trasmigrazione il personale di quella" (in tal senso Cass. 4/9/20, 13 n. 20228). Come pure, "costituisce concorrenza sleale a norma dell'art. 2598, n. 3, cod. civ. l'assunzione di dipendenti altrui o la ricerca della loro collaborazione non tanto per la capacità dei medesimi, ma per la utilizzazione, altrimenti impossibile o vietata, delle conoscenze tecniche usate presso altra impresa, compiuta con "animus nocendi", ossia con un atto direttamente ed immediatamente rivolto ad impedire al concorrente di continuare a competere, attesa l'esclusività di quelle nozioni tecniche e delle relative professionalità che le rendono praticabili, così da saltare il costo dell'investimento in ricerca ed in esperienza, da privare il concorrente della sua ricerca e della sua esperienza, e da alterare significativamente la correttezza della competizione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata rilevando che le conoscenze acquisite dai lavoratori trasmigrati, pur se di pregio, non avevano carattere di esclusività, né rendevano detti dipendenti assolutamente essenziali, e che questi risultavano avere avuto convenienza a mutare la propria sede di lavoro)" (Cass. 8/6/2012 n. 9386).

Facendo applicazione al caso concreto dei richiamati e condivisibili principi giurisprudenziali, le condotte tenute dalle convenute - e da terzi estranei al processo che hanno agito nell'interesse di Karnak e/o di Titanedi - non possono essere ritenute illecite.

Le parti in causa sono aziende - facenti parti di Gruppi attivi anche all'estero - che vendono a enti e ad imprese (non a consumatori) prodotti per ufficio sull'intero mercato nazionale e che dispongono di una vasta rete di vendita composta prevalentemente da agenti di commercio.

Inoltre, le generiche caratteristiche dei prodotti commercializzati dalle parti comportano che i vari soggetti presenti sul mercato operino in concorrenza soprattutto sulla base dei prezzi dei prodotti offerti ai clienti e dei costi di impresa, fra i quali assume un ruolo

non secondario il "costo" della rete di vendita rappresentato dalle provvigioni degli agenti, dai bonus offerti, dai regali ai clienti ecc.

Non vi è dubbio che i convenuti abbiano posto in essere un'aggressiva condotta concorrenziale nei confronti di Lyreco finalizzata ad indebolire la sua presenza sul mercato anche attraverso il contatto di numerosi suoi agenti di commercio e di alcuni dipendenti, ma per la tipologia delle attività svolte dalle imprese in concorrenza e per l'assenza di nozioni tecniche e di specifiche professionalità in capo alla "forza lavoro" stornata, le condotte accertate e sopra riferite non possono ritenersi idonee nel caso di specie ad aver alterato significativamente la correttezza della competizione e ad aver posto la società attrice nell'impossibilità di ovviare allo storno reperendo sul mercato altri agenti e dipendenti in modo da poter continuare a svolgere con le medesime potenzialità la sua attività commerciale.

L'arco temporale piuttosto ampio in cui si sono svolte le condotte (quasi due anni), la percentuale non significativa (circa il 15% del totale) della forza lavoro effettivamente stornata, il tipo di figure professionali stornato (in un settore caratterizzato da un elevato il "turnover"), sono ulteriori elementi che inducono ad escludere che sia stata alterata la concorrenza fra le parti in causa e che Lyreco sia stata messa nelle condizioni di non poter continuare a svolgere allo stesso modo la sua attività a seguito delle condotte di cui si discute.

Va anche detto che, ad eccezione del teste D. - il quale nel corso della deposizione ha richiamato la sua mail (doc. 54 dell'attore) nella quale riferiva che in occasione del colloquio avuto presso la sede della Karnak gli sarebbe stato proposto di lasciare Lyreco con la prospettiva di ricevere parte dei compensi su un conto bancario aperto a San Marino e quindi di poter avere evidenti vantaggi fiscali - tutti i testi escussi hanno in sostanza dichiarato che le convenute hanno cercato di convincerli a passare a lavorare per la concorrenza con proposte economiche vantaggiose (spesso ritenute generiche dai testi), ma ciò non costituisce certo una condotta illecita. Le varie dichiarazioni scritte inviate da numerosi agenti alla Lyreco e prodotte in giudizio dalla difesa attrice costituiscono prove atipiche e risultano di dubbia attendibilità. E' infatti ragionevole ritenere sia che i vari soggetti che avevano scelto di restare a far parte della rete di vendita Lyreco avevano interesse a dimostrare la loro fedeltà all'impresa attrice, sia che gli stessi soggetti avevano interesse ad evidenziare proposte economiche vantaggiose da parte della concorrenza per migliorare le condizioni loro offerte da Lyreco. In altri termini, le varie dichiarazioni (mail) prodotte dalla difesa attrice - e che non hanno trovato conferma nelle deposizioni testimoniali - non sono idonee neppure a provare che le convenute abbiano posto in essere l'aggressiva condotta concorrenziale con modalità illecite.

Inoltre, le risultanze istruttorie acquisite non consentono neppure di ritenere provata da parte delle convenute una condotta denigratoria dell'attività imprenditoriale svolta dall'attrice.

Ora, poiché le condotte allegate dalla società attrice - e in massima parte risultate dall'istruttoria espletata - non concretano un'illecita concorrenza ex art. 2598 c.c. è evidente che le domande della Lyreco S.p.A. vanno respinte.

Tuttavia, considerato che l'aggressiva campagna di storno della forza lavoro di Lyreco posta in essere dalle società convenute può aver indotto la società attrice a reagire e a ritenere illecita la condotta delle imprese concorrenti, si ritiene di compensare le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando nella causa promossa, con citazione dell'11/6/2009, da Lyreco S.p.A. nei confronti di Karnak s.a. e di Titanedi s.a., nel contraddittorio tra le parti, contrariis reiectis, così provvede:

1. rigetta le domande avanzate da Lyreco S.p.A.;
2. compensa le spese di lite fra le parti.

Così deciso in Milano, il 22 ottobre 2014.

Depositata in Cancelleria il 31 ottobre 2014.

TRIBUNALE DI MILANO, sentenza 31 ottobre 2014; Giud. GATTARI; Lyreco Italia s.p.a (Avv.ti CERIANI e CASARTELLI) c. Karkak s.a e Titanedi s.a. (Avv.ti FAZIO, CANFORA, FRANCHINA).

Responsabilità civile - Concorrenza sleale - Storno di dipendenti - Violazione correttezza professionale - Non sussiste (Cod. civ., artt. 2600, art. 2598)

Lo storno di dipendenti e collaboratori dell'impresa concorrente, anche se integrante una condotta concorrenziale particolarmente aggressiva, non è di per sé illecito, è necessario altresì individuare nell'atto l'elemento della chiara volontà a capo dell'impresa "stornante" di appropriarsi illecitamente di una fetta di mercato dell'impresa "stornata" che per effetto dello storno è messa nelle condizioni di non poter reagire e dunque di restare sul mercato. Tale volontà può risultare dalle concrete modalità della condotta, dalla quantità dei dipendenti/collaboratori, dalla dimensione delle imprese concorrenti nonché dalla tipologia del mercato di riferimento (nella specie il Tribunale ha escluso la sussistenza di un'illecita condotta di storno e dunque di un danno risarcibile sulla base del mercato di riferimento, dell'ampio arco temporale in cui la condotta di storno si è esplicata, della bassa percentuale di forza lavoro stornata e della tipologia di figure professionali in questione, elementi che hanno reso la condotta inidonea ad alterare scorrettamente la concorrenza). (1)

(1) La sentenza in rassegna, considerando lo storno quale illecito concorrenziale ai sensi del 2598 c.c. n.3 solamente in presenza di indici particolari, pare collocarsi all'interno di un consolidato orientamento giurisprudenziale avente radici lontane. All'interno del complesso dibattito tanto dottrinale quanto pure giurisprudenziale in merito allo storno, l'esclusione dell'illiceità a priori sembra infatti essere uno dei pochi punti fermi raggiunti, tanto che dalla timida affermazione che «in linea di principio è consentita l'assunzione di dipendenti di un'impresa concorrente» (Cass. civ. Sez. I, 17 gennaio 1974, n. 125, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, 15) si è giunti ad una più sicura affermazione secondo la quale «La concorrenza illecita per mancanza di conformità ai principi della correttezza non può mai derivare dalla mera constatazione di un passaggio di collaboratori - cosiddetto storno di dipendenti - da un'impresa ad un'altra concorrente, né dalla contrattazione che un imprenditore intrattenga con il collaboratore del concorrente, attività in quanto tali legittime essendo espressione di dei principi di libera

circolazione del lavoro e della libertà di iniziativa economica” (Cass. 04 settembre 2013 n.20228 in *Giur.it.*, 2014, 1424; con le stesse parole anche Trib. Trento 17 novembre 2004 in *Riv. dir. ind.* 2007, 2, II, 118 con nota di TIRABOSCHI; Trib. Forlì 8 giugno 2007, in *DeJure banca dati* e Trib. Torino 16 marzo 2012 in *Dir. Ind.*, 2013, 217 con nota di BACCHINI). Dunque, come emerge chiaramente anche dalla sentenza in esame, la tematica dello storno è intimamente collegata con i principi costituzionali di cui all’art. 4, 35 e 41 della Carta Fondamentale, come nota la Suprema Corte « [...]ritenere che il pregiudizio che deriva dalla assunzione alle proprie dipendenze o dalla acquisizione di un prestatore d'opera, in passato addetto alla impresa concorrente, costituisca di per sé l'illecito in questione, significherebbe introdurre nel sistema rigidità che neppure la disciplina lavoristica include, e ritenere, quindi, una sorta di privativa del datore di lavoro sulle collaborazioni coordinate nella sua impresa. » (Cass. civ., sez. I, 03 luglio 1996, n. 6079 in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 451). Ancora è stato notato che «non è affatto vietato all'imprenditore di ricercare nel mercato il miglior collaboratore, anche sottraendolo attraverso una legittima e palese contrattazione sulla sua retribuzione al concorrente. Ciò è fisiologico ad un mercato concorrenziale. » (Cass. civ., sez. I, 08 giugno 2012, n. 9386 in *Fall.* 2012, 233). D'altra parte però lo stesso mercato concorrenziale richiede che siano vietate le condotte che alterano scorrettamente il gioco competitivo ed ecco che ai sensi del 2598 c.c. vengono repressi le condotte che risultano essere illecite secondo i parametri della correttezza professionale (Vedi Cass. civ., sez. I, 03 luglio 1996, n. 6079 in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 451 in cui si afferma «Peraltro deve osservarsi che la garanzia costituzionale concessa alla libera iniziativa economica ed al diritto al lavoro (artt. 41 e 35 Cost.) è collegata alla tutela dell'utilità sociale e risponde ai criteri di tale utilità che la concorrenza tra imprenditori si svolga in modo leale. Il divieto della concorrenza sleale ed in particolare lo storno di dipendenti altrui attuato con modalità contrarie ai principi della correttezza professionale è un logico corollario della moderna e corretta concezione dell'economia di mercato qual è quella cui fa riferimento l'art. 41 cost [...]». Nello stesso senso anche Cass. civ. Sez. I, 21 novembre 1983, n. 6928, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, 1607: « [...]ed il detto divieto non si pone in contrasto con gli artt.41 e 35 Cost. atteso che la tutela costituzionale dei principi di libertà dell'iniziativa economica e del diritto al lavoro è subordinata alla non lesione dell'utilità sociale e di una corretta economia di mercato, a cui corrisponde l'esigenza che la concorrenza fra gli imprenditori si svolga in modo leale». (Vedi in questo senso *inter multis* la recente Trib. Milano, sez. spec. Impresa, 26 febbraio 2015 n. 2611 in *DeJure banca dati* o ancora Trib. Torino, sez. I, 21 dicembre 2012 in *DeJure banca dati* che pongono l'accento sulla necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali). La problematica concernente lo storno è pertanto relativa all'identificazione di criteri atti a qualificare una condotta imprenditoriale come illecita, stante l'incapacità della clausola generale di cui al 2598 n. 3 c.c. di fornire all'interprete risposte univoche. A questo proposito, analizzando l'enorme mole di sentenze in tema di storno che si è sviluppata in particolar modo a partire dagli anni Settanta, emerge che si sono sviluppati diversi orientamenti, di cui si parlerà maggiormente in seguito, che sono solitamente identificati come teoria “oggettiva”, teoria “soggettiva” e teoria “intermedia”. La sentenza in esame, stante il riferimento alla «volontà di appropriarsi illecitamente di una fetta di mercato dell'impresa concorrente », si colloca all'interno della giurisprudenza maggioritaria (in particolar modo di legittimità) che sembra essersi accostata stabilmente alla teoria cd. intermedia (o finalistico-oggettiva) riassumibile

nella massima: «Lo storno dei dipendenti di un'impresa da parte di un imprenditore concorrente deve ritenersi vietato come atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 n.3 cod. civ., allorché sia attuato non solo con la consapevolezza nell'agente dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa, ma altresì con la precisa intenzione di conseguire tale risultato (cosiddetto *animus nocendi*), la quale va ritenuta sussistente ogni volta che, in base agli accertamenti compiuti dal giudice del merito ed insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati, lo storno dei dipendenti sia posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare alla luce dei principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di danneggiare l'organizzazione e la struttura produttiva dell'imprenditore concorrente». (Cass. civ., sez. I, 21 novembre 1983, n. 6928, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, 1607, poi ripresa innumerevoli volte come ad esempio in Cass. civ. sez. I, 3 agosto 1987, n. 6682, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, 2103; Cass. civ. sez. I, 14 novembre 1994, n. 9827, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1994, 3029; Cass., 3 luglio 1996, n. 3079, in *Dir. ind.*, 1997, Cass. civ. sez. I, 22 luglio 2004 n. 13658 in *Giust. civ. Mass.* 2004, 7-8, nonché nelle stesse sentenze citate dal Tribunale milanese, Cass. civ., sez. I, Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2013 n. 20228 in *Giur.it.*, 2014, 1424 , e Cass. civ. sez. I, 8 giugno 2012 n. 9386 in *Fall.* 2012, 233). Anche i giudici di merito hanno in gran parte seguito l'insegnamento della S.C., per citare alcune decisioni in questo senso Trib. Pisa, 24 marzo 2014 n. 435, *ined.*, Trib. Milano, sez. proprietà industriale e intellettuale 14 marzo 2011 *ined.*, Trib. Torino, 17 novembre 2006, in *Giur. Piemontese*, 2007, 1, 76, Trib. Torino, 23 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2304; Trib. Vicenza 3 luglio 1997, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1997, 3764; App. Roma, 28 giugno 1993, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1993, 2979; in *Giur. ann. dir. ind.*, 1993, n. 3050). Secondo quanto affermato dalla sentenza che aprì la strada alla teoria intermedia: « dolo o colpa non sono elementi costitutivi della fattispecie legale di cui all'art. 2598, n. 3, precisato che connotato rilevante e qualificante dei comportamenti considerati dall'art. 2598, n. 3 come atti di concorrenza sleale è unicamente la loro difformità dai principi della correttezza professionale, resta ribadito che alla qualificazione di cui si tratta, deve procedersi con criterio puramente oggettivo[...]Al requisito dell'*animus nocendi*, che condiziona l'illiceità dello storno, non può essere assegnato altro ruolo fuorché quello di individuare il punto di emersione di una obiettiva difformità dell'atto dai principii di correttezza professionale. » (Cass. civ., 17 gennaio 1974, n. 125, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, 15). In particolar modo è stato poi chiarito dalla Cassazione che l'*animus nocendi* si identifica con «l' intenzionalità dell'azione al fine di danneggiare l'altrui azienda in misura che ecceda il normale pregiudizio che ad ogni imprenditore può derivare dalla perdita di dipendenti in conseguenza della loro scelta di lavorare presso altra impresa.» (Cass. civ., sez I, 30 ottobre 2009, n. 23045 in *Riv. dir. ind.*, 2011, II, 137 con nota di CARTELLA, nello stesso senso anche Cass. civ., 3 agosto 1987, n.6682, in *Not. giur. lav.*, 1988, 166). Nel tempo le corti hanno proceduto ad enucleare una serie di elementi oggettivi sulla base dei quali desumere l'*animus nocendi* che, a sua volta, porta alla valutazione circa l'illiceità della condotta, elementi che sono così riassunti nella parole della Corte: « a) la quantità dei soggetti stornati, b) la portata dell'organizzazione complessiva dell'impresa concorrente; c) la posizione che i dipendenti stornati rivestivano all'interno dell'azienda concorrente; d) la scarsa fungibilità dei dipendenti; e) la rapidità dello storno; f) il parallelismo con l'iniziativa economica del concorrente stornante. » (Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2013, n. 20228 in *Giur.it.*, 2014, 1424 , ove la corte avvala, citandola espressamente,

l'elencazione della Corte di Appello di Milano per la cui sentenza si era ricorsi in cassazione). La sentenza in rassegna, come si nota, prende quindi chiaramente le mosse da questa posizione nel considerare l'ambito temporale di esplicazione della condotta, il numero dei dipendenti collaboratori/stornati nonché la dimensione dell'impresa e il suo settore di riferimento. Intimamente connesso con quest'ultimo è infatti la qualificazione, il ruolo nell'impresa del lavoratore "stornato" che assume rilevanza pregnante in molte pronunce, si veda Cass. civ. Sez. I, 4 settembre 2013 n. 20228, in *Giur.it.*, 2014, 1424, ove nega lo storno illecito sulla base della non essenzialità dei dipendenti e per il ragionamento a contrario Cass. civ., sez. I, 23 maggio 2008, n. 13424 in *Giur. it.*, 2008, 2485, in cui si sostiene l'illiceità dello storno di un solo dipendente in quanto l'unico in grado di progettare schede tecniche. Invero, la rilevanza della posizione ricoperta all'interno dell'azienda emerge sin dalle prime sentenze in tema di storno, esemplificativa è la massima della sentenza 3365/1983: « Affinché lo storno di dipendenti altrui possa configurarsi atto di concorrenza sleale, si richiede che i dipendenti medesimi siano particolarmente qualificati ed utili nella gestione dell'impresa concorrente. » (Cass. civ., sez. I, 16 maggio 1983 n.3365 in *Foro it.*, 1983, I, 382; in questo senso anche Cass. civ. sez. I, 23 maggio 2008, n. 13424, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 6, II, 584; Cass. civ. sez. I, 22 luglio 2004, n. 13658, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8.; Cass., 20 giugno 1996, n. 5718, in *Giur. it.*, I, 1, 450, 128; per le sentenze si merito si possono citare Trib. Arezzo, Sent., 08 agosto 2012, in *DeJure banca dati*; Trib. Milano ,sez. p.p.i, 07 gennaio 2011, in *Redaz. Giuffrè*, 2011; Trib. Pavia 26 gennaio 2005 in *Riv. dir. ind.* 2007, 2, II, 118 con nota di TIRABOSCHI, Trib. Roma 12 marzo 2003 in *Giur. it.* 2003, 1407). Inoltre è opportuno notare che a partire dalla sentenza 5718/1996 nella quale si afferma che « il reclutamento di personale dipendente dell'imprenditore concorrente si connota di intenzionale slealtà ogni volta che venga attuata con modalità abnormi (per numero e/o qualità dei prestatori d'opera distolti e assunti), sì da superare i limiti di tollerabilità del reclutamento medesimo» (Cass. civ. sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, *Giur. it.*, I, 1,128) il riferimento alle modalità abnormi è ormai d'uso consolidato anche nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Torino 22 gennaio 2009 in *Foro pad.*, 2009, 1, I, 211 (nota di: SAVANCO); Trib. Rimini 24 maggio 2006, *Redaz. Giuffrè*, 2007; Trib. Torino 02 maggio 2005 in *Giur. it.* 2006, 4, 764). Da notare infine una tendenza, ravvisabile anche nella sentenza in esame, che parrebbe muoversi in senso restrittivo rispetto al passato, identificando l'animus come obiettivo in capo allo stornante « di vanificare lo sforzo di investimento del suo antagonista » in quanto «Non basta che l'atto in questione sia diretto a conquistare lo spazio di mercato del concorrente, anche attraverso l'acquisizione del miglior collaboratore, ma deve essere diretto a privarlo del frutto del "suo" investimento. Dunque le modalità di tale ricerca del predetto collaboratore, e la attuazione concreta delle misure conseguenti, debbono dimostrare una strategia, benché attraverso forme che non si possono ricomprendere nelle figure di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2598 cc, pur sempre diretta a creare nel mercato quello stesso effetto confusorio, ovvero discreditante, ovvero ancora parassitario, che attribuiscono ingiustamente a colui che li cagiona il frutto dell'investimento, e dunque l'avviamento, di chi li subisce. » (Cass. civ. sez. I, 9 giugno 1998, n. 5671, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1252 che riecheggia inter alia in Trib. Piacenza , 6 luglio 2010, *Redaz. Giuffrè* 2010; Trib. Torino, 16 gennaio 2009, in *Giur. it.*, 2010, 130; Trib. Bologna, 20 marzo 2008, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2009, 367; Trib. Milano, 4 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1436; Trib. Trento, 17 novembre

2004, in *Riv. dir. ind.* 2007, 2, II, 118 con nota di TIRABOSCHI). La teoria "intermedia", almeno sulla carta, nasce da una commistione tra la teoria "soggettiva" e la teoria "oggettiva". Quest'ultima è di origini risalenti e nega qualsivoglia ruolo all'elemento dell'*animus nocendi*, sulla base di un'interpretazione rigorosa dell'art. 2600. Secondo tale teoria, che non ha mai preso piede presso la Suprema Corte di recente, lo storno è illecito qualora siano illecite di per sé le modalità con le quali viene attuato lo storno, «l'elemento soggettivo non essendo suscettibile di colorare di illiceità un atto che oggettivamente non sia ingiusto. » (Trib. Milano, 20 novembre 1969, in *Foro it.*, 1970, I, 1510, espressione ripresa- a torto o ragione, si dirà a breve- da Cass. civ., 17 gennaio 1974, n. 125 in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, 15, per sostenere la teoria opposta). Nelle corti di merito la teoria ha avuto e continua ad avere un seguito non irrilevante, si segnalano inter alia Trib. Torino, 14 settembre 2009, in *Foro pad.*, 2010, I, 784; Trib. Napoli, 10 settembre 2007 in *Foro it.* 2007, 11, I, 3256; Trib. Napoli, 24 luglio 2007, in *Corr. mer.* 2007, 11, 1247; Trib. Pavia, 26 gennaio 2005, in *Riv. dir. ind.*, 2007, 2, II, 118, con nota di TIRABOSCHI; Trib. Milano, 3 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1445, con nota di STEFANI; App. Cagliari 12 gennaio 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 44; Trib. Monza, sez. dist. Desio, 24 gennaio 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 44, con nota di CAPRA, in *Dir. ind.*, 2000, 8, 3, con nota di BELLOMUNNO e in *Lavoro nella giur.* 2000, 343 con nota di LESCE; Trib. Milano, 21 dicembre 1995, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 86; Trib. Verona, 15 ottobre 1996, *ivi*, 1998, II, 225. In particolar modo, risulta essere degna di nota, essendo divenuta "manifesto" della teoria oggettivistica, la sentenza sopracitata del Trib. di Monza che ben riassume gli argomenti che dovrebbero far propendere per un abbandono della visione legata all'*animus nocendi* e che ne mostra le insuperabili incongruenze, come si legge nella massima che è opportuno citare nella sua interezza: «La concorrenza sleale non può essere configurata né sulla base della dannosità della condotta per l'avversario né sulla base di un non ben definito "*animus nocendi*". In particolare va negato che tale "*animus nocendi*" valga a rendere illecite condotte che - esaminate sul piano oggettivo - tali non sarebbero. Ogni condotta di concorrenza è tenuta dall'imprenditore nella piena consapevolezza del danno che essa può arrecare al suo concorrente ed è anzi finalizzata a questo obiettivo e solo una malintesa concezione dell'attività imprenditoriale può arrivare ad immaginare una concorrenza non finalizzata alla eliminazione del concorrente dal mercato. Con particolare riguardo allo storno di dipendenti, va affermato il pieno diritto di ogni imprenditore di sottrarre dipendenti al concorrente, purché ciò avvenga con mezzi leciti, quale ad esempio la promessa di un trattamento retributivo migliore o di una sistemazione professionale più soddisfacente. Di riflesso, va affermato il diritto di ogni lavoratore - sancito dall'art. 35 cost. - a mutare il proprio datore di lavoro senza che il bagaglio di conoscenze ed esperienze maturato nell'ambito della precedente esperienza lavorativa, lungi dal permettergli il reperimento di migliori e più remunerative possibilità di lavoro, si trasformi in una sorta di vincolo che lo leghi all'attuale datore di lavoro e che precluda al lavoratore stesso la possibilità di cercare sul mercato nuovi sbocchi professionali. »

In dottrina il tema è stato di sovente affrontato e diversi autori hanno contribuito all'evoluzione di questo istituto di natura giurisprudenziale. Si segnalano in particolar modo per una visione generale Auteri, *La concorrenza sleale*, in Trattato dir. priv. Rescigno, 18, Torino, 1983, 406; per una prospettiva aggiornata e completa Bellia, *Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza*

più recente, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2013 260 e ss.; ancora Bellomunno, *Lo storno come fattispecie oggettiva*, nota a Trib. Monza, 24 gennaio 2000, in *Dir. ind.*, 3, 2000, 253 e ss.; Cartella, *Osservazioni in tema di storno e violazione di know how*, nota a Cass. civ., sez I, 30 ottobre 2009, n. 23045 in *Riv. dir. ind.*, 2011, I, 145 e ss.; Dalle Vedove, *Storno di dipendenti e possibili rimedi*, in *Riv. dir. ind.* 4-5, 2005, 249 e ss.; Franceschelli, *Storno di se medesimo, lavoratori «migranti»: concorrenza sleale da storno di dipendenti e rilevanza del concetto di «gruppo»*, in *Riv. dir. ind.*, 1982, II, 158 e ss.; Ghidini, *La correttezza professionale (art. 2598, n.3 cod. civ) tra due orientamenti costituzionali* in *Riv. dir. ind.*, 6, 2011, 239 e ss. (per un excursus storico sulla clausola generale della correttezza). Come suggerisce Bellia, interessante per l'analisi sulle conseguenze nel mondo del lavoro che l'abbandono della figura dell'illecito di storno potrebbe avere, è Ichino, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Giorn. dir. lav.*, 2007, 434 e ss. L'illecito concorrenziale è ricondotto, con spunti particolarmente stimolanti, al sistema della responsabilità aquiliana nel contributo di Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, 384; la critica alla teoria "intermedia" è ben riassunta in Montaruli, *Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)*, nota a Cass. civ. in *Foro. it.*, 1997, 232; mentre vede i suoi primi fondamentali argomenti in Pardolesi, nota a Cass. civ., 6 maggio 1980, n. 2996, in *Foro it.*, 1980, I, 1886 e in Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, in *Contratto impr.*, 1990, 167. Infine devono citarsi le riflessioni di Tassoni, *Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà del lavoro*, nota a Cass., 25 luglio 1996, n. 671 e Trib. Milano, 21 dicembre 1995, in *Riv. dir. Ind.*, 1997, II, 86 ; Tiraboschi, *Brevi note in tema di storno di dipendenti quale atto di concorrenza sleale ex art.2598, n.3, c. c.*, nota a Trib. Trento 17 novembre 2004 e Trib. Pavia 26 gennaio 2005, in *Riv. dir. ind.*, II, 2007, 129 e ss. e Spiazzi, *Storno di dipendenti e perduranti ambiguità definitorie*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 1998, 234 e ss.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il 2598 c.c. e i principi costituzionali; 3. Teorie contrapposte e profili critici; 4. L'ingiustizia nell'illecito concorrenziale; 5. Profili di analisi economica del diritto; 6. Giurisprudenza recente e profili critici della sentenza; 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La pronuncia in esame offre una serie di spunti interessanti per una riflessione in tema di storno di dipendenti e collaboratori¹ e più in generale sulla responsabilità per illecito concorrenziale.

¹ Come nota Capra si è giunti ad una ormai pacifica equiparazione tra dipendenti in senso stretto e parasubordinati, quali ad esempio gli agenti di commercio. (Vedi D. Capra, *Due pronunce in tema di storno di dipendenti*, nota a App. Cagliari, 12 gennaio 2000, e Trib. Monza-Desio, 24 gennaio 2000 in *Dir. ind.* 2001). Anche nella sentenza in esame si può notare una completa assimilazione delle due figure professionali che non vengono mai poste dal giudice su un piano differenziato.

All'interno del sistema della responsabilità aquiliana la concorrenza sleale (2598 c.c.) rappresenta un'ipotesi di illecito tipizzato dal legislatore che assume carattere di specialità rispetto alla norma generale di cui al 2043², come emerge dalla lettura dell'art.2600, norma che fa seguire all'accertamento della condotta anticoncorrenziale l'obbligo a capo dell'imprenditore "sleale" di risarcire il danno.

Come qualsiasi *species* di un determinato *genus*, l'illecito concorrenziale presenta caratteri comuni all'illecito generale mentre se ne differenzia per altri, rendendo l'indagine sulla responsabilità particolarmente complessa e interessante.

L'*an* del risarcimento nell'illecito concorrenziale *sub specie* storno risulta coincidere con la difficile identificazione nella condotta di elementi sulla base dei quali la traslazione di dipendenti tra imprese concorrenti possa dirsi illecita, dunque analizzare gli elementi costitutivi dell'illecito di storno significa in ultima istanza verificare quando un obbligo risarcitorio sorge in capo all'imprenditore che ha acquisito personale proveniente dall'impresa concorrente.

Come emerge dalla rassegna, gli elementi dell'illecito di storno non sono pacificamente condivisi in giurisprudenza e in dottrina, risulta quindi opportuno anzitutto contestualizzare la fattispecie in questione nel contesto normativo di riferimento e in seguito all'interno del dibattito dottrinale per rilevare infine alcuni profili critici della sentenza del Tribunale milanese.

2. Il 2598 c.c. e i principi costituzionali

Come già anticipato, lo storno di dipendenti, ossia la sottrazione di collaboratori all'impresa concorrente con il fine di inserirli nella propria³, è una tipica condotta concorrenziale, ricondotta ove ritenuta illecita alle fattispecie di concorrenza sleale vietate ai sensi dell'art.2598 c. c.

Tra le figure sanzionate dal suddetto articolo lo storno è di certo una tra le più problematiche, in considerazione da un lato della sua natura meramente giurisprudenziale, dall'altro della sua necessaria interferenza con la tutela costituzionale del lavoro e dell'iniziativa economica.

Quanto al primo punto è necessario osservare che il 2598 non prende direttamente in considerazione l'ipotesi in analisi che viene invece tradizionalmente ascritta agli illeciti concorrenziali non tipizzati previsti al sub 3) secondo cui «compie atti di concorrenza sleale chi: [...] si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda»⁴.

² E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, 384, di quest'idea è anche la Suprema (vedi sentenza Cass. civ. Sez. I, 09-06-1998, n. 5671 in, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1252). Peraltro si perviene alla medesima conclusione se si ragiona sul fatto che l'illecito concorrenziale nella vigenza del codice postunitario era sanzionato come illecito civile, non essendovi disposizioni specifiche nel Codice del Commercio del 1882.

³ V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, in *Contratto impr.*, I, 1990, 167.

⁴ L'idoneità a danneggiare è una prima fondamentale differenza tra l'illecito civile e l'illecito concorrenziale: gli atti anticoncorrenziali sono sanzionati in presenza di un danno anche solo potenziale, manca dunque il requisito dell'attualità del danno. La *ratio* dell'anticipazione della soglia di illiceità è spiegabile in base alla necessità di assicurare il perseguimento dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato. Questo ha notevoli conseguenze principalmente in tema di tentativo di illecito concorrenziale, in tema di storno molto si è discusso sulla configurabilità di tale illecito nei casi in cui l'iniziativa imprenditoriale si riveli infruttuosa. Di recente la giurisprudenza sembra ammettere

È chiaro che la “correttezza professionale” è una clausola generale⁵ di contenuto non ben definito ed è proprio questo suo carattere che ha permesso alla giurisprudenza di ampliare la tutela contro gli atti anticoncorrenziali rispetto alle ipotesi tipiche previste al sub 1) e 2) e di contribuire in maniera non secondaria alla progressiva formazione di regole in materia di concorrenza.

Naturalmente il recepimento dei valori della correttezza professionale risulta filtrato in maniera non indifferente dalle norme che la Carta Fondamentale prevede in materia ed è dunque in questa chiave che deve essere letta la figura dell’illecito storno, la cui compatibilità con un sistema di economia di mercato è subordinata ad un attento bilanciamento degli interessi in gioco.

I valori fondamentali che emergono sono i principi della libertà del lavoro e della libertà di impresa. Anzitutto l’art.35 Cost. pone il lavoratore nella posizione di scegliere liberamente il proprio datore di lavoro, dunque di cambiare occupazione sulla base delle proprie preferenze e financo a trasferirsi presso l’impresa concorrente qualora egli ritenga di poter trarne dei benefici (come ad esempio un migliore trattamento economico, migliori prospettive di carriera).

Inoltre, quanto alla disciplina codicistica in materia di lavoro risulta utile mettere in luce come l’art.2105, stabilendo l’obbligo di non concorrenza per la durata del rapporto lavorativo, lasci intendere implicitamente che il lavoratore una volta libero dal vincolo contrattuale possa legittimamente “passare all’impresa concorrente, non essendogli preclusa l’iniziativa di dare egli stesso vita ad un’attività in concorrenza con l’ex-datore⁶”.

Ovviamente inoltre assume rilevanza l’art.41 Cost. che, tutelando l’iniziativa economica, rende legittimo l’interesse dell’imprenditore al reclutamento dei migliori collaboratori che egli sia in grado di trovare sul mercato.

La stessa iniziativa economica, però, per quanto possa assicurare all’imprenditore un’ampia libertà di azione, non è tuttavia illimitata, trovando come limiti fondamentali l’utilità pubblica e le attività che possano recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Dunque vi è in primo luogo un interesse generale a che il gioco competitivo si svolga lealmente e correttamente e che quindi la transizione di dipendenti avvenga sulla base di pratiche corrette, in secondo luogo la necessità di tutelare la libertà di iniziativa economica uguale e contraria dell’impresa “stornata” che si estrinseca nell’interesse a mantenere, per quanto possibile, la propria organizzazione integra e funzionante.

Alla luce di queste considerazioni risulta quindi chiaro il delicato bilanciamento tra interessi giuridicamente rilevanti che è sotteso alla norma del 2598, bilanciamento che rende impossibile l’identificazione di una linea di demarcazione netta e aprioristica tra condotte di storno lecite e condotte di storno illecite e che aiuta a comprendere perché

pacificamente che il successo dell’operazione non sia condizione essenziale ai fini dell’integrazione della fattispecie in questione, d’altra parte però i giudici restano divisi quanto ai criteri che permettono la qualificazione della condotta come illecita, riflettendo «quella duplicità di pensiero che caratterizza la giurisprudenza in tema di storno» (E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, cit, 401).

⁵ Detta clausola risulta essere, come nota Ghidini, il recepimento nella normativa nazionale dell’art.10 bis della Convenzione di Unione di Parigi introdotta nella conferenza di revisione dell’Aja del 1925 che faceva riferimento agli «usi onesti in materia industriale e commerciale».

⁶ G. Tassoni, *Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà del lavoro*, nota a Cass., 25 luglio 1996, n. 671 e Trib. Milano, 21 dicembre 1995, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 86.

dottrina e giurisprudenza non sono unanimi nel suggerire gli elementi costitutivi di questa fattispecie.

3. Teorie contrapposte e profili critici

Al quadro delineato si aggiunge un'ulteriore complicazione che è stata principale terreno di scontro tra i sostenitori delle opposte teorie in tema di storno, ossia la precisazione contenuta all'art. 2600 c.c. che, come già detto, prevede il risarcimento del danno per le condotte di concorrenza sleale.

Il 2600 c.c. subordina la responsabilità risarcitoria dell'imprenditore alla presenza di dolo o colpa ma precisa che una volta accertata la condotta anticoncorrenziale la colpa si presume, allontanandosi così dal modello generale di responsabilità civile di cui al 2043 c.c.

È proprio su un'interpretazione rigorosa di tale norma che si muove la teoria "oggettiva", prima a svilupparsi in ordine di tempo, che, negando la rilevanza dell'elemento soggettivo nella valutazione dell'illiceità, sostiene che lo storno sia illecito solamente qualora sia attuato con modalità di per sé scorrette, ossia sia posto in essere con «mezzi subdoli, sleali, menzogneri o per altro verso scorretti»⁷, quali possono essere lo specifico intento di carpire segreti industriali o professionali per mezzo del lavoratore stornato o di sviare attraverso il trasferimento del lavoratore la clientela del concorrente, la denigrazione del concorrente ad esempio diffondendo notizie allarmistiche sulla sua situazione economica⁸, o ancora l'induzione all'inadempimento qualora il rapporto di lavoro venga interrotto in violazione degli obblighi contrattuali⁹.

Di opinione contraria è invece la cd. teoria "soggettiva" (o finalistica o teleologica) secondo la quale primaria attenzione deve essere data all'intenzione dell'imprenditore, così la condotta è ritenuta illecita qualora emerga non solo la consapevolezza del danno che tale operazione possa arrecare al *competitor* ma anche il cd. *animus nocendi*, ossia la precisa intenzione di provocare tale danno. Dunque l'illiceità della condotta concorrenziale è subordinata ad una sorta di "dolo specifico"¹⁰, oltre ai casi in cui la scorrettezza emerga già dai mezzi utilizzati per porre in essere lo storno, si sanzionano

⁷ Trib. Milano, 20 novembre 1969, in *Foro it.* 1970, I, 1510.

⁸ E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, cit., 388.

⁹ In quest'ultimo caso la tematica dello storno incrocia direttamente la categoria civilistica della lesione del diritto di credito da parte del terzo. Nell'ipotesi del cd. "storno contrattuale" ossia quello nel quale al lavoratore sia attribuibile un inadempimento nelle modalità di cessazione del rapporto di lavoro (cessazione anticipata del contratto di lavoro a termine, senza preavviso in quello a tempo indeterminato o ove vi sia un patto di non concorrenza ex art. 2125) è infatti configurabile l'ipotesi di concorso nell'altrui inadempimento. (Vedi M. Bellia, *Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2013). In ottica comparatistica è interessante rilevare che in molti sistemi come in quello tedesco e in quello inglese la figura dello storno è diretta conseguenza dell'illecito civilistico che sanziona l'induzione all'inadempimento o l'interferenza nell'altrui inadempimento (il cd. illecito di tortious interference with contractual relations nei sistemi di common law). V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, cit., 184.

Anche in Italia, pur in assenza di una elaborazione vera e propria di tale categoria, si è parlato di storno come di "archetipo della responsabilità del terzo che interferisce nel contratto". (in B.G. Tedeschi, *L'interferenza del terzo nelle altrui relazioni contrattuali. Un'indagine comparatistica.*, Milano, Utet, 2008, 339).

¹⁰ G. Dalle Vedove, *Storno di dipendenti e possibili rimedi*, in *Riv. dir. ind.* 4-5, 2005, 249.

anche tutte quelle attività che risultano finalizzate alla “disorganizzazione e disaggregazione dell'altrui azienda”¹¹.

Entrambe le teorie si sono rivelate nel tempo problematiche, da un lato la teoria “oggettiva”, legandosi ad elementi ulteriori rispetto alla condotta di storno, ha una tendenza a restringere eccessivamente l'ambito di illiceità di questa figura (fino a negare *in toto* la sua illiceità), dall'altro lato la teoria “finalistica” tende al contrario ad ampliare, a discapito della libertà economica, la tutela concessa all'imprenditore “stornato” ed, essendo legata ad un parametro soggettivo difficilmente rilevabile con certezza, non permette valutazioni neutrali e non arbitrarie.

La Suprema Corte ha affrontato la questione con la sentenza 125/74, “madre” della teoria “intermedia”, così chiamata proprio per via del tentativo di conciliare le due contrapposte teorie e superarne le problematiche e le critiche. Da un lato ha negato valore primario all'elemento soggettivo («dolo o colpa non sono elementi costitutivi della fattispecie legale di cui all'art. 2598, n. 3, precisato che connotato rilevante e qualificante dei comportamenti considerati dall'art. 2598, n. 3 come atti di concorrenza sleale è unicamente la loro difformità dai principi della correttezza professionale¹²») sostenendo la necessità di un'analisi prettamente oggettiva, dall'altro lato ha sostenuto che l'animus nocendi possa costituire «il punto di emersione di una obiettiva difformità dell'atto dai principii di correttezza professionale»¹³.

Come si legge nelle ultime righe della sentenza, l'animus non è da considerarsi elemento essenziale ed autonomo della fattispecie “l'elemento soggettivo non essendo suscettibile di colorare di illiceità, un atto che oggettivamente non sia ingiusto”¹⁴.

Infine ha cercato di superare la difficoltà probatoria attraverso l'affermazione che l'intento (animus) non necessita di prova diretta e può essere ricostruito sulla base di presunzioni.

Se *prima facie* la costruzione sembra reggere, ad un'attenta analisi tale soluzione sembra porre più problemi di quanto non ve ne fossero in precedenza e questo non sfuggì ai molteplici autori che non vedevano il senso di affermare che un'indagine di carattere oggettivo dovesse basarsi sull'elemento soggettivo che a sua volta si basava su elementi oggettivi.

La tesi fu subito definita come «espediente abile ma verbalistico»¹⁵ nonché in seguito «autentica acrobazia argomentativa, che sembra rappresentare una vera sfida alla logica»¹⁶.

Mentre l'autonomia dell'animus viene teoricamente negata, in pratica questo continua a caratterizzare la valutazione dell'atto in quanto le modalità della condotta rilevano in

¹¹ V. rassegna supra.

¹² Cass.civ., 17 gennaio 1974, n. 125, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, 15

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ L'espressione è ripresa da Trib. Milano, 20 novembre 1969, in *Foro it.*, 1970, I, 1510, con la quale però si era sostenuta la teoria oggettiva. Come nota Pardolesi a sua volta la frase risulta essere tratta dall'espressione inglese utilizzata nel “tort of interference with contractual relations” secondo cui «malicious motives make a bad case worse, but they cannot make that wrong which in its own essence is lawful» vedi R. Pardolesi, nota a Cass. civ., 6 maggio 1980, n. 2996, in *Foro it.*, 1980, I, 1887.

¹⁵ R. Pardolesi, supra.

¹⁶ V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, cit., 177, per un'interessante spiegazione in chiave “algebrica” del contrasto logico ravvisabile nella tesi della Suprema si veda la nota 33 p.178.

chiave indiziaria ed operano come presunzioni o *perspicua indicia*¹⁷ dell'animus che rimaneva in pratica il tema centrale. È proprio sulla base di queste considerazioni che si è notato come in realtà la teoria finalistica e quella intermedia tendano in sostanza a coincidere.¹⁸

Indipendentemente dai rilievi critici, che verranno approfonditi in seguito, va notato che la teoria "intermedia" fu accolta, anche se con alcune importanti eccezioni, dalla giurisprudenza prevalente che continuò ad utilizzare l'animus nocendi per vagliare le condotte di storno e allo stesso tempo contribuì alla formazione progressiva di una serie di indici oggettivi sulla base dei quali desumere l'intenzionalità. Tra questi è utile ricordare il numero dei dipendenti stornati, la loro qualificazione, la brevità del lasso di tempo, la denigrazione del datore di lavoro, riassunti talora nella formula secondo la quale si ha l'animus nocendi qualora il «reclutamento venga attuato con modalità abnormi (per numero o per contenuto) sì da superare i limiti della tollerabilità [...]»¹⁹.

Analizzando le sentenze più recenti emerge che se da un lato la fissazione di indici ha portato ad un'oggettivazione della valutazione²⁰ (nel senso che l'intenzione viene ad essere misurata sulla base di parametri sicuramente più certi rispetto ad un'indagine meramente psicologica), dall'altro lato è chiaro che ormai l'animus abbia assunto valore di elemento essenziale ed autonomo della fattispecie²¹, dimenticando l'insegnamento della Corte nella sentenza di apertura della teoria (o forse provandone la contraddittorietà intrinseca).

La presenza di indici neutri inoltre (come ad esempio il numero di lavoratori stornati) contribuisce ad avvalorare la tesi che vede l'animus come una *fictio* giuridica che consente di attribuire la qualifica di illiceità ad atti che altrimenti sarebbero leciti²² che agisca cioè proprio colorando d'illiceità l'atto giusto.

4. L'ingiustizia nell'illecito concorrenziale

D'altra parte, far coincidere la scorrettezza con l'intenzione lesiva ha un rischio insito che non sempre sembra essere opportunamente valorizzato: dimenticare il requisito dell'ingiustizia del danno (attuale o potenziale).

Se si ammette che la disciplina anticoncorrenziale sia una applicazione specifica del principio del *neminem laedere*, che l'illecito concorrenziale sia un'ipotesi speciale di illecito, ne deriva che la valutazione della condotta debba essere vagliata, prima ancora che alla stregua dell'elemento soggettivo, alla stregua dell'ingiustizia.²³

È chiaro che la sottrazione di un dipendente al concorrente può provocare a quest'ultima un danno ma non è detto che questo sia sempre ingiusto e il riferimento all'intenzione di arrecare danno sembra saltare quest'ultimo passaggio, o meglio, sembra far derivare la

¹⁷ Così in Cass. civ. sez I, 6 maggio 1980, n. 2996, cit., 1887.

¹⁸ M. Bellia, *Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, cit., 263.

¹⁹ Cass. civ., sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, *Giur. it.*, I, 1, 450 ss.

²⁰ M. Bellia *Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, cit., 265

²¹ Così in E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, cit, 386, che a sua volta riprende G. Alpa, *I principi generali*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1993, 398.

²² Montaruli, *Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)*, nota a Cass. civ. in *Foro. it.*, 1997, 232.

²³ E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, cit, 386.

slealtà della condotta dal solo fatto che essa si sia rivelata (o avrebbe potuto potenzialmente rilevarsi) pregiudizievole.

In realtà, proprio per il delicato bilanciamento tra valori costituzionali che è sotteso alle ipotesi di storno, la categoria dell'ingiustizia si rivela essere essenziale per dichiararne l'illiceità.

Se si considera che il ruolo dell'ingiustizia è proprio quello di risolvere il conflitto di interessi tra danneggiato e danneggiante alla luce degli equilibri del sistema, se ne deriva che l'attenzione debba essere focalizzata non solo sulla condotta lesiva ma anche sulla giustificazione che questa potrebbe avere e sulla effettiva lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Nell'illecito concorrenziale il conflitto di interessi risulta essere particolarmente complesso, essendovi non solo due posizioni contrastanti ma anche un forte interesse generale (al buon funzionamento del mercato) in più, ovviamente, a questo difficile contemperamento deve essere aggiunto l'interesse del lavoratore.

In particolar modo, non deve essere dimenticato che anche il mercato del lavoro è regolato dal principio della libera concorrenza, dunque all'interesse dell'impresa a mantenere il proprio organico intatto deve essere contrapposto quello dell'impresa concorrente ad ottenere le migliori prestazioni lavorative attraverso l'offerta di migliori condizioni contrattuali.

Inoltre, se da un lato si ha che "il rischio di perdere un collaboratore, anche prezioso, allettato da migliori condizioni presenti sul mercato, fa parte dei rischi tipici del mercato"²⁴, dall'altro deve essere tenuta in considerazione la posizione dello stesso lavoratore, che spesso non è adeguatamente valorizzata ai fini del bilanciamento.

Una tutela della libertà del lavoratore ispirata ai principi costituzionali implica una valorizzazione della capacità di scelta tra i diversi imprenditori, in modo che gli stessi lavoratori possano trarre il massimo beneficio dalla concorrenza tra questi, rafforzando il proprio potere contrattuale.²⁵

Solamente in questo modo, mettendo "sul piatto della bilancia" anche l'interesse del lavoratore, si può superare una visione arretrata che vede il dipendente come «strumento inerte, nell'ambito di una manovra che riguarda solo i suoi datori di lavoro e che solo secondo il loro punto di vista viene pertanto giudicata»²⁶ »

Alla luce di queste considerazioni risulta chiaro che l'indagine sull'ingiustizia del danno debba essere indirizzata ad una indagine sulle modalità con le quali lo storno è stato posto in essere piuttosto che sull'intenzione del soggetto agente.

E questo soprattutto in quanto in un sistema concorrenziale le condotte imprenditoriali sono naturalmente volte ad acquisire gli spazi commerciali dei *competitors* ; la ricerca del vantaggio sul mercato non si arresta di fronte alla possibilità di arrecare danno al concorrente ma anzi risulta proprio finalizzata a questo risultato (nonché a quello

²⁴ V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, cit., 167.

²⁵ Così in M. Bellia, *Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, cit., 262. In particolar modo l'Autore riprende il pensiero di Ichino che sottolinea come sia necessario rafforzare la capacità di scelta del lavoratore del proprio datore, rovesciando la regola di Marshall-Hicks si ha che «maggiore è la sostituibilità dell'imprenditore, maggiore è il potere contrattuale dei lavoratori». (Ichino, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 3).

²⁶ V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, cit., 206.

eventuale della eliminazione del concorrente dal mercato), dunque risulta difficile immaginare l'assenza di intenzione e di consapevolezza della dannosità.²⁷

5. Profili di analisi economica del diritto

Ad una simile conclusione si perviene se si analizza la fattispecie di storno con strumenti di analisi economica del diritto e si tengono in considerazione i risultati di una cost-benefit analysis.

In generale sembra scontato che l'impresa che acquisisce dipendenti dei concorrenti con mezzi leciti crei utilità sociale²⁸ e appare altrettanto ovvio che l'intervento sanzionatorio debba aversi solamente qualora esso appaia finalizzato ad una massimizzazione della stessa utilità generale, qualora si rilevi funzionale al perseguimento dell'interesse generale al buon (e si potrebbe dire leale) funzionamento del mercato, che si concretizza in un interesse al rispetto delle regole del gioco della concorrenza.

D'altra parte, è necessario sottolineare come nelle economie più moderne le imprese tendano a standardizzare il lavoro per aumentare la sostituibilità dei lavoratori e dunque minimizzare le perdite in caso di allontanamento del lavoratore²⁹ e come, ove la standardizzazione non sia possibile, vi siano strumenti predisposti dall'ordinamento che permettono alle imprese di affrontare il rischio derivante dalla conflittualità nel mercato del lavoro, come ad esempio il patto di non concorrenza.³⁰

È legittimo dunque supporre che l'imprenditore che non abbia apprestato idonei meccanismi abbia valutato il costo derivante dalla perdita del dipendente come inferiore a quello derivante dalla applicazione di strumenti giuridici atti ad arginare od indennizzare tale perdita.³¹

6. Giurisprudenza recente e profili critici della sentenza

Di recente la giurisprudenza, in primo luogo quella di legittimità, sembra aver recepito, e consolidato, almeno in parte, le considerazioni appena fatte, restringendo l'ambito di illiceità dello storno e considerando le modalità della condotta.

In particolar modo sembra opportuno riportare alcuni passi di una sentenza abbastanza recente a riprova della evoluzione dell'istituto dello storno, che risulta particolarmente significativa se posta a confronto con le affermazioni risalenti alle prime pronunce in tema.

Nella sentenza 5671/98 troviamo infatti alcune affermazioni importanti quali ad esempio:

“la questione del cosiddetto storno dei dipendenti richiede che si precisi la distinzione tra l'atto di concorrenza inevitabilmente produttivo di diminuzione per il concorrente, ma non per questo illecito, ed atto di concorrenza vietato. L'imprenditore in fatti porta nel mercato capitalistico la propria pretesa di autoaffermazione, la quale è naturalmente competitiva con quella di altri imprenditori del medesimo settore, perciò stesso sui concorrenti. Essa implica l'obiettivo di appropriarsi, con esclusione dei predetti

²⁷ Trib. Monza, sez. dist. Desio, 24 gennaio 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 44, con nota di CAPRA, in *Dir. ind.*, 2000, 8, 3, con nota di BELLOMUNNO e in *Lavoro nella giur.* 2000, 343 con nota di LESCE; Trib. Milano, 21 dicembre 1995, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 86.

²⁸ E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, cit., 393.

²⁹ R. Pardolesi, nota a Cass. civ., 6 maggio 1980, n. 2996, cit., 1889.

³⁰ V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, cit., 208.

³¹ *Ibidem*.

concorrenti, di spazi precisi di quel settore di mercato, e dunque di arrecare in questo senso, un danno, ovvero la diminuzione che deriva al concorrente battuto nella competizione. Pertanto quando la legge richiede quale elemento costituente la fattispecie di cui al n. 3, dell'art. 2598 cc, l'idoneità ad arrecare danno alla altrui azienda, intende che il fatto illecito dev'essere in quanto tale idoneo a togliere ad un concorrente uno spazio di mercato. Se tale idoneità manca se è fuori della accezione di concorrenza e dunque a maggior ragione da quella di concorrenza sleale. La non conformità ai principi della correttezza, quindi, non può essere ravvisata nella constatazione della idoneità tout court a danneggiare, bensì nella particolare ingiustizia di una siffatta ipotesi dannosa, risalente allo schema dell'illecito extracontrattuale".³²

Però, la Corte non rinuncia al riferimento all'*animus*, che emerge in questa sentenza come avente la funzione di restringere l'ambito dell' illiceità. Il problema non si porrebbe se l'*animus* non fosse interpretato talvolta in termini esattamente contrari, ossia per ampliare la illiceità.

Nelle sentenze più recenti si nota infatti una tendenza contrastante. In alcune decisioni si continua a dare priorità al solo elemento soggettivo considerando talvolta l'*animus* nocendi come un semplice intento di nuocere che connota *ipso facto* la scorrettezza³³, in altre si recepisce correttamente il messaggio della sentenza sopracitata e si procede ad un'analisi oggettiva delle modalità della condotta che vengono vagliate, nonostante le affermazioni di principio, più che attraverso l'intenzione attraverso i canoni della correttezza.

Fortunatamente la sentenza in esame si colloca in quest'ultima categoria, a seguito di una iniziale premessa sulla volontà e il richiamo alle sentenze sull'*animus* nocendi, le condotte vengono analizzate nelle loro modalità e nella loro idoneità ad alterare la correttezza della competizione concorrenziale.

Ciò che è sindacabile non è dunque il risultato del ragionamento del Tribunale ma il richiamo, che poi si rivela essere inutile all'intenzione. La sentenza in esame sembra infatti essere prova di come recentemente l'*animus* sia una premessa in ossequio alla tradizione, un'affermazione di principio ininfluenza sulla decisione del singolo caso, confermando la tesi di chi osservava che «sostenere la necessità dell'*animus* nocendi per poi affermarne la sussistenza anche quando le modalità che contraddistinguono lo storno non siano di per sé scorrette, significa svincolare il giudizio da qualsiasi indagine sull'elemento soggettivo che abbia contraddistinto lo storno e, quindi, svuotarlo di qualsivoglia contenuto e dunque, in definitiva, negare qualsiasi rilievo a quell'*animus* nocendi di cui si continua a sostenere la necessità.»³⁴

7. Considerazioni conclusive

Dall'analisi dell'evoluzione degli elementi costitutivi dello storno emerge una chiara evoluzione dell'illecito in questione che è andata di pari passo con la coscienza sociale, proprio come naturale in presenza di una clausola generale come quella del 2598.

Un'analisi approfondita delle due teorie che nel tempo si sono contrapposte porta a notare come in realtà gli effetti pratici dell'una o dell'altra, se applicate correttamente,

³² Cass.civ., sez. I, 9 giugno 1998, n. 5671, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1252.

³³ M. Bellia, *Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, cit., 266.

³⁴ E. Lucchini, *Storno di dipendenti e principio del neminem laedere*, cit., 388.

tendano a coincidere, ridimensionando il gap ingenerato dalle affermazioni di principio.³⁵

In ogni caso, però, occorre sottolineare la difficoltà insita nel valutare l'intenzione del soggetto agente in un ambito come quello concorrenziale in cui la ricerca del vantaggio si traduce necessariamente in un danno ed in cui la distinzione tra il fine di avvantaggiare sé stessi e danneggiare l'altro è molto labile.

In ultima istanza, la difficoltà nella configurazione di un elemento soggettivo autonomo nello storno di dipendenti risulta essere dettata dalla stessa natura del dolo sul piano probatorio: non essendo questo dimostrabile se non attraverso elementi oggettivi, nella pratica l'indagine non può che tradursi in un'analisi delle modalità della condotta.

Tutt'al più ci si potrebbe chiedere se non sia possibile desumere un *quid pluris* proprio con riferimento alle modalità attraverso le quali lo storno prende forma richiedendo ad esempio che queste debbano rivelare una sorta di sistematicità che non si esaurisce in alcun modo nell'intenzione intesa come elemento soggettivo. Quest'ultima soluzione è alla base della risalente ma tuttora rilevante costruzione giurisprudenziale tedesca dello storno di dipendenti che è basata sul concetto appunto di *Planmäßigkeit*³⁶ che sembra essere implicitamente richiamata nella più recenti sentenze di legittimità.

Dall'altra parte però quest'ultima tendenza non appare essere univoca né per i giudici di legittimità né tantomeno per quelli di merito ed è proprio per questo che la costruzione dell'*animus nocendi* si rivela oggi giorno o mera formula di stile o fonte di confusione tra il profilo del danno e quello della correttezza e continua ad alimentare una giurisprudenza imprevedibile e fondata su impressioni e suscettibilità³⁷.

³⁵ Come nota Meli, da un'analisi delle sentenze in materia di storno emerge che talvolta i principi di diritto dei differenti indirizzi sono sì pronunciati ma non sembrano rilevare nella soluzione delle controversie concrete, divenendo meri *obiter dicta* (vedi V. Meli, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale: un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza personale*, cit., 169).

³⁶ V. Meli, *op.cit.*, 197

³⁷ V. Meli, *op.cit.*, 204

LE DUE ANIME DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI INSEGNANTI

di **Mariasole Maschio**

IL CASO

La minore M.M. riporta delle lesioni a seguito di una caduta nel cortile della scuola elementare da lei frequentata. I genitori, in qualità di suoi legali rappresentanti, agiscono per chiedere il risarcimento dei danni. Il Tribunale di Ascoli Piceno, tuttavia, rigetta la domanda. I genitori della bambina e la stessa M.M., nel frattempo divenuta maggiorenne, impugnano la sentenza presso la Corte di appello di Ancona, lamentando il vizio di legge ex art.360, n.3 c.p.c. In particolare, i ricorrenti sostengono la violazione dell'art.1248 c.c., concernente la inopponibilità della compensazione al cessionario da parte del debitore ceduto, e dell'art.2048, concernente la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte.

La Corte di Cassazione, sez. III, attraverso un'analisi asciutta e stringata del caso, afferma che l'art.1248 c.c. non è rilevante per tale giudizio e che l'art.2048 c.c. trova applicazione nel caso di danno cagionato dalla persona sottoposta alla sorveglianza del maestro cui è affidata e non nel caso di autolesione.

La Corte, poi, prosegue chiarendo che l'art.2048 c.c. presuppone l'accertamento del nesso di causalità tra il danno lamentato e la condotta del soggetto responsabile. Confermando la sentenza di appello impugnata, dunque, la Cassazione rigetta il ricorso. Infatti, benché il danneggiato-attore non sia gravato dall'onere di provare la colpa del danneggiante, è comunque necessario che dia la prova della sussistenza del nesso causale. Nel caso di specie l'infortunio occorso alla minore si è verificato per cause non acclamate, impedendo di costituire una solida prova circa la sussistenza del nesso causale così come richiesto dalla norma. Si afferma, inoltre, che la scuola ha dato prova di aver tenuto una condotta diligente e di non aver potuto impedire il fatto, che è avvenuto in presenza delle insegnanti incaricate alla sorveglianza degli alunni. Non si è ritenuto possibile appurare un eventuale difetto degli obblighi di sorveglianza attraverso elementi ulteriori. I ricorrenti lamentano, poi, che la decisione della Corte di Appello, per determinare l'assenza di colpa della scuola, si sia basata sulla dichiarazione rilasciata dalla stessa minore, che avrebbe appunto "confessato" l'assenza di colpa della scuola. La Cassazione chiarisce che la decisione di rigetto della Corte di appello si era basata sull'assenza della prova del nesso di causalità e su alcune deposizioni testimoniali di insegnanti e collaboratori scolastici presenti al fatto e non sulla sola dichiarazione della minore.

È chiaro comunque che la valutazione degli elementi di merito non può essere sindacata in sede di legittimità, essendo la Corte di Cassazione competente per le sole questioni di diritto.

Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 20 febbraio 2015, n. 3365; Presidente Segreto – Relatore Rossetti.

Svolgimento del processo

1. Il 10.5.1996 la minore M. M. cadde nel cortile della scuola elementare di Pagliare del Tronto, da lei frequentata, riportando lesioni. I genitori della minore (M. M. e A. D.P.), dichiarando di agire sia in proprio che quali rappresentanti della figlia ex art. 320 c.c., convennero dinanzi al Tribunale di Ascoli Piceno il Ministero dell'Istruzione, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni.
2. Il Tribunale di Ascoli Piceno con sentenza n. 63 del 2003 rigettò la domanda.
4. La sentenza, impugnata dai soccombenti, venne confermata dalla Corte d'appello di Ancona, con sentenza 1°.6.2011 n. 144, sul presupposto che non vi fosse prova della causa della caduta.
5. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da M. M., A. D.P. e M. M., nel frattempo divenuta maggiorenne, sulla base di tre motivi. Il Ministero dell'istruzione non si è difeso in questa sede.

Motivi della decisione

1. Il primo ed il secondo motivo di ricorso.
 - 1.1. I primi due motivi di ricorso possono essere esaminati congiuntamente, perché sollevano questioni affini.

Con essi i ricorrenti lamentano che la sentenza impugnata sarebbe affetta dal vizio di violazione di legge di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c.. Si assumono violati gli artt. 1248 e 2048 c.c..

Espongono i ricorrenti, al riguardo, che essendo avvenuto il fatto all'interno dell'immobile scolastico, la colpa del ministero si doveva presumere ai sensi dell'art. 2048 c.c., e la scuola poteva vincere tale presunzione soltanto dimostrando di avere esercitato una diligente sorveglianza.
 - 1.2. Nella parte in cui lamenta la violazione dell'art. 1248 c.c. il motivo è inammissibile, trattandosi di norma (disciplinante l'inopponibilità della compensazione) che non viene in rilievo nel presente giudizio.
 - 1.3. Nella parte in cui lamenta la violazione dell'art. 2048 c.c. il ricorso è infondato. L'art. 2048 c.c. trova applicazione quando il danno di cui si chiede il risarcimento sia stato causato da persona affidata al maestro di cui si invoca la responsabilità. L'applicazione di tale norma, presuppone, dunque, che sia accertata l'esistenza d'un valido nesso causale tra la condotta dell'allievo ed il danno, ivi compreso quello arrecato agli altri allievi.
- Nel caso di specie, tuttavia, la Corte d'appello ha rigettato la domanda non perché abbia ritenuto onere dei danneggiati provare la colpa della scuola (solo in questo caso vi sarebbe stato errore di diritto), ma per due ragioni: (a) sia perché ha ritenuto l'infortunio dovuto a cause rimaste oscure, e dunque per difetto di prova d'un valido nesso causale tra la condotta della scuola ed il danno (pag. 8, 3° capoverso della sentenza impugnata); (b) sia perché, in ogni caso, la scuola aveva provato di avere tenuto una condotta diligente e di non aver potuto impedire il fatto (pag. 9, 2° capoverso: "le insegnanti erano presenti al fatto, e (...) non vi sono elementi (...) dai quali potersi desumere il difetto (...) degli obblighi di sorveglianza").
- Ne consegue che la denuncia di violazione dell'art. 2048 c.c. è infondata: sia perché tale norma solleva il danneggiato dall'onere di provare la colpa del maestro o precettore, ma non da quello di provare la causa del danno; sia perché nel caso di specie, con

motivazione ad abundantiam, la Corte d'appello ha comunque ritenuto vinta, da parte del Ministero, tale presunzione, stabilendo - con statuizione non censurata - che al momento del fatto erano presenti una bidella e vari insegnanti (p. 9 e 10, 3° capoverso), e che dunque non vi fu un deficit di vigilanza degli alunni. Stabilire, poi, se tali accertamenti siano anche corretti nel merito è questione insindacabile in sede di legittimità.

2. Il terzo motivo di ricorso.

2.1. Col terzo motivo di ricorso i ricorrenti sostengono che la sentenza impugnata sarebbe incorsa in un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.. Espongono, al riguardo, che la Corte d'appello avrebbe motivato la propria decisione di rigetto della domanda sul presupposto che la minore M. M. avrebbe confessato al consulente tecnico d'ufficio, durante la visita medico legale, l'assenza di colpa della scuola: ma tale decisione sarebbe errata, non avendo un minore la capacità di rendere una confessione.

2.2. Il motivo è inammissibile per difetto di rilevanza.

La Corte d'appello, infatti, non ha rigettato la domanda per il solo fatto che la minore avrebbe "confessato" ex art. 2732 c.c. l'assenza di colpa della scuola, ma per altre e varie ragioni (l'assenza di prova del nesso di causa tra l'attività scolastica e il danno e le deposizioni testimoniali). Solo ad abundantiam, nella motivazione, si fa riferimento alla presunta "confessione" della minore: un riferimento, dunque, che quand'anche fosse espunto dal contesto della sentenza non la renderebbe per ciò solo immotivata.

3. Le spese.

Non è luogo a provvedere sulle spese, non avendo il Ministero intimato notificato controricorso, né partecipato all'udienza pubblica.

P.Q.M.

La Corte di cassazione: rigetta il ricorso.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III, sentenza 20 febbraio 2015, n. 3365; Pres. SEGRETO, Rel. ROSSETTI; D.P.A., M.M., M.M. (Avv. BAGALINI) c. MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA (Avv. STATO). *Conferma App. Ancona 17 febbraio 2011.*

Responsabilità civile – Scuola pubblica – Responsabilità di maestri e precettori – Autolesione del minore – Responsabilità extracontrattuale – Prova del nesso di causa fra condotta della scuola e danno – Non sussiste (cod. civ. art. 2048)

Responsabilità civile – Scuola pubblica – Responsabilità di maestri e precettori – Autolesione del minore – Responsabilità extracontrattuale – Prova di non aver potuto evitare il fatto – Sussiste – Fattispecie (cod. civ. art. 2048)

Nell'applicare l'art. 2048.2 c.c. all'ipotesi del danno da autolesione di un alunno di una scuola pubblica il danneggiato è tenuto a provare l'esistenza di un nesso di causa fra la condotta della scuola e l'insorgenza del danno (1)

La prova di non aver potuto evitare il fatto che la scuola pubblica deve fornire per esonerarsi da responsabilità in base all'art. 2048.2 c.c. in caso di danno da autolesione dell'alunno può consistere nella circostanza che le insegnanti erano presenti in classe quando la lesione si verificava. (2)

(1) Constano a riguardo numerosi precedenti, molti dei quali non in termini. Nel senso che l'art.2048.2 c.c. si applichi nel caso in cui lo studente sottoposto alla vigilanza dell'insegnante compia un fatto ai danni di un terzo e non anche nel caso di autolesione si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 27 giugno 2002, n. 9346 (Cass. sez. unite, 27 giugno 2002, n. 9346, in Foro.it, 2002, I, c. 2635 ss.). Per il caso di autolesione si è, infatti, ritenuto più corretto applicare il regime ex art.1218 c.c. La giurisprudenza successiva della Cassazione civile si è chiaramente conformata a tale indirizzo: Cass. civ., sez. III, 18 novembre 2005, n. 24456; Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2007, n. 8067; Cass. civ., sez. III, 26 aprile 2010, n. 9906, Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 2413. In particolare, a partire dalla sentenza 9346/2002, si è affermato che il vincolo contrattuale tra alunno e istituto scolastico deriva dall'iscrizione dell'alunno e della sua conseguente accoglienza da parte dello stesso istituto scolastico. Rispetto al rapporto con l'insegnante, invece, si è affermata la sussistenza di un contatto sociale qualificato: Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3680; Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2012, n.1769. Anche le corti di merito si sono conformate a tale orientamento: tribunale Torre Annunziata, 4 settembre 2013, n. 912; tribunale Nocera Inferiore, sez. II, 14 maggio 2012, n. 425; tribunale L'Aquila, 16 maggio 2011, n. 310; tribunale Trento, 22 luglio 2014, n. 853; tribunale Salerno, sez. I, 11 febbraio 2014, n. 464; tribunale Bari, sez. III, 24 ottobre 2013. Prima del 2002 avevano abbracciato questa impostazione restrittiva anche: Cass. civ., 10 luglio 1958, n. 2485, in Rep. Foro.it., 1958, voce Responsabilità civile, n. 211; Cass. civ., 12 luglio 1974, n.2110, in GI, 1975, I, I, 70. Precedenti in senso contrario si hanno in alcune pronunce precedenti al 2002. Si vedano le sentenze Cass., sez. unite, 3 febbraio 1972, n. 260, in GI, 1972, I, I, col. 1310; Cass., sez. unite, 1 agosto 1995, n. 8390, in MGI, 1995; Cass. civ., 26 giugno 1998, n.6331, in Foro.it, 1999, I, 1574. Nel merito si possono ricordare le pronunce: tribunale Napoli, 5 dicembre 1989, in AC, 1990, 393; tribunale Cagliari, 4 maggio 2002, in RGS, 2004, 51. In posizione intermedia si colloca, invece, la sentenza Cass. Civ., 13 maggio 1995, n. 5268, in NCGG, 1996, I, 239, che prevede l'applicazione dell'art.2043 c.c. nel caso di autolesione di una bambina, incastrata tra le sbarre di un'altalena.

Conforme alla tesi restrittiva, che prevede la non applicazione dell'art.2048,2 c.c. nel caso di autolesione dell'alunno, è anche la dottrina maggioritaria, che propende per l'ipotesi di una responsabilità contrattuale o da contatto sociale tra alunno e istituto scolastico e tra alunno e insegnante. In questo senso: D. CHINDEMI, *La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, Resp. civ. e prev., fasc.10, 2011, pag. 2137B; M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, Resp. civ. e prev., fasc.9, 2011, pag. 1693B; M. COCUCCHIO, *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*, Giustizia Civile, fasc.12, 2011, pag. 2932; A. SESTI, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dal minore: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.10, 2007, pag. 2092.

(2) Si rinvenivano alcuni precedenti anche in questo senso. La sentenza delle Sezioni Unite del 2002 si occupa anche del versante probatorio scaturente dall'applicazione dell'art.2048, 2 c.c. La sentenza 27 giugno 2002, n. 9346, in Foro.it, 2002, I, c. 2635 ss. L'art.2048, 2 c.c. prevede una presunzione di culpa in vigilando a carico dell'insegnante, sul quale incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a lui non imputabile: così anche Cass. civ. sentenze 18 novembre 2005, n. 24456; 3 marzo 2010, n. 5067; 3 febbraio 2011, n. 2559. L'attore è in ogni caso tenuto a provare la reale sussistenza di un nesso di causalità tra il danno lamentato e il deficit di vigilanza da parte dell'insegnante. Si ritiene che il nesso di causalità venga meno quando il comportamento dell'allievo rivesta il carattere di una peculiare imprevedibilità e con caratteristiche tali che esse si debbano ritenere eccezionali e cioè manifestamente estranee ad una sequenza causale ordinaria o normale, corrispondente allo sviluppo potenzialmente possibile in un contesto dato secondo l'*id quod plerumque accidit*. Così anche Cass. civ. 8 agosto 2007, n. 17377; Cass. civ. 22 marzo 2011, n. 6550; Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9542. Analogo orientamento si riscontra nelle corti di merito: tribunale Bologna, sez. III, 11 dicembre 2014, n. 21672; Appello Lecce, 22 dicembre 1969, cit.; tribunale Genova, 13 gennaio 1995, n. 199, in Giur. it., 1995, I, 2, 554. Per quanto concerne la prova liberatoria, secondo la sentenza Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2001, n.56668, occorre la dimostrazione di avere esercitato la vigilanza nella misura dovuta: ciò include anche l'adozione in via preventiva di misure organizzative disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo, nonché la prova dell'imprevedibilità e repentinità, in concreto, dell'azione dannosa. Per quanto riguarda, invece, le controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione è applicabile il regime probatorio imposto dall'art. 1218 c.c., si vedano, tra le altre, Cass. civ., 29 aprile 2006, n. 10030, in Nuova giur. civ. comm., 2007, I, 361, Cass. civ., sez. III, sentenza 18 novembre 2005, n. 24456, Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067. In dottrina, il caso fortuito è un avvenimento, eccezionale e imprevedibile, del tutto estraneo al rischio tipico della cosa, che elide il nesso causale tra quest'ultima e il danno realizzatosi. Il caso fortuito è tale in quanto è un evento autonomo e idoneo, da solo, a escludere la responsabilità del c.d. precettore. La dottrina, nel considerare il caso fortuito, si basa sui criteri di eccezionalità, imprevedibilità e inevitabilità. In tal senso si vedano: M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, art. 2043-2059, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Libro IV, Delle obbligazioni, Bologna, 1993, 259 ss.; sulla nozione di caso fortuito si veda anche M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, in F. BUSNELLI (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, artt. 2048-2053, Milano, 2009, 269 ss. Per quanto riguarda la prova del nesso causale ex art.2048, 2 c.c. e la prova liberatoria ex art.2048, 3 c.c. ed ex art.1218, sono conformi alla giurisprudenza maggioritaria: A. ASTONE, *Responsabilità da cose in custodia: in tema di gita scolastica e danno da autolesione*. Giustizia Civile, fasc.9, 2012, pag. 2047B; D. CHINDEMI, *La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, Resp. civ. e prev., fasc.10, 2011, pag. 2137B; A. COCCHI, *La responsabilità per i danni da cose in custodia e quella derivante da contatto sociale per le lesioni autocagionate dall'allievo*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.5, 2012, pag. 1547; A. COCCHI, *La Pubblica Amministrazione ancora responsabile per culpa in vigilando, ex art. 2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi. Culpa in vigilando, ex art.2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.3, 2012, pag. 964; A. COCCHI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati ad*

allievi e derivati da culpa in vigilando, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.7-8, 2011, pag. 1562.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Gli elementi della responsabilità ex art. 2048 c.c.; 3. L'art.2048.2 c.c.: evoluzione interpretativa e applicativa; 4. Analisi comparata; 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Nel 2002 la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 9346¹ ha posto fine alla lunga diatriba circa l'ambito di applicazione dell'art.2048.2 c.c. Precedentemente, infatti, si erano scontrate due linee interpretative²: la prima riteneva che l'art.2048,2 c.c. dovesse trovare applicazione in tutti i casi di danni derivanti da illeciti, occorsi sotto la sorveglianza dei c.d. precettori, causati dai minori loro affidati, ricomprendendovi anche i casi di autolesione degli stessi. Altra tesi, invece, riteneva che l'art.2048,2 c.c., essendo una norma di propagazione della responsabilità, volta ad assicurare con più forza il ristoro del pregiudizio subito dalla vittima del danno causato dal minore affidato alla sorveglianza del precettore, dovesse essere applicato solo nel caso in cui il danno fosse stato causato a un terzo dalla condotta illecita dello stesso minore.

Taluno, dunque, riteneva che nel caso di autolesione l'insegnante fosse tenuto a rispondere ex art.2043 c.c. e l'istituto scolastico ex art. 2049 c.c. In particolare, la responsabilità dell'istituto scolastico ex art. 2049 c.c. viene fondata per analogia con la colpa dei padroni e committenti su una *culpa in eligendo* e *in vigilando*, che non ammette prova liberatoria. In ogni caso si escludeva dal raggio di applicazione dell'art.2048,2 c.c. il caso di autolesione. Le Sezioni Unite hanno abbracciato la lettura più restrittiva circa l'applicabilità dell'art.2048,2 c.c., orientandosi però non verso un titolo di responsabilità ex art.2043 c.c., ma piuttosto su una scelta che esula dalla responsabilità extracontrattuale. Si è, infatti, affermato che nel caso di autolesione trova applicazione un regime di responsabilità contrattuale. Ovvero: al momento dell'iscrizione presso l'istituto scolastico e la conseguente ammissione del minore, si instaura un vincolo di tipo negoziale tra il minore (ovvero tra i suoi genitori, suoi legali rappresentanti ex art.320 c.c.) e l'istituto. Il contenuto di tale rapporto contrattuale viene colorato da una prestazione di carattere complesso: l'istituto scolastico è tenuto non solo a garantire l'educazione e la formazione del minore, ma altresì - e più in generale - la tutela della sua persona. Per quanto attiene, invece, al rapporto intercorrente tra il minore e l'insegnante, è palese che non sussista alcun contratto.

La Cassazione, tuttavia, optando per una soluzione non dissimile a quella adottata nell'ambito della responsabilità medica, afferma l'esistenza di un rapporto qualificato, di un contatto sociale tra i due soggetti: l'insegnante, dunque, in forza di tale vincolo ex art.1173 c.c. è tenuto a garantire non solo l'adempimento della prestazione tipica dell'insegnamento, ma anche di un obbligo più generale di sorveglianza, protezione e tutela dell'integrità psico-fisica del minore sottoposto alle sue cure. Si tratterebbe di un tipo di responsabilità contrattuale svincolato dalla sussistenza di una vera e propria

¹ Cass., Sez. Unite, 27 giugno 2002, n. 9346, in Foro.it, 2002, I, c. 2635 ss.

² Per le tesi citate di seguito, v. rassegna giurisprudenziale e dottrinale

prestazione principale. Si tratta di un tipo di responsabilità che prende le sue mosse da una certa dottrina tedesca degli anni '40, che - come spiegato dal Prof. D'Amico³ - percepiva un declino del dogma della volontà e una crisi del consenso, intesi come elementi essenziali alla formazione del contratto. L'insegnante, dunque, nel caso di autolesione dell'alunno, risponderà a titolo di responsabilità contrattuale.

Ciò implica, come ampiamente dimostrato dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia, un alleggerimento notevole dell'onere della prova a favore del danneggiato. Applicando un regime di responsabilità contrattuale, a prescindere che essa trovi fondamento in un atto negoziale vero e proprio o in un contatto sociale qualificato, l'attore sarà tenuto a dimostrare semplicemente la sussistenza dell'inadempimento e il nesso di causalità che lo lega al danno realizzato. Il convenuto sarà esonerato da responsabilità solo ove riesca a provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art.1218 c.c.) Al contrario, invece, l'applicazione dell'art.2043 c.c. avrebbe gravato l'attore dell'onere di dover provare non solo la condotta e il nesso di causalità con il danno ingiusto, ma anche la colpa del danneggiante. Prova, quest'ultima, che viene presunta, invece, nel caso di applicazione dell'art. 2048 c.c. L'art.2048,2 c.c., infatti, prevede un'ipotesi di colpa presunta, per cui all'attore spetterà solo la prova del danno e del nesso di causalità. Spetterà, invece, al convenuto provare di non aver potuto impedire il fatto onde sottrarsi dalla responsabilità.

2. Gli elementi della responsabilità ex art.2048 c.c.

L'art.2048 c.c., rubricato *responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, è composto da tre commi. I primi due prevedono la responsabilità dei genitori o del tutore e dei c.d. precettori per i danni cagionati dal fatto illecito del minore, il terzo si occupa del profilo della prova liberatoria. La differenza tra la responsabilità dei genitori e dei tutori ex art.2048,1 c.c. e dei precettori ex art.2048, 2 c.c. è che nel secondo caso, i c.d. precettori sono tenuti responsabili solo se il fatto avviene nel tempo in cui i minori sono sotto la loro vigilanza. Al contrario, invece, si è da più parti ritenuto, che la responsabilità dei genitori sia idonea a permanere in ogni caso, sussistendo in capo a costoro non una mera *culpa in vigilando* ma anche una *culpa in educando*. Con la conseguenza di poter concepire una responsabilità dei genitori anche quando il fatto illecito è avvenuto in loro assenza e anche nel caso in cui il minore fosse stato affidato ad altri (es. insegnante).

L'affidamento a un istituto scolastico, infatti, potrebbe incidere solo sul versante della *culpa in vigilando* del genitore, ma certamente non sulla *culpa in educando*, che sorge naturalmente dalla stessa responsabilità genitoriale ex artt.316 e 317 bis c.c.. Tale soluzione è stata ragionevolmente motivata dalla volontà insita nella stessa ratio della norma di voler garantire al meglio il diritto al risarcimento del danno del soggetto danneggiato a opera di un minore. L'art. 2048,2 c.c., tuttavia, ha portato ad alcuni contrasti circa la natura della responsabilità del precettore: ci si è interrogati sulla natura dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma e della responsabilità, variamente considerata per fatto proprio o altrui.

Per quanto riguarda la colpa, in generale, essa sussiste qualora un certo soggetto non abbia adottato la diligenza, prudenza e perizia necessarie a prevedere e impedire il

³ Prof. G. D'AMICO, *Lectio Magistralis, L'obbligazione contrattuale inadempita*, giovedì 19 marzo 2015, Università degli Studi di Trento

verificarsi dell'evento dannoso. La colpa, perciò, lungi da una concezione meramente psicologista, basata sulla valutazione dello stato d'animo interiore del soggetto, rappresenta un elemento normativo che si esplica in una valutazione dell'ordinamento rispetto all'adeguatezza della condotta tenuta in concreto dall'agente rispetto alla condotta diligente prescritta da particolari norme positive o richiesta dalla specificità del caso concreto⁴. Una presunzione di colpa comporta che l'ordinamento, al verificarsi di un certo evento dannoso, ritenga che la condotta del soggetto, che avrebbe dovuto evitare/non cagionare il danno, sia stata inadeguata al caso concreto. In relazione alla natura dell'art.2048 c.c., si nota come la giurisprudenza abbia in gran parte optato per la tesi della presunzione di colpa, che può essere superata attraverso la prova ex art.2048,3 c.c. di non aver potuto impedire il fatto.

Secondo altre concezioni, poi, l'art.2048,2 c.c. configurerebbe una responsabilità definita anche come responsabilità per propagazione, volendo indicare che scuola e insegnanti rispondono per il fatto (illecito) altrui. Ad ogni modo, ciò che non si può certamente affermare è che si tratti di responsabilità oggettiva, vista la rilevanza del profilo della colpa in materia di prova liberatoria. In particolare, essa consisterà nella prova di non aver potuto impedire il fatto. Ciò è stato interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel senso che il soggetto andrà esente da responsabilità, ove riesca a provare di aver compiuto tutti gli atti idonei a prevenire e impedire il verificarsi del danno, non essendo sufficiente solo la mera istantaneità della condotta dell'allievo, ma anche la sua imprevedibilità⁵.

Alcuni, d'altra parte, ritengono che l'insegnante risponderebbe per fatto proprio, ovvero per non aver adottato tutte quelle misure necessarie a evitare il danno. A ben vedere, tuttavia, il comportamento del precettore rileva solo sul piano della prova liberatoria, non costituendo elemento della fattispecie di danno in senso proprio. Abbracciando tale tesi si arriva perciò a concepire l'art.2048.2 c.c. come un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui⁶, basata su una *culpa in vigilando*. Tale lettura sembra preferibile, in quanto permetterebbe di rimanere coerenti con l'idea per la quale la responsabilità dei soggetti di cui all'art.2048 c.c. è dettata da una necessità di garanzia della vittima del danno. Nell'art.2048 c.c. il ruolo dei soggetti chiamati a rispondere è, infatti, quello di garantire il ristoro del pregiudizio arrecato al soggetto danneggiato dall'illecito del minore. Si tratta di una chiara indicazione di politica del diritto, volta a costituire una sorta di deep pocket a tutela delle vittime di fatti illeciti perpetrati da minori. L'art.2048,2 c.c., pur presumendo la colpa dei soggetti in rubrica, non esonera il danneggiato dalla prova del nesso di causalità tra la condotta dei precettori e il danno realizzato. Il nesso di causalità è, anzi, elemento fondamentale per poter affermare correttamente la responsabilità dei primi, venendo meno in sua mancanza la stessa possibilità di prevedere ed evitare

⁴ FRANZONI, 131; SALVI, 2005, 161; MONATERI, 2001, 65

⁵ M. COCUCCIO *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*, Giustizia Civile, fasc.12, 2011, pag. 2932: *Si ritiene, infatti, che la repentinità del fatto non vale di per sé ad escludere la responsabilità del precettore, se quel fatto fosse stato prevedibile e, quindi, in quanto tale, prevenibile da parte del soggetto preposto alla vigilanza. Non sembra che un gesto, solo perché repentino o improvviso, sia anche imprevedibile, mentre l'esperienza quotidiana insegna che, in genere, nella condotta dei ragazzi sono sempre prevedibili gesti inconsulti e pericolosi anche se improvvisi.*

⁶ Così anche D. CARUSI in *Forme di responsabilità e danno*, La responsabilità e il danno, Diritto civile diretto da N. LIPARI E P. RESCIGNO, Giuffrè

l'evento dannoso e dunque la stessa esigibilità della condotta diligente dei precettori⁷. L'applicazione dell'art.2048,2 c.c., infatti, come ampiamente confermato dalla giurisprudenza, richiede la prova del nesso di causalità. In assenza di questo sarebbe scorretto porre in capo ai soggetti di cui all'art.2048,2 c.c. una responsabilità per fatto altrui, completamente slegata dalla reale capacità e possibilità da parte loro di evitare l'evento dannoso realizzatosi. Ciò porterebbe a fondare una responsabilità totalmente oggettiva di fatto, svincolata dalla reale possibilità di controllo del decorso causale da parte del convenuto, che si troverebbe, perciò, esposto al rischio di non poter far valere alcuna prova liberatoria.

3. L'art. 2048.2 c.c.: evoluzione interpretativa e applicativa

La recentissima sentenza di Cassazione in analisi⁸ analizza il ricorso circa il caso di autolesione di una minore durante l'orario scolastico. La parte attrice agisce ex art.2048.2 c.c. contro il MIUR, in forza dell'art.61 l.n.312/1980⁹, che prevede la surroga della Pubblica Amministrazione nelle cause di responsabilità civile contro i propri dipendenti, in virtù del rapporto organico ex art.28 Cost., salva la possibilità di regresso per i casi di dolo e colpa grave. Come si è visto, il ricorso viene rigettato dalla Corte in modo alquanto sbrigativo. Si dice che l'art.2048,2 c.c. vede applicazione nel solo caso di danno inferito dal minore a terzi e non nel caso di autolesione. Ci si sofferma poi sulla questione della prova liberatoria data ex art.2048,3 c.c. dal MIUR e sul nesso di causalità. Per quanto riguarda il primo profilo, ovvero la questione circa l'applicabilità dell'art.2048,2 c.c. ai casi di lesione auto-inferita dallo stesso minore sottoposto a sorveglianza, diverse tesi si sono fronteggiate a partire dal 1958¹⁰.

La Cassazione, infatti, in quell'anno si era trovata davanti al caso di un alunno che si era provocato da sé alcune ferite durante l'orario scolastico. La Cassazione aveva affermato che il titolo di responsabilità previsto dall'art.2048,2 c.c. può essere applicato solo quando il danno derivante dal fatto illecito del minore venga cagionato a un terzo. A conclusione analoga si perviene anche nel 1995, con la sentenza Cass. civ. sez. III n. 5268/1995: l'ambito di operatività della norma in esame è limitato al caso in cui il minore, capace di intendere e di volere, cagioni ad altri un danno ingiusto e non all'ipotesi in cui il minore procuri a sé una lesione. Tale conclusione viene supportata dal tenore letterale dello stesso art.2048,2 c.c., che tace in merito ai danni auto-

⁷ In dottrina i presupposti della responsabilità dell'insegnante sono stati delineati, tra gli altri, anche da F. CARINGELLA (a cura di), *La responsabilità extracontrattuale*, in *Manuale di diritto civile*, t. I, Roma, 2011, 479 e L. CORSARO, *Sulla natura giuridica delle responsabilità del precettore*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 44.

⁸ Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2015, n. 336

⁹ L. 11 luglio 1980, n. 312, *Nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato*, art. 61. Disciplina della responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente. La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi.

¹⁰ Cass. civ., sez. III, 10 luglio 1958, n. 2485, in *Rep.Foroit.*, 1958, voce Responsabilità civile, n. 211

cagionati. Sulla stessa linea, poi, è da porre anche la sentenza n. Cass. Civ. n. 2110/74, nella quale si ravvisa - precedendo di qualche decennio la pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 - la possibilità di configurare una responsabilità di tipo contrattuale dell'istituto scolastico e degli insegnanti nel caso di danno sofferto dall'alunno a causa di un difetto di diligenza e attenzione da parte delle persone tenute alla sua sorveglianza. Di opposto avviso, invece, è la sentenza delle Sezioni Unite n. 260/1972, in cui si statuisce che: *L'obbligo della vigilanza è specificamente imposto ai maestri dall'art. 350 del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare approvato con r.d. 26 aprile 1928 n. 1297, norma ad ambito molto esteso, e la vigilanza stessa è diretta a impedire non soltanto che gli alunni compiano atti dannosi a terzi (loro coetanei o meno), ma che restino danneggiati da atti compiuti da essi medesimi (ad esempio: giochi pericolosi), da loro coetanei, da altre persone ovvero ancora da fatti non umani.* Analogamente, la sentenza n.8390/95, ritiene chiaramente applicabile l'art.2048.2 c.c. nel caso di danno cagionato dall'allievo a se stesso, *in quanto l'obbligo di vigilanza dell'insegnante è posto anche a tutela dei minori a lui affidati, ferma restando la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto.* Un'applicazione di tipo estensivo dell'art.2048.2 c.c. anche nel caso di autolesione, però, finirebbe con lo stravolgere sensibilmente la portata della norma: il c.d. precettore, infatti, diventerebbe direttamente responsabile verso l'allievo per fatto proprio, ovvero per aver violato l'obbligo di vigilanza impostogli e per non aver impedito la condotta autolesiva dell'allievo stesso. Altre applicazioni giurisprudenziali trovano invece una via intermedia, ammettendo la possibilità di concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell'insegnante. Caso emblematico è quello della sentenza Cass. civ., 7 agosto 1982, n. 4437, seguita da Cass. civ., 19 gennaio 1996, n. 418, per le quali è ammissibile il concorso tra la responsabilità contrattuale e quella extra-contrattuale di fronte ad un medesimo fatto che *violò contemporaneamente non soltanto diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso* per quanto riguarda l'integrità della persona del minore. In questo senso, ci si troverà davanti a ipotesi di responsabilità diretta nel caso in cui l'insegnante procuri un danno all'alunno mediante la propria condotta con dolo o colpa. Sussisterà, invece, responsabilità indiretta dell'insegnante nel caso di danno provocato al terzo da parte dell'allievo.

Come accennato in sede introduttiva, tra i sostenitori della non applicabilità dell'art.2048.2 c.c. al caso di autolesione del minore si distinguono le posizioni di coloro che propugnavano, in sua vece, l'utilizzo dello schema dell'art.2043 c.c. e quelle di coloro che si rifacevano a una soluzione di tipo contrattuale fondata sull'art. 1218 c.c. La scelta dell'una o dell'altra soluzione non è indifferente: basti pensare alle differenze in materia di onere probatorio e di termini di prescrizione.

Adottare una soluzione basata sulla clausola generale di responsabilità extracontrattuale dell'art.2043 c.c. vuol dire, infatti, rendere particolarmente onerosa l'azione da parte del danneggiato. Vuol dire, in pratica, operare una netta discriminazione tra il trattamento riservato al danneggiato da parte di un minore sottoposto alla sorveglianza di un c.d. precettore e il trattamento previsto nel caso di danno inflitto dallo stesso minore a se stesso nelle medesime circostanze.

L'art.2048,2 c.c. prevede, infatti, un regime probatorio molto favorevole all'attore, non imponendogli di provare la colpa del danneggiato, che si considera presunta fino a prova contraria. Per restare coerenti con la lettera della norma dell'art.2048 c.c. e,

contemporaneamente, per non tradire la ratio di favore verso il danneggiato disposta dal legislatore, la giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Unite è arrivata ad affermare un diverso titolo di responsabilità degli insegnanti, distinguendo il caso di danno inflitto dall'alunno a un terzo e il caso di autolesione. In quest'ultimo caso, si è detto, troverà applicazione un regime di responsabilità contrattuale sia verso l'istituto scolastico sia verso lo stesso insegnante. Nel primo caso a rilevare è l'atto di iscrizione e la conseguente ammissione del minore a scuola, nel secondo un contatto sociale qualificato che pone in capo all'insegnante un obbligo di educazione e tutela della persona del minore affidatogli¹¹.

Ciò comporta che la relativa azione si concretterà in un'azione per inadempimento, prescrivibile in dieci anni e che pone in capo al danneggiato-creditore l'onere di provare il solo inadempimento. Spetterà al danneggiante-convenuto provare che l'inadempimento è stato dovuto da causa a lui non imputabile (es. caso fortuito) ex art.1218 c.c. e di aver adottato la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata e dal caso concreto, ex art.1176 c.c. Si può qui notare senza troppa difficoltà una certa analogia con la prova liberatoria prevista dall'art.2048,3 c.c. In concreto, infatti, la giurisprudenza tende a operare una vera e propria sovrapposizione tra le caratteristiche dei due regimi di prova liberatoria, individuando alcuni casi in cui, per entrambi i titoli di responsabilità, si ricorre a specifici fattori¹² che fanno venire meno la responsabilità del debitore e del c.d. precettore.

Tali fattori, che incidono direttamente sul dovere di diligente sorveglianza, sono la repentinità/prevedibilità della condotta (auto)lesiva e l'età/grado di maturità dell'allievo. Per quanto riguarda, in particolare, gli obblighi derivanti da contatto sociale qualificato dell'insegnante, si nota come a rilevare sia soprattutto il profilo oggettivo e c.d. sociale dell'affidamento del danneggiato-debitore (alunno minore) e non tanto il profilo soggettivo della condotta tenuta. Il dovere dell'insegnante è quasi sempre stato considerato dalla giurisprudenza maggioritaria come relativo, dovendo essere valutato e parametrato in base ai criteri dell'età/maturazione dell'alunno e della totale imprevedibilità e repentinità dell'avvenimento, tali da renderlo inevitabile. La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che il contenuto dell'obbligo di sorveglianza cambi a seconda dell'età, del carattere e dell'educazione dei minori, così come delle altre circostanze in grado di influenzare il comportamento degli stessi¹³. Una certa analisi poi ha messo in luce come, in realtà, la prova liberatoria di cui all'art.2048,3 c.c. venga ristretta nella pratica nell'analisi circa la prevedibilità della condotta dannosa e la maturità del allievo, mentre quella di cui all'art.1218 c.c. ricomprenda non solo il caso fortuito in senso stretto, ma anche *l'impossibilità di eseguire la prestazione con i mezzi rappresentati o presupposti dalle parti per l'attuazione del risultato promesso al creditore-danneggiato*¹⁴.

¹¹ M. COCUCCHIO, *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*, Giustizia Civile, fasc.12, 2011, pag. 2932

¹² A. ASTONE, *Responsabilità da cose in custodia: in tema di gita scolastica e danno da autolesione*, Giustizia Civile, fasc.9, 2012, pag. 2047B

¹³ Tra le tante affermazioni di questo principio, v. Cass., 10.12.1998, n. 12424, cit.; Cass., 9.6.1994, n. 5619, in Rep. Foro it., 1994, cit., n. 93. Sulla rilevanza dell'imprevedibilità dell'evento dannoso, v. Cass., 23.7.2003, n. 11453, in Giust. civ. mass., 2003, fasc. 7; Cass., 24.2.1997, n. 1683, in *Danno e resp.*, 1997, 451, con nota di M. FRANZONI.

¹⁴ Così L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in Enc. dir., vol. XXXIX, Milano 1988, 1072, 1083

Si ricorda, infatti, che la responsabilità contrattuale fa gravare sul debitore inadempiente l'obbligo di risarcire solo il danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (art.1225 c.c.). Per quanto riguarda la responsabilità degli insegnanti, dunque, si può dire che la prova liberatoria richiesta dall'art.2048,3 c.c. e dall'art.1218 c.c. si concreta non solo nella prova della imprevedibilità e repentinità del fatto, ma anche dell'effettiva adozione da parte dell'istituto scolastico di tutte le misure richieste dalla diligenza per far fronte al caso concreto (art.2048 c.c.) o che le parti si erano rappresentate (artt.1218 e 1225 c.c.). Facendo riferimento ancora alla prova liberatoria, non si può non ribadire come, in entrambi i casi, sia comunque necessario dare la prova della sussistenza del nesso di causalità, elemento di rilevanza non indifferente sia in ambito extracontrattuale sia in ambito contrattuale (art.1223 c.c.).

Tutte le dispute e le controversie in merito all'applicabilità o meno dell'art.2048,2 c.c. sono state tacitate dalla citata sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 9346/2002. Dopo un'attenta analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia, si è, infatti, affermato che *la presunzione di responsabilità a carico dei precettori di cui all'art. 2048, comma 2, c.c., si applica ai soli casi in cui l'allievo sottoposto a vigilanza abbia cagionato a terzi un danno ingiusto, e non anche allorquando il danno sia stato dall'allievo procurato a se stesso; (...)L'indirizzo restrittivo trova inoltre sostegno nella autorevole opinione espressa in dottrina, alla quale il Collegio aderisce, secondo cui, nella ricostruzione della disciplina della responsabilità aquiliana, l'art. 2048 è concepito come norma di "propagazione" della responsabilità, in quanto, presumendo una culpa in educando o in vigilando chiama a rispondere genitori, tutori, precettori e maestri d'arte per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi. La responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori, tutori, precettori e maestri d'arte. In conclusione, componendo il contrasto, deve escludersi che sia invocabile la presunzione di responsabilità posta dall'art. 2048, comma 2, nei confronti dei precettori, al fine di ottenere il risarcimento dei danni che l'allievo abbia procurato a sé stesso. E infine: è utile precisare che, nel caso di danno arrecato dall'allievo a sé stesso, appare più corretto ricondurre la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì nell'ambito della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c. Quanto all'istituto scolastico, l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determina infatti l'instaurazione di un vincolo negoziale, in virtù del quale, nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto, deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a sé stesso (in tal senso, espressamente, si vedano le sentenze n.2485/58 e n. 2110/74, entrambe relative ad istituti privati, ma il principio è da ritenere operante anche in relazione alla scuola pubblica). Quanto al precettore dipendente dall'istituto scolastico, osta alla configurabilità di una responsabilità extracontrattuale il rilievo che tra precettore ed allievo si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Circa l'onere probatorio, nelle*

controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, l'attore dovrà quindi soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto mentre sarà onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a loro non imputabile.

Questo pare essere, nonostante la brevità della pronuncia, anche l'orientamento della Corte di Cassazione nella sentenza in esame¹⁵. Infatti, benché nella seconda parte della pronuncia la Cassazione si soffermi sui caratteri dell'onere della prova a carico del danneggiato e della prova liberatoria a carico del convenuto per giustificare e confermare la decisione presa in sede di appello, nella prima parte della sentenza si statuisce senza possibilità di replica l'inapplicabilità dell'art.2048, 2 c.c. ai casi di autolesione dell'alunno minore. Si nota, dunque, come la parte attrice abbia in qualche modo errato nel chiedere un risarcimento dei danni ex art.2048,2 c.c. e non ex art.1218 c.c. Avendo optato per una responsabilità di tipo contrattuale, basata sul contatto sociale qualificato intercorrente tra insegnante e alunno, sarebbe stato forse più semplice ottenere ragione, in considerazione soprattutto dei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali maggioritari. A tale affermazione si potrebbe eccepire che, dato che la giurisprudenza, di fatto, considera nella pratica la prova liberatoria ex art.2048,3 c.c. e la prova liberatoria ex art.1218 c.c. in modo analogo, l'invocazione di una responsabilità ex art.1218 c.c. non avrebbe comunque portato al riconoscimento del risarcimento del danno. E ciò in base all'accertata insussistenza del nesso di causalità tra la condotta presumibilmente negligente dell'insegnante e l'evento dannoso occorso, essendo stato quest'ultimo del tutto repentino, imprevedibile e, dunque, inevitabile. Rileva, poi, nel caso di specie, il fatto che il danno sia consistito in lesioni personali auto-cagionate ai danni della stessa minore. Sulla scorta della più recente lettura in chiave costituzionale della responsabilità civile e del risarcimento del danno, con particolare riguardo all'integrità della persona e della sua salute, sarebbe forse stato possibile agire combinando il titolo di responsabilità contrattuale ex art.1218 c.c. e l'art.2059 c.c., inerente al risarcimento dei danni non patrimoniali. Con l'art.1218 c.c. si sarebbe potuta lamentare la violazione dell'affidamento scaturente dal c.d. contatto sociale intercorrente tra alunno e insegnante, avente a oggetto l'obbligo di diligente sorveglianza del minore, e richiedere i conseguenti danni patrimoniali. Parallelamente, si sarebbe potuto invocare l'art.2059 c.c., che, sulla scorta della più recente giurisprudenza, può essere applicato anche ove non venga accertato un reato, purché siano stati lesi beni di rilevanza costituzionale: a questo proposito potrebbero rilevare le lesioni personali riportate dalla bambina. In questo modo si sarebbe potuto invocare il risarcimento del danno non patrimoniale, comprensivo del danno biologico.

A seguito del mutamento interpretativo occorso in giurisprudenza e in dottrina, infatti, il risarcimento del danno non patrimoniale viene riconosciuto in tutti i casi di lesione di un diritto della persona costituzionalmente garantito (es. diritto all'integrità personale e alla salute), a prescindere dalla commissione e dall'accertamento di un reato¹⁶.

¹⁵ Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2015, n. 3365.

¹⁶ Per la nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c., v. Cass., SS.UU., sentenza 11.11.2008, n. 26972. *L'esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale, anche in assenza di reato, nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale, sia perché in tal caso il risarcimento costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi, sia perché il rinvio ai casi in cui la legge*

Agendo solo ex art.1218 c.c. o ex art.2048.2 c.c., invece, è possibile ottenere soltanto il risarcimento del danno patrimoniale. Solo l'art.2059 c.c. permette di chiedere l'integrale ristoro anche del danno non patrimoniale, che in accordo con i più recenti sviluppi, può essere riconosciuto anche rispetto al versante contrattuale¹⁷. In particolare, la sentenza Cassazione Sez. Unite, 11.11.2008, n. 26972, nel sancire la nuova linea interpretativa in materia di risarcimento dei danni non patrimoniali, e con particolare riferimento alla risarcibilità dei danni non patrimoniali in un contesto contrattuale, sottolinea esplicitamente che *costituisce contratto di protezione anche quello che intercorre tra l'allievo e l'istituto scolastico. In esso, che trova la sua fonte nel contatto sociale (S. U. n. 9346/2002; sent. n. 8067/2007), tra gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra quello alla integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione*. Ciò permette di supportare ulteriormente la tesi che vede nell'applicazione dell'art.1218 c.c. l'unica strada ormai percorribile per far valere le prerogative dell'alunno auto-danneggiatosi in orario scolastico.

Pare quindi definitivamente accantonata la possibilità di agire in simili casi invocando l'art.2043 c.c., che, pur rimanendo una norma generale e aperta, suscettiva di accogliere al suo interno una molteplicità di fattispecie atipiche e di essere utilizzata in modo duttile, prevede un onere probatorio più articolato a carico dell'attore. Potrebbe semmai residuare una possibilità di agire combinando il titolo di responsabilità extracontrattuale ex art.2043 c.c. e quello contrattuale ex art.1218 c.c., come suggerito da una parte della giurisprudenza. Ad ogni modo resta da verificare se, attraverso l'utilizzo dell'art.1218

consente il risarcimento del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale. (...) Queste Sezioni unite condividono e fanno propria la lettura, costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 all'art. 2059 c.c. e la completano nei termini seguenti. (...) Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica. Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c. (...) Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209/2005, specifica definizione normativa (sent. n. 15022/2005; n. 23918/2006). (...) La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c. E la previsione della tutela penale costituisce sicuro indice della rilevanza dell'interesse leso. In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona.

¹⁷ In giurisprudenza fondamentale è stato l'intervento di Cassazione, SS. UU., 11 novembre 2008, n. 26972. Si ritiene, infatti, che, in ambito contrattuale la perdita subita e la mancata utilità ex art.1223 c.c. siano comprensive anche dei danni non patrimoniali: *L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona*. In dottrina, nel senso del riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da inadempimento, v. anche NAVARRETTA-POLETTI, in E. NAVARRETTA, 2004, 65 ss. Si ritiene che l'accordo pattizio possa prevedere esplicitamente o implicitamente la riparazione del danno non patrimoniale.

c.c., eventualmente combinato con l'art.2059 c.c., la parte attrice sarebbe riuscita ad ottenere ragione o meno. Soprattutto se si considera che, in concreto, i criteri utilizzati dalla giurisprudenza per valutare la sussistenza dell'inadempimento ex art.1218 c.c. e della *culpa in vigilando* ex art.2048,2 c.c. non differiscono poi di molto. L'accertamento dell'insussistenza del nesso di causalità in un caso (art.2048,2 c.c.) potrebbe molto probabilmente portare a conclusione analoga anche utilizzando un titolo di responsabilità diverso (art.1218 c.c.) con conseguente soccombenza della parte attrice.

4. Analisi comparata

*Francia*¹⁸

Ciò su cui si può riflettere, preso atto che nel caso di specie la parte attrice avrebbe avuto scarse possibilità di vittoria a prescindere dal titolo di responsabilità invocato, è il sistema di responsabilità degli insegnanti e le sue caratteristiche nell'ordinamento italiano. Il nostro sistema è caratterizzato, come si è accennato, dall'esplicita previsione normativa di una presunzione di colpa a carico dell'insegnante nel caso in cui un allievo sottoposto alla sua sorveglianza commetta un fatto illecito cagionando a un terzo un danno ingiusto: si tratta della previsione ex art.2048,2 c.c. Il danneggiato gode di una posizione di netto favore, essendo sollevato dal più gravoso regime probatorio previsto in generale dall'art.2043 c.c. Le ragioni che hanno spinto il nostro legislatore a optare per una soluzione simile risiedono presumibilmente nella concezione che si aveva all'epoca dell'emanazione del codice rispetto all'insegnante: un soggetto esemplare, che deve indirizzare l'alunno non solo nel percorso didattico ma anche nel percorso di vita, educandolo a comportamenti conformi alle regole del comune vivere civile. Trattasi, inoltre, di un soggetto che occupa una posizione gerarchicamente superiore rispetto all'alunno e che è, dunque, capace di imporre il proprio potere direttivo, organizzativo e disciplinare, in modo da prevenire la commissione di illeciti ai danni di terzi. Altra motivazione può essere rintracciata nella volontà di garantire in modo più efficace il ristoro del pregiudizio subito dalla vittima dell'illecito, attraverso la creazione di una sorta di deep pocket. Che la tasca dell'insegnante sia, poi, nei fatti tanto profonda è da provare. Consapevole di tale profilo, il legislatore ha previsto una particolare disciplina nel caso di illecito commesso da dipendenti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, in conformità con il dettato dell'art.28 Cost. che prevede che tra Amministrazione Pubblica e singolo dipendente sussista un rapporto di immedesimazione organica. Con l'art.61, l.n. 312/1980¹⁹, dunque, si è previsto che nel caso di azione promossa contro un insegnante per la commissione di un illecito civile, lo Stato si sostituisca all'insegnante in sede processuale, mantenendo ferma la possibilità di regresso da parte dello Stato nel caso di dolo o colpa grave. Al di fuori di questi ultimi due casi, dunque, sarà lo Stato a rivestire il ruolo di deep pocket e a ristorare il pregiudizio subito ingiustamente dalla vittima dell'illecito. Non così nel caso di illecito compiuto da un insegnante dipendente di una scuola privata o paritaria: in questo caso l'istituto scolastico risponderà solidalmente con l'insegnante per il danno causato, ma in base al diverso titolo previsto

¹⁸ M. FERRARI, *La responsabilità civile di scuola e insegnanti in Italia e Francia: un'analisi comparata*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.4, 2014, pag. 1375B

¹⁹ A. COCCHI, *La pubblica amministrazione ancora responsabile per culpa in vigilando, ex art. 2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi. culpa in vigilando, ex art. 2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.3, 2012, pag. 964

dall'art.2049 c.c., norma di colpa presunta del datore di lavoro/preponente (*culpa in eligendo e in vigilando*) che non prevede prova liberatoria.

Per quanto riguarda l'altro versante che interessa questa breve analisi, ovvero quello del caso di autolesione dell'allievo sottoposto alla sorveglianza di un insegnante, si nota una crescente tendenza alla contrattualizzazione dei rapporti tra scuola e allievo e tra questo e l'insegnante, soprattutto da parte della giurisprudenza. Si vuole in questo modo mantenere fermo il principio di favore verso la vittima, sottostante all'art.2048, 2 c.c., avvalendosi però del diverso meccanismo della responsabilità contrattuale in luogo di quella aquiliana. Si vuole, in poche parole, evitare un trattamento discriminatorio sul versante probatorio tra la vittima dell'illecito compiuto da un allievo e l'allievo vittima di una lesione che si è procurato da sé. Parte della dottrina, poi, ritiene applicabile il titolo contrattuale ex art.1218 c.c. anche nel caso di lesione subita da un allievo a causa dell'illecito di un altro allievo.

Visto il funzionamento generale previsto dal nostro ordinamento, è interessante osservare in chiave comparatistica quali sono le soluzioni adottate in altri Paesi. Si potrebbe analizzare, per esempio, il caso della Francia. L'originario art.1383 del Code Napoleon prevedeva che gli insegnanti fossero sottoposti al medesimo regime di responsabilità previsto per i genitori: una responsabilità extracontrattuale, caratterizzata da una presunzione di colpa. Si trattava, dunque, di una soluzione affine a quella prevista dal nostro legislatore. In seguito, nel 1889 si è introdotto un meccanismo di sostituzione processuale dell'insegnante con l'istituto scolastico. Analoga previsione è stata introdotta dal nostro ordinamento con l'art.61 della l.n. 312/1980, nel caso di illecito compiuto da un insegnante di scuola pubblica. Le cose cambiano drasticamente nel 1937, quando la Francia decide di abolire la presunzione di colpa a carico dell'insegnante, estendendo, invece, il regime generale previsto dall'art.1382 Code Civil. Si pone, cioè, in capo all'attore danneggiato l'onere di provare la colpa dell'insegnante e, contemporaneamente, si prevede che la giurisdizione competente in questo genere di controversie sia quella civile e non quella amministrativa, anche nel caso in cui l'insegnante sia un impiegato pubblico. La critica si è sforzata di analizzare le ragioni sottostanti a un mutamento tanto rilevante. Si è detto, da parte di alcuni, che questo cambiamento è stato dettato dalla volontà di equiparare – e si tratta di un'equiparazione palesemente a ribasso – la posizione del terzo danneggiato dal fatto illecito di un alunno e la posizione dell'alunno danneggiato dal fatto illecito del terzo. Quest'ultima fattispecie, infatti, era da sempre rimasta sotto al regime generale dettato dall'art.1382 Code Civil. Altri, invece, hanno colto in tale mutamento la conseguenza generata dalla massificazione dell'istruzione elementare e dal conseguente ingresso nelle scuole di un numero sempre maggiore di alunni, con conseguente aumento della probabilità di verifica di danni. Da parte sua, la giurisprudenza più recente non pare essersi interrogata in modo approfondito sulla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dei docenti, limitandosi ad applicare la disposizione normativa generale dell'art.1382 c.c. in tutti i casi.

Per quanto riguarda il termine temporale entro cui far valere il diritto della vittima al risarcimento del danno, come sappiamo in Italia il termine prescrizione varia a seconda che si faccia valere un titolo contrattuale o extracontrattuale: si avrà un termine decennale nel caso di responsabilità contrattuale ex art.1218 c.c. e un termine quinquennale nel caso di responsabilità extracontrattuale ex art.2048,2 c.c. In Francia, invece, la legge del 1937 ha introdotto un termine di prescrizione di tre anni, che

comincia a decorrere dal momento in cui il minore danneggiato ha raggiunto la maggiore età.

Ad ogni modo, la riforma del 1937 ha sottratto gli insegnanti da quella presunzione di colpa cui si riteneva fino ad allora fossero soggetti. L'assenza di qualsiasi tipo di presunzione, oggi, comporta lo spostamento sul danneggiato del rischio di non riuscire a dimostrare la negligenza dell'insegnante, tanto più se non è sufficiente provare una colpa generica della scuola, ma si richiedono precise indicazioni circa uno specifico insegnante e il suo comportamento negligente. D'altra parte, alla severità dell'onere probatorio legislativo si contrappone la prassi della giurisprudenza più recente di riconoscere con una certa facilità la colpa dell'insegnante, arrivando quasi a creare una presunzione di colpa di fatto. Una simile presunzione sorge – si ritiene – ogniqualvolta sussista e venga provato un rapporto di vigilanza tra convenuto e alunno danneggiato: nella maggior parte dei casi, poi, a costituire oggetto di una simile presunzione è un difetto di sorveglianza o un comportamento negligente rispetto alla rimozione di ostacoli che potevano rappresentare una fonte di pericolo per gli alunni. In particolare, è possibile individuare alcuni elementi che sia la giurisprudenza italiana sia quella francese tengono in considerazione rispetto alla sussistenza della prova liberatoria. Tali elementi sono: l'imprevedibilità e inevitabilità del fatto illecito che ha causato il danno, l'età dell'alunno, dal quale dipenderanno la maggiore o minore sorveglianza e il contenuto stesso dell'obbligo di diligenza, e l'eventualità che il fatto sia avvenuto durante lo svolgimento di un'attività sportiva. In particolare, si è detto che l'imprevedibilità e inevitabilità così come il livello di sorveglianza sono elementi relativi, che vanno rapportati alla situazione concreta e al particolare assetto didattico e organizzativo dell'attività. Per quanto riguarda, infine, il danno verificatosi durante un'attività sportiva, entrambe le giurisprudenze si interrogano se si tratti un caso di accettazione del rischio da parte dell'alunno (e dei suoi genitori), capace di fungere da esimente per la responsabilità dell'insegnante. In realtà, la giurisprudenza maggioritaria, sia in Francia sia in Italia, ha considerato l'ipotesi dell'accettazione del rischio in casi residuali, propendendo piuttosto per far rientrare anche le attività sportive svolte durante l'orario scolastico tra le attività didattiche in generale, delle quali fa parte anche il momento della ricreazione. Si può, dunque, notare come, nonostante i formanti legislativi prevedano soluzioni diverse, in Italia e Francia, in concreto, le regole operazionali non differiscano poi così tanto tra loro. E forse tale convergenza è dettata anche dalla crescente richiesta di sicurezza e tutela da parte degli alunni e dei loro genitori. Si tratta, infatti, di un'esigenza sempre più avvertita nella società attuale, c.d. società del rischio, che non può certo rimanere inascoltata in uno Stato di diritto, che garantisca i diritti della persona, quale la Francia.

Tornando alla concettualistica, circa la natura della responsabilità dell'insegnante nei due ordinamenti analizzati si può, in conclusione, affermare che mentre in Italia si ritiene preferibile abbracciare la tesi basata su una presunzione di colpa, che può trovare la propria fonte nella responsabilità per fatto altrui ex art.2048,2 c.c. o nella responsabilità per inadempimento ex art.1218 c.c., in Francia si ha una responsabilità dell'insegnante per fatto proprio in tutti i casi.

USA²⁰

²⁰ M.E. ROZALSKI & M.L. YELL, (In press). *The law and school safety*, in J. CONOLEY & A. GOLDSTEIN, *School violence intervention: A practical handbook*, Guilford Publications;

Si dia ora un rapido sguardo a come viene trattata dal punto di vista pratico la problematica della responsabilità dell'insegnante dalla giurisprudenza d'oltreoceano. Anzitutto è da notare come negli Stati Uniti non si operi una distinzione tra il trattamento riservato ai casi di danni derivanti da autolesione, i danni cagionati in modo diretto dall'insegnante e quelli cagionati da un terzo a un alunno o da alunno a un altro alunno, sicché pare che in tutti questi casi il docente venga considerato responsabile per fatto proprio. Le corti statunitensi, infatti, hanno affermato che gli insegnanti sono tenuti responsabili per i danni occorsi agli studenti sottoposti alla loro sorveglianza, causati da una condotta dolosa o colposa dell'insegnante stesso. Solitamente, i casi di danno agli allievi danno luogo a una causa in base al c.d. *tort of negligence*, essendo le ipotesi di dolo meno frequenti. I casi di dolo si sostanziano principalmente nelle ipotesi marginali aggressione e percosse, spesso risultanti da un tentativo del docente di imporre la disciplina a uno studente ribelle o di intervenire per prevenire che uno studente cagioni un danno a un altro. L'esperienza giurisprudenziale ha provato che le corti sono tendenzialmente riluttanti a interferire con il metodo educativo dell'insegnante, riconoscendo la sussistenza di aggressione e percosse nei casi in cui la disciplina sia stata imposta con brutalità, crudeltà o volontà di offendere la vittima. Nell'ambito del danno cagionato dal comportamento negligente del docente, le corti ritengono che l'attore debba provare la prevedibilità ed evitabilità del danno cagionato. I fatti non prevedibili e non evitabili non danno vita, dunque, a una responsabilità per colpa in capo al docente²¹. Inoltre, affinché la corte possa pronunciarsi per la responsabilità dell'insegnante, devono sussistere necessariamente quattro elementi²². Anzitutto, l'insegnante, che ha il dovere di proteggere gli studenti dai possibili rischi, deve non aver esercitato il livello di diligenza necessario richiesto dalla situazione concreta. Il dovere di proteggere gli studenti è parte integrante dei compiti propri dell'insegnante, che deve dunque riuscire a prevedere i pericoli ed evitarli, prendendo le dovute misure per proteggere i propri allievi. La giurisprudenza ha in più casi affermato che i compiti dell'insegnante comprendono, tra le altre cose, anche una supervisione adeguata, soprattutto in relazione alle attività e alle situazioni in cui si delinea un rischio maggiore. Per quanto riguarda la prova di (non) aver adottato la diligenza richiesta dal caso concreto, la giurisprudenza prende in considerazione l'esperienza del docente, l'età dell'allievo, l'ambiente in cui si è verificato il danno, la presenza o meno di una supervisione durante l'attività e le eventuali disabilità dell'alunno. Deve poi esserci un nesso causale tra la violazione del dovere di diligenza e il danno e, infine, deve sussistere un danno attuale. Si richiede, in breve, che il danno lamentato sia conseguenza prossima della condotta negligente del convenuto. Tale consequenzialità, poi, viene spesso provata in via deduttiva attraverso la prova della sussistenza della prevedibilità ed evitabilità del danno. Ne consegue, dunque, che, se il danno non era

M.L.YELL, 1997, *Teacher liability for student injury and misconduct. Beyond Behavior*, 7, 4-10.

Mancano specifiche indicazioni rispetto ai casi di danno cagionato a un terzo da parte di un alunno durante l'orario scolastico.

²¹ M.M. MC CARTHY & N. H. CAMBRON-MC CABE, (1992). *Public school law: Teachers' and students' rights* (3rd ed.), Boston, Allyn and Bacon

²² K. ALEXANDER & M.D. ALEXANDER, (1992), *American public school law*. St. Paul, MN, West Publishing Company; R. D. MAWDSLEY, (1993), *Supervisory standard of care for students with disabilities*, Education Law Reporter, 80, 779-791

prevedibile o se l'insegnante ha adottato la diligenza richiesta dal caso concreto, non sussisterà il nesso di causalità e dunque l'insegnante andrà esente da responsabilità.

Infine, si prevede un'ipotesi di *contributory negligence*: ovvero, nel caso in cui lo studente abbia contribuito con il proprio comportamento a cagionare il danno, il convenuto potrà anche andare esente da responsabilità. Ciò può assumere grande rilevanza nell'ambito dei danni da autolesione dell'alunno. Quella della *contributory negligence*, poi, è una soluzione che si avvicina molto alla nostra previsione codicistica dell'art.1227 c.c., relativo al concorso del fatto colposo del creditore: si prevede che, se il fatto dannoso è stato cagionato anche con il concorso di colpa del danneggiante, il risarcimento sarà diminuito proporzionalmente secondo l'entità della colpa e le conseguenze che ne sono derivate.

Ancora una volta si posso notare certe convergenze e analogie a livello pratico tra gli ordinamenti giuridici presi in considerazione. Convergenze giustificabili tenendo presente da una parte la sempre maggiore armonizzazione dei sistemi giuridici anche per merito delle fonti internazionali, come convenzioni e trattati, dall'altra l'obiettivo uniformazione delle società occidentali, delle idee e percezioni sociali, frutto della globalizzazione e del sempre più stretto contatto che si sviluppa tra Stati differenti.

5. Osservazioni conclusive

La sentenza in commento e, più in generale, l'osservazione svolta in merito al regime di responsabilità degli insegnanti suscita inevitabilmente degli interrogativi in merito alla sua efficacia ed efficienza, in chiave non solo giuridica ma anche economica. Partendo dall'elemento giuridico, alla luce dei nuovi sviluppi giurisprudenziali, si potrebbe muovere una critica di incoerenza al nostro legislatore, che non pare avere la minima intenzione di intervenire per unificare sotto un unico titolo la responsabilità derivante dal fatto illecito di un alunno ai danni di un terzo, di un alunno ai danni di un altro alunno, di un alunno verso se stesso e di un terzo verso un alunno. Come dimostrato nell'analisi svolta, la nostra giurisprudenza si è trovata a partire dalla fine degli anni '50 davanti al dilemma relativo all'applicabilità dell'art.2048.2 c.c., senza che il legislatore abbia mai provveduto a chiarire la situazione e a dirimere i conflitti interpretativi. Conflitti che sono stati messi a tacere solo nel 2002 dalle Sezioni Unite e, dunque, solo in via giurisprudenziale. Per quanto la giurisprudenza di Cassazione abbia funzione nomofilattica e, di fatto, le sue pronunce abbiano effetti para-normativi, il dato legislativo resta incompleto e non chiaro, potendosi prestare in futuro a un'eventuale inversione di rotta da parte della stessa giurisprudenza di Cassazione. Non sarebbe la prima volta, infatti, che la Suprema Corte decide di mutare il proprio orientamento in virtù delle più svariate motivazioni, come per esempio può essere l'evoluzione delle esigenze sociali. C'è da dire a questo proposito che dovrebbe essere compito precipuo del legislatore quello di fare scelte di politica del diritto, optando per una soluzione o per un'altra, a seguito di approfondite valutazioni, non solo in chiave ideologica, ma anche di efficienza. In aggiunta a ciò, un dato normativo oscuro, lasciato all'interpretazione giurisprudenziale, non garantisce né i possibili attori né i possibili convenuti. Essi resteranno in balia dell'interpretazione giurisprudenziale che potrà negargli o concedergli il riconoscimento dei propri diritti e delle proprie prerogative. Ciò è chiaramente anche poco efficiente dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, che prevede un'allocazione efficiente e razionale dei costi sociali. Prevedere, come si è fatto, in via giurisprudenziale la possibilità di far sorgere in capo agli istituti

scolastici e agli insegnanti una responsabilità di tipo contrattuale, se da un lato permette di tutelare ampiamente i diritti dei danneggiati, dall'altra pone le istituzioni scolastiche e i docenti in una situazione di difficoltà, che li conduce ad adottare comportamenti iperprotettivi e ultra-diligenti, al fine di evitare di incorrere in responsabilità.

A mio avviso ciò potrebbe condurre a conseguenze a dir poco negative sul sistema didattico e formativo delle nostre scuole, soprattutto per quanto concerne scuole materne ed elementari, in cui, data la tenera età degli allievi e la loro scarsa capacità di percepire il pericolo, è necessaria una sorveglianza più attenta. In alcuni casi si potrebbe arrivare alla paradossale conclusione di precludere i momenti di gioco e di svago per il timore che il bambino riporti una lesione di qualche tipo. E questo, tra le altre cose, contrasterebbe palesemente con l'art.31 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989, tra cui spicca il diritto del bambino al gioco²³.

A questo proposito e in merito a quanto detto rispetto alle ipotesi di danno autocagionato dagli allievi, non si può tacere che esistono correnti pedagogiche che ritengono necessario responsabilizzare il bambino a partire dai primi anni di età, permettendogli di svolgere attività commisurate al suo grado di maturazione psicofisica, ma prevedendo altresì che da simili attività possano derivare anche errori nonché lievissime lesioni (es. piccoli graffi o escoriazioni).

Tali correnti, che fanno capo a pedagoghi del calibro di Maria Montessori²⁴ e di Rudolf Steiner²⁵, trovano una realizzazione in alcuni tipi di scuole per l'infanzia, diffuse soprattutto nei paesi di lingua tedesca ma in espansione anche in Italia, come le Waldschule. È anche vero, però, a ben vedere, che coloro che decidono di far frequentare ai propri figli scuole del genere difficilmente arriverebbero a intentare causa agli insegnanti o all'istituto scolastico per lesioni di lievissima entità occorse durante l'orario scolastico. Si nota, quindi, in tali contesti una decisiva sussistenza di norme sociali che governano i rapporti tra allievi e genitori e tra questi e la scuola e gli insegnanti. Sono proprio simili norme sociali a inibire, in qualche modo, l'esigenza di richiedere un risarcimento davanti all'autorità giurisdizionale per quei danni che, secondo l'approccio di quella comunità, non rappresentano una vera lesione dei diritti della persona dell'allievo. Senza dubbio è vero che la persona umana e, a maggior ragione, la persona del bambino è meritevole della massima tutela da parte dell'ordinamento, ma è anche vero che tale tutela non deve trasformarsi in un indiscriminato riconoscimento di risarcibilità di danni di entità così lieve da non configurare una vera lesione della persona o del suo patrimonio. È necessario, dunque, un attento bilanciamento da parte degli organi giudicanti che, se nel caso di frattura di

²³ *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, 20 novembre 1989, art. 31: Gli Stati parti riconoscono al fanciullo il diritto al riposo e al tempo libero, a dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età e a partecipare liberamente alla vita culturale ed artistica. Gli Stati parti rispettano e favoriscono il diritto del fanciullo di partecipare pienamente alla vita culturale e artistica e incoraggiano l'organizzazione, in condizioni di uguaglianza, di mezzi appropriati di divertimento e di attività ricreative, artistiche e culturali.

²⁴ Tra le opere più celebri di M. MONTESSORI, v. *L'autoeducazione nelle scuole elementari*, E. Loescher & C. - P. Maglione e Strini, Roma 1916; *Educazione per un mondo nuovo*, Garzanti, Milano 1970 (I edizione inglese con il titolo *Education for a new world*, 1947)

²⁵ Tra gli interventi più celebri di R. STEINER, v. i cicli di conferenze *Educazione e insegnamento fondati sulla conoscenza dell'uomo* (Stoccarda, 1920 - 1923) e *Il sano sviluppo dell'essere umano - I* (Dornach, 23 - 30 dicembre 1921).

un arto o di lesioni permanenti, hanno il dovere di fare in modo che la vittima venga interamente ristorata del danno patito, non dovrebbero invece accordare la tutela risarcitoria nei casi in cui si lamentino lesioni talmente lievi da risultare quasi bagatellari se non immaginarie.

Resta, comunque, il fatto che in quest'ambito il nostro legislatore pecca di pusillanimità. Un intervento è oltremodo necessario, al fine di chiarire il titolo di responsabilità su cui basare le azioni per i danni occorsi agli allievi durante l'orario scolastico, il regime probatorio da adottare e la risarcibilità del danno. Sarebbe opportuno, infine, in tema di autolesioni, determinare il margine oltre il quale non si può chiamare un insegnante o l'istituto scolastico a rispondere per il danno cagionato da parte dell'allievo a se stesso, soprattutto se si considera che la giurisprudenza, nella pratica, pare restare abbastanza insensibile al disposto dell'art. 1227 c.c., volto a limitare l'entità del risarcimento nel caso di concorso del fatto colposo del danneggiato.

Per il momento, gli istituti scolastici possono adoperarsi, per evitare di essere chiamati a rispondere direttamente con il proprio patrimonio e per tutelare gli stessi insegnanti, stipulando polizze assicurative per la responsabilità civile. Questo soprattutto per quanto concerne gli istituti privati, che sono chiamati a rispondere per l'illecito dei propri dipendenti ex art. 2049 c.c., e gli insegnanti ivi impiegati, dato che per questi non vige il meccanismo di surroga da parte dello Stato come avviene nel caso in cui a essere chiamati in causa siano gli istituti scolastici e gli insegnanti pubblici. Dal lato degli alunni, è possibile che il Consiglio d'Istituto della scuola in cui sono iscritti preveda la stipulazione di un'assicurazione dai costi contenuti per i danni, derivanti per esempio da autolesione, a carico della stessa famiglia dell'alunno. L'allievo e la sua famiglia vengono in questo modo incentivati a tutelarsi autonomamente. Gli alunni, infatti, ai sensi della legislazione sulla sicurezza nei luoghi di lavoro²⁶, sono assicurati obbligatoriamente presso l'INAIL per gli infortuni, ma solo per quelli che possono accadere in seguito all'uso di particolari strumenti o ad attività di laboratorio. Per tutte le altre attività, ivi compresa l'attività di ricreazione, tale forma di tutela non è prevista. Gli insegnanti (o lo Stato) sono esposti al rischio che i danni eventualmente occorsi agli studenti o ai terzi per fatto compiuto dagli studenti vengano loro imputati, obbligandoli al conseguente risarcimento del danno. Ad ogni modo, anche prevedendo un obbligo assicurativo a carico degli alunni o degli insegnanti e degli istituti scolastici non è detto che si raggiungerebbero risultati ottimali. Anzi, potrebbe sorgere un problema analogo a quello nato con l'introduzione dell'assicurazione obbligatoria per gli autoveicoli: ovvero un'esplosione di contenziosi, spesso basati su danni fittizi, difficile da gestire e totalmente antieconomico. È vero che a pagare per i danni occorsi sarebbe l'assicurazione e non l'istituto scolastico, il singolo insegnante (o lo Stato) o la famiglia dell'alunno auto-danneggiatosi. E' altresì vero, però, che una moltiplicazione incontrollata dei casi di contenzioso e un indiscriminato riconoscimento della risarcibilità del danno condurrebbero a un aumento (indiretto) dei costi sociali per tutti i

²⁶ D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, *Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro*, art.2: L'allievo degli istituti di istruzione ed universitari e il partecipante ai corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici, ivi comprese le apparecchiature fornite di videoterminali limitatamente ai periodi in cui l'allievo sia effettivamente applicato alla strumentazioni o ai laboratori in questione.

consociati²⁷. All'aumentare del riconoscimento della risarcibilità del danno, aumenterebbero i premi assicurativi richiesti per le polizze: si innesterebbe un circolo vizioso e tutti i costi della facile e indiscriminata risarcibilità del danno si riverserebbero in capo agli stessi contribuenti.

La soluzione, dunque, pare stare nel mezzo: l'unica possibile risposta al dramma della responsabilità degli insegnanti e della facile risarcibilità risiede, oltre che nella presa di posizione del legislatore attraverso l'emanazione di una normativa ad hoc, nel buon senso del giudice, che, in attesa dell'auspicata riforma, deve riuscire a bilanciare secondo criteri di equità ed efficienza gli interessi in gioco, senza dimenticare che la funzione del risarcimento del danno è quella di ristorare i pregiudizi attraverso una diversa allocazione della risorse e non quella di creare nuova ricchezza.

²⁷ Per esempio, nel caso in cui a essere obbligato a stipulare una polizza assicurativa fosse un istituto scolastico pubblico, si avrebbe, oltre a un aumento dei costi di iscrizione, anche un innalzamento delle tasse e delle imposte a carico dei contribuenti, proprio per far fronte all'innalzamento dei costi delle polizze assicurative e/o all'aumento dei danni da risarcire.

I LIMITI ALLA RESPONSABILITÀ DELL'INSEGNANTE

di Chiara Marchetto

IL CASO

La vicenda vede coinvolta l'allieva di una scuola, la quale, al momento dell'uscita dall'edificio scolastico, quindi al termine delle lezioni, si siede sul corrimano del muretto collocato all'entrata dell'istituto. Mentre era seduta la malcapitata viene sospinta da un compagno, cadendo conseguentemente a terra e procurandosi per tale motivo delle gravi lesioni personali.

La malcapitata agisce chiedendo il risarcimento dei danni subiti nei confronti dell'Associazione Pedagogica Steineriana, della Carige Assicurazioni Spa e nei confronti della Provincia Autonoma di Trento.

La motivazione con cui la ricorrente richiede il risarcimento danni si rinviene nell'obbligo di sorveglianza che l'art. 2048 c.c. individua a carico dell'insegnante per i fatti commessi dagli alunni nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. La Corte di Cassazione però, rigetta il ricorso e, come avvenuto precedentemente sia nel giudizio di primo grado, che nel giudizio d'appello, ritiene infondata la pretesa risarcitoria avanzata dalla malcapitata.

Il giudice infatti afferma che il presupposto fondamentale perché possa venire in essere la responsabilità dell'insegnante è che l'allievo sia affidato alla sua sorveglianza. Come osserva il giudice, nel caso di specie i fatti si svolgono in un lasso di tempo e in un contesto spaziale in cui ormai i contatti tra l'insegnante e gli alunni possono definirsi conclusi. Infatti, come sappiamo, la vicenda viene in essere al momento dell'uscita dall'edificio scolastico, quindi una volta ultimato l'orario di lezione. Per di più l'incidente si verifica in uno spazio esterno allo stabile della scuola, ossia una scalinata posta oltre l'entrata della scuola stessa. Tutti questi elementi portano il giudice ad escludere che si possa richiamare in questo caso l'obbligo di sorveglianza da parte dell'insegnante, poiché questo sussiste solo quando l'allievo si trovi all'interno della struttura e limitatamente all'orario di servizio.

La responsabilità dell'insegnante, continua il giudice, non può essere richiamata né a titolo contrattuale, né a titolo extracontrattuale. Nel primo caso si lamenterebbe il mancato adempimento dell'obbligo di sorveglianza che grava sul precettore. Quindi, nel caso in cui intenda sostenere la sussistenza della prima ipotesi, l'attore dovrebbe dimostrare che i fatti si svolgono in un frangente in cui l'alunno è affidato all'insegnante e quindi sottoposto alla sorveglianza di questo. Nel caso concreto, considerando quando e dove si realizza il danno a carico dell'alunno, il giudice rileva che tale presupposto non ricorre, quindi affermare una responsabilità contrattuale dell'insegnante significherebbe ampliare eccessivamente ed ingiustificatamente quanto richiesto in forza del vincolo negoziale.

Nel caso in cui, invece, si volesse sostenere la sussistenza di una responsabilità a titolo extracontrattuale, si richiamerebbe un'omissione da parte dell'insegnante, il quale avrebbe dovuto porre in essere delle misure precauzionali suggerite dall'ordinaria diligenza atte ad evitare il fatto dannoso a carico dell'alunno. Ma anche in questa seconda ipotesi, l'evento si verifica in un contesto in cui tale pretesa non può essere avanzata nei confronti del precettore.

Quindi, in conclusione, volendo riassumere in termini molto sintetici il procedimento motivazionale seguito dalla Corte di Cassazione, potremmo dire che tutte le norme richiamate dalla ricorrente e sulle quali questa pretende di fondare la responsabilità dell'insegnante, in questo caso mancano del presupposto fondamentale, ossia la sottoposizione dell'allieva al controllo e alla vigilanza del precettore.

Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 16 febbraio 2015, n. 3081; Pres. Finocchiaro, Relatore Vivaldi.

Svolgimento del processo

M.T.P. ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi illustrati da memoria avverso la sentenza della Corte d'Appello di Trento del 29.9.2012 con la quale - in un giudizio di risarcimento danni nei confronti della Associazione Pedagogica Steineriana, della Carige Assicurazioni spa e della Provincia Autonoma di Trento per l'infortunio alla stessa occorso nel 1999 in ambito scolastico allorché, " all'uscita di scuola, mentre era seduta sul parapetto della scala della scuola, cadeva all'indietro sospinta da un compagno, procurandosi gravi lesioni - è stato rigettato l'appello dalla stessa proposta, con la conferma della sentenza di rigetto della domanda da parte del primo giudice. Resistono con separati controricorsi l'Associazione Pedagogica Steineriana e la Carige Assicurazioni spa. L'altra intimata non ha svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente denuncia art. 360 n. 3: violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2048, 1218 c.c., e art. 10 lett. A) d. lgs. 16.4.1994 n. 297, nonché art. 39 RD 30.04.1924 n. 965, anche in relazione alla giurisprudenza costante della Suprema Corte.

Con il secondo motivo si denuncia art. 360 n. 5 c.p.c.: omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti.

I due motivi intimamente connessi, sono esaminati congiuntamente. Essi non sono fondati per le ragioni che seguono. Il presupposto di fatto della responsabilità dell'insegnante per il danno che l'allievo subisce, e che costituisce il fondamento dell'obbligo di sorvegliarlo - obbligo la cui estensione ed intensità è commisurata all'età, in relazione al normale grado di maturazione degli alunni - è che gli sia affidato.

Colui che agisce per ottenere il relativo risarcimento, quindi, sia che invochi la responsabilità contrattuale, per non aver l'insegnante diligentemente adempiuto all'obbligo di sorvegliare gli alunni, sia che invochi la responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per non avere l'insegnante adottato le cautele necessarie, suggerite dall'ordinaria prudenza, in relazione alle specifiche circostanze di tempo e luogo, affinché sia salvaguardata l'incolumità dei discenti minori affidati, deve, in ogni caso, dimostrare che l'evento dannoso si è verificato nel periodo di tempo in cui l'alunno era sottoposto alla vigilanza dell'insegnante (fra le varie Cass. 4.2.2005 n. 2272). Inoltre, è utile chiarire cosa s'intenda per ambito e per orario scolastico, in modo tale potere estendere o meno l'obbligo dell'Istituto di vigilare sulla sicurezza e sulla incolumità dello scolaro fin dalla fase di ingresso nell'edificio; fin dal momento cioè in

cui l'allievo si trovi sulle scale esterne di accesso allo stabile, ovvero in area immediatamente a questo prospiciente.

Ora, in verità, un tale ampliamento dei concetti richiamati, vorrebbe significare anticipare l'operatività del vincolo negoziale, e del connesso regime di responsabilità, ad un arco spaziale e temporale dai contorni indefiniti, nel quale, il personale della scuola non è in grado di esercitare seriamente le sue proprie funzioni. In realtà, infatti, gli obblighi di sorveglianza e di tutela dell'Istituto scattano solo quando l'allievo si trovi all'interno della struttura, mentre tutto quanto accade prima, per esempio sui gradini di ingresso, può, ricorrendone le condizioni, trovare il suo addentellato giuridico nell'art. 2051 c.c., relativo alla responsabilità del custode (in questo senso anche Cass. 6.11.2012 n. 19160). Peraltro, la correttezza argomentativa che ha condotto i giudici del merito a motivare il loro convincimento di assenza di responsabilità da parte dell'istituto scolastico esclude la fondatezza dei rilievi denunciati che, nella parte in cui hanno ad oggetto la ricostruzione della fattispecie concreta, attraverso la surrettizia deduzione di violazioni di legge e di vizi motivazionali, in realtà inesistenti, tendono, piuttosto, ad introdurre una revisione del merito del convincimento del giudice di appello, preclusa in sede di legittimità.

Conclusivamente, il ricorso è rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e, liquidate come in dispositivo in favore delle resistenti, sono poste a carico della ricorrente.

Sussistono le condizioni per l'applicazione del disposto dell'art. 13 c. 1 quater d.p.r. n. 115/2002 introdotto dalla legge n. 228 del 2012.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese che liquida, in favore di Carige Assicurazioni spa in complessivi € 5.200,00, di cui € 5.000,00 per compensi, ed in favore della Associazione Pedagogica Steineriana in complessivi € 4.100,00, di cui € 3.900,00 per compensi; il tutto oltre spese generali ed accessori di legge. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater del d.p.r. n. 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso art. 13.

Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 16 febbraio 2015, n. 3081; Pres. FINOCCHIARO, Rel. VIVALDI; M.P.T. c. Associazione Pedagogica Steineriana, Carige Assicurazioni spa e Provincia Autonoma di Trento. *Conferma App. Trento 29 settembre 2012.*

Responsabilità civile – Responsabilità di genitori, tutori e precettori – Esigibilità dell'obbligo di sorveglianza – Non sussiste (Cod. civ. art. 2048)

L'insegnante non può essere responsabile del danno cagionato da un alunno nei confronti di un altro alunno, né a titolo di responsabilità contrattuale, per inadempimento dell'obbligo di sorveglianza cui è tenuto l'insegnante in forza del vincolo negoziale, né a titolo di responsabilità extracontrattuale, per la mancata adozione di misure precauzionali imposte dall'ordinaria prudenza, ove l'evento dannoso si verifichi in un

lasso di tempo in cui l'allievo non era sottoposto alla sorveglianza dell'insegnante. Gli obblighi di sorveglianza e tutela infatti sussistono solo quando l'allievo si trova all'interno della struttura scolastica, in un contesto spaziale e temporale nel quale l'alunno è effettivamente soggetto al controllo del personale scolastico e quest'ultimo può svolgere efficacemente le proprie funzioni. (1)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. La Corte di Cassazione ha sempre affermato che l'obbligo di sorveglianza da parte dell'insegnante sussiste limitatamente al periodo in cui l'alunno si trova sottoposto alla sua vigilanza e al suo controllo. Ha affermato quindi, senza discostarsi dall'indirizzo intrapreso e mantenendo un orientamento coerente, che al fine di vedere soddisfatta la pretesa risarcitoria l'evento dannoso a carico dell'allievo dev'essersi verificato in un lasso di tempo e in un contesto spaziale tale da far venire in essere la responsabilità del precettore. Quello che è però possibile notare all'interno dell'ampia casistica offerta dalla giurisprudenza di legittimità, è una certa variazione dei limiti di spazio e di tempo, in termini di ampliamento e di restringimento degli stessi. Osserviamo infatti che l'atteggiamento della S.C. in relazione a tali parametri subisce delle modulazioni. Al riguardo vi sono diverse pronunce che permettono di notare queste sfumature presenti all'interno del più generale orientamento giurisprudenziale. In primis si osservi la sentenza in cui la S.C., trovandosi a giudicare una fattispecie estremamente vicina al caso in esame, ha escluso la responsabilità dell'insegnante per il danno sofferto dall'alunno nel piazzale antistante alla scuola. Il giudice in questo caso ha ritenuto che l'evento non integrasse i requisiti richiesti, dal momento che i fatti si sono svolti nel piazzale antistante la scuola, ma tale luogo non è di esclusivo utilizzo della struttura scolastica. Determinante inoltre è che si siano svolti quando il ragazzo non era ancora stato accolto all'interno dell'edificio scolastico, quindi non era nemmeno entrato nella sfera di sorveglianza della scuola, ragione per cui non è possibile considerare quest'ultima come responsabile dei danni da questo sofferti (Cass. 4 febbraio 2005 n. 2272, in *Resp. civ.*, 2005, 6, 566). Coerentemente si nota come la S.C. mantenga tale indirizzo anche per quanto riguarda i danni che l'alunno abbia causato a sé stesso, prendendo come esempio la pronuncia in cui i giudici di legittimità rigettano la richiesta di risarcimento per il danno sofferto da un'allieva in seguito all'incidente avvenuto prima dell'inizio dello svolgimento delle lezioni, quindi in un orario precedente all'assunzione dell'obbligo di vigilanza da parte dell'insegnante (Cass. 6 novembre 2012 n. 19160, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, 1275). Alla medesima conclusione la Corte di Cassazione in talune pronunce perviene anche nel caso in cui il fatto si sia effettivamente svolto in un luogo di pertinenza e di uso della struttura scolastica, ma sia avvenuto durante un lasso di tempo che non può essere ricompreso nell'orario di servizio del personale scolastico. Così si è infatti pronunciata la S.C. in relazione al danno sofferto da un alunno a causa di un proprio compagno; i fatti si erano appunto svolti nel cortile della scuola, ma precedentemente all'inizio delle lezioni (Cass. 16 dicembre 2011 n. 27100, in *DeJure*). Procediamo adesso a considerare alcune sentenze in cui la Corte di Cassazione ha leggermente "inasprito" i propri parametri di valutazione dei requisiti della responsabilità dell'insegnante; si tratta di fattispecie avvicinabili a quelle del caso di specie per quanto attiene ai fatti svoltisi concretamente, ma in cui la S.C. non è pervenuta alle medesime conclusioni prima analizzate. Vi sono stati infatti casi in cui i giudici hanno ritenuto che il fatto verificatosi all'uscita da scuola, quindi successivamente alla fine delle lezioni, fosse potenzialmente

idoneo ad integrare la responsabilità dell'insegnante, dal momento che si è verificato al limitare del cortile della scuola (Cass. 11 gennaio 2008 n. 398, in *DeJure*). In tale specifico caso infatti, la Corte di Cassazione è giunta ad escludere la responsabilità del precettore non per il contesto in cui il danno è venuto in essere, ma perché, considerate le particolari circostanze, il fatto si è considerato inevitabile, rientrante in quella sfera di eventi repentini e imprevisi che caratterizzano la condotta dei bambini. Estremamente simile nei fatti risulta la pronuncia che ha come proprio oggetto la valutazione della responsabilità dell'insegnante per il danno sofferto da un'alunna al termine delle lezioni, nel cortile antistante l'edificio scolastico, in seguito al morso di un cane incustodito e sprovvisto di museruola introdottisi nel cortile stesso (Cass. 15 febbraio 2011 n. 3680 in *Danno e Resp.*, 2004, 11, 109, con nota di A. VENTURELLI). In tale caso i giudici di legittimità hanno affermato la sussistenza della responsabilità in capo all'insegnante dal momento che i fatti si sono svolti in un luogo utilizzato dalla scuola, indipendentemente dalla circostanza che ormai la giornata scolastica fosse giunta al termine e di conseguenza anche l'obbligo di vigilanza nei confronti degli studenti. Infine, i giudici di legittimità hanno ritenuto che l'insegnante fosse responsabile per i danni riportati da un'alunna in seguito ad un incidente avvenuto nel semi interrato dell'edificio scolastico, prima del suono della campanella. In tale occasione la S.C. ha sostenuto il venire in essere del dovere di sorveglianza per il solo fatto che l'allieva fosse giunta a scuola al mattino con lo scuolabus e fosse stata da questo lasciata nel piazzale antistante la scuola. Se considerassimo però l'orario in cui ciò avviene, dovremmo affermare che il personale scolastico non sarebbe stato tenuto ad offrire il servizio di vigilanza (Cass. 4 ottobre 2013 n. 22752, in *Foro it.* 2014, 3, I, 873). In conclusione consideriamo un precedente più risalente, in cui la Corte di Cassazione giunge ad affermare, in relazione al danno subito da un alunno antecedentemente rispetto all'orario di inizio delle lezioni, ma all'interno dei locali scolastici, che l'obbligo di sorveglianza può prescindere dalla stretta considerazione dell'orario delle lezioni, ma dev'essere valutato in relazione alla permanenza dell'alunno all'interno dell'edificio scolastico, e nel caso specifico può essere valutato in relazione alle operazioni necessarie per ultimare l'uscita degli allievi dalla struttura scolastica (Cassazione. 19 febbraio 1994 n. 1623, in *DeJure*).

Passando ora a considerare la giurisprudenza di merito, notiamo che questa ricalca grandemente l'orientamento già delineato dalla S.C., come testimoniano numerose pronunce al riguardo (App. Milano, 13 gennaio 2005, in *DeJure*; Trib. Bari, 31 marzo 2006, in *Corriere del merito* 2006, 8-9, 1010; Trib. Catania, 28 giugno 2011, in *DeJure*; Trib. Potenza, 15 maggio 2014, in *DeJure*; Trib. Milano, 12 marzo 2013, in *DeJure*; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, in *DeJure*). Nelle sentenze citate risulta evidente il richiamo alla giurisprudenza della S.C. e l'accoglimento della tesi secondo cui affinché si possa profilare la responsabilità dell'insegnante è necessario il previo affidamento dell'alunno alla struttura scolastica, in modo tale che possa venire in essere il l'obbligo di sorveglianza da parte del precettore. Merita comunque notare che talvolta la giurisprudenza di merito sceglie soluzioni che si allontanano dalla tesi ormai assodata, come dimostra la pronuncia in cui si afferma il dovere di vigilanza da parte dell'insegnante per il danno sofferto dall'alunno prima dell'inizio delle lezioni, quindi prima che il minore fosse entrato all'interno della sfera di controllo del personale scolastico (Trib. Venezia, 26 marzo 2008). Si osservi comunque che si tratta di un caso estremamente isolato.

In dottrina, G. BALDUIN – S. BUDA, *La Responsabilità civile e penale dell'insegnante*, Padova, CEDAM, 1999; A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, Giuffrè, 2008. Per riferimenti più specifici all'argomento trattato, A. VENTURELLI, *Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048 secondo comma c.c.*, nota alle sentenze Trib. Bologna, 4 maggio 2004 e Trib. Milano 19 giugno 2004, in *Danno e resp.*, 2004, 1094; D. CHINDEMI, *La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011; A. COCCHI, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati da allievi e derivati da culpa in vigilando*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011; V. CARBONE, *Responsabilità delle scuole per i danni riportati dall'allievo*, in *Corriere giur.*, 2014, 588.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza considerata si colloca nel solco della prevalente giurisprudenza in tema di responsabilità dell'insegnante, affermando che tale responsabilità viene in essere solo nel momento in cui l'alunno si trova effettivamente sottoposto all'obbligo di sorveglianza da parte del precettore. Analizzando la pronuncia, la motivazione attraverso cui si esprime la S.C. potrebbe sembrare eccessivamente essenziale, ma nonostante ciò l'argomentazione si può considerare complessivamente efficace. Probabilmente tale scelta di sintesi è dovuta anche all'esaustiva trattazione che viene data, sia per quanto attiene ai fatti, sia per quanto attiene ai precedenti giurisprudenziali, fin dalla sentenza che chiude il giudizio di primo grado della controversia

¹. Già in quest'occasione infatti il giudice ha provveduto ampiamente a sottolineare come l'evento si sia svolto in un contesto in cui non è possibile considerare come esistente il dovere di vigilanza da parte del precettore.

2. Natura della responsabilità dell'insegnante

È chiaro quindi come la tematica centrale della sentenza sia la responsabilità dell'insegnante per i fatti commessi dagli alunni. L'art. 2048 c.c. al secondo comma definisce il regime di responsabilità dei precettori e di coloro che insegnano un mestiere o un'arte; con il termine precettore si indicava in passato il soggetto che impartiva all'allievo un'educazione prettamente intellettuale. Tale figura, chiaramente, nel contesto attuale, risulta ormai desueta e corrisponde oggi a quella dell'insegnante.

Uno degli aspetti su cui si sono maggiormente concentrate la giurisprudenza e la dottrina è la natura di questa responsabilità, se si tratti cioè di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, soprattutto in relazione alla tipologia del danno sofferto dall'alunno, ossia se si tratti di danno inferto da altro alunno oppure autoinflitto. La Corte di Cassazione in diverse occasioni² ha tratteggiato un unico contesto di responsabilità, all'interno del quale convivono entrambe le fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e in ogni caso individua l'obbligo di vigilanza sui minori affidati ai loro precettori quale obbligo che necessariamente contiene in sé anche quello di adottare le opportune cautele affinché i minori non subiscano danni ad opera di altri minori, affidati anch'essi ai precettori. L'obbligo di vigilanza infatti attiene a tutta la sfera delle possibili situazioni di pericolo a cui può essere esposto il minore stesso, non potendo ravvisarsi una diversità sostanziale in ordine alle situazioni potenzialmente lesive.

¹ Come dimostra il testo della sentenza citata, Trib. Trento, 11 luglio 2011: "Infatti non risulta in alcun modo che la Ma. non abbia vigilato sul regolare deflusso degli alunni fuori dall'istituto: la teste ha dichiarato di aver "congedato" i ragazzi, con ciò dovendosi intendere che li avesse portati fuori dai locali della scuola. Tant'è vero che la stessa teste dichiara di essere stata richiamata dalle grida mentre stava rientrando, dovendo dunque supporre che sia lei che gli alunni da lei accompagnati fossero prima di quel momento già fuori dai locali della scuola. Inoltre il fatto che la insegnante Ma. abbia dichiarato di aver spesso richiamato i ragazzi a non soffermarsi sulla scalinata di accesso e a non sedersi sul muretto, non significa in alcun modo che la stessa fosse tenuta a ad una sorveglianza su questi aspetti in relazione ai propri obblighi di vigilanza. La Ma. infatti, plausibilmente, ha svolto alcuni richiami ravvisando situazioni di potenziale pericolo, che si manifestano sempre quando dei minori si radunano, ma questo non significa per converso che a tale sorveglianza la Ma. fosse tenuta".

² Cass. civ., 4 febbraio 2005, n. 2272, in *Resp. civ.*, 2005, 6, 566, che ritiene che: "In tema di responsabilità civile ex art. 2048 c.c., il dovere di vigilanza dell'insegnante per il danno subito dall'allievo — obbligo la cui estensione va commisurata all'età ed al grado di maturazione raggiunto dagli allievi in relazione alle circostanze del caso concreto — presuppone che l'allievo gli sia stato affidato, pertanto colui che agisce per ottenere il risarcimento deve dimostrare che l'evento dannoso si è verificato nel tempo in cui l'alunno era sottoposto alla vigilanza dell'insegnante, restando indifferente che invochi la responsabilità contrattuale per negligente adempimento dell'obbligo di sorveglianza o la responsabilità extracontrattuale per omissione delle cautele necessarie, suggerite dall'ordinaria prudenza, in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo, affinché sia salvaguardata l'incolumità dei discenti minori". Cass. 11 novembre 2003 n. 16947, in *Foro it.* 2004, I, 426, che afferma che: "Il titolo della responsabilità del Ministero della Pubblica Istruzione o dell'ente gestore di una scuola privata nel caso di alunni che subiscano danni durante il tempo in cui dovrebbero esser sorvegliati dal personale della scuola, può essere duplice e può essere fatto valere contemporaneamente: contrattuale se la domanda è fondata sull'inadempimento all'obbligo specificatamente assunto dall'autore del danno di vigilare ovvero di tenere una determinata condotta o di non tenerla; extracontrattuale se la domanda è fondata sulla violazione del generale dovere di non recar danno ad altri".

Procedendo a definire il vincolo tra allievo ed insegnante, questo si concretizza in un rapporto nell'ambito del quale il secondo assume, nel quadro del compressivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, al fine di evitare che l'allievo procuri danni agli altri e a sé stesso. Bisogna sempre tenere presente però che, più in generale, il rapporto giuridico lega il minore all'istituto scolastico, e tale relazione deriva dall'iscrizione dell'allievo presso l'istituto stesso; la Corte di Cassazione infatti ha argomentato più volte che, con l'accoglimento della domanda d'iscrizione, fra alunno ed istituto si instaura un vincolo negoziale dal quale sorge, a carico della scuola, l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità nel periodo in cui l'allievo fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni³. Dall'iscrizione presso l'istituto scolastico sorge l'obbligo di proteggere il minore, in virtù del contratto di protezione che trae origine dal contatto sociale che si viene a porre in essere tra insegnante ed alunno.

Di conseguenza, come viene indicato anche nella sentenza in esame, colui che agisce per ottenere il risarcimento potrà invocare sia responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c., facendo leva sull'inadempimento degli obblighi di vigilare ovvero di porre in essere o meno una determinata condotta contrattualmente assunti, che responsabilità extracontrattuale, espressione del generale divieto di *neminem laedere*, ai sensi dell'art. 2043 c.c., richiamando quindi la mancata adozione delle cautele necessarie ad evitare l'evento secondo il criterio dell'ordinaria prudenza.

3. Limiti alla responsabilità dell'insegnante

Presupposto fondamentale affinché venga in essere la responsabilità dell'insegnante per il danno subito dall'allievo, oltreché fondamento del dovere di vigilanza sullo stesso, è la circostanza che il ragazzo gli sia stato affidato; per questo chi agisce per ottenere il risarcimento deve dimostrare che l'evento dannoso si sia verificato nel tempo in cui l'alunno era sottoposto al controllo dell'insegnante. In quest'ottica risulta indifferente che venga invocata la responsabilità contrattuale per negligente adempimento dell'obbligo di sorveglianza, oppure la responsabilità extracontrattuale per omissione delle cautele.

Non si deve pensare che il periodo di vigilanza si limiti a quello durante il quale si svolgono le lezioni, ma si estende anche al tempo della ricreazione, alle gite scolastiche, alle ore di svago trascorse nei locali scolastici o di pertinenza della scuola, fino al momento di uscita⁴. In ogni caso, come viene ben espresso anche nella sentenza oggetto di commento, la responsabilità dell'insegnante incontra dei limiti; questi, solitamente, trovano come punti di riferimento fondamentali lo svolgimento dell'orario di lezione, e il verificarsi del fatto all'interno della struttura scolastica. Come si nota osservando la

³ P. CENDON, *Commentario al codice civile*, 2008, Milano, Giuffrè, pag. 738, dove si spiega come la responsabilità dell'insegnante vada riferita, oltre che alle tradizionali attività didattiche e ricreative, alle altre pratiche connesse all'attività di insegnamento, come per esempio le esercitazioni integrative, gli allenamenti sportivi, le visite e i viaggi d'istruzione.

⁴ Come stabilito anche dall'art. 350 del r.d. 26 aprile 1928 n. 1297: "Il maestro deve trovarsi alla scuola non meno di 10 minuti prima dell'inizio delle lezioni, per assistere all'ingresso dei suoi alunni; deve sorvegliare gli alunni stessi durante il tempo destinato agli insegnamenti integrativi o di religione ad altri affidati alla ricreazione e alla refezione dove l'orario adottato è unico; e deve rimanere nella scuola finché i suoi alunni ne siano usciti". In tale senso anche la giurisprudenza, tra le altre Cass. 14 ottobre 2003, n. 15321, in *Giur. it.* 2004, 1848: i giudici di legittimità affermano che incombe sul soggetto lesionato l'onere di provare il fatto costitutivo della sua pretesa.

giurisprudenza infatti, tutte le pronunce di legittimità e di merito che estendono la sussistenza dell'obbligazione di vigilanza anche oltre l'orario strettamente scolastico, attengono in linea di massima a situazioni quali il completamento dell'uscita degli alunni dalla scuola o l'intrattenersi degli stessi oltre l'orario di lezione all'interno degli spazi appartenenti all'edificio scolastico.

Con questo però non si deve pensare che la giurisprudenza abbia voluto affermare che l'obbligo di custodia debba estendersi a tutto il tempo necessario perché gli alunni, regolarmente accompagnati fuori dall'istituto, si allontanino completamente dalle vicinanze della struttura della scuola. Se così fosse innanzitutto, dal punto di vista dell'arco temporale in cui la sorveglianza dovrebbe svolgersi, tale lasso di tempo non potrebbe essere che indeterminato; a maggior ragione, quindi, totalmente indeterminata risulterebbe anche la determinazione spaziale delle superfici in cui tale sorveglianza dovrebbe avvenire. Se la pretesa fosse di tale entità le scuole dovrebbero dotarsi di un servizio di sorveglianza dell'uscita della scuola esterno ai locali e a tempo indeterminato, fino al completo allontanamento degli alunni. Ma tale servizio di vigilanza in concreto non avviene, e soprattutto non può ritenersi esigibile, dal momento che, una volta che l'operazione di uscita si è svolta in modo lineare e regolare, l'obbligo di vigilanza e controllo da parte degli insegnanti deve considerarsi concluso.

Riassumendo quindi si può affermare che il periodo di tempo in cui può sorgere la responsabilità del precettore decorre dall'ingresso dell'alunno nello spazio scolastico e termina con l'uscita dello stesso dall'istituto⁵.

4. Onere della prova

Secondo l'art. 2048 terzo comma c.c. l'insegnante "è liberato dalla responsabilità solo se dimostra di non aver potuto impedire il fatto". È opportuno considerare l'onere della prova secondo uno schema bifasico, analizzando prima la prova del titolo di responsabilità e dopo la prova liberatoria.

Il punto di partenza imprescindibile è la prova del rapporto di sorveglianza; la vigilanza sull'allievo, quindi, anche sotto il profilo dell'onere probatorio, assume un ruolo centrale similmente a quanto attiene gli altri aspetti funzionali della responsabilità dell'insegnante⁶. Tale prova è piuttosto agevole, in linea di massima viene fatta discendere dall'iscrizione dell'alunno alla scuola, dal momento che tale fatto genera nella maggior parte dei casi una responsabilità di tipo contrattuale in capo alla scuola.

Ci si chiede come vada provata la responsabilità dell'insegnante ed è qui opportuno segnalare una variazione che dipende dalla qualificazione della responsabilità; se questa si qualifica come extracontrattuale il regime probatorio sarà incentrato sull'elemento della colpa, se invece si sceglie la qualificazione contrattuale la prova si baserà sull'elemento dell'inadempimento.

Tale divaricazione ha delle conseguenze anche per quanto attiene alla prova liberatoria; gli artt. 1218 e 2048 terzo comma c.c. contengono infatti al loro interno la previsione di

⁵ G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, CEDAM, 1987.

P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Milano, Giuffrè, 2008: "Tra i commentatori si è dato altresì peso alla circostanza che i "precettori", a differenza di genitori e tutori, sono tenuti a rispondere dell'illecito cagionato dai loro allievi limitatamente al tempo in cui questi ultimi sono soggetto alla loro sorveglianza".

⁶ A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 387: "L'obbligo del danneggiato sarà quello di dimostrare che il danno si è verificato nel tempo in cui l'alunno è affidato alla scuola".

tale prova liberatoria. Nel primo caso si considera esonerato da responsabilità l'insegnante che riesce a dimostrare di non aver potuto impedire il fatto; deve quindi dare prova di non aver potuto impedire, nonostante tutta la diligenza osservata, il fatto illecito dell'alunno, che questo cioè si sia verificato per causa a lui non imputabile. Nel secondo caso invece si considera la regola generale in materia di inadempimento, quindi la responsabilità non verrà in essere se l'insegnante dimostra che il mancato adempimento determinato dall'impossibilità di attuare l'obbligo di sorveglianza è dipeso da causa a lui non imputabile.

In giurisprudenza si è poi affermato che la prova liberatoria per il precettore non è raggiunta dalla sola dimostrazione di non essere stato in grado di attuare un intervento correttivo o repressivo, ma richiede anche la dimostrazione di aver adottato in via preventiva, misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare la situazione di pericolo⁷. La prova liberatoria deve quindi consistere nella dimostrazione di aver esercitato la sorveglianza con una diligenza diretta ad impedire il fatto, essendo necessario un grado di sorveglianza correlato alla prevedibilità di quanto può accadere⁸. Il convenuto inoltre, al fine di prestare la propria prova liberatoria, dopo aver dimostrato di aver esercitato la vigilanza nella misura dovuta, può sostenere che, nonostante l'adempimento di tale dovere, il fatto dannoso si è verificato in ragione di un gesto repentino e non evitabile⁹. I giudici valutano se il gesto sia effettivamente repentino ed inevitabile in relazione al concetto di prevedibilità, a sua volta legato al diligente esercizio del dovere di sorveglianza. I criteri di prevedibilità e sorveglianza, comunque, sono entrambi relativi, ragion per cui necessitano di essere rapportati all'organizzazione attuata nel concreto svolgimento delle attività didattiche.

Nel caso in cui l'insegnante fosse assente nel momento in cui ha avuto luogo l'evento dannoso, il precettore deve dimostrare che l'attività svolta dagli scolari era tale da non comportare alcun pericolo per la loro incolumità, aspetto valutato in relazione all'età degli alunni e alla maturità media che si poteva da loro pretendere. In questo caso non potrà comunque liberarsi dalla responsabilità nel caso in cui l'assenza non sia giustificata oppure nel caso in cui non si sia fatto sostituire da altri componenti del personale didattico qualificato.

Ricordiamo inoltre che il dovere di vigilare, ragionevolmente, varia con l'età degli alunni sottoposti all'obbligo di vigilanza; tale dovere infatti è più rigoroso per gli insegnanti di scuola elementare, mentre si attenua con la crescita degli allievi stessi.

5. Legittimazione processuale

Merita infine una breve puntualizzazione su alcuni aspetti relativi alla legittimazione processuale nel giudizio attinente alla responsabilità dell'insegnante.

La legittimazione attiva non pone particolari problemi dal momento che potranno agire in giudizio i genitori o legali rappresentanti del minore o lui stesso una volta che sia diventato maggiorenne. Maggiori considerazioni richiede invece la legittimazione

⁷ Tra le altre: Cass. 21 febbraio 2003, n. 2657, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 378; Cass. 22 aprile 2009, n. 9542, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, 663; Cass. 4 febbraio 2014, n. 2413, in *Resp. civ. e prev.* 2015, 1, 295.

⁸ A. FERRANTE, *La responsabilità dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 2008, pag. 394: "In concreto si vincerà la prova della presunzione non solo se si dimostrerà che era impossibile esercitare la vigilanza, ma anche dimostrando che non esistevano misure idonee a prevenire il danno".

⁹ Cass. 24 febbraio 1997, n. 1683, in *Danno e resp.* 1997, 451: "La presunzione di colpa a carico dell'insegnante deve ritenersi superata dalla acquisita prova del positivo esercizio di vigilanza da parte della stessa e dall'essersi l'evento dannoso verificato in maniera del tutto repentina e imprevedibile".

passiva. Gli insegnanti di scuole pubbliche infatti, secondo l'art. 61 della l. 11 luglio 1980 n. 312¹⁰, sono esonerati dal processo e sostituiti dal Ministero della Pubblica Istruzione; quindi la legittimazione passiva cade in capo allo Stato, il quale potrà poi agire in via di regresso nei confronti degli insegnanti, ma solo nei casi in cui la responsabilità sia determinata da dolo o colpa grave. La Corte di Cassazione in merito ha precisato che la sostituzione comunque non opera sul piano sostanziale, incidendo così sul piano dell'operatività dell'art. 2048 secondo comma c.c., bensì si attua esclusivamente sul piano processuale, attraverso l'esonero dell'insegnante statale dal processo, in cui l'unico legittimato passivo è il Ministero dell'Istruzione¹¹.

Quindi, in definitiva, si può affermare che la sentenza oggetto d'esame si colloca perfettamente nell'alveo della prevalente giurisprudenza, richiamando, come mostrato, principi dati per assodati sia dalla giurisprudenza di legittimità che dalla giurisprudenza di merito. Egualmente all'interno della pronuncia si riscontra la condivisone di tesi ormai affermate dalla dottrina maggioritaria. Nel complesso dunque, la questione non presenta punti di particolare ostilità o difficoltà, come dimostrano sia la motivazione discretamente succinta presentata dalla Corte di Cassazione, sia la coerenza nell'esito del giudizio, che vede il rigetto della richiesta di risarcimento in tutti i gradi del giudizio, fin dal principio della controversia.

¹⁰ Art. 61 l. 11 luglio 1980, n. 312: "La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi".

¹¹ Cass. 29 aprile 2006, n. 10042, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 4.

CULPA IN VIGILANDO: RESPONSABILITÀ QUASI OGGETTIVA, PROVA DELLA LICEITÀ DEL FATTO

di Letizia Zavatti

IL CASO

In data 26 ottobre 2006 presso la Scuola Elementare Materna "Boccaccio" a Firenze, il minore R.S., figlio di S.A. e B.V. e alunno della suddetta scuola, in presenza dell'insegnante L.G. e della custode C.T., cade dallo scivolo perché spinto da un altro bambino e riporta una frattura al gomito del braccio destro ed un'invalidità temporanea totale e parziale tali da provocare il ricovero presso il Pronto Soccorso di Careggi.

In seguito alla denuncia di infortunio da parte del personale didattico, i genitori del minore S.A. e B.V. chiedono il risarcimento dei danni diretti e indiretti citando in giudizio il Ministero dell'Istruzione e la Direzione Didattica 11 Circolo di Firenze nella persona del Direttore Didattico pro tempore sollevando profili di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. ed extracontrattuale ex 2047 e 2048 c.c.. La responsabilità dell'accaduto viene imputata dalla parte attrice alle strutture scolastiche per non aver predisposto le cautele necessarie affinché fosse impedito l'accesso allo scivolo dei bambini e per l'assenza di un adulto che governasse lo svolgersi del gioco.

La Direzione Didattica e il Ministero si costituiscono in giudizio affermando in primo luogo che è stata offerta ai genitori la cifra di 2905,00€ a titolo di risarcimento del danno tramite l'intervento della Compagnia Assicurativa per la RC (Rem Ass.ni e La Piemontese ass.ni). Tale risarcimento viene accettato dalla famiglia in acconto del vantato maggior avere.

La Direzione Didattica ed il Ministero inoltre difendono la loro posizione rilevando il carattere di eccezionalità ed imprevedibilità dell'evento che non avrebbe consentito all'insegnante presente il verificarsi dell'evento dannoso.

La Direzione Didattica ed il Ministero in terzo luogo affermano che la sorveglianza dell'insegnante non si pone in termini assoluti ma occorre di volta in volta valutare in concreto l'esercizio del controllo in relazione ai parametri di età e di normale comportamento dei minori affidati alla cura del docente.

La Direzione Didattica ed il Ministero infine tacciano di corresponsabilità il minore che ha provocato l'infortunio di R.S. ed escludono la propria responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. ed extracontrattuale ex 2048 c.c.. Le parti convenute richiamano l'onere probatorio connesso di provare il fatto costitutivo dell'illecito di un alunno in danno di un terzo e fornire la prova liberatoria.

Allo stesso tempo la Compagnia Italiana Ass.ni s.p.a, chiamata in causa dalla parte convenuta affinché provvedesse alla manlevazione della stessa, contesta la domanda sia in relazione all'inidoneità dello scivolo e delle misure tecniche (compito del Comune di Firenze), sia sotto il profilo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del personale insegnante (e non docente) nella causazione del sinistro.

La causa viene decisa grazie alle dichiarazioni testimoniali di N.G. e G.L. e all'acquisizione della CTU medico legale della dottoressa M.D..

Il teste G.L. chiarisce di essere preposta, assieme alla collega SS, alla sorveglianza dei dieci bambini che giocavano salendo e scendendo dallo scivolo all'interno del perimetro dell'edificio scolastico ed afferma di essersi occupata della regolamentazione del gioco assicurandosi di fare salire e scendere i bambini uno alla volta. G.L. afferma altresì che il minore che ha provocato l'infortunio di R.S. è sceso dallo scivolo senza attendere il

disimpegno dello spazio e precisa che la sollecitazione che ha prodotto l'infortunio non è stata violenta ma nonostante ciò ha provocato il danno a R.S..

Il primo elemento da precisare è preliminare al giudizio relativo alla causa in oggetto ed inerisce alla disciplina della responsabilità del personale della scuola per danni prodotti a terzi per quanto concerne sia la responsabilità sostanziale sia la responsabilità processuale.

L'art. 61 della L. 11 luglio 1980, n. 312 prevede la surrogazione nel lato passivo della Pubblica Amministrazione al personale scolastico, nell'obbligazione risarcitoria verso i terzi danneggiati. Per tale ragione il dipendente viene estromesso dal giudizio e dalla responsabilità diretta verso il danneggiato. L'applicabilità della presunzione di *culpa in vigilando* ex art. 2048 comma 2 opera quindi nei confronti del Ministero dell'Istruzione, soggetto convenuto in giudizio nel caso in questione, in seguito alla sottrazione degli insegnati statali dalla legittimazione passiva nel processo.

Premesso ciò, in relazione all'evento occorso al minore R.S. si deve ritenere maturata la responsabilità del personale insegnante dell'Istituto Scolastico. Infatti l'unico onere a carico della parte attrice, affinché possa essere fatta valere la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza dell'amministrazione scolastica (art. 2048 comma 2, *culpa in vigilando*), è quello di provare che il danno è stato cagionato al minore durante il periodo in cui era sottoposto alla sorveglianza del personale scolastico. E' necessario tenere presente che tale obbligo di sorveglianza, vincolo negoziale che scaturisce dall'ammissione dell'allievo a scuola, è così ampio da imporre all'istituto scolastico di predisporre tutti gli accorgimenti necessari per evitare l'evento. Tale presunzione può essere resa inoperante solo nel caso in cui l'amministrazione scolastica dimostri di avere esercitato la sorveglianza sugli allievi con diligenza idonea ad impedire il fatto (cfr. Cass. Civ. 9542/2009).

Tuttavia l'argomentazione difensiva addotta dalla Direzione Didattica e dal Ministero è insufficiente poiché si limita ad affermare che il personale docente non è responsabile di quanto accade perché non può costringere gli alunni ad obbedire alle istruzioni impartite.

Per tale ragione il Tribunale ordinario di Firenze ritiene operante la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza dell'amministrazione scolastica ex art. 2048 comma 2, *culpa in vigilando*, accoglie la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale patito dal minore (e non in proprio dai genitori) ritenendo non congrua l'importo percepito *ante causam* dagli stessi e condanna la Direzione Didattica e il Ministero in solido a pagare agli attori la somma residua oltre agli interessi compensativi.

Allo stesso modo, per quanto concerne il *quantum debeatur* del risarcimento, è determinante la perizia medica effettuata da M.D. che prende in considerazione l'età del minore (3 anni e 9 mesi) e liquida il danno non patrimoniale con il 5% di personalizzazione per una somma pari a 12.635,00€ da cui è necessario sottrarre la cifra già ricevuta e sommare gli interessi al 2% sul totale ottenuto.

Per contro, in relazione alla richiesta di risarcimento del danno patrimoniale vantata dai genitori di R.S., non vi sono spese mediche documentate e non è fornita alcuna prova pertanto è da ritenersi rigettata la domanda.

Ultimo aspetto rilevante è la situazione della Compagnia Italiana Ass.ni s.p.a, terza parte chiamata in causa dai convenuti affinché provvedesse alla garanzia degli stessi in relazione al risarcimento del danno in conseguenza dell'accaduto. Il Tribunale ordinario di Firenze accoglie la domanda della parte convenuta pertanto la Compagnia Italiana Ass.ni s.p.a è obbligata a manlevare il Ministero dell'Istruzione e la Direzione Didattica 11 Circolo di Firenze.

Le spese processuali sono a carico dei convenuti in solido tra loro, così come le spese di CTU e CTP necessarie ai fini dell'istruttoria.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale ordinario di Firenze, Seconda sezione civile, nella persona del Giudice unico onorario Liliana Anselmo, ha pronunciato

SENTENZA

nella causa civile iscritta il 26.11.2008 e segnata dal N. 17952 del Ruolo Generale degli Affari Civili Contenziosi dell'anno 2008, promossa da

S.A. e B.V., in proprio e quali genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore R.S., nato il (...), rappresentati e difesi dall'Avv. Laura Garofalo ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Firenze, Via Bonifazi Lupi nr. 1, come da delega a margine dell'atto di citazione

Attori

CONTRO

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, e per la DIREZIONE DIDATTICA 11 CIRCOLO di Firenze, in persona del Direttore Didattico pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato e, in particolare, dall'Avvocatura Distrettuale di Firenze per vocazione territoriale, domiciliata presso gli Uffici di questa in Firenze, Via degli Arazzieri nr. 4

Convenuta

E

ITALIANA Assicurazioni S.p.A., quale incorporante La Piemontese Ass.ni S.p.A. (già Rem Ass.ni spa), in persona del responsabile dei Sinistri di Massa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Renato Martorelli, Luciano Spacca, Stefania Crema del Foro di Torino ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Ungar Marco del Foro di Firenze, in Firenze Viale Antonio Gramsci nr. 22, giusta procura apposta in calce all'atto di chiamata in causa

Terza chiamata in causa

Oggetto: Risarcimento danni

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato il 18.11.2008, i genitori del minore R.S., ovvero S.A. e B.V., hanno convenuto in giudizio la Direzione Didattica dell'11 Circolo di Firenze, in persona del Direttore Didattico/legale rappresentante, e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca per sentir accogliere le suesposte conclusioni con riguardo all'infortunio occorso al loro figlio in data 26.10.2006 presso la Scuola Elementare Materna "G. Boccaccio" in Firenze, di cui era alunno, nella quale, verso le ore 11,30 circa, alla presenza dell'insegnante L.G. e della custode C.T., cadeva dallo scivolo perché spinto da un altro bambino che, trovandosi a tergo di R.S., lo spingeva con i piedi.

A seguito dell'occorso R.S. cadeva in terra riportando la frattura del gomito del braccio destro ed una invalidità temporanea totale e parziale, tale da richiedere l'intervento del 118 e il ricovero presso il Pronto Soccorso dell'Azienda Ospedaliera di Careggi, danni

(diretti e indiretti) di cui viene chiesto il risarcimento; dell'evento è stata presentata denuncia di infortunio (prot. 6766 del 26.10.2006) da parte del personale didattico.

La responsabilità viene imputata alle strutture scolastiche per non aver predisposto a fatto predisporre delle cautele che impedissero l'accesso allo scivolo dei bambini e per l'assenza di un adulto che governasse lo svolgersi del gioco (sollevando profili di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. ed extracontrattuale ex art. 2047 e 2048 c.c.).

La Direzione Didattica e il detto Ministero si sono costituiti in giudizio rappresentando, in primis, che tramite l'intervento della Compagnia Assicurativa per la RC (Rem Ass.ni e La Piemontese ass.ni poi), era stato offerto ai genitori l'importo di Euro 2.905,00 a titolo di risarcimento del danno che, tuttavia, veniva accettato in acconto del maggior avere; in punto di diritto viene rilevata la "eccezionalità e la imprevedibilità" dell'evento che non avrebbe consentito all'insegnante presente di impedire il verificarsi dell'evento dannoso, asserendo che "un più pregnante controllo fisico sugli alunni si sarebbe rivelata del tutto inidonea a controllare le dinamiche corporee degli alunni ma anche dannosa sul piano educativo, in quanto ostativa di quei processi cognitivi e volitivi con cui il bambino in fase di crescita, determinando rilevanti modificazioni della realtà, si rapporta ad essa e ne acquisisce quindi la conoscenza.....l'interazione tra alunni pressoché coetanei, generata dalla partecipazione in gruppo ad un medesimo gioco, costituisce l'occasione in cui il bambino in un rapporto di stretta fisicità con i suoi simili, sviluppa conoscenza critica della realtà che lo circonda".

Inoltre si assume che la sorveglianza dell'insegnante non si pone in termini assoluti - tale per cui si determina il sorgere automatico della responsabilità per ogni evento dannoso che si verifica - in quanto occorrerebbe valutare il concreto esercizio del controllo alla luce dell'età e del normale comportamento dei minori affidati alle cure del docente; infine i convenuti tacciano di corresponsabilità anche l'altro minore che ha spinto R.S. ed escludono l'applicabilità al caso di specie dell'art. 2048 c.c. bensì quello di cui all'art. 1218 c.c. e richiamano l'onere probatorio connesso di "provare" il fatto costitutivo dell'illecito di un alunno in danno di un terzo (S.) e quindi di fornire la prova liberatoria; infine hanno chiesto, ottenendo la relativa autorizzazione, di chiamare in causa la Compagnia Assicurativa per essere da questa manlevati da ogni conseguenza.

La Compagnia Italiana Ass.ni S.p.A., costituendosi in giudizio, ha contestato la domanda sia sotto il profilo della "inidoneità" dello scivolo e delle misure tecniche (non) adottate (quali il non aver dotato di idonee protezioni tese ad attutire le cadute dei bambini), incombendo questo "compito" in capo al Comune di Firenze quale custode dei beni; in secondo luogo esclude che esista responsabilità del personale insegnante e non docente nella causazione del sinistro, sia sotto il profilo contrattuale che non.

La causa - dopo un iniziale "congelamento" per l'impedimento del giudice assegnatario - è stata assegnata all'odierno giudicante con Decreto del Presidente del Tribunale di Firenze nr. 163 del 22.10.2010; la causa è stata istruita, previa concessione dei termini di cui all'art. 183 sesto comma con ordinanza dell'8.3.2011, con l'assunzione delle dichiarazioni testimoniali di N.G. e di G.L. (ud. 17.1.2012) e con lo svolgimento della CTU medico legale da parte della dott.ssa M.D..

La causa, ritenuta matura per la decisione con ordinanza del 20.12.2012, è stata trattenuta in decisione successivamente alla scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. con decorrenza dal 18.7.2013.

Motivi della decisione

In diritto

La disciplina della responsabilità del personale della scuola per i danni prodotti ai terzi nell'esercizio delle funzioni di vigilanza degli alunni, sotto l'aspetto sia sostanziale che processuale è stata modificata dall'art. 61 della L. 11 luglio 1980, n. 312 che ha previsto la surrogazione, nel lato passivo, dell'Amministrazione al personale scolastico, nell'obbligazione risarcitoria verso i terzi danneggiati e la conseguente esclusione della legittimazione passiva degli insegnanti. La norma, per un evidente fine di solidarietà, prevede la surroga della P.A. al personale direttivo, docente, educativo, nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi. La surroga, in tal caso, opera nel lato passivo, nel senso che la P.A. assume, in caso di azione giudiziaria, la posizione del dipendente pubblico, sia per la legittimazione passiva (il che determina l'estromissione del dipendente dal giudizio e dalla responsabilità dirette verso il danneggiato), sia per la posizione sostanziale, nel senso che assume le responsabilità e le conseguenze della responsabilità civile, ove questa sia accertata giudizialmente. Si verifica, quindi, la sottrazione degli insegnanti statali alle conseguenze dell'applicabilità nei loro confronti della presunzione di cui all'art. 2048, secondo comma, c.c., nei giudizi di danno per "culpa in vigilando", ma con conseguenze esclusivamente sul piano processuale, mediante l'esonero dell'insegnante statale dal processo, nel quale l'unico legittimato passivo è il Ministero dell'istruzione, nei cui confronti continuerà ad applicarsi, nei casi di danno provocato da un alunno ad un altro alunno, la presunzione di responsabilità prevista dalla norma citata, mentre la prova del dolo o della colpa grave dell'insegnante rileva soltanto ove l'amministrazione eserciti, successivamente alla sua condanna, l'azione di rivalsa nei confronti del medesimo. L'art.61 della L. 11 luglio 1980, n. 312, testualmente dispone: "La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi".

Nel merito

L'insieme degli elementi probatori acquisiti a seguito dell'istruttoria espletata consentono di ritenere maturata la responsabilità in capo al personale insegnante dell'Istituto Scolastico per l'evento occorso al minore e per cui è processo.

Il teste G.L. (N. nulla ha visto) ha chiarito che era preposta, unitamente ad altra insegnante S.S., alla sorveglianza dei bambini che giocavano salendo e discendendo dallo scivolo (gioco non pericoloso proprio perché dedicato esclusivamente ai bambini) posizionato nel cortile dell'edificio scolastico e che regolamentava la salita e la discesa della decina di alunni impegnati nel gioco, assicurandosi che i bambini salissero sulla scaletta uno alla volta e discendessero sempre uno alla volta, per cui chi doveva scivolare avrebbe dovuto attendere che il precedente compagno di giochi terminasse la discesa e si allontanasse dallo scivolo; senonché "...R. si è fermato quasi in fondo alla discesa e la bambina che lo seguiva è partita lo stesso senza aspettare che R. disimpegnasse lo scivolo....R. è caduto a seguito della spinta con i piedini da parte della bambina che scendeva e la sollecitazione della bambina non è stata violenta....R. è andato di lato, cadendo a terra superando il bordo laterale dello scivolo".

Parte attrice ha adempiuto all'onere probatorio a lei spettante, provando che il danno è stato cagionato al minore durante il tempo in cui lo stesso era sottoposto alla vigilanza

del personale scolastico, il ch     sufficiente a rendere operante la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza (spettando all'amministrazione scolastica dimostrare di aver esercitato la sorveglianza sugli allievi con diligenza idonea ad impedire il fatto cfr. Cass. 9542/2009); deve pertanto escludersi che si sia trattato di un episodio di "autolesionismo", per sostenere il quale, ad ogni, la Direzione Didattica avrebbe dovuto fornire la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare l'evento, tanto da farlo ricadere nell'alveo delle ipotesi interruttive del nesso causale (forza maggiore o caso fortuito).

L'obbligo di vigilanza connesso al vincolo negoziale che scaturisce dall'ammissione dell'allievo a scuola, si estende sino ad imporre all'istituto scolastico di predisporre tutti gli accorgimenti all'occorrenza necessari "sia all'interno dell'edificio che nelle pertinenze scolastiche, di cui abbia a qualsiasi titolo la custodia" ivi compreso, pertanto, "il cortile dell'edificio scolastico, del quale la scuola abbia la disponibilit   e ove venga consentito il regolamentato accesso e lo stazionamento degli utenti, e in particolare degli alunni"

L'argomento difensivo secondo il quale il personale docente non pu   imporre o costringere fisicamente i bambini a restare fermi o ad obbedire alle istruzioni impartite o a non giocare, non sarebbe "responsabile" di quanto accade, pare "fuorviante", stante invece il preminente compito istituzionale cui   preposto l'istituto scolastico frequentato da minori che deve appunto "formare ed educare" mediante indicazioni e prescrizioni nell'intento di orientare i comportamenti tenuti dai minori verso forme di responsabilizzazione, a tutela non solo dei terzi e di se stessi.

Sul quantum debeatur R.S.

La perizia medica a firma del dr. CTU M.D. viene condivisa da questo giudice relativamente alla quantificazione del danno risarcibile come danno non patrimoniale, per cui viene liquidato a tale titolo la somma di Euro 12.635,00 (R.S. al momento del sinistro aveva 3 anni e nove mesi e si riconoscono Euro 6795,00 per P.P. 4% , Euro 4000 per gg 40 di ITT, Euro 1000 per 20 gg per ITP al 50%, Euro 500 per gg 20 di ITP al 25%, oltre ad Euro 340 per il 5% di personalizzazione del danno, tenendo conto della tenera et   del piccolo).

Quanto al danno patrimoniale, non vi sono spese mediche e documentate.

Dalla somma indicata deve essere detratta quella di Euro 3.282,00 (Euro 2905,00 rivalutati dal settembre 2007 ad oggi), per cui residua quella di Euro 9.353,00, sulla quale sono dovuti gli interessi compensativi del 2% sulla somma devalutata al 26.10.2006 e via via rivalutata secondo indici Istat fino al saldo.

Sul quantum debeatur del danno dei genitori in proprio

Gli attori non hanno fornito alcuna prova in merito al danno patrimoniale richiesto iure proprio e va rigettata.

Le spese processuali sono poste a carico dei convenuti in solido tra loro.

La terza chiamata in causa   tenuta a manlevare i convenuti.

P.Q.M.

Il Tribunale ordinario di Firenze, Seconda sezione civile, definitivamente pronunziando, nella causa promossa da A.S. e V.B., in proprio e quali genitori di S.R., avverso la Direzione Didattica dell'11 Circolo di Firenze, in persona del Direttore Didattico p.t., e avverso il Ministero dell'Istruzione, in accoglimento della sola domanda di risarcimento dei danni patiti dal minore, ritenuto non congruo l'importo gi   corrisposto ante causam condanna

La Direzione Didattica dell'11 Circolo di Firenze ed il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in solido tra loro, a pagare agli attori la somma residua di Euro 9.353,00, oltre interessi compensativi del 2% sulla somma devalutata al 26.10.2006 e via via rivalutata secondo indici Istat fino al saldo.

rigetta

la domanda di risarcimento dei danni formulata in proprio dagli attori.

accoglie

La domanda di manleva proposta avverso la Compagnia Assicurativa Italiana Ass.ni S.p.A..

pone

le spese processuali di parte attrice a carico dei convenuti in solido tra loro e sono liquidate in Euro 4000 per compenso, oltre spese vive, rimborso forfettario del 15%, iva e CpA come per legge.

Le spese di CTU (dr.ssa M.) e di CTP (dr. S.L. (Euro 360) vengono sempre poste a carico di parte convenuta.

Così deciso in Firenze, il 5 luglio 2014.

Depositata in Cancelleria il 7 luglio 2014.

TRIBUNALE DI FIRENZE, sentenza 7 luglio 2014; Giud. ANSELMO; S.A. e B.V., in proprio e quali genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore R.S. (Avv. GAROFALO) c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in persona del Ministro pro tempore, Direzione Didattica 11mo Circolo di Firenze (Avv. Distrettuale dello Stato di Firenze), ITALIANA Assicurazioni S.p.A., incorporante La Piemontese Ass.ni S.p.A. (già Rem Ass.ni spa) (Avv.ti MARTORELLI, SPACCA, CREMA).

Responsabilità civile extracontrattuale – Tutori, Precettori, Maestri d'arte - Danno a minore cagionato da terzo – *Culpa in vigilando* – Presunzione di colpa – Onere della prova liberatoria a carico dell'insegnante (art. 2048 c.c., dell'art. 350 del Regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare approvato con r.d. 26 aprile 1928, n. 1297)

Responsabilità civile extracontrattuale – Tutori, Precettori, Maestri d'arte - Danno a minore cagionato da terzo – *Culpa in vigilando* – Esonero dalla responsabilità indiretta degli insegnanti (art. 28 comma 2 Cost, art. 2048 c.c., art. 61 legge n. 312/1980)

Danni civili - Danno non patrimoniale del minore – Quantificazione del danno – Personalizzazione del danno in base all'età (art. 2059 c.c., 1226 c.c., Tabelle di Milano)

Gli insegnanti delle scuole elementari e materne sono responsabili dei danni cagionati dal fatto illecito compiuto dagli allievi nel tempo in cui questi sono sottoposti alla loro vigilanza, se non provano ex art. 2048 c.c. di non aver potuto impedire il fatto dimostrando di avere esercitato la vigilanza sugli alunni nella misura dovuta ai sensi dell'art. 350 del Regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare approvato con r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 e che, nonostante l'adempimento di tale dovere, il fatto dannoso abbia impedito loro un tempestivo efficace intervento per la sua repentinità ed

imprevedibilità. (Nella specie, il danno occorre ad un minore ed era cagionato da un terzo, parimenti minore, all'interno di una Scuola materna elementare, durante la discesa da uno scivolo con vigilanza dell'insegnante incaricato, che, nonostante il tentativo di dimostrare l'adempimento del proprio dovere nella misura dovuta, non riesce a fornire la prova positiva necessaria per liberarsi dalla presunzione di responsabilità). (1)

La Pubblica Amministrazione si surroga agli insegnanti delle Scuole elementari e materne quale unico legittimato passivo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, pertanto gli insegnanti sono esonerati sul piano processuale da responsabilità diretta per responsabilità diretta patrimoniale per culpa in vigilando ex art 2048, comma 2 c.c.. Gli insegnanti delle scuole elementari e materne responsabili per danni cagionati ad un minore da un terzo rispondono direttamente solo in caso di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni in relazione ai quali la Pubblica Amministrazione ha diritto di rivalsa. (Nella specie, del risarcimento del danno non patrimoniale subito dal minore sotto la vigilanza dell'insegnante rispondono il Ministero dell'Istruzione e la Direzione Didattica 11 Circolo di Firenze poiché avviene la surrogazione nel lato passivo da parte della Pubblica Amministrazione nella posizione dell'insegnante in quanto non responsabile in via diretta per dolo o colpa grave). (2)

Il danno non patrimoniale deve essere liquidato provvedendo all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione che tenga debito conto nella liquidazione fondata su parametri oggettivi standard anche di tutte le circostanze del caso concreto palesando l'iter logico attraverso cui l'organo giudicante perviene alla relativa quantificazione, permettendo di stabilire se e come si tenga conto della gravità del fatto, delle condizioni soggettive della persona, dell'entità della relativa sofferenza. (Nella specie, il Tribunale di Firenze descrive in modo logico l'iter perseguito per definire l'entità del quantum debeatur a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale al minore R.S. precisando le cifre di liquidazione in base ai parametri medici stabiliti dalla perizia del CTU, specificando la percentuale di personalizzazione dello stesso (5%) e giustificandone l'entità nella tenera età del minore). (3)

(1) In giurisprudenza non ho reperito precedenti contrari, constano invece numerosi precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità rileva la sentenza n. 10770/1996 del Tribunale di Roma, successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Roma in sede di rinvio con sentenza n. 433/1999. La Corte territoriale osservava che il minore B., mentre teneva il flauto tra le labbra apprestandosi a suonarlo, era stato colpito, con un movimento del tutto anomalo ed estraneo alla normalità, da un compagno con una gomitata che gli aveva procurato la rottura di due incisivi; alla condotta dell'allievo che aveva tenuto il comportamento descritto conseguiva la responsabilità degli insegnanti e, quindi, della pubblica amministrazione per culpa in vigilando ex art. 2048 c.c.; la prova liberatoria era risultata carente essendo venuta meno l'inammissibile prova testimoniale resa dai due insegnanti. Rilevano inoltre le pronunce Trib. Perugia, 22 novembre 2001, RGU, 2003, 75; Trib. Torino 25 maggio 2005, RCP, 2006, 6, 1142; App. Milano, sez. IV, 18 settembre 2008, n. 2504. In quella di merito rileva la sentenza di Cassazione n. 894 del 1977 che afferma che gli insegnanti delle scuole elementari rispondono dei danni cagionati dall'atto illecito compiuto da un allievo in danno di un altro nel tempo in cui essi sono sottoposti alla sua vigilanza. Rileva inoltre la sentenza di Cassazione n. 318/1990 che statuisce che essi sono tenuti a

provare ex art. 2048 c.c. di non aver potuto impedire il fatto e dimostrando di avere esercitato la vigilanza sugli alunni nella misura dovuta e l'impossibilità di impedire l'atto illecito per la sua repentinità e imprevedibilità, tale da non consentirgli un tempestivo efficace intervento. Nella giurisprudenza di merito rileva altresì il precedente in termini della pronuncia della Corte di Cassazione Civile, Sez. III, n. 1683/1997 in riferimento all'azione giudiziaria compiuta da SG, padre esercente la potestà sulla figlia minore che trovandosi nei locali della scuola elementare Aldo Moro di Varedo, spinta a tergo dallo scolaro RD, era caduta a terra riportando la rottura dei denti incisivi e conveniva dinanzi al Tribunale di Milano i genitori di RD, in proprio e quali legali rappresentanti del figlio minore, l'insegnante TL, presente all'incidente, e il Ministero della Pubblica Istruzione, chiedendone la condanna solidale al risarcimento dei danni. Con sentenza del 19 dicembre 1991 il Tribunale adito rigettava la domanda affermando che la presunzione di responsabilità per culpa in vigilando del precettore ex 2048 doveva ritenersi vinta dall'acquisita prova circa il positivo esercizio da parte della maestra del suo dovere di vigilanza e circa il verificarsi del tutto repentino e imprevedibile del fatto in questione. E' orientamento giurisprudenziale costante e condensato nella sentenza Cassazione Civile, sez. III, n. 24997/2008 che, la responsabilità dell'amministrazione scolastica ex L. n. 312 del 1980, art. 61 prevede che sul danneggiato incomba l'onere di provare soltanto che il danno è stato cagionato al minore durante il tempo in cui lo stesso era sottoposto alla vigilanza del personale scolastico, dato sufficiente a rendere operante la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza, mentre spetta all'amministrazione scolastica dimostrare di aver esercitato la sorveglianza sugli allievi con diligenza idonea ad impedire il fatto. La pronuncia di Cassazione Civile, sez. III, n. 2657 del 2003 statuisce che, per superare la presunzione di responsabilità che ex art. 2048 c.c., grava sull'insegnante per il fatto illecito dell'allievo, non è sufficiente la sola dimostrazione di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo, dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma è necessario anche dimostrare di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale. Va altresì sottolineata la pronuncia di Cassazione Civile, sez. III, n. 2485/58 che, sul piano dell'interpretazione letterale, fonda nell'art. 2048, comma 2, l'espresso riferimento al danno cagionato dal fatto illecito dell'allievo, presupponendo quindi un fatto obbiettivamente antigiusuridico lesivo di un terzo. Pertanto nella ricostruzione della disciplina della responsabilità aquiliana, l'art. 2048 è concepito come norma di 'propagazione' della responsabilità, in quanto, presumendo una culpa in vigilando, chiama a rispondere genitori, tutori, precettori e maestri d'arte per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi: la responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori, tutori, precettori e maestri d'arte. La consolidata giurisprudenza di merito nelle sentenze Cass. civ., sez. III, n. 2657/2003; Cass. civ., Sez. Un. 9346/2002; Cass. Civ. n. 24997/2008; Cass. Civ. n. 2657/2003; Cass. Civ. n. 5668/2001; Cass. Civ. n. 2027/1984; Cass. civ. n. 826/1981 e Cass. n. 2272/2005, afferma che la prova liberatoria per il precettore non può dirsi raggiunta in base alla sola dimostrazione del precettore di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo, ma richiede anche la dimostrazione di avere adottato, in via preventiva, le misure organizzative o disciplinari idonee ad evitare la situazione di pericolo. La prova liberatoria può consistere nella dimostrazione di aver esercitato la sorveglianza con una diligenza diretta ad impedire il fatto, essendo necessario un grado di sorveglianza correlato alla prevedibilità di quanto può accadere (Cass. Civ. n. 318/1990). La prova liberatoria consiste nella dimostrazione di aver esercitato la

vigilanza nella misura dovuta, e che nonostante l'adempimento di tale dovere il fatto dannoso per la sua repentinità ed imprevedibilità abbia impedito un tempestivo ed efficace intervento (Cass. Civ. n. 1683/1997; Cass. Civ. n. 894/1977). Per accertare la prevedibilità del fatto il giudice del merito deve far riferimento alla sua ripetitività e ricorrenza statistica, non astrattamente intesa, ma correlata al particolare ambiente di cui si tratta, sulla base della ragionevole prospettazione secondo cui certi eventi, già verificatisi in date condizioni, possono, al riprodursi di queste, ripetersi (Cass. Civ. n. 10723/1996). In dottrina, con riferimento al tema della presunzione di colpa a carico dell'insegnante di scuola pubblica per danni commessi da un minore ad altro allievo durante il periodo di vigilanza del precettore si vedano: CHINDEMI, 'La responsabilità dell'insegnante per danni subiti dall'alunno' in Resp. civ. e prev., fasc.10, 2011, pag. 2137B; FACCI, 'Responsabilità civile e previdenza', 2001 fasc. 4-5, pp. 1003 – 1017; BELLI, 'Minori, capacità di discernimento ed esercizio della sorveglianza da parte degli insegnanti' in 'Famiglia, Persone e Successioni', 2012 fasc. 11, pp. 816 – 823; COCCHI, 'La Pubblica Amministrazione ancora responsabile per culpa in vigilando, ex art. 2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi', in Responsabilità civile e previdenza, 2012 fasc. 3, pp. 964 – 972. Tra le opere di dottrina che si sono occupate della responsabilità dei precettori, oltre a quelle già citate, si segnalano inoltre: TABET, 'Questioni in tema di fatti illeciti di minori', in Foro it., 1953, I, 1432; MARCHETTI, 'Sulla responsabilità per fatto altrui', in Riv. dir. comm., 1961, I, 137 ss.; RODOTA', 'Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964, 156 ss.. Contraria a tale impostazione del problema si dichiara quella parte della dottrina che ritiene non incomba sugli insegnanti un generale obbligo di vigilanza, ma solo lo specifico dovere, sancito dagli art. 2047 e 2048 c.c., di impedire che gli alunni compiano fatti illeciti a danno di terzi. Sul punto si veda il testo: ZACCARIA, 'Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore', id., 1996, I, 241.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Sul tema della surrogazione della Pubblica Amministrazione al personale scolastico nelle responsabilità civili per danni causati a terzo dal comportamento degli alunni sottoposti alla vigilanza del personale stesso, salva rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, si vedano nella giurisprudenza di merito le pronunce di Cass. Civ. n. 2342/1977 e Cass. Civ. n. 263/1970. In riferimento al tema della surroga del Ministero della Pubblica Istruzione si veda la pronuncia di Cass. Civ. n. 2839/2005 che consolida l'orientamento in favore dell'esclusiva operatività sul piano processuale mediante l'esonero dell'insegnante statale dal processo. Le conclusioni in punto di legittimazione passiva alle quali è pervenuta la Cassazione con le suddette pronunce è presente inoltre ulteriormente dalle Sezioni unite decisioni n. 260/1972 e n. 8390/95.ai fini della composizione del contrasto sull'ambito di applicazione dell'art. 2048, comma 2. Con l'art. 61, comma 2, seconda parte, è stata soppressa la legittimazione passiva degli insegnanti, stabilendosi che, nei confronti dei terzi danneggiati, debba rispondere, in via diretta, soltanto l'Amministrazione, con conseguente esclusione della legittimazione passiva dell'insegnante. Ad ulteriore conferma di tale orientamento giurisprudenziale si pone la sentenza di Cassazione Civile, sez. III n. 6331/98. Il caso riguardava un alunno di una scuola elementare statale che, durante la ricreazione pomeridiana, era stato indotto ad inciampare da un compagno ed era caduto riportando la rottura dei denti incisivi superiori. La sentenza ritiene applicabile l'art. 2048, comma 2, con le conseguenti agevolazioni sul piano probatorio, ravvisando la fonte della responsabilità nell'obbligo di sorveglianza, funzionale alla conservazione della disciplina nella popolazione scolastica e, in tale ambito, all'impedimento di atti causativi di danno. È utile rilevare che la sentenza

afferma anche che, in virtù dell'art. 61, comma 2, seconda parte, della legge n. 312 del 1980, la legittimazione passiva spetta esclusivamente all'Amministrazione come inoltre già statuito dalle S. U. con la sentenza n. 7454/97. Quest'ultima norma vede la concorde opinione della giurisprudenza emergente tra le altre nelle sentenze della Sez. III di Cassazione Civile n. 2463/95; n. 7454/97; n. 8308/2008; n. 24997 del 2008 e n. 6331/98, esclude infatti in radice la possibilità che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da culpa in vigilando. In dottrina, con riferimento alla surrogazione del Ministero dell'Istruzione nella posizione del precettore si vedano: CORSARO, 'Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore', in Riv. dir. comm., 1967, I, 38 ss.; STADERINI, 'Ancora sulla responsabilità degli insegnanti: «precettori» e docenti di scuola pubblica', in Riv. giur. scuola, 1971, 426; BESSONE, 'La «ratio legis» dell'art. 2048 c.c. e la responsabilità civile degli insegnanti per il fatto illecito del minore', in Foro pad., 1981, I, 329; VISINTINI, 'I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità', Padova, 1987, 531 ss.; AMENTA, 'Affidamento di minore - Dovere di vigilanza', in Nuova giur. civ., 1987, I, 496; FRANZONI, 'Fatti illeciti', in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2043-2059. In relazione all'orientamento della dottrina contraria si vedano invece: COSENTINO, Nota a Trib. Latina 4 dicembre 1990, in Foro it., 1992, I, 3149; e BILANCIA, 'Una rimediazione della responsabilità civile della PA. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte costituzionale', in Giur. costit., 1992, 1618.

(3) Nella giurisprudenza di legittimità non ho rilevato la presenza di precedenti in termini. Nella giurisprudenza di merito rilevano le storiche sentenze San Martino che hanno stabilito che il danno non patrimoniale costituisce un modello unitario del quale le singole categorie hanno solo valenza descrittiva (Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975). In relazione al tema della personalizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale afferma l'impossibilità di liquidare lo stesso in termini puramente simbolici o irrisori o comunque non correlati all'effettiva natura o entità del danno ma sono criteri necessario la congruità e la rilevanza delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno al fine di raggiungere la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento, senza tuttavia eccedere rilevano in qualità di precedenti conformi le pronunce di Cass. Civ., n. 7740/2007; Cass., Sez. Un., n. 26972/2008; Cass. Civ., n. 15760/2006. Fra le tante pronunce di cui sono un esempio Cass. Civ. Sez. III, n. 29191/2008, la Suprema Corte ribadisce che la liquidazione equitativa deve palesare il percorso logico attraverso cui il giudice di merito perviene alla relativa quantificazione, permettendo di stabilire se e come abbia tenuto conto della gravità del fatto, delle condizioni soggettive della persona, dell'entità della relativa sofferenza e del turbamento del suo stato d'animo.

In dottrina, con riferimento al tema della quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale si vedano: PONZANELLI, 'Il controllo della Cassazione sul "quantum" del risarcimento' 2014 fasc. 1, pp. 31 – 32 e 'Tabelle, prova del danno e concezione unitaria del danno non patrimoniale' 2013 fasc. 6, pp. 597 - 600, in Danno e responsabilità; 'Nozione unitaria del danno non patrimoniale e personalizzazione del risarcimento.', FRATA, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2012 fasc. 3, pt. 1, pp. 240 – 246; SPERA, 'Tabella milanese e Cassazione' in Danno e responsabilità, 2012 fasc. 2, pp. 121 – 134; CHINDEMI, Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle., in Responsabilità civile e previdenza, 2011 fasc. 1, pp. 198 – 205; e infine RAIMONDI, 'Personalizzazione del danno non patrimoniale: il rischio delle

"gabbie risarcitorie", in 'Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale', 2011 fasc. 3, pt. 2, pp. 436 – 441.

IL COMMENTO

1. La responsabilità degli insegnanti come forma di responsabilità oggettiva: inquadramento del tema

La sentenza in esame offre un interessante spunto in relazione all'analisi generale del concetto di responsabilità oggettiva come risposta palliativa e semplificata del legislatore per soddisfare l'esigenza di pretesa risarcitoria della categoria di soggetti esercenti la potestà genitoriale sui minori sottoposti alla responsabilità di coloro i quali sono tenuti alla vigilanza sugli stessi.

Per procedere nell'analisi di tale tema vorrei ricostruire brevemente la disciplina della responsabilità aquiliana facendo riferimento al testo di BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, II.

Innanzitutto è bene partire dalla distinzione delle norme c.d. «di nascita» della responsabilità da quelle c.d. «di propagazione». Queste ultime sarebbero caratterizzate dal fatto che sono applicabili solo se la responsabilità per fatto illecito è già sorta in capo all'agente ed opererebbero esclusivamente nel senso di estendere tale responsabilità ad altri soggetti. L'art. 2048 c.c. che disciplina la presunzione di colpa in vigilando in capo a genitori, tutori, precettori e maestri d'arte si configura come una tipica norma di propagazione e, dunque, perché esso risulti applicabile, sarebbe necessario provare preventivamente il fatto illecito del minore.

Nel caso in cui manchi la prova di tale fatto e se l'unico illecito è quello del vigilante poco diligente, non troverebbe spazio l'art. 2048, ma l'art. 2043 c.c. (disciplina generale del risarcimento per fatto illecito).

Alla luce delle considerazioni appena esposte, se non si ammettesse che l'elemento dell'illiceità del fatto resta un presupposto imprescindibile (come del resto risulta dal testo stesso della norma, 2° comma), nel caso di specie la dichiarazione del teste NG, si finirebbe per riconoscere la necessaria applicazione dell'intera disciplina della responsabilità aquiliana ex 2043 c.c. che porrebbe in capo al genitore la gravosa dimostrazione della prova del danno e del nesso di causalità, che, considerato l'obbligo d'istruzione e la impossibile presenza del genitore durante l'orario scolastico, arriverebbe a negare l'esigenza di tutela risarcitoria dell'esercente la potestà genitoriale sul minor in caso di danno.

In relazione a tali considerazioni sorge un ulteriore quesito meritevole di riflessione. Assumendo la necessaria applicazione nel caso di specie dell'art 2048 c.c., che solleva il genitore dall'onere della prova del danno e che prevede una presunzione di colpa in carico all'insegnante, è necessario stabilire se l'amministrazione scolastica, in quanto surrogata nel lato passivo dell'insegnante e tenuta a dimostrare l'idoneità del comportamento del docente come prova liberatoria dalla presunzione, possa liberarsi dalla colpa anche dimostrando la liceità del fatto dal quale è scaturito il danno, ovvero la liceità del fatto compiuto dal minore. In altre parole è interessante comprendere se la Pubblica Amministrazione possa liberarsi dalla presunzione di colpa in vigilando a carico dell'insegnante senza andare a verificare l'evitabilità dell'evento e la diligenza degli insegnanti ma semplicemente provando che il fatto compiuto dal minore non è illecito. Tale concezione porterebbe in estremo ad estendere la presunzione di colpa degli insegnanti non solo alla loro responsabilità in quanto precettori, bensì anche alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e al nesso di causalità tra fatto ed evento dannoso.

La giurisprudenza ha sempre riconosciuto un peso determinante alla circostanza che il fatto dipenda da «caso fortuito» e non sia dunque rimproverabile all'autore come illecito¹.

In particolare nella pronuncia Cass. 3 marzo 1995, n. 2463, la stessa III sezione della Suprema Corte dichiarava che «l'art. 2048 postula l'esistenza di un fatto illecito compiuto da un minore [...], le responsabilità dei genitori o tutori [...] restano escluse nell'ipotesi di caso fortuito, che come tale elimina l'ingiustizia del danno».

Tale giurisprudenza e parte della dottrina² inducono a ritenere che l'art. 2048, 2° comma c.c. non crei un'ipotesi di responsabilità da fatto lecito o di totale responsabilità oggettiva ma soltanto allarghi la sfera di operatività dell'inversione dell'onere della prova. Si deve ritenere, infatti, alla luce della pronuncia citata che non solo sia presunta la responsabilità dei precettori, salvo prova contraria, ma anche la sussistenza del fatto, la sua illiceità e il nesso di causalità tra fatto e danno.

Per tali ragioni, tentando di calare queste considerazioni nello svolgimento del giudizio relativo al caso in questione, se si considera valida l'estensione dell'ampiezza della presunzione di colpa in vigilando ex 2048 c.c. non solo alla responsabilità dell'agente ma anche all'illiceità del fatto e al nesso di causalità del fatto compiuto dal minore, è necessaria conseguenza di ciò l'affermazione per cui possa costituire prova liberatoria anche la dimostrazione di liceità del fatto che ha provocato il danno. Pertanto in questi termini rileva il concetto di caso fortuito come causa di esclusione della colpevolezza, con conseguente esonero da responsabilità, sia in relazione alla cd. responsabilità contrattuale (ex 1218 c.c.), alla cd. responsabilità extracontrattuale (ex art 2043 c.c.) e in ultimo alla presunzione di colpa in vigilando ex art 2048 c.c. che opera in regime di specialità rispetto al 2043 c.c..

Alla luce di queste considerazioni sui genitori del danneggiato R.S. incomberebbe solo l'onere di dimostrare che un danno c'è stato e che è avvenuto mentre il minore era sotto l'affidamento del personale scolastico, mentre spetterebbe alla Pubblica Amministrazione in quanto surrogata all'insegnante nel lato passivo del giudizio dimostrare la liceità del fatto compiuto dal minore (prova del caso fortuito) o la mancanza di causalità tra fatto e danno.

Da queste considerazioni sembra possibile affermare il configurarsi di una situazione di Responsabilità quasi oggettiva a carico del precettore ex art. 2048 c.c. poiché la presunzione di colpa in vigilando raggiunge grazie a tale interpretazione un'estensione così ampia da rendere quasi impossibile la prova liberatoria a carico dell'insegnante per i quali, come affermato da Cass., sez. III, 21-02-2003, n. 2657, al fine di superare la presunzione di responsabilità, non è sufficiente la sola dimostrazione di non essere stati in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo, dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma è necessario anche dimostrare di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale.

Il fondamento della responsabilità. Il fondamento della responsabilità ex art. 2048 c.c. è assai discusso in dottrina e giurisprudenza. Le tesi sostenute sono sostanzialmente due: secondo un primo orientamento, si tratterebbe di responsabilità oggettiva.

1 Cass. 3 marzo 1995, n. 2463, Foro it., Rep. 1995, voce cit., nn. 100, 105, e, per esteso, Giust. civ., 1995, I, 2093, con nota di Casini; 31 marzo 1967, n. 734, Foro it., Rep. 1968, voce cit., nn. 279, 280, e, in estenso, Resp. civ., 1967, 562; 22 ottobre 1965, n. 2202, Foro it., 1966, I, 955.

2 MANTOVANI, *'Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori, e dei maestri d'arte'*, in La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza diretta da ALPA e BESSONE, Torino, 1987, III, 30.

La ratio di tale impostazione³ consiste nell'assicurare la miglior tutela al danneggiato, mediante la garanzia costituita dal patrimonio dei genitori del minore, autore dell'illecito (il quale solitamente, come già accennato, non dispone di un proprio patrimonio). In tale prospettiva la responsabilità dei genitori tende ad assumere connotati di oggettività, anche se la stessa norma ammette la possibilità di una prova liberatoria.

2. Ministero dell'Istruzione, convenuto sempre solvibile: illusione di tasca senza fondo

Attraverso l'analisi della giurisprudenza di legittimità prima e di merito in seguito⁴, mi pare di poter evidenziare una tendenza della Suprema Corte di pronunciarsi a favore della soddisfazione delle pretese risarcitorie del privato danneggiato nell'ottica di una funzione reintegratrice propria della responsabilità civile che spesso va a discapito, come nel caso di specie, della Pubblica Amministrazione in quanto convenuto sempre solvibile.

Con l'introduzione dell'art 61, c.2 L. 312/1980 in tema di Disciplina della responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente, si pone innanzi al danneggiato un solo convenuto tendenzialmente solvibile, ovvero nel caso in esame il Ministero dell'Istruzione, il quale si surroga nel lato passivo sul piano processuale all'insegnante responsabile ex art. 2048 per colpa in vigilando in occasione di un'azione giudiziaria promossa da terzi per risarcimento del danno subito.

L'amministrazione scolastica è infatti direttamente responsabile, in virtù del rapporto del collegamento organico con essa del personale dipendente, del danno che sia cagionato a minore nel tempo in cui è sottoposto alla vigilanza di detto personale; l'onere probatorio del danneggiato, in tale ipotesi, si esaurisce nella dimostrazione che il fatto si è verificato nel tempo in cui il minore è affidato alla scuola, essendo ciò sufficiente a rendere operante la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza, mentre spetta all'amministrazione scolastica la prova liberatoria che è stata esercitata la sorveglianza sugli allievi con una diligenza idonea ad impedire il fatto. Ne consegue che, nel relativo giudizio per il risarcimento del danno, sussiste la legittimazione passiva del Ministero della Pubblica Istruzione, che si surroga al personale predetto per gli illeciti dallo stesso compiuti (con facoltà per lo stato di rivalersi su detto personale, ove il difetto di vigilanza sia ascrivibile a dolo o colpa grave).

In virtù di tale disposizione, l'unico soggetto tenuto al ristoro della sfera giuridica del privato danneggiato è la Pubblica Amministrazione, che interviene per evitare una situazione di pregiudizio in capo all'insegnante, altro privato che potrebbe essere danneggiato dalla richiesta di risarcimento.

La previsione legislativa appena illustrata che concerne responsabilità diretta del Ministero della Pubblica Istruzione e quella dell'insegnante, mi induce a riflettere sulla possibilità che il legislatore abbia inteso addossare l'obbligo di risarcire al soggetto che più facilmente può sopportarlo cioè l'ente che fornisce il servizio, provvedendo allo stesso tempo a sottrarre il personale scolastico dalla presunzione di responsabilità, derivante dall'applicazione⁵ dell'art. 2048, che altrimenti, nel suo anelito di garantire il

3 DI CIOMMO 'L'illiceità (o antigiuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.', id., 2001, I, 3100.

4 Cass., sez. III, 07-11-2000, n. 14484; ALPA e BIGIAVI, 'La responsabilità, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*', Torino, 1997

5 CASINI *Giust. civ.*, 1995, I, 2093; COSTANTINO, Nota a Trib. Latina 4 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, I, 3149; COMBA, *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1618; e, in maniera più problematica, BILANCIA 'Una

privato danneggiato, avrebbe finito per operare a scapito di altri privati, coloro i quali sono tenuti alla sorveglianza.

Tuttavia sembra che un temperamento a tale previsione di incondizionata risposta della Pubblica Amministrazione in caso di azione per risarcimento del danno domandata da terzi per culpa in vigilando dell'insegnante ex art. 2048 c.c. sia ravvisabile già all'interno della l. n. 312 poiché, se è vera l'applicabilità della responsabilità diretta della Pubblica Amministrazione come unico soggetto passivo dell'azione, è anche vero che forse l'attore che agisce per il risarcimento del danno non può avvalersi della presunzione di cui al 2° comma dell'art. 2048.

Quest'orientamento si basa sull'assunto, ravvisabile nelle sentenze di Cass. 3 marzo 1995, n. 5463 e Cass. 11 agosto 1997, n. 7454, che l'art. 23 d.p.r. 3/57, facendo espressamente salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti, cioè quelle previste dagli art. 2047 e 2048, non sottragga gli insegnanti alla diretta applicazione delle disposizioni in questione, che, dunque, a contrario non si applicano alla Pubblica Amministrazione resistente.

Ammesso che tale orientamento sia condivisibile si produce tuttavia al contrario uno sbilanciamento del pregiudizio che in questo modo grava totalmente sulla parte attrice producendo una situazione di notevole pregiudizio sul soggetto legittimato al risarcimento del danno a cui non è garantita la certezza del ristoro della propria sfera giuridica. In considerazione di ciò e in relazione all'introduzione dell'art. 61 l. n. 312 del 1980, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale si impegna nel tentare di dare una nuova interpretazione dell'art. 2048, 2° comma che possa garantire l'equilibrio tra le due diverse esigenze di garanzia di risarcimento del privato danneggiato da fatto commesso da terzi e di tutela della posizione del danneggiante che risponde per colpa quasi oggettiva ex art. 2048 c. 2 c.c..

Per apportare una più solida garanzia al privato, senza sottoporre un altro privato (l'insegnante) al regime di responsabilità quasi oggettiva e senza produrre l'effetto per cui la Pubblica Amministrazione risponde come garante della lesione di qualsiasi danno di cui è responsabile in via indiretta l'insegnante per culpa in vigilando, è necessario intervenire a monte della questione, ovvero sul contenuto della prova cui i precettori sono tenuti, ai sensi del 3° comma dell'art. 2048, per liberarsi dalla presunzione di responsabilità.

Pertanto la prova positiva richiesta in giudizio al precettore, e quindi alla Pubblica Amministrazione, come vincolo per liberare il soggetto convenuto dalla presunzione di colpa, dovrebbe essere meno rigida e permettere sulla base di determinati elementi, una più semplice dimostrazione dell'adozione, in via preventiva, tutte le misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare l'insorgere di una situazione potenziale di pericolo di eventi durante il periodo di vigilanza sugli allievi. Una soluzione alla ricerca di un così difficile equilibrio tra gli interessi delle parti coinvolte potrebbe essere una mediazione tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 2048 c.c. sulla scorta ad esempio del modello francese. Considerata la difficoltà del genitore di provare la responsabilità dell'insegnante in relazione al danno cagionato dal minore sotto la sua vigilanza penso sia necessario fare salva la presunzione di colpa ex art. 2048, tuttavia ritengo che allo stesso tempo sia altrettanto ostica la prova positiva da parte dell'insegnante della conformità del comportamento tenuto al proprio dovere. Alla luce di ciò ritengo necessario un intervento legislativo che mitighi la rigidità degli elementi della prova liberatoria pur lasciando la stessa a carico dell'insegnante e che permetta al giudice di

rimeditazione della responsabilità civile della p.a. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte costituzionale, in Giur. costit., 1992, 1618.

accogliere con maggior relatività ed apertura interpretativa i concetti di imprevedibilità e repentinità tali per cui l'evento dannoso si rende inevitabile.

L'elasticità della commisurazione della prevedibilità di quanto può accadere nella fattispecie in esame dovrebbe pertanto giungere, come affermato in caso analogo nella pronuncia di Appello di Milano, sez. IV, 18 settembre 2008, n. 2504 a non richiedere l'adozione di tutte le cautele necessarie ed idonee ad evitare l'evento pregiudizievole, ma solo di quelle necessarie in relazione alle circostanze del caso concreto, prendendo in considerazione l'intenzionalità dell'insegnante di impedire l'evento dannoso e il tentativo stesso di evitarlo procedendo dal reale ed indiscutibile presupposto per cui l'insegnante non può sostituirsi all'infante né impedirne fisicamente i movimenti potenzialmente pericolosi in ogni circostanza.

Per concludere credo che la ricerca di un temperamento dell'obbligo di prova liberatoria a carico dell'insegnante sia la soluzione più adatta a soddisfare le comprensibili e condivisibili istanze garantistiche dei genitori senza però permettere che la Pubblica Amministrazione si configuri come 'tasca senza fondo' per il risarcimento di qualsiasi pretesa di ristoro della sfera giuridica del danneggiato quand'anche il comportamento dell'insegnante sia stato realmente idoneo a fare il possibile per evitarlo ma *l'empasse* processuale risieda meramente nella difficoltà processuale di fornire la prova liberatoria che dimostri la diligenza osservata.

3. Limiti della Responsabilità extra-contrattuale ex art. 2048 c.c. ed evoluzione della responsabilità contrattuale ex art. 1218

Il titolo della responsabilità del Ministero dell'Istruzione nel caso di alunni che subiscano danni durante il tempo in cui dovrebbero esser sorvegliati dal personale della scuola, può essere duplice e può esser fatto valere contemporaneamente⁶: contrattuale se la domanda è fondata sull'inadempimento all'obbligo specificatamente assunto dall'autore del danno di vigilare ovvero di tenere una determinata condotta o di non tenerla; extracontrattuale se la domanda è fondata sulla violazione del generale dovere di non recare danno ad altri.

Nella sentenza in esame i genitori di R.S. chiedono il risarcimento del danno sia a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. sia a titolo di responsabilità extra-contrattuale ex art. 2048 c.c.. La responsabilità viene infatti imputata alle strutture scolastiche per non avere predisposto le cautele necessarie che impedissero l'accesso allo scivolo dei bambini e per l'assenza di un adulto che governasse lo svolgersi del gioco.

In relazione alla configurabilità della responsabilità extra-contrattuale per colpa in vigilando dell'insegnante ex art. 2048 c.c. è pacifica la pronuncia del giudice del Tribunale onorario di Firenze che condanna il Ministero dell'Istruzione, in quanto surrogato nel lato passivo del convenuto, al risarcimento del danno.

Per quanto riguarda l'applicabilità invece del regime di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. per violazione dell'obbligo di vigilanza connesso al vincolo negoziale che scaturisce dall'ammissione dell'allievo a scuola, ritengo sia necessaria un'analisi più approfondita in riferimento all'evoluzione dell'attuale contesto sociale e dei recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Il tema della responsabilità contrattuale della scuola è un tema oggi molto caldo poiché, come abbiamo visto, l'obiettivo primario del legislatore sembra quello di tutelare sempre e comunque la posizione dei genitori, spesso impossibilitati a dimostrare in giudizio la responsabilità dei vigilanti in relazione a danni patiti dai minori loro affidati.

6 Cass. Civ., 15 febbraio 2011, n. 3680, in Resp. civ. e prev., 2011, 1562, con nota di Cocchi; Cass. civ., 11 novembre 2003, n. 16947, in Enti pubbl., 2005, 627.

Tale orientamento rispecchia una tendenza sociale sempre maggiore all'individualizzazione del diritto.

L'espansione della privatizzazione dei rapporti tra i soggetti di diritto è evidente nel caso in questione nel momento in cui anche le relazioni che intrinsecamente nascono da un servizio fornito da un ente pubblico come la scuola, assumono oggi una veste negoziale che fa riferimento sempre più al diritto dei contratti anche per quanto concerne il tema della responsabilità civile e del risarcimento del danno.

La strada che viene con sempre maggior frequenza perseguita da parte del genitore che agisce in giudizio per danno sofferto da minore nel tempo in cui era sottoposto alla vigilanza dell'insegnante, è quella di applicare alla fattispecie la disciplina della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., a tenore della quale, per agire nei confronti della scuola, la parte attrice deve esclusivamente dimostrare che il minore ha subito un danno mentre era affidato ai precettori, in quanto è la scuola stessa, in tal caso, per liberarsi dall'obbligo risarcitorio, a dover provare che il danno non è dipeso dall'inadempimento dell'obbligo, cui essa è tenuta, di vigilare affinché gli alunni non subiscano danni durante l'orario scolastico.

In conseguenza di ciò le tematiche che è necessario affrontare in linea di principio è legata al fatto che si possa affermare o meno, la natura contrattuale del rapporto tra scuola pubblica e alunno, considerato che la relazione in oggetto si configura come prestazione di un servizio pubblico del quale il privato utente usufruisce gratuitamente o, a seconda dei casi, mediante il pagamento di una tassa.

Tuttavia va detto che il soggetto ammesso a godere di un servizio pubblico come la scuola, in cui è in gioco l'incolumità di minori, deve poter accedere alle garanzie privatistiche messe a disposizione dall'ente che fornisce il servizio in relazione ad ipotesi di responsabilità da questo derivante in caso di inadempimento totale o parziale della prestazione fornita.

Grazie all'analisi della giurisprudenza di merito della Suprema Corte (cfr. Cass. Sezioni Unite, sentenza 27 giugno 2002, n. 9346) l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determinano l'instaurazione di un vincolo negoziale poiché la responsabilità contrattuale della scuola, per quanto riguarda i maestri elementari, trova origine nell'art. 350 del regolamento generale del servizio scolastico, approvato con r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, e nella clausola generale che impone diligenza nell'adempimento dell'obbligo di intrattenersi con i discenti a fini didattici.

Inoltre, con la sentenza 30 marzo 1999, n. 3074 la Cassazione ribadisce che l'istituto di istruzione ha il dovere di provvedere alla sorveglianza degli allievi minorenni per tutto il tempo in cui essi gli sono affidati, e quindi fino al subentro, almeno potenziale, dei genitori o di persone da questi incaricate; tale dovere di sorveglianza, pertanto, permane per tutta la durata del servizio scolastico ed è posto a tutela degli alunni per i fatti dannosi che questi dovessero subire, in tale periodo, a causa di terzi.

E' ad ogni modo fatto salvo il fatto che l'insegnante possa liberarsi da responsabilità, dimostrando che l'atto dannoso compiuto dal minore presenti i caratteri del caso fortuito, ovvero repentinità ed imprevedibilità tali da escludere, in base all'esperienza, la possibilità del maestro di impedirlo.

In conclusione a tali conclusioni è pacifico, dunque, affermare che in capo ai precettori sussista una responsabilità contrattuale ex art. 1218 che scaturisce da un'obbligazione di mezzi e non di risultato necessario al fine di una precisa ed equilibrata, definizione dell'obbligo contrattuale che la scuola contrae con gli alunni in cui va sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni.

Nel caso di specie è evidente, una volta stabilita la sussistenza di vincolo negoziale tra l'alunno e l'istituto scolastico che comprende il diritto in capo al fruitore del servizio, ancorché pubblico, di agire nei confronti dello stesso con mezzi privatistici in caso di inadempimento della prestazione dovuta, che sia legittima la pretesa di risarcimento del danno vantata dai genitori di R.S. nei confronti della Direzione Didattica 11 Circolo di Firenze per mancato adempimento dell'obbligo di vigilanza sul minore durante il periodo di affidamento ex art. 1218 c.c.. La norma disciplina appunto la responsabilità contrattuale, che sorge in caso di inadempimento dell'obbligazione e presuppone quindi - come affermato dalla Cassazione Civile S.U. nella sentenza 27 giugno 2002, n. 9346 - un preesistente rapporto tra i soggetti, contrapponendosi alla responsabilità extracontrattuale (2043 c.c. e nello specifico 2048 c.c.) nella quale è proprio con l'illecito che si instaura un rapporto tra le parti.

Tale preesistente rapporto legittima pertanto i genitori di R.S. a pretendere il risarcimento del danno per responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. subito dal minore senza dover provare il già pacifico titolo costitutivo del rapporto contrattuale tra l'alunno e l'istituto scolastico pubblico e limitandosi ad allegare l'inadempimento commesso; per contro è il debitore della prestazione in oggetto a dover dimostrare ancora una volta con prova positiva che l'inadempimento non è a lui imputabile.

4. Responsabilità contrattuale o responsabilità da contatto sociale? (..segue)

Le considerazioni che ho svolto in merito alla configurabilità della responsabilità di natura contrattuale ex art. 1218 c.c. a carico dell'insegnante che non adempia agli obblighi scaturenti dal vincolo negoziale sorto nel momento in cui l'allievo si iscrive all'istituto scolastico di cui il soggetto è dipendente, mi spingono a coltivare un'ulteriore riflessione in relazione all'origine personale della responsabilità contrattuale dell'insegnante in quanto dipendente dalla violazione dell'obbligo di sorveglianza sui minori sorto in virtù del "contatto sociale" tra alunni e precettore.

Attraverso un'analisi accurata della giurisprudenza di legittimità e di merito⁷ in relazione a tali questioni, posso affermare che l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione è favorevole all'accoglimento della tesi di quella dottrina⁸ che riconduce nell'ambito contrattuale la responsabilità dell'insegnante dipendente della scuola, ma nega la sussistenza di un rapporto contrattuale tra danneggiato e danneggiante in quanto il precettore svolge la propria attività in ossequio al contratto che intercorre tra lo stesso e l'ente scolastico. Ciò stravolgerebbe quanto finora ricostruito poiché affermerebbe che la responsabilità dell'insegnante verso gli alunni sarebbe, di natura aquiliana.

Tuttavia, l'esigenza di sollevare il danneggiato dall'onere di provare la responsabilità del convenuto ha, come detto in precedenza, portato la giurisprudenza⁹ ad abbracciare la tesi del contatto sociale, in ragione della quale vien applicato il regime giuridico dell'inadempimento contrattuale, certamente più vantaggioso per chi agisce ai fini del risarcimento effettuando una comparabilità¹⁰ tra la figura del precettore con quella del medico esercente la professione sanitario in una struttura pubblica.

Proprio in materia di responsabilità dell'insegnante, l'applicazione della categoria concettuale del contatto sociale potrebbe risultare sostanzialmente inutile. Infatti, una

7 In Foro it., 1999, 3332, con osservazioni critiche di LA NOTTE e DI CIOMMO, ed ex multis, in Danno e resp., 1999, 294, con nota di CARBONE, in Corriere giur., 1999, 44, con nota di DI MAJO, in Resp. civ. e prev., 1999, 661, con nota di FORZIATI, in Giust. civ., 1999, I, 1003, con nota di GIACALONE.

8 CASTRONOVO, *'L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, in Scritti in onore di Mengoni'*, I, Milano, 1995, 197; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

9 Cass. S.U., 9346/2002; Cass. 24456/2005.

10 PONZANELLI, *'Il risarcimento dei danni da inefficienza della struttura sanitaria'* di Breda; *'La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema'*, Padova, 2002, 295.

volta affermata la responsabilità contrattuale della scuola, pubblica o privata che sia, i genitori del minore danneggiato preferiranno senza dubbio agire, ex art. 1218 c.c., nei confronti dell'ente responsabile per l'inadempimento dovuto a fatto del dipendente, piuttosto che verso quest'ultimo per due ragioni fondamentali. La prima consiste nel dato incontestabile che l'art. 1218 c.c. mette a disposizione del genitore un regime di favore, la seconda si fonda sulla presunta maggiore consistenza patrimoniale dell'ente pubblico che è così in grado di garantire maggiormente la solvibilità del debito.

A partire da queste due ragioni si fonda l'odierna tendenza giurisprudenziale al ridimensionamento applicativo dell'art. 2048 come forma di responsabilità extracontrattuale ed è possibile procedere ad una ridefinizione dei confini nell'area della responsabilità civile. Una volta stabilito che tra scuola pubblica e alunni esiste un vero e proprio contratto e ammessa l'esistenza dell'obbligo di protezione in capo agli insegnanti ed alla scuola sembra facile prevedere che la parte attrice, ovvero i genitori rappresentanti di minori danneggiati da fatto altrui nel periodo di vigilanza del docente, potrebbero senz'altro agire ai sensi dell'art. 1218 a titolo contrattuale, direttamente contro la scuola (e, dunque, non contro l'insegnante) per inadempimento dell'obbligo di protezione; o, eventualmente, in applicazione della categoria del contatto sociale¹¹ o anche contro l'insegnante, ma sempre ai sensi dell'art. 1218 per cui, in quanto dipendente pubblico, ai sensi dell'art. 61, l. 312/80, legittimato passivo sarà comunque il Ministero dell'Istruzione e non l'insegnante.

La sensazione, dunque, è che il ricorso giudiziale all'art. 2048, per illeciti patiti a causa di terzi da minori durante il periodo di loro affidamento all'istituto scolastico diminuirà notevolmente poiché, anche ammettendo che nel formulare l'istanza risarcitoria, l'attore scelga di agire cumulativamente – contro scuola e precettore, a titolo contrattuale ed extracontrattuale, recuperando così l'art. 2048, come nel caso di specie hanno agito i genitori di R.S. – è pacifico che l'art. 2048 c.c. sia destinato a perdere il ruolo centrale che ha avuto fino ad ora nel panorama giurisprudenziale italiano¹².

5. Responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.: profilo di internalizzazione del rischio dell'infortunio

Così come è vantaggiosa la scelta del danneggiato di agire direttamente in via contrattuale nei confronti del soggetto che si assume avere una maggiore solvibilità, ovvero nel caso di specie la cd. 'tasca profonda' della Pubblica Amministrazione statale, è altresì vantaggiosa e pertanto perseguita dalla parte attrice la scelta di far gravare il rischio di un eventuale infortunio, su chi può in teoria meglio gestirlo.

In un'analisi economica del diritto in prospettiva generale finalmente appare possibile una conciliazione ed un reciproco stimolo tra il perseguimento egoistico del proprio interesse da parte dell'attore attraverso una scelta che pone il proprio vantaggio personale sopra quello della collettività e il contemporaneo miglioramento del benessere della collettività stessa. Infatti individuare in capo alla Pubblica Amministrazione una responsabilità diretta nel caso in cui sia configurabile un inadempimento da parte di un soggetto nella posizione del quale la Pubblica Amministrazione stessa è tenuta a surrogarsi in caso di citazione in giudizio, vuol dire incoraggiare questa ad investire in prevenzione a potenziare la sicurezza della propria attività, ma anche e soprattutto a dotarsi dell'opportuna copertura assicurativa.

Ciò che voglio sottolineare a conclusione del mio elaborato è la configurabilità di un rapporto di dialogo costruttivo, quasi competitivo tra quei due ordini di interessi che sul

11 GIRACCA, *'Responsabilità civile e pubblica amministrazione*.

12 PONZANELLI, *'Problematiche della nuova responsabilità civile'*, in *La responsabilità civile*.

piatto della bilancia sono in costante contrapposizione e ricerca di equilibrio: l'interesse privato e l'interesse pubblico.

In una visione ampia delle dinamiche che regolano il mare magnum della responsabilità civile e che vedono la pretesa risarcitoria di un soggetto come mera volontà di soddisfazione di un interesse personale e individualistico, si instaura la possibilità che proprio la necessità di rispondere a tale esigenza sia la leva sociale che stimola la crescita della società stessa.

La possibilità dell'ente pubblico, espressione della collettività in quanto economicamente sostenuto dalla stessa, di ridurre il rischio di danno internalizzandone i costi, a discapito di un aumento del prezzo del servizio permette di spalmare lo stesso su tutti gli utenti, rendendo irrisorio il valore in relazione alla singola prestazione, piuttosto che lasciarlo aleggiare interamente su ogni cliente dell'ente, con la certezza che, prima o poi, l'evento dannoso colpirà uno dei soggetti fruitori¹³. Ciò avviene poiché in genere il singolo utente è portato a sottostimare il valore del rischio (e quindi a non organizzarsi in modo da prevenirlo o assicurarlo), mentre al contrario la struttura pubblica sarà in grado di conoscere con maggiore probabilità l'incidenza statistica dello stesso nell'esercizio della propria attività.

In tale ottica rientra in maniera totalmente coerente con quest'ordine di considerazioni l'art. 61 della legge 312/80, che impone la sostituzione processuale dell'insegnante responsabile per omissione di colpa in vigilando con quella del Ministero dell'Istruzione, facendo su questo ricadere obbligazione risarcitoria del danno subito da R.S. e causato da altro minore, la quale permette di internalizzare ulteriormente il rischio attraverso la chiamata in causa della Compagnia Assicurativa Italiana Ass.ni S.p.A. in quanto soggetto intermedio tra danneggiato e danneggiante preposto a manlevare il convenuto dall'obbligo di risarcimento del danno.

6. Approccio critico al concetto di presunzione di colpa in vigilando in ottica comparatistica, art. 1384, c.6, Code civil

Per concludere l'analisi del tema della presunzione di colpa in vigilando ex art. 2048 c.c. a carico di genitori, tutori, precettori e maestri d'arte, è mio interesse cimentarmi in qualche riflessione in termini comparatistici effettuando un raffronto tra la disciplina della responsabilità dell'insegnante in Italia e la disciplina della figura dell'*instituteur* in Francia.

Innanzitutto è necessario citare i riferimenti normativi presenti nell'ordinamento giuridico francese che disciplinano la materia in oggetto e pertanto riporto letteralmente l'article 1384, c. 6 del Code Civil successivamente modificato dalla legge 911-4 del Code de l'Education nel 1937.

“En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.”

Il primo elemento da verificare al fine di effettuare una corretta comparazione tra questo istituto e l'art 2048 del codice civile italiano è la corrispondenza tra i soggetti di diritto ai suscettibili di applicazione di tali norme.

13 Per gli opportuni approfondimenti in tema di prevenzione, gestione ed internalizzazione del rischio, v. MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN *‘Il mercato delle regole’*, Bologna, 1999, 379 – 417; cfr. anche TRIMARCHI *‘Rischio e responsabilità oggettiva’*, Milano, 1961; ROSSELLO *‘Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza’*, Padova, 1990; PONZANELLI *‘La responsabilità civile. Profili di diritto comparato’*, Bologna, 1992; CLERICO *‘Attività economica e rischio di danno. Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell'impresa’*, in Riv. critica dir. privato, 2000, 71.

Così come nell'ordinamento giuridico italiano tale articolo riguarda sia gli insegnanti di scuola pubblica sia i docenti dipendenti di istituti scolastici privati. La fattispecie delineata dall'art. 1348 c.6 c.c. configura la nascita di una responsabilità per fatto altrui in capo all'*instituteur* nel caso in cui un allievo posto sotto la sua sorveglianza provochi un danno. Sorge così in capo all'insegnante un obbligo di rispondere per colpa nel caso in cui sia dimostrata una mancanza da parte dello stesso nel dovere di vigilare sugli alunni, non impedendo il rischio potenziale prevedibile e violando le regole di disciplina previste dal Code de l'Education. Allo stesso modo, così come previsto nell'ordinamento giuridico italiano, all'insegnante esercente la propria professione all'interno di una scuola pubblica, in caso di azione giudiziaria per danno mossa da terzi, si surroga nel lato passivo sul piano processuale e sostanziale la Pubblica Amministrazione, la quale ha diritto di rivalsa sull'insegnante solo in caso di dolo o colpa grave.

Ciò che va tuttavia sottolineato è che la responsabilità dell'*instituteur* non sussisterà nell'ipotesi in cui egli non abbia potuto impedire il danno, e, si noti bene 'non abbia potuto impedire il danno', non 'dimostri di non averlo potuto impedire'.

Siamo così giunti ad individuare la principale differenza tra il regime di responsabilità in capo all'insegnante in Francia e in Italia, differenza che avvalorata in un certo senso la tesi per cui l'art. 2048 c.c. va nascere in capo al precettore una presunzione di colpa che configura un regime di responsabilità quasi oggettiva, mentre l'art 1384 c.c. delinea un regime di responsabilità per fatto altrui più simile a mio avviso all'italiano art 2043 c.c.. Nell'ordinamento giuridico francese, infatti, affinché si possa sorgere in capo all'insegnante, e quindi alla Pubblica Amministrazione, l'obbligo di risarcimento del danno per culpa in vigilando, è necessaria la prova da parte della parte attrice (nel caso di specie l'esercente la potestà genitoriale sull'infante) della colpa dell'insegnante, la cd. *faute de l'instituteur*. Così come nell'ordinamento italiano si può trattare di colpa per omessa sorveglianza così come di negligenza, ma ciò che rileva è l'obbligo in capo all'attore di dimostrare che l'insegnante non ha preso le misure necessarie ad evitare il danno, pertanto l'art 1384 c.c. non configura una presunzione di responsabilità dell'*instituteur*. Non si verifica perciò il trasferimento dell'onere della prova dalla parte attrice a quella convenuta e l'azione giudiziaria del genitore pone sempre a carico dello stesso l'obbligo di dimostrare l'illiceità del fatto e il nesso di causalità tra il comportamento dell'insegnante e il prodursi del fatto del minore in relazione al danno cagionato configurando un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui vincolata alla dimostrazione della *faute de l'instituteur* costruita su elementi ben più simili al nostro art. 2043 c.c. che al 2048 c.c. italiano: '*devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance*'.

Al fine di effettuare un'analisi più approfondita, ho cercato di andare oltre la mera comparazione del formante legislativo confrontando le due disposizioni in merito alla responsabilità della figura dell'insegnante per danni cagionati da terzi sottoposti alla loro sorveglianza. Per verificare la sostenibilità della tesi in questione ho avuto cura di approfondire la ricerca in relazione agli elementi che emergono dalla vasta giurisprudenza della *Cassation Civile* francese al fine di verificare l'effettiva regime di prova richiesto per l'accertamento della *faute de l'instituteur* e riporto qui una delle sentenze studiate che presenta una fattispecie assimilabile a quella decisa dal Tribunale ordinario di Firenze dell'alunno R.S. infortunato a causa di un danno cagionato da un altro minore sotto la sorveglianza dell'insegnante obbligato e che evidenzia come l'assenza di presunzione di colpa a carico dell'*instituteur* conduca ad un opposta decisione da parte del giudice francese in merito al risarcimento del danno.

Il caso in esame è deciso dalla Cour de Cassation, Chambre civile 2, con sentenza del 17 luglio 1991,89-17.216, riposto un abstract degli elementi essenziali della decisione. *‘Vu l'article 1384, alinéas 6 et 8, du Code civil, ensemble l'article 2 de la loi du 5 avril 1937;*

Attendu que les instituteurs sont responsables du dommage causé par les élèves pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance; que leurs fautes doivent être prouvées conformément au droit commun ;

Attendu, selon le jugement attaqué, rendu en dernier ressort, que, dans un collège, entre deux cours, le mineur Franck X... reçut d'un autre élève, Didier Y..., un coup de tête qui le blessa ; que, devenu majeur, il demanda à M. Y..., à son assureur et à l'Etat la réparation de son préjudice ;

Attendu que, pour condamner l'Etat à réparer le dommage, le jugement énoncequ'il n'y avait aucun surveillant dans les escaliers ou les couloirs où se sont déroulés les faits, et que cet accident est révélateur de l'insuffisance de l'encadrement en personnel de surveillance ;

Qu'en se déterminant ainsi, lorsqu'il ne retenait la responsabilité d'aucun instituteur déterminé, auteur d'une faute personnelle, le tribunal a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS la Cours de Cassation affirme que pour condamner l'Etat à réparer le dommage causé par les élèves pendant le temps qu'il sont sous la surveillance des instituteurs, il faut retenir la responsabilité d'un instituteur déterminé, auteur d'une faute personnelle.’¹⁴

In conclusione ritengo che l'analisi comparata tra il regime di responsabilità per fatto altrui previsto dall'art. 1384 c.6 c.c. dell'ordinamento giuridico francese e l'attuale interpretazione della presunzione di culpa in vigilando disposta dall'art. 2048 c.c. italiano possa essere un interessante spunto di riflessione in relazione al configurarsi di una forma di responsabilità quasi oggettiva in capo agli insegnanti come via più facile scelta dal legislatore per soddisfare l'esigenza sociale di garanzia di risarcimento del danno sofferto dal minore a discapito della verifica di un'effettiva responsabilità dell'insegnante nella consequenzialità degli eventi che hanno prodotto lo stesso.

7. Quantum debeatur del danno non patrimoniale, margine di discrezionalità del giudice e personalizzazione

Alla luce delle massime relative alla quantificazione del danno non patrimoniale che ho potuto elaborare grazie all'analisi della pronuncia del Tribunale di Firenze in esame, vale quindi la pena svolgere qualche considerazione in relazione alla recente e sempre dinamica evoluzione giurisprudenziale in tema di quantificazione del danno non patrimoniale. La questione in oggetto si fonda su una contraddizione di principio, il problema è indissolubilmente legato da una parte all'impossibilità del giudice di monetizzare un danno non patrimoniale e dall'altra all'esigenza imprescindibile dello stesso di conferire una cifra in denaro a titolo di risarcimento al danneggiato.

Gli effetti collaterali di tale contraddizione sono innanzitutto legati alla costante disomogeneità di giudizio dei differenti organi giudicanti sul territorio nazionale i quali rispecchiano quanto sia soggettiva la valutazione di valori non ascrivibili all'interno di parametri numerici. In secondo luogo emerge sempre più frequentemente la pretesa di ristoro di situazioni giuridiche soggettive sempre nuove che si configurano o meno

14 Cour de Cassation, Chambre civile 2, sentenza 17 luglio 1991,89-17.216, in rete: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007027099&fastReqId=1481134993&fastPos=1>

come diritti degni di tutela in base alla discrezionalità del giudice di volta in volta chiamato a pronunciarsi sulla fattispecie in questione.

L'esigenza che si impone ormai da anni nel contesto giuridico e sociale che ci circonda è quella di riuscire a dare omogeneità e ordine interpretativo alla discrezionalità del giudice nel pronunciarsi, ciò è possibile solo grazie all'individuazione di criteri di valutazione del danno condivisi e univoci che garantiscano armonia nella garanzia dei diritti dei soggetti danneggiati. Il maggiore ostacolo al perseguimento di tale obiettivo è tuttavia l'impossibilità di trovare un equilibrio costante tra l'esigenza di standardizzazione dei criteri in virtù di un condiviso principio di uguaglianza tra i consociati e la necessaria esigenza di personalizzazione della decisione del giudice in relazione alle caratteristiche del fatto concreto che potrebbero richiedere una differenziazione nel regime di tutela disposto.

In assenza di un dato legislativo fermo che stabilisce criteri universalmente validi sul territorio nazionale per la determinazione dell'entità del risarcimento del danno non patrimoniale, l'ampiezza della discrezionalità del giudice è stata nel tempo aumentata o ridotta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In ultimo con la sentenza n. 5243/2014 la Suprema Corte ribadisce che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, essendo compito del giudice procedere nell'applicazione dei criteri di valutazione equitativa, rimessa alla sua prudente discrezionalità al fine di consentire la maggiore approssimazione possibile al totale risarcimento, anche attraverso la cd. personalizzazione del danno (cfr. anche Cass., SS.UU., n. 26972/2008).

La Corte di Cassazione ritiene che possano essere un valido criterio di riferimento ai fini della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., le tabelle per la liquidazione del danno biologico elaborate dal Tribunale di Milano in virtù della loro vocazione nazionale evidenziata dal già richiamato precedente n. 12408/11. Tali Tabelle sono state rielaborate all'esito delle pronunzie delle Sezioni Unite del 2008 determinando il valore finale del punto utile al calcolo del danno biologico da invalidità permanente, procedendo ad un aumento dell'originario punto tabellare in modo da includervi la componente già qualificata in termini di "danno morale", che si usava liquidare separatamente (nei sistemi tabellari antecedenti la pronuncia n. 26972/08) con operazione che le Sezioni Unite hanno ritenuto non più praticabile.

L'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui siffatta componente rientra nell'area del danno biologico, del quale, ogni sofferenza fisica o psichica per sua natura intrinseca costituisce componente, non può tuttavia essere intesa nel senso che di essa non si debba tenere conto a fini risarcitori. Tale orientamento si limita ad escludere la praticabilità della liquidazione separata di danno biologico e danno morale facendo auspicando una liquidazione unitaria che tenga conto anche dell'elemento di natura soggettiva.

Così la liquidazione c.d. tabellare ben può considerare anche la componente prettamente soggettiva data dalla sofferenza morale conseguente alla lesione della salute, sia pure in una dimensione, per così dire, standardizzata, come risulta essere stato fatto con le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano. Tuttavia va detto che applicando il valore tabellare riferito al danno in oggetto, ovvero il valore medio, e nonostante esso sia comprensivo della componente del danno morale, non si ha ancora la vera e propria personalizzazione del danno. Per valutare nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche subite dal danneggiato pervenire al ristoro del danno nella sua interezza in virtù della pretesa di 'integrale compensazione del danno, il giudice dovrà tenere conto dell'adduzione di eventuali circostanze che richiedano la variazione della liquidazione tabellare in aumento o in diminuzione al fine di escludere od ammettere la

personalizzazione, esplicitando in motivazione se e come abbia considerato tutte tali circostanze (cfr. Cass. n. 9231/13).

Nel caso di specie la frattura del gomito destro sofferta dal minore R.S. si configura come danno biologico, ovvero come danno rientrante nella categoria delle lesioni temporanee o permanenti all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, che produce un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

Per quanto riguarda l'entità del risarcimento del danno disposta dal Tribunale onorario di Firenze a carico del Ministero dell'Istruzione in solido con la Direzione Didattica 11 Circolo di Firenze, essa è coerente con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 184/1986 secondo la quale il criterio di liquidazione del danno deve essere rispondente da un lato ad una uniformità pecuniaria di base (principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.) per cui è la lesione in sé e per sé considerata che rileva, in quanto pregna del disvalore giuridico attribuito alla medesima dal divieto primario ex artt. 32 Cost. e dall'altro ad elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione del caso di specie all'effettiva incidenza dell'accertata lesione sulle attività della vita quotidiana del soggetto e in relazione alle quali diventa necessaria la personalizzazione del ristoro stesso.

Sulla base della perizia medico legale viene infatti accertata e successivamente condivisa dal Tribunale di Firenze l'invalidità temporanea (parziale I.T.P. o totale I.T.T.) del minore R.S., che verrà in primo luogo monetizzata in base sistema tabellare standard e successivamente aumentata del 5% per la personalizzazione del danno in considerazione della tenera età del bambino.

Tale pronuncia è conforme alla condivisa finalità di evitare una non regolamentata discrezionalità nella liquidazione del danno attribuendo ad ogni punto d'invalidità un valore monetario crescente e prescrivendo che ad ogni fascia di età (con intervalli di cinque o dieci anni, per un totale di tredici), sia assegnato un demoltiplicatore (da 1 per i minori di dieci anni sino a 0,40 per i maggiori di ottanta).

Dato che il sistema tabellare costituisce attuazione del principio di equità, ogni danno deve essere sempre valutato caso per caso: le tabelle in uso nei vari tribunali possono essere solo un punto di riferimento per tale personalizzazione. E' compito del giudice di merito individuarne i criteri di valutazione ai fini della relativa liquidazione, con la precisazione che egli dovrà tener conto dell'età, delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta e delle condizioni personali e familiari della vittima.

Premesso che la liquidazione del danno è improntata su valutazioni equitative in ordine ai singoli aspetti del caso concreto, appare idoneo utilizzare criteri flessibili, tali da adeguare la monetizzazione del danno all'effettiva incidenza della lesione nell'equilibrio della vita quotidiana familiare, alterata dall'evento dannoso. Detta posizione era già stata chiaramente espressa, ancor prima della svolta del 2003, dalla Corte di Cassazione la quale ha affermato la necessità di una "valutazione soggettiva del danno delineata dall'emergere dell'interesse del creditore (il danneggiato) che ha una veste costituzionalmente garantita" ex art 32 Cost.. Solo in questo modo è possibile effettuare una quantificazione proporzionata alla gravità del danno ed all'entità delle sofferenze effettivamente patite dalla vittima, tenendo conto di tutti gli elementi della fattispecie, tra cui l'età, il sesso e il grado di sensibilità del danneggiato. L'adozione di un criterio tabellare, mediata da una valutazione concreta e specifica, consente, da una parte, di uniformare le pronunce evitando che la valutazione equitativa del danno morale assuma connotazioni diverse, imprevedibili, suscettibili di apparire arbitrarie e, dall'altro, permette di garantire la dimensione personalistica del risarcimento, mediante un adeguato conto delle particolarità del caso concreto, scevro da un mero automatismo.

MAESTRI E ALLIEVI A CONTATTO: RILIEVI CRITICI SULLA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE

di Beatrice Pevarello

IL CASO

La sentenza concerne la responsabilità civile dell'amministrazione scolastica per una lesione auto- inferta da una alunna durante una lezione di educazione fisica. La giovane, nello specifico, in conseguenza di un calcio dato con foga al pallone, aveva subito il "distacco della spina iliaca anteriore inferiore di destra" con postumi di invalidità permanente non inferiore all'8%. I genitori, citando in giudizio l'amministrazione, lamentavano una colpa in vigilando dell'insegnante, sostenendo altresì l'inadeguata preparazione atletica degli alunni al fine di sostenere una siffatta attività sportiva.

La corte di merito si sofferma innanzitutto sulla legittimazione passiva dell'insegnante, richiamando l'art.61 della L. 11 luglio 1980, n. 312 e adducendo tale disposizione al fine di motivare la totale esclusione della possibilità che terzi citino in giudizio l'insegnante per una sua responsabilità per colpa in vigilando. Tale limitazione concerne tanto l'ipotesi in cui il danneggiato sia un terzo, quanto quella in cui sia l'alunno stesso; in altri termini opera indipendentemente dal titolo della responsabilità (aquiliana nel primo caso, contrattuale nel secondo). Il precettore risponderà solamente nei confronti dell'amministrazione, qualora si riscontri che lo stesso abbia agito con dolo o colpa grave.

In prosieguo, il giudice richiama la Cass. 9346/2002 e appura che, trattandosi di danno auto cagionato dell'allievo, la responsabilità, tanto dell'insegnante che della scuola, ha natura contrattuale. Si tratta di forme di responsabilità che, pur rientrando entrambe nella previsione legale dell'art.1218 c.c., poggiano su fonti differenti: nel primo caso il contratto è costituito dalla domanda di iscrizione e dalla conseguente ammissione nella scuola, nel secondo caso il rapporto giuridico sorge in forza di un particolare "contatto sociale" che si instaura tra le parti. Sennonché, in entrambe le fattispecie, sussistono in capo all'istituto scolastico e al precettore, obblighi di protezione che includono l'inibire condotte auto-lesive dell'allievo, durante il tempo in cui il minore fruisce della prestazione scolastica.

I ricorrenti richiedono di accertare la responsabilità per colpa in vigilando dell'insegnante di educazione fisica, responsabilità dalla quale lo stesso può andare esente solamente, stando alle indicazioni dell'art. 1218 c.c., dimostrando che l'impossibilità della prestazione (nello specifico, di tutelare l'incolumità dell'allievo) sia stata determinata da causa a lui non imputabile. L'impossibilità in questione deve essere intesa come "circostanze imprevedibili ed inevitabili", la prova liberatoria venendo così a coincidere con l'accertamento del caso fortuito.

Dalle risultanze probatorie si evince che l'insegnante era presente nel locale della palestra, non mancando al suo dovere di sovrintendere alla sicurezza degli allievi. I testi rilevano che era stato ottemperato il riscaldamento muscolare necessario, quindi che il professore aveva provveduto ad approntare le cautele adeguate al fine di impedire il verificarsi del danno. Ne deriva in sostanza che quest'ultimo non possa essere ritenuto responsabile, dal momento che il pregiudizio si è verificato nell'ordinario svolgimento

dell'attività sportiva, che la condotta della ragazza è stata del tutto imprevedibile e repentina e che, concludendo, tale situazione corrisponde appieno al caso fortuito.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Potenza - Sezione Civile, in composizione monocratica, nella persona del giudice istruttore, Dott. Giuseppe LO SARDO, operante nella qualità di giudice unico, ai sensi dell'art. 50-ter cod. proc. civ. (quale introdotto dall'art. 56 del D.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 973/2009 R.G., avente ad oggetto "responsabilità dei genitori, dei tutori e dei maestri (art. 2048 c.c.)" e vertente

TRA

R.S., rappresentato e difeso dall'Avv., Luigi LOMIO, con studio in Lavello (PZ), elettivamente domiciliato in Potenza, giusta procura in margine alla citazione introduttiva del presente giudizio;

- ATTORE -

ED

il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, con sede in Roma, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza, ove per legge domiciliato;

- CONVENUTO -

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. R.S. ha chiesto al giudicante di condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca al risarcimento in suo Favore dei danni subiti - allorquando lo stesso frequentava come alunno la classe I^a sezione A dell'Istituto Tecnico Commerciale "G. SOLIMENE" di Lavello (PZ), intorno alle ore 8.45 del 19 aprile 2002. nel locale della palestra, durante la lezione di educazione fisica, in conseguenza del calcio dato ad un pallone - e consistiti nel "distacco della spina iliaca anteriore inferiore di destra" con postumi di invalidità permanente non inferiore all'8% (otto per cento), nella misura complessiva di Euro 15.802,00 (quindicimilaottocentodue virgola zero zero) ovvero nella misura maggiore o minore risultante in corso di causa con i relativi accessori.

Di contro, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha dedotto: che il giudizio si era estinto per la mancata riassunzione nel termine assegnato dopo la dichiarazione di incompetenza per territorio del Tribunale di Melfi (PZ); che, nonostante l'adozione delle misure organizzative poste in essere dall'amministrazione scolastica, nulla si era potuto fare a causa della repentinità e dell'imprevedibilità del fatto in questione; che non vi erano stati dolo né colpa del personale scolastico nella vigilanza degli alunni; che la presunzione prevista dall'art. 2048 cod. civ. non era applicabile alla fattispecie; che l'incidente era ascrivibile al caso fortuito; che l'insegnante responsabile degli alunni era stato nell'assoluta impossibilità di evitare l'evento accidentale, non essendo imputabile a suo carico alcuna omissione di vigilanza o di controllo. Pertanto, esso ha chiesto al giudicante di dichiarare l'estinzione del

giudizio; in subordine, di rigettare la domanda attorea; in ulteriore subordine, di ridurre la misura del risarcimento dei danni.

Per lo svolgimento del processo si rinvia agli scritti delle parti ed ai verbali di causa (art. 132, secondo comma, cod. proc. civ., nel testo novellato dall'art. 45, diciassettesimo comma, della L. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile anche ai procedimenti pendenti in primo grado ai sensi dell'art. 58, secondo comma, della L. 18 giugno 2009, n. 69).

2. Anzitutto, è doveroso rilevare la devoluzione della presente controversia alla cognizione residuale del giudice monocratico, ai sensi dell'art. 50-ter cod. proc. civ. (quale introdotto dall'art. 56 del D.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), non rientrando essa tra le cause tassativamente riservate alla cognizione esclusiva del giudice collegiale, ai sensi dell'art. 50-bis cod. proc. civ. (quale introdotto dall'art. 56 del D.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51).

3. Sempre in limine, in assenza di un'espressa ed inequivoca manifestazione di volontà, si deve escludere che il presente giudizio costituisca la prosecuzione del giudizio conclusosi dinanzi al Tribunale di Melfi (PZ) con la dichiarazione incompetenza per territorio in forza del criterio del foro erariale, nonostante il (pur sintetico) richiamo allo svolgimento del precedente processo nella citazione introduttiva.

Invero, per la translatio iudicii prevista dall'art. 50 cod. proc. civ., al fine di stabilire se dinanzi al giudice dichiarato competente sia proseguito il processo originario o ne sia stato instaurato uno nuovo, si deve accertare se l'adozione sia avvenuta (o meno) mediante idoneo atto riassuntivo i cui elementi essenziali ed individualizzanti sono il riferimento esplicito alla precedente fase processuale e la manifesta volontà di riattivare il processo già iniziato attraverso il ricongiungimento delle due fasi in uno stesso ed unico processo (ex plurimis: Cass., 25 ottobre 1994, n. 8752; Cass., 16 febbraio 2001, n. 2276; Cass., 28 aprile 2004, n. 8124).

4. Nel merito, si evidenzia che la controversia ha per oggetto la responsabilità civile dell'amministrazione scolastica a seguito di un infortunio subito da un'alunna durante la lezione di educazione fisica nel locale della palestra.

Come è noto, l'art. 61 della L. 11 luglio 1980, n. 312 dispone in subjecta materia che "la responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi" (primo comma) e che "la limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza ...", ma, "... salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, la amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi" (secondo comma).

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, in tema di responsabilità degli insegnanti di scuole statali, l'art. 61, secondo comma, della L. 11 luglio 1980, n. 312 - nel prevedere la sostituzione dell'amministrazione, salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi - esclude in radice la possibilità che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da culpa in vigilando, quale che sia il titolo - contrattuale o extracontrattuale - dell'azione. Ne deriva, pertanto, che l'insegnante è privo di legittimazione passiva non solo nel caso di azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno (nella quale sia invocata, nell'ambito di un'azione di responsabilità extracontrattuale, la presunzione di cui all'art. 2048, secondo comma, cod. civ.), ma anche nell'ipotesi di danni arrecati dall'allievo a sé stesso (ipotesi da far

valere secondo i principi della responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ.), fermo restando che in entrambi i casi, qualora l'amministrazione sia condannata a risarcire il danno al terzo o all'alunno autodanneggiatosi, l'insegnante è successivamente obbligato in via di rivalsa soltanto ove sia dimostrata la sussistenza del dolo o della colpa grave, limite, quest'ultimo, operante verso l'amministrazione ma non verso i terzi (da ultima: Cass., 3 marzo 2010, n. 5067).

Diversamente, in caso di danno cagionato dall'alunno a sé stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a sé stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 cod. civ., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante (da ultima: Cass., 3 marzo 2010, n. 5067; Cass., 20 aprile 2010, n. 9325).

Più specificamente, si è detto che, in materia di risarcimento danni per responsabilità civile conseguente ad un infortunio sportivo subito da uno studente all'interno della struttura scolastica durante le ore di educazione fisica, ai fini della configurabilità di una responsabilità a carico della scuola ex art. 2048 cod. civ. non è sufficiente il solo fatto di aver incluso nel programma della suddetta disciplina e fatto svolgere tra gli studenti una gara sportiva, essendo altresì necessario che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente impegnato nella gara e che, inoltre, la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee a evitare il fatto (ex plurimis: Cass., 28 settembre 2009, n. 20743).

Venendo al caso di specie, le risultanze probatorie hanno confermato che, nella mattinata del 19 aprile 2002, intorno alle ore 8.45, gli alunni della classe I^a sezione A dell'Istituto Tecnico Commerciale "G. SOLIMENE" di Lavello (PZ), tra i quali anche R.S., si trovavano nel locale della palestra per la lezione di educazione fisica, sotto la vigilanza dell'insegnante D.L.C. (leggansi le dichiarazioni rese dai testi M.R., all'udienza del 17 giugno 2011, D.L.C., C.A., D.C.M., all'udienza del 16 novembre 2011, C.D., D.V., R.D., O.A., all'udienza del 12 ottobre 2012).

Secondo la prospettazione attorea, a causa di un calcio dato con foga al pallone durante lo svolgimento di una partita di calcio tra gli alunni, R.S. aveva accusato un acuto dolore all'anca destra ed all'inguine destro ed aveva riportato il "distacco della spina iliaca anteriore inferiore di destra" con postumi di invalidità permanente di almeno l'8% (otto per cento) (dopo l'applicazione di apparecchio gessato e la sottoposizione a varie terapie).

Tuttavia, le prove testimoniali hanno inequivocabilmente escluso che l'insegnante non abbia adeguatamente preparato gli alunni all'esecuzione dell'esercizio motorio, facendola precedere da una adeguata fase di attivazione e riscaldamento per gli arti

inferiori e superiori (leggansi le dichiarazioni rese dai testi M.R., all'udienza del 17 giugno 2011, D.L.C., C.A., all'udienza del 16 novembre 2011, C.D., D. V., all'udienza del 12 ottobre 2012).

Per cui, sulla scorta di tali argomentazioni, si deve ritenere che l'insegnante presente nella palestra non sia responsabile del danno auto-cagionatosi dall'alunno con un calcio dato al pallone nel corso di una partita di calcio, trattandosi di azione rientrante nell'ordinario svolgimento dell'esercitazione sportiva, le cui conseguenze non erano assolutamente prevedibili né prevenibili, ma erano esclusivamente imputabili a caso fortuito. Ne deriva che la domanda deve essere rigettata.

4. La complessità e la controvertibilità delle questioni esaminate costituiscono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese giudiziali. Per conseguenza, le anticipazioni ed i compensi di consulenza tecnica d'ufficio sono posti in via definitiva a carico dell'attore, secondo la liquidazione fattane con separato decreto

P.Q.M.

Il Tribunale di Potenza - Sezione Civile, in composizione monocratica, nella persona del giudice istruttore, Dott. Giuseppe LO SARDO, operante nella qualità di giudice unico, ai sensi dell'art. 50-ter cod. proc. civ. (quale introdotto dall'art. 56 del D.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), definitivamente pronunciando sulla domanda proposta in via principale, con citazione notificata il da R.S. nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, con sede in Roma, in persona del Ministro pro tempore, disattesa ogni altra istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

- 1) rigetta la domanda;
- 2) compensa per intero tra le parti le spese giudiziali;
- 3) pone in via definitiva a carico di R.S. le anticipazioni ed i compensi di consulenza tecnica d'ufficio, secondo la liquidazione fattane con separato decreto.

Così deciso in Potenza, il 10 gennaio 2015.

Depositata in Cancelleria il 16 gennaio 2015.

TRIBUNALE DI POTENZA, sentenza 16 gennaio 2015; Giud. LO SARDO; R.S. (Avv. LOMIO) c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore (Avv. DISTRETTUALE DELLO STATO DI POTENZA).

Responsabilità civile - Responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante - Legittimazione passiva dell'insegnante - Esclusione - Azione di regresso dell'Amministrazione, condannata a risarcire il danno, nei confronti dell'insegnante - Limitazione ai casi di dolo o colpa grave (Art. 61, comma 2, legge n. 312 del 1980).

Responsabilità civile - Responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante - Danno auto inferto - Responsabilità aquiliana della scuola e dell'insegnante - Esclusione - Responsabilità contrattuale dell'istituto scolastico - Sussiste - Responsabilità per contatto sociale dell'insegnante - Sussiste (Cod. Civ. Artt. 1173, 1218, 2043, 2048)

Responsabilità civile - Responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante - Responsabilità contrattuale - Onere probatorio - Condotta imprevedibile e repentina - Fattispecie (Cod. Civ. Art.1218).

La legittimazione passiva nelle azioni di risarcimento danni per culpa in vigilando è esclusa per gli insegnanti dipendenti di istituti statali, sia che si tratti di azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno (responsabilità extracontrattuale all'art. 2048, secondo comma, cod. civ.), sia nell'ipotesi di danni arrecati dall'allievo a se stesso (responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ.). Ciononostante, in entrambi i casi, qualora l'amministrazione sia condannata al risarcimento, avrà azione di regresso nei confronti del docente solamente se quest'ultimo versi in dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. Nondimeno, l'azione di regresso è una prerogativa che compete soltanto alla scuola e non a terzi. (Nella specie, i genitori di un'alunna minore, auto-procuratasi un danno durante la lezione di educazione fisica, citano in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, che surroga in processo l'insegnante. Non ricorrendo né dolo né colpa grave, l'amministrazione non può esercitare il diritto di rivalsa nei confronti dell'insegnante (1)

La presunzione di responsabilità ex art. 2048, co.3 c.c., opera soltanto nell'ipotesi di danno arrecato a terzi dal fatto illecito del minore, mentre del caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante nei confronti dell'alunno ha natura contrattuale, ex art. 1218 c.c. Per quel che concerne l'istituto scolastico, il vincolo contrattuale trova la sua fonte nella domanda d'iscrizione e nella seguente ammissione dell'allievo nella scuola, da cui, di conseguenza, scaturisce, in capo all'istituto stesso, l'obbligo di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo per tutto il tempo in cui quest'ultimo fruisca del servizio scolastico, obbligo che include impedire che l'alunno si auto-procuri un danno. Quanto al rapporto giuridico tra alunno e insegnante, esso si fonda sul contatto sociale e comporta che il precettore, giacché dipendente dell'istituto scolastico, sia tenuto, oltre che ad istruire ed educare, altresì ad osservare determinati obblighi di protezione e di vigilanza a tutela degli allievi stessi, onde evitare che questi ultimi cagionino un danno a se stessi. (Nella specie, la minore durante la lezione di educazione fisica, dando con foga un calcio al pallone, si era provocata il "distacco della spina iliaca anteriore inferiore di destra"). (2)

Posto il regime probatorio applicabile ex art.1218 c.c., all'alunno danneggiatosi durante le ore di lezione in un istituto scolastico compete dimostrare che la lesione è avvenuta durante lo svolgimento delle lezioni, mentre spetta all'insegnante e all'amministrazione scolastica l'onere di provare che il danno è stato determinato da causa a loro non imputabile. (L'insegnante assolve l'onere probatorio, dimostrando attraverso i testimonianze, che erano state poste in essere le cautele preventive e che la condotta lesiva era stata imprevedibile e repentina, pertanto impossibile da evitare). (3)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità si veda: Cass. Civ. sez. III, 06 novembre 2012, n. 19158. Sent. Cass. civ. Sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067; Cass. civ. Sez. III, 26 aprile 2010, n. 9906: "E invero, la L. 11 luglio 1980, n. 312, art. 61, comma 2, nel prevedere la sostituzione dell'Amministrazione, salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, nelle responsabilità civili derivanti da iniziative giudiziarie promosse da terzi, esclude in radice la possibilità che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti nelle azioni di risarcimento danni da culpa in vigilando, quale che sia il titolo, contrattuale o extracontrattuale, dell'azione". Cass., 29.4.2006, n. 10042, in *Il quotidiano giuridico*, 31.5.2006 (con nota

di Carrato), ove si afferma che «[...] per effetto dell'art. 61, l. 11.7.1980, 312 sono riferibili direttamente al Ministero della pubblica istruzione i comportamenti, anche illeciti, posti in essere dagli insegnanti, [sicché] sussiste la legittimazione passiva del Ministero nelle controversie relative agli illeciti ascrivibili a *culpa in vigilando* del personale docente». V. anche, Cass., 10.5.2005, n. 9752, in *Resp. civ.*, 2006, 307, con nota di Greblo, *Autonomia scolastica e legittimazione passiva del Ministero della Pubblica Istruzione*; Cass. civ. Sez. III, 10.5.2005, n. 9758; Cass., 30.3.2005, n. 6723, in *Danno e resp.*, 2005, 1171, con nota di Gaffuri, *Responsabilità degli insegnanti per culpa in vigilando e difetto di legittimazione passiva*; Cass., 11.2.2005, n. 2839, in *Persona e danno* (sito internet a cura di Cendon), sub voce *Pubblica amministrazione-attività sociali*. V. Cass., S.U., 27.6.2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Corriere giur.*, 2002, 1287, con nota di Morozzo della Rocca, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*; in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1012, con nota di Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414; in *Guida dir.*, 2002, 28, 60; in *Arch. civ.*, 2002, 1173; in *Dir. e giustizia*, 2002, 19; in *Rep. Foro it.*, 2002, *Responsabilità civile*, 257; in *Nuova giur. comm.*, 2003, 264, con nota di Barbanera, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*; in *Danno e resp.*, 2003, 46, con nota di Lanotte, *Condotta autolesiva dell'alunno: non risponde l'insegnante*. V., inoltre, Crovetto, Art. 2048 c.c. e danni arrecati dall'allievo a sé stesso, in 9 *Cardozo El. L. Bull.* 11, 2003, in rete: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2003/Crovetto2a.pdf>. Sempre sul punto della legittimazione passiva in caso di danno autoinfertosi dall'allievo, Cass., 21.9.2000, n. 12501, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, con nota di Settesoldi, *Fatto illecito dell'allievo e responsabilità civile: inutile accertamento della culpa in vigilando dell'insegnante se la condotta del minore rivela un'educazione inadeguata*. Cass. civ. Sez. III, 16 luglio 1999, n. 7517. Si esclude l'azione diretta di responsabilità nei confronti degli insegnanti non solo in caso di danno causato dall'alunno a terzi, ma anche nella differente ipotesi in cui lo abbia provocato a se stesso: Cass., sez. III, 26.6.1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, 1574; v. Cass., S.U., 11.8.1997, n. 7454, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1071 con nota di Settesoldi, *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter dictum delle Sezioni Unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di colpa prevista dall'art. 2048 c.c., 2° co., c.c.*; in *Danno e resp.*, 1998, 260, con nota di Rossetti, *La p.a. risponde del danno causato dall'alunno a sé medesimo*. Al contrario limitavano l'applicazione dell'art. 61 alla sola ipotesi di danno verso terzi (orientamento restrittivo): Cass., 13.5.1995, n. 5268, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 239, con commento di Zaccaria, *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*; in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1996, 246; in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 996; V. anche Cass. 10.2.1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, 507, con commento di Pandolfini, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo*; e Cass. 10.7.1958, n. 2485, in *Mass. Foro it.*, 1958.

Per quel che concerne la valenza non solo processuale ma anche sostanziale della limitazione di responsabilità dell'art 61, v. di nuovo Cass., 29.4.2006, n. 10042, in *Il quotidiano giuridico*. Anche Cass., S.U., 27.6.2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635; Cass., sez. III, 26.6.1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, 1574; in senso contrario invece: Cass., S.U., 11.8.1997, n. 7454; Cass., 3 marzo 1995, n. 2463, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2093, con nota di Casini, *Una decisione innovativa della Cassazione sulla responsabilità degli insegnanti*. Secondo l'orientamento contrario appena citato, il

ricorrente per dimostrare la responsabilità della pubblica amministrazione doveva ricorrere ai più gravosi criteri probatori propri dell'art 2043. Nel 1992 era stata sollevata questione di legittimità costituzionale perché si riteneva che la norma contrastasse con l'art. 28 Cost., dal momento che sanciva, per il personale scolastico, un esonero dalla responsabilità diretta, non consentito dallo stesso art. 28, in base al quale i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti e in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli altri enti pubblici. La Corte Costituzionale (24.2.1992, n. 62, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1618, con nota di Comba, *Ulteriore estensione della responsabilità dell'Amministrazione ex art. 28 Cost.* Vedi anche Macchia, in *Nuova Rassegna*, 1993, 768, *La responsabilità del personale scolastico*.) ha rigettato la questione precisando che è consentito al legislatore ordinario limitare la responsabilità diretta dei dipendenti pubblici in relazione all'elemento psicologico o anche di escluderla in riferimento a determinate fattispecie; inoltre, ha sottolineato che pur dopo l'entrata in vigore dell'art. 61, l. 11.7.1980, n. 312, la responsabilità degli insegnanti statali verso i terzi, per gli atti compiuti in violazione di diritti, continua ad essere regolata, in via generale, dal d.p.r. 10.1.1957, n. 3, il quale resta applicabile a tutte le ipotesi di responsabilità degli insegnanti che non siano inquadrabili nella categoria della *culpa in vigilando*: in relazione a questa soltanto, l'art. 61, l. 11.7.1980, n. 312, ha escluso la responsabilità diretta, sostituendovi quella dello Stato. Di conseguenza, nei confronti degli insegnanti statali, ricorre un sufficiente margine di operatività del regime generale, sia per quanto riguarda la legittimazione diretta sia per quanto concerne l'oggetto del risarcimento. Giurisprudenza di merito: Trib. Bari sez. III, 30 maggio 2013; App. L'Aquila, 20 novembre 2012; App. Napoli Sez. IV bis, 23 febbraio 2012; Trib. Salerno Sez. I, 24 settembre 2009; Trib. Salerno Sez. I, 21 aprile 2008; Trib. Bari sez. III 03 aprile 2008 n. 850; App. Roma Sez. I, 11 febbraio 2008; Trib. Salerno sez. I 04 gennaio 2007; Trib. Venezia sez. III, 06 dicembre 2005, n. 2531; Trib. Milano, 19 gennaio 2004; Trib. Roma sez. II, 05 giugno 2003; Trib. Cagliari, 4 maggio 2002; Trib. Cagliari, 9 giugno 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 349.

In dottrina, con riferimento all'esclusione della legittimazione passiva dell'insegnante in seguito all'innovazione legislativa del 1980 si veda: Chindemi, *La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2137 ss.; Agnese Querci, *Responsabilità dell'insegnante e del Ministero della Pubblica Istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso*, in *Nuova giur. Comm.*, 2010, 1162 ss.; Carrato, *Legittimazione passiva del Ministero della pubblica istruzione nelle controversie relative agli illeciti ascrivibili a "culpa in vigilando" dei docenti di scuole statali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2006. Greblo, *Autonomia scolastica e legittimazione passiva del ministero della pubblica istruzione*, in *Resp. Civ.*, 2006, 307 ss. Moneta, *Note in tema di responsabilità civile del personale scolastico statale dopo la legge n. 312 del 1980*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 49, il quale ha espressamente evidenziato che l'art. 61, l. n. 312/1980 non è costituzionalmente illegittimo dal momento che la norma, nonostante contenga un generico riferimento alle responsabilità civili del personale scolastico, sia riferita ai soli illeciti connessi alla *culpa in vigilando*; illegittimità che si risconterebbe solamente se l'esonero di responsabilità fosse riferito a tutti i casi di illeciti civili. Di uguale avviso, Letta, *La responsabilità civile dell'insegnante statale dopo le innovazioni del 1980*, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, 982. Cipriani Gaia, *Il fenomeno del bullismo: quale responsabilità per i genitori e gli insegnanti?*, *Famiglia e Diritto*, 2009, 1, 74.

Si sono espressi nel senso dell'abrogazione tacita dell'art. 2048 co.2 c.c., di nuovo, Moneta, *Note in tema di responsabilità civile del personale scolastico statale dopo la legge n. 312 del 1980*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 49. Staderini, *La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano, 1981, 151. Per contro, Settesoldi conviene per una portata prevalentemente processuale della norma in esame: *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter dictum delle sezioni unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di culpa prevista dall'art. 2048, comma 2, c.c.?* in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4-5, 1998, pag. 1074. Vedi Mantovani, *La responsabilità dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, in AA. VV., *Dei fatti illeciti*, a cura di Carnevali, Torino, 2011, 130 ss. Facci, *La responsabilità dei genitori*, in *Le obbligazioni, II Le obbligazioni da fatto illecito*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, 220 ss.; Franzoni, *L'illecito*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, 655 ss.; Comporti, *Fatti illeciti e responsabilità presunte*, artt. 2044-2048, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002, spec. 271 ss.; Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, in *Tratt. Bessone*, X, Torino, 2002, 31 ss.; Morozzo della Rocca, *La r.c. dei genitori, tutori, maestri*, in *La responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, XI, Torino, 1998, 87 ss.; Id., *Regole di responsabilità, palline di carta e danni alla persona*, in *Corr. giur.*, 1997, 801 ss.; Bianca, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 700; Venchiarutti, in *Comm. Cendon*, IV, Torino, 1991, sub art. 2048, 2062 ss. Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, 337; Bonvicini, *La responsabilità civile*, Milano, 1971, 473.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. A favore dell'applicabilità del 2048 co.2 c.c. al caso in cui il minore procuri danni a se stesso: Cass. Sez. III, 26 giugno 1998 n.6331, in *Foro it.*, 1999, I, 1574; Cass., Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno e resp.*, 1998, 260, con commento di Rossetti; in *Resp. civ.*, 1998, 1071, con commento di Settesoldi, *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter dictum delle Sezioni Unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di culpa prevista dall'art. 2048, comma 2°, c.c.?*; in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1394; in *Riv. corte conti*, 1997, fasc. 5, 284; in *Giust. civ.*, 1998, I, 1114; in *Giur. it.*, 1998, 1714. Cass. Sez. III agosto 1995, n.8390, in *Rep. Foro it.*, 1995, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1458. Cass. S. U., n. 260, 3 febbraio 1972, in *Foro it.*, 1972, I, 3522. A favore della tesi restrittiva: Cass., 26.6.2001, n. 8740, in *Foro it.*, 2001, I, 3098, con nota di Di Ciommo, *L'illiceità (o antigiuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.*; Cass., 10 febbraio 1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, 507, con nota di Pandolfini, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo*. Cass. 13 maggio 1995, n. 5268, in *Nuova giur. comm.*, 1996, I, 239, con nota di Zaccaria, *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*; in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1996, 246; in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 996; si veda anche Cass., 12.7.1974, n. 2110, in *Foro it.*, 1974, I, 2625 ss., con nota redazionale di Florino, con l'avvertenza che il caso riguardava la responsabilità di un collegio ecclesiastico a seguito del danno occorso ad un seminarista dodicenne, la Corte, non ha applicato l'art. 2048, 2° co., bensì ha riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità. Cass., 10.7.1958, n. 2485, in *Rep. Foro it.*, 1958, *Responsabilità civile*, n. 211. La sentenza che ha decretato la natura contrattuale della responsabilità dell'insegnante e dell'istituto scolastico: Cass., Sez. Un., 27.6.2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414; in *Foro it.*, 2002, 2635, con commento di Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si*

procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.; in *Resp. civ.*, 2002, 1012, con commento di Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Corriere giur.*, 2002, 1287, con commento di Morozzo Della Rocca, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato dal minore a se stesso*; in *Nuova giur. civ.*, 2003, 264, con commento di Barbanera, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*; in *Danno e resp.*, 2003, 46, con commento di Lanotte, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*; in *Giur. it.*, 2003, 446; in *Studium Juris*, 2002, 1514. Pronunce successive alla decisiva sentenza del 2002: Cass. 11.6.2012, n. 9437, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 4, 377. Cass. Civ. Sez. III sent. n. 1769, 8.02.2012, con nota di Cocchi Alice, *La responsabilità per i danni da cose in custodia e quella derivante da contatto sociale per le lesioni autocagionate dall'allievo*, *Responsabilità civile e previdenza*, anno 2012 fascicolo 5. Cass. Civ. sez. VI ordinanza, 24.11.2011, n.24835, con nota di Paolo Sanna, *Riv. Civ.*, 2012, 12, 894. Cass., 15 febbraio 2011, n. 3680, in *Resp. civ.*, 2011, 7-8, 1560, con commento di Cocchi, *La responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati ad allievi e derivati da culpa in vigilando*; Cass., 3 febbraio 2011, n. 2559, in *La responsabilità civile*, 2012, 519 ss. con commento di Ulessi, *La responsabilità della scuola di sci: obblighi di protezione e onere della prova*, e in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 2, 175; Cass., 26 aprile 2010, n. 9906, in *Foro It.*, 2010, 9, 2388; Cass. Civ. sez. III 20 aprile 2010 n. 9325, in *Danno e resp.*, 2011, 392, con nota di Pastore. Cass. Civ. sez. III 3 marzo 2010 n. 5067, con nota di Cocuccio Mariafrancesca, *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*, *Giustizia Civile*, 2011, fascicolo 12. Cass., 31 marzo 2007, n. 8067, in *Foro it.*, 2007, 3468; Cass. Civ. 19 gennaio 2007, n.1197, in *Resp. Civ.*, 2007, 10, 2089, nota di Alberto Sesti, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dal minore: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.10, 2007, pag. 2092. Cass., 11 maggio 2007, n. 10830, in *Mass. Foro it.*, 2007, 960. Cass., 29.4.2006, n. 10030, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 361, con commento di Menini, *I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*; Cass. Civ. sez. III 16 giugno 2005 n. 12966 in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass. Civ. sez. III 18 novembre 2005, n. 24456, in *Danno e resp.*, 2006, 1081, con note di Cocucci e Perna. Cass., 14 ottobre 2003, n. 15321, in *Giur. it.*, 2004, 1848. Cass., 11 novembre 2003, n. 16947, in *Foro it.*, I, 426. Cass. 18 luglio 2003, n. 11245. Quanto alla giurisprudenza di merito: Tribunale Bari sez. III 24/10/2013; Tribunale Salerno sez. I 02/05/2013 n. 1117; Tribunale Catania, 28 giugno 2011, n.2515, sez. III, nota di Alice Cocchi, *La pubblica amministrazione ancora responsabile per culpa in vigilando, ex art. 2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi*, *Responsabilità Civile E Previdenza*, fasc.3, 2012, pag. 964. Trib. Catanzaro, 18 giugno 2009, in *Resp. civ.*, 2010, 1, 145, con commento di Foglia, *Duty to prevent the suicide?: i confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante*. Tribunale Bari sez. III 24 aprile 2009 n. 1667; Trib. Milano sez. X sent., 21 aprile 2009; Tribunale Bari sez. III 07 maggio 2009 con nota di Giovanni Facci, *Resp. Civ.* 2009, 663. Tribunale Bari sez. III 03 aprile 2008 n. 850; Giudice di Pace Napoli, sez. V, 07 ottobre 2005 con nota di Fabio Massimo Scaramuzzino, *Resp. Civ.* 2006, 11, 906. Tribunale Milano 19 gennaio 2004. Trib. Milano 19 gennaio 2004, in *Rep. Foro it.*, 2004, 2047(tesi restrittiva). Trib. Roma, 17.2.2003, in *Gius*, 2003, 1122; e in *Giur. merito*, 2003, 1414, secondo la quale «per i danni alla persona subiti da un alunno di un istituto scolastico durante l'orario di permanenza all'interno dell'istituto stesso ed a causa di un atto di autolesionismo è chiamato a rispondere detto istituto non ai sensi dell'art. 2048, comma 2°, c.c., norma applicabile esclusivamente ai danni riconducibili all'azione di altri alunni, bensì secondo i principi della responsabilità contrattuale di cui all'art.

1218 c.c., allorquando la custodia e la vigilanza siano state attuate in maniera inadeguata e negligente, tenuto conto dell'età dei soggetti da sorvegliare»; Trib. Roma, 9.4.2003, in *Giur. romana*, 2003, 297; Trib. Roma, 24 aprile 2002, *ivi*, 2002, 467. Trib. Cagliari, 9.6.2000, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 349. Trib. Cagliari 4 maggio 2002, in Rep. Foro it., 2004, 2047 (tesi estensiva).

Per quanto concerne la teoria del contatto sociale e gli obblighi di protezione: si veda Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in Foro it., 1999, I, 3332 con commento di Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in Corr. giur., 1999, 441, annotata da Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in Giust. civ., 1999, I, 999; in Arch. civ., 1999, 713; in Foro it., 1999, I, 3332 ss., in Resp. civ., 1999, 652, con commento di Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; in Contratti, I, 1999, 999, con commento di Guerinoni; in Giur. it., 2000, 740, con commento di Pizzetti, *La responsabilità del dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*. Sentenza che avvalga la tesi del contratto di protezione tra istituto scolastico e allievo: Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in Resp. civ., 2009, 1, 38, con commento di Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*.

In dottrina, sul rapporto tra le responsabilità del precettore, del genitore e del minore: Matteo Ferrari, *La responsabilità civile di scuola e insegnanti in Italia e Francia: un'analisi comparata*, Responsabilità civile e previdenza, fasc.4, 2014, pag. 1375b. D. Carusi, *Forme di responsabilità e danno*, in *Diritto civile* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Vol. IV. Attuazione e tutela dei diritti. III. La responsabilità e il danno, Torino, Giuffrè, 2009. Ferrante, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 2008, 83 ss. Nel senso di una visione estensiva: Rossetti, *La p.a. risponde del danno causato dall'alunno a se medesimo*, in *Danno e resp.*, 1998, 267. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 701; M. Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte* (artt. 2044-2048), in *Comm. cod. civ.* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2002, 303. In favore dell'interpretazione restrittiva dell'art. 2048 c.c. S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 57. Id., *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da "contatto sociale"*, in Resp. civ. e prev., 2004, 252. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 351; Id., *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, in *Danno e resp.*, 1997, 454, commento a Cass., 24.2.1997, n. 1683. Id., *L'illecito* in Tratt. Franzoni, 2004, 624. Facci, *La responsabilità dei genitori*, in *Le obbligazioni, II Le obbligazioni da fatto illecito*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, 1024. Crovetto, Art. 2048 c.c. e danni arrecati dall'allievo a sé stesso, in 9 Cardozo El. L. Bull. 11, 2003, in rete: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2003/Crovetto2a.pdf>. Monateri, *La responsabilità civile*, in Tratt. Sacco, 3, Tornio, 1998, 932. Di Ciommo, *Figli e discepoli di una giurisprudenza "bacchettona"?* *Danno e Resp.*, 2001, 3, 257. Patti, *Insegnamento dello sport e responsabilità civile*, in Resp. civ., 1992, 510, secondo il quale, non trovando applicazione l'art. 2048 c.c. al rapporto fra istruttore e minore in quanto la norma si riferisce esclusivamente ai rapporti coi terzi, l'istruttore risponderà ai sensi dell'art. 2043 c.c. Visintini, *Responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 750 e ss. (la quale ritiene invece applicabili a titolo di responsabilità diretta contrattuale od extracontrattuale, rispettivamente, l'art. 1218 in rapporto all'art. 1175 c.c., ovvero l'art. 2043 c.c.); L. Corsaro, *Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore*, in Riv.

dir. comm., 1967, I, 38. Dottrina successiva alla sentenza decisiva del 2002 sulla responsabilità dell'insegnante: Grazzini, *La responsabilità del precettore e dell'istituto scolastico per l'infortunio auto-cagionato dell'allievo*, *Resp. civ.*, 2012, 12, 835. Campione Riccardo, *Condotta autolesiva dell'allievo e regole di responsabilità nella giurisprudenza di merito: spunti per una ricostruzione alternativa*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 12, 1163, commento a Trib. Bari, 24 aprile 2009 e Trib. Milano sez. X sent., 21 aprile 2009. Cocchi, *La responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati ad allievi e derivati da culpa in vigilando* (nota a Cass., 15 febbraio 2011, n. 3680), in *resp. Civ. Prev.*, 2011, p. 1562; Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1693. Lamorgese, *La responsabilità civile negli incidenti scolastici*, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 1879 ss. Sesti, *La responsabilità dell'insegnante per danno cagionato dal minore: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, *ivi*, 2007, 2092. Moncalvo, *Sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1839. T. Perna, *La responsabilità per il danno da autolesione* (nota a Cass., 18 novembre 2005, n. 24456), in *Danno e resp.*, 2006, 1084. L.A. Scarano, *Servizio di accompagnamento di studenti minorenni a mezzo di "scuolabus" e responsabilità civile*, in *Giust. Civ.*, 2005, p. 477. Venturelli, *Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048, 2° co., c.c.*, in *Danno e resp.*, 2004, 1100 (nota a Trib. Bologna, 4.5.2004 e Trib. Milano, 19.1.2004). Contrari alla scelta di considerare sottoposto alla tutela del 2048 co.2 c.c. il danno procurato da un allievo ad un altro allievo: Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il "contatto sociale" in ambito scolastico* (nota a Cass. civ., 18 novembre 2005, n. 24456), in *Danno resp.*, 2006, 1084, 1086 s.; Montani, *La (ridimensionata) responsabilità dell'insegnante ex art. 2048 cod. civ.: si estendono i criteri risarcitori delle tabelle r.c.a.?* (nota a Cass. civ., 21 settembre 2012, n. 16056), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 168, 171.

In dottrina, per quanto concerne la teoria del contatto sociale e gli obblighi di protezione, innanzitutto: Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1098 ss.; Id., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 368 ss. Si veda anche: Benatti, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991, 221 ss.; Id., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1960, 1342 ss., specie 1359 ss. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, 42 ss. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; Id., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, 1 ss. Id., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto*, in *studi in onore di I. Mengoni*, Milano, 1995, I ed. In *la nuova responsabilità civile*, Milano, 2006. Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *Europa e dir. Priv.*, fascicolo 1, anno 2011. Sempre Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, *Europa e dir. Priv.*, fascicolo 3, anno 2009, pag. 679. Monateri, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998; C. Scognamiglio, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ.*, 2007, 1255 ss.; C. Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fascicolo 6. C. Visintini, *Responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 158 ss.; Id., *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1222)*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, 239 ss. Contro l'autonomia degli obblighi di protezione e posizioni critiche nei confronti della teoria del contatto sociale: Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 74. A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009. Id., *Delle obbligazioni in*

generale, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Libro IV. Delle obbligazioni (artt. 1173-1176)*, Bologna-Roma, 1988, 316 ss.; Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; Id., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 136 ss.; S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 57. Id, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da "contatto sociale"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 252. L. Bigliazzi Geri, voce *Buona fede nel diritto civile*, Dig. disc. priv. – sez. civ., II (Torino 1988), 171. U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. I, *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 16 s. ». U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (Milano 1968), 65 s. C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1218 (Bologna-Roma 1967), 35, nega che la categoria abbia un valido fondamento sulla base dell'argomento che « se la costituzione del rapporto obbligatorio presuppone che rimanga fermo il rispetto degli altri interessi, il soddisfacimento dello specifico interesse creditorio deve appunto intendersi come programmato attraverso una prestazione che non s'ingerisca dannosamente nella sfera giuridica del creditore. Ulteriori analisi recenti in merito: Francesco Venosta, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, Europa e Diritto Privato, fasc.1, 2014, pag. 109. F. Rolfi, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. Merito*, 2007, p. 555. Sull'operatività della Legge Balduzzi: Scognamiglio, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. N. 189/2012*, *Responsabilità civ. e prev.*, 2013, fascicolo 6. Patrizio Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il « senso » del richiamo all'art. 2043 c.c.*, *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.3, 2014, pag. 1040b. Buffone, *l'equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla Legge 189/2012* in Martini, Genovese (a cura di) *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa. Opinioni a confronto alla luce della Legge 8 novembre 2012 n. 189*, Maggioli Editore, 2012.

(3) Onere della prova: Cass. Sez. Un. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770, con commento di Laghezza, *Inadempimento ed onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*. Cass., 10.12.1998, n. 12424, *Rep. Foro it.*; Cass., 11.8.1997, n. 7459, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Responsabilità civile*, 148; Cass., 9.6.1994, n. 5619, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Responsabilità civile*, 93. Pronunce che evidenziano i caratteri dell'onere probatorio in capo all'insegnante, il contenuto dell'obbligo di sorveglianza: v. Cass., 23.7.2003, n. 11453, in *Giust. civ. mass.*, 2003. in *Rep. Foro it.*, 1998, *Resp. civ.*, n. 180. Cass., 9.6.1994, n. 5619, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Resp. civ.* n. 93. Cass., 27 marzo 1984 n. 2027, *Rep.* 1984, 94. Sulla rilevanza dell'imprevedibilità dell'evento dannoso, fasc. 7; Cass., 24.2.1997, n. 1683, in *Danno e resp.*, 1997, 451, con nota di Franzoni. Per la giurisprudenza di merito: Tribunale Lecce, sez. I, 10 aprile 2015, n. 1834; Tribunale Trento 13 giugno 2014, n. 690. Tribunale Bari, sez. III, 24 ottobre 2013. Tribunale Torre Annunziata 04 settembre 2013 n. 912. Tribunale Messina, sez. I, 12 giugno 2012, n. 1230. In dottrina: Cocuccio Mariafrancesca, *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*, *Giustizia Civile*, 2011, fascicolo 12. Alberto Sesti, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dal minore: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.10, 2007, pag. 2092. Nota a Cassazione civile, 27 giugno 2002, n.9346, sez. un., in *Resp. civ.*, 2002, 1012, con commento di Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il presupposto della responsabilità scolastica; 3. Il duello tra esigenze dogmatiche e sostanziali di miglior tutela del danneggiato: la tesi estensiva e restrittiva a confronto; 4. La scelta innovativa delle Sezioni Unite nel 2002: responsabilità contrattuale dell'insegnante per *culpa in vigilando*; 5. La *ratio* della decisione e onere probatorio; 6. Evoluzione della teoria del contatto sociale, la sua applicazione alla categoria dell'insegnante, obblighi di protezione; 7. Osservazioni critiche in ordine alla teoria del contatto sociale. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente contributo si propone di delineare i diversi approcci con cui nel tempo formante dottrinale, giurisprudenziale e legislativo si sono rapportati al problema della responsabilità dell'insegnante nella scuola pubblica per difetto di sorveglianza. Innanzitutto uno sguardo è rivolto alla disciplina della responsabilità del personale della scuola Statale così come modificata dall'art 61 della l.312/1980 concernente la legittimazione passiva dell'insegnante nei giudizi di responsabilità per culpa in vigilando. In secondo luogo è doveroso soffermarsi sulla diversa natura giuridica che la responsabilità, per mancata vigilanza del docente, assume, parlando di danno rivolto da un alunno ad altro alunno, inquadrata come responsabilità extracontrattuale ex art 2048 c.c., diversamente da quanto avviene nell'ipotesi di danno che l'alunno arreca a se stesso, annoverata nella categoria della responsabilità contrattuale ex art 1218 c.c. Inoltre, si porrà l'attenzione sul rapporto giuridico esistente tra il precettore e l'allievo, che dal 2002 trova la sua fonte nel cosiddetto "contatto sociale" e approfondiremo lo studio dei connessi obblighi di protezione. Mediante un raffronto con le numerose opinioni dottrinali in merito, delineremo un'osservazione critica della fattispecie del "contatto sociale" nella peculiare relazione precettore-alunno. Infine, allargheremo lo spettro d'indagine alla categoria nel suo complesso, anche alla luce dei dubbi suscitati dall'emanazione della legge Balduzzi.

2. Il presupposto della responsabilità scolastica

L'esordio della nostra analisi si sofferma sulla disciplina della responsabilità del personale della scuola Statale, modificata dall'art. 61 della legge 11 luglio 1980, n. 312, (oggi trasfuso nell'art. 574, d.lgs., 16.4.1994, n. 297) la quale testualmente dispone: «*La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi*».

In sintesi la norma esclude completamente la legittimazione passiva diretta del personale della scuola pubblica esclusivamente nelle controversie concernenti la determinazione della responsabilità per *culpa in vigilando*; stabilisce infatti che, per queste azioni giudiziarie, l'Amministrazione si surroghi al suo dipendente. Pertanto, in particolare l'insegnante, in quanto dipendente di una scuola pubblica¹, non potrà in

¹ Si presti attenzione al fatto che questa tutela non trova applicazione nel caso in cui gli insegnanti prestino la loro attività lavorativa in scuole private.

nessun caso essere citato in giudizio direttamente dal danneggiato per accertare la responsabilità per mancata sorveglianza all'allievo, bensì verrà sostituito in giudizio dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

Qualora l'Amministrazione venga condannata a risarcire il danno a terzi ovvero ad un allievo, essa stessa avrà azione di regresso nei confronti dell'insegnante unicamente nel caso in cui si dimostri la sussistenza del dolo o della colpa grave nell'attività di sorveglianza. All'infuori di queste ipotesi, dunque, la rivalsa è preclusa². Diversi interventi della giurisprudenza di legittimità hanno permesso di comprendere nel dettaglio la portata della disposizione in esame e chiarire alcuni aspetti controversi. Si veda in proposito Cass., S.U., 11.8.1997, n. 7454³, che ha esteso l'operatività della norma in questione anche ai casi di autolesione dell'allievo: «Ciò premesso, ritengono le Sezioni Unite che con la norma dell'art. 61 si sia voluta escludere la legittimazione passiva degli insegnanti anche con riguardo alle azioni di responsabilità promosse per danni subiti dagli alunni a causa di atti da loro stessi compiuti⁴». Inoltre, nonostante qualche voce contraria in passato⁵ che attribuiva alla surrogazione dell'amministrazione un valore altresì sostanziale, è ormai pacifico oggi⁶, che la norma abbia un'accezione puramente processuale. Ciò significa che la sostituzione in processo non comporta una modifica del titolo dell'azione risarcitoria con cui sarebbe citato in giudizio l'insegnante, se avesse legittimazione passiva. In sostanza, anticipando riflessioni che svolgeremo in seguito, se l'insegnante risponde ex art. 2048 co.2 c.c. (danno a terzi, danno procurato da un allievo ad un altro allievo) o ex art. 1218 c.c. (danno auto cagionato dall'allievo), parallelamente l'Amministrazione è convenuta in base allo stesso titolo di responsabilità, ferma restando la facoltà, per i danneggiati, di convenire

² Cass., 10.5.2005, n. 9752, in *Resp. civ.*, 2006, 307, con nota di Greblo, *Autonomia scolastica e legittimazione passiva del Ministero della Pubblica Istruzione*;

³ Cass., S.U., 11.8.1997, n. 7454, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1071 con nota di Settesoldi, *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter dictum delle Sezioni Unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di colpa prevista dall'art. 2048 c.c., 2° co., c.c.*; in *Danno e resp.*, 1998, 260, con nota di Rossetti, *La p.a. risponde del danno causato dall'alunno a sé medesimo*;

⁴ Continua: «Infatti, il comma 2° dell'art. 61 della legge, n. 312 del 1980 – stabilendo che la limitazione della responsabilità degli insegnanti ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per i comportamenti degli allievi sottoposti alla vigilanza – ha inteso includere tra i terzi lo scolaro che abbia posto in essere la condotta pericolosa o imprudente da cui gli sia derivato il pregiudizio, essendo il medesimo, nello stesso tempo, autore e vittima dell'azione in ordine alla quale l'insegnante non abbia rispettato l'obbligo di vigilanza. [...] L'interpretazione restrittiva della norma, riferita cioè alla sola ipotesi di danno cagionato dagli alunni ad altri allievi o persone, anche estranee all'ambiente scolastico, determinerebbe, in caso di danno prodotto dall'alunno sia a sé medesimo sia ad altro scolaro un duplice e diverso effetto sulla legittimazione dell'insegnante. Questi, infatti, mentre non sarebbe passivamente legittimato rispetto all'azione promossa dall'allievo autore della condotta che abbia causato il danno ad altri, sarebbe, invece, legittimato in relazione alla pretesa fatta valere per il pregiudizio subito dall'alunno che sia stato solo vittima dell'atto del compagno». Nello stesso senso anche: Cass., sez. III, 26.6.1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, 1574. In senso contrario invece: Cass., 13.5.1995, n. 5268, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 239, con commento di Zaccaria, *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*; in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1996, 246; in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 996; V. anche Cass. 10.2.1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, 507, con commento di Pandolfini, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo*; e Cass. 10.7.1958, n. 2485, in *Mass. Foro it.*, 1958.

⁵ Cass., S.U., 11.8.1997, n. 7454; Cass., 3 marzo 1995, n. 2463, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2093, con nota di Casini, *Una decisione innovativa della Cassazione sulla responsabilità degli insegnanti*. Secondo l'orientamento contrario il ricorrente per dimostrare la responsabilità della pubblica amministrazione doveva ricorrere ai più gravosi criteri probatori propri dell'art 2043, ovvero sia : il fatto illecito dell'allievo, il danno, il nesso di causalità nonché l'elemento psicologico.

⁶ Cass., 29.4.2006, n. 10042, in *Il quotidiano giuridico*. Anche Cass., S.U., 27.6.2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635; Cass., sez. III, 26.6.1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, 1574.

altresì l'istituto scolastico, del quale si dovrà accertare la responsabilità in via del tutto autonoma. Infatti nel 2006 la Cassazione ribadisce: «[...] in tema di responsabilità civile degli insegnanti per omessa vigilanza [...] la sottrazione degli insegnanti statali alle conseguenze dell'applicabilità nei loro confronti della presunzione di cui all'art. 2048, 2, co. c.c., nei giudizi di danno per *culpa in vigilando* è attuata dall'art. 61, l. 11.7.1980, n. 312, non sul piano sostanziale, ovvero incidendo sulla operatività dell'art. 2048, 2° co., c.c. nei detti giudizi, ma esclusivamente sul piano processuale, mediante l'esonero dell'insegnante statale dal processo, nel quale l'unico legittimato passivo è il Ministero dell'istruzione».

Si evince che la volontà legislativa sottesa a questa norma consiste nel salvaguardare, in particolare, l'esposizione processuale dell'insegnante. Per l'appunto, si ritiene che questa scelta sia giustificata in primo luogo, considerando gli utenti con cui questa attività entra in relazione: bambini con cui, specie se di tenera età, sono frequenti le occasioni di danno. In secondo luogo, si spiega per la funzione sociale che questa figura professionale svolge nel contesto cittadino: dedita alla formazione culturale ed educativa dei giovani. Per queste valutazioni, è condiviso all'interno dell'ordinamento che l'insegnante debba ottenere maggiore protezione. D'altro canto osserveremo in seguito come la giurisprudenza, in determinati casi, si sia spinta verso una maggior salvaguardia della figura dell'allievo, soprattutto attraverso la qualificazione della responsabilità per culpa in vigilando del precettore nei confronti dell'allievo che si è auto-procurato il danno, come responsabilità contrattuale ex 1218 c.c., concedendo a quest'ultimo un più favorevole onere probatorio. Si desume quindi, come all'interno del nostro ordinamento si trovino orientamenti divergenti, che tendono a rendere la disciplina molto frammentata. Ci si interroga, dunque, su quale sia la direzione migliore da intraprendere per rendere il sistema complessivo più coerente ed efficiente. Questione cui tenteremo di proporre soluzioni nel corso della nostra riflessione.

3. Il duello tra esigenze dogmatiche e sostanziali di miglior tutela del danneggiato: la tesi estensiva e restrittiva a confronto

La sentenza esaminata mette in luce la centralità del problema della qualificazione giuridica della natura della responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante per i danni occorsi all'allievo in situazioni di mancata sorveglianza.

Occorre preliminarmente chiarire che il nostro ordinamento ha distinto le ipotesi in cui il minore sia o meno incapace di intendere e volere⁷. Nel primo caso, per le conseguenze del fatto dannoso, non incorre in responsabilità l'agente incapace, bensì chi era tenuto alla sua sorveglianza; pertanto si applicherà quanto previsto dall'art 2047 c.c.⁸. Nel secondo caso, per contro, si ricorrerà all'art 2048 c.c. In siffatta ipotesi la responsabilità dei genitori, tutori e insegnanti concorre con quella dei minori; tuttavia, nella prassi, la chiamata in giudizio dei minori è piuttosto rara, a meno che questi non dispongano già di un copioso patrimonio. Partendo dal presupposto che la ratio della norma 2048 c.c. coincide con la necessità di garantire una tutela ai terzi danneggiati, il

⁷ "Ai fini della responsabilità civile ai sensi dell'art. 2048 per danni cagionati da persone incapaci di intendere e di volere, il giudice non può limitarsi a tener presente l'età dell'autore del fatto ma deve anche considerarne lo sviluppo intellettuale, quello fisico, l'assenza di eventuali malattie ritardanti, la forza del carattere, la capacità del minore di rendersi conto della illiceità della sua azione e la capacità del volere con riferimento all'attitudine di autodeterminarsi" (in termini, Cass. civ. n. 8740/2001).

⁸ Art 2047 c.c.: "In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità".

rapporto tra le responsabilità si fonda sul principio di solidarietà dell'art 2055 cc., con la possibilità, per il sorvegliante di persona capace, di agire in regresso in base alla gravità delle rispettive condotte. Sicuramente inammissibile sarebbe la pretesa di una rivalsa totale. Ciononostante, nella prassi in cui si accerta la responsabilità dell'insegnante, solitamente si prescinde dall'accertamento dell'imputabilità in sede civile del minore e si applica unicamente l'art. 2048 c.c., se ne ricorrono i presupposti. Oltretutto, la scelta tra l'uno o l'altro regime non incide sul fatto che colui che è tenuto alla sorveglianza del minore debba risarcire il danno da questi cagionato, né varia la prova liberatoria: la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto⁹. Si presti attenzione al fatto che la responsabilità del "maestro", non preclude quella dei genitori che possono essere comunque tenuti a risarcire la vittima della condotta dannosa, giacché l'affidamento del minore alla custodia di terzi solleva il genitore dalla presunzione di *culpa in vigilando* ma non anche da quella della *culpa in educando*. Di conseguenza i genitori dovranno dimostrare, per liberarsi da responsabilità, di avere impartito al minore un'educazione adeguata a prevenirne comportamenti lesivi.

Appurato questo aspetto, affrontiamo la questione della natura giuridica della responsabilità della struttura scolastica e del docente. Per quel che concerne il danno che l'alunno cagiona ad un altro alunno giurisprudenza¹⁰ e quasi la totalità della dottrina¹¹ sono sempre state conformi nel recepire siffatta ipotesi all'interno responsabilità aquiliana, in particolare nella fattispecie speciale ad essa riservata dal legislatore, ovverossia il co2 dell'art 2048c.c., norma che, come noto, pone a carico di precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte la responsabilità « del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza ». Si tratta di una presunzione di colpa relativa, che può essere vinta dimostrando di non aver potuto impedire il fatto. Sennonché, come precisa la Cassazione nella Sent. 27 marzo 1984 n. 2027¹²: « la prova di non aver potuto impedire il fatto, non può ritenersi raggiunta in base alla sola dimostrazione di non essere stato in grado di realizzare un intervento correttivo o repressivo, ma richiede anche la dimostrazione di aver adottato le misure organizzative o disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo favorevole all'insorgere di detta serie causale ». Sullo stesso piano viene considerato altresì il terzo danneggiato dal fatto illecito dell'allievo, terzo inteso come soggetto estraneo al gruppo degli allievi. Pertanto anche la sua pretesa risarcitoria troverà ristoro nell'art.2048 c.c.

È stato, invece, a lungo tempo, dibattuto come configurare il caso di danno auto-inferto dall'allievo; sino al 2002, in seno alla giurisprudenza si riscontrava una vera dicotomia di orientamenti. Una parte minoritaria della giurisprudenza¹³, prediligeva una tesi

⁹ Matteo Ferrari, *La responsabilità civile di scuola e insegnanti in Italia e Francia: un'analisi comparata*, Responsabilità civile e previdenza, fasc.4, 2014, pag. 1375b. Ferrante, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 2008, 83 ss. Vedi anche D. Carusi, *Forme di responsabilità e danno*, in *Diritto civile diretto* da N. Lipari e P. Rescigno, Vol. IV. Attuazione e tutela dei diritti. III. La responsabilità e il danno, Torino, Giuffrè, 2009.

¹⁰ Cass. civ. Sez. III, 07-10-1997, n. 9742 (durante l'assenza momentanea del professore, l'alunno era stato colpito all'occhio da una penna scagliatagli addosso dal compagno). Cass. civ. Sez. III, 26-06-1998, n. 6331. Cass. civ. Sez. III, Sent., 20-08-2003, n. 12213. Cass. Civ. Sez. 09-08-2007, n. 17486.

¹¹ Vedremo in seguito le opinioni contrarie di Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il "contatto sociale" in ambito scolastico* (nota a Cass. civ., 18 novembre 2005, n. 24456), in *Danno resp.*, 2006, 1084, 1086 s.; Montani, *La (ridimensionata) responsabilità dell'insegnante ex art. 2048 cod. civ.: si estendono i criteri risarcitori delle tabelle r.c.a.?* (nota a Cass. civ., 21 settembre 2012, n. 16056), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 168, 171.

¹² Cass. Civ., 27 marzo 1984 n. 2027, Rep. 1984, 94.

¹³ Cass., Sez. Un., 11.8.1997, n. 7454, in *Danno e resp.*, 1998, 260, con commento di Rossetti; in *Resp. civ.*, 1998, 1071, con commento di Settesoldi, *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter*

estensiva facendo rientrare nel co.2 dell'art.2048 c.c. anche suddetta ipotesi, osservando che l'obbligo di vigilanza dell'insegnante è imposto anche a tutela degli allievi a lui affidati; pure in questo caso, ferma restando la possibilità per il "precettore" di dimostrare di non aver potuto impedire il fatto, valendo tale allegazione come prova liberatoria. Ciononostante, tale convinzione emergeva soprattutto in obiter dictum, in pronunce nelle quali la fattispecie oggetto della controversia non riguardava un caso di comportamento autolesivo.

Per contro, la parte maggioritaria della giurisprudenza¹⁴ parteggiava per una visione restrittiva dell'art 2048co.2 c.c.; ovverosia riteneva che il titolo di responsabilità contemplato nell'articolo non includesse l'ipotesi di danno autocagionato dal minore, il quale poteva invece trovare ristoro nell'art. 2043 c.c., sussistendone le condizioni. Si ammetteva infatti che il precettore potesse risultare responsabile secondo i principi generali dell'illecito civile per avere omesso la dovuta vigilanza o l'adozione delle necessarie misure cautelative così creando le premesse per l'infortunio.

La prima interpretazione aveva il pregio di alleggerire l'onere probatorio a carico del minore danneggiato, il quale, godendo della presunzione iuris tantum a carico dell'insegnante ex art . 2048 c.c., non sarà tenuto a dimostrare tutti gli elementi costitutivi del fatto; fermo restando in capo all'affidatario l'onere di dimostrare di non aver potuto impedire il fatto. La seconda, invece, vantava il merito di attenersi al dettato letterale dell'art 2048 c.c. che parla espressamente di "fatto illecito", fatto illecito che chiaramente manca nel caso in cui il minore procuri la lesione, non già ad un terzo, bensì a se stesso, considerando oltretutto che la prova liberatoria del 2048c.c. si oppone al terzo danneggiato e non al minore che si sia cagionato il danno.

4. La scelta innovativa delle Sezioni Unite nel 2002: responsabilità contrattuale dell'insegnante per colpa in vigilando

Emergono così alcuni elementi chiave delle argomentazioni che sono state utilizzate nella decisiva sentenza del 2002 con cui le Sezioni Unite¹⁵ hanno posto fine a questo binomio interpretativo, aderendo alla tesi restrittiva. Tuttavia, discostandosi

dictum delle Sezioni Unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di culpa prevista dall'art. 2048, comma 2°, c.c.?; in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1394; in *Riv. corte conti*, 1997, fasc. 5, 284; in *Giust. civ.*, 1998, I, 1114; in *Giur. it.*, 1998, 1714.

Cass. Sez. Un. 260/1972; Cass. Sez. III 1.8.1995, n.8390; Cass. Sez. III, 26.6.1998 n.6331.

¹⁴ Cass., 10.7.1958, n. 2485, in *Rep. Foro it.*, 1958, *Responsabilità civile*, n. 211; Cass., 13.5.1995, n. 5268, in *Nuova giur. comm.*, 1996, I, 239, con nota di Zaccaria, *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*; in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1996, 246; in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 996; Cass., 10 febbraio 1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, 507, con nota di Pandolfini, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo*; si veda anche Cass., 12.7.1974, n. 2110, in *Foro it.*, 1974, I, 2625 ss., con nota redazionale di Florino, con l'avvertenza che il caso riguardava la responsabilità di un collegio ecclesiastico a seguito del danno occorso ad un seminarista dodicenne, la Corte, non ha applicato l'art. 2048, 2° co., bensì ha riconosciuto c.c la natura contrattuale della responsabilità. V. anche Cass., 3.3.1995, n. 2463, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2093, con commento di Casini, *Una decisione innovativa della Cassazione sulla responsabilità degli insegnanti*; Cass., 12.7.1974, n. 2110, in *Foro it.*, 1974, 2625; in *Foro pad.*, 1975, 74; in *Arch. civ.*, 1975, 424; e in *Giur. it.*, 1975, 70.Trib. Cagliari, 9.6.2000, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 349.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414; in *Foro it.*, 2002, 2635, con commento di Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Resp. civ.*, 2002, 1012, con commento di Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Corriere giur.*, 2002, 1287, con commento di Morozzo Della Rocca, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato dal minore a se stesso*; in *Nuova giur. civ.*, 2003, 264, con commento di Barbanera, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*; in *Danno e resp.*, 2003, 46, con commento di Lanotte, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*; in *Giur. it.*, 2003, 446; in *Studium Juris*, 2002, 1514.

dall'orientamento prevalente, hanno sancito la natura contrattuale della responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante.

In primis, analizziamo le tre ragioni addotte dalla suprema corte per escludere l'applicazione dell'art. 2048 co2 c.c. al danno auto-inferto¹⁶: innanzitutto una di carattere sistematico, considerando l'analogia con la presunzione di responsabilità ex 2047 c.c. , “presunzione che riguarda coloro che sono tenuti alla sorveglianza degli incapaci, i quali cagionino danni, e non trova, quindi, applicazione nell'ipotesi inversa di incapaci i quali siano i soggetti passivi dell'evento di danno”. La Sez. Unite puntualizzano infatti che gli art. 2047 e 2048 c.c. si differenziano solamente per la capacità di intendere e di volere del minore, assente nel primo caso ma presente nel secondo. Si voleva, in sostanza, dare una disciplina comune, in tema di autolesione, a entrambe le norme, giacché accade di frequente che sul piano applicativo vi siano interferenze. In seguito, una di carattere letterale, già anticipata, che si sofferma sul riferimento testuale al «fatto illecito» dell'art 2048 c.c., termine che presuppone quindi un fatto obiettivamente antigiuridico, lesivo di un terzo. Infine, una di carattere dogmatico, poiché l'art 2048 c.c. costituirebbe norma di «propagazione»¹⁷ della responsabilità, la quale nasce come responsabilità del minore nei confronti dei terzi e si estende a genitori, tutori, precettori e maestri d'arte; decretando dunque una responsabilità per fatto altrui. Mentre è pacifico che la responsabilità del precettore verso l'allievo, per danno inflitto da sé, rappresenti una responsabilità diretta per fatto proprio¹⁸.

Rispetto al titolo di responsabilità della scuola e del docente, nonostante entrambi abbiano natura contrattuale ex art 1218 c.c., le Sez. Unite hanno scelto di approntare un'analisi che differenzi i due casi in base alla fonte della responsabilità. Dunque, pure in questa sede, ci accingiamo ad affrontarle distintamente. Per quel che concerne la natura della responsabilità dell'istituto scolastico la Suprema Corte dichiara che, attraverso la domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo nella scuola, si istaura una relazione di tipo contrattuale. Di conseguenza, l'obbligo negoziale che grava sull'istituto consiste nel vigilare sulla sicurezza e

¹⁶ Cass. civ. Sez. VI Ordinanza, 24 novembre 2011, n. 24835, nota a sentenza di Paolo Sanna, Resp. Civ., 2012, 12, 894, *Responsabilità dell'insegnante, Autolesione dell'allievo: la responsabilità contrattuale dell'insegnante e dell'istituto scolastico alla “prova” dell'onere della prova.*

¹⁷ Barbero, *Criterio di nascita e criterio di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in Riv. dir. civ., 1960, I, 572 ss., specie 581, secondo cui le cd. «norme di propagazione» presuppongono una responsabilità che nasce «per colpa» in capo ad un soggetto con l'obiettivo di estenderla a soggetti diversi dal diretto responsabile. L'Autore reputa che la responsabilità per i danni cagionati dai figli minorenni o dalle persone sottoposte a tutela si origini in capo ai genitori ed ai tutori qualora, accanto alla incapacità legale, vi sia anche la incapacità naturale di intendere e volere (ed in questo caso la loro responsabilità si fonderà sull'art. 2047 c.c. in ragione del dovere di sorveglianza sull'incapace); in capo invece ai figli stessi qualora essi abbiano la naturale capacità di intendere e volere propagandosi poi a genitori e tutori in virtù dell'art. 2048 c.c.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 27.6.2002, n. 9346 cit. «l'art. 2048 è concepito come norma di «propagazione» della responsabilità, in quanto, presumendo una *culpa in educando* o *in vigilando*, chiama a rispondere genitori, tutori, precettori e maestri d'arte per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi: la responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori, tutori, precettori e maestri d'arte. [...] Il contrario assunto [ovverosia la invocabilità dell'art. 2048, comma 2°, c.c., nei confronti dei precettori al fine di ottenere il risarcimento dei danni che l'allievo abbia procurato a se stesso: n.d.r.] postula infatti una radicale alterazione della struttura della norma, che delinea una ipotesi di responsabilità per fatto altrui, in quanto il precettore risponde verso il terzo danneggiato per il fatto illecito compiuto dall'allievo in danno del terzo, per non averlo impedito in ragione di una presunzione di *culpa in vigilando*, laddove nel caso di autolesione il precettore sarebbe ritenuto direttamente responsabile verso l'alunno per un fatto illecito proprio, consistente nel non aver impedito, violando l'obbligo di vigilanza, che venisse compiuta la condotta autolesiva».

l'incolumità dell'allievo per tutto il tempo in cui l'allievo rimane nel contesto scolastico, anche al fine di impedire contegni auto lesivi. Il mancato rispetto di quest'obbligo determina responsabilità per inadempimento contrattuale. Quanto invece al precettore, la natura contrattuale della responsabilità poggia, non su un vincolo negoziale, bensì su un particolare rapporto giuridico detto *contatto sociale*, che trova il suo fondamento nel particolare affidamento che l'allievo ripone nell'insegnante. Quest'ultimo, infatti, oltre al generico obbligo di istruirlo ed educarlo è tenuto anche alla sua protezione e vigilanza, compreso evitare che l'allievo procuri un danno a se stesso. Pertanto, si riscontra, un'obbligazione che non ha origine in un contratto, ma che si atteggia come tale, ricevendo la stessa disciplina.

5. La ratio della decisione e onere probatorio

La scelta della giurisprudenza di legittimità è stata motivata dalla volontà di tutelare maggiormente lo studente auto-lesionatosi, il cui onere probatorio in base all'art. 1218 c.c. è limitato alla dimostrazione che il danno si è realizzato durante lo svolgimento del rapporto giuridico, cui si accompagna l'allegazione (in senso processuale) dell'inadempimento, consistente, in questo caso, con il danno verificatosi¹⁹. Pertanto, non essendo stata seguita dalla Cassazione la posizione prevalente, che fondava tale rapporto nell'art. 2043 c.c., il ricorrente non è più gravato dall'arduo onere di dimostrare il dolo o la colpa di chi era preposto alla vigilanza. Incombe, invece, sul convenuto, la prova che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante²⁰, intesa come sopravvenuta circostanza imprevedibile ed inevitabile che sembrerebbe coincidere con l'espressione «non aver potuto impedire il fatto» di cui l'art. 2048 co.3 c.c., (somiglianza che verrà approfondita in seguito). Ne deriva che non è sufficiente per essere liberato, la prova di aver agito con l'opportuna diligenza, ovvero l'assenza di colpa; si richiede, invece, che vengano addotte le positive circostanze che hanno reso impossibile la previsione dell'evento, trattasi in altri termini di caso fortuito, di forza maggiore o di una forza umana, come l'intervento di un terzo. Nell'ipotesi dell'insegnante, egli (ricordiamo che la sua legittimazione passiva in giudizio è esclusa, quindi di fatto competerà all'amministrazione) dovrà attestare che erano state adottate tutte le cautele organizzative e disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo e il prodursi di un evento come quello realizzatosi in concreto. Inoltre dovrà far leva sulla imprevedibilità e repentinità della condotta che ha procurato il danno.

Nella sentenza in epigrafe, per l'appunto, il docente riesce ad andare esente da responsabilità proprio grazie alla prova del rispetto di siffatti criteri. Ricordiamo che la lesione si era verificata durante la lezione di educazione fisica. Gli accertamenti probatori hanno documentato che vi era stato un riscaldamento muscolare preventivo, di conseguenza non era contestabile all'insegnante medesimo una negligenza nella preparazione fisica dei ragazzi. Oltretutto il contegno della ragazza, consistente nell'aver dato con foga un calcio al pallone provocando il "distacco della spina iliaca anteriore inferiore di destra", era del tutto imprevedibile ed inevitabile, considerando anche l'impossibilità di pretendere dal precettore un'intromissione totale nelle dinamiche del gioco sportivo, intervento che paralizzerebbe completamente la funzione educativa e ludica dell'attività atletica. Altra prerogativa che può vantare l'alunno, oltre

¹⁹ Cass. Sez. Un. 30.10.2001, n. 13533, in Foro it. , 2002, I, 770, con commento di Laghezza, *Inadempimento ed onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*;

²⁰ Cass., Sez. Un., 27.6.2002, n. 9346, Cass. civ., 3 marzo 2010, n. 5067; Cass. civ., 20 aprile 2010, n. 9325; ribadisce tali orientamenti Cass. civ., 15 febbraio 2011, n. 3680, cit.

al più favorevole regime probatorio, consiste nel più ampio termine prescrizione, dieci anni anziché cinque come previsti in caso di illecito aquiliano.

6. Evoluzione della teoria del contatto sociale, la sua applicazione alla categoria dell'insegnante

Si ritiene opportuno, al momento, indagare le categorie dogmatiche menzionate nella sentenza, così da disporre degli strumenti idonei per una riflessione adeguata in merito. Da quanto si evince dalla sentenza del 2002, il rapporto giuridico che si instaura tra precettore e allievo, trae fondamento dal particolare contatto ("contatto sociale") attuato tra le parti, inteso come una relazione di fatto che infonde nell'allievo un certo affidamento riguardo al fatto che il precettore tutelerà, oltre al suo interesse ad essere istruito, altresì la sua incolumità.

Ci soffermiamo, a questo punto, sulla teoria del contatto sociale, per proseguire in seguito l'analisi relativa alla connessa disciplina degli obblighi di protezione, così come prendono forma nelle cd. obbligazioni senza prestazione (rapporto tra precettore-alunno, medico-paziente) e all'interno di un contratto (contratto di protezione nell'ipotesi dell'istituto scolastico-alunno e dell'azienda ospedaliera-paziente), inserendoci nel quadro delle opinioni dottrinali e delle pronunce di legittimità che si sono espresse in materia.

La teoria del «contatto sociale» (Haftung aus sozialem Kontakt) trova origine nell'ordinamento giuridico tedesco²¹ ed è volta ad indicare un'area intermedia fra il contratto ed il torto. Si tratta di una zona grigia laddove alcune fattispecie di danno presentano elementi comuni ad entrambe le forme di responsabilità senza coincidere totalmente con alcuna di essa. Per l'appunto, se da un lato questa fattispecie non può ridursi ad una responsabilità "del passante" o "del chiunque"²²; dall'altro lato è manchevole dell'elemento focale della responsabilità negoziale, ovvero la prestazione. In questa "terra di nessuno"²³, come in seguito spiegheremo nel dettaglio, è l'affidamento, ingenerato da un rapporto di fatto o da un contatto instauratosi fra due soggetti, ad assurgere ad autonoma fonte di obbligazioni²⁴.

In Italia la teoria del «contatto sociale» ha trovato prima applicazione giurisprudenziale in materia di responsabilità medica attraverso la qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria pubblica²⁵. In passato la

²¹ Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, Leipzig, 1943

²² C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 446 ss.

²³ L'espressione è originariamente adottata da F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto impr.*, 1991, 539 ss., il quale, a sua volta, fa riferimento all'opera di G. Gilmore, *The Death of Contract*, da cui essa è stata mutuata

²⁴ Per la dottrina italiana: Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss. Id., *La nuova responsabilità civile*, 3, Milano, 2006, 443 ss. In materia anche Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, specie 142 ss. Per una disamina delle varie posizioni della dottrina, la quale talora parla anche, al riguardo, di obbligazioni ex lege, Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; Id., *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004, 252.

²⁵ Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; in *Danno resp.*, 1999, 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, 441, annotata da Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999; in *Arch. civ.*, 1999, 713; in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss., con commento di Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Resp. civ.*, 1999, 652, con commento di Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con commento di Carbone, *La*

posizione di questa situazione era stata controversa, essendo talora²⁶ ritenuta di natura aquiliana, in quanto il rapporto negoziale intercorre solamente fra il paziente e l'ente ospedaliero, mentre il medico dipendente resta estraneo a questo rapporto. Talaltra²⁷, invece, si affermava la natura contrattuale di questa responsabilità riferendosi all'art. 28 Cost., che prevede, accanto alla responsabilità dell'ente, anche quella del funzionario e del dipendente.

Delineiamo pertanto le considerazioni che hanno portato le Sezioni Unite, nel 1999, in materia di responsabilità medica, ad avvallare per la prima volta la categoria del contatto sociale. Nella pronuncia, la Suprema Corte statuisce che, sia la responsabilità dell'ente ospedaliero sia quella dell'operatore professionale, abbiano radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente all'interno della struttura sanitaria. La corte, richiamando un orientamento condiviso da parte della dottrina²⁸, aderisce all'idea secondo cui la prestazione del medico sia di natura contrattuale, nascente non già da un contratto, bensì da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, il cosiddetto "contatto sociale". Afferma che questi fenomeni trovano la loro fonte nella terza ipotesi elencata dall'art. 1173 c.c. che menziona tra le fonti dell'obbligazione, oltre al contratto e al fatto illecito, altresì "ogni altro atto o fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico", precisando che per "fatti idonei" possono essere intesi altresì i principi di rango costituzionale (nel caso di specie l'art. 32 Cost., il diritto alla salute). In seguito, richiamando dei casi di efficacia di contratti nulli, gli artt. 2126 e 2332 c.c. rispettivamente in materia di contratti di lavoro e di società, sostiene che esistono delle ipotesi con previsione legale di tipo contrattuale, ma che in concreto vengono costituite senza base negoziale, solamente grazie al contatto sociale; si parla di *rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale*.

In sostanza si rinvencono dei fenomeni che trovano la loro fonte in un fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (art 1173 c.c.), eppure il rapporto che ne scaturisce consiste in un'obbligazione da contratto. In questo modo si è di fronte ad una "dissociazione tra la fonte e l'obbligazione che ne deriva": obbligazione contrattuale, nonostante una fonte non contrattuale. Pertanto, al semplice contatto «si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso» cd. "obblighi di protezione". «Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale». Il medico svolge una professione protetta, per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato; proprio a questi professionisti «la coscienza sociale prima ancora dell'ordinamento, richiede non un'astensione propria del *neminem laedere*, bensì quel *facere* dal quale emerge la professionalità che deve contrassegnare costantemente la sua attività, indipendentemente dal fatto che medico e paziente abbiano, o meno, stipulato un contratto di prestazione d'opera». Quel che il paziente chiede al medico è infatti di essere curato, quest'ultimo quindi, non è tenuto soltanto a non peggiorare la salute del

responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto; in *Contratti*, I, 1999, 999, con commento di Guerinoni; in *Giur. it.*, 2000, 740, con commento di Pizzetti, *La responsabilità del dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*.

²⁶ V. Cass., 26.3.1990, n. 2428, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, fasc. 3; Cass., 13.3.1998, n. 2750, in *Giur. it.*, 1999, 2096

²⁷ V. Cass., 2.12.1998, n. 12233, in *Danno e resp.*, 1999, 777; Cass., 1.3.1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296 e in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, 604.

²⁸ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 469 ss.

paziente, bensì a migliorarla. L. Lambo²⁹ evidenzia come si insaturi tra le parti un rapporto particolare «creatosi prima ancora del verificarsi dell'evento pregiudizievole, innervato non solo di doveri negativi ma anche di doveri a contenuto positivo, che richiedono di agire al fine di proteggere la sfera giuridica dell'altro soggetto del rapporto».

Dunque ribadiamo, l'espletamento della attività medica è sempre lo stesso, nonostante l'assenza del contratto, e si traduce in obblighi di comportamento nei confronti dei pazienti ovverosia coloro che, nel momento in cui sono entrati in "contatto" con lui, hanno fatto affidamento sulla sua professionalità. Trova così conferma quanto già anticipato ab initio, che la fonte della responsabilità del medico si ritrova, non nel contratto, bensì nell'affidamento che il paziente ha riposto in questa figura professionale.

Come è già stato messo in luce, la nascita del concetto di "contatto sociale" nella dottrina italiana si deve a Castronovo³⁰ ed è proprio dalle sue considerazioni che la pronuncia appena esaminata trae fondamento per la sua legittimità. Le premesse del suo ragionamento riposano nella convinzione della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, ovverosia che la relazione, che si instaura tra le parti intendenti stipulare un negozio, è fonte di un rapporto nel quale le stesse sono vincolate a comportarsi secondo buona fede ex art. 1337 c.c. In sostanza ciò che determina la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale è l'affidamento ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra. Ne deriva che l'affidamento è fonte di un'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, considerando che, non essendo ancora stato concluso il vincolo negoziale, difetta la prestazione. La sua fonte a livello normativo si ritrova sempre nella terza categoria presentata dall'art. 1173 c.c. Questa previsione legislativa, sostiene l'Autore, consente di inserire tra le fonti i principi costituzionali del nostro ordinamento (il diritto alla salute, sancito come tale dall'art 32 Cost). Si tratta di una norma che, per la sua flessibilità e indeterminatezza, ben si presta a creare rapporti obbligatori derivanti da contatto sociale, concetto che si erge così a *tertium genus* tra le fonti delle obbligazioni³¹.

Ciò che distingue il cd. "contatto sociale" rispetto ai diversi contatti sociali generici e non qualificati che quotidianamente caratterizzano la nostra vita di relazione è "il carattere volontariamente cooperativo e relazionale della condotta, che coinvolge le sfere di due soggetti determinati per la realizzazione di un interesse giuridicamente apprezzabile, ed impone a costoro, reciprocamente, un dovere che non ha ad oggetto un far avere, cioè la realizzazione di un interesse acquisitivo della controparte (come sarebbe proprio del rapporto obbligatorio pieno, comprensivo del dovere principale di

²⁹ L. Lambo, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno resp.*, 2008, 136 ss.

³⁰ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3, Milano, 2006, 443 ss.; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss. il quale ritiene che nel nostro ordinamento, come nell'ordinamento tedesco, gli obblighi di protezione possano essere fonte di responsabilità contrattuale seppur svincolati dalla prestazione principale.

³¹ Per le molteplici applicazioni giurisprudenziali, Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ.*, 2011, 9, 1693. La responsabilità da «contatto sociale» ha poi sempre più estesamente attecchito in giurisprudenza, trovando applicazione nelle fattispecie in cui il danno non deriva da una causale collisione con terzi e dove si rinvergono i due requisiti dell'affidamento e della professionalità. connota ad esempio chi presta la sua attività lavorativa all'interno della struttura sanitaria, scolastica, soggetti che per la loro peculiare attività sono garanti della salute di un terzo. Sennonché numerosi altri settori hanno subito l'influenza della responsabilità da contatto, come tra l'altro nell'ambito della responsabilità dell'intermediario finanziario e del mediatore per omesse informazioni, infine della Pubblica Amministrazione per l'adozione di atti illegittimi.

prestazione), bensì solo il conservare ciò che già è nella sfera della controparte, soggetta ad un rischio particolare a causa della esecuzione della prestazione”³²

Si evince, dunque, come nella struttura del contatto sociale si inserisca la categoria dei cosiddetti obblighi o doveri di protezione, che trovano anch’essi le loro origini nella dottrina tedesca (*Schutzpflichten*). Questi obblighi si incontrano sia nelle obbligazioni senza prestazione, sia nei cd. contratti di protezione.

Nel primo caso, si ammette la possibilità che degli obblighi sorgano da rapporti contrattuali di fatto, laddove in forza di un “contatto” le sfere giuridiche di due soggetti entrano in relazione. Fissiamo quindi i caratteri essenziali di questi obblighi all’interno dell’ambito applicativo del contatto sociale. La situazione in esame concerne rapporti qualificati (relazione medico- paziente, precettore-allievo), dal momento che gli operatori svolgono una professione protetta³³, che induce una parte a riporre nei confronti dell’altra un certo affidamento. L’affidamento costituisce la fonte di un’obbligazione (di protezione) in assenza, tuttavia, di una prestazione (data la mancanza del contratto). In questo caso i “doveri di protezione” si estrinsecano nell’obbligo di tutelare l’altrui sfera giuridica ed evitare di arrecare ad essa un pregiudizio, considerando il pericolo cui ci si espone ogniquale volta due soggetti determinati si orientino alla reciproca cooperazione. Gli obblighi in questione hanno natura legale³⁴, trovano il loro fondamento normativo nell’art. 1175, ovvero sia nel principio di buona fede integrativa: “*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”. Pertanto, la violazione dell’obbligo di buona fede determina l’insorgere della responsabilità ex art 1218 c.c.

Nell’ipotesi, invece, in cui ci si trovi nel terreno dei contratti di protezione, è necessario configurare un rapporto a struttura complessa che contiene nel suo nucleo l’obbligo di prestazione, cui accedono una serie di obblighi collaterali o accessori³⁵. Questi ultimi a differenza dei primi, non gravano unicamente sul debitore, bensì su ambedue le parti, inoltre «l’interesse del contraente, quando entra in un rapporto contrattuale, non è solo quello diretto alla prestazione che è oggetto del contratto, ma anche a non subire pregiudizio alla propria persona o alle proprie cose, quando l’una o le altre sono anch’esse in qualche modo coinvolte nella esecuzione del contratto³⁶». Gli obblighi di protezione, non sono una pura conversione contrattuale dell’alterum non laedere, che presiede, quale principio, alla responsabilità aquiliana, ma rappresentano il completamento dello scopo positivo dell’obbligazione³⁷. In senso conforme anche la

³² Francesco Venosta, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, Europa e Diritto Privato, fasc.1, 2014, pag. 109. Queste affermazioni possono essere generalizzate: l’esecuzione di una *prestazione* non dovuta impone sempre all’esecutore e all’*accipiens* un dovere di protezione a beneficio dell’altro che è fondato sul principio di buona fede, la cui applicabilità anche ad ipotesi in cui manca un dovere principale di prestazione è già stata da altri argomentata sulla base dell’art. 1337 c.c., e trova, a nostro parere, una conferma nelle fattispecie considerate, ove si riscontra la presenza di quel medesimo elemento che, nel rapporto obbligatorio “pieno”, giustifica l’insorgere dei doveri di protezione: appunto, l’esposizione delle rispettive sfere ad un rischio particolare cagionato dalla esecuzione di una prestazione.

³³ Professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p. Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in Foro it., 1999, I, 3332

³⁴ Castronovo, *L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss. Id., *La nuova responsabilità civile*, 3, Milano, 2006, 443 ss.

³⁵ Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, 1 ss.

³⁶ A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

³⁷ A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

dottrina tedesca, C.W. Canaris³⁸ afferma infatti che: "...I primi [doveri di prestazione, N.d.R.] sono finalizzati alla realizzazione ed alla promozione dell'interesse alla prestazione, i secondi [doveri di protezione, N.d.R.] alla protezione dei restanti beni della controparte. La peculiarità decisiva dei "doveri di protezione" e, nel contempo, la loro differenza sostanziale con gli "obblighi del traffico" – sta nel fatto che la loro violazione determina una responsabilità alla stregua dei principi contrattuali".

È stato osservato che questi obblighi oltre ad essere autonomi e trascendere la prestazione, rappresentano una “categoria cuscinetto” tra la responsabilità contrattuale e quella da delitto, in grado di colmare le lacune dell’una e dell’altra³⁹. Permettono, in sostanza, di tutelare interessi particolarmente meritevoli di protezione in quanto maggiormente esposti ad un eventuale pregiudizio, sottraendoli alla disciplina dell’illecito aquiliano del quale è nota la difficoltà sul piano probatorio. Ne deriva che si applicherà il regime di cui all'art. 1218 c.c. nel caso in cui l’inadempimento abbia ad oggetto *non solum* un obbligo di prestazione, *sed etiam* un obbligo di protezione. Si afferma, cioè, la natura contrattuale della responsabilità per le ingerenze dannose nella sfera giuridica della propria controparte⁴⁰.

La presenza di siffatti interessi ha condotto anche la giurisprudenza a discutere dei cd. “contratti di protezione”. A tal proposito è doveroso rammentare la Cass. Sez. U., n. 26972 dell’11 novembre 2008⁴¹, con la quale le Sezioni Unite hanno istituito la categoria dei contratti di protezione, qualificando in codesta maniera, oltre al rapporto negoziale tra azienda ospedaliera e paziente, altresì quello tra istituto scolastico e allievo. Dice testualmente: «costituisce contratto di protezione anche quello che intercorre tra l'allievo e l'istituto scolastico. In esso, che trova la sua fonte nel contatto sociale (Sez. Un., n. 9346/2002; sent. n. 8067/2007), tra gli interessi non patrimoniali da realizzare, rientra quello alla integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione».

In questa sentenza i giudici concordano nella possibilità di risarcire anche interessi non patrimoniali sia nell’ipotesi di responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale. Tra questi interessi non patrimoniali sono compresi i doveri di protezione: interessi che reificano la necessità di salvaguardare l’altrui sfera giuridica nel momento in cui le parti entrano in relazione. Questa pronuncia sancisce un’innovazione decisiva, che viene avvalorata mediante una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. : “il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi espressamente previsti dalla legge”. Per l'appunto, la disposizione era stata interpretata per molto tempo nel senso di precludere il risarcimento dei danni non patrimoniali per inadempimento contrattuale, dal momento che, in quest’ultimo caso, mancava una parallela norma *ad hoc*. Al contrario la sentenza menzionata considera la necessità di riconoscere, per i diritti inviolabili della persona, una tutela minima, qual è il risarcimento; pertanto la lesione di tali diritti, che abbia determinato un danno non patrimoniale, comporta l'obbligo di risarcirlo, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Riferendoci ancora alle argomentazioni rese nella pronuncia, questo traguardo è confermato dal tenore letterale dell’art. 1174 c.c. il quale, diversamente dalla consolidata interpretazione precedente, ammette che possano costituire oggetto della

³⁸ C.W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in Riv. crit. dir. priv., 1983, 793 ss.

³⁹ A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in Riv. crit. dir. priv., 1984, 322 ss.

⁴⁰ Grazzini, *La responsabilità del precettore e dell’istituto scolastico per l’infortunio auto-cagionato dell’allievo*, *Resp. civ.*, 2012, 12, 835M

⁴¹ Cass., Sez. Un., 11.11. 2008, n. 26972, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 38, con commento di Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*.

prestazione contrattuale interessi, non necessariamente di carattere patrimoniale, purché siano suscettibili di una valutazione economica. Sennonché la Suprema Corte, correttamente, restringe la portata dell'evoluzione interpretativa, fissando i parametri per mezzo dei quali stabilire la risarcibilità del danno non patrimoniale: innanzitutto quest'ultimo deve aver provocato la lesione di un interesse costituzionalmente garantito e in secondo luogo si deve prestare attenzione alla causa in concreto del contratto. Per causa in concreto si intende lo scopo di protezione del contratto, ovverosia gli interessi che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato⁴². Se le parti, al momento della stipulazione hanno reputato rilevante comprendere nell'oggetto del contratto anche interessi di carattere non patrimoniale, la pretermissione di tali interessi imporrà il loro risarcimento. Si è in questo modo interrotta quella prassi che richiedeva, per poter tutelare gli interessi non patrimoniali lesi, l'esperimento di entrambe le azioni (impropriamente cumulo della azioni), sia quella contrattuale per gli interessi patrimoniali, che quella aquiliana per i non patrimoniali.

Con l'espressione "contratto di protezione"⁴³ si statuisce, in sostanza, che il vincolo negoziale comprende effetti protettivi. Espressione che origina dalla riflessione di come il contratto non possa più essere considerato una semplice tecnica di allocazione della ricchezza, con un'unica funzione, quella di accrescere la sfera patrimoniale dei contraenti; ma debba necessariamente confrontarsi con i valori post-acquisitivi sempre più numerosi, ovverosia con le esigenze di chi è disposto a immettere nel circuito del mercato interessi in merito ai quali, fino a non molti decenni fa, si avrebbe, senza dubbio, unanimemente escluso l'inserimento nei meccanismi del diritto privato. Ciò avviene ogniqualvolta un soggetto è disposto a pagare un prezzo per soddisfare anche bisogni che potremmo definire "spirituali".

7. Osservazioni critiche in ordine alla teoria del contatto sociale. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, solleviamo dei rilievi critici che emergono dalla dottrina, concernenti la qualificazione del rapporto tra precettore e alunno all'interno della categoria del contatto sociale.

Innanzitutto, non appaiono convincenti le argomentazioni utilizzate da alcuni autori⁴⁴ per far valere la tesi dell'inutilità dell'applicazione della categoria del contatto sociale alla fattispecie dell'insegnante. Infatti, questa posizione ritiene che, preso atto del vincolo contrattuale tra la scuola e l'allievo, in ogni caso sarà più conveniente, in termini di deep pocket, citare in giudizio l'ente responsabile per l'inadempimento dovuto al fatto del dipendente ex art. 1218 c.c., piuttosto che il precettore. In primo luogo, prendendo le distanze da quanto sostenuto dalla Suprema Corte, dobbiamo condividere i dubbi di parte della dottrina, sul fatto che un atto amministrativo, quale la domanda di ammissione, possa essere considerato un contratto a tutti gli effetti⁴⁵. In secondo luogo

⁴² Dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006.

⁴³ C. Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*. in *Resp. civ.*, 2012, 1949.

⁴⁴ F. Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, cit., 2640; A. Lanotte, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, cit., 56.

⁴⁵ Virga, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, Milano, 1999, 20; in questo senso, Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 59. V., da ultimo, Lariccia, *Diritto Amministrativo*, 2^a ed., I e II, Padova, 2006. C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 5, ove efficacemente si pone in luce che "il significato sociale dell'accordo è quello di atto di volontà e che quando tale significato è insussistente manca il fenomeno del contratto".

l'insegnante è un dipendente, non già dell'istituto scolastico, bensì del Ministero della Pubblica Istruzione, trovandosi in un rapporto organico con esso⁴⁶. Infine la vera "tasca profonda" è proprio il Ministero, il quale, surrogando in processo il Professore, risarcisce i danneggiati con le risorse pubbliche e solo eventualmente, in caso di dolo o colpa grave potrà reintegrare quanto erogato mediante un'azione di regresso nei confronti dell'insegnante. Oltretutto, come chiarito in precedenza, la surrogazione ha solamente valore processuale, non anche sostanziale, pertanto appare decisivo individuare la natura della responsabilità dell'insegnante in questione. Ne deriva che, nonostante sia condivisibile il fine cui mirano queste obiezioni, ovverosia impedire che la giurisprudenza risolva i suoi problemi mediante la costruzione di astratte categorie, allo stesso tempo siamo del parere che non ritraggano la soluzione più valida ed appropriata.

Rappresentano, invece, argomentazioni efficaci quelle che sottolineano la difficoltà riscontrata nell'individuare i contenuti che dovrebbero contraddistinguere l'obbligazione di vigilanza e di protezione gravante sugli insegnanti, soprattutto considerando che si tratta di contenuti relativi, variabili a seconda dell'età e del grado di maturazione dell'alunno⁴⁷. Per di più, la professionalità⁴⁸ dell'educatore non è adeguata, o almeno lo è solo in via residuale, a svolgere funzioni di sorveglianza specifica, cui si collega abitualmente la responsabilità da contatto sociale. Per l'appunto, non convince la parificazione, realizzata dalla giurisprudenza, con la professione del medico, la cui attività, a differenza del precettore, coinvolge necessariamente la vita e la salute dei suoi affidati e presuppone, quindi, anche lo svolgimento di funzioni di vigilanza. Dello stesso parere è Faillace⁴⁹, che sottolinea come la professionalità del docente concerna la capacità di insegnare mentre la tutela dell'allievo si pone solo come obbligo accessorio e connesso alla fase di sviluppo degli alunni.

Si aggiunga che spesso non è agevole distinguere tra danno auto inferto e danno cagionato a un allievo da un compagno; ad esempio nella situazione in cui non sono dimostrabili o comprensibili le dinamiche con cui si è verificato il danno (si pensi alla lesione che si realizza mentre gli alunni si trovano disposti in una fila disordinata nell'atrio; al bambino che inciampa senza riuscire a comprendere se la caduta è dovuta a fatto proprio o di altro compagno). Tuttavia, in base all'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, il trovarsi nell'uno o nell'altro caso muta significativamente la disciplina applicabile (2047/2048 c.c. ovvero 1218 c.c.), nonostante sia evidente che l'affidamento nella capacità e nella professionalità del precettore sia il medesimo. In questo modo, la natura contrattuale o extracontrattuale viene a dipendere, non dal rapporto o dal contratto, bensì dalle modalità con cui si verifica il danno, lasciando invariate, ribadiamo, l'affidamento e la professionalità del docente⁵⁰. È stato, per l'appunto, messo in luce che, ove si condividesse l'ipotesi convalidata dalla giurisprudenza di legittimità, favorevole all'esistenza di obblighi di protezione in capo all'istituto scolastico e all'insegnante, la cui violazione determina l'insorgere di una

⁴⁶ Cass. civ. Sez. III, 7.11.2000, n. 14484.

⁴⁷ In questo senso ad esempio: Cass., 10.12.1998, n. 12424, cit.; Cass., 11.8.1997, n. 7459, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Responsabilità civile*, 148; Cass., 9.6.1994, n. 5619, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Responsabilità civile*, 93.

⁴⁸ Venturelli, *Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048, 2° co., c.c.*, in *Danno e resp.*, 2004, 1100 (nota a Trib. Bologna, 4.5.2004 e Trib. Milano, 19.1.2004); T. Perna, *La responsabilità per il danno da autolesione* (nota a Cass., 18 novembre 2005, n. 24456), in *Danno e resp.*, 2006, 1084.

⁴⁹ Faillace, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004, 257.

⁵⁰ Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414.

responsabilità contrattuale, per coerenza si dovrebbe altresì ricostruire in chiave contrattuale la responsabilità del precettore per il danno causato da un allievo ad un altro allievo, dovendosi constatare la stessa natura della responsabilità⁵¹. Pertanto, l'ambito di applicazione dell'art 2048 c.c. resterebbe circoscritto alla responsabilità per danni cagionati a terzi del tutto estranei alla struttura scolastica, in altri termini ai terzi non-alunni. Non rappresenta però l'unico rimedio possibile, è stata prospettata pure una soluzione opposta: quella di modificare il dettato letterale degli artt. 2047 c.c. e 2048 c.c. al fine di ricomprendervi anche il danno auto procurato⁵².

Inoltre, riprendendo una considerazione accennata in precedenza, dall'osservazione delle fattispecie sopra citate, si evince che la differenza tra le due viene a scomparire sul piano dell'onus probandi. Infatti quanto all'art. 2048 co.3 c.c., esso richiede che siano state adottate, in via preventiva, tutte le misure organizzative e disciplinari volte ad evitare che si concretizzi una situazione di pericolo favorevole al verificarsi del danno, e contemporaneamente la dimostrazione della imprevedibilità e della repentinità della condotta da cui è scaturito il pregiudizio. Per quanto attiene all'art. 1218 c.c., il convenuto deve dimostrare "l'impossibilità sopravvenuta non imputabile": espressione che va intesa come "circostanze imprevedibili e inevitabili" e che, pertanto, prospetta vicinanze innegabili con quanto richiesto dall'art 2048 co.3 c.c. In sostanza, la prova della causa non imputabile viene a coincidere con la prova del caso fortuito, ossia di non aver potuto impedire il fatto. Questa convergenza trova conferma in una pronuncia della Suprema Corte⁵³, nella quale il giudice di merito aveva fatto applicazione dell'art 2048 c.c. in un caso di autolesione, allontanandosi dal diritto vivente. Sennonché, i giudici di legittimità, dopo aver precisato quale sarebbe stato il corretto inquadramento normativo del caso di specie, hanno riscontrato che «la decisione di rigetto non è censurabile, in quanto risulta acquisita agli atti di causa, secondo l'espresso accertamento compiuto dal giudice di merito, la prova che nessun addebito di *culpa in vigilando* o di altra omissione di doverose cautele di sorveglianza può essere *rivolto alla condotta dell'insegnante*, cui al momento l'alunno era affidato, data la repentinità con cui l'incidente ebbe a verificarsi. La Corte territoriale, infatti, ha giudicato imprevedibile e, perciò, non prevenibile la improvvisa caduta [...] in ciò ravvisando la situazione tipica di esclusione di responsabilità consistente nel caso fortuito, che, anche secondo i precedenti arresti di questo giudice di legittimità (Cass., n. 5668/2001; Cass., n. 1683/97), si realizza qualora vi sia la dimostrazione che la vigilanza è stata svolta nella misura dovuta; che non è stata omessa l'adozione, in via preventiva, di misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo; che l'azione dannosa è stata in concreto imprevedibile e repentina». Come ha ammesso la Suprema

⁵¹ Campione Riccardo, *Condotta autolesiva dell'allievo e regole di responsabilità nella giurisprudenza di merito: spunti per una ricostruzione alternativa*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 12, 1163, commento a Trib. Bari, 24 aprile 2009 e Trib. Milano sez. X sent., 21 aprile 2009. Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il "contatto sociale" in ambito scolastico* (nota a Cass. civ., 18 novembre 2005, n. 24456), in *Danno resp.*, 2006, 1084, 1086 s.; Montani, *La (ridimensionata) responsabilità dell'insegnante ex art. 2048 cod. civ.: si estendono i criteri risarcitori delle tabelle r.c.a.?* (nota a Cass. civ., 21 settembre 2012, n. 16056), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 168, 171. Di Ciommo in *Foro it.*, 2002, 2635, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; Grazzini, *la responsabilità del precettore e dell'istituto scolastico per l'infortunio auto-cagionato dell'allievo*, *Resp.civ.*, 2012, 12, 835. Lamorgese, *La responsabilità civile negli incidenti scolastici*, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 1879 ss

⁵² Faillace, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004, 252 ss.

⁵³ Cass. 18 novembre 2005, n. 24456. V., in un caso analogo, Cass. 29 aprile 2006, n. 10030.

Corte⁵⁴, la corrispondenza del regime probatorio di queste forme di responsabilità, permetterebbe al giudice di merito stesso di qualificare la domanda, in via contrattuale o aquiliana, qualora la parte non vi abbia provveduto.

In definitiva nel caso dell'autolesione, si è aggirato l'ostacolo costituito dal dettato letterale dell'art. 2048 c.c. che parla di "fatto illecito", consentendo nondimeno il suo stesso trattamento probatorio. È lecito constatare, infine, che la qualificazione contrattuale della responsabilità in esame non abbia portato significative differenze da quanto era stato prospettato dalla tesi estensiva. Pertanto ci interroghiamo sulla effettiva necessità di creare siffatta dicotomia tra danno auto cagionato e danno procurato ad un altro alunno; dicotomia che determina una maggiore complessità a livello sistematico, senza produrre, tuttavia, rilevanti differenze sostanziali. Questa consapevolezza potrebbe condurre o ad includere nel contatto sociale anche l'ipotesi di danno arrecato da un alunno ad un altro alunno; o ad abbandonare la categoria del contatto sociale nel rapporto precettore-allievo⁵⁵, invitando il legislatore ad intervenire con una modifica del dettato letterale dell'art. 2048 c.c. In questo modo si renderebbe il sistema meno frammentato, lasciando invariata la tutela garantita all'allievo leso dal fatto di un altro alunno e contemporaneamente risolvendo le incongruenze sopra rilevate.

Altra considerazione che avvalga la nostra tesi, concerne i limiti che la categoria del contatto sociale presenta, non solo se applicata alla relazione precettore-alunno, bensì nella sua stessa concezione dogmatica. Le successive analisi critiche si inseriscono quindi, nel più ampio dibattito dottrinale sulla praticabilità dell'esistenza di un *tertium genus* tra le fonti delle obbligazioni, qual è il contatto sociale.

Innanzitutto, un'obiezione incisiva e pregnante si concentra sulla funzione della responsabilità da contatto: si denota come questa debba essere ricondotta alla funzione conservativa del rimedio aquiliano e non a quella acquisitiva del rimedio contrattuale partendo dall'assunto che, in quest'ultimo caso, il risarcimento si qualifica come un surrogato di un risultato modificativo o incrementativo dell'altrui sfera patrimoniale o personale che discende da un atto di circolazione della ricchezza; mentre nell'ipotesi del contatto sociale il risarcimento ha l'unico scopo di reintegrare la lesione apportata alla sfera giuridica altrui, e, come è noto, il diritto all'integrità della propria persona e ai propri beni prescinde dall'esistenza di un rapporto e trova fondamento normativo nell'art. 2043 c.c.⁵⁶.

In seguito, scrittori autorevoli⁵⁷ hanno negato l'autonomia dei doveri di protezione, sostenendo che si tratterebbe di aspetti del dovere principale di prestazione. Non si potrebbe parlare di un'obbligazione principale e di un'obbligazione di protezione, ma di una «unica obbligazione con unicità di contenuto ed oggetto, della quale la legge evidenzia, sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, due diversi aspetti, senza per questo spezzarne, come è stato significativamente detto, il contenuto unitario»

⁵⁴ Cass. 11 novembre 2003, n. 16947.

⁵⁵ Faillace, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004, 252 ss.

⁵⁶ Benatti, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991, 221 ss.; Id., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1960, 1342 ss., specie 1359 ss.

⁵⁷ U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. I, Tratt. Cicu-Messineo (Milano 1974), 16 s.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (Milano 1968), 65 s.; L. Bigliazzi Geri, voce *Buona fede nel diritto civile*, *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II (Torino 1988), 171; U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli 1958, passim. C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Comm. Scialoja-Branca, sub art. 1218 (Bologna-Roma 1967), 35, nega che la categoria abbia un valido fondamento sulla base dell'argomento che «se la costituzione del rapporto obbligatorio presuppone che rimanga fermo il rispetto degli altri interessi, il soddisfacimento dello specifico interesse creditorio deve appunto intendersi come programmato attraverso una prestazione che non s'ingerisca dannosamente nella sfera giuridica del creditore ».

e che i doveri di protezione, «lungi dal porsi come obblighi accessori con autonomia di contenuto o di oggetto, o costituiscono niente più che tipiche specificazioni, momenti particolari della obbligazione, il cui contenuto unitario si determina in relazione alla natura della prestazione ed alle modalità di esecuzione o si traducono, invece, in puri e semplici oneri e, più esattamente, in limiti formali riguardanti l'esercizio di un diritto, non immediatamente deducibili dalla normativa di correttezza, ma esplicitamente previsti da singole disposizioni di legge pur ad essa ispirate»⁵⁸.

Di Majo è sempre stato un fervente sostenitore dell'idea che il rapporto obbligatorio sia tale in quanto si dia una prestazione. Quel che per Lui conta è la «connessione con la prestazione», senza la quale non è possibile ritenere «dovuto od esigibile un comportamento da un obbligato “che non c'è”». L'Autore ritiene che l'obbligazione senza prestazione sia ammissibile solo nel caso della responsabilità precontrattuale, ovverosia quando una prestazione effettivamente non vi sia; al contrario, quando prestazione comunque vi sia, come nel caso del medico che dà attuazione ad una obbligazione, riferirsi all'obbligazione senza prestazione genera delle contraddizioni⁵⁹. A suo parere, si dovrebbe parlare piuttosto di «prestazione senza obbligazione, cioè una prestazione che si dà senza che ne preesista il relativo vincolo. Sarebbe quest'ultimo, infatti, a venire ex lege ad esistenza per virtù della prestazione». In senso conforme Mario Barcellona⁶⁰, che si è fortemente speso a discapito di questa categoria. Le sue considerazioni tentano di minare i presupposti della qualificazione del contatto sociale come una responsabilità di natura contrattuale. Riteniamo pertinente soffermarci su alcune sue osservazioni: in primo luogo l'Autore afferma che il primo argomento che deporrebbe per la natura contrattuale della responsabilità da contatto è quello che fissa come presupposto la violazione di un obbligo preesistente. In sintesi: mentre da un lato si rileva ab origine l'assenza di doveri di comportamento, dove è la lesione a determinare responsabilità (2043 c.c.), dall'altro lato gli obblighi di protezione (e la stessa buona fede da cui si fanno discendere ex art.1337 c.c.) consistono in proposizioni normative le quali vengono a costituire un preciso dovere di comportamento volto a tutelare la specifica sfera giuridica altrui. In realtà le due disposizioni (1337 e 2043 c.c.) non presentano un valore normativo differente. Infatti in entrambi i casi la responsabilità è subordinata alla necessaria presenza di due condizioni: che si causi un danno e che vi sia una valutazione del comportamento che ha creato il rischio e lo ha causato secondo un parametro previo, ovverosia quello della colpa/diligenza e della buona fede/correttezza. La ratio sottesa è la medesima: la conservazione della sfera giuridica altrui. D'altro canto il cagionare un danno ingiusto non determina responsabilità se il comportamento non viola il previo dovere di diligenza e al contempo la violazione di un previo dovere di buona fede non induce a responsabilità se non sussiste la lesione. In conclusione la dicotomia: lesione di diritto tout court- violazione di obblighi preesistenti non è veritiera e pertanto la violazione di un obbligo preesistente non assurge a criterio decisivo per espungere dalla responsabilità aquiliana la categoria del contatto sociale.

Altra intuizione di Barcellona si sofferma sul presupposto che la responsabilità da contatto sia di natura contrattuale dal momento che affidamento e buona fede, su cui si

⁵⁸ L. Bigliazzi Geri, voce Buona fede nel diritto civile, Dig. disc. priv. – sez. civ., II (Torino 1988), 171;

⁵⁹ Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Libro IV. Delle obbligazioni* (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 316 ss.; Come Egli stesso afferma, la dottrina degli obblighi di protezione «ancora regge ed è compatibile con il concetto della obbligazione perché la protezione è pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione e, in ogni caso (anche) dovuta in previsione di essa (ove si tratti di danni cagionati a contratto poi non concluso e/o invalido)».

⁶⁰ Barcellona, trattato della responsabilità civile, Torino, 2013, 74.

fonda la colpa in contraendo ex. art. 1337 c.c. (di cui la responsabilità da contatto è solo una generalizzazione analogica), sono elementi costitutivi di un rapporto obbligatorio inteso alla tutela della sfera giuridica altrui. Il ragionamento che l'Autore non condivide è il seguente: l'affidamento ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra fa sorgere un rapporto obbligatorio funzionale alla tutela della sfera giuridica altrui, la cui violazione non può che indurre responsabilità contrattuale. Detto altrimenti, la trasformazione del contatto sociale in rapporto obbligatorio e la conseguenziale attivazione del dovere di buona fede sono conseguenza dell'affidamento obiettivo.

In realtà però le parti devono osservare il dovere di buona fede non perché sussista già tra esse un affidamento obiettivo ma perché tra loro è stata intrapresa una trattativa contrattuale. Pertanto l'affidamento non genera l'obbligo di buona fede ma al contrario è l'obbligo di buona fede a rendere rilevante l'affidamento, il quale semplicemente risolve problemi che una trattativa contrattuale può far sorgere. Seguendo tale ragionamento si giunge alla conclusione che ogni rapporto sociale, ogni contatto è, di per sé solo, fonte di obblighi volti alla tutela dell'altrui sfera giuridica. La responsabilità precontrattuale sarebbe da intendere in questo modo: chi interferisce nell'altrui sfera giuridica è tenuto a risarcire il danno che così abbia causato ove ciò abbia fatto in modo contrario a buona fede. Ma in questi termini non si discosta dal contenuto normativo dell'art 2043 c.c., ciò che cambia è solo che nella fattispecie della responsabilità da contatto il criterio dirimente è, in prevalenza, costituito dalla buona fede/ scorrettezza invece che dalla colpa/diligenza. Tuttavia questa differenza non implica che i rispettivi conflitti e la responsabilità che ne deriva, siano diametralmente opposti.

Infine, sempre secondo Barcellona, necessita una rivalutazione la stessa diffusa convinzione della generalità dell'obbligo aquilano e la relatività dell'obbligazione senza prestazione, carattere che di conseguenza ascrive quest'ultimo nella categoria dell'obbligazione senza prestazione. In realtà l'obbligo aquilano è sempre determinato e soggettivamente orientato dal momento che il fatto che lo può produrre e i criteri necessari per determinare i soggetti che ne saranno vincolati sono specificati dalla norma stessa. L'obbligo di diligenza che troviamo nell'art. 2043 è necessariamente destinato ad essere individualizzato e concretizzato cioè deputato ad operare in modo singolare e determinato. Si tratta in altri termini di un "chiunque" che si trova in condizioni di contiguità, di rischio di interferenza con un altro "chiunque" altrettanto determinato, che da tale contiguità può ricevere un danno. In conclusione neanche questo presupposto sembra decisivo per qualificare come contrattuale la c.d. responsabilità da contatto.

Il contrasto non è di facile soluzione, soprattutto considerando che queste remore hanno da sempre trovato la tenace opposizione di autorevole dottrina⁶¹, già incontrata nella nostra analisi. Le due scuole di pensiero qui menzionate si discostano in ciò che ciascuna considera il nocciolo duro dell'obbligazione: infatti mentre Di Majo e Barcellona pongono al centro la prestazione e di conseguenza non possono concepire un'obbligazione senza prestazione, al contrario la ammettono coloro che ritraggono l'obbligazione essenzialmente come una "relazione"⁶². Malgrado ciò, l'economia del presente scritto non consente di esaminare con il dovuto grado di approfondimento

⁶¹ Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; Id., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, 1 ss.; C. Scognamiglio, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ.*, 2007, 1255 ss.; C. Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fascicolo 6. C.

⁶² Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *Europa e dir. Priv.*, fascicolo 1, anno 2011. Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, *Europa e dir. Priv.*, fascicolo 3, anno 2009, pag. 679.

questa articolata ricostruzione dogmatica, cui siamo costretti a rimandare per non allontanarci dalla questione protagonista di questa riflessione⁶³.

Si osservi, per giunta, un altro aspetto da non sottovalutare: nella responsabilità contrattuale da contratto, il creditore può agire per conservare il suo interesse prima che si verifichi un danno tale da pregiudicare la sua stessa realizzazione (es: azione surrogatoria, revocatoria). Ma ciò non è pensabile nel caso di un'obbligazione senza prestazione: del resto, nell'ambito scolastico, l'alunno non ha mezzi per pretendere una vigilanza prima che si verifichi la lesione della sua incolumità. Proseguendo, altro elemento che mette in crisi la teoria del contatto sociale, è il vincolo che tale concezione mantiene con la sua terra d'origine, la Germania, dal momento che uno dei suoi capisaldi è rappresentato dalla concezione tipica dell'illecito. Infatti, non a caso, uno⁶⁴ dei suoi massimi propugnatori in Italia, ritiene che il nostro ordinamento sia imperniato su un sistema di tipicità, quantomeno evolutiva, dell'illecito civile. In sostanza si trascurerebbero gli sviluppi che la fattispecie dell'illecito civile ha conseguito a partire dagli anni '70 col caso Meroni, ammettendo la risarcibilità in sede aquiliana dei diritti relativi. Per giunta, la teoria del "contatto sociale", e, prima di lei, quella del "contratto di fatto", dalla quale era stata derivata, ebbero la loro acme all'epoca del nazionalsocialismo, epoca in cui si tendeva a svilire l'autonomia del singolo anche sul piano dei rapporti fra i privati. Derivano cioè da motivazioni politiche che certamente oggi non avrebbero più alcuna ragion d'essere.

Questi stessi dubbi concernenti l'ammissibilità del contatto sociale come fonte di obblighi, hanno messo alla prova persino i suoi ideatori tedeschi. Tuttavia, mentre loro hanno risolto l'impasse sul piano delle regole, cioè hanno ricondotto il contatto sociale alla responsabilità extracontrattuale, configurando il "contatto sociale" quale fonte di obbligazioni solamente nei casi in cui trovi la sua fonte in una base negoziale o normativa; nel nostro ordinamento, « i giudici hanno voluto "liberarsi", facendo appello alle percezioni diffuse⁶⁵».

Infine, riallacciandoci al titolo conferito da Zaccaria⁶⁶ al suo intervento in merito a questa tematica, l'ascesa del contatto sociale, a partire dal 1999, è stata dirompente: estendendosi dapprima al medico e all'insegnante, per poi investire i rapporti con la P.A., con le banche, i rapporti di lavoro, i mediatori, il reato omissivo. Si è assistito cioè, in virtù dell'ampiezza dei requisiti previsti al fine di individuare delle ipotesi di contatto sociale, quali l'affidamento del terzo nell'altrui professionalità e l'esercizio di un'attività protetta, ad una progressiva contrattualizzazione di situazioni che in precedenza venivano tranquillamente configurate come ipotesi di illecito aquiliano⁶⁷.

⁶³ Si rinvia all'analisi di S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, cit. ed ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Per alcuni rilievi critici nei riguardi di tale teoria v. invece L. Lambo, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 131; Id., *Obblighi di protezione*, Milano, 2007, 384 ss.

⁶⁴ Cfr. Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991, 40 ss.

⁶⁵ Zaccaria, *der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts*, *La resistibile ascesa del "contatto sociale"*, *riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, 77.

⁶⁶ Zaccaria, *der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale"*, *riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, 77.

⁶⁷ Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 679 ss., che sarcasticamente include nella categoria la responsabilità dell'automobilista nei confronti del pedone e quella dell'infermiere nei confronti del paziente di una clinica. Infatti, in entrambe le ipotesi il soggetto agente ha conseguito un'abilitazione, e, per questo, sussisterebbe da parte del soggetto leso un affidamento nell'altrui professionalità. Il pericolo paventato, peraltro, sembra materializzarsi, data la continua estensione della teoria a fattispecie diverse. V., a tal proposito, Cass., 23.10.2002, n. 14934, in *Nuova giur. comm.*, 2004, I, 116 ss., con nota

Proseguendo nella direzione della moltiplicazione incontrollata delle fattispecie di responsabilità ex art 1218 c.c., un rischio plausibile potrebbe essere rappresentato dalla scomparsa dell'illecito civile per tutti i soggetti esercenti attività per le quali sono necessarie specifiche abilità o conoscenze.

Queste considerazioni sulla necessità e sul mantenimento della categoria del contatto sociale, sono emerse con urgenza, soprattutto alla luce di quanto la legislazione recente ha prescritto per la responsabilità dell'operatore medico con la legge Balduzzi⁶⁸, ovverosia proprio nel settore in cui è nata la teoria in esame. A prescindere dal fatto che per alcuni si tratti di un intervento a-tecnico⁶⁹ privo di qualsiasi rilievo, che non può contrastare consolidato diritto vivente orientato in senso completamente opposto, è doveroso prestare attenzione alla ratio che ha giustificato quest'intromissione. Negli ultimi anni, a fronte dell'incremento delle azioni legali per ipotetici fatti di medical malpractice, i medici hanno preferito dedicarsi per lo più ad operazioni che rientrano nella routine della loro professione, evitando le tecniche più rischiose, non ancora sedimentate e condivise dalla comunità medica. Inoltre hanno adottato comportamenti cautelativi, ricorrendo spesso a servizi non necessari (visite, trattamenti, ecc). Ne deriva necessariamente una limitazione del progresso scientifico, della qualità delle prestazioni mediche, del miglioramento della salute dell'intera collettività e altresì un aumento della spesa pubblica per finanziare queste analisi aggiuntive.

La contrattualizzazione della responsabilità del medico, nel 1999, è stata una risposta ad esigenze di maggior tutela del paziente, mediante la garanzia di un più favorevole onere probatorio. Tuttavia, nel tempo si è riscontrato un esito più infausto di quanto era prospettabile: la cd. medicina difensiva, cui la precisazione della legge Balduzzi (riteniamo non a caso, non in modo atecnico, ma con una precisa volontà di politica sociale) ha voluto porre riparo mediante la qualificazione del rapporto medico – paziente a livello extracontrattuale⁷⁰, alleggerendo il regime probatorio del medico e facendo gravare sul paziente l'onere di offrire la dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità, con evidenti rilevi anche dal punto di vista del termine prescrizione. L'intrusione normativa solleva le opposizioni di una parte della giurisprudenza che oramai si è assestata su tale categoria dogmatica⁷¹. Si

di Barbanera, *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*, che, pur non applicandola nel caso concreto, in linea di principio, considera la responsabilità da contatto configurabile anche per il notaio. Riconosce, infatti, che l'attività professionale del notaio rientra tra quelle protette e crea un affidamento nel soggetto che riceve la prestazione. Per questo motivo, tale attività deve avere sempre le stesse caratteristiche e qualità previste dalle norme di varia natura che la presiedono, non potendosi prescindere nei casi in cui la prestazione non sia effettuata sulla base di un contratto di prestazione d'opera professionale intellettuale, poiché ciò determina in ogni caso una sua responsabilità.

⁶⁸ Legge Balduzzi: art. 3, comma 1, della l. n. 189/2012: « l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo ».

⁶⁹ Sentenze che ritengono si tratti di intervento atecnico: Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030, In Danno resp., 2013, 367.Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013; trib. Caltanissetta 1 luglio 2013, con nota di Scognamiglio. Trib. Cremona, 19 settembre 2013, In Danno resp., 2013, 368. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, In Danno resp., 2013, 378, con nota di Carbone. Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.3, 2014, 803.

⁷⁰ Patrizio Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il « senso » del richiamo all'art. 2043 c.c., Responsabilità civile e previdenza*, fasc.3, 2014, pag. 1040b. Scognamiglio, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. N. 189/2012, Responsabilità civ. e prev.*, 2013, fascicolo 6.

⁷¹ Sentenze che ritengono si tratti di intervento atecnico: Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030, In Danno resp., 2013, 367.Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013; trib. Caltanissetta 1 luglio 2013, con nota di

denota infatti, la totale mancanza di coordinamento⁷² tra legislatore e giurisprudenza, cui auspichiamo si ponga presto rimedio, evitando norme frammentarie ed indecise che, del resto, fingono di ignorare più di un decennio di pronunce di legittimità in merito e generano confusione, facendo venire meno uno dei principi fondamentali di ogni ordinamento, qual è la certezza del diritto. Nondimeno si ritiene essenziale fare i conti con le esigenze della società civile e decidere fino a che punto sia tollerabile una medicina difensiva che pregiudica il diritto alla salute dell'intera comunità sociale, al contempo senza trascurare la concreta difficoltà del paziente danneggiato nel dimostrare le effettive responsabilità in un'operazione medica. Riconosciamo si tratti di una questione di notevole complessità, dove soltanto il giusto equilibrio tra siffatte esigenze potrà costituire la soluzione più idonea. È del resto evidente che l'orientamento che verrà seguito nell'ambito sanitario riverserà i suoi effetti anche in tutti gli altri settori in cui si è fatta applicazione del contatto sociale, compreso quello scolastico.

La riflessione qui espressa, sottolinea come la teoria del contatto sociale, che caratterizza anche il rapporto giuridico tra precettore e alunno, rappresenta un istituto dinamico, contraddistinto da rilevanti criticità, altresì nella sua configurazione dogmatica. Per l'appunto si è tentato di evidenziare come le categorie create dagli studiosi debbano sempre perseguire l'obiettivo di assecondare la realtà concreta e mai spingersi al punto di forzare la stessa, provocando, altrimenti, notevoli danni all'intera collettività.

Quando i costi sociali superano i benefici, è il momento di abbandonare la categoria di cui si fa uso, giacché la realtà non accetta più di sottostarvi.

Sarà giunto il momento di farlo con riferimento al contatto sociale, quantomeno quando sia invocato nel rapporto tra precettore e allievo?

Scognamiglio. Trib Cremona, 19 settembre 2013, In Danno resp., 2013, 368. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, In Danno resp., 2013, 378, con nota di Carbone.

Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.3, 2014,803

72 Buffone, *l'equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla Legge 189/2012* in MARTINI, GENOVESE (a cura di) *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa. Opinioni a confronto alla luce della Legge 8 novembre 2012 n. 189*, Maggioli Editore, 2012.

L'ALUNNO E LO SCIVOLO: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'ISTITUTO DI ISTRUZIONE PER LE ATTIVITÀ LUDICHE SVOLTE DAGLI ALUNNI DURANTE LA PERMANENZA NELL'ISTITUTO

di Chiara Salati

IL CASO

Durante un momento pomeridiano di gioco nell'area attrezzata del cortile all'interno di un istituto scolastico privato, la minore di cinque anni si procura delle gravi lesioni cadendo mentre sale le scalette dello scivolo che sta utilizzando. Lo scivolo è sprovvisto di tappetini antiurto e i gradini della scaletta privi di coperture antiscivolo, e la minore si trova sotto la vigilanza del personale scolastico.

La scuola ammette l'infortunio della bambina, ma contesta ogni rimprovero mosso alla diligenza dell'Istituto; il giudice tuttavia accoglie la domanda risarcitoria posta dai genitori, argomentando dapprima l'esistenza di un rapporto contrattuale tra attori e convenuta, poi sottolineando quanto il fatto sia pacifico, dal momento che la convenuta nulla ha fatto per dimostrare l'adempimento e che il fatto fosse imputabile a caso fortuito. Inoltre ulteriore prova che costituisce elemento integrativo (ma non decisivo) a favore degli attori sta nella mancata comparizione della parte convenuta alla mediazione demandata dal giudice ai sensi dell'art. 5 decr.lgs.28/2010: la posizione di debolezza della convenuta imponeva più che mai la partecipazione alla procedura di mediazione, percorso suggerito per giungere in tempi rapidi (e non avviando una procedura giudiziale evitabile) al raggiungimento di un accordo per entrambe vantaggioso. Tale rifiuto di comparizione è qualificato dal giudice come del tutto irragionevole in tanto quanto dal punto di vista astratto, ed inescusabile.

Dopo aver disposto le misure sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata comparizione al procedimento di mediazione nei confronti della convenuta, il giudice si appresta alla quantificazione dei danni riportati dalla minore. Facendo riferimento al consolidato orientamento sorto a partire da Cass. S.U. n.26972/2008, sostiene quanto il danno biologico abbia natura non patrimoniale, e che, dal momento che il danno non patrimoniale ha natura unitaria, il risarcimento del danno biologico debba essere liquidato anch'esso in modo unitario (comprendendo dunque anche le altre voci di danno non patrimoniale elaborate dalla giurisprudenza e dottrina). Il giudice, per la valutazione del danno, ritiene applicabili le tabelle di punto quale utile parametro di base; in particolare ritiene applicabili al caso specifico non le Tabelle di Milano, bensì le Tabelle di Roma, in quanto Roma risarcisce in modo più consono al caso specifico rispetto a Milano. Inoltre il giudice valuta necessario il riconoscimento di un ulteriore danno consistente nel mancato godimento da parte del danneggiato dell'equivalente monetario del bene perduto per tutto il tempo decorrente fra il fatto e la sua liquidazione.

Il percorso logico delineato dal giudice che lo condurrà poi alla decisione del caso nel verso di un accoglimento della domanda degli attori, è sviluppato a partire dalla descrizione del dato di fatto che è, in questo caso, incontrovertibile: la minore di anni cinque ha riportato gravi danni fisici in seguito ad una caduta avvenuta durante la vigilanza del personale scolastico, all'interno dell'istituto scolastico del quale è allieva. Il fatto non può essere oggetto di nessuna controversia, tanto più che viene ammesso dalla scuola stessa. Non sorgono dunque fin qui dubbi alcuni di interpretazione.

Come primo punto a favore della sua decisione il giudice argomenta come il rapporto intercorrente tra la minore(rappresentata in giudizio dai genitori) e la scuola sia di

natura contrattuale (esistenza peraltro non contestata dalla convenuta): come statuito dunque dall'art 1218 c.c. , il debitore che non esegue esattamente la prestazione (in questo caso sussistente nel rapporto di affidamento della bambina alla scuola), per evitare l'obbligo previsto di risarcimento del danno, deve provare che l'inadempimento si è verificato per causa a lui non imputabile. Nel caso specifico dunque, per sottrarsi alla responsabilità, spettava alla scuola dimostrare invece l'adempimento della prestazione, e in particolare che la caduta della bambina fosse da imputare a caso fortuito, caso questo in cui è compresa anche la condotta negligente dello stesso soggetto che causa da sé l'infortunio; inoltre lo specifico obbligo di protezione e vigilanza a carico del personale docente deve essere commisurata all'età dell'allievo in relazione al caso concreto: la bambina, di soli cinque anni, avrebbe dovuto essere vigilata con attenzione ulteriore rispetto ad altri bambini di qualche anno più grandi, e ciò non è avvenuto.

Provata dunque l'esistenza oltre ogni ragionevole dubbio della sussistenza del rapporto contrattuale, l'affidamento della minore alla vigilanza del personale della scuola, la circostanza che la bambina cade mentre si trova all'interno dello spazio scolastico e che le lesioni riportate sono conseguenza di tale caduta, ai sensi del comma secondo dell'art.5 D.lgs. 28/2010 come modificato dal d.l.69/2013, il giudice attiva un percorso di mediazione al fine di non dare l'avvio ad una procedura giudiziale evitabile, nell'ambito del quale le parti avrebbero potuto approfondire le rispettive posizioni fino al raggiungimento di un accordo per entrambe vantaggioso. La convenuta(scuola) e la terza chiamata (Assicurazione), tuttavia, non si presentano all'incontro fissato senza fornire alcun giustificato motivo di tale comportamento. Relativamente alla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, in particolare l'art.8 co. IV bis del d.lgs.28/2010 prevede che il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art 116 secondo comma del c.p.c. 'Valutazione delle prove': tanto infatti risulta ingiustificato il comportamento della convenuta, ma ancora di più appare al giudice inescusabile (viene da lui qualificata come 'condotta grave'), dal momento che il buon esito della mediazione era altamente probabile.

Relativamente al peso probatorio che il giudice può affidare a questa prova (ossia la mancata comparizione in mediazione della parte convocata senza valido motivo), l'interprete rileva che due sono gli orientamenti giurisprudenziali. Il primo considera come non sufficiente per la decisione del giudice che egli si basi su circostanze che non hanno il valore di piena prova, potendo queste avere solo valenza integrativa e rafforzativa di altre prove; il secondo orientamento, al contrario, conferisce piena efficacia probatoria a queste circostanze, dal momento che non esiste nessun divieto nella legge affinché il giudice possa fondare solo su queste la sua decisione. Il giudice, pur auspicando un maggiore utilizzo del procedimento di Mediazione così come delineato nel d.lgs. 28/2010, soprattutto sul presupposto che le statistiche ufficiali dimostrano alte percentuali di successo se la parte convocata accetta di partecipare, propende tuttavia per l'interpretazione conforme al primo orientamento giurisprudenziale: "deve essere ben chiaro in primo luogo che giammai la mancata comparizione in sede di mediazione potrà costituire argomento per corroborare o indebolire una tesi giuridica, che dovrà pur sempre essere risolta esclusivamente in punto di diritto. A favore o contro la parte non comparsa in mediazione"; secondo le circostanze del caso concreto, infatti, gli argomenti di prova che possono essere desunti dalla mancata comparizione (senza nessun giustificato motivo) della parte chiamata in mediazione costituiscono integrazione di prove già acquisite. Egli dunque considera

raggiunta la piena prova della infondatezza della resistenza , e accoglie la domanda degli attori.

Le conseguenze derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione consistono nel pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Circa la quantificazione del danno, con riferimento al d.lgs. 7 settembre 2005, n.209 Codice delle assicurazioni private, art.139, il giudice riporta come per la valutazione del danno biologico (temporaneo e permanente) relativo ad aree diverse da quella dei danni derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, il sistema seguito possa essere l'applicazione del valore di punto stabilito da apposite tabelle elaborate dai Tribunali, che hanno il vantaggio di fornire uguali trattamenti per situazioni analoghe, oltre che di agevolare possibili soluzioni extragiudiziali. Resta fermo l'obbligo per il giudice di fornire un giudizio in concreto, calato dunque nella specificità del fatto e con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

In particolare il giudice decide di applicare al caso concreto le Tabelle di Roma e non quelle elaborate dal Tribunale di Milano: circa la inabilità temporanea, Roma risarcisce in modo maggiore rispetto a Milano; circa la inabilità permanente, Roma prevede tre voci personalizzate in relazione ai diversi aspetti del danno(morale ed esistenziale), mentre Milano solo due. Tenendo fermo quanto affermato da Cass. S.U. n.26972/2008 e dalla successiva giurisprudenza, dal momento che il danno biologico ha natura non patrimoniale e questo ha natura unitaria, il risarcimento del danno biologico deve liquidarsi anch'esso in modo unitario , in una somma che comprenda anche le voci di danno non patrimoniale elaborate dalla giurisprudenza (in particolare qui, danno morale). E' inoltre doveroso aggiungere il risarcimento dell'ulteriore danno consistente nel mancato guadagno(con anche i relativi interessi legali) relativo al ricavo che il soggetto avrebbe potuto avere da possibili investimenti.

In NOME del POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di ROMA
SEZIONE XIII

Il Giudice dott. cons. Massimo Moriconi
nella causa tra

“Genitori” nella qualità di genitori esercenti la potestà su (avv.to)

attori

E

“Scuola Privata”.... in persona del suo legale rappresentante pro tempore (avv.....)
convenuta

E

“Assicurazione” in persona del suo legale rappresentante pro tempore (avv.)
terza chiamata

ha emesso e pubblicato, ai sensi dell'art.281 sexies c.p.c., alla pubblica udienza del 26.3.2015 dando lettura del dispositivo e della presente motivazione, facente parte integrale del verbale di udienza, la seguente

S E N T E N Z A

letti gli atti e le istanze delle parti,

osserva:

-1- Il fatto

Riferiscono gli attori che il giorno 9.9.2008 alle ore 15 circa la minore di cinque anni allieva della scuola convenuta, si trovava all'interno del detto istituto scolastico privato intenta a fruire dell'area attrezzata e destinata al gioco allestita nel cortile sotto la vigilanza del personale insegnante, allorché mentre utilizzava lo scivolo ivi presente sprovvisto di tappeti antiurto, perdeva improvvisamente l'equilibrio mentre saliva lentamente la scaletta, i cui gradini erano privi di coperture antiscivolo, che conduce alla rampa del detto scivolo, cadendo e riportando gravi danni fisici.

La "Scuola" pur ammettendo la caduta della bambina, sua allieva, contestava, come la "Assicurazione", ogni censura mossa alla diligenza della scuola.

La domanda degli attori è, nella misura infra esposta, fondata e merita accoglimento.

Va ricordato innanzi tutto che intercorre fra gli attori e la scuola un rapporto contrattuale sicché una volta dimostrata, da parte degli attori, l'esistenza, peraltro non contestata, la presenza della bambina all'interno dell'istituto e la caduta, fatti pacifici, incombeva alla convenuta dimostrare l'adempimento e nel caso di specie che la caduta dallo scivolo e le lesioni in conseguenza subite da, fossero imputabili a caso fortuito, nel quale può rientrare anche la condotta negligente dello stesso soggetto infortunato.

Si tratta di una prova rigorosa che l'istituto non avrebbe mai potuto fornire mediante le irrilevanti prove testimoniali richieste, posto che la bambina, di soli cinque anni, andava vigilata seriamente e seguita nel percorso fintanto che avesse preso confidenza con il gioco (scivolo), ciò che non è stato.

-2- L'invio in mediazione demandata e la mancata adesione e comparizione della convenuta e del terzo chiamato

Con ordinanza del 20.2.2014 il giudice attivava un percorso di mediazione demandata ai sensi del comma secondo dell'art.5 decr.lgs.28/2010 come modificato dal d.l.69/2013 [1]

Sia la "Scuola" che la "Assicurazione" benché ritualmente convocate in mediazione (cfr. verbale redatto dal mediatore dell'Organismo di Mediazione del 5.5.2014 compulsato dagli attori) non aderivano all'invito, non si presentavano al fissato incontro, né inviavano al mediatore né esponevano all'udienza di rinvio spiegazioni di sorta per tale condotta.

Ritiene il giudice che non possano nel contesto che ci occupa essere tratte conseguenze della mancata partecipazione della convenuta e del terzo ritualmente convocati al procedimento di mediazione attivato dagli attori su disposizione del giudice ex art.5 co.II° decr.lgs.28/10 comma (mediazione demandata).

L'art.8 co.IV° bis prima parte del decr. lgsl. 28/2010 relativamente alla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione prevede che il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

-3- La (in)sussistenza di un giustificato motivo per non aderire, non presentandosi, all'incontro di mediazione.

Non essendo stato neppure addotto, da parte della convenuta e del terzo, un motivo per la mancata adesione e partecipazione all'incontro di mediazione si deve affermare senza ombra di dubbio che tale condotta sia del tutto ingiustificata.

E ciò è già di per sé sufficiente a motivare l'assenza di giustificato motivo.

In questo caso poi sia la scuola che l'assicuratore avevano una evidente ragione per partecipare alla mediazione: in presenza di un rapporto contrattuale di affidamento della bambina alla scuola in base alle norme di cui all'art.1218 e ss. la sussistenza di

responsabilità della scuola è in re ipsa avendo riportato la minore gravi lesioni mentre era sotto la vigilanza e la custodia del personale insegnante, sicché la strada (rectius: onere della prova) per una improbabile esclusione della responsabilità era tutta in salita, come usuale allorché si debba provare il caso fortuito.

Tale evidente posizione di debolezza imponeva più che mai la partecipazione alla procedura di mediazione.

D'altra parte tanto più risulta ingiustificato tale atteggiamento di rifiuto di partecipazione alla mediazione attesa la circostanza che il giudice aveva evidentemente esaminato gli atti, studiato le posizioni delle parti, ed infine effettuata una deliberazione che, in relazione alle circostanze tutte indicate dal secondo comma dell'art.5 decr.lgs.28/2010, lo aveva convinto della utilità di un percorso di mediazione nell'ambito del quale le parti avrebbero potuto approfondire le rispettive posizioni fino al raggiungimento di un accordo per entrambe vantaggioso.

Risulta pertanto comprovato che nel caso di specie non solo non sussiste un giustificato motivo per la mancata comparizione della scuola e dell'assicuratore nel procedimento di mediazione; ma che tale rifiuto è del tutto irragionevole, illogico in concreto ma anche dal punto di vista astratto ed inescusabile.

-4- Le conseguenze, sul merito della causa, della mancata partecipazione da parte della scuola e dell'assicurazione, al procedimento di mediazione, senza giustificato motivo.

La mancata partecipazione al procedimento di mediazione (obbligatoria o demandata), senza alcuna giustificazione fornita dalla parte e senza -come in questo caso- che dagli atti del giudizio appaia la incontrovertibile macroscopica evidenza, per motivi di fatto o di diritto, o di entrambi, della inutilità o della impossibilità di riuscita della mediazione, costituisce condotta grave perché idonea a determinare la introduzione o l'incrostazione di una procedura giudiziale (evitabile) in un contesto giudiziario, quello italiano, saturo nei numeri e smisuratamente dilatato nella durata dei giudizi.

Quanto alla possibilità di valorizzare, nel processo, come argomento di prova a sfavore di una parte determinate condotte della stessa (nella specie la mancata comparizione in mediazione, senza giustificato motivo, della parte convocata) si confrontano nella giurisprudenza due diverse opinioni.

Secondo una prima tesi la decisione del giudice non può essere fondata esclusivamente sull'art. 116 c.p.c., cioè su circostanze alle quali la legge non assegna il valore di piena prova, potendo tali circostanze valere in funzione integrativa e rafforzativa di altre acquisizioni probatorie.

Secondo altra opinione non vi è alcun divieto nella legge affinché il giudice possa fondare solo su tali circostanze la sua decisione, valendo come unico limite quello di una coerenza e logica motivazionale in relazione al caso concreto.

È espressione della prima teoria l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui "la norma dettata dall'art. 116 comma 2 c.p.c., nell'abilitare il giudice a desumere argomenti di prova dalle risposte date dalle parti nell'interrogatorio non formale, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni da esso ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo, non istituisce un nesso di consequenzialità necessaria tra eventuali omissioni e soccombenza della parte ritenuta negligente, ma si limita a stabilire che dal comportamento della parte il giudice possa trarre 'argomenti di prova', e non basare in via esclusiva la decisione, che va comunque adottata e motivata tenendo conto di tutte le altre risultanze" (fra le tante Cassazione civile, sez. trib., 17/01/2002, n. 443).

La norma in questione merita senz'altro una maggiore utilizzazione anche se a differenza di altri casi in cui da una determinata circostanza è consentito ritenere provato tout court il fatto a carico della parte che tale circostanza subisce, in questo caso

la legge prevede che il giudice possa utilizzarla per trarre dalle circostanze valorizzate “argomenti di prova”.

La norma dell'art.116 c.p.c. viene richiamata dal legislatore della mediazione (art.8 decr. lgs. cit.) nell'ambito della ricerca ed elaborazione di una serie di incentivi e deterrenti volti a indurre le parti, con la previsione di vantaggi per chi partecipa alla mediazione e di svantaggi per chi al contrario la rifugge, a comparire in sede di mediazione al fine di pervenire a un accordo amichevole che prevenga o ponga fine alle liti [2]

Ciò sul presupposto che le statistiche ufficiali dimostrano incoraggianti percentuali di successo in presenza della comparizione della parte convocata [3]

Ne consegue, tali essendo le finalità del richiamo dell'art.116 c.p.c. nel decr. lgs. 28/10, che equivarrebbe a tradire l'intento del legislatore, svalutare la portata di tale norma considerandola una mera e quasi irrilevante appendice nel corredo dei mezzi probatori istituiti dall'ordinamento giuridico.

Va considerato che nell'attuale situazione, affetta da una endemica ed apparentemente insuperabile crisi nei tempi di risposta alla domanda di giustizia, causata dalla imponente mole di cause iscritte nei tribunali e delle corti; e viste le sempre più gravi conseguenze sociali, economiche e di immagine anche internazionale, derivanti dal ritardo nella definizione dei processi, sia necessario rivalutare, senza forzature ma con fermezza, ciò che è previsto da una norma (l'art.116 c.p.c.) tuttora vigente ma un po' desueta.

È necessario tuttavia fissare delle regole precise al riguardo.

Deve essere ben chiaro in primo luogo che giammai la mancata comparizione in sede di mediazione potrà costituire argomento per corroborare o indebolire una tesi giuridica, che dovrà sempre essere risolta esclusivamente in punto di diritto.

A favore o contro la parte non comparsa in mediazione.

Ed infatti lo strumento offerto dall'art. 116 c.p.c. attiene ai mezzi che il giudice valuta, nell'ambito delle prove libere (vale a dire dove si esplica il principio del libero convincimento del giudice precluso in presenza di prova legale) ai fini dell'accertamento del fatto.

L'argomento di prova appartiene all'ampio armamentario degli strumenti utilizzati dal giudice in un ambito in cui non opera la prova diretta, vale a dire quella dove si ha a disposizione un fatto dal quale si può fondare direttamente il convincimento.

Nel processo di inferenza dal fatto al convincimento l'argomento di prova ha la stessa potenzialità probatoria indiretta degli indizi.

E come le presunzioni semplici ha come stella polare il criterio della prudenza (art. 2729 c.c.) che deve illuminarne l'utilizzo da parte del giudice.

Ciò detto si ritiene di poter affermare che la mancata comparizione della parte regolarmente convocata, come nel caso in esame, davanti al mediatore costituisce di regola elemento integrativo e non decisivo a favore della parte chiamante, per l'accertamento e la prova di fatti a carico della parte chiamata non comparsa.

Con ciò non si intende svaloriare quella giurisprudenza della Suprema Corte che ha ritenuto che l'effetto previsto dall'art. 116 c.p.c. Può – secondo le circostanze – anche costituire unica e sufficiente fonte di prova (Cassazione civile, sez. III, 16/07/2002, n. 10268, che così si esprime: Quanto a questa ultima norma –art. 116 c.p.c. N.d.R.- in particolare, essa attribuisce certo al giudice il potere di trarre argomento di prova dal comportamento processuale delle parti – e però, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, ciò non significa solo che il comportamento processuale della parte può orientare la valutazione del risultato di altri procedimenti probatori, ma anche che esso può da solo somministrare la prova dei fatti, Cass. 6 luglio 1998 n. 6568; 1 aprile 1995

n. 3822; 5 gennaio 1995 n. 193; 14 settembre 1993 n. 9514; 13 luglio 1991 n. 7800; 25 giugno 1985 n. 3800).

Ritiene infatti il giudice che secondo le circostanze del caso concreto gli argomenti di prova che possono essere desunti dalla mancata comparizione della parte chiamata in mediazione ed a carico della stessa nella causa alla quale la mediazione, obbligatoria o demandata, pertiene, possano costituire integrazione di prove già acquisite, ovvero anche unica e sufficiente fonte di prova.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che la radicale evidente assenza di un giustificato motivo alla mancata partecipazione della scuola e dell'assicurazione convenuta alla mediazione demandata dal giudice, in forza del combinato disposto degli artt. 8 co.IV° bis del decr. lgsl. 28/2010 e art. 116 C.P.C., concorra alla valutazione del materiale probatorio raccolto nel senso di ritenere raggiunta la piena prova della infondatezza della resistenza ad oltranza dell'assicurazione (ed invero sono provate al di là di ogni ragionevole dubbio, anche mediate il deferito interpellato, la sussistenza del rapporto contrattuale, l'affidamento della bambina alla vigilanza ed attenzione del personale della scuola, la circostanza che la minore cadeva mentre si trovava sullo scivolo all'interno della scuola, che le lesioni riportate sono la conseguenza di tale caduta)

-5- Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione

La sanzione del pagamento a favore dell'erario di una somma pari al contributo unificato.

Non avendo partecipato, ingiustificatamente, l'assicurazione al procedimento di mediazione al quale era stata convocata la stessa va condannata al versamento all'Erario della somma di €.550,00, a quanto cioè ammonta il contributo unificato dovuto per il giudizio.

La cancelleria provvederà alla riscossione.

-6- I danni riportati e la quantificazione.

L'evento dannoso è accaduto in data 9.9.2008 quando aveva cinque anni.

E' importante indicare la data del fatto in quanto dal marzo 2001 (l.5.3.2001 n.57) è in vigore il sistema del punto legale al quale il giudice in virtù della legge 12.12.2002 n.273 può derogare in aumento solo nella misura di un quinto.

Più specificamente la legge (oggi decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 Codice delle assicurazioni private, art.139) prevede che il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, è effettuato secondo i criteri e le misure seguenti: a titolo di danno biologico permanente, è liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al nove per cento un importo crescente in misura più che proporzionale in relazione ad ogni punto percentuale di invalidità; tale importo è calcolato in base all'applicazione a ciascun punto percentuale di invalidità del relativo coefficiente secondo la correlazione esposta nel comma 6. L'importo così determinato si riduce con il crescere dell'età del soggetto in ragione dello zero virgola cinque per cento per ogni anno di età a partire dall'undicesimo anno di età. Il valore del primo punto è pari ad euro seicentoseventaquattro virgola settantotto; a titolo di danno biologico temporaneo, è liquidato un importo di euro trentanove virgola trentasette per ogni giorno di inabilità assoluta; in caso di inabilità temporanea inferiore al cento per cento, la liquidazione avviene in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

Come detto, la legge prevede che l'ammontare del danno biologico (temporaneo e permanente)liquidato ai fini può essere aumentato dal giudice in misura non superiore

ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

Ne consegue che per quanto riguarda il danno biologico permanente da 1 a 9 punti ed il danno biologico temporaneo vanno applicate, de plano, le norme suindicate e le relative tabelle applicative (derivanti dai decreti ministeriali di periodico aggiornamento).

Per quanto invece concerne:

1. il danno biologico (temporaneo e permanente) relativo ad aree diverse da quella dei danni derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ed

2. il danno biologico permanente derivante da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti per il quale i postumi delle lesioni sono superiori al nove per cento,

il sistema seguito per la valutazione del danno biologico può muovere (il corsivo sta a significare che non si tratta di un'applicazione standardizzata ed automatica) dal valore di punto che rappresenta il criterio più ampiamente diffuso nell'ambito dei tribunali.

Invero l'applicazione delle tabelle di punto ha il vantaggio di attenuare la possibilità di trattamenti diversi per situazioni analoghe (come pure quello di consentire alle parti di addivenire più agevolmente a soluzioni transattive extragiudiziali).

Tutto ciò però non può assolutamente offuscare la doverosità da parte del giudice (correlativa alla legittima aspettativa della parte) che sia valutata specificamente la situazione sottopostagli valendo in tale contesto le tabelle quale utile parametro di base.

Il Giudice, ritiene applicabili alla fattispecie, che attiene a fattispecie sub 1 che precede, le tabelle elaborate dal tribunale di Roma, sia per la inabilità temporanea che per quella permanente.

Le tabelle romane e quelle milanesi.

Roma risarcisce in modo maggiore rispetto a Milano la invalidità temporanea.

Per la invalidità permanente va considerato che Roma ha tre voci, quella base che non contiene le voci del c.d. danno morale e di quello esistenziale e due voci ulteriori, una minima ed una massima, personalizzate in relazione a tali aspetti di danno, mentre Milano ha solo due voci, minima e massima, entrambe con tali contenuti.

Occorre tenere fermo che sulla base dell'orientamento consolidatosi a seguito di Cass. S.U. n. 2 6972/08, poiché il danno biologico ha natura non patrimoniale, e dal momento che il danno non patrimoniale ha natura unitaria, il risarcimento del danno biologico è liquidato anch'esso in modo unitario, in una somma omnicomprensiva, posto che le varie voci di danno non patrimoniale elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (danno estetico, danno esistenziale, danno alla vita di relazione, ecc.) non costituiscono pregiudizi autonomamente risarcibili, ma possono venire in considerazione solo in sede di adeguamento del risarcimento al caso specifico, e sempre che il danneggiato abbia allegato e dimostrato che il danno biologico o morale presenti aspetti molteplici e riflessi ulteriori rispetto a quelli tipici (Cass. n. 24864/10; 4484/10; 25236/09).

Nelle note esplicative delle tabelle romane è condivisibilmente previsto fra l'altro....Per la valutazione equitativa nel caso di effettiva prova (ivi compresa la presunzione nell'ambito del diritto civile) del danno secondo i parametri della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26792/2008 (il ristoro di tale danno, infatti, compete a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato potendo in questo caso essere oggetto di risarcimento qualsiasi danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, indipendentemente da una sua rilevanza costituzionale; b) quando sia la legge stessa a prevedere espressamente il ristoro del danno limitatamente ai soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto; c) quando il fatto

illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale e non predeterminati dovendo, volta a volta essere allegati dalla parte e valutati caso per caso dal giudice (cfr. ad es. Cass. sez. III, 25 settembre 2009 n. 20684), si ritiene necessario prendere in considerazione, per il concreto esercizio del relativo potere, un criterio che utilizzi, al fine di individuazione della somma adeguata a quanto provato, un importo percentuale di quanto liquidato a titolo di danno biologico in misura ordinariamente non eccedente il 60%, tenuto conto che nelle tabelle del danno biologico elaborate dal Tribunale non era compresa alcuna quota relativa al cd danno non patrimoniale soggettivo.

Il Giudice, nella presente fattispecie, dà atto che il fatto in sé costituisce reato di lesioni colpose, e che non v'ha dubbio alcuno che debba essere riconosciuto a prescindere dall'esistenza o meno di querela la voce di danno non patrimoniale relativa alla sofferenza ed al patimento che ne sono derivati (descrittivamente danno morale) con applicazione, per la quantificazione, dei criteri, scaglioni e range elaborati a tale proposito dal tribunale romano.

Ne consegue che, fissata al 16% la giusta percentuale di invalidità permanente, con la adeguata personalizzazione del danno che si è stabilita, non risultano aspetti pregiudizievoli non risarciti.

Esaminata e condivisa la relazione peritale d'ufficio, immune da errori o vizi logico-tecnico-giuridici, in assenza di valide e specifiche contestazioni mosse alla relazione dai consulenti e avvocati delle parti, va dato atto e ritenuto che ha subito a seguito dell'evento i seguenti danni ed esborsi:

1. invalidità permanente 16 %
2. invalidità temporanea 100 % di gg.60
3. invalidità temporanea 50% di gg.30

(il giudice non condivide l'indicazione di 90 gg. di temporanea assoluta tout court del CTU e la riformula sulla base della sua veste di peritus peritorum)

4. spese medico-sanitarie

L'ammontare del risarcimento viene pertanto così determinata:

1. invalidità permanente: €. 41.100
2. invalidità temporanea: €.8.080
3. spese medico sanitarie: €.1.095

Le somme che precedono sub a e b sono la risultanza della rivalutazione alla data della decisione (secondo le tabelle aggiornate); ed invero solo attraverso il meccanismo della rivalutazione monetaria è possibile rendere effettivo il principio secondo cui il patrimonio del creditore danneggiato deve essere ricostituito per intero (quanto meno per equivalente); essendo evidente che, pur nell'ambito del vigente principio nominalistico, altro è un determinato importo di denaro disponibile oggi ed altro è il medesimo importo disponibile in un tempo passato).

Inoltre è giusto riconoscere ed aggiungere a tali somme un ulteriore danno consistente nel mancato godimento da parte del danneggiato dell'equivalente monetario del bene perduto per tutto il tempo decorrente fra il fatto e la sua liquidazione. Ed invero deve si a tale fine fare applicazione delle presunzioni semplici in virtù delle quali non si può obliterare che ove il danneggiato fosse stato in possesso delle somme predette le avrebbe verosimilmente impiegate secondo i modi e le forme tipiche del piccolo risparmiatore in parte investendole nelle forme d'uso di tale categoria economica (ad esempio in azioni ed obbligazioni, in fondi, in titoli di Stato o di altro genere) ricavandone i relativi guadagni. Con tali comportamenti oltre a porre il denaro al riparo dalla svalutazione vi sarebbe stato un guadagno (che è invece mancato) che pertanto è giusto e doveroso risarcire, in via equitativa, con la attribuzione degli interessi legali.

Il calcolo di tali interessi viene effettuato in virtù della sentenza del 17.2.1995 n.1712 della Suprema Corte procedendo prima alla devalutazione delle somme alla data del fatto (per la I.P. alla data del consolidamento degli esiti delle lesioni), importi che erano stati rivalutati alla data della sentenza; e successivamente calcolando sugli importi rivalutati anno per anno i relativi interessi legali ai tassi stabiliti per legge anno per anno, senza alcuna capitalizzazione.

In definitiva quindi agli attori n.q. spetta complessivamente la somma di €.55.900 = oltre interessi legali fino al saldo al cui pagamento i convenuti vanno in solido condannati.

Le spese (che vengono regolate secondo le previsioni della l.24.3.2012 n.27 e del D.M. Ministero Giustizia 10.3.2014 n.55) vengono liquidate, come in dispositivo, e compensate per un terzo atteso lo spropositato quantum richiesto con la domanda introduttiva.

La sentenza è per legge esecutiva.-

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

1. CONDANNA la “Scuola” in persona del suo legale rappresentante pro tempore al risarcimento dei danni che determina in favore di come rappresentata nella complessiva somma di €.55.900,00= oltre agli interessi legali dalla data della sentenza al saldo;
2. CONDANNA la “Scuola” in persona del suo legale rappresentante pro tempore, compensate per un terzo le spese di causa, al pagamento dei restanti due terzi che liquida in favore di ut sopra in complessivi €.2.400,00 per compensi oltre €.600,00 per spese, oltre IVA, CAP e spese generali; spese di CTU a carico definitivo della convenuta;
3. CONDANNA la “Assicurazione” a manlevare la “Scuola” relativamente al n.1 che precede;
4. CONDANNA la “Scuola” in persona del suo legale rappresentante pro tempore al pagamento in favore dell’Erario della somma di €.550,00 pari al contributo unificato dovuto per il giudizio e manda alla cancelleria per la riscossione;

Roma lì 26.3.2015

Il Giudice

dott. Massimo Moriconi

TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 26 marzo 2015 (decisa il), Giud. MORICONI; Genitori minore c. Scuola Privata, Assicurazione (nome delle parti e degli avvocati omissi nel testo ricevuto).

Responsabilità civile – Danno arrecato dal minore incapace a se stesso – Responsabilità contrattuale della scuola (Cod. Civ. art. 1218)

Responsabilità civile - Danno non patrimoniale – Unitarietà del danno non patrimoniale - Danno biologico – Tabelle del Tribunale di Roma – Criteri equitativi – Liquidazione (Cod. Civ. art. 2059; D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 Codice delle Assicurazioni Private, art. 139)

In caso di danno cagionato da un alunno minore incapace (nella specie, una bambina di anni 5) a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e del personale insegnante non ha natura extracontrattuale, ma contrattuale, poiché nei rapporti tra l'istituto scolastico e l'alunno si instaura un vincolo negoziale in seguito all'accoglimento della domanda di iscrizione; ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione del minore è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante. (1)

In base all'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, il danno biologico ha natura non patrimoniale, e dal momento che il danno non patrimoniale ha natura unitaria, il risarcimento del danno biologico è liquidato anch'esso in modo unitario, in una somma omnicomprensiva, posto che le varie voci di danno non patrimoniale elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza non costituiscono pregiudizi autonomamente risarcibili, ma possono venire in considerazione solo in sede di adeguamento del risarcimento al caso specifico. Per la relativa liquidazione il giudice, attuando una valutazione equitativa del caso specifico, può utilizzare criteri predeterminati e standardizzati, quali le tabelle in uso nel proprio ufficio, dovendo comunque motivare la sua scelta. (nella specie, sono applicate al caso le Tabelle sviluppate dal Tribunale di Roma) (2)

(1) Circa la responsabilità degli insegnanti (e della scuola) per i danni cagionati dagli allievi a se stessi, due sono stati essenzialmente gli orientamenti della giurisprudenza, all'interno di un dibattito risalente ai primi anni sessanta: il primo ritiene applicabile l'art 2048 c.c. in un'ottica estensiva; l'altro invece non lo ritiene applicabile, preferendo piuttosto ricondurre tale situazione al regime della responsabilità contrattuale ex art.1218 c.c.(è questo l'orientamento abbracciato dal giudice nella sopra esposta sentenza). Il primo fronte interpretativo, sebbene minoritario, comprende coloro che hanno ritenuto applicabile l'art.2048 c.c. anche nel caso in cui l'alunno provochi, con la propria condotta, un danno a se stesso: cardine di tale pensiero è stata una pronuncia della III sezione della Cassazione(1 agosto 1995, n.8390, in *Mass. Giur.it.*, 1995), secondo la quale “la responsabilità dell'insegnante per il fatto illecito dei suoi allievi, previsto dall'art.2048 comma 2 c.c., si basa su una colpa presunta, cioè sulla presunzione di negligente adempimento dell'obbligo di sorveglianza degli allievi, ed è quindi responsabilità personale per colpa propria-presunta- e per il fatto altrui. Detta colpa peraltro, quando si tratti di allievo minore, può riguardare anche il danno che lo stesso allievo ha procurato a se stesso con la sua condotta, in quanto l'obbligo di vigilanza dell'insegnante è posto anche a tutela dei minori a lui affidati, fermo restando la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto”. Tale posizione è stata poi avallata nuovamente dalla Suprema Corte(Cass.Civ.,27 giugno 1998, n.6331,in *Foro it.*, 1999, I,1574) che hanno concluso, sia pure a livello di obiter dictum, per la equiparazione, ai fini dell'applicazione dell'art.2048 c.c., del danno procurato a se stesso, rispetto all'ipotesi del danno cagionato ad altri. Anche a livello di giudice di merito questa impostazione è stata condivisa: App. Milano 8 giugno 1962, in *Riv. Sport.*, 1963, 350; App. Roma, 14 novembre 1988, in *Temi Romana*, 1988, II, 411; Trib. Napoli, 5 dicembre 1989,in *Arch.Civ.*,1990, 393. A questa impostazione interpretativa si è contrapposto l'orientamento più restrittivo, che prevede inapplicabilità dell'art. 2048 c.c. al di là dei soli casi in cui il danno è cagionato dall'allievo a terzi, a partire dalla

sentenza di Cass. 2485/1958, in *Mass. Foro It.*, 1958; dello stesso tenore è la Cass., Sez.III,13 maggio 1995,n.5268 (in *Dir. e Prat. Assicuraz.*, 1996, 246) la quale ricollegandosi al precedente del 1958- ha sancito l'operatività dell'art.2048 "limitatamente ai casi in cui l'incapace cagioni ad altri un danno ingiusto, non anche nell'ipotesi in cui l'incapace si procuri una lesione, tenuto conto, altresì, che la prova liberatoria, prevista al comma 3 di detta disposizione, va opposta al terzo danneggiato, non già all'incapace che si sia autoprocurato un pregiudizio". Importantissima, e che si inserisce in questo orientamento dando un notevole contributo interpretativo e ponendo una soluzione al dibattito, è la sentenza della Corte di Cassazione. Sez. Un. civ., 27 giugno 2002, n. 9346: la pronuncia è a favore della tesi che ritiene applicabile l'art.2048 c.c. nei soli casi in cui l'allievo procuri, con la propria condotta, un danno a terzi, e non anche nel caso in cui danneggi se stesso; sulla base infatti della presunzione della culpa in vigilando, i precettori sono chiamati a rispondere del fatto illecito degli allievi(responsabilità per fatto altrui), elemento che convince ulteriormente della necessaria ricorrenza, nella condotta dell'allievo, degli elementi strutturali dell'illecito civile, ed in particolare la causazione di un danno a terzi. L'aspetto più rilevante della decisione è comunque rappresentato dall'analisi condotta in relazione alla qualificazione della fattispecie relativa alla condotta autolesiva degli allievi: secondo le Sezioni Unite, in tale ipotesi, la responsabilità dell'insegnante (e dell'istituto scolastico), non dovrebbe ricondursi nell'ambito della disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c., bensì configurarsi quale responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione dei principi generali in tema di inadempimento delle obbligazioni (art.1218 c.c.). In particolare, il rapporto tra insegnante ed allievo viene ricondotto allo schema contrattuale (nella specie "contatto sociale"), dove il primo assume, tra gli altri, un obbligo di protezione e di vigilanza affinché il secondo non arrechi pregiudizio alla propria persona. La soluzione ha importanti implicazioni sul piano probatorio: il soggetto danneggiato, infatti, si sottrae al gravoso onere probatorio imposto dall'art.2043 c.c., potendo limitarsi a dimostrare di aver subito il danno nel corso dell'attività scolastica, mentre grava sui convenuti l'onere di provare che l'evento dannoso si è verificato per causa a loro non imputabile. Questa pronuncia chiarisce che questa impostazione riguarda tanto l'amministrazione scolastica(pubblica o privata che sia), quanto l'insegnante (dipendente dell'istituto), in quanto, in relazione ad entrambi i soggetti, si configura una responsabilità contrattuale, nei confronti degli allievi. L'impostazione da qui sviluppata si è venuta a consolidare nell'orientamento giurisprudenziale maggioritario successivo: tra le altre Cass. Civ., 27 ottobre 2003, n.16090, in *Guida al diritto*, 2003, 50, 50; Cass. Civ., 11 novembre 2003,n. 16947, in *Foro It.*,2004,I,426, nota di Di Ciommo; App. Napoli, 15 novembre 2005; Trib. Reggio Calabria, 17 maggio 2005, in *Resp. Civ.*, 2006, 5, 427; Trib. Cagliari , 5 maggio 2005, in *Riv. giur. Sarda*, 2005, 427; Trib. Bologna, 19 marzo 2004, in *Gius*, 2004,3055; Trib. Milano, 19 gennaio 2004, in *Danno e Resp.*,2004, 11, 1096.

In dottrina, con riferimento al primo orientamento, degno di nota è il parere di Bianca (*Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, 701), secondo il quale "la colpa presunta degli insegnanti ex 2048 c.c. concerne anche il danno che l'allievo arrechi a se stesso in quanto l'obbligo di vigilanza è imposto in primo luogo a tutela dei minori loro affidati"; Staderini (*La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano,1981, 64); Alpa-Bessone (*I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1982); Bonvicini (*La responsabilità civile*,Milano,1971,473). A supporto invece dell'inversione di tendenza operato con il secondo orientamento si trova Franzoni (*Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, nota a Cass., 24 febbraio 1997, n.1683, in *Danno e Resp.*, 1997, 4, 454), il quale argomenta

che l'art. 2048 c.c. integra un titolo particolare, dunque eccezionale, di responsabilità per cui non può estendersi al di fuori del caso specifico ivi previsto; Lamorgese (*La responsabilità civile negli incidenti scolastici*, in *Giur. Merito*, fasc.7-8,2007, pag.1879B); Chindemi (*La responsabilità civile dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, in *Resp. civ. prev.*, fasc.10, 2011, pag.2137; Comporti (*Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2002, sub artt.2044-2048); Mantovani (*Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, II, 1, Utet, 1987, 38); Visintini (*Trattato breve sulla responsabilità civile*, Cedam, 1999, II, 657).

(2) Sono presenti precedenti giurisprudenziali in cui viene affermato il principio dell'unitarietà del danno non patrimoniale: in particolare tale orientamento è affermato dalle sentenze Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn.26972-26975 (*Resp. civ. e prev.*, 2009, n.1, p.4 ss.): i giudici effettuano una ricostruzione monistica del danno non patrimoniale, abbandonando invece la tradizionale ripartizione in tre categorie; ora danno biologico, danno morale e danno esistenziale sono ricondotti all'unica categoria onnicomprensiva di danno non patrimoniale, nella quale le singole voci di danno vengono tutte assorbite. Le tre categorie rimangono a fini descrittivi, ma in sede di liquidazione del danno il giudice non deve duplicare il risarcimento: il danno morale quale sofferenza soggettiva costituisce una componente del danno biologico. A tale principio si sono adeguate la maggior parte delle successive sentenze: tra le altre, Cass. Civ., 12 febbraio 2013, n.4043 in *Giust. civ. Mass.* 2013; Cass. civ., 25 maggio 2011, n.11609 in *Dir. e Giust.*, 2011,185; Cass. civ., 19 dicembre 2008, n. 29832 in *Giust. civ.*,2009, 7-8, I, 1622 secondo la quale: "il riferimento a determinati tipi di pregiudizi, in vario modo denominati, risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno, delle quali comunque il giudice deve tener conto al fine di poter addivenire, con un procedimento logico e corretto, alla determinazione quantitativa del danno in concreto riconoscibile, in modo da poter assicurare un risarcimento integrale"; Cass. Civ., sez. II, 22 agosto 2013, n.19402 in cui viene ribadito che "Il danno biologico, il danno morale ed il danno alla vita di relazione rispondono a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo, in quanto un determinato evento può causare nella persona della vittima come in quelle dei familiari, un danno alla salute medicalmente accertabile, un dolore interiore ed un'alterazione della vita quotidiana". Tra le sentenze conformi a questo orientamento emesse da tribunali di merito: Tribunale Genova ,sez. II, 08 aprile 2014 , n. 1313; Tribunale Varese, 03 luglio 2013. Ci sono, tuttavia, anche sentenze contrarie a questo orientamento: si veda ad esempio Cass. Civ., sez. III, 3 ottobre 2013,n. 22585 secondo la quale il danno morale, pur costituendo un pregiudizio non patrimoniale al pari di quello biologico, non è ricompreso in quest'ultimo e va liquidato autonomamente, non solo in forza di quanto espressamente stabilito- sul piano normativo- dall'art.5,lett.c), d.p.r. 3 marzo 2009 n.37, ma soprattutto in ragione della differenza ontologica esistente tra di essi, corrispondendo infatti tali danni a due momenti essenziali della sofferenza dell'individuo, il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana; Trib. Piacenza, 4 giugno 2009, secondo la quale il danno morale è dotato di autonomia ontologica, che deve essere considerata in relazione alla diversità del bene protetto, che attiene alla sfera della dignità morale delle persone e pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sentenza in particolare argomenta che nello stesso senso si è mosso il Legislatore, che ha parlato di danno morale come autonoma categoria di danno non patrimoniale nel D.P.R. n. 37 del 3/3/2009).

Anche i riferimenti dottrinali sono innumerevoli. In senso conforme alla citata sentenza della Cassazione n.26972 del 2008 hanno contribuito al dibattito: Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. Prev.*, 2009, 209; Frata, *La concezione unitaria del danno non patrimoniale e la sua quantificazione nell'illecito plurioffensivo* (Nota a Cass. Civ., sez. III, 17 aprile 2013, n. 9231, in *Nuova giur. Civ.*, I, 777; Emiliozzi, *Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della corte costituzionale e della corte di cassazione a cavallo dei secoli XX e XXI*, 881, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di Del Prato, Esi, Napoli, 2013; Tomarchio, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle sezioni unite*, in *Giur.it.*, 2009, n.2, p.317; Tomarchio, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, nota a sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur.it.*, 2009, 2; Vapino, *Danno non patrimoniale: unitarietà del risarcimento e unitarietà della domanda*, in nota a sentenza, Cass. civ, sez. III, 22 ottobre 2013, 23917, in *Giur.it.*, 2014, 4, 835; Sganga, *la Cassazione e l'unitarietà del danno biologico*, nota a Cass. Civ., 1 giugno 2006, n.13130, in *Danno e resp.*, 2007, 291. Tra la dottrina in senso contrario si registra l'opinione di Viola, *Il danno morale è diverso dal biologico: ora lo dice la legge*, 25 maggio 2009, in rete: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=45795>; Buffone, *Il Danno Morale è voce Autonoma di Danno*, 19 aprile 2010, in rete: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=49984>.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Danno auto cagionato dall'alunno: responsabilità contrattuale o extracontrattuale?; 3. Scuola privata e scuola pubblica; 4. Responsabilità contrattuale della scuola: ulteriori considerazioni; 5. La questione della mediazione; 6. Quantificazione del danno non patrimoniale: unitarietà o frammentarietà?; 7. Centralità della sentenza della Cassazione n.26972 del 2008 (Segue); 8. Tabelle di punto: Milano o Roma?; 9. Alcune riflessioni conclusive.

1. Introduzione

La pronuncia del giudice relativa al caso analizzato stimola la riflessione su diverse questioni. Tralasciando l'elemento di dettaglio riguardo l'approfondita tecnicità attraverso la quale l'interprete conduce il suo percorso argomentativo, sia nella prima parte relativamente all'analisi delle conseguenze derivanti dalla mancata comparizione al procedimento demandato di mediazione, sia nella seconda parte in merito alla determinazione del quantum della liquidazione del danno, i punti di diritto analizzati sono essenzialmente due: il primo riguardante l'*an* del risarcimento stabilisce in senso positivo l'esistenza di una responsabilità contrattuale; il secondo è in merito alla determinazione del *quantum* di questo risarcimento, concentrandosi nella analisi della tipologia di danno risarcibile.

Intrecciate a questi due punti focali, il ragionamento permette di rintracciare alcune questioni sulle quali è possibile elaborare alcune riflessioni, e altre che permettono di approfondire e rilevare questioni non trattate dall'interprete ma che magari avrebbero meritato una esplicita considerazione.

2. Danno auto cagionato dall'alunno: responsabilità contrattuale o extracontrattuale?

A seguito della domanda dei genitori del minore che ha subito il danno a causa di autolesioni, presentata nei confronti della scuola contestando la sua ‘diligenza’, il giudice risponde positivamente poiché la domanda risulta fondata. Il giudice in particolare abbraccia l’orientamento maggioritario delineato dalla ultima giurisprudenza di legittimità¹, in base alla quale la presunzione di responsabilità dei precettori, ex art.2048 c.c., deve ritenersi operante solo nel caso di danno cagionato dal fatto illecito dell’allievo a terzi e non anche nel caso in cui l’allievo abbia cagionato il danno a se stesso.

Recentemente la Suprema Corte è tornata sull’argomento ribadendo tale ultimo indirizzo statuendo che: *“nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c. c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante”*².

L’argomentazione del giudice conforme a questo orientamento si rivela necessaria, in quanto pur essendo questo l’orientamento prevalente, l’interprete avrebbe potuto anche negare il risarcimento in conformità alla pretesa risarcitoria circa una eventuale responsabilità contrattuale: la questione infatti resta dibattuta nonostante le ultime pronunce della Cassazione vadano in questa direzione, lasciando ancora aperta la possibilità di risarcimento grazie ad una interpretazione dell’art.2048 c.c. più ampia. Questa diversa interpretazione avrebbe potuto far leva sul fatto che l’insegnante può essere considerato responsabile per fatto illecito dell’alunno sottoposto alla sua sorveglianza (fatto illecito inteso dunque come lesione di un bene giuridico tutelato costituzionalmente, in particolare il diritto alla salute ex art.32 Cost.) in virtù di una presunzione di colpa propria (ossia sulla presunzione di un adempimento non diligente dell’obbligo di sorveglianza degli allievi) e per fatto altrui³.

Detta colpa peraltro, quando si tratti di allievo minore, può riguardare anche il danno che lo stesso allievo ha procurato a se stesso con la sua condotta, in quanto l’obbligo di vigilanza dell’insegnante è posto anche a tutela dei minori a lui affidati, fermo restando la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto⁴.

¹ Cass. Sez.Un.civ.,27 giugno 2002,n.9346, in *De Iure*.

² Cass.civ., sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067, in *De Iure*; conf. Cass. Civ., sez. III, 20 aprile 2010, n. 9325, in *De Iure*.

³ Cass.civ., sez. III, 26 giugno 1998, n.6331, in *De Iure*, in cui si sostiene la responsabilità della Amministrazione scolastica in via diretta ex art.2048 c.c. dei danni che il minore cagioni a terzi o a se medesimo nel tempo in cui è sottoposto alla vigilanza del personale dipendente salva la prova di non avere potuto impedire il fatto.

⁴ Cass.civ, sez. III, 1 agosto 1995, n.8390, in *Mass. Giur.it.*, 1995.

Altra questione che qui si pone è la possibilità di concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: secondo il nostro ordinamento infatti ciò è ammesso, proprio nel caso in cui un medesimo fatto sia allo stesso tempo inadempimento di una obbligazione e atto illecito dannoso consistente nel generale principio di *neminem laedere*. In questa possibilità è il danneggiato che si trova a scegliere quale delle due usare; l'esercizio di una non comporta comunque rinuncia all'altra, ma una volta risarcito per una via non può far valere una ulteriore pretesa creditoria.

Secondo l'orientamento ormai decennale della giurisprudenza, pertanto, essendo duplice la natura della responsabilità scolastica, contrattuale ed extracontrattuale, ne deriva che il danneggiato ha la facoltà di scegliere se chiamare al risarcimento dei danni la scuola in ragione di una sola delle due responsabilità o di entrambe contemporaneamente⁵.

La vicinanza delle due forme di responsabilità giustifica comunque la possibilità riconosciuta dalla Suprema Corte con una certa larghezza al giudice di merito di qualificare la domanda (in via extracontrattuale o contrattuale) laddove la parte non la abbia espressamente qualificata in un senso o nell'altro.

Diverso è il regime dell'onere della prova nei due casi: relativamente alla responsabilità contrattuale, l'attore danneggiato deve provare che il danno si è verificato durante lo svolgimento del rapporto mentre sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante; in caso invece di responsabilità extracontrattuale, il danneggiato ha l'onere di provare oltre al danno, anche il fatto illecito e il nesso causale tra i due, oltre la colpa o il dolo del danneggiante.

Non menzionata è la responsabilità dell'insegnante: egli infatti non è chiamato in causa dagli attori, i quali citano solo la scuola, ma in virtù della giurisprudenza maggioritaria cui fa in particolare riferimento il giudice, egli risulterebbe responsabile per 'contatto sociale'. In particolare la sentenza della Cassazione cui ci si riferisce (n.9346/2002) afferma che "nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso la responsabilità dell'insegnante ha natura contrattuale, atteso che tra insegnante e allievo si instaura, per 'contatto sociale', un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro complessivo, oltre l'obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona".

Importante è rilevare anche il diverso regime prescrizione dell'azione: i 10 anni previsti dalla responsabilità contrattuale sono decisamente più vantaggiosi per il danneggiato rispetto ai 5 previsti in caso venga riconosciuta la responsabilità extracontrattuale.

3. Scuola privata e scuola pubblica

Degno di nota è anche il tipo di scuola: si tratta di una scuola Privata e non di una scuola invece statale; ove si tratti di docenti di una scuola pubblica, la responsabilità si estende alla Pubblica Amministrazione in virtù del principio organico ai sensi dell'art.28 della Costituzione (è così prevista legislativamente la surrogazione, nel lato passivo, dell'Amministrazione al personale scolastico, nell'obbligazione risarcitoria verso i terzi danneggiati e la conseguente esclusione della legittimazione passiva degli insegnanti)⁶. Trattandosi di maestro di una scuola privata la responsabilità si estende all'ente gestore della scuola privata.

⁵ cfr., ex multis, Cass. n. 16947/2003, in *De Iure*.

⁶ Art. 61 della legge 312/80: "*La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo, e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni*

4. Responsabilità contrattuale della scuola: ulteriori considerazioni

Il giudice conferma da subito, senza tanti problemi di interpretazione, la natura contrattuale del rapporto tra bambino(rappresentato dai genitori) e scuola. Il contratto in particolare sostiene il giudice prevede l'obbligo in capo alla maestra di vigilanza dell'allieva, la quale doveva essere seguita ancora più seriamente dal momento che aveva solo 5 anni all'epoca del fatto: l'obbligo di sorveglianza infatti molto dipende dall'età dell'alunno e deve essere commisurato al grado di maturazione raggiunto dal minore e in relazione alle circostanze del caso concreto⁷. Non viene tuttavia dato rilievo al fatto che la scuola in primis sia venuta meno al suo dovere di prevenzione rispetto al verificarsi di possibili danni: lo scivolo infatti era sprovvisto di tappetini antiurto e i gradini privi di coperture antiscivolo; volendo procedere in un modo più dettagliato e apportando ulteriori argomentazioni il giudice avrebbe potuto sottolineare queste mancanze della scuola, le quali hanno contribuito in un modo determinante all'evento illecito.

5. La questione della mediazione

Il problema della mancata comparizione al procedimento di mediazione demandato dal giudice ai sensi dell'art.5 decr.lgs.28/2012, pur non essendo questione di diritto quindi non riconducibile a principi di diritto, trova ampio spazio nel procedimento decisorio del giudice, il quale alla fine di diverse considerazioni, dopo l'analisi anche giurisprudenziale rispetto la qualificazione della rilevanza probatoria, giunge ad affermare che la mancata partecipazione al percorso di mediazione della parte regolarmente convocata costituisce elemento integrativo ma non decisivo a favore della parte chiamante: si tratta di un 'argomento di prova' ma non può costituire da solo piena prova⁸. Necessario, dunque, a questo punto, si pone un excursus storico sull'introduzione della disciplina della mediazione.

Introdotta con d.lgs. n.28/2010 e successivamente modificata dal d.l.69/2013, la ratio che accompagnò tale decisione era articolata in due punti centrali: in primo luogo essa doveva rispondere all'esigenza di efficienza della macchina della giustizia, troppo gravata da un numero elevato di controversie che annualmente con una costante crescita appesantivano il carico di lavoro dei tribunali; in secondo luogo avrebbe dovuto contribuire ad una velocizzazione dei tempi di risposta dell'apparato giurisdizionale. L'intento era dunque quello di introdurre un nuovo percorso strutturalmente diverso da quello giurisdizionale, ove le dinamiche di risoluzione della controversia operano, più che sulla base di parametri normativi di riferimento, su quello, diverso, della ricostruzione di un rapporto di cooperazione tra le parti . Le statistiche ufficiali, infatti,

educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi".

⁷ Cass. n. 13457/2013, in *De Iure*.

⁸ Art 8, comma 4 bis, decr.lgs. 28/2010 "Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio".

dimostrano oggi incoraggianti percentuali di successo in presenza della comparizione della parte convocata.

In particolare merita rilevare come proprio la Sezione XIII del Tribunale di Roma (di cui dirigente è Massimo Moriconi, giudice in questo caso specifico⁹) abbia sviluppato un costante, ma sempre puntuale, ragionato e attento impiego di questi nuovi percorsi conciliativi con l'obiettivo di offrire alle parti l'opportunità di una soluzione negoziale quale alternativa al completamento del percorso giudiziale intrapreso il più delle volte già da alcuni anni.

Molte delle ordinanze romane sono state pubblicate e costituiscono esempi paradigmatici di come le nuove norme, apparentemente deboli, se utilizzate con consapevolezza e autorevolezza da parte del giudice possano offrire alle parti ed all'intero sistema una vera occasione, non solo per una rapida e soddisfacente soluzione negoziale della lite, ma anche per avviare un diverso approccio culturale per la composizione delle controversie fondato su un accordo efficiente¹⁰.

Conformandosi il giudice a quella corrente per la quale dalla condotta della convenuta che non si presenta in mediazione il giudice può trarre argomento di prova integrativo ma non decisivo, sceglie dunque di non conformarsi invece a quella giurisprudenza della Suprema Corte per la quale invece ciò può costituire anche unica e sufficiente fonte di prova¹¹. Circa il caso concreto infatti il giudice argomenta che ci siano già sufficienti prove acquisite in base alle quali risulta possibile accogliere la domanda degli attori (nello specifico, la sussistenza del rapporto contrattuale, l'affidamento della bambina alla vigilanza ed attenzione al personale della scuola, la circostanza che la minore cadeva mentre si trovava sullo scivolo all'interno della scuola, che le lesioni riportate sono la conseguenza di tale caduta).

6. Quantificazione del danno non patrimoniale: unitarietà o frammentarietà?

Dopo dunque essersi pronunciato in modo positivo, il giudice passa alla determinazione del risarcimento dovuto: in particolare, per quanto concerne il danno biologico (temporaneo e permanente) relativo ad aree diverse da quella dei danni derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per i quali si fa riferimento all'art.139,decr.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 *Codice delle Assicurazioni private*¹², il sistema seguito è quello del valore di punto(le c.d. Tabelle di punto), che rappresenta il criterio più ampiamente seguito dai Tribunali.

⁹ V. anche *Il giudice e la mediazione. L'esperienza presso la sezione di Ostia del tribunale di Roma*, di [Massimo Moriconi](#), pubblicato da [Aracne](#), 2013.

¹⁰ Da *Il Sole24ore*, *Mediazione: i primi dati "romani" sulla deflazione dei processi*, di Marco Marinaro, 4 agosto 2014.

¹¹ Cass.civ., sez.III, 16 luglio 2002, n.10268, in *De Iure*.

¹² Art. 139 (Danno biologico per lesioni di lieve entità)

1. Il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, è effettuato secondo i criteri e le misure seguenti: a) a titolo di danno biologico permanente, è liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al nove per cento un importo crescente in misura più che proporzionale in relazione ad ogni punto percentuale di invalidità; tale importo è calcolato in base all'applicazione a ciascun punto percentuale di invalidità del relativo coefficiente secondo la correlazione esposta nel comma 6. L'importo così determinato si riduce con il crescere dell'età del soggetto in ragione dello zero virgola cinque per cento per ogni anno di età a partire dall'undicesimo anno di età. Il valore del primo punto è pari ad euro seicentosettantaquattro virgola settantotto;

b) a titolo di danno biologico temporaneo, è liquidato un importo di euro trentanove virgola trentasette per ogni giorno di inabilità assoluta; in caso di inabilità temporanea inferiore al cento per cento, la liquidazione avviene in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

2. Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente

Volendo ripercorrere brevemente l'evoluzione del sistema della risarcibilità del danno alla persona fino ad oggi, ci sono alcuni snodi fondamentali.

Nel codice civile la linea netta che viene tracciata è tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale: quest'ultimo viene definito come il danno conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, ed è categoria omnicomprendensiva tale da ricomprendere in sé qualsiasi tipo di pregiudizio all'integrità dell'individuo in tutti i suoi aspetti dinamico-relazionali, sia quindi che lo stesso si strutturi come danno fisico alla salute (art. 32 Cost.), che come danno da peggioramento della qualità della vita, che sotto il profilo della lesione dei diritti inviolabili della persona alla serenità e tranquillità familiare (art. 2, 29 e 30 Cost.). Questa lettura della categoria del danno non patrimoniale è stata costruita grazie all'interpretazione costituzionalmente conforme che ne è stata fatta negli anni.

Secondo l'impostazione dottrinale che ha dominato fino agli anni '70, la tutela risarcitoria risultava esperibile soltanto qualora l'illecito avesse provocato conseguenze economicamente valutabili, escludendo invece la risarcibilità dei danni non patrimoniali in assenza di una condotta penalmente rilevante (art. 2059 c.c.). Punto di svolta si è avuto con il riconoscimento della categoria del danno biologico, individuata per la prima volta a livello giurisprudenziale con la sentenza della Cassazione del 6 giugno 1981, n. 3675, e poi definitivamente ammessa come tipologia di danno risarcibile dalla Corte Costituzionale qualche anno dopo¹³. Dal 2003 in poi si è assistito ad un ulteriore punto di svolta, con le note sentenze della Corte di Cassazione¹⁴ in cui per la prima volta viene sancita una lettura costituzionalmente conforme dell'art. 2059 c.c. Nuovo

all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito. In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente. 3. L'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma 1 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

4. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle attività produttive, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra uno e nove punti di invalidità.

5. Gli importi indicati nel comma 1 sono aggiornati annualmente con decreto del Ministro delle attività produttive, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertata dall'ISTAT.

6. Ai fini del calcolo dell'importo di cui al comma 1, lettera a), per un punto percentuale di invalidità pari a 1 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,0, per un punto percentuale di invalidità pari a 2 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 3 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,2, per un punto percentuale di invalidità pari a 4 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,3, per un punto percentuale di invalidità pari a 5 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,5, per un punto percentuale di invalidità pari a 6 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,7, per un punto percentuale di invalidità pari a 7 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,9, per un punto percentuale di invalidità pari a 8 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 9 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,3.

¹³ Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in cui viene sancito che: *“La vigente Costituzione, garantendo principalmente valori personali, svela che l'art. 2043 c.c. va posto soprattutto in correlazione agli articoli della Carta fondamentale (che tutelano i predetti lavori) e che, pertanto, va letto in modo idealmente idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa degli illeciti. L'art. 2043 c.c., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso patrimoniali, ma (esclusi, per le ragioni già indicate, i danni morali subiettivi) tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.*

¹⁴ Cass. civ., nn. 8827 e 8828, 2003, in *De iure*.

impulso poi verso il riconoscimento di un più ampio statuto di tutela del danno non patrimoniale si ha con le c.d. ‘Sentenze di San Martino’ del 2008¹⁵: grazie a questa nuova pronuncia della suprema Corte si è giunti al riconoscimento esplicito di due importanti principi: la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell’ambito della responsabilità di natura contrattuale, e l’unitarietà del danno non patrimoniale.

7. Centralità della sentenza della Cassazione n.26972 del 2008 (Segue)

Nel percorso argomentativo del giudice centrale rilievo viene dato alla sentenza Cass. n.26972/2008: l’interprete se ne serve per affermare il principio di unitarietà del danno non patrimoniale. La tradizionale ripartizione che distingueva tra danno biologico, danno morale e danno esistenziale, a partire da questa pronuncia viene ad essere considerata come un’unica categoria omnicomprensiva di danno, quella del danno non patrimoniale, destinata a ricomprenderli tutti. Le denominazioni di ‘danno biologico’, ‘danno esistenziale’ e ‘danno morale’ iniziano così ad essere utilizzate solo a meri fini descrittivi, mentre per la liquidazione si procede alla quantificazione di una somma unitaria, quella relativa al danno biologico, sulla base della quale eventuali ulteriori danni non patrimoniali soggettivi vengono stimati secondo il criterio del rapporto in percentuale a quello biologico già calcolato: questo bilanciamento ha lo scopo di conseguire l’effettiva e necessaria personalizzazione del risarcimento, incremento a quanto altrimenti sarebbe oggettivamente riconosciuto adottando i tradizionali criteri guida.

In base quindi a questo principio, con riferimento al caso analizzato, il giudice, oltre a determinare il danno biologico, quantifica anche un ulteriore danno morale seguendo il criterio percentuale di riferimento previsto dalle Tabelle di Roma(sulle quali si tornerà in seguito). Importante è rilevare come, tuttavia, nonostante questo orientamento giurisprudenziale sia oggi prevalente, sia affiancato parallelamente da un’altra concezione interpretativa per la quale il risarcimento del danno non patrimoniale debba avvenire secondo categorie separate: la sentenza di riferimento è quella emessa dalla Cass. Civ., sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585, secondo la quale il danno morale, pur costituendo un pregiudizio non patrimoniale al pari di quello biologico, non è ricompreso in quest’ultimo e va liquidato autonomamente, non solo in forza di quanto espressamente stabilito - sul piano normativo - dall’art.5, lett.c), d.p.r. 3 marzo 2009 n. 37, ma soprattutto in ragione della differenza ontologica esistente tra di essi, corrispondendo infatti tali danni a due momenti essenziali della sofferenza dell’individuo, il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana¹⁶.

Il secondo importante effetto sul quale è andata ad incidere la ricostruzione monistica operata dalle Sez. Unite della Cassazione con questa pronuncia è stato quello di giungere ad ammettere in via definitiva la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in presenza di un illecito di natura contrattuale, o, più in generale, delle obbligazioni¹⁷. Prima di questa sentenza, infatti, il danno non patrimoniale derivante da illecito contrattuale non era previsto, quindi non risarcibile.

¹⁵ Cass.civ., nn. 26972-26975, 2008, in *De Iure*.

¹⁶ Anche Trib. Piacenza, 4 giugno 2009, si inserisce in questa direzione: il danno morale è dotato di autonomia ontologica, che deve essere considerata in relazione alla diversità del bene protetto, che attiene alla sfera della dignità morale delle persone e pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sentenza in particolare argomenta che nello stesso senso si è mosso il Legislatore, che ha parlato di danno morale come autonoma categoria di danno non patrimoniale nel [D.P.R. n. 37 del 3/3/2009](#)).

¹⁷ Ben prima di questa sentenza, C.M.BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano 1994, sosteneva la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale nell’ipotesi di compromissione di diritti inviolabili. Cfr. anche M.COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *R.crit.d.priv.*, 1987,p.127.

8. Tabelle di punto: Milano o Roma?

Per la quantificazione del danno biologico il giudice si serve dunque delle Tabelle di punto quale utile parametro di base. In particolare tuttavia egli non si serve delle Tabelle elaborate dal tribunale di Milano¹⁸ che, secondo quanto pronunciato dalla Cassazione nel 2011¹⁹, sono le più idonee ad assicurare l'equità nel risarcimento del danno non patrimoniale, ed in particolare, del danno da sinistri stradali, a salvaguardia del più generale principio di uguaglianza. Il ragionamento della Corte muove dal fatto che nella giurisprudenza di merito ci siano marcate disparità non solo nei valori liquidati a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale da lesione dell'integrità psicofisica, ma anche nel metodo utilizzato per la liquidazione. Tali disparità dunque violano non solo il principio fondamentale di eguaglianza, ma fanno venir meno anche la fiducia dei cittadini nella giustizia.

Da qui la necessità di assumere un unico parametro di valutazione su tutto il territorio nazionale. La Suprema Corte ha dunque espresso il principio di diritto in base al quale *"La liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative (come l'art. 139 del codice delle assicurazioni private, per le lesioni di lieve entità conseguenti alla sola circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto"*.

Il giudice tuttavia come si diceva, non si conforma a questa direzione espressa dalla Suprema Corte, propendendo invece per l'applicazione dei criteri previsti dalle Tabelle in uso presso il tribunale di Roma. Devesi comunque ricordare che l'indirizzo proposto dalla Cassazione non è vincolante pur ricoprendo grande importanza, pertanto non è violazione di legge alcuna il fatto che il giudice di un certo tribunale applichi i criteri indicati dal suo stesso Tribunale o altro che non sia quello di Milano.

La scelta stessa in capo al giudice costituisce di per sé espressione del potere equitativo del giudice, il quale appunto può scegliere quali criteri tabellari applicare; peraltro, poiché il fondamento della tabella è la media dei precedenti giudiziari in un dato ambito territoriale e la finalità è quella di uniformare i criteri di liquidazione del danno, il giudice deve congruamente motivare le ragioni della sua scelta²⁰. Tali tabelle, peraltro, non rientrano nelle nozioni di fatto di comune esperienza di cui all'art.115 c.p.c. né sono canonizzate in norme di diritto, appartenenti necessariamente alla conoscenza del giudice; ne consegue che il giudice che intenda utilizzarle deve, per non incorrere nell'errore di omessa motivazione, prima dare conto dei criteri utilizzati nelle tabelle (in termini generali e in forma concisa), e poi descriverne l'applicazione alla fattispecie concreta²¹.

In particolare il giudice opta per l'applicazione delle Tabelle di Roma e non per quelle di Milano: "Roma risarcisce in modo maggiore rispetto a Milano la invalidità temporanea. Per la invalidità permanente va considerato che Roma ha tre voci, quella base che non contiene le voci del c.d. danno morale e di quello esistenziale e due voci

¹⁸ G.PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2011.

¹⁹ Cass.civ.,sez.III, n.12408,2011, in *De Iure*.

²⁰ Cass. 20 ottobre 2005, n. 20323, in *De Iure*.

²¹ Cass. 6 novembre 2000, n.14440, in *De Iure*, che ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva proceduto alla liquidazione del danno biologico conseguente a un infortunio sul lavoro in base alle c.d. "tabelle milanesi" limitandosi a definirle "ben note", senza fornire altre spiegazioni.

ulteriori, una minima e una massima, personalizzate in relazione a tali aspetti di danno, mentre Milano ha solo due voci, minima e massima, entrambe con tali contenuti”²².

Nelle note esplicative delle tabelle romane è previsto fra l'altro che per la valutazione equitativa nel caso di effettiva prova del danno secondo i parametri della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26792/2008 il ristoro di tale danno, infatti, compete a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato potendo in questo caso essere oggetto di risarcimento qualsiasi danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, indipendentemente da una sua rilevanza costituzionale; b) quando sia la legge stessa a prevedere espressamente il ristoro del danno limitatamente ai soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto; c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale e non predeterminati dovendo, volta a volta essere allegati dalla parte e valutati caso per caso dal giudice (cfr. ad es. Cass. sez. III, 25 settembre 2009, n. 20684), si ritiene necessario prendere in considerazione, per il concreto esercizio del relativo potere, un criterio che utilizzi, al fine di individuazione della somma adeguata a quanto provato, un importo percentuale di quanto liquidato a titolo di danno biologico in misura ordinariamente non eccedente il 60%, tenuto conto che nelle tabelle del danno biologico elaborate dal Tribunale non era compresa alcuna quota relativa al cd danno non patrimoniale soggettivo.

9. Alcune riflessioni conclusive

In conclusione, sorge spontanea una domanda abbastanza generale, ma comunque stimolata dalla riflessione condotta sul caso concreto: quanto sono labili i confini all'interno dei quali il giudice si può muovere? Ovvero: quanta discrezionalità possiede nell'optare per una opzione o per un'altra? Relativamente a questo caso si è analizzato con quanta certezza, senza dubbi di interpretazione, il giudice ha abbracciato determinati orientamenti (quelli maggioritari, condivisi e supportati dall'ultima giurisprudenza), e cioè in particolare la qualifica della responsabilità della scuola per autolesione dell'allievo come contrattuale, e la liquidazione del danno non patrimoniale come categoria unitaria, omnicomprensiva delle varie sfumature di danno risarcibile. Un altro giudice tuttavia avrebbe potuto decidere di discostarsi da questi indirizzi e, come sopra analizzato, argomentare in modo opposto. In presenza infatti di un “pericoloso disordine delle fonti e di un rinnovato braccio di ferro tra giudici e legislatori”²³, c'è il rischio che la disciplina in materia possa risultare sfumata e, alle volte, anche incompleta.

²² Testualmente, sent. qui analizzata (Trib. Roma, sez. XIII, 26 marzo 2015).

²³ F.D.BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, n.58, P.I, I.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DURANTE L'ORA DI EDUCAZIONE FISICA

di Silvia Trovato

IL CASO

Il 12 ottobre 2002 l'alunna G.S, frequentante il Liceo Scientifico di Forte dei Marmi, svolge una partita di pallavolo con le sue compagne, durante l'ora di educazione fisica. Nel corso della partita, più precisamente mentre esegue un intervento di gioco sotto rete, G.S. si scontra con la compagna E.F., a suo dire intervenuta nell'azione pur trovandosi fuori posizione. A causa dell'impatto G.S. cade, riportando un trauma al ginocchio sinistro.

A seguito dell'evento, l'istituto scolastico denuncia il sinistro all'Allianz Subalpina Ass.ni s.p.a, la quale corrisponde un indennizzo pari ad Euro 7.230,00.

Insoddisfatta di quanto percepito, G.S. cita in giudizio il Ministero dell'istruzione per vedersi riconosciuti i maggiori danni (fisici e psichici) effettivamente patiti.

Nel giudizio interviene volontariamente l'istituto superiore cui era iscritta G.S., negando ogni responsabilità in capo al personale scolastico ed affermando l'accidentalità e l'imprevedibilità dell'accaduto.

Il Ministero chiama in causa la società assicuratrice per la prevista manleva.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale ordinario di Firenze, Seconda sezione civile, nella persona del giudice unico onorario Liliana Anselmo, ha pronunciato

SENTENZA

nella causa civile iscritta il 31.1.2008 e segnata dal N. 1566 del Ruolo Generale degli Affari Civili Contenziosi dell'anno 2008, promossa da

G.S., rappresentata e difesa dall'Avv. Andrea Salvia ed elettivamente domiciliata presso l'avv. Massimo Zati con studio in Firenze, Via Santa Reparata 40, ove domicilia, come da delega a margine dell'atto di citazione

Attrice

CONTRO

-MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore

-ISTITUTO SUPERIORE "MICHELANGELO" di Forte dei Marmi, in persona del legale rappresentante pro tempore,

entrambi difesi e rappresentati dall'Avvocatura dello Stato e, in particolare, dall'Avvocatura Distrettuale di Firenze per vocazione territoriale, domiciliata presso gli Uffici di questa in Firenze, Via degli Arazzieri nr. 4

Convenuto e intervenuto

E

ALLIANZ S.p.a. (Società incorporante per fusione di Allianz Subalpina S.p.A.), in persona del Procuratore p.t. S.U., rappresentata e difesa dall'avv. Giannotto Ulivi presso il cui studio in Firenze, Via La Marmora 45 domicilia, come da mandato steso in calce alla copia notificata dell'atto di chiamata in causa

Terza chiamata in causa

Oggetto: Risarcimento danni ex art. 2048 c.c.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato, G.S. ha convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca per sentir accogliere le suesposte conclusioni con riguardo all'infortunio occorso in data 12.10.2002 quando, iscritta al Liceo Scientifico di Forte dei Marmi in Via Michelangelo nr. 37, nel corso dell'ora di educazione fisica, mentre partecipava ad una partita a pallavolo, cadeva in terra riportando un trauma al ginocchio sinistro; in particolare, G. assume che mentre effettuava un intervento di gioco sotto rete, si scontrava con l'alunna E.F. che interveniva nell'azione pur trovandosi fuori posizione e che per tale motivo cadeva in terra.

La stessa imputa la responsabilità dell'evento all'amministrazione scolastica (sia sotto il profilo di cui all'art. 2048 c.c. o di cui all'art. 1218 c.c.) per inosservanza da parte del personale docente dell'obbligo di sorveglianza.

L'attrice dà atto che, successivamente alla presentazione della denuncia del sinistro effettuata dall'Istituto Scolastico all'Allianz Subalpina Ass.ni S.p.A., ha ricevuto da quest'ultima la somma di Euro 7.230,00 che, però, ritiene non esaustiva rispetto a tutti i danni - fisici e psichici - patiti.

Il Ministero si è costituito in giudizio unitamente all'Istituto Superiore "Michelangelo" di Forte dei Marmi (non citato ma intervenuto volontariamente nel giudizio), negando ogni responsabilità, in considerazione del fatto che la partita si stava "svolgendo secondo le normali regole tecniche, impartite durante le lezioni tenute nei giorni precedenti dalla prof. D.G., insegnante di educazione fisica"; inoltre il Ministero ritiene che l'infortunio si sia verificato per l'accidentale, imprevedibile e scorretta ricaduta di G. che aveva appena effettuato un salto per effettuare una schiacciata; si nega infine che la caduta sia avvenuta per uno "scontro" con altra alunna - F.E. - rispetto alla quale, comunque, nulla poteva fare l'insegnante presente.

E' stata chiamata in causa la Compagnia Assicurativa per la RC in rilevazione.

La ALLIANZ S.p.a., costituendosi in giudizio, ha sollevato una serie di eccezioni preliminari (1-carezza di legittimazione attiva in capo al Ministero dell'Istruzione con riferimento all'azione di rilevazione in garanzia in assenza di un rapporto contrattuale; 2-irritualità ed inammissibilità della costituzione in giudizio dell'Istituto Scolastico; 3-prescrizione del diritto risarcitorio attoreo nei confronti della comparente, atteso che nella corrispondenza intercorsa con il legale di parte attrice è sempre stato fatto riferimento alla richiesta di "indennizzo" e non di "risarcimento"; 4-prescrizione del diritto alla rilevazione in garanzia ai sensi del contratto di assicurazione della RC azionato per maturazione del termine di cui all'art. 2959 c.c.; 5- inadempimento dell'Istituto Scolastico all'obbligo di denuncia) e ha contestato la fondatezza della domanda attorea, osservando che mai alcun accenno ad uno "scontro fisico" tra G. e F. (invece riferito in atto di citazione) era mai stato fatto in occasione della denuncia presentata per ottenere l'indennizzo e comunque anche laddove venisse provata tale circostanza, la stessa non costituirebbe elemento per ritenere la responsabilità del Ministero.

La causa - dopo un iniziale "congelamento" dal 31.3.2009 al 15.3.2011 per l'impedimento del giudice assegnatario - è stata istruita mediante l'ammissione dei mezzi di prova ritenuti rilevanti ai fini del decidere con ordinanza del 7.10.2011; hanno testimoniato B.V. e G.L. (ud. 10.4.2012), mentre F.M. in data 21.6.2012; il difensore dell'attrice ha rinunciato alla teste F.; con ordinanza del 10.12.2012 è stata respinta l'istanza di parte attrice di ammissione della CTU medico legale; la causa è stata assegnata all'odierno giudicante con Decreto del Presidente del Tribunale di Firenze nr.

184 del 24.12.2012; la causa è stata trattenuta in decisione successivamente alla scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. con decorrenza dal 19.7.2013.

Motivi della decisione

L'insieme degli elementi probatori acquisiti a seguito dell'istruttoria espletata non consentono di ritenere maturata la responsabilità in capo al personale insegnante dell'Istituto Scolastico "Michelangelo" per l'evento occorso alla minore per cui è processo, né sotto il profilo dell'art. 2048 c.c. (che prevede la responsabilità dei precettori e degli insegnanti laddove si sia verificato un danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza, sempre che non venga fornita la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto) né sotto quello dell'art. 1218 c.c. (essendo stato provato che il personale docente stava sorvegliando le allieve durante l'orario di educazione fisica, con diligenza idonea ad impedire il fatto: cfr. Cass. 9542/2009, Resp. Civ., 2009, 7, 660). In primis sono respinte le eccezioni sollevate dall'Allianz S.p.A. in atti intorno alla "capacità" dei testi assunti, in considerazione del fatto che le testi sentite erano altre alunne presenti al fatto e non risultano essere portatrici di alcun interesse di diritto rilevante ai fini della decisione; le deposizioni rese, inoltre, sono attendibili, in quanto complessivamente risultano coerenti tra loro, si riscontrano reciprocamente e hanno univocamente fornito una sola versione sull'accadimento; pertanto non può essere accolta l'istanza di parte attrice di "rinnovare l'istruzione" per assenza dei presupposti; peraltro all'assunzione di F.E. vi ha rinunciato la stessa parte attrice.

Inoltre l'audizione di F. non avrebbe aggiunto ulteriori elementi di riflessione, atteso che la teste F. ha chiarito che effettivamente vi fu uno scontro fisico tra G. e F., quando quest'ultima, retrocedendo dalla prima linea alla seconda linea zona c.d. di difesa, nonostante che G. avesse "alzato la palla per consentire a G. di schiacciarla dalla sua posizione in seconda linea nell'altra metà del campo" (e la palla era stata appositamente direzionata verso G. perché G. sapeva che S. poteva schiacciare) è andata ad urtare contro G., facendola cadere in terra ancor prima che l'attrice potesse schiacciare la palla nell'altra metà del campo.

Si tenga conto che G. era in una posizione per cui non avrebbe potuto, se non incorrendo in un fallo di gioco, spostarsi in avanti verso la zona di attacco prima di toccar palla (solo dopo il colpo il giocatore può mettere il piede nella zona di attacco o anche cadervi), mentre la giocatrice F., stando nella zona di attacco, poteva retrocedere in ausilio alla schiacciatrice G. ed intervenire (per rimandare la palla al di là della rete) laddove questa non fosse riuscita a fare la schiacciata. Solo se la palla si fosse trovata al di sotto del bordo superiore della rete allora il difensore (G.) avrebbe potuto completare l'attacco portandosi nella zona di attacco ed evitare scontri; con molta probabilità, invece, F. si spostò all'indietro per ovviare (o per prevenire) un possibile errore nella posizione di gioco di G. medesima.

Ciò che occorre comunque considerare è che la condotta di gioco di F. è stata corretta e l'insegnante R. non avrebbe potuto (né dovuto) interromperla perché lecita.

In assenza di un fatto illecito, ovvero della violazione da parte di F. di una regola di gioco propria dell'attività sportiva svolta in danno di G. non può applicarsi la tutela prevista dall'art. 2048 c.c., proprio perché l'evento "lesioni" è strettamente connesso al gioco e non vi è stata alcuna violazione delle sue regole; né si profila un'azione dannosa connotata da volontà di danno, né l'azione di F. si caratterizza per "violenza o irruenza" tale da essere incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato e con le condizioni di gioco in atto (partita amichevole tra ragazzine giocata durante l'orario scolastico), tali e sufficienti per ritenerla anche e solo in "colpa".

L'azione di gioco di F. era corretta alla luce delle regole della disciplina sportiva in esame (v. regolamento FIVB) e alcuna negligenza può imputarsi al personale scolastico per omissioni di vigilanza.

E' difatti emerso che la Prof. D.G. aveva fornito alle allieve le informazioni sufficienti e necessarie per apprendere le regole basilari (e anche molto semplici) della "pallavolo" e che le stesse avevano già giocato almeno una partita alla settimana dall'inizio dell'anno scolastico (dunque almeno nr. 2/3 partite dalla metà di settembre 2002); inoltre era presente a bordo campo la prof. R. per seguire la partita e vigilare sulle giocatrici, attività che può ritenersi adeguata ed idonea, anche perché null'altro era ragionevolmente esigibile o doveroso adottare; nel giudizio di causalità omissiva, al fine di ritenere un evento conseguenza di una condotta omissiva, è necessario accertare che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione dei fattori alternativi (Cass. Sez. III, 18.7.2011 nr. 15709).

Dunque, per poter profilare una responsabilità derivante da omissione, sarebbe stato necessario fornire la prova da parte del danneggiato non solo che l'omissione ha cagionato l'evento ma anche che l'evento non si sarebbe verificato se il soggetto agente avesse tenuto la condotta doverosa prescrittagli; condotta alternativa che nel caso di specie non è stata indicata dall'attrice come "doverosa".

Inoltre si consideri che nello sviluppo di una competizione sportiva, anche e solo di carattere ginnico, l'impeto di giovani allievi conduce a porre in essere anche comportamenti imprevedibili e repentini che non consentono di riferire l'evento al sorvegliante o al personale scolastico, che nulla, si ribadisce, avrebbe potuto in alternativa porre in essere.

La domanda viene pertanto respinta nel merito.

Nulla si dispone intorno alle ulteriori questioni (di rito e preliminari di merito) rilevate alla terza chiamata in causa.

Per equi motivi, rappresentati dalla natura della controversia e dall'interesse dell'attrice (che all'epoca era minorenne) si ritiene di compensare integralmente le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale ordinario di Firenze, Seconda sezione civile, definitivamente pronunciando, nella causa promossa da G.S. avverso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, rigetta la domanda.

Le spese processuali di tutte le parti in causa sono compensate per equi motivi.

Così deciso in Firenze, il 9 settembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 10 settembre 2014.

Tribunale di Firenze, sentenza 9 settembre 2014; Giud. ANSELMO; G.S (Avv.ti SALVIA, ZATI) c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Istituto Superiore "Michelangelo" di Forte dei Marmi (Avvocatura distrettuale di Firenze), Allianz s.p.a (Avv. ULIVI).

Responsabilità civile della scuola – Attività sportiva (pallavolo) in orario scolastico – Scontro tra allieve giocatrici – Osservanza delle regole del gioco – Fatto illecito – Non sussiste (Cod. civ., art. 2048)

Responsabilità civile – Attività sportiva (pallavolo) in orario scolastico – Scontro tra allieve giocatrici – Fatto imprevisto e repentino – Adozione di misure organizzative preventive - Omissione del dovere di vigilanza del personale docente - Non sussiste (Cod. civ., art. 2048)

Non costituisce fatto illecito – fonte di responsabilità ex art. 2048 c.c. - il comportamento dell'alunno che, giocando a pallavolo, durante l'ora di educazione fisica, si scontri con altro giocatore, procurandogli un trauma al ginocchio, quando si accerti che l'evento si è verificato nonostante il rispetto delle regole del gioco. (1)

Non è configurabile la responsabilità a carico della scuola ex art. 2048 c.c., per l'infortunio subito dallo studente durante l'ora di educazione fisica nel corso di una partita di pallavolo, quando il fatto sia caratterizzato da imprevedibilità e repentinità tali da non consentire un intervento immediato da parte del personale docente e siano state adottate tutte le misure preventive idonee ad evitare situazioni di pericolo. (2)

(1) Nella giurisprudenza di legittimità esistono precedenti in termini. Nel senso dell'esclusione dell'illiceità del fatto ex art. 2048 c.c. quando l'evento si è verificato nel regolare svolgimento del gioco, si veda Sez. 3, Sent. n. 12012 del 08/08/2002, Danno e Resp., 2003, 5, 529. In tale sede la S.C. ha affermato che “la responsabilità non sussiste se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole dell'attività, e non sussiste neppure se, pur in presenza di violazione delle regole proprie dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso”. Sul solco di tale pronuncia, v. Sez. 3, Sent. n. 15321 del 14/10/2003, Foro It., 2004, 1, 426 (nella specie: la corte ha negato l'illiceità – presupposto dell'art.2048 c.c. – della condotta di un alunno che aveva cagionato il danno ad un compagno durante una regolare fase della partita di pallamano, nell'ora di educazione fisica). In senso analogo, v. Cass. Sez. 3, 07/05/2009 n. 10514 (precipuamente in tema di distribuzione dell'onere probatorio). Ancora, la S.C. ha escluso la responsabilità della scuola rispetto all'infortunio patito da un allievo nel corso di una partita di calcio, durante la quale si era ferito al volto a causa di uno scontro di gioco (Cass. Sez.3, Sent. n.20743 del 28/09/2009, Danno e Resp., 2010, 6, 601). Circa l'utilizzazione del criterio del collegamento funzionale allo svolgimento del gioco, si veda anche: Sez. 3, Sent. n. 7247 del 30/03/2011, Foro It., 2011, 11, 1, 3095 (esclusione della responsabilità ex art.2047 cod. civ., per l'ipotesi di lesione di un minore ad un altro nel corso di una competizione sportiva). Tali approdi giurisprudenziali, del resto, possono essere ben letti alla luce di altro orientamento di legittimità, consolidatosi in ambito penale. La corte, sia pure in tema di attività sportive agonistiche, ha sostenuto che: “L'area del rischio consentito deve ritenersi coincidente con quella delineata dal rispetto di quest'ultime regole, che individuano, secondo una preventiva valutazione fatta dalla normazione secondaria (cioè dal regolamento sportivo), il limite della ragionevole componente di rischio di cui ciascun praticante deve avere piena consapevolezza sin dal momento in cui decide di praticare, in forma agonistica, un determinato sport (...) il rispetto delle regole segna il discrimine tra lecito ed illecito in chiave sportiva. Ma neppure in ipotesi di violazione di quelle norme, tale da configurare illecito sportivo, viene travalicata l'area del rischio consentito, ove la stessa violazione non sia volontaria, ma rappresenti, piuttosto, lo sviluppo fisiologico di un'azione che, nella concitazione o trance agonistica (ansia del risultato), può portare alla non voluta elusione delle regole anzidette.” (Sez. 5 Pen., n. 19473 del 20/01/2005, Riv. Pen., 2006, 6, 756). In senso analogo, circa “l'accettazione del rischio inerente all'attività sportiva

da parte di coloro che vi partecipano”, si veda anche: Sez. 3, Sentenza n. 1564 del 20/02/1997, *Danno e Resp.*, 1997, 4, 455 nota di DE MARZO; conf. Sez. 3, Sentenza n. 20908 del 27/10/2005, *Foro It.*, 2006, 5, 1, 1465. La giurisprudenza di merito condivide tale orientamento. In particolare, v. App. Perugia 8 ottobre 2003, in *Rass. giur. umbra*, 2004, 465 con riguardo ad una lesione di minibasket; Corte d’appello Genova 9.11.2004 (*Corriere merito*, 2005, 171 con nota di A. Barca, in relazione alla lesione alla mandibola subita nel corso di una partita di calcio da un minore caduto dopo essere stato sgambettato da un avversario, il quale, secondo l’arbitro, aveva commesso un normale fallo di gioco come se ne vedono mille); Trib. di Milano Sez. X, 30/11/2005 n. 12986, che ha stabilito che : “quando la dinamica dell’infortunio si riconnette chiaramente ad una fase del gioco praticato (...) va esclusa la sussistenza dell’illecito e con essa, la possibilità di configurazione di una responsabilità ex art. 2048 c.c.”. In dottrina, circa il rischio sportivo consentito, v. MARZANO, *l’attività sportiva: tra illecito disciplinare ed attività penalmente rilevante*, *Cass. pen.*, fasc.10, 2007, pag. 3988B, par. 3,4,5; F. MONCALVO, *sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.11, 2006, pag. 1839.

(2) In giurisprudenza esistono precedenti in termini. La Suprema Corte ha escluso che sussistesse la possibilità di effettuare un intervento idoneo ad impedire uno scontro fortuito fra due minori partecipanti ad una gara di "ruba bandiera", per il carattere repentino ed imprevedibile del fatto lesivo (v. Cass. 21 agosto 1997 n. 7821, *Mass. Giur. It.* 1997; in senso analogo Cass. civ., 26 giugno 2001, n. 8740, *Giust. Civ.*, 2002, I, 710). In un caso simile (danno cagionato dall'allunno a sé stesso) la Suprema corte (Sez. 3, Sentenza n. 24456 del 18/11/2005, cit.) ha ritenuto non ascrivibile all'insegnante alcun addebito di "culpa in vigilando", pur in mancanza di omessa adozione di preventive misure organizzative e disciplinari volte ad evitare l'insorgenza di situazioni di pericolo, stante la repentinità del verificarsi della caduta dell'alunno dalla sedia del banco di scuola elementare, trattandosi di evento non prevedibile né prevenibile in base all'ordinaria diligenza, come tale integrante la recepita nozione del fortuito quale causa di esonero da responsabilità. Qualora si invochi l'imprevedibilità e la repentinità, in concreto dell'azione dannosa, si ritiene che la dimostrazione di avere esercitato la vigilanza nella misura dovuta presupponga anche l'adozione, in via preventiva, di misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo (Cass.n.1683/97, *Danno e Resp.*, 1997, 4, 451 nota di FRANZONI; Sez. 3, Sentenza n. 5668 del 18/04/2001, *Foro It.*, 2001, I nota di DI CIOMMO; cfr. anche Sez. 3, n.7247 del 30.03.2011, *Foro It.*, 2011, 11, 1, 3095). In mancanza di tale prova, non sarà sufficiente ad escludere la responsabilità del personale docente, la repentinità del gesto di un allievo, che non abbia consentito di intervenire in funzione correttiva o repressiva (V., tra le tante, Cass. 21 febbraio 2003, n. 2657; Cass. 18 aprile 2001, n. 5668, cit.; Cass. 22.4.2009 n. 9542, cit.). In un caso analogo la S.C. ha ritenuto corretta l'attribuzione di responsabilità ad un insegnante di educazione musicale, e, quindi, all'amministrazione scolastica in relazione ai danni patiti da un allievo che, mentre teneva tra le labbra un flauto, era stato colpito da altro allievo con una gomitata, riportando la rottura dei denti incisivi. Sez. III, Sentenza n. 9542 del 22/04/2009, cit.; Sez. III, Sentenza n. 2657 del 21/02/2003, cit.). Nel senso di ancorare la prova liberatoria al caso concreto, tenendo conto del contesto ambientale e delle obbligazioni di vigilanza e di istruzione a carico dei gestori degli istituti scolastici, v. Cass. civ., 15 dicembre 1980, n. 5603, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1453. In simili casi, perché vi sia responsabilità a carico della scuola ex art. 2048 cod. civ. “non è sufficiente il solo fatto

di aver incluso nel programma di educazione fisica e fatto svolgere tra gli studenti una gara sportiva, in quanto è necessario che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente, ed inoltre che la scuola non abbia predisposto tutte le misure atte a consentire che l'insegnante, sotto la cui guida si svolgeva il gioco, fosse stato posto in grado di evitare il fatto". (Sez. 3, Sentenza n. 15321 del 14/10/2003, cit.; v. conf. Cass. civ., Sez. III, 28 settembre 2009, n. 20743, in *Danno e resp.*, 2010, 601, con nota di Baldassarre, La responsabilità degli insegnanti di una disciplina sportiva, in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2010, 963, afferma che per configurare responsabilità a carico di maestri e precettori ex art. 2048, comma 2, c.c. è necessario che il danno sia conseguenza di un comportamento colposo integrante un fatto illecito posto in essere da un altro studente ed, inoltre, che non siano state predisposte, in relazione al caso concreto, tutte le misure idonee ad evitare i danni). Argomentando dalle stesse premesse, si è ritenuto sufficiente che gli organizzatori, "al fine di sottrarsi ad ogni responsabilità, abbiano predisposto le normali cautele atte a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, nel rispetto di eventuali regolamenti sportivi" (Sez. 3, Sentenza n. 1564 del 20/02/1997, cit.; conf. Sez. 3, Sentenza n. 20908 del 27/10/2005, cit.). Nello stesso senso è orientata la copiosa giurisprudenza di merito: sulla necessità ad adottare misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare prevedibili situazioni di pericolo, v. tra le tante, Trib. Bari 31 marzo 2006, in *Resp. civ.*, 2006, 1010; Trib. Bologna 4 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2004, 1094. Riguardo al giudizio sulla idoneità della struttura e della attrezzatura a disposizione in relazione alle esigenze (ed ai rischi) dell'attività fisica da svolgere, v. Trib. Latina, 17 marzo 1994, in *Riv. dir. sport.*, 1995, 410 (Si è deciso che lo svolgimento di una partita di calcetto su un campo di asfalto non integrasse una scelta organizzativa sbagliata, da parte dell'insegnante di educazione fisica, in quanto le regole tecniche specifiche (nella specie, Regolamento del Comitato Nazionale del Calcetto, prevedevano la possibilità di svolgere partite anche su tale superficie). Nello stesso senso, il Tribunale di Napoli (12 maggio 1993, in *Riv. dir. sportivo*, 1994, 434) ha escluso la culpa in vigilando degli insegnanti ritenendo il danno subito da un allievo durante una gara dei giochi della gioventù riconducibile al cosiddetto «rischio sportivo» inerente al tipo di gara ed essendo state adottate le cautele necessarie in relazione all'età ed alla maturità degli allievi. Viceversa, si è affermata la responsabilità del gestore per i danni subiti da un bambino che, nella palestra di una scuola elementare, eseguendo correttamente un salto in alto, era caduto sul margine del materasso rimbalzando e sbattendo la testa sul pavimento, essendo risultate inadeguate le misure di sicurezza predisposte (il materasso era troppo stretto e l'istruttore, non qualificato, non era intervenuto per frenare la caduta del ragazzo. Trib. Milano 13 giugno 1988, n. 5401, inedita, richiamata da A. LAMORGESE, la responsabilità civile negli incidenti scolastici, *Giur. merito*, fasc.7-8, 2007, pag. 1879). L'istruttore di tennis risponde del danno causato da uno degli allievi ad un altro partecipante al corso, che si trovava dall'altra parte del campo e che era stato colpito violentemente al volto, dalla pallina scagliata a forte velocità dal primo, poiché l'istruttore aveva inopinatamente fatto occupare le due metà del campo da gruppi di allievi estremamente differenti per età e grado di esperienza ed aveva poi invitato gli allievi più esperti ad esercitarsi nel servizio, mentre i principianti si trovavano dall'altra parte del campo (Trib. Monza, 13 settembre 1988). In merito alla repentinità ed imprevedibilità del fatto, si è ravvisato il caso fortuito nell'incidente subito da un allievo di scuola media superiore che, durante l'ora di educazione fisica, nell'eseguire, alla presenza dell'insegnante, la corsa di preriscaldamento, si era improvvisamente voltato indietro venendo urtato nell'occhio da un compagno che lo seguiva (Tribunale Milano 28 giugno 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 196, richiamata da A. LAMORGESE, la

responsabilità civile negli incidenti scolastici, Giur. merito, fasc.7-8, 2007, pag. 1879). Si è esclusa la responsabilità per il danno derivato dalla caduta accidentale di un alunno non integrante fatto né illecito né pericoloso (Tribunale Messina 28 novembre 2001, in Foro it., 2002, 602, richiamata da A. LAMORGESE, la responsabilità civile negli incidenti scolastici, Giur. merito, fasc.7-8, 2007, pag. 1879), coerentemente con la necessità che la responsabilità, sia secondo l'art. 2048 c.c. sia in via contrattuale (nelle cosiddette autolesioni), presuppone l'esistenza di un fatto illecito o, comunque, pericoloso commesso da un allievo o da un minore capace di intendere e di volere, solo in tal caso potendosi affermare l'esistenza di un obbligo specifico di vigilanza in considerazione della concreta prevedibilità dell'evento dannoso. In dottrina, l'argomento è stato trattato da D. CHINDEMI, La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno, in Resp. civ. e prev., fasc.10, 2011, pag. 2137B, par.5, "Infortunio sportivo dell'alunno". Precipuamente, F. MONCALVO, sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi, in Resp. civ. e prev., fasc.11, 2006, pag. 1839. Sul tema della imprevedibilità e repentinità del fatto, R. SETTESOLDI, la responsabilità civile dei precettori e dei maestri d'arte: i consolidati orientamenti giurisprudenziali e quelli in via d'emersione, in Resp. civ. e prev., fasc.4-5, 1999, pag. 958, par.10 "la prova liberatoria"; per una trattazione più generale dell'argomento, v. anche nota di V. CARBONE, Responsabilità della scuola per il danno cagionato da un allievo ad un altro durante una gara sportiva, Danno e resp., 2013, 1, p. 28.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Inquadramento sistematico dell'articolo 2048 c.c.; 3. Legittimazione passiva; 4. Il rapporto con la responsabilità contrattuale: 2048 c.c. e 1218 c.c.: distonia e armonia; 5. La responsabilità civile del professore di educazione fisica; 6. (Segue) Si può parlare di "rischio sportivo consentito"?; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

La decisione che si annota ritiene che la condotta lesiva dell'integrità fisica dell'avversario, durante una partita di pallavolo giocata nell'ora di educazione fisica, non sia sufficiente ad integrare gli estremi dell'illiceità del fatto (richiesta dall'art.2048 c.c.), qualora tale condotta sia la risultante del fisiologico andamento del gioco.

Nessun dubbio sulla condivisibilità di tale assunto.

Il punto controverso, e che la decisione in commento non risolve, è però un altro.

L'attrice ha formulato la domanda di risarcimento invocando alternativamente il titolo di responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e quello extracontrattuale (art. 2048 c.c.), ed il giudice ha orientato di fatto la sua decisione verso il secondo polo della questione, senza tuttavia peritarsi di argomentare la ragione di siffatta scelta.

Il che è forse sintomatico della difficoltà di definire i confini tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, quando si tratta della responsabilità degli insegnanti e di quelli di educazione fisica, in particolare, poiché la prova liberatoria che questi sono chiamati a fornire deve necessariamente inquadrarsi nel contesto rappresentato dalla specificità della disciplina sportiva di cui si tratta.

2. Inquadramento sistematico dell'articolo 2048 c.c.

La responsabilità aquiliana ex art. 2048 s'inquadra tra le forme di responsabilità diretta per fatto proprio (non avere impedito il verificarsi del fatto dannoso commesso da

determinati soggetti -allievi, figli minori, ecc.), fondata su una presunzione di colpa (culpa in vigilando), superabile con la dimostrazione dell'adempimento degli obblighi di sorveglianza scaturenti dall'affidamento degli alunni all'amministrazione scolastica.

Un'autorevole sistemazione della materia -in ambito giurisprudenziale- si deve alle Sezioni unite della Cassazione (Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, Foro it., 2002, I, 2635⁵⁷⁶).

La relazione allegata alla decisione è molto chiara nel sottolineare che l'art. 2048 è una "norma di propagazione" della responsabilità che presuppone una culpa in educando o in vigilando, chiamando a rispondere genitori, tutori, precettori e maestri per il fatto illecito del minore cagionato a terzi. "La responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende al genitore o al sorvegliante, in funzione di protezione dei terzi esposti al rischio di un danno conseguente all'agire dei minori".

Da qui, dunque, una "responsabilità vicaria" dell'insegnante, ossia, una responsabilità che sostituisce l'insegnante al genitore nella funzione di garanzia nei confronti dei terzi per i danni cagionati dal minore, nel tempo in cui è sottoposto alla vigilanza della struttura scolastica. In questo senso, "la responsabilità dei genitori o precettori ex art. 2048 viene a concorrere con la responsabilità del minore".

Poste le basi per inquadrare la fattispecie, è opportuno sottolinearne l'ambito di applicazione.

La stessa decisione del 2002 esclude dal campo operativo del 2048 la responsabilità dell'insegnante per le cd. "autolesioni" dell'alunno, ritenendo che in simili casi venga meno proprio l'antigiuridicità della condotta⁵⁷⁷.

A queste fattispecie, prosegue la Corte, meglio si attaglia il regime probatorio desumibile dall'art.1218 cod. civ., che fa ricadere sul convenuto l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante⁵⁷⁸.

Stante il tenore letterale dell'art. 2048 cod. civ., per liberarsi da responsabilità, la scuola dovrà dimostrare non solo di aver tenuto una condotta diligente, ma anche l'impossibilità di impedire l'evento dannoso⁵⁷⁹.

Nella decisione della Suprema corte si evidenzia che il dovere di vigilanza non può essere valutato in modo assoluto, bensì alla luce delle caratteristiche del caso concreto, come l'età degli allievi, il tipo di attività svolta ed il contesto in cui essa avviene, il normale grado di comportamento degli alunni. Tale dovere andrà quindi attenuandosi

⁵⁷⁶ In senso conforme cfr.: Cass. 8 febbraio 2012 n. 1769, Foro It., 2012, 4, 1, 1040; Cass. 15 febbraio 2011, n. 3680 (Foro it., Rep. 2011); Trib. Treviso-Castelfranco Veneto, 18 gennaio 2012, Foro it., Rep. 2012, voce cit., 303.

⁵⁷⁷ La Corte afferma che in tal caso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante ha natura contrattuale: l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola determinerebbero infatti un "vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso". La responsabilità dell'insegnante nel caso di autolesioni deriva perciò da un "contatto sociale" che si instaura tra allievo e insegnante, che riveste quest'ultimo non solo del precipuo compito di istruire ed educare, ma anche di quello di proteggere e vigilare "onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona" (Cass. 27 giugno 2002 n. 9346, Foro It., 2002, I, 2635)

⁵⁷⁸ Giurisprudenza costante v. : Cass. 29 aprile 2006, 10030, Nuova giurisprudenza civile, 2007, 3,1,361 con nota di Menini; Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, Danno e Resp., 2006, 11, 1081; Cass. 16 giugno 2005, n. 12966, CED Cassazione, 2005; Trib. Cagliari 5 maggio 2005, in Riv. giur. sarda, 2005, 427; Trib. Milano 19 gennaio 2004, in Danno e resp., 2004, 1096.

⁵⁷⁹ Nello stesso senso v. anche : Cass. civ., 16 giugno 2005, n. 12966, cit.; Cass. civ., 20 agosto 2003, n. 12213, in Guida al diritto, 2003, 40, 47.

man mano che il giovane raggiunge l'età matura, quando non sarà richiesta la presenza continua dell'insegnante, come avviene invece nei primi anni di scuola.

Si tratta, come è facile intuire, anche di un dovere di sorveglianza circoscritto nel tempo. Esso si estende dal momento dell'ingresso degli alunni nell'edificio scolastico sino al momento dell'uscita, comprendendo altresì il periodo della ricreazione (v., tra le tante, Cass. 7 giugno 1977, n. 2342, Resp. Civ. e Prev., 1978) ed anche il caso in cui il fatto sia avvenuto al di fuori dell'orario delle lezioni ove ne sia consentito l'anticipato ingresso nella scuola o la successiva sosta (v. Cass. 19 febbraio 1994, n. 1623).

Infine, secondo più recenti filoni giurisprudenziali, l'istituto scolastico deve dimostrare di aver adottato in via preventiva tutte le misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare "il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale". In mancanza di tale prova, non sarà sufficiente ad escludere la responsabilità del personale docente, la repentinità del gesto di un allievo che non abbia consentito di intervenire in funzione correttiva o repressiva (v. da ultimo Cass. 22 aprile 2009, n. 9542, cit.).

Dunque la prova liberatoria dell'istituto scolastico si arricchisce di contenuti, dovendo riferirsi non solo alla (eventuale) repentinità ed imprevedibilità dell'evento, ma anche all'adozione di tutte le misure preventive idonee ad evitare una possibile situazione pericolosa.

Sono questi i primi elementi dai quali il giudice della decisione commentata muove per escludere la responsabilità dell'istituto scolastico nel caso di specie, come si vedrà meglio più avanti (v. par. 5).

3. Legittimazione passiva

Per completare il quadro generale sopra esposto, è opportuno accennare brevemente al tema della legittimazione passiva per le azioni di responsabilità ex art. 2048.

Invero, nel caso di responsabilità (contrattuale od extracontrattuale) degli insegnanti, questi ultimi vengono "esonerati dal processo" e "sostituiti" –in tale sede - dal Ministero dell'Istruzione (cfr. da ultimo, Trib. Bari, 30 maggio 2013, Foro It., 2014, 6, 321).

Ad operare questa surroga è l'art. 61 della l.n. 312/1980, che fa salva la successiva azione di rivalsa dell'Amministrazione nei confronti del docente responsabile, nei soli casi di dolo o colpa grave. Funzione della norma è quella di porre un freno alle ripercussioni che si avrebbero qualora si ammettesse una responsabilità diretta dei pubblici dipendenti.

In tal senso vale la pena ricordare la pronuncia della Corte Costituzionale (Sent. 7 gennaio 1992 n. 64, De Jure) la quale sottolineò come tale norma ben potesse leggersi alla luce del principio di cui all'art. 28 della Costituzione.

Come già accennato, l'art. 61 è applicabile non solo ai casi di responsabilità extracontrattuale, ma anche ai casi di responsabilità contrattuale, con la conseguenza che la surroga troverà applicazione sia nei giudizi aventi ad oggetto fatti illeciti commessi dall'allievo ai danni di terzi, sia nei casi in cui l'allievo si sia auto-leso (Cass. Sez. Un. 11.8.1997 n. 7454, Giur. It., 1998, 1714).

Nei primi anni di operatività di tale norma si è dibattuto in giurisprudenza circa l'effettiva natura delle regole in essa contenute, se cioè ad esse dovesse riconoscersi una rilevanza meramente processuale (sul piano della legittimazione) ovvero sostanziale, nel senso del superamento della presunzione posta dall'art. 2048. Ed ancora, se la limitazione della responsabilità ai casi di dolo o colpa grave dovesse valere solo nei

rapporti interni, tra insegnante e pubblica amministrazione, od anche nei rapporti esterni, tra p.a. e danneggiato⁵⁸⁰.

La questione è stata in un certo senso composta con il già citato intervento delle Sezioni Unite (Cass. n. 9346/2002, cit.), che ha escluso qualsiasi interferenza della norma di cui all'art. 61 con la presunzione di colpa ex art. 2048, limitandone la rilevanza al tema della legittimazione passiva, e specificando che la limitazione di responsabilità ivi prevista, "deve intendersi quale garanzia nei confronti dell'Amministrazione" e non, invece, nei confronti dei terzi danneggiati⁵⁸¹.

Per completezza sul punto va detto che il difetto di legittimazione passiva si estende ora anche agli istituti scolastici. Ciò perché il d.p.r. 8 marzo 1999 n. 275, "ha conferito loro autonomia gestionale ed amministrativa, ma non li ha privati della qualità di organi dello Stato. Ne consegue che del danno patito da un allievo per difetto di vigilanza durante l'orario scolastico, continua tuttora a rispondere il Ministero dell'istruzione" (Cass. 6 novembre 2012, n. 19158).

4. Il rapporto con la responsabilità contrattuale: 2048 c.c. e 1218 c.c.: distonia e armonia

Come già anticipato, la sentenza annotata non affronta precipuamente il tema della scelta fra i due titoli di responsabilità (contrattuale od extracontrattuale) della scuola, nel caso di danno cagionato da un alunno ad altro alunno, dando per scontata l'applicazione in tali ipotesi della regola ex art. 2048.

Per la verità la decisione in esame si colloca nel più recente orientamento giurisprudenziale che fa applicazione del doppio regime di responsabilità, a seconda che si tratti di autolesioni o di danno prodotto da un alunno all'altro: nel primo caso, la responsabilità viene ritenuta di natura contrattuale, nel secondo si ricorre alla regola ex art. 2048⁵⁸².

Tale orientamento, se da un lato comporta il vantaggio di riconoscere un onere probatorio più favorevole al danneggiato (in caso di "autolesioni"), dall'altro, però, rischia di attribuire tutele diverse a casi sostanzialmente simili.

Il dibattito sul tema può farsi risalire al 1958, quando i Giudici di legittimità escludono l'applicabilità del regime extracontrattuale al caso di autolesioni, ritenendo viceversa quella fattispecie ricorrente solo in caso di danno ingiusto causato dall'uno all'altro

⁵⁸⁰ Secondo Cassazione Sezioni unite n. 7454 dell'11 agosto 1997, cit., il principio espresso dall'art. 61 legge 11 luglio 1980 n. 312 determinerebbe il sostanziale superamento della presunzione di "culpa in vigilando" prevista dall'art. 2048 cod. civ. e limiterebbe la responsabilità del personale scolastico "ai soli casi di dolo o colpa grave" (nello stesso senso Cass. civ., 3 marzo 1995, n. 2463, in Giust. civ. 1995, I, 2099; Trib. Bologna, 24 aprile 2001 cit.). Viceversa, altro filone giurisprudenziale attribuisce all'art. 61 l. 312/1980 una portata meramente esterna, circoscritta al piano processuale, escludendo la legittimazione passiva dell'insegnante e limitando la responsabilità ai casi di dolo o colpa grave esclusivamente nei rapporti interni tra l'insegnante e la Pubblica Amministrazione. Sicché in nessun caso il Ministero convenuto potrebbe avvalersi di siffatta limitazione di responsabilità nel giudizio promosso dal danneggiato (V. Cass. 26 giugno 1998, n. 6331, Foro It., 1999, I, 1574, che, in applicazione di tali principi ha stabilito che "il fatto che il minore abbia subito un danno nel periodo di tempo in cui era stato affidato all'insegnante, pone a carico di quest'ultimo una presunzione di omesso rispetto dell'obbligo di vigilanza, imposto dall'art. 2048 cod. civ.. Nel giudizio di risarcimento il danneggiato non ha pertanto l'onere di provare la causa del danno, mentre è onere dell'insegnante - o dell'amministrazione dalla quale questi dipenda -, per andare esente da responsabilità, provare di avere adempiuto l'obbligo di sorveglianza con una diligenza idonea ad impedire il fatto).

⁵⁸¹ Tra le tante, cfr. Cass. 11 febbraio 2005 n. 2839; Cass. 10 maggio 2005 n. 9758; Cass. 10 ottobre 2008 n. 24997, Danno e Resp., 2008, 12, 1284; Cass. 3 marzo 2010, n. 5067, Foro it., Rep. 2011, voce Responsabilità civile, n. 323.

⁵⁸² V. Cass. 3 marzo 2010, n. 5067 in Giust. civ., 2011, I, 771, Riv. giur. scuola, 2010, 1121.

allievo (Cass. 10 luglio 1958, n. 2485, Foro it., Rep.1958, voce Responsabilità civile, n. 211).

Il dibattito giurisprudenziale si è protratto fino alla già citata sentenza n. 9346/2002, che ha chiarito la differenza fra i due titoli di responsabilità.

Nello spiegare il fondamento dell'applicazione del regime contrattuale ai casi di autolesione, i giudici specificano che tra istituto e allievo esiste un vincolo di natura negoziale⁵⁸³ (da dimostrarsi con l'allegazione della domanda di iscrizione e la successiva ammissione dell'alunno all'istituto scolastico), mentre tra l'allievo e l'insegnante sorge un "contatto sociale". In virtù del contatto sociale l'insegnante assume l'obbligo primario di istruire l'allievo e quello accessorio di protezione e vigilanza. Da qui l'applicazione del regime probatorio di cui all'art.1218 c.c.. Sicché l'alunno danneggiato deve solo dimostrare che il fatto è avvenuto nella struttura scolastica, nel tempo in cui è stato affidato alla vigilanza dell'insegnante.

A ben vedere, sia il caso delle autolesioni che quello dei danni arrecati dall'uno all'altro alunno presentano un minimo comun denominatore : "l'affidamento nella capacità e nella professionalità del precettore"⁵⁸⁴. Dunque non vi è alcuna plausibile ragione nel far dipendere l'uno o l'altro regime di responsabilità (con conseguente differenziazione dell'onere della prova) dalle "modalità concrete con cui è stato cagionato il danno, piuttosto che dal rapporto instauratosi tra le parti"⁵⁸⁵. Inoltre, la stessa dottrina non manca di sottolineare che l'obbligo in capo all'insegnante di vigilare e proteggere gli allievi è pur sempre un obbligo accessorio, ulteriore (a prescindere dalla natura dell'atto di ammissione all'istituto), non potendo essere ricompreso in quello principale di istruzione. Ed è proprio dalla natura di tale obbligo che conviene muovere per verificare la tenuta della tesi del contatto sociale intercorrente tra alunno e insegnante.

La teoria del contatto sociale si è sviluppata dall'ambito medico (v. Cass 22 gennaio 1999, n.589, Foro It., 1999, I, 3332), ma non è agevole estenderla anche al settore della responsabilità in ambito scolastico.

Nel primo caso, medico e paziente sono liberi di offrire/richiedere le prestazioni idonee alle proprie esigenze: il medico di iniziare il rapporto col paziente; il paziente di scegliere di essere curato dall'uno o dall'altro medico.

Nel secondo caso è evidente la disparità tra le parti del rapporto insegnante-alunno : "la volontà dell'alunno ha scarso valore in merito all'insegnamento che il docente deve impartire, quindi nei loro rapporti si riscontrerebbe sì un dovere di vigilanza a carico dell'insegnante, ma solo come obbligazione ulteriore rispetto alla prestazione principale, che mantiene una natura del tutto differente"⁵⁸⁶. Stanti queste premesse, non resta che chiedersi: quid iuris?

In attesa di più chiare prese di posizione da parte della giurisprudenza, pare condivisibile una delle ipotesi prospettate in dottrina⁵⁸⁷. Se si fa dipendere l'attribuzione dell'uno o dell'altro titolo di tutela dalla natura del rapporto che lega l'alunno all'istituto, l'art.2048 cadrebbe in desuetudine, potendo in ogni caso azionarsi la responsabilità ex art.1218. Una soluzione potrebbe essere quella di ritenere che: tra insegnate - scuola e alunno esiste sempre una responsabilità contrattuale. Perciò, in tutti

⁵⁸³ Fino all'arresto delle Sez. un. del 2002, dottrina e giurisprudenza ritenevano che l'iscrizione all'istituto scolastico avesse natura meramente amministrativa e che, con tale atto, l'alunno beneficiava di un servizio, quello dell'insegnamento pubblico. Diversamente, si sarebbe trattato di negozio giuridico privo degli elementi essenziali.

⁵⁸⁴ FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 64.

⁵⁸⁵ T.PERNA, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il «contatto sociale» in ambito scolastico*, Danno e resp., 2006, 1084

⁵⁸⁶ T.PERNA, v. sopra

⁵⁸⁷ T.PERNA, v. sopra

i casi di autolesione ovvero di danno di un alunno ad un altro, ricorrerà la responsabilità contrattuale; invece, nei casi in cui l'alunno procura un danno ad un terzo (non alunno), la scuola risponderà ex art. 2048 (si pensi ai casi di danni cagionati a terzi durante una gita scolastica).

5. La responsabilità civile del professore di educazione fisica

Una volta esaminati i tratti caratteristici – e allo stesso tempo problematici – dell'art. 2048 c.c., è necessario leggerli alla luce di altri principi e regole specifiche. Regole che sono strettamente funzionali ai fini dell'attribuzione di responsabilità in capo all'insegnante di educazione fisica.

Si tratta di principi che sono rilevanti poiché connaturati al tipo di attività sportiva svolta, e che quindi complicano ulteriormente l'ambito in cui il giudice dovrà operare. Altrettanto peculiare sarà la valutazione dell'antigiuridicità della condotta, richiesta dall'art. 2048.

Infatti, la distinzione tra condotte lecite ed illecite in ambito sportivo, non può prescindere dalla valutazione concreta, legata non solo al contesto ambientale ed organizzativo (ad esempio la struttura in cui si svolge la gara), ma anche alla natura della specifica attività sportiva praticata. Infatti, così come afferma la sentenza in commento, fintantoché si rilevi che la condotta tenuta dall'allievo sia “lecita”, non potrà ritenersi responsabile il docente di educazione fisica, venendo meno l'antigiuridicità del fatto richiesta dall'art. 2048.

Altrettanto vale per la prova liberatoria: come ci insegna la giurisprudenza più recente (non mancando talvolta di pervenire a risultati opposti a fronte di fattispecie analoghe⁵⁸⁸), non è sufficiente la presenza dell'insegnante a bordo campo che assisteva alla partita per escludere la responsabilità della scuola.

È utile ora ripercorrere alcuni passaggi salienti affrontati nella decisione in commento.

Il giudice, dopo aver tacitamente respinto le eccezioni sollevate dalla società assicuratrice “Allianz”, senza affrontarle nel merito in nessuna parte della decisione, passa in rassegna il comportamento tenuto dalle giocatrici.

L'esame delle testimonianze assunte convince il giudice che la condotta delle allieve sia stata pienamente conforme alle regole del gioco (così come illustrate nel regolamento FIVB).

A questo proposito va detto che, forse sarebbe stato più prudente – da parte del giudice – affidare ad un consulente la verifica circa la corrispondenza delle condotte delle giocatrici alle regole del gioco, piuttosto che addentrarsi in un confronto di tipo meramente formale tra le regole astratte ed il gioco effettivamente giocato.

Coerentemente con gli indirizzi giurisprudenziali fin qui ricordati, il giudice non si limita, poi, a confermare la regolarità del gioco condotto, ma analizza l'accaduto dal punto di vista della giocatrice alla quale si imputa lo scontro.

Ciò perché, per aversi illecità della condotta fonte di responsabilità ex art. 2048,

⁵⁸⁸ V.: Cass. 21 settembre 2012, n. 16056, *Danno e Resp.*, 2013, 1, 25 nota di CARBONE (nella specie, è stato ammesso il risarcimento ai danni patiti da un'allieva colpita da una mazza da baseball scappata di mano alla compagna, durante l'ora di educazione fisica); Cass. 8 febbraio 2012 n. 1769, cit.; Cass. 19 ottobre 2010 n. 23464, *Foro It.*, 2011, 5, 1, 1448; difformi, nel senso di ritenere sufficiente la presenza dell'insegnante ad assistere la gara, v.: Cass. 25 settembre 2012, n. 16261, *Danno e Resp.*, 2013, 1, 23 nota di CARBONE (negato il risarcimento per la rottura del setto nasale patita da un alunno, a causa di un calcio sferratogli da un compagno, giocando a calcio, nella palestra scolastica, durante l'ora di educazione fisica).

occorre un atteggiamento doloso o quantomeno colposo, da parte dell'alunno autore del danno ed il giudice, nel caso di specie, esclude tale particolare animus nella giocatrice - alla quale si imputa lo scontro, affermando che l'azione della stessa "non è in concreto connotata da un grado di violenza ed irruenza incompatibili col contesto ambientale e con l'età e la struttura fisica delle persone partecipanti al gioco" (così anche Cass. 14 ottobre 2003 n. 15321, cit.).

Anche in questo caso il decidente, nel valutare la prova liberatoria, non si limita a prendere atto della presenza di un'insegnante a bordo campo, onde vigilare sul corretto svolgimento del gioco, ma valorizza altresì l'adozione di numerose misure cautelari idonee ad evitare situazioni di pericolo. Il giudice evidenzia, infatti che l'insegnante aveva adempiuto innanzitutto al suo obbligo principale, ossia quello di impartire alle allieve le regole della pallavolo; aveva inoltre fatto esercitare settimanalmente le giovani, dando loro la possibilità di mettere in pratica ciò che avevano appreso in sede teorica.

Si tratta di elementi probatori non equivoci ed idonei ad escludere la responsabilità dell'insegnante, anche perché la condotta di gioco tenuta dalle allieve "è stata corretta e l'insegnante non avrebbe potuto (né dovuto) interromperla perché lecita".

Infine, l'iter motivazionale pone opportunamente l'accento sull'impeto dei giovani allievi che non raramente conduce a porre in essere comportamenti repentini e imprevedibili, che non permettono un pronto intervento da parte del sorvegliante preposto.

Per tali ragioni il decidente respinge il ricorso, ritenendo non imputabile all'insegnante alcuna responsabilità.

6. Si può parlare di "rischio sportivo consentito"?

"In materia di risarcimento danni per responsabilità civile conseguente ad un infortunio sportivo, qualora siano derivate lesioni personali ad un partecipante all'attività a seguito di un fatto posto in essere da un altro partecipante, il criterio per individuare in quali ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo (...) "⁵⁸⁹.

Da tale pronuncia della Suprema Corte si ricava un ulteriore "tassello" alla luce del quale poter valutare la sussistenza degli estremi di una responsabilità civile quando il fatto lesivo si verifichi durante lo svolgimento di una "gara sportiva".

È tuttavia il caso di precisare che tale principio di diritto non deve essere letto in maniera isolata. Sicché vi sarà responsabilità quando, pur in presenza di tale nesso funzionale, "la condotta tenuta sia caratterizzata da violenza e irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge in concreto, ma anche con la qualità delle persone che vi partecipano". Ne risulta un nuovo indice di valutazione della responsabilità degli insegnanti di educazione fisica: il c.d. "rischio sportivo consentito".

E' dubbio, tuttavia, che tale scriminante -elaborata ed impiegata precipuamente nel settore dell'attività sportiva agonistica- possa essere applicata anche ai giudizi di valutazione della responsabilità concernenti le gare "ginniche" praticate nell'ora di educazione fisica.

Nel 1997 la Suprema Corte risolse positivamente il quesito circa l'ammissibilità di un rischio connaturato all'attività sportiva praticata (Cass. n. 1564 del 20 febbraio 1997, cit.), sostenendo che i danni patiti dai giocatori e rientranti "nell'alea normale", ricadono sugli stessi, "onde è sufficiente che gli organizzatori, al fine di sottrarsi ad ogni

⁵⁸⁹ Cass. 8 agosto 2002, n. 12012, in Gius, 2003, 1, 68; ma v. anche: Cass. 22 ottobre 2004, n. 20597, Danno e Resp., 2005, 5, 509; Cass. 30 marzo 2011, n. 7247, cit.; Cass. 17 luglio 2012, n. 12235.

responsabilità, abbiano predisposto le normali cautele atte a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, nel rispetto di eventuali regolamenti sportivi”.

Per comprendere meglio il quadro in cui la figura del “rischio sportivo consentito” s’inserisce, è forse più opportuno spostarsi nello specifico campo del diritto penale.

Nel 2005 la Suprema Corte stabilì il principio per cui “l’area del rischio consentito è delimitata dal rispetto delle regole tecniche del gioco, la violazione delle quali, peraltro, va valutata in concreto, con riferimento all’elemento psicologico dell’agente il cui comportamento può essere - pur nel travalicamento di quelle regole - la colposa, involontaria evoluzione dell’azione fisica legittimamente esplicata o, al contrario, la consapevole e dolosa intenzione di ledere l’avversario approfittando della circostanza del gioco”.

La Corte specificò che la scriminante rientra tra le cause di giustificazione non codificate, “in considerazione dell’interesse primario che l’ordinamento statuale riconnette alla pratica dello sport”⁵⁹⁰.

Affinché un’attività sportiva sia correttamente esercitata non è sufficiente l’asettica messa in pratica delle regole di gioco, ma è fondamentale il rispetto dei principi di lealtà e correttezza, che ispirano ogni regolamento sportivo. Da qui, dunque, la necessità di distinguere quelle condotte che sono poste in essere trasgredendo tali principi fondamentali e quelle che, pure se connotate di particolare violenza, sono conseguenza fisiologica della corretta applicazione degli stessi.

La Corte sostenne inoltre che “l’area del rischio consentito deve ritenersi coincidente con quella delineata dal rispetto di quest’ultime regole, che individuano, secondo una preventiva valutazione fatta dalla normazione secondaria (cioè dal regolamento sportivo), il limite della ragionevole componente di rischio di cui ciascun praticante deve avere piena consapevolezza sin dal momento in cui decide di praticare, in forma agonistica, un determinato sport.

Le regole tecniche mirano, infatti, a disciplinare l’uso della violenza, intesa come energia fisica positiva, tale in quanto spiegata - in forme corrette - al perseguimento di un determinato obiettivo, conseguibile vincendo la resistenza dell’avversario”.

Ritornando al settore che qui interessa, va detto che la scriminante sportiva ha avuto ampia applicazione nel gioco del calcio - e più recentemente, anche nel “calcio a

⁵⁹⁰ “(...) vuoi perché la riconducibilità ad una tipica causa di giustificazione comporterebbe non trascurabili problemi di coordinamento con il generale principio della non disponibilità di beni giuridici fondamentali, quali la salute od anche la vita, dotati, certamente, di valenza costituzionale, vuoi perché, in effetti, alla pratica sportiva l’ordinamento giuridico assegna un ruolo di assoluto rilievo. La considerazione privilegiata attiene sia ad una duplice prospettiva, sia individuale, sul piano della tutela della persona, sia di carattere sociale; entrambe meritevoli di protezione.

Sotto il primo profilo, rileva la funzione altamente educativa dello sport, soprattutto agonistico, sotto forma non solo di cultura fisica, ma di educazione del giovane praticante al rispetto delle norme ed all’acquisizione della regola di vita secondo cui il conseguimento di determinati obiettivi (quale può essere la vittoria di una gara o il miglioramento di record personale) è possibile solo attraverso l’applicazione, il sacrificio e l’allenamento e, soprattutto, deve essere il risultato di tali componenti, senza callide o pericolose scorciatoie. Ed in tale prospettiva, lo sport diventa anche formidabile palestra di vita, preparando i giovani ad affrontare, con lo spirito giusto, la grande competizione della vita che li attende e per la quale saranno, certamente, meglio attrezzati ove interiorizzino valori come sacrificio, applicazione, rispetto delle regole e del prossimo.

(...) Funzionale al perseguimento di questi valori è il principio di lealtà e di rispetto dell’avversario, codificato mediante regole tassative che ciascun atleta, al momento del tesseramento, accetta consapevolmente, impegnandosi alla rigorosa osservanza, a pena di specifiche sanzioni. Non a caso tutti i regolamenti delle federazioni sportive annoverano tra i principi fondamentali quello della lealtà e della correttezza, che costituisce valore fondante di ciascun ordinamento” (Sez.5 Pen., n.19473 del 20.01.2005, FAVOTTO, cit.).

cinque”- in cui non mancano richiami al “rischio generico del fallo” (ad es. Cass. 8 agosto 2002, n. 12012, cit.).

L’adesione ai principi sopra esposti può comportare il rischio di legare la valutazione circa la sussistenza di una responsabilità ex art. 2048 ad indici probatori eccessivamente astratti, quasi contenitori vuoti, soggetti ad eccessiva discrezionalità⁵⁹¹ : di quale lealtà si parla? Quale correttezza?

Tornando al caso concreto in commento, è opportuno fare riferimento alle caratteristiche della pallavolo. Tale attività è, infatti, annoverata tra gli sport che non richiedono un contatto⁵⁹² tra i giocatori. Nel nostro caso, dunque, l’ambito di applicabilità della scriminante sarà più ristretto, essendo assai limitata l’eventualità di un contatto fisico tra i giocatori durante la partita.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sinora affermato, il quadro offerto dal codice civile è tutt’altro che di semplice interpretazione.

Dopo le prime oscillazioni in ordine all’applicabilità della regola ex art. 2048 c.c. anche i casi di autolesione, la giurisprudenza sembra essersi attestata sul doppio regime di responsabilità, a seconda che si tratti di autolesione o danno provocato da altri, senza tuttavia chiarire fino in fondo e convincentemente le ragioni di questa bipartizione. Tanto da far registrare una sostanziale convergenza tra la prova liberatoria richiesta ai fini della responsabilità contrattuale e quella richiesta ai sensi dell’art. 2048⁵⁹³.

In ogni caso, è necessario radicare il giudizio di responsabilità ex art. 2048 alle caratteristiche del caso concreto, alla luce della maturità degli allievi e alla previa adozione di misure cautelari idonee ad evitare la situazione pericolosa da parte della scuola. Il giudizio non è sempre facile, e lo è ancor meno nel caso di responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica, in quanto per questi ultimi la prova liberatoria richiesta deve essere letta in un’ottica più rigorosa, non accontentandosi la giurisprudenza della mera presenza dell’insegnante a vigilare durante la partita. Infine, non sembra irrazionale l’idea di poter applicare, anche nel caso di giudizi di responsabilità ex art. 2048 c.c., che hanno ad oggetto gare sportive ginniche, dal carattere saltuario - in quanto svolte entro il contesto scolastico - la ormai nota figura della scriminante sportiva, già introdotta nella giurisprudenza civile sotto le spoglie di un “nesso funzionale tra l’attività lesiva e l’azione di gioco”. A tal fine occorrerà valutare innanzitutto la natura (“a contatto eventuale” o a “contatto necessario” o “senza contatto”) dell’attività praticata alla luce del relativo regolamento. Il rischio può essere, tuttavia, quello di arrivare ad una sostanziale disapplicazione dell’art. 2048, ove sia possibile avvalersi in ogni caso di una scriminante sportiva che esoneri l’alunno – e quindi l’insegnante preposto alla sua vigilanza- da responsabilità.

⁵⁹¹ R.FRAU, *la responsabilità civile sportiva nel calcio: collegamento funzionale all’azione di gioco, tipologia di gara e qualità dei partecipanti*, nota a Sez. III Cass. Civ., 30 marzo 2011, n. 7247, cit.

⁵⁹² Comunemente, si fa riferimento a tre categorie principali di attività sportiva: sport a contatto “necessario”, (sport a contatto fisico tra i partecipanti prescritto dai relativi regolamenti, ad esempio boxe); sport “senza contatto” (ad esempio tennis, pallavolo); sport a “contatto eventuale”, ossia sport dove il contatto è ammesso ma limitatamente e, comunque, entro il rispetto dei regolamenti emanati dalle rispettive Federazioni (ad esempio calcio, basket).

⁵⁹³ Cfr. Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, cit.; Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, cit.; Cass. 16 febbraio 2015 n. 3081, CED Cassazione.

LO SCONTRO FRA CALCIATORI DURANTE L'ORA DI EDUCAZIONE FISICA FRA RESPONSABILITÀ DELL'INSEGNANTE E DELL'ISTITUTO SCOLASTICO E SCRIMINANTE SPORTIVA

di Marco Poli

IL CASO

Durante una partita di calcio a cinque disputata durante l'ora di educazione fisica da allievi frequentanti il IV anno del Liceo scientifico , in presenza dell' insegnante e su un campo in uso all'istituto scolastico regolarmente omologato dalla FIGC, due studenti, membri della stessa squadra, si scontrano. Uno dei ragazzi, N.A. , battendo la testa all'indietro, perde momentaneamente i sensi e si riprende dopo qualche istante accusando indolenzimento alla nuca. L'insegnante di educazione fisica, presente sul campo, lo fa sedere in panchina: il minore rifiuta l'invito esplicito del docente a farsi accompagnare in Ospedale preferendo telefonare ai suoi genitori col cellulare di un compagno di classe. Nel tragitto dal campo di calcetto alla scuola, il professore chiede continuamente all'allievo le generalità, gli indirizzi e i recapiti telefonici dei genitori per testarne la lucidità: questo risponde correttamente alle domande, non ricordando solo quale fosse stata la lezione della prima ora.

Dopo vari tentativi non andati a buon fine, N.A. riesce a contattare telefonicamente la madre presso il suo posto di lavoro alle ore 12,20 ed il prof. A.S., assicurandola che non era avvenuto nulla di grave, la invita ad andare a prenderlo in classe ove gli era stata applicata una borsa di ghiaccio sulla nuca. La madre preleva il figlio circa dopo mezz'ora dalla telefonata e subito lo porta all'Ospedale di Formia dove un medico del P.S. formula di trauma cranico con prognosi di 5 giorni s.c. e ricovero ospedaliero.

N.A., lamentando la mancata adozione delle adeguate misure di tutela necessarie a prevenire l'evento lesivo e l'inadeguatezza dell'assistenza ricevuta a seguito dello scontro col compagno di classe, conviene in giudizio, per il risarcimento dei danni subiti, l'Istituto scolastico "E. Fermi" e Ministero dell'Istruzione.

Il giudice chiarisce sin dal principio che il versamento di €3.222,00 operato dalla Ras spa assicuratore dell'Istituto scolastico "E. Fermi" non è da considerarsi come un'ammissione di responsabilità, ma quale mero adempimento contrattuale in virtù della polizza assicurativa stipulata dal Liceo "E. Fermi" con la suddetta società assicuratrice.

In base alla normativa vigente (mmm), poi, si riscontra come i docenti si trovino in un rapporto organico, non con i singoli istituti, ma con la pubblica istruzione dello Stato: proprio per questo motivo si afferma la legittimazione passiva del solo M.I.U.R. (nella persona del Ministro dell'Istruzione) per gli illeciti dovuti a culpa in vigilando degli insegnanti. Conseguenza logica è l'impossibilità di adire direttamente i docenti: questi, infatti, non hanno legittimazione passiva né nell'ambito di un'azione di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., né extracontrattuale ex art. 2048 c.c..

Qualora l'Amministrazione sia condannata a risarcire, le è comunque riconosciuta la possibilità di agire in regresso nei confronti degli insegnati ogni qual volta si riscontri che la condotta di quest'ultimi sia caratterizzata da dolo o colpa grave.

È inoltre da escludere che l'Istituto Scolastico, seppur dotato di autonomia amministrativa, risponda per il fatto illecito del docente.

Ponendosi nel solco della giurisprudenza di legittimità, la XII sez. civ. del Tribunale di Roma, afferma inoltre che la culpa in vigilando del docente ex art. 2048 sussiste solo ove il fatto illecito contro soggetti terzi sia posto in essere da un minore capace di intendere e volere, escludendo in questo senso le cd. autolesioni. Quest'ultimo

fenomeno, infatti, (poiché ...)dovrà essere ricondotto alla responsabilità contrattuale derivante da contatto sociale con applicazione del regime probatorio previsto dall'art. 1218 c.c. che prevede che l'attore danneggiato debba dimostrare solo che il danno si è verificato nel corso del rapporto, mentre il convenuto è chiamato a palesare l'assenza di colpa.

In base a questa ricostruzione il giudice afferma che al caso di specie si deve applicare la disciplina dell'art. 2048, comma 2 c.c.

Si evidenzia inoltre il gioco del calcio (non configurabile come attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.) costituisce una causa di giustificazione non codificata; non può cioè configurarsi responsabilità civile in capo ad un calciatore che cagioni danno ad un avversario: questo in quanto si ritiene che il secondo si assuma il rischio della lesione all'interesse individuale all'integrità fisica quando la condotta del danneggiante sia funzionalmente ricollegata al gioco e sia posta in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco praticato. In sostanza, non è attribuibile alcuna responsabilità in relazione al normale incidente di gioco determinato dal caso fortuito.

Ciò premesso, dalle risultanze istruttorie sono emersi due elementi significativi in relazione alla norma da applicare.

Anzitutto rileva come non siano emersi elementi significativi per ritenere che l'evento lesivo in danno a N.A. sia stato conseguenza di una condotta illecita del compagno di classe M.M. o che le azioni dello stesso fossero indipendenti dalle dinamiche e dalle finalità del gioco: non si può quindi imputare alcuna colpa all'alunno M.M.

In secondo luogo, in relazione all'obbligo di vigilare sul minore affinché non arrecasse danni a sé o ad altri, emerge che non vi era possibilità di evitare l'incidente dovuto a caso e che il fatto in sé non integra colpa in vigilando, poiché l'insegnante non avrebbe in alcun modo potuto prevedere-evitare l'evento.

L'addebito di responsabilità posto in capo all'Amministrazione da N.A. riguarda non solo i danni patrimoniali e non subiti dal ragazzo a causa dello scontro con il compagno (trauma cranico), ma anche quelli da imputarsi alla presunta colposa condotta omissiva tenuta dal docente nel momento successivo all'infortunio (si sostiene cioè che l'insegnante non abbia prontamente ed adeguatamente soccorso il minore infortunato).

L'entità del danno ulteriore ed aggiuntivo, però, non è riconducibile ad una presunta omissione del docente, ma quand'anche lo fosse, questa condotta sarebbe priva di rilevanza ai fini della decisione, poiché gli elementi di prova prodotti (testimonianze, CTP) sono troppo generici e quindi inidonei a dimostrare sia il danno che la colpa in vigilando.

Quanto al procedimento logico-giuridico da adottare per accertare il nesso di causalità, poi, ci si riferisce alla regola della c.d. preponderanza dell'evidenza: per verificare la sussistenza del nesso causale basta dimostrare che quella condotta, se tenuta, avrebbe evitato il danno con ragionevole probabilità. Premesso ciò si riscontra come, nel caso concreto, non sono emersi elementi tali da far ritenere dimostrato il nesso causale, nemmeno in termini di ragionevole verosimiglianza.

Vista l'oggettiva difficoltà di accertamento del fatto e dell'effettiva verifica di un fatto lesivo nella sfera personale del minore, nel rigettare la domanda di N.A. sia nei confronti del M.I.U.R. che dell'I.I.S.S. "E. Fermi", si ritengono sussistere le condizioni normative richieste dall'art. 92 c.p.c. per compensare le spese nel giudizio ad eccezione di quelle sopportate a causa della ctu che vanno poste a carico dell'attore.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI ROMA
-SEZIONE XII CIVILE-

In persona del giudice unico dr.ssa Silvia Larocca ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n.19016 del Ruolo Generale Affari Contenziosi dell'anno 2009 trattenuta in decisione all'udienza del 13/5/44, vertente

TRA

N.A.

elettivamente domiciliato in Roma via Germanico n.172 presso lo studio dell'avv. Pier Luigi Panici, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Di Ciollo giusta procura a margine della citazione in riassunzione;

ATTORE

E

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' e DELLA RICERCA -in persona del Ministro pro tempore- e ISTITUTO di ISTRUZIONE SECONDARIA SUPERIORE "E.FERMI" in persona del dirigente scolastico pro tempore, rapp.ti e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato nei cui uffici domiciliano in Roma, via dei Portoghesi n.12;

CONVENUTI

OGGETTO: risarcimento danno da infortunio scolastico.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Visto l'art. 132 c.p.e. (così come modificato dalla L. 18 giugno 2009, n. 69) e tenuto conto di quanto disposto dall'art.58 della predetta legge che regola la fase transitoria tra abrogazione e modifica delle vecchie norme ed entrata in vigore delle nuove, si ritiene di non dover redigere lo svolgimento del processo.

Preliminarmente non rileva il versamento nel maggio '04 da parte della Ras spa assicuratore dell'istituto scolastico "E.Fermi" della somma di Euro3.222,00 trattenuta da parte attrice a titolo di acconto sul maggior richiesto (cfr docc 61 e 62 fasc attoreo e doc 3 allegato alla memoria ex art 183 comma 6 c.p.c. di parte convenuta) che non può considerarsi come ammissione di responsabilità ma quale adempimento contrattuale in virtù di polizza infortuni stipulata dal Liceo Scientifico "E.Fermi" con la suddetta società assicuratrice.

Deve, innanzitutto, precisarsi che anche dopo l'estensione della personalità giuridica, per effetto della legge delega L. 15 marzo 1997, n. 59 e dei successivi provvedimenti di attuazione, ai circoli didattici, alle scuole medie e agli istituti di istruzione secondaria, il personale docente delle scuole - che costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica, inseriti nell'organizzazione statale - si trova in rapporto organico con l'amministrazione della pubblica istruzione dello Stato e non con i singoli istituti, che sono dotati di mera autonomia amministrativa. Pertanto, essendo riferibili direttamente al Ministero dell'istruzione e non ai singoli istituti gli atti, anche illeciti, posti in essere da tale personale, sussiste la legittimazione passiva del Ministero nelle controversie relative agli illeciti ascrivibili a colpa in vigilando del personale docente,

mentre difetta la legittimazione passiva dell'istituto scolastico (Cass. 29 aprile 2006, n. 10042; 10 maggio 2005, n. 9752; 14484/00; 7517/99) e degli insegnanti statali.

A tal riguardo ,si richiama l'importante decisum di cui alla sentenza della Suprema Corte a Sez. Un. n.9346 /02 in tema di responsabilita' degli insegnanti di scuole statali , l'art 61 secondo comma della L.11 luglio 1980, n. 312 -nel prevedere la sostituzione dell'Amministrazione .salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, nelle responsabilita' civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi- esclude in radice la possibilita' che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da "culpa in vigilando" quale che sia il titolo - contrattuale e extracontrattuale- dell'azione.

Ne consegue che l'insegnante è privo di legittimazione passiva sia nel caso di azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno (in cui si invochi ,nell'ambito di un'azione di responsabilita' extracontrattuale- la presunzione di cui all'art 2048 secondo comma c.c.) sia nell'ipotesi di danni arrecati dall'allievo a se stesso (da far valere secondo i principi della responsabilita' contrattuale ex art 1218 c.c.),fermo restando che in entrambi i casi ,qualora l'Amministrazione sia condannata a risarcire il danno al terzo o all'alunno autodanneggiatosi ,l'insegnante è successivamente obbligato in via di rivalsa soltanto ove sia dimostrata la sussistenza del dolo o della colpa grave,limite ,quest'ultimo, operante verso l'Amministrazione ma non verso i terzi".

In secondo luogo ,si osserva che la Suprema Corte ha ripetutamente affermato che la responsabilita' dei genitori o precettori ex art 2048c.c. per " culpa in educando" e "culpa in vigilando" postula l'esistenza di un fatto illecito compiuto dal minore capace di intendere e volere in danno di un terzo (cfr. Cass 8740/01).

Per giurisprudenza dominante - consolidatasi ulteriormente a partire da Cass. civ. SS.UU. n.9346/02 - l'art.2048 comma 2 c.c. non può trovare spazio nel caso in cui il danno sia stato cagionato dal minore a sé stesso.

Difetta, infatti, il requisito dell'ingiustizia del danno poiché non può ritenersi fatto illecito, obiettivamente antiggiuridico, la condotta dell'allievo che procuri danno, non già ad un terzo, ma a se stesso (è il c.d. fenomeno delle "autolesioni").

La natura giuridica di tale fattispecie è stata sviscerata, con dovizia di argomentazioni, da Cass. Civ. Sezioni Unite, sentenza n. 9346 del 27.6.2002, a tenore della quale nel caso di danno arrecato dall'allievo a se stesso, esclusa l'applicabilità dell'art. 2048, comma 2, c.c., la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante va ricondotta non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì di quella contrattuale (cd responsabilità da contatto sociale qualificato), con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c. (App. Napoli, Sez. IV, 28/02/2007; App. Napoli, Sez. I, 17/05/2006; Cass. civ., Sez. III, 29/04/2006. n. 10030; Trib. Monza, 14/02/2006; Cass. civ., Sez. III, 18/11/2005, n. 24456;Cass civ.8067/07; Trib. Cagliari, 05/05/2005)

L'attore-danneggiato dunque, in applicazione dei principi fissati in materia di onere probatorio nella responsabilità contrattuale da Cass. Civ., Sez. un., 30/10/2001, n. 13533. deve solo provare il danno e che lo stesso si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sull'altra parte incombe il più grave onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile nè alla scuola, nè all'insegnante e cioè fornire la prova dell'assenza di colpa ,alteris verbis, che l'inadempimento dell'obbligo di protezione nascente dal contatto sociale qualificato instauratosi a seguito dell'iscrizione dell'allievo alla scuola statale sia dipeso da causa non imputabile all'istituto scolastico e al personale addetto alla vigilanza degli allievi.

Nella fattispecie sottoposta all'esame di questo tribunale, sul piano sostanziale troverebbe dunque applicazione la disciplina di cui all'art 2048 comma 2 c.c..

Ciò premesso, deve essere evidenziato che l'esercizio dell'attività sportiva, compresa quella del calcio, costituisce una causa di giustificazione non codificata, nel senso che, essendo tutelata dallo Stato, quale attività lecita e idonea a favorire lo sviluppo ed il benessere fisico della popolazione, è consentita, nello svolgimento della stessa, l'assunzione del rischio della lesione di un interesse individuale relativo all'integrità fisica. Tale esimente presuppone che non sia travalicato il dovere di lealtà sportiva nel senso che il giocatore "non deve esporre l'avversario ad un rischio superiore a quello consentito in quella determinata pratica ed accettato dal partecipante medio"(cfr Cass. 12.11.1999.D. 2765).

In sostanza, quindi, non può configurarsi una responsabilità civile per le lesioni cagionate da un calciatore ai danni di un avversario se la condotta è esplicata nel contesto dell'attività sportiva e se la stessa, funzionalmente collegata al gioco, è posta in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco praticato (cfr Cass. Sez. III 8 agosto 2002 n.12012 nonché ,di recente,Cass.civ.22752/'13;13457/'13).

L'inconfigurabilità del gioco del calcio in termini di attività pericolosa (come già affermato dalla Suprema Corte con la sentenza 1197 del 2007, a mente della quale deve escludersi che all'attività sportiva riferita al gioco del calcio possa essere riconosciuto il carattere di particolare pericolosità, trattandosi di disciplina che privilegia l'aspetto ludico pur consentendo, con la pratica, l'esercizio atletico, tanto che è normalmente praticata nelle scuole di tutti i livelli come attività di agonismo non programmatico finalizzato a dare esecuzione ad un determinato esercizio fisico, sicché la stessa non può configurarsi come attività pericolosa a norma dell'art. 2050 cod. civ.) è stata ribadita dando continuità a tale principio dalla pronuncia della Suprema Corte, Sez. III, 27/11/'12. n. 20982. In virtù di tale decisum nel caso esaminato dalla Suprema Corte ricostruiti analiticamente i fatti (nel corso di una partitella di calcio svoltasi nel corso di uno stage multisportivo, un minorenne era stato colpito al viso da una pallonata, riportando danni ai denti incisivi) era stato ritenuto trattarsi di normale incidente di gioco determinato da caso fortuito, per il quale - attesa l'assenza di qualsivoglia elemento idoneo a dimostrare la violazione di obblighi e cautele da parte della società sportiva, ovvero il verificarsi di una azione anomala e/o in contrasto con le regole del gioco - nessuna responsabilità poteva attribuirsi (né alla società sportiva né al minore danneggiante) in quanto, nella specie, non poteva legittimamente discorrersi che di un normale incidente di gioco determinato da caso fortuito.

Ora, nel caso di specie, l'evento lesivo è stato provocato nel corso di una esercitazione di calcio a cinque disputata da allievi frequentanti il IV anno di Liceo scientifico , in presenza dell' insegnante e durante l'ora di educazione fisica su un campo in uso all'istituto scolastico regolarmente omologato dalla FIGC (cfr.dichiarazione di infortunio a firma dell'insegnante di educazione fisica A.S.- doc 6 all. al Foglio deduzioni a verbale-e deposizione testimoniale dello stesso escusso all' udienza del 15/11/'11"....ero a circa 3 metri di distanza in quanto facevo l'arbitro...) e deve ritenersi che lo stesso sia stato la conseguenza di uno scontro diretto dell'attore col compagno di gioco per comportamento magari " irruento", ma comunque, agonistico di entrambi i partecipanti alla partita di calcetto che cadevano a terra ma, sfortunatamente, N.A. , battendo la testa all'indietro perdeva momentaneamente i sensi e si riprendeva dopo qualche istante accusando indolenzimento alla nuca ; l'insegnante di educazione fisica, presente sul campo, lo accompagnava subito fuori facendolo sedere in panchina ed il

minore A. rifiutava l'invito del docente a farsi accompagnare in Ospedale preferendo telefonare ai suoi genitori col cellulare di un compagno di classe .

Dopo vari tentativi non andati a buon fine il N. riusciva a contattare la madre presso il suo posto di lavoro alle ore 12,20 ed il prof. A.S., rassicurandola che non era avvenuto nulla di grave al figlio la invitava ad andare a prenderlo in classe ove gli veniva applicata una borsa di ghiaccio sulla nuca in attesa dell'arrivo della madre avvenuto dopo circa mezz'ora dalla telefonata (cfr pag 1 dell'atto di citazione in riassunzione: " In data 6/11/99 alle ore 12,20 D.M.T. ,madre dell'attore allora minorenne riceveva comunicazione telefonica presso l'I.P.S.S.A.R. di Formia ove espletava attività di impiegata, a causa del traffico la D.M. raggiungeva l'Istituto scolastico solo alle ore 12,50...").

All'esito di un approfondito esame delle risultanze istruttorie acquisite non sono emersi elementi significativi per ritenere ,in primo luogo,che l'evento lesivo in danno di N.A. sia stato conseguenza di una condotta illecita del compagno di classe (M.M.) -col ruolo di portiere della sua stessa squadra- indipendente dalla dinamica del gioco ed estranea alle tipiche finalità del gioco (presupposto indefettibile per l'applicabilità dell'art 2048cc che,prevedendo la responsabilità dei precettori per omessa vigilanza pone a carico degli stessi l'onere della prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto).

A tale proposito si ricorda -ut supra- che deve essere esclusa la responsabilità del giocatore ogniqualvolta l'evento lesivo é conseguenza di un'azione sportiva funzionale alla competizione agonistica e finalisticamente inserito nello svolgimento della gara, ovvero ,allorché la stessa sia in qualche modo inquadrabile nel contesto del gioco:

(alteris verbis: non dà luogo a responsabilità civile il fallo commesso da un calciatore ai danni di un avversario se collegato funzionalmente al gioco e se posto in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco stesso" -cfr Cass. Sez. III 08 agosto 2002, n. 12012-).

Preciso obbligo degli insegnanti è sorvegliare sui minori loro affidati onde evitare che provochino con le loro azioni danni a sé o ad altri; l'obbligo di sorveglianza -l'onere dell'aver adempito al quale con diligenza idonea ad impedire il fatto incombe sul sorvegliante- è chiaramente proporzionato all'età e alle presunte capacità di autocontrollo da commisurarsi al tipo di attività e di gioco al quale viene fatto partecipare l'allievo minorenne.

Nel caso in esame non vi era da parte dell'insegnante di educazione fisica prof. S.A., alcuna possibilità di impedire l'infortunio de quo verificatosi per un accidentale ed involontario scontro di gioco tra l'attore e il compagno di classe M.M. durante lo svolgimento della partita di calcetto senza che possa imputarsi alcuna colpa al minore compagno di gioco di N.A. alla data del 6/11/'99 ;né, in ipotesi, il fatto in sé potrebbe essere ascritto ad un mancato assolvimento dell'obbligo di sorveglianza gravante sul docente essendo evidente che non avrebbe potuto in alcun modo impedire-evitare l'evento, verificatosi per causa repentina e fortuita (accidentale scontro di gioco durante l'esercitazione di calcio a cinque tra i compagni di classe del IV Liceo scientifico "E.Fermi" sotto la vigilanza e con la partecipazione personale diretta del docente,prof. A.S. quale arbitro della partita di calcetto).

Per quanto concerne l'addebito di responsabilità posto da N.A.,ancorché disorganicamente a fondamento della conventio in ius dell' amministrazione convenuta - cfr atto di citazione in riassunzione- al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali da lui subito nell'infortunio scolastico per cui è causa consistito nella colposa condotta omissiva asseritamente tenuta dal docente di educazione fisica e dal personale scolastico subito dopo il verificarsi dell'infortunio per non aver prontamente ed adeguatamente soccorso il minore infortunato dopo lo scontro

diretto col compagno di gioco non avendo provveduto a chiamare immediatamente un'ambulanza onde consentire un tempestivo intervento sanitario con rapido trasporto dell'alunno infortunato al pronto soccorso ospedaliero si osserva quanto segue.

In relazione al lamentato "ritardo dal personale del Liceo Scientifico Enrico Fermi di Gaeta nella prestazione del soccorso all'alunno infortunato "risulta per tabulas sia la denuncia-querela sporta il 24/1/00 dai genitori del minore N.A. e D.M.T. -cfr doc 5 fascicolo attoreo-; sia che dal GIP presso il Tribunale di Latina era stata rigettata con ordinanza del 28/11/00 -doc 8 all. alle note istruttorie ex art 184 c.p.c. nel giudizio inizialmente instaurato dinanzi al Tribunale di Latina-Sez Gaeta RGn760/04- la richiesta di archiviazione avanzata dal P.M. nel procedimento NRG.10733/00 instaurato a carico di S.A. indagato del reato p.e.p. dall'art 590cp - così riqualificata l'ipotesi di reato inizialmente individuata nell' art 591cp- sia che, contestualmente, era stata dal GIP disposta consulenza tecnica medico legale su N.A. onde determinare entità e natura delle lesioni ed eventuale incidenza sulla causazione ovvero, sull' aggravamento delle stesse del ritardo nella prestazione del soccorso dal docente che al momento del fatto era preposto alla vigilanza sul minore ,ritardo tale da non consentire un tempestivo intervento sanitario che avrebbe potuto scongiurare, o quantomeno attenuare, l'entità delle conseguenze dannose riportate da N.A..

Ora,dalla dettagliata ed esaurientemente argomentata consulenza medico legale eseguita su N.A. dal dr. Setacci Maria Cristina su incarico del P.M. presso il Tribunale di Latina nel marzo '04 (cfr doc 11 fasc di parte attrice)era emerso ed in termini chiari ed inequivocabili, l'insussistenza di nesso di ricollegabilità eziologica tra non immediata sottoposizione a prestazione sanitaria a causa del lamentato comportamento colposo del docente tale da comportare ritardo nei soccorsi(...) prestati dal personale dell'istituto scolastico al minore infortunato e situazione clinica rilevata su N.A. e dunque, l'ininfluenza , nel determinismo eziologico dell'evento lesivo, della tipologia della lesione e dei postumi reliquati(cfr. pag 14 della ct a firma del dr.Setacci Maria Cristina : "anosmia e sintomatologia cefalalgica da considerare reliquati del traumatismo cranio-encefalico riportato sono conseguenza diretta ed esclusiva del tipo di lesione") all'infortunio de quo ("trauma cranico con alterazione dello stato di coscienza di breve durata,ematoma epidurale e traumatismo encefalico da cui è residua una anosmia-perdita del senso dell'olfatto") dell'esiguo lasso temporale intercorso tra verifica dell'evento traumatico alle ore 12.10-12,15 e sottoposizione a visita anziché immediatamente , a distanza di appena un'ora -alle ore 13.10- da un sanitario del P.S. Ospedale di Formia con formulazione della diagnosi "trauma cranico" con prognosi di gg 5 sc e ricovero ospedaliero.

Si osserva che la molteplicità dei danni di cui l'attore ha genericamente chiesto in citazione il risarcimento (cfr pag 7" morali, biologici, esistenziali e patrimoniali ") è espressamente ed esclusivamente ricondotta in base alla prospettazione attorea , alla lesione riportata nell'infortunio de quo non essendo stato dedotta e neanche allegata sussistenza ,natura ed entità del pregiudizio ulteriore ed aggiuntivo(eventualmente valutabile anche a livello di aggravamento delle conseguenze dannose) causalmente riconducibile alla lamentata omessa assunzione, dall'insegnante di educazione fisica, di tempestiva ed adeguata iniziativa che la situazione di fatto richiedeva nel soccorso prestato successivamente al verificarsi dell'infortunio non avendo provveduto a far intervenire con urgenza un'ambulanza o quantomeno ad accompagnare il minore infortunato al Pronto Soccorso ospedaliero.

Pertanto quand'anche fosse stata dimostrata una condotta colposa -v. ut infra- posta in essere successivamente all'infortunio dal personale scolastico la stessa sarebbe ex se priva di rilevanza alla decisione in senso favorevole all'attore non essendo stato indicato

né , quantomeno, allegato l'ubi consistam del pregiudizio maggiore, ulteriore o dell'aggravamento del danno provocato da tale condotta omissiva (nè la prova testimoniale per come capitolata dall'attore era idonea a tal fine-cfr. capp. da 1 ad 8 sia in calce alla citazione in riassunzione ,sia nelle note istruttorie ex art 184cpc depositate nel giudizio inizialmente proposto dinanzi al Tribunale di Latina -doc 65 fasc. N.-) in quanto generica e priva di riferimento alcuno al danno che l'asserito comportamento negligente ed omissivo del personale della struttura nella fase successiva all'evento avrebbe prodotto.

Del pari, la perizia di parte a firma del dr. Saverio Potenza è risultata probatoriamente ininfluyente a suffragare la domanda attrice perchè generica ,oltretutto priva di data e di riferimento alcuno a profili di significativa pregnanza evidenziando la peculiarità del caso sub iudice e cioè l'eventuale maggior danno subito da N.A. e causalmente riconducibile al ritardo con cui l'infortunato veniva portato in ospedale e sottoposto a visita in sede di P.S. (per incidens ,si rileva che la contestazione alla ctu sollevata mediante laconica e-mail del 28/2/'13 dal difensore del N. ,avv. Di Ciolo Francesco -cfr allegato alla ctu in relazione al quale va però evidenziato che sono state inesattamente definite "deduzioni tecniche a firma del prof Potenza" quella che in realtà è la relazione medico legale di parte espletata su N.A. dal prof Saverio Potenza peraltro priva di data - ha riguardato unicamente il divario tra punteggio stimato dal consulente di parte attrice in ragione del 15% di I.P. in considerazione dei postumi relinqui alle lesioni diagnosticate e documentate ed eziologicamente correlabili unicamente allo scontro di gioco quale evento traumatico riferito in sede di anamnesi patologica prossima-cfr. pagg.6 e 9 della perizia di parte- senza alcun cenno al ritardo nei soccorsi e quello quantificato dall'Ausiliario, dr. D.L.M. , in misura del 10% l'I.P. in base ai noti parametri della criteriologia medico legale -cronologico,modale,qualitativo, quantitativo e topografico- sempre ed esclusivamente riferito alle conseguenze fisiopsichiche del traumatizzato cranico a seguito di scontro diretto con un compagno di gioco nel corso di una partita di calcetto).

Va in ogni caso rilevato che ,ad avviso del giudicante, le dichiarazioni a sommarie informazioni testimoniali rese dai numerosi compagni di classe del N. in sede penale (cfr.doc 7 all. al Foglio Deduzioni a Verbale di parte attrice:C.I. e altri) sono risultate chiare , circostanziate , concordanti ed idonee a fornire puntuale conferma ed adeguato supporto probatorio alla ricostruzione della dinamica dell'accaduto rappresentata dal docente (cfr. all. 1 e 2 alla memoria ex art 183 comma 6 di parte convenuta) confermandone i punti salienti circa :l'invito ripetutamente rivolto dal docente ,subito dopo l'accaduto, all'alunno infortunato di farsi accompagnare al PS declinato da N.A. che rassicurava sulle sue condizioni e chiedeva soltanto di far avvisare i suoi genitori; i vari tentativi di contatto telefonico con i familiari effettuati dal N. insieme all'insegnante col cellulare di un compagno di classe , non andati a buon fine sino al rientro nell'istituto telefonando dalla Segreteria della scuola ;la fase di assistenza nell'accompagnamento dell'allievo infortunato nel tragitto dal campo di calcetto alla scuola chiedendo continuamente il docente le generalità ,gli indirizzi ed i recapiti telefonici dei genitori per verificare la lucidità riacquisita dal minore che rispondeva correttamente alle domande non ricordando solo quale fosse stata la lezione svolta alla prima ora (cfr all.6 :dichiarazione prof S.A.); l' applicazione di una borsa di ghiaccio sulla testa in attesa dell'arrivo della madre dell'alunno infortunato.

Va considerato che le modalita' di vigilanza sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo di fruizione della prestazione scolastica in tutte le sue possibili espressioni e vicissitudini vanno rapportate alle circostanze del caso concreto e cioè sia al contesto ambientale, sia all'età degli alunni (cfr, di recente, Cass civ. n.22752/'13;n. 13457/'13"....

l'età degli alunni che impone una vigilanza crescente con la diminuzione dell'età anagrafica....") ed è evidente che ,nella fattispecie in esame, tenuto conto delle modalità e circostanze specifiche dell'infortunio per cui è causa , dell'età dell'infortunato (17anni) prossimo alla maggiore età deve ritenersi adeguata la prestazione di soccorso e l'assistenza prestata dal docente prof S. anche nella fase post infortunio.

Soltanto per scrupolo motivazionale si evidenzia che nel caso di delicta per omissionem commissa ,secondo l' orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (30328/02), deve ritenersi sussistente un valido nesso causale tra l'omissione e l'evento allorché, se fosse stata tempestivamente tenuta la condotta omessa,l'evento dannoso non si sarebbe verificato:giudizio da compiere non sulla base di calcoli statistici o probabilistici ma unicamente sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza.

Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni condotta antecedente che abbia generato, o solo contribuito a generare, l'evento deve considerarsi "causa".

Il positivo accertamento del nesso ,qualora sia stato provato dal danneggiato , consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente ,alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito ,cioè la colpa dell'agente.

Affinché ,dunque, possa ritenersi sussistere valido nesso causale tra condotta omissiva ed evento danno non è necessaria la dimostrazione che la condotta alternativa corretta avrebbe con certezza evitato l'evento di danno ma è sufficiente dimostrare che quella condotta ,se tenuta, avrebbe evitato il danno con ragionevole probabilità e cioè secondo l'id quod plerumque accidit.

In altri termini, alla luce della più recente giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. S.U. 581/2008) nel processo civile il procedimento logico giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale è fondato sulla regola della c.d. preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", per cui per verificare la sussistenza del nesso causale occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili.

Tanto premesso in iure, in fatto si osserva che, pur facendo applicazione dei citati principi e ,quindi ,pur operando una valutazione di tipo probabilistico (e dunque anche prescindere da un più consistente grado di certezza, o "oltre il ragionevole dubbio") non sono probatoriamente emersi sufficienti elementi idonei a far ritenere dimostrato dall'attore, nel caso sub indice, il nesso di causalità e neanche in termini di "ragionevole verosimiglianza" la ricollegabilità causale tra le condotte poste in essere dal Ministero per il tramite del personale dell'istituto scolastico "E.Fermi" e l'evento-danno lamentato da N.A. e posto a fondamento della domanda risarcitoria da lui avanzata nei confronti della convenuta amministrazione statale in quanto, all'esito del giudizio controfattuale, si perviene necessariamente alla conclusione che quand'anche non vi fosse stata la denunciata condotta colposa nella prestazione dei soccorsi dalla Pubblica amministrazione (e cioè se il docente prof. S. avesse chiesto immediatamente l'intervento sul posto dell'ambulanza) l'evento lesivo e la natura e misura dei postumi relinqui su N.A. si sarebbero ugualmente verificati (cfr. pagg 13 e 14 della relazione medico legale a firma del C.T.P.M, dr. Setacci del 29/3/'04).

In considerazione della peculiarità del caso in esame, segnatamente per le oggettive difficoltà di accertamento in fatto e dell'effettiva verifica di un fatto lesivo nella sfera personale del minore N.A. si ritengono sussistere le condizioni normativamente richieste dall'art 92cpc, nella formulazione attualmente vigente ,per compensare le spese del giudizio ad eccezione di quelle dell'espletata ctu che vanno poste a definitivo carico dell'attore.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando così provvede:

- rigetta la domanda avanzata da N.A. nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in persona del Ministro pro tempore nonché dell'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore E. Fermi in persona del dirigente scolastico pro tempore ;
- compensa le spese di giudizio tra le parti ad eccezione di quelle dell'espletata ctu che vanno poste a definitivo carico di N.A..

Così deciso in Roma, il 26 giugno 2014.

Depositata in Cancelleria il 25 agosto 2014.

Tribunale di Roma, sentenza 25 agosto 2014, n. 19016; Giud. LAROCCA; N.A. (AVV. DI COLLIO) c. M.I.U.R. e I.I.S.S. “E. FERMI” (AVVOCATURA DELLO STATO).

Responsabilità civile - Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici – Istituto scolastico – Illecito dell’insegnante – Legittimazione passiva dell’istituto – Esclusione - Legittimazione passiva del Ministero – Sussiste (Legge 15 marzo 1997, n. 59; Legge 11 luglio 1980, n. 312, art. 61; Cod. civ. art. 2048, co. 2; Cod. civ., art. 2043)

Responsabilità civile – Responsabilità di scuole e insegnanti – Danno cagionato da alunno ad altro alunno – Illecito del minore – Culpa in vigilando dell’insegnante – Non sussiste - Fattispecie (Legge 11 luglio 1980, n. 312, art. 61; Cod. civ., art. 2048, co. 2; Cod. civ., art. 2046; Cod. civ., art. 2047)

Responsabilità civile – Responsabilità di scuole e insegnanti – Danno da ritardato soccorso di allievo infortunatosi – Mancata prova del nesso causale e del danno – Fattispecie (Cod. pen., artt. 40-41; Cod. civ., art. 2043; Cod. civ., art. 1218)

Anche dopo l'estensione della personalità giuridica, per effetto della l. delega n. 59 del 1997 e dei successivi provvedimenti di attuazione, ai circoli didattici, alle scuole medie e agli istituti di istruzione secondaria - che costituiscono organi dello stato muniti di personalità giuridica, inseriti nell'organizzazione statale - il personale docente degli istituti statali di istruzione superiore (nella specie, un liceo scientifico) si trova in rapporto organico con l'amministrazione della pubblica istruzione dello stato e non con i singoli istituti, che sono dotati di mera autonomia amministrativa; pertanto, essendo riferibili direttamente al ministero della pubblica istruzione e non ai singoli istituti gli atti, anche illeciti, posti in essere dal menzionato personale, sussiste la legittimazione passiva del ministero nelle controversie relative agli illeciti ascrivibili a culpa in vigilando del personale docente, mentre difetta la legittimazione passiva dell'istituto.
(1)

Il Ministero della pubblica istruzione (ex art. 61 l. 312/80) non risponde per un incidente accaduto a un alunno durante l'orario scolastico ove l'incidente, determinato da un altro alunno minore capace di intendere e volere, non sia ascrivibile a culpa in vigilando dell'insegnante, ma a caso fortuito (nella specie, un allievo di scuola media superiore, nel prendere parte in presenza dell'insegnante a una partita di calcio durante l'ora di educazione fisica, si era infortunato scontrandosi accidentalmente con un compagno nell'ambito di una normale azione di gioco). (2)

Il Ministero della pubblica istruzione non risponde del danno cagionato all'alunno di una scuola infortunatosi durante una partita di calcio per il ritardo col quale il personale della scuola abbia prestato i soccorsi del caso, ove non risulti provato il danno da aggravamento determinato dal ritardato intervento lamentato e, alla luce di una valutazione ispirata al più probabile che no, non risulti comunque accertato il nesso causale fra tale ipotetico danno e il ritardato soccorso del personale (nella specie, la CTU esclude la possibilità di evidenziare danni da aggravamento rispetto alla lesione iniziale, determinati dal fatto che l'insegnante di educazione fisica, presente sul campo, aveva soccorso il minore, il quale aveva rifiutato l'invito del docente a farsi accompagnare in ospedale, preferendo contattare i genitori, i quali giungevano a scuola circa mezz'ora dopo la telefonata). (3)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. civ., sez. III, 6 novembre 2012, n. 19158, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, II, 1275; Cass. civ., sez. lav., 21 marzo 2011, n. 6372, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, III, 432; Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 2008, n. 20521, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 1214; Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2006, n. 10042, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 4; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9752, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 5; Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2005, n. 6723, in *Giur. it.*, 2006, 33; Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2002, n. 9346, in *Danno e Resp.*, 2003, 46; Cass. civ., sez. III, 7 ottobre 1997, n. 9742, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1871.

In quella di merito Trib. Tolmezzo, sez. lav., 6 dicembre 2008, in *Lavoro nelle p.a.*, 2008, 6, 1133; Corte d'Appello Roma, sez. I, 7 gennaio 2008, in *Guida al diritto*, 2008, 10, 73; TAR Roma (Lazio), sez. III, 2 aprile 2007, n. 2807, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 4, 1352; Trib. Salerno, sez. I, 4 gennaio 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2007; Trib. Venezia, sez. III, 6 dicembre 2005, n. 2531, in *Redazione Giuffrè*, 2006.

In dottrina, con riferimento alla responsabilità dell'insegnante per *culpa in vigilando*, si veda CARBONE, *Responsabilità della scuola per il danno cagionato da un allievo ad un altro durante una gara sportiva*, in *Danno e Resp.*, 2003, I, 23; CHINDEMI, *La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, X, 2137; MONCALVO, *Sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, XI, 1839; FOGLIA, *Duty to prevent suicide?: i confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, I, 145; con riferimento alla responsabilità del Ministero dell'Istruzione, si veda CARBONE, *Responsabilità della scuola per il danno cagionato da un allievo ad un altro durante una gara sportiva*, in *Danno e Resp.*, 2003, I, 23; COCCHI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati ad allievi e derivati da culpa in vigilando*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, II, 1562; COCCHI, *La pubblica amministrazione ancora responsabile per culpa in vigilando, ex art. 2048 c.c., per i danni cagionati ad allievi*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, II, 961; COCCHI, *Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità da illecito cagionato da minore "capace"*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, III, 1969.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. civ., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24835, in *Dir. e giust. Online*, 2011, 25 novembre; Cass. civ., sez. III, 18 novembre 2005, n. 24456, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1. In merito all'analoga responsabilità del maestro di equitazione, si veda Cass. civ., sez. III, 23 novembre 1998, n. 11861, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2429. In quella di merito Trib. Milano, sez. X, 23 novembre 2009, n. 13896, in *Giustizia a Milano*, 2009,

II, 75; Trib. Milano, 27 giugno 2008, n. 8465, in *Giuda al diritto*, 2008, 41, 59; Trib. Salerno, sez. I, 30 settembre 2008, in *Redazioni Giuffrè*, 2008; Trib. Padova, sez. II, 26 settembre 2006, n. 2090, in *Massimario della giurisprudenza civile Patavina*, 2009; Trib. pen. Aosta, 21 maggio 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 1210.

In dottrina, con riferimento al caso fortuito in relazione all'art. 2048 c.c. si veda MONCALVO, *Sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, XI, 1839; FRAU, *La responsabilità per lesioni personali nell'incontro di calcio*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, II, 1210; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, vol. III, UTET, Torino, 1998; BUSNELLI E PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 286. Con riferimento alla prova liberatoria del genitore per l'illecito compiuto dal figlio svolgendo attività sportiva, si veda BERTI DE MARINIS, *La responsabilità civile dei genitori ex art. 2048 c.c. per il fatto illecito del minore commesso durante una partita di calcio*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, III, 1960.

(3) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, 1209; Cass. civ., sez. III, 20 settembre 2006, n. 20328, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2004, n. 6516, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4.

Sul nesso di causalità tra evento e azione omissiva si veda Cass. civ., sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro It.*, 2008, II, 453. Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2004, n. 21894, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2003, n. 15789, in *Foro it.* 2004, I, 2182. Cass. pen., sez. Unite, 10 luglio 2002, n. 30328 (Franzese), *Foro It.*, 2002, II, 601; sulla responsabilità solidale dello Stato e degli enti pubblici per il danno causato dai propri dipendenti nell'esercizio delle loro attribuzioni si veda Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, 1209.

In quella di merito, con riferimento all'attività medica, sul nesso di causalità tra evento e azione omissiva si veda Trib. Milano, sez. I, 26 febbraio 2015, n. 2612, in *Redazione Giuffrè*, 2015; Trib. Milano, sez. V, 22 aprile 2009, n. 5322, in *Giustizia a Milano* 2009, IV, 27. Sul nesso causale in generale si veda Pret. Torino, 9 febbraio 1995, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, 217.

In dottrina, riferimento al nesso di causalità nei danni subiti dagli studenti durante l'ora di educazione fisica, SAVOIA, *Studentessa si fa male durante l'ora di educazione fisica: per la responsabilità va accertato il nesso causale*, in *Dir. giust.*, 2011, 363; con riferimento alla causalità nel diritto civile si veda PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Giappichelli Editore, Torino, 2007; un confronto con la causalità penale FALLONE, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della corte di Strasburgo*, in *Cassazione Penale*, 2015, II, 820; sul nesso di causalità in caso di M.M., MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, III, 1176; D'ERRICO, BONUCCELLI, MARTELLONI, FRATI, *Indicatore di qualità dell'assistenza o « orpello di insufficienza » probatoria? Il duplice volto delle buone pratiche cliniche. L'esperienza della regione toscana*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, V, 1737; IANNONE, *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Giust. civ.*, 2013, XI-XII, 711; CARTONI, *Il giudice civile e la responsabilità sanitaria*, in *Giust. civ.*, 2013, X, 53; Longobucco, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, IV, 1391.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Evoluzione storica della figura del precettore e conseguente modifica del criterio attributivo della responsabilità; 3. I presupposti della responsabilità dell'insegnante: il fatto illecito, l'età e la capacità di intendere e volere dell'allievo; 4. La prova liberatoria; 5. Sport: tra attività pericolosa e causa di giustificazione; 6. L'insegnante non-responsabile: tra caso fortuito e regola della preponderanza; 7. Conclusione: la scriminante sportiva adeguata.

1. Introduzione

La sentenza in rassegna ci offre la possibilità di sviluppare una riflessione sulla responsabilità dell'insegnante per il fatto lesivo compiuto dal minorenni capace di intendere e di volere durante l'attività sportiva organizzata dalla scuola.

La dottrina e la giurisprudenza, da tempo, riconoscono a tre situazioni di fatto tipiche la capacità di determinare la responsabilità dell'insegnante e del M.I.U.R.¹ nel tempo in cui il minore si trova affidato alle istituzioni scolastiche e queste riguardano:

- a) il danno cagionato dall'alunno a se stesso, ovvero il fenomeno delle c.d. *autolesioni*;
- b) il danno cagionato da un alunno a terzi;
- c) il danno che l'allievo abbia subito per la condotta di terzi (inclusi i compagni di classe) o per il verificarsi di qualche evento.

In merito alla prima ipotesi enuncziata, poiché non riconducibile al fatto che ha dato origine alla controversia in esame, è appena il caso di accennare alla sua natura giurisprudenziale e all'esistenza di un ampio dibattito² dottrinale in merito alla natura della responsabilità dell'insegnante³.

Il caso in oggetto, invece, sembra facilmente riconducibile alle altre due ipotesi. Il giudice, però, non tiene conto della responsabilità dell'insegnante per il danno subito dall'allievo e basa la sua pronuncia solo su quella dovuta al danno cagionato dall'alunno a terzi.

In questo senso, la XII sez. civ. del Tribunale di Roma afferma l'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 2048, co. 2, c.c. che prevede, in capo al docente, la responsabilità fondata sulla c.d. *culpa in vigilando*.

2. Evoluzione storica della figura del precettore e conseguente modifica del criterio attributivo della responsabilità

Secondo il disposto dell'art. 2048, co. 2, c.c.: «i precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza».

Nonostante i dubbi interpretativi sollevati dall'uso anacronistico del termine "precettore", la giurisprudenza considera ormai pacificamente riconducibile a questa

¹ Si veda §2 per chiarimenti sul fondamento della legittimazione passiva del M.I.U.R. per il fatto illecito compiuto dal docente della scuola pubblica.

² Sull'argomento v., in dottrina, MAROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, in *Corr. giur.*, 2002, 1293; FACCI, *Minore autolesionista, la responsabilità del precettore e contratto sociale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1022.

In giurisprudenza, Trib. Cagliari, 4 maggio 2002, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 51; Trib. Napoli, 5 dicembre 1989, in *Arch. civ.*, 1990, 393; Cass. civ., 10 luglio 1958, n. 2485, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Responsabilità civile*, n. 211.

³ FOGLIA, *Duty to prevent the suicide?: i confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 145. L'autore sostiene il sopirsi di questo dibattito in seguito a Cass. sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1013.

figura qualunque insegnante, a prescindere dalla disciplina impartita e indipendentemente dall'ordine, grado e natura della scuola⁴.

Nonostante il testo dell'art. 2048 c.c. non abbia mai subito modifiche, l'interprete è riuscito a staccarsi dall'idea che vedeva nell'insegnante un mero sostituto⁵ del genitore in una società fortemente caratterizzata da una concezione gerarchica e autoritaria della famiglia. Con l'introduzione della Carta costituzionale e grazie alla riforma del diritto di famiglia⁶, infatti, si è abbandonata la prassi per cui la responsabilità – in caso di illecito compiuto dallo studente minorenne – graverebbe necessariamente sull'insegnante. Dottrina e giurisprudenza, ora, concordano nell'affermare che la responsabilità dei precettori e maestri d'arte è sì una responsabilità vicaria⁷, ma fondata sui soli illeciti che ricadono sotto il dovere di vigilanza e controllo e che sono commessi dagli allievi nell'intervallo di tempo in cui questi sono sottoposti alla sorveglianza del personale scolastico.

La responsabilità che grava sull'insegnante ai sensi dell'art. 2048, co. 2, c.c., quindi, si basa sulla violazione del principio di *neminem laedere* che il docente integra causando – attivamente o omissivamente – eventi dannosi per la salute degli studenti affidatigli⁸.

È inoltre fondamentale rilevare come, in relazione alla responsabilità patrimoniale dell'insegnante della scuola pubblica, oggi, la regola dell'art. 2048, comma 2, c.c. abbia subito delle limitazioni in relazione alla disciplina dall'art. 61 della l. 11 luglio 1980, n. 312. Secondo quanto previsto da quest'ultima disposizione, infatti: « la responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi.

La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi».

Questa legge, oltre a limitare la responsabilità dell'insegnante della scuola pubblica, prevede inoltre che lo stesso docente difetti di legittimazione passiva nelle controversie relative a *culpa in vigilando*. L'unico soggetto contro cui l'attore potrà esercitare azione legale per la condotta del professore sarà il Ministero dell'Istruzione⁹, nella persona del Ministro pro tempore.

La Cassazione, attenendosi a quanto aveva già sostenuto in relazione agli istituti tecnici¹⁰, riconosce la rilevanza marginale dell'estensione della personalità giuridica alle

⁴ Cass. civ., 6 febbraio 1970, n. 263, in *Giur. it.*, 1997, I, 85; in dottrina, COCCHI, *Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità da illecito cagionato da minore "capace"*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1969.

⁵ FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Artt. 2043-2059*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, IV, Editore Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, 358.

⁶ L. 19 maggio 1975, n. 151;

⁷ Fondata cioè sulla sostituzione del precettore al genitore durante le ore di scuola.

⁸ Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3680, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1560, con nota di COCCHI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati ad allievi e derivati da culpa in vigilando*.

⁹ La legittimazione passiva del Ministro dell'Istruzione è dovuta al fatto che gli insegnanti si trovino rapporto organico con l'amministrazione della pubblica istruzione dello Stato.

¹⁰ Agli istituti tecnici statali era già stata riconosciuta personalità giuridica in virtù della l. 15 giugno 1931, n. 889, art. 3. Nonostante questo, la Cassazione ha sempre ritenuto sussistere la legittimazione passiva del M.I.U.R. per gli illeciti causati dagli studenti sottoposti alla vigilanza degli insegnanti di

scuole medie e agli istituti di istruzione secondaria¹¹ ai fini della legittimazione passiva in oggetto.

In particolare, però, bisogna rilevare come la sottrazione degli insegnanti statali alle conseguenze dell'applicabilità dell'art. 2048, comma 2, c.c. attuata dalla l. 11 luglio 1980, n. 312, art. 61, operi solamente sul piano processuale e non su quello sostanziale. Se da una parte, infatti, si esonera il docente statale dal processo, dall'altra si riconosce all'unico legittimato passivo – il Ministero dell'Istruzione – l'azione di regresso nei confronti dell'insegnante che abbia tenuto una condotta caratterizzata da dolo o colpa grave¹².

3. I presupposti della responsabilità dell'insegnante: il fatto illecito, l'età e la capacità di intendere e volere dell'allievo

Guardando al dato testuale, affinché si possa applicare la disciplina dell'art. 2048, comma 2, c.c., sono necessari le qualifiche di precettore e allievo oltre al fatto illecito di quest'ultimo consumatosi nel tempo in cui lo stesso è sottoposto alla vigilanza dell'insegnante.

Assume rilievo centrale, ai fini di quest'analisi, il fatto che la responsabilità dei docenti sia subordinata al fatto *illecito* del minore. Questa qualifica, però, è stata diversamente interpretata dalla dottrina: se taluni sostengono che il fatto debba costituire un illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c.¹³, altri sottolineano la necessità di ricorrere ad una concezione più ampia, comprensiva di qualsiasi evento che cagioni un danno a terzi e che sia causalmente riconducibile all'azione dello studente, indipendentemente dalla norma da cui discende la responsabilità e dal criterio di imputazione¹⁴.

Ciò che invece i dibattiti ancora in voga non mettono in dubbio è il necessario, anche se non sufficiente, accertamento preventivo dell'illiceità del fatto: in assenza di questa verifica, ogni condanna fondata sull'art. 2048, co. 2, c.c. risulterebbe infatti illegittima¹⁵.

Alcuna dottrina¹⁶, sempre riguardo a quest'aspetto, sottolinea l'importanza del *fatto illecito* contenuto nell'art. 2048 c.c., rilevando come proprio la mancanza di questo requisito nella formulazione originaria del Codice francese, all'art. 1384, , avesse reso possibile a LAURENT¹⁷ affermare che la responsabilità sorgesse anche indipendentemente da un delitto o da un quasi delitto.

La giurisprudenza, poi, ha affermato l'importanza di due ulteriori presupposti di operatività di questa norma, cioè la *minore età* del soggetto che ha posto in essere l'illecito e la *capacità di intendere e volere* dello stesso.

quelle scuole. In tal senso si veda Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 1996, n. 341, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 69.

¹¹ Ad opera della l. delega 15 marzo 1997, n. 53 e dei successivi provvedimenti di attuazione.

¹² Si vedano, Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2006, n. 10042, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1144; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2005, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1059.

¹³ PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, 256 ss.

¹⁴ SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. It.*, 1968, XV, 693;

¹⁵ in giurisprudenza si è affermata la possibilità di prescindere da questa verifica solo in casi in cui la responsabilità del minore sia presunta *ope legis*; così Cass. civ., sez. III, 9 luglio 1998, n. 6686, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1999, 512.

¹⁶ DI CIOMMO, *L'illiceità (o anti-giuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.*, in *Foro it.*, 2001, 3100.

¹⁷ Cito da DI CIOMMO, *L'illiceità (o anti-giuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.*, in *Foro it.*, 2001, 3100.

Il requisito della minore età non è riportato testualmente al comma 2 dell'articolo 2048 c.c., come invece avviene al comma 1¹⁸; tuttavia la giurisprudenza, in considerazione della particolare rilevanza che assume l'attività di sorveglianza, ha ritenuto implicito questo attributo¹⁹.

Si è inoltre affermata l'importanza della capacità di intendere e volere, anch'essa non presente nel dettato dell'art. 2048 c.c. Riguardo a questo parametro, è importante sottolineare come la minore età del soggetto, in ambito civile, contrariamente a quanto avviene nel diritto penale, non implichi necessariamente l'incapacità del ragazzo. Soprattutto in casi come quello in oggetto, in cui il minore è prossimo alla maggiore età, l'eventuale incapacità naturale deve essere accertata dal giudice²⁰. La fondamentale rilevanza di questo requisito per il comma 2 dell'art. 2048 c.c. si può facilmente riscontrare in base ad un'interpretazione sistematica: se il minore fosse incapace naturale, del fatto illecito dello stesso dovrebbe rispondere il sorvegliante secondo quanto disposto dall'art. 2047 c.c., poiché lo stesso non potrebbe rispondere in base alla disciplina dell'art. 2046 c.c.

4. La prova liberatoria

L'articolo 2048 c.c., al comma 3, prevede che «le persone indicate nei commi precedenti [siano] liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto».

I precettori, quindi, saranno esenti da responsabilità soltanto fornendo la dimostrazione dell'impossibilità di impedire il fatto. Nell'applicare questa prova liberatoria, la giurisprudenza si è rivelata particolarmente rigorosa: non basta, infatti, rendere evidente l'aver operato con la diligenza che normalmente consentirebbe di impedire il verificarsi dell'evento, ma bisogna piuttosto provare di aver posto in essere tutte le azioni preventive necessarie ad impedire il danno.

Volendo calare la regola nel caso di specie, quindi, all'insegnante non sarà richiesto solamente di documentare di aver esercitato la diligenza necessaria e che nonostante questo non è stato possibile impedire l'evento dannoso²¹: la prova dell'adeguatezza della vigilanza, infatti, dovrà necessariamente accompagnarsi con la dimostrazione di aver adottato, sia a livello organizzativo che disciplinare, tutte le misure necessarie ad impedire il concretizzarsi del sinistro. Più precisamente, quanto a quest'ultimo aspetto, sarà il docente a dover portare all'attenzione del giudice il fatto di aver adeguatamente istruito gli studenti sulle regole da seguire e sulle cautele da adottare nel corso dell'attività proposta. Rilevano inoltre l'idoneità della struttura e dell'attrezzatura con cui i ragazzi entreranno in contatto e la compatibilità dell'esercizio proposto con le effettive capacità degli alunni.

¹⁸ Secondo il comma 1 dell'art. 2048 c.c. «il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi»

¹⁹ App. Torino, 8 giugno 1968, in *Giur. it.*, 1968, I, 492

²⁰ In Cass. civ., 26 giugno 2001, n. 8740, in *Foro it.*, 2001, I, 3098 si afferma che «il giudice non può limitarsi a tener presente l'età dello stesso e le modalità del fatto, ma deve anche considerare lo sviluppo intellettuale del soggetto, quello fisico, l'assenza (eventuale) di malattie ritardanti, la forza del carattere, la capacità del minore di rendersi conto dell'illiceità della sua azione, ed infine la capacità di volere con riferimento all'attitudine ad autodeterminarsi» (il caso riguardava un dodicenne ritenuto capace di intendere e volere).

²¹ Cass. civ., sez. III, 16 giugno 2005, n. 12966, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, III, 1370

La giurisprudenza appare unita nell'affermare che la valutazione su questi parametri non dovrà avvenire in senso assoluto, bensì in modo relativo, tenendo, cioè, in particolare considerazione l'età degli studenti e la natura dell'attività loro proposta²². Elemento particolarmente rilevante in merito alla prova liberatoria è la repentinità dell'azione dei minori sottoposti alla vigilanza del docente. La Corte di Cassazione²³, ad esempio, ha ritenuto che non sussistesse alcuna responsabilità in capo al docente per i danni subiti da due alunni durante una partita di "ruba-bandiera": il comportamento dei ragazzi era stato talmente imprevedibile e repentino da escludere l'esigibilità di un intervento del docente.

Da notare, comunque, come la fulmineità del fatto non valga ad escludere la responsabilità del docente, nel caso in cui siano state evidenziate delle carenze sotto il profilo organizzativo: il Tribunale di Monza, in questo senso, ha infatti escluso che la repentinità del fatto potesse attenuare la «grave responsabilità dell'istruttore»²⁴.

5. Sport: tra attività pericolosa e causa di giustificazione

Nel caso in oggetto, assume particolare rilevanza il contesto sportivo in cui si inserisce l'evento lesivo. Il fatto che il danno si sia verificato durante una partita di calcio a cinque rende necessarie alcune riflessioni.

Anzitutto il giudice rileva come la Cassazione si sia più volte pronunciata negando che quest'attività possa configurarsi come *pericolosa* ai sensi dell'art. 2050 c.c.

Nello specifico, riferendosi al gioco del calcio, così come praticato nelle scuole, la S.C.²⁵ afferma come debba «escludersi che alla attività sportiva riferita al gioco del calcio possa essere riconosciuto il carattere di particolare pericolosità, trattandosi di disciplina che privilegia l'aspetto ludico, pur consentendo, con la pratica, l'esercizio atletico, tanto che è normalmente praticata nelle scuole di tutti i livelli come attività di agonismo non programmatico finalizzato a dare esecuzione a un determinato esercizio fisico, sicché appare fuori luogo ogni riferimento alla previsione di cui all'art. 2050 c.c.».

Anche se in occasione di gare tra studenti si presenta il rischio che si verifichino degli incidenti, il Ministero dell'Istruzione sarà ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 2048, comma 2, c.c. solo quando il danno sia stato causato ad un allievo dal fatto illecito di un compagno e se la scuola abbia mancato di adottare le idonee precauzioni. In questo senso dottrina e giurisprudenza non fanno altro che declinare in ambito calcistico la già analizzata disciplina dell'articolo 2048 c.c.

In caso di attività sportiva, però, le regole in materia di responsabilità assumono una diversa accezione. Attraverso la creazione di standard di condotta speciali, lo sport sospende le regole ordinarie della responsabilità civile: «danni che dovrebbero essere risarciti, non lo sono; fatti che sarebbero di per sé illeciti cessano di esserlo»²⁶.

Ciò che caratterizza l'ordinamento sportivo è l'esistenza, ravvisata dalla giurisprudenza dominante, di una speciale causa di giustificazione, il c.d. *rischio sportivo*, idonea a circoscrivere la rilevanza giuridica delle condotte funzionalmente ricollegate all'attività praticata.

La dottrina appare divisa sulla natura di questa scriminante.

²² Cass. civ., sez. III, 23 luglio 2003, n. 11453, in *Giust. civ. Mass.* 2003, IV, 1754.

²³ Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2001, n. 8740, in *Foro it.*, 2001, 3100.

²⁴ Cito da MONCALVO, *Sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1839.

²⁵ Cass. civ. Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1197, in *Resp. civ.*, 2007, IV, 373

²⁶ MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, vol. III, UTET, Torino, 1998.

Secondo alcuni si tratterebbe di un'esplicazione del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.²⁷ Questa concezione si ispira all'idea che colui che partecipi ad una competizione assuma su di sé il rischio delle eventuali lesioni, escludendo così l'antigiuridicità della condotta. Detta prospettazione, però, è stata oggetto di pesanti critiche: si è infatti osservato che non solo il consenso riguarderebbe l'integrità fisica e la vita, cioè beni indisponibili²⁸, ma, in particolare, che tale consenso sarebbe prestato in maniera talmente generica da contrastare con i requisiti dello stesso art. 50 c.p.

Altra corrente²⁹ interpreta quella sportiva come una causa di giustificazione non codificata, deducibile in via analogica. In questo senso, l'illiceità verrebbe esclusa in relazione all'idea che, prendendo parte alla competizione, i partecipanti si assumano il rischio di eventuali danni funzionalmente ricollegati al normale svolgimento dell'attività. A quanti sostengono il contrasto di questa teoria con quanto disposto dall'art. 5 c.c., altra dottrina ha risposto affermando che la normativa sportiva costituisce deroga e integrazione di tale disposizione. In questo senso, infatti, l'esercizio dell'attività sportiva costituirebbe esso stesso causa di giustificazione in virtù dell'esistenza di un vero e proprio ordinamento sportivo caratterizzato da un alto grado di autonomia³⁰. L'ordinamento statale, per l'appunto, si ritaglierebbe uno spazio di intervento solo per quanto riguarda gli aspetti abnormi delle varie discipline, riconoscendo, invece, generale validità alle norme interne del C.O.N.I. Per quanto riguarda quest'interpretazione, poi, appare opportuno specificare che la causa di giustificazione non prevede solo che l'evento lesivo sia conseguenza di una condotta conforme alle regole tecniche dello sport praticato. Affinché tale scriminante operi, infatti, è necessario che non si sia ecceduto il tasso di violenza funzionalmente ricollegato all'espletamento dell'attività e che l'atleta abbia agito preoccupandosi dell'incolumità di compagni e avversari. La risarcibilità viene fatta quindi discendere da un parametro ad hoc di colpa grave, imperniato sulla difformità dell'azione dello sportivo rispetto a quella del c.d. *atleta medio*³¹.

Emblematico è il caso deciso nel 1963 dal Tribunale di Bari in cui si afferma che «la condotta del giocatore è “pericolosa” solo quando eccede, *oltre ogni limite*, la vivacità, l'audacia, e lo spirito agonistico proprio di ciascuna manifestazione sportiva, sì da sfociare in manifestazioni di irruenza, di aggressività, o addirittura di violenza, incompatibili con la natura, lo spirito e la stessa disciplina del gioco³²».

Per completezza, si riscontrano anche opinioni meno diffuse, che spiegano questa causa di giustificazione riconducendola alla consuetudine³³ o all'esercizio di un diritto soggettivo³⁴, in particolare l'esercizio di un diritto di libertà³⁵.

²⁷ In dottrina: CHIAROTTI, *La responsabilità penale nell'esercizio dello sport*, in *Riv. dir. sport.*, 1959, 237 ss.; RAMPONI, *Sul c.d. «delitto sportivo»: limiti di applicazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 660.

²⁸ Indisponibilità dei beni dell'integrità fisica e della salute sono sanciti sia in ambito penalistico (v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, 271) sia in ambito civilistico ai sensi dell'articolo 5 c.c. che stabilisce che «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

²⁹ MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, vol. III, UTET, Torino, 1998; Frau, *La responsabilità per lesioni personali nell'incontro di calcio*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1210.

³⁰ L'ordinamento statale riconosce all'ordinamento sportivo autonomia e possibilità di darsi regole interne ai sensi della l. 16 febbraio 1942, n. 426 (c.d. Legge istitutiva del C.O.N.I.).

³¹ È da intendersi atleta medio colui che impronti la propria condotta sulla normale ragionevolezza. Ciò significa che devono essere osservate le regole di diligenza, prudenza e perizia rapportate alle esigenze proprie di quella particolare attività sportiva e alle condizioni in cui essa si pratica. In questo senso, MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, vol. III, UTET, Torino, 1998.

³² Trib. Bari, 22 maggio 1963, in *Resp. civ. e prev.*, 1964, 315

³³ PICHLER, *La lesione sportiva nel diritto penale*, in *Riv. dir. sport.*, 1964, 163.

6. L'insegnante non-responsabile: tra caso fortuito e regola della preponderanza.

Nel caso in oggetto, sono due i fatti imputati al docente: da una parte il non aver impedito la collisione tra gli allievi e dall'altra l'assistenza tardiva-inadeguata fornita dal docente al ragazzo infortunato.

Quanto al primo, il giudice classifica l'evento come un «normale incidente di gioco determinato da caso fortuito», stabilendo quindi che l'insegnante non possa essere considerato responsabile «essendo evidente che [lo stesso] non avrebbe potuto in alcun modo impedire-evitare l'evento, verificatosi per causa repentina e fortuita». L'esclusione della responsabilità del docente (e quindi del M.I.U.R.³⁶), viene argomentata dalla XII sez. civ. del Tribunale di Roma con riguardo alla prova liberatoria ex art. 2048, comma 3, c.c., in particolare facendo riferimento al fatto che lo scontro tra i due alunni e il conseguente svenimento di uno dei ragazzi coinvolti sia dovuto a un caso fortuito.

In particolare, il giudice mette in evidenza come «non [siano] emersi elementi significativi per ritenere, in primo luogo, che l'evento lesivo in danno di N.A. sia stato conseguenza di una condotta illecita del compagno di classe (M.M.) -col ruolo di portiere della sua stessa squadra- indipendente dalla dinamica del gioco ed estranea alle tipiche finalità del gioco (presupposto indefettibile per l'applicabilità dell'art 2048cc che, prevedendo la responsabilità dei precettori per omessa vigilanza pone a carico degli stessi l'onere della prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto).

A tale proposito si ricorda -ut supra- che deve essere esclusa la responsabilità del giocatore ogniqualvolta l'evento lesivo è conseguenza di un'azione sportiva funzionale alla competizione agonistica e finalisticamente inserito nello svolgimento della gara, ovvero ,allorché la stessa sia in qualche modo inquadrabile nel contesto del gioco». Ciò detto, si afferma che non vi è responsabilità né in capo al compagno di squadra, né all'insegnante.

Nei confronti del primo soggetto menzionato, ciò dipende dal fatto che non si può imputare alcun comportamento illecito in capo al ragazzo; riguardo al secondo, invece, si riscontra come « il fatto in sé [non possa] essere ascritto ad un mancato assolvimento dell'obbligo di sorveglianza gravante sul docente essendo evidente che non avrebbe potuto in alcun modo impedire-evitare l'evento, verificatosi per causa repentina e fortuita».

Quanto all'altro fatto contestato all'insegnante, il giudice, da subito, rileva come, anche se si riuscisse a dimostrare la colpa nella condotta del docente, «la stessa sarebbe ex se priva di rilevanza alla decisione in senso favorevole all'attore non essendo stato indicato né , quantomeno, allegato l'*ubi consistam* del pregiudizio maggiore, ulteriore o dell'aggravamento del danno provocato da tale condotta omissiva [...] in quanto generica e priva di riferimento alcuno al danno che l'asserito comportamento negligente ed omissivo del personale della struttura nella fase successiva all'evento avrebbe prodotto».

Nonostante ciò, il giudice procede ugualmente ad analizzare i fatti. In base alle informazioni testimoniali rese dai compagni di classe è emerso chiaramente il comportamento diligente dell'insegnante: sono stati riportati, infatti, i ripetuti inviti a recarsi in P.S. rivolti dal docente all'allievo, le verifiche dello stato di lucidità del

³⁴ CAIANIELLO, *L'attività sportiva nel diritto penale*, in *Riv. dir. sport.*, 1975, 273.

³⁵ ROMBOLI, *Sub art. 5*, in PIZZORUSSO, ROMBOLI, BRECCIA, DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja, Branca e Galgano*, Editore Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 225

³⁶ Secondo le dinamiche già spiegate al §2.

ragazzo, l'applicazione della borsa del ghiaccio in testa all'infortunato in attesa dell'arrivo della madre dello stesso.

Esclusa, quindi, la colposità del fatto, il giudice analizza anche l'eventuale sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva imputata al docente e l'evento lesivo, identificato genericamente³⁷ dalla parte attrice come danni patrimoniali e non-patrimoniali «ulteriori».

Nel cercare risposta a tale quesito, la XII sezione civile del Tribunale di Roma si affida a quanto affermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione nelle sentenze 30328/2002³⁸ e 581/2008³⁹.

Nella prima sentenza, la S.C. riconosce la sussistenza di «un valido nesso causale tra l'omissione e l'evento allorché, se fosse stata tempestivamente tenuta la condotta omessa, l'evento dannoso non si sarebbe verificato: giudizio da compiere non sulla base di calcoli statistici o probabilistici ma unicamente sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza».

Proprio il concetto di *ragionevole verosimiglianza* viene chiarito dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza del 2008, quando afferma che «nel processo civile il procedimento logico giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale è fondato sulla regola della c.d. preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", per cui per verificare la sussistenza del nesso causale occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili».

Tanto premesso in iure, il giudice osserva che, facendo affidamento su tali principi e su quanto rilevato dalla C.T.U.⁴⁰, non sono emersi elementi probatori idonei a far ritenere la sussistenza del nesso causale.

7. Conclusione: la scriminante sportiva adeguata

Sulla base di quanto fin qui esposto, sorgono dei dubbi in merito all'iter argomentativo cui il Tribunale di Roma è ricorso per spiegare l'esclusione della responsabilità del docente per il fatto della collisione dei due allievi.

Operando nei modi di cui già in precedenza si è reso conto, il giudice si affianca a quella corrente giurisprudenziale che tende ad ampliare, proprio in ambito sportivo, la portata del caso fortuito. Questo approccio comporta sicuramente dei vantaggi per il danneggiante, in quanto permette di escludere la sussistenza della colpa ogni volta che la fulmineità dell'azione, il terreno scivoloso o il rimbalzo della palla abbiano reso inevitabili lo scontro tra i giocatori ed i conseguenti eventi lesivi.

D'altra parte, però, bisogna anche considerare che tale impostazione comporta necessariamente che, qualora il danno sia conseguenza di un fatto non colposo, sia il danneggiato a dover sopportare le conseguenze di tali avvenimenti. Nel caso di specie al

³⁷ «non essendo stato dedotta e neanche allegata sussistenza, natura ed entità del pregiudizio ulteriore ed aggiuntivo (eventualmente valutabile anche a livello di aggravamento delle conseguenze dannose) causalmente riconducibile alla lamentata omessa assunzione, dall'insegnante di educazione fisica, di tempestiva ed adeguata iniziativa che la situazione di fatto richiedeva nel soccorso prestato successivamente al verificarsi dell'infortunio non avendo provveduto a far intervenire con urgenza un'ambulanza o quantomeno ad accompagnare il minore infortunato al Pronto Soccorso ospedaliero». Così il giudice nella sentenza in oggetto.

³⁸ Cass. pen., sez. Unite, 10 luglio 2002, n. 30328 (Franzese), *Foro It.*, 2002, II, 601.

³⁹ Cass. civ., sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro It.*, 2008, II, 453.

⁴⁰ Sono stati diagnosticati anosmia e sintomatologia cefalgica da considerare reliquati del traumatismo cranio-encefalico riportato sono conseguenza diretta ed esclusiva dell'infortunio de quo ("trauma cranico con alterazione dello stato di coscienza di breve durata, ematoma epidurale e traumatismo encefalico da cui è residua una anosmia-perdita del senso dell'olfatto"). Un sanitario del P.S. Ospedale di Formia, già il giorno dell'incidente aveva formulato la diagnosi di "trauma cranico" con prognosi di gg 5 sc e ricovero ospedaliero.

minore è stato diagnosticato un trauma cranico ed altre conseguenze (anosmia e sintomatologia cefalalgica) che hanno portato al riconoscimento di una percentuale di invalidità permanente del 10% - quindi al limite della soglia di risarcibilità – ma nulla vieta che questo stesso approccio venga utilizzato anche per risolvere casi in cui il ragazzino, sempre per caso fortuito, subisca un danno tale da vedersi riconosciute invalidità permanenti ben più alte, ad esempio nell'ipotesi in cui il minore diventi tetraplegico a causa di una violenta caduta.

Ciò che suscita maggior perplessità, è che si sia arrivati a negare la risarcibilità della lesione in base al solo caso fortuito, senza considerare la natura del bene colpito. In questo modo, si impone solamente al giovane di sopportare tutto l'onere di un danno tanto ingente, sfuggendo completamente, almeno a parere di chi scrive, alle finalità della responsabilità civile. Decidere di allocare allo sportivo vittima degli eventi l'intero rischio da *incidente sportivo fortuito*, qualsiasi sia la natura e la portata del danno e del contesto in cui questo si è sviluppato, infatti, appare in aperto contrasto sia con il principio dottrinale di solidarietà⁴¹, sia con quello giurisprudenziale di integrale riparazione del danno⁴².

Se da una parte si comprende la preoccupazione di non introdurre un apparato di norme tale da paralizzare l'esercizio dell'attività sportiva (chi giocherebbe più col rischio di vedersi citato in giudizio dall'avversario cui ha per sbaglio provocato un livido sullo stinco?), dall'altra si riconosce il fondamento costituzionale del diritto alla salute e dell'integrità fisica⁴³: anche a voler equiparare i due interessi in gioco, appare quanto meno necessario un bilanciamento tra gli stessi.

A ben vedere, però, è la sentenza in oggetto a suggerire uno spunto per risolvere il caso superando queste criticità. Il giudice, infatti, sostiene come debba evidenziarsi «che l'esercizio dell'attività sportiva, compresa quella del calcio, costituisce una causa di giustificazione non codificata, nel senso che, essendo tutelata dallo Stato, quale attività lecita e idonea a favorire lo sviluppo ed il benessere fisico della popolazione, è consentita, nello svolgimento della stessa, l'assunzione del rischio della lesione di un interesse individuale relativo all'integrità fisica. Tale esimente presuppone che non sia travalicato il dovere di lealtà sportiva nel senso che il giocatore "non deve esporre l'avversario ad un rischio superiore a quello consentito in quella determinata pratica ed accettato dal partecipante medio"». Alla luce di quanto esposto, quindi, il giudice ammette l'applicabilità, nel caso concreto, della scriminante sportiva.

Proseguendo nell'analisi della sentenza, si rinviene inoltre il riconoscimento dell'impossibilità di affermare l'illiceità della condotta del compagno di squadra dell'attore, basando tale affermazione sul principio per cui «deve essere esclusa la responsabilità del giocatore ogniqualvolta l'evento lesivo è conseguenza di un'azione sportiva funzionale alla competizione agonistica e finalisticamente inserito nello svolgimento della gara, ovvero, allorché la stessa sia in qualche modo inquadrabile nel contesto del gioco».

A quanto appena detto, però, il giudice fa seguire l'analisi dell'applicabilità della prova liberatoria ex art. 2048, comma 3, c.c., non tenendo conto del fatto che l'applicazione dell'art. 2048, comma 2, c.c. necessita di un preventivo accertamento della responsabilità del minore e che qualora questo porti ad escludere la sussistenza della

⁴¹ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, cito da RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI-RESCIGNO, vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

⁴² Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, 97

⁴³ Riconosciuti all'art. 32, co. 1, Cost.

stessa, «ogni eventuale condanna, fondata sulla norma in parola, [risulterebbe] illegittima»⁴⁴.

In base a quanto appena detto, quindi, si palesa una prima criticità in merito alla coerenza argomentativa del processo decisionale seguito dal giudice.

Nell'accertare l'illiceità del fatto del minore e volendo sposare la teoria dell'accettazione del rischio⁴⁵, il giudice, infatti, sarebbe stato chiamato a comprendere se l'evento fosse o meno lo scriminabile concretizzarsi di un rischio normalmente riconnesso all'attività sportiva. Per fare ciò, tenendo conto del livello della competizione⁴⁶, si sarebbe dovuto ricorrere al parametro dell'atleta medio e della generale prudenza⁴⁷ che riconoscono la liceità della condotta dell'agente ogni volta che questa si svolge nel rispetto delle regole che caratterizzano lo sport praticato e che riguardano sia l'aderenza della condotta a "norme" tecniche della disciplina, sia la tutela dell'altrui incolumità. In tal senso si sostiene che «in questa prospettiva, è verosimile che la latitudine del rischio posto a carico dell'atleta non possa essere intesa in senso illimitato, ma debba tener conto quantomeno delle regole tecniche che costituiscono la cornice della contesa sportiva»⁴⁸.

Si noti però che, avendo riconosciuto⁴⁹ l'applicabilità della scriminante anche in caso di "fallo" che non comporti la prevedibilità di un rischio eccessivo rispetto alla pratica sportiva, si è reso necessario, per rendere l'idea dello scarto dalla condotta improntata alla normale ragionevolezza, il riconoscimento⁵⁰ di una violazione delle regole di gioco solo in relazione a comportamenti che integrino almeno «colpa grave».

Alla luce di quanto appena detto, quindi, l'unico limite all'applicazione della scriminante sarebbe rappresentato dall'eccesso colposo di competitività nel particolare contesto agonistico⁵¹: la condotta non verrà scriminata solamente nel caso in cui la stessa crei un pericolo che prescinde dal modello sportivo di riferimento⁵².

⁴⁴ DI CIOMMO, *L'illiceità (o antigiuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.*, in *Foro it.*, 2001, 3100

⁴⁵ BUSINELLI E PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 286

⁴⁶ «È da precisare ancora, quanto all'ipotesi colposa, che il relativo accertamento è questione di fatto da risolvere caso per caso in relazione al tipo di sport ed anche al tipo di gara nell'ambito di quel determinato sport. Il rischio accettabile ed accettato varia, infatti, a seconda che si tratti di incontro tra professionisti o tra dilettanti, o di semplice allenamento, o di gara amichevole, fino a dover diventare minimo nel caso di incontri tra squadre di ragazzi o di fanciulli». Così, Cass. pen., 30 aprile 1992, in *Foro it.* 1993, II, 79.

⁴⁷ «In una competizione calcistica, un allungo del giocatore diretto al recupero della palla, il quale, per effetto della rapida conversione dell'avversario, colpisce il ginocchio di costui, realizza un fortuito pienamente compatibile con i limiti di prudenza segnati dalla disciplina del giuoco. Limiti, che trovano la loro espressione non nel comune criterio della prevedibilità del pericolo, il quale snaturerebbe l'attività sportiva privandola delle sue caratteristiche essenziali, sibbene nella creazione di eccezionali situazioni di pericolo assolutamente incompatibili con la finalità e la disciplina tecnica del giuoco, talché l'evento lesivo che ne derivi appaia come conseguenza del tutto abnorme, ascrivibile ad una condotta trasmodante che trascende i confini della tutela sportiva». Così, Trib. Bari, 22 maggio 1963, in *Arch. pen.*, 1964, II, 71, cito da FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 2026

⁴⁸ FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 2026

⁴⁹ FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 2026

⁵⁰ BUSINELLI E PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 286

⁵¹ In ragione del diverso grado di agonismo e di competitività, più alto è il livello della partita (es. una semifinale di Champions League), più grave è la lesione scriminabile; più basso è il livello (es. una partitella tra amici), minore è l'entità della lesione scriminabile.

⁵² Si è affermata la sussistenza della colpa del difensore dal momento che il fatto «oltre ad essere volontario, era diretto alla persona dell'avversario e di portata tale (non sgambetto, ma violento calcio alla

Volendo esemplificare, il bambino che, al posto della palla, calci il viso di un avversario, avrà posto in essere un comportamento illecito⁵³ in giustificabile; lo studente che, cercando di smarcare un compagno, lo faccia cadere danneggiandolo, si vedrà invece applicata la scriminante sportiva.

Certamente il risultato che si sarebbe ottenuto ricorrendo a questa regola è migliore di quello del caso fortuito, ma si presentano comunque dei profili di criticità.

La scriminante sportiva, a differenza dell'istituto applicato dal giudice romano, ci permette, individuando *ex ante* il grado di agonismo che contraddistingue la partita, di dividere le condotte in due grandi categorie e di ricollegare ad ognuna un effetto diverso. La condotta posta in essere dallo scolaro-goleador, quindi, potrà essere conforme o difforme alle regole tecniche di diligenza che caratterizzano il contesto: nel primo caso si applicherà la scriminante, nel secondo no.

Tra le condotte scriminate in quanto conformi con le regole del normale svolgimento della partita, e che quindi non possono far sorgere alcuna responsabilità civile, se ne potranno però rinvenire sia che comportano eventi lesivi lievissimi, sia che implicano una prognosi di percentuali di invalidità prossime al 100%. Si pensi alla già prospettata ipotesi di una situazione del tutto identica a quella su cui il giudice romano si è pronunciato, se non per l'esito finale: allo scontro è seguita una diagnosi di tetraplegia. Anche applicando la scriminante sportiva, così com'è stata formulata finora dalla dottrina, il giudice dovrebbe riconoscere che nonostante il danneggiato abbia un'infermità permanente minimo del 70%, questo non ha diritto alla reintegrazione del danno, poiché entrando in campo ha accettato il rischio di una lesione derivante dal normale svolgimento dell'attività sportiva.

Il rischio assunto dalle parti, in questo senso, opera in base alla scelta dell'ordinamento di favorire la pratica di attività sportive, incoraggiandone il concreto esercizio e fissando, solo per alcuni comportamenti, precisi limiti di intervento. La responsabilità civile, nella sua dimensione repressiva, si attiverà solo in relazione alle ipotesi di danno riconosciute come le più gravi, cioè le azioni gravemente colpevoli che comportano danni causati da dolo o da colpa grave.

Quest'impostazione, però, ancorando la responsabilità sportiva alla colpa dell'agente, non tiene minimamente conto del principio di solidarietà che riconosce nella lesione di interessi protetti – quale, sicuramente, l'integrità fisica – un limite della libertà d'agire e un presupposto della responsabilità del danneggiante.

Appare quindi evidente la necessità di declinare il parametro di *normalità* non solo in relazione al fatto, ma anche in relazione al danno: è fondamentale capire quale sia la soglia massima di danno che, nelle varie gradazioni di agonismo, si reputa accettabile – quindi scriminabile – e quella che invece – poiché sproporzionata rispetto a quanto l'atleta poteva prospettarsi scendendo in campo – è da considerarsi illegittima.

Comprendendo il rischio di espansione ipertrofica della responsabilità e anticipando le critiche di quanti potrebbero sostenere che, in una società c.d. *assicurata*⁵⁴, tener conto del principio di solidarietà porterebbe ad un ingiustificato flusso di denaro, si ricorda la principale funzione della responsabilità civile: quella *organizzativa*⁵⁵.

In un ordinamento costituzionalmente orientato, infatti, la distribuzione del costo dell'attività dei consociati non può non tener conto dei diritti fondamentali dell'uomo.

gamba) da comportare la prevedibilità di conseguenze gravemente lesive non ammissibili, per di più in un incontro tra dilettanti». Cass. pen., 30 aprile 1992, in *Foro it.*, 1993, II, 79

⁵³ Così come accaduto in Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2012, n. 16261, in *Danno e Resp.*, 2003, I, 23.

⁵⁴ In questo senso PONZANELLI, *Il giudice e la legge nei diritti della responsabilità civile*, Trento, 23 aprile 2015, in rete: <https://www.youtube.com/watch?v=I-o5LKq9vKY>

⁵⁵ MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, vol. III, UTET, Torino, 1998.

Facendo propria quella visione che identifica nella responsabilità civile il collante delle varie branche dell'ordinamento, la scriminante sportiva *adeguata* si propone l'obiettivo di bilanciare le varie istanze in gioco. Il riferimento alla normalità del danno, oltre che del fatto, permetterebbe infatti di riconoscere un risarcimento a quanti subiscano delle menomazioni che in nessun modo possono ricondursi all'attività sportiva praticata. Da questo la necessità di declinare, in base agli stessi parametri considerati per determinare la normalità del fatto⁵⁶, la soglia di danno normale in ogni singolo ambito sportivo: mai un giocatore di rugby si sognerebbe di chiedere il risarcimento del danno per il naso rotto, come del resto mai una ballerina di danza sportiva citerebbe in giudizio il partner per averle incrinato una costola durante una presa. Determinata la normalità del danno, quindi si sarebbe in grado di riconoscere la risarcibilità dell'evento lesivo che, anche se dovuto a caso fortuito, comporti infermità permanenti in percentuali insopportabili. Sempre in un'ottica «organizzativa», poi, si potrebbe ipotizzare che il danno derivante da caso fortuito porti ad una distribuzione del costo dell'attività tale da non riconoscere un risarcimento integrale del danno. L'assenza di colpa del danneggiante, infatti, farebbe apparire ingiustificata l'imposizione allo stesso di tutto l'onere risarcitorio. In un caso come questo, quindi, qualora fosse riconosciuta l'eccezionalità del danno subito, la scriminante sportiva adeguata non potrebbe trovare applicazione, riconoscendo il l'illiceità del fatto dell'alunno e la conseguente responsabilità del M.I.U.R. Appare, infatti, ragionevole far ricadere l'onere risarcitorio sul Ministero dell'Istruzione, senza possibilità di agire in regresso nei confronti dell'insegnante: lo Stato, in questo senso, assumerebbe il ruolo di garante del parziale risarcimento reso esigibile dal bilanciamento dei vari interessi coinvolti.

⁵⁶ Natura dell'attività sportiva, livello della competizione, regole tecniche, cautele a salvaguardia dell'integrità fisica di compagni e avversari.

IL GIOVANE CESTISTA DANNEGGIATO E L'ASSOCIAZIONE SPORTIVA: RESPONSABILITÀ DEL SORVEGLIANTE, TUTELA CONTRATTUALE DELL'ATLETA E SCRIMINANTE SPORTIVA

di Anna Laura Mogetta

IL CASO

In occasione di una partita di basket tra giovanissimi dilettanti, si verifica uno scontro tra giocatori, entrambi minori, durante una concitata azione di contropiede: nonostante le carenze probatorie della parte attrice sulle modalità dell'infortunio, dall'istruttoria emerge che uno dei due atleti è caduto in terra, verosimilmente, a causa di una spinta dell'avversario, riportando per questo gravi lesioni al ginocchio sinistro. In seguito all'infortunio, il minore viene immediatamente accompagnato in ospedale dal padre, dove si accerta il trauma contusivo-distorsivo, a sua volta causa della rottura dei legamenti crociati anteriori del ginocchio, che renderà necessaria la successiva sottoposizione del giovane atleta ad un intervento chirurgico, circa tre mesi dopo l'accaduto.

I genitori del danneggiato agiscono quindi in giudizio per il risarcimento del danno contro l'associazione sportiva presso la quale avevano iscritto il figlio per la fruizione dei corsi di basket organizzati dalla stessa. La pretesa risarcitoria vantata nei confronti dell'associazione sportiva viene ricondotta dalla parte attrice a due diverse formule di imputazione del danno. In primo luogo, nell'ambito di una tutela di tipo extracontrattuale, si richiamano gli artt. 2047-2048 c.c., per sostenere la responsabilità dell'associazione per il danno cagionato al minore, in quanto quest'ultimo, al momento del fatto, si trovava affidato alla sua sorveglianza o più genericamente, sotto la sua sfera di controllo. A presidio della medesima pretesa, viene poi invocata una responsabilità per inadempimento del contratto, atipico, di istruzione sportiva, che si presume concluso tra l'associazione ed i tutori del minore. In forza di tale legame contrattuale, infatti, i ricorrenti assumono che la predetta società avrebbe dovuto vigilare sulla sicurezza ed integrità dell'allievo. Si rinuncia invece a far leva sulla responsabilità da contatto sociale, in astratto configurabile, nei confronti dell'allenatore, verosimilmente presente al momento dello scontro sul campo di gioco e rivestito della qualità di ausiliario della prestazione dovuta dall'associazione convenuta in giudizio. Il giudice, non prima di aver sottolineato la genericità dell'atto introduttivo e delle successive memorie della parte attrice che rende difficile identificare la precisa modalità dell'infortunio, ritiene di rigettare la domanda in relazione a tutte le norme invocate. Ritenuto nel caso di specie il minore incapace, il giudice esamina il profilo della responsabilità del sorvegliante *ex art. 2047 c.c.*, richiamandosi ai principi affermati al riguardo dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.7247/2011. In particolare, si ricorda la necessità che il giudice preliminarmente accerti se il comportamento dell'incapace sia qualificabile oggettivamente come antigiuridico, oltre che fonte del danno lamentato sotto un profilo meramente causale: solo in presenza di questo presupposto, infatti, sarà possibile riconoscere la responsabilità del sorvegliante *ex art. 2047 c.c.*, salva in ogni caso la possibilità, per quest'ultimo, di fornire la prova liberatoria contemplata dalla norma invocata. Nel caso di lesioni personali ad un partecipante all'attività sportiva a seguito di un fatto posto in essere da un altro partecipante, precisa la Corte di Cassazione nella richiamata sentenza, si deve riconoscere esonero da responsabilità qualora il fatto lesivo derivi da una condotta strettamente funzionale allo svolgimento

del gioco, nonché priva dello scopo di ledere e di un grado di irruenza incompatibile con lo sport praticato. Entro queste coordinate, il giudice esclude il profilo dell'antigiuridicità del fatto, quindi l'ingiustizia del danno: essendo esclusa l'esistenza degli elementi costitutivi dell'illecito civile in base ai principi generali sulla responsabilità aquiliana, deve di conseguenza escludersi la responsabilità della convenuta ex art.2047 c.c. Secondo il giudice, non emergendo elementi fattuali in senso contrario, tre sono i rilievi che giustificano la sua conclusione: la giovane età degli atleti, la circostanza che l'impatto fosse avvenuto nell'ambito di un'azione di gioco, ed infine la ritenuta compatibilità del grado di irruenza dello scontro con le caratteristiche di una partita di basket. Con riferimento all'imputazione fondata sull'inadempimento contrattuale dell'obbligazione di vigilare sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo, il giudice esclude la responsabilità della convenuta anche sotto questo profilo, ritenendo l'evento, in base alla regola generale contenuta nell'art. 1218 c.c., determinato da causa ad essa non imputabile, poiché repentino quindi imprevedibile e non prevenibile. In particolare, non vengono rilevati profili di negligenza ascrivibili all'associazione sportiva per la mancanza di medicinali o di adeguata assistenza a bordo campo: tali carenze, si afferma in motivazione, non comportano responsabilità in base alla circostanza di fatto che, secondo un giudizio *ex post*, la tipologia delle lesioni in concreto riportate dall'allievo non avrebbe consentito a tali precauzioni di eliminare o altrimenti ridurre le conseguenze dannose dello scontro.

Infine, su un piano più generale, si sottolinea come la caduta sia stata così repentina da non essere né prevedibile né prevenibile, in base all'ordinaria diligenza, da parte del debitore: va sottolineato come, ancora una volta, il giudice non sia giunto a tale conclusione in base alle risultanze probatorie fornite dalla convenuta, sulla quale grava, in base ai principi generali della responsabilità derivante da contratto, l'onere di fornire la prova della propria diligenza, pena soccombenza in giudizio, ma piuttosto in relazione ad una circostanza di fatto, prescindendo quindi da qualsiasi valutazione in merito all'idoneità delle precauzioni adottate in concreto rispetto a quelle che, ragionevolmente, il creditore poteva attendersi in relazione alla tutela della sicurezza e integrità del minore, obbligazione preesistente e implicita nel contratto concluso con l'associazione sportiva. Tale profilo sarà analizzato più in dettaglio nel commento critico alla sentenza.

In conclusione e a titolo di completezza, è possibile anche sottolineare come il giudice, a margine della motivazione, sembri evocare profili di un potenziale concorso di colpa del danneggiato.

Essendo infatti emerso che il minore aveva già subito lesioni al ginocchio, in occasione di partite precedenti rispetto a quelle oggetto di contestazione, con conseguente prescrizione di riposo da parte del sanitario, il giudice sottolinea la possibile rilevanza della scelta imprudente dei genitori di far partecipare comunque il figlio alla competizione, nonostante la contezza delle sue non perfette condizioni fisiche, cosa che invece non è possibile dire con assoluta certezza per all'associazione sportiva

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CAMPOBASSO

in composizione monocratica, nella persona del giudice Barbara PREVIATI, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in primo grado iscritta al numero d'ordine 615 dell'anno 2007, pervenuta per la prima volta all'attenzione della scrivente all'udienza del 2.10.2013, decisa in data odierna previa concessione di termine per note conclusionali fino al 6.05.2014, vertente TRA

P.M.R. e P.F. quali genitori esercenti la potestà sul figlio minore P.M., rappresentati e difesi dall'avv. Demetrio RIVELLINO

ATTORI

E

OLIMPIA BASKET CAMPOBASSO, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ferdinando IAZZETTA e Anna DI BIANCO

CONVENUTA

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Preliminarmente deve prendersi atto che nessuna delle parti ha provveduto all'integrazione del contraddittorio nei confronti della cassa di previdenza degli sportivi, richiesta inizialmente dalla convenuta, onere che era stato posto a carico della parte più diligente con l'ordinanza del 15.10.2006. Deve quindi dichiararsi la decadenza delle parti dalla chiamata in causa.

Va anche premesso che parte attrice, nell'atto introduttivo e nelle successive memorie, non ha specificato e precisato le modalità con le quali si è verificato l'infortunio del minore durante le due partite di basket in contestazione (quella dell'8.02.2006 e quella del 12-03.2006), non avendo sufficientemente allegato se la caduta del ragazzo sia stata causata da terzi giocatori oppure da una caduta durante un'azione di gioco o se nell'una e nell'altra partita ci siano state differenti modalità di infortunio, anche perché la stessa relazione medica di parte si riferisce alle sole lesioni scaturite dalla partita del 9.02.2006.

Ciò posto, la domanda risarcitoria va rigettata, sia se ritenuta proposta ex art. 2048 c.c. (alla luce delle precisazioni contenute nella memoria 183 comma VI n. 1), depositata da parte attrice in data 4.01.2010), sia se ritenuta proposta ex art. 2047 c.c. o 2043 c.c. e, comunque, anche se ritenuta proposta a titolo contrattuale.

Nel caso in esame è emerso dall'istruttoria espletata (vista la genericità dell'atto introduttivo sul punto) che il minore ha subito lesioni durante una partita di basket, cadendo in un'azione di contropiede, perché spinto da un avversario (cfr. teste di parte attrice N.P., dalla cui deposizione non si evince con certezza se intendesse riferirsi alla prima partita, quella dell'8.02.2006, o alla seconda del 12.03.2006).

L'art. 2047 cod. civ. stabilisce che "in caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto".

Ai fini del riconoscimento della responsabilità del sorvegliante, a norma dell'art. 2047 cod. civ., è necessario che il fatto commesso dall'incapace presenti tutte le caratteristiche oggettive dell'antigiuridicità e cioè che sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito. Ne consegue che, nell'ipotesi di lesione personale inferta da un minore ad un altro nel corso di una competizione sportiva, occorre verificare, al fine di escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'incapace e la conseguente responsabilità del sorvegliante, se il fatto lesivo derivi o meno da una condotta strettamente funzionale allo svolgimento del gioco, che non sia compiuto con lo scopo di ledere e che non sia caratterizzato da un grado di violenza od irruenza incompatibile con lo sport praticato (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7247 del 30/03/2011, Rv. 617583).

Secondo le indicazioni della S.C., qualora siano derivate lesioni personali ad un partecipante all'attività sportiva a seguito di un fatto posto in essere da un altro

partecipante, il criterio per individuare in quali ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo, collegamento che va escluso se l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco, con la conseguenza che sussiste in ogni caso la responsabilità dell'agente in ipotesi di atti compiuti allo specifico scopo di ledere, anche se gli stessi non integrino una violazione delle regole dell'attività svolta; la responsabilità non sussiste invece se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole dell'attività, e non sussiste neppure se, pur in presenza di violazione delle regole proprie dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso.

Nel caso in questione, tenuto conto che si trattava di una partita di basket tra giovani giocatori, che l'impatto, stando alle scarse indicazioni provenienti dalla prova testi, è avvenuto nell'ambito del gioco ed era a questo collegato, che il grado di irruenza dello scontro era verosimilmente compatibile con le caratteristiche di una partita di basket, anche perché non emergono (né sono tanto meno allegati, specificati o adeguatamente descritti, pur trattandosi di un onere di parte attrice) elementi fattuali di segno diverso, deve escludersi una responsabilità dell'associazione in tal senso.

Essendo esclusa l'ingiustizia del danno, e quindi l'antigiuridicità del fatto, va conseguentemente esclusa sia l'esistenza degli elementi costitutivi dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c. che la responsabilità della convenuta a norma dell'art. 2047 c.c.

Anche volendo ritenere che il ragazzo si sia provocato da solo il danno e, quindi, volendo ritenere che, con l'iscrizione all'associazione sportiva di cui il minore faceva parte, sia derivato un vincolo negoziale, dal quale sorgeva a carico dell'ente l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo, deve comunque escludersi la responsabilità della convenuta ex art. 1218 c.c., perché nel caso in esame l'evento dannoso è stato determinato da causa ad essa non imputabile.

Infatti, non emergono profili di negligenza ascrivibili alla associazione sportiva per la dedotta "carenza di medicinali" o per la mancanza di adeguata assistenza per prestare le cure del caso al minore.

In particolare, in entrambi gli episodi in contestazione, anche alla luce delle lesioni e dei traumi riportati dal minore, non emerge in alcun modo che la presenza di medicinali avrebbe eliminato o ridotto le conseguenze lesive a carico del ragazzo o che un intervento "a bordo campo" (più tempestivo di quello effettuato dai sanitari ove venne portato il minore) avrebbe scongiurato le lesioni subite (proprio vista la tipologia di lesioni, ossia il "trauma contusivo al ginocchio sinistro" refertato in data 9.02.2006 e il "trauma distorsivo al ginocchio sinistro in recente trauma contusivo distorsivo" refertato il 14.03.2006, da cui è scaturita la rottura dei legamenti crociati anteriore del ginocchio sinistro, per la quale il ragazzo fu operato circa tre mesi dopo).

Del resto, si evince dallo stesso racconto degli attori e dalle testimonianze sentite che il ragazzo fu soccorso e portato in ospedale dal padre, che verosimilmente era presente alla partita -o fu chiamato nell'immediato- e si occupò personalmente di accompagnare il figlio presso i sanitari.

In ogni caso, la caduta del minore (che, lo si ripete, non è neanche stata descritta o precisata -dagli attori- nelle sue modalità di verifica nei due diversi episodi), stante la verosimile repentinità del verificarsi, non era prevedibile né prevenibile in base all'ordinaria diligenza da parte dell'associazione sportiva.

Infine, il fatto che il minore avesse già subito lesioni al ginocchio circa un mese prima dei fatti durante la prima partita (con prescrizione, da parte dei sanitari, di "riposo" e di controllo ortopedico) doveva indurre i genitori, che ben conoscevano le condizioni del

ragazzo (mentre non è dato sapere se e in che termini l'associazione fosse stata messa a conoscenza del tipo di infortunio già subito dal minore), a non farlo partecipare alla seconda competizione, quanto meno in via prudenziale.

Segue il rigetto della domanda.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Campobasso, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da P.M.R. e P.F. quali genitori di P.M. contro OLIMPIA BASKET CAMPOBASSO, ogni diversa domanda, istanza o eccezione rigettata o disattesa, così provvede:

- 1) Rigetta la domanda;
- 2) Condanna parte attrice alla refusione delle spese processuali in favore della convenuta, che liquida in Euro 2.500,00 oltre accessori come per legge.

Così deciso in Campobasso, il 15 maggio 2014.

Depositata in Cancelleria il 15 maggio 2014.

Tribunale di Campobasso, sentenza 15 maggio 2014; Est. PREVIATI; P.M.R. e P.F. quali genitori esercenti la potestà sul figlio minore P.M (Avv. RIVELLINO) c. OLIMPIA BASKET CAMPOBASSO (Avv.ti IAZZETTA, DI BIANCO).

Responsabilità civile – Sport – Basket - Attività sportiva svolta da minore – Responsabilità del sorvegliante ex art. 2047 c.c. – Condizioni - Esclusione (Cod. civ., art. 2043, 2047).

Responsabilità civile - Sport – Basket – Attività sportiva svolta da minore – Inadempimento obbligo contrattuale di vigilanza sulla sicurezza e incolumità dell'atleta – Esclusione (Cod. civ., art. 1218).

Ai fini del riconoscimento della responsabilità del sorvegliante, a norma dell'art. 2047 c.c., è necessario che il fatto commesso dall'incapace presenti tutte le caratteristiche oggettive dell'antigiuridicità e cioè che sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito. Ne consegue che, nell'ipotesi di lesione personale inferta da un minore ad un altro nel corso di una competizione sportiva, occorre verificare, al fine di escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'incapace e la conseguente responsabilità del sorvegliante, se il fatto lesivo derivi o meno da una condotta strettamente funzionale allo svolgimento del gioco, che non sia compiuto con lo scopo di ledere e che non sia caratterizzato da un grado di violenza o irruenza incompatibile con lo sport praticato. (nella specie, si trattava di lesioni riportate da un giocatore minorenni nel corso di una partita di basket, a seguito di impatto avvenuto in azione di gioco, il cui grado di irruenza è risultato compatibile con le caratteristiche di tale sport).
(1)

Quand'anche con l'iscrizione ad una associazione sportiva derivi un vincolo negoziale, dal quale sorga a carico dell'ente una obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo, deve comunque escludersi la responsabilità dell'associazione ex art. 1218 c.c. quando l'evento dannoso è stato determinato da causa ad essa non imputabile. (nella specie, la lesione sarebbe stata causata, nel corso di una partita di

basket, da caduta avvenuta verosimilmente in modo così repentino, da non essere né prevedibile né prevenibile in base all'ordinaria diligenza da parte della associazione sportiva). (2)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità, la prima elaborazione in merito all'esclusione dell'antigiuridicità per tutti gli eventi dannosi occorsi durante lo svolgimento di una gara sportiva, nel caso di rispetto delle regole di gioco o, in caso di loro violazione, nel caso di riscontro di un collegamento strettamente funzionale della condotta con lo sport praticato, avviene in ambito penalistico, in particolare: Cass. pen., sez. IV, 27 marzo 2001, n.24942, in *DeJure banca dati*; Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2005, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2006, 4, 1584, (nota di: RAFFAELE); Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2008, n. 44306, in *DeJure banca dati*; Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2009, n.17923, in *DeJure banca dati*; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2010, n.10138, in *DeJure banca dati*. Tale orientamento viene recepito successivamente anche in ambito civilistico: Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n.12012, in *DeJure banca dati*; Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2004, n. 20597, in *DeJure banca dati*; Cass. civ., sez. III, 27 ottobre 2005, n. 20908, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 10; Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 2009, n. 22811, in *DeJure banca dati*; Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2011, n.7247, in *Foro it.* 2011, 11, I, 3095. Nella giurisprudenza di merito, tra i numerosi precedenti che richiamano i concetti di collegamento strettamente funzionale all'attività sportiva e al cd. rischio sportivo consentito, si annoverano: Trib. Roma, sez. II, 8 settembre 2003, in *Leggi d'Italia*; Trib. Milano, 24 giugno 2004, in *Leggi d'Italia*; Trib. Genova, sez. II, 22 febbraio 2008, in *Leggi d'Italia*; Trib. L'Aquila, 21 aprile 2008, in *Leggi d'Italia*; Trib. Milano, sez. X, 23 febbraio 2009, n.2430, in *DeJure banca dati*; Trib. Rovereto, 6 agosto 2010, in *DeJure banca dati*; Trib. Pavia, sez. I, 10 febbraio 2010, n.89, in *DeJure banca dati*; Trib. Piacenza, 1 giugno 2010, n.404, in *DeJure banca dati*; Trib. Bologna, sez. III, 20 giugno 2011, in *DeJure banca dati*; Trib. Reggio Emilia, 8 novembre 2012, n. 1890, in *DeJure banca dati*; Corte appello Bari, sez. III, 21 dicembre 2012, n.1413, in *DeJure banca dati*.

In dottrina, con riferimento alle peculiarità che la responsabilità civile assume con riferimento alla pratica di un'attività sportiva da parte di minori, si veda F. MONCALVO, *Sulla responsabilità civile degli insegnanti di educazione fisica e degli istruttori sportivi*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc.11, 2006, pag. 1839; D. CHINDEMI, *La responsabilità dell'insegnante per i danni subiti dall'alunno*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.10, 2011, pag. 2137B; M. FRANZONI, *La responsabilità civile nell'esercizio di attività sportive*, in *Resp. civ.*, 2009, 11, 922; M. CIMMINO, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, in *Fam. e Dir.*, 2012, 2, 143; PUTORTÌ, *Manifestazione sportiva tra minori e responsabilità dell'organizzatore*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 3, 179; FRAU, *La responsabilità civile sportiva nel calcio: collegamento funzionale all'azione di gioco, tipologia di gara e qualità dei partecipanti*, in *Resp. civ. e Prev.*, fasc.11, 2011, pag. 2253; più in generale, con riguardo alla responsabilità per il danno cagionato dall'incapace: BATÀ, *Danno cagionato da minore*, in *Danno e Resp.*, 2001, 11, 1105; DI CIOMMO, *Figli, discepoli e discoli in una giurisprudenza «bacchettona»?*, in *Danno e Resp.*, 2001, 3, 257.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità, il riconoscimento del contratto di insegnamento come fonte di obblighi di protezione, e, in particolare, di quello di farsi carico della tutela dell'incolumità fisica degli allievi si deve a Cass. civ., S.U., 27 giugno 2002, n.9346, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1012; Cass.

civ., sez. III, 18 novembre 2005, n.24456, in *Giust. civ. Mass.* 2006, I, (nota di BATTAGLIA); Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2010, n.5067, in *Giust. civ.* 2011, 12, I, 2931, (nota di COCUCCIO); Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2010, n.9325, in *DeJure banca dati*; Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 2011, n.2559, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 2, 175; Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2014, n.2413, in *Dir. e Giust.* 2014; Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3612, in *DeJure banca dati*. Nella giurisprudenza di merito, tra le numerose manifestazioni della tutela espressa dal contratto atipico in discorso, si annoverano: Trib. Savona, 9 agosto 2004, in *Leggi d'Italia*; Trib. Milano, sez. X, 21 giugno 2008, in *Leggi d'Italia*; Trib. Aosta, 9 febbraio 2010, in *Leggi d'Italia*; Trib. Roma, sez. XIII, 14 dicembre 2010, in *Leggi d'Italia*; Trib. L'Aquila, 21 aprile 2010, in *Leggi d'Italia*; Trib. Rovereto, 6 agosto 2010, in *DeJure banca dati*; Trib. Napoli, sez. III, 4 dicembre 2012, in *Leggi d'Italia*; Trib. Messina, sez. I, 11 giugno 2012, in *Leggi d'Italia*; Trib. Rovereto, 14 febbraio 2013, in *DeJure banca dati*; Trib. Massa, 15 aprile 2015, in *DeJure banca dati*; Trib. Potenza, 16 gennaio 2015, in *DeJure banca dati*. In dottrina, con riferimento all'esigibilità contrattuale dell'obbligo di protezione e vigilanza: BALDASSARRE, *La responsabilità degli insegnanti di una disciplina sportiva*, in *Danno e Resp.*, 2010, 6, 601; FOGLIA, *Danno cagionato dall'alunno a se stesso: il problema del regime della prova*, in *Danno e Resp.*, 2012, 8; 9, 889; TRIPODI, *Condotta autolesiva dell'allievo e responsabilità contrattuale della scuola di sci*, in *Danno e Resp.*, 2013, 2, 169; AGNINO, *Il fatto repentino ed improvviso esclude la responsabilità dei precettori*, in *Danno e Resp.*, 2002, 3, 283. Per un generale inquadramento dei contratti con effetti protettivi: MACARIO, SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, 701; LEPRE, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità?*, in *Giur. merito*, fasc.11, 2007, pag. 3063; DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2015, pag.1.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La doppia anima dell'attività sportiva e il mondo della responsabilità civile; 3. L'esclusione dell'ingiustizia del danno alla luce della cd. scriminante sportiva: un difficile bilanciamento; 4. La prova dell'inadempimento contrattuale relativo all'obbligo di vigilanza sull'incolumità degli allievi.

1. Il caso

La sentenza in esame si pronuncia su un caso di lesioni al ginocchio subite, durante un'azione di gioco, da un minore: a fronte di tale infortunio, i genitori del giovane atleta convenivano in giudizio l'associazione sportiva, presso cui il minore era iscritto, invocando a fondamento della propria pretesa risarcitoria la violazione del dovere di vigilanza sull'incolumità degli allievi, tanto a titolo di responsabilità extracontrattuale quanto a titolo di responsabilità contrattuale. Il Tribunale di Campobasso rigetta la domanda attorea, sotto entrambi i profili richiamati.

La responsabilità aquiliana viene esclusa riconoscendo applicazione alla cd. scriminante sportiva: il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza penale, pone alcuni problemi laddove si consideri la tipologia della domanda, avente natura risarcitoria del danno, ed il contesto in cui, nella fattispecie che si analizza, è stato applicato. Altre questioni sollevano gli argomenti utilizzati dal giudice per escludere la responsabilità contrattuale dell'associazione convenuta in giudizio: l'onere probatorio

della causa non imputabile al debitore inadempiente sembra assolto dalle caratteristiche del fatto, così repentino da essere, ad avviso del giudice, necessariamente imprevedibile e non prevenibile in alcun modo.

2. La doppia anima dell'attività sportiva e il mondo della responsabilità civile

La sentenza che si annota offre la possibilità di analizzare i particolari profili che la responsabilità civile assume quando entra in contatto con lo svolgimento dell'attività sportiva, con le specificità, però, legate alla circostanza che i soggetti coinvolti siano minori.

Nonostante, ad un primo sguardo, i due mondi, della responsabilità civile e dello sport, possano sembrare difficilmente conciliabili, richiamando il primo l'idea di una inescusabile violazione di regole e precetti da cui scaturiscono conseguenze sul piano risarcitorio, evocando invece il secondo l'importante valore sociale e ricreativo dello sport con i suoi indiscussi effetti benefici per la salute e la personalità degli individui che lo praticano, è impossibile, tuttavia, non constatare come dottrina e giurisprudenza non abbiano potuto esimersi, da lungo tempo, dal tentativo di ricercare soluzioni per armonizzare queste due sfere che, forse più di altre, sono percepite dalla sensibilità di ciascuno come direttamente e primariamente riguardanti la persona, nella sua vita quotidiana.

Negli ultimi anni, infatti, lo sport ha conosciuto una sempre maggiore diffusione, in considerazione soprattutto della crescente iniziazione, alle più varie discipline, di soggetti sin dalla tenera età, e ciò ha inevitabilmente fatto emergere l'attitudine dell'attività sportiva a presentarsi come fonte di frequenti episodi di danno per l'integrità di coloro che vi partecipano, ponendo la questione del difficile bilanciamento tra interessi di grande rilevanza per l'ordinamento giuridico. Più specificatamente, le tematiche sollevate dalla sentenza in questione si intrecciano inscindibilmente alla doppia anima dell'attività sportiva: da un lato, lo sport come attività individuale in cui si esplica per eccellenza la libertà della persona, che trova un limite, seppur mobile, nella necessità di maggiore responsabilizzazione dei partecipanti in vista di una effettiva tutela dell'integrità fisica e sicurezza di coloro con i quali entrano in contatto in occasione delle più diverse manifestazioni sportive; dall'altro, lo sport nella sua dimensione di attività organizzata che, postulando necessariamente la presenza di numerose figure e istituzioni, pone il problema dei criteri attraverso i quali allocare le responsabilità per i danni connessi all'esercizio di tale attività. Nel commento, l'analisi sarà rivolta principalmente alla trattazione di due questioni: la prima ha ad oggetto, nel quadro più ampio dell'invocata responsabilità extracontrattuale dell'ente sportivo, il concetto di ingiustizia del danno, con riguardo particolare alla problematica applicazione, all'attività sportiva dilettantistica svolta da minori, della teoria del cd. rischio sportivo consentito, usata dai giudici per farne discendere l'esclusione dell'antigiuridicità del fatto commesso da un giovane atleta alle spese di un suo avversario, con conseguente negazione della risarcibilità del danno subito durante la partita di pallacanestro.

La seconda parte sarà, invece, dedicata al problema della possibile invocazione di una tutela di tipo contrattuale nei confronti dell'associazione sportiva cui il minore danneggiato era iscritto, circostanza quest'ultima che solleva, a sua volta, la questione della possibile violazione da parte della società di obblighi di protezione nei confronti dei suoi allievi, dedotti, seppur implicitamente, nel contratto di insegnamento della disciplina sportiva, e per tali ragioni preesistenti alla verifica del danno.

3. L'esclusione dell'ingiustizia del danno alla luce della cd. scriminante sportiva: un difficile bilanciamento

L'ingiustizia del danno è un requisito oggettivo, radicalmente diverso dalla colpa, dal momento che richiede all'interprete di operare un bilanciamento, alla luce degli interessi che la Costituzione riconosce e tutela, tra la libertà del danneggiante e la protezione del danneggiato. Il problema fondamentale che l'ingiustizia del danno è chiamata ad affrontare, in quanto clausola generale che nel nostro sistema di responsabilità civile si distingue proprio per il suo essere vero e proprio polmone aperto alla conciliazione dei diversi interessi in gioco, è il contemperamento di libertà e opposte libertà¹.

La rilevanza giuridica dell'interesse si può evincere, non soltanto da una specifica norma, ma anche dalla dimensione complessiva del sistema. Date queste premesse, è dunque possibile ritenere che lo sport, pur in assenza di un suo esplicito riconoscimento nella Costituzione, sia qualificabile come interesse giuridicamente rilevante alla luce di norme costituzionali di primaria importanza, quali l'art. 32.1 sul diritto alla salute coordinato con l'art. 3.2 per favorire il pieno sviluppo della personalità del singolo, l'art. 2 sul riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità ed infine, data la sempre più diffusa dimensione collettiva e organizzata del fenomeno, l'art.18 sulla libertà di associazione².

Nel caso di attività sportiva svolta da minori, è stata inoltre precisata l'enorme importanza, ricreativa ed educativa, del fenomeno vista anche la crescente attenzione a livello internazionale³.

Alla luce di queste premesse, si comprende come, non essendo infrequenti nella vita concreta dello sport eventi causativi di danno, si renda necessario, come nel caso analizzato dalla sentenza che si annota, un delicato bilanciamento tra esigenza di tutela dell'integrità fisica del minore e la pari necessità che l'attività sportiva sia svolta dai medesimi con la più ampia libertà e spensieratezza.

Chiamato a giudicare sulla responsabilità dell'ente associativo in base al disposto dell'art. 2047 c.c.⁴⁵, visto il dovere di sorveglianza che la norma pone in capo alle

¹ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964

² In tema cfr. PARRINELLO, *Attività sportiva e sviluppo della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 1991; T. PENSABENE LIONTI, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm.*, fasc.3, 2012, pag. 415.

³ CIMMINO, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, in *Fam. Dir.*, 2012, 2, 143, nota a Cass. civ. Sez.III, 30 marzo 2011, n.7247, (caso di responsabilità civile derivante da fatto commesso da un minore nella pratica sportiva). L'Autrice richiama, tra i tanti riferimenti, la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989) che sancisce il diritto del minore a dedicarsi al gioco e alle attività ricreative proprie della sua età; la Carta Internazionale dello Sport e dell'educazione fisica dell'Unesco (1978) il cui art.1 definisce lo sport come indispensabile allo sviluppo della personalità di ogni essere umano.

⁴ Art.2047 cc "In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto": sebbene condivida con l'art. 2048 la stessa prova liberatoria, il "non aver potuto impedire il fatto",diverso ne è il presupposto in quanto l'art.2047 si applica al caso di fatto dannoso cagionato da persona incapace di intendere e di volere (nel caso specifico, dal minore, in base all'apprezzamento del giudice di merito come indicato da Cass. Civ., III sez, n.12012/2002, non ancora mature per compiere scelte di comportamento autonome) mentre l'art. 2048 si occupa dell'ipotesi di fatto illecito commesso da un minore d'età capace di intendere e di volere.

⁵ Cass. civ., S.U., 27 giugno 2002, n.9346, in Resp. civ. e prev. 2002, 1012 (nota di: FACCI) chiarisce che la presunzione di responsabilità posta a carico dei precettori trova applicazione limitatamente al danno cagionato ad un terzo dal fatto illecito dell'allievo: essa pertanto non è invocabile al fine di ottenere il risarcimento del danno che l'allievo abbia, con la sua condotta, procurato a se stesso.

persone cui, di volta in volta, la cura dell'incapace sia affidata⁶, facendo discendere dunque la responsabilità del fatto dalla sottoposizione del minore danneggiato alla sua sfera di controllo, il Tribunale di Campobasso⁷ non ha perso l'occasione di allinearsi agli ultimi orientamenti della Suprema Corte in materia⁸, nei quali si coglie un ampio riferimento, in modo più o meno esplicito, al concetto di collegamento strettamente funzionale tra condotta del danneggiante ed evento lesivo⁹, idoneo nella maggior parte dei casi ad escludere la perseguibilità giuridica della condotta dannosa: stabilendo tale discriminazione tra lecito e illecito, si esprime l'esigenza di tollerare¹⁰, entro certi limiti, l'eventualità di una lesione all'integrità fisica dell'atleta, che si verifichi durante una contesa sportiva.

Anche nel caso in esame dunque, il ragionamento ruota intorno alla possibilità di riconoscere ed applicare la scriminante atipica del rischio sportivo consentito¹¹, laddove si richiede al danneggiato, per la qualificazione dell'evento lesivo come illecito, la prova che quest'ultimo sia stato caratterizzato da un grado di violenza non consono al tipo di sport praticato, proprio in ragione della circostanza della sua verifica durante un'azione di gioco e della presunzione del suo legame teleologico con essa. L'utilizzo di tale categoria presuppone necessariamente che un atleta, nel momento in cui decide di iniziare a praticare una specifica attività sportiva, accetti consapevolmente tutte le conseguenze lesive che rientrano nell'alea normale della disciplina in concreto praticata: si ammette cioè la possibilità che azioni generalmente ritenute pericolose possano essere giudicate normali per un determinato sport, con la conseguenza di riconoscere, in tale ambito, un minor rigore nella valutazione della condotta degli atleti, riducendone drasticamente l'ambito di illiceità. In senso conforme, il Tribunale di Milano ha affermato che "i partecipanti ad una partita di calcetto, decidendo di scendere in campo, assumono il rischio di condotte violente degli altri competitori non conformi alle regole del gioco, le quali non sono fonte di responsabilità civile qualora siano poste in essere senza l'intenzione di ledere la persona altrui o comunque non denotino

⁶ cfr. ad es. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1998.

⁷ Per lo stesso richiamo al criterio del collegamento strettamente funzionale, ma relativamente al gioco del calcio, vd. Trib. Pistoia, 30 maggio 2013, n.55, con nota di FRAU, *Responsabilità civile sportiva nel « calcio a sette » e collegamento funzionale all'azione di gioco*, in *Resp. civ. e Prev.*, fasc.4, 2014, pag. 1335.

⁸ cfr. nella giurisprudenza di legittimità, in particolare: Cass. civ., sez.III,2010 , n.7125(esclusa responsabilità del giocatore e dell'associazione che aveva organizzato la partita di calcetto, ritenendo l'incidente avvenuto in condizioni di rischio consentito che esclude l'ingiustizia del danno); Cass. civ., sez.III,2011, n.7247 (esclusa responsabilità dell'associazione sportiva per il trauma facciale riportato da un giocatore minorenne a seguito di una "testata" dell'avversario durante una partita di calcio, utilizzando l'argomento del collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo, precisando la sua configurabilità in astratto anche in caso di violazione delle regole proprie dell'attività svolta, tranne nel caso in cui si riscontri una specifica volontà di ledere); Cass. civ., sez.III, 2014, n.3612 (nell'ambito dell'azione di responsabilità nei confronti di una scuola di sci da parte dei genitori del minore iscritto, si fa riferimento alla caduta del medesimo come facente parte del "rischio accettato"); Cass. civ., sez.III, n.22811/2009 (esclusione del nesso causale tra una spinta dell'avversario, nell'ambito di una partita di calcio, e danno riportato dal minore, in quanto ritenuto dai giudici di merito fallo di gioco "normale").

⁹ Tale criterio distintivo era già stato avanzato da Cass. pen., sez.V, 30 aprile 1992, in *Riv. dir. sport.*1992,324 (nota di VIDIRI) in cui si legge che "il giocatore di calcio è conscio della possibilità di essere irregolarmente atterrato con uno sgambetto, o con una spinta che superi i limiti regolamentari, e partecipando al gioco tacitamente consente al rischio di subire in conseguenza di ciò lesioni".

¹⁰ vd. Cass. pen., sez.V, 20 gennaio 2005, n.19473 dove si sottolinea l'utilità umana dello sport per il miglioramento della salute psicofisica dei cittadini, e quindi l'interesse primario che l'ordinamento statuale riconnette alla pratica dello sport, intesa come altamente educativa.

¹¹ Per un quadro sullo stato attuale del rischio sportivo con specifico riguardo al gioco della pallacanestro, si rimanda a FRAU, *La responsabilità civile per lesioni volontarie nella pallacanestro*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc.6, 2011, nota a Cass. pen., 02 dicembre 2010, n.10138, sez. V.

disprezzo per l'incolumità del concorrente e siano adeguate alla finalità del gioco oltre che ispirate a razionalità sportiva”¹².

Va precisato, tuttavia, che il rischio assunto dall'atleta è variabile in base alla natura dello sport praticato, che può presentare diversi gradi di violenza: si possono infatti distinguere sport a violenza eventuale, come ad esempio il calcio ed il basket¹³, sport di natura violenta, come il pugilato ed infine sport a contatto vietato, come l'atletica leggera.

Il criterio del rischio è inoltre considerato dalla giurisprudenza applicabile anche alle attività non agonistiche¹⁴ che, in quanto tali, giustificerebbero invece un maggiore rigore nella valutazione dei profili di illiceità della condotta lesiva. Tale conclusione sarebbe giustificata, secondo parte degli interpreti, non tanto sulla base di uno scambio implicito di consenso alla lesione “normale”, quanto piuttosto in ragione del *favor* mostrato dall'ordinamento nel suo complesso nei confronti dello sport¹⁵ che conduce a ritenere conformi le condotte tenute dagli atleti che rientrano nel rischio normale di specifiche discipline.

La conseguenza di tale argomento è che il giudice, nella valutazione del caso, dovrà fare necessariamente riferimento al tipo di disciplina ed ai regolamenti emanati dalle federazioni per ogni singola attività sportiva, con l'ulteriore precisazione che al mancato rispetto delle regole di gioco o il collegamento finalistico con lo stesso non segue sempre e necessariamente la qualificazione di illiceità della condotta, dovendosi invece verificare in tali casi l'ulteriore sussistenza di una violenza incompatibile con lo sport praticato o di una specifica volontà di ledere, essendo in particolare quest'ultima idonea ad assorbire qualsiasi argomento in favore dell'esonero da responsabilità¹⁶.

¹² Trib. Milano, 20 dicembre 1999, in *Riv. dir. sport.* 2000, 189 (nota di: CHINÈ; AGNINO).

¹³ FRAU, in vd. nota 7: a sostegno dell'inquadrabilità della pallacanestro come sport a contatto eventuale si richiama testualmente Cass. pen., Sez. V, 2 dicembre 1999-21 febbraio 2000: “Non vi può essere alcun dubbio, infatti, che molte competizioni sportive, e tra esse anche il gioco della pallacanestro, richiedano oltre che abilità specifica anche prontezza di riflessi, vigore fisico, rapidi movimenti e capacità di contrastare l'avversario. Il gioco consiste, infatti, nell'acquisire e mantenere il possesso della palla, impedire che gli avversari se ne impossessino rapidamente verso il canestro avversario e tentare, spesso in posizioni acrobatiche, di mandare la palla nel canestro. È allora evidente che oltre alla abilità nel controllo della palla, di sicuro predominante nel gioco in questione, è necessaria una prestantza fisica, una carica agonistica rilevante, tenuto conto della notevole velocità del gioco, ed una notevole rapidità di esecuzione dei vari movimenti del corpo in situazione statica o di corsa. In tali condizioni, specialmente se si considera che questo gioco viene praticato da persone di notevole statura fisica — sovente vicina ai due metri di altezza — e, quindi, di peso considerevole, non è possibile escludere anche il casuale scontro fisico tra giocatori avversari ed il prodursi di conseguenti eventi lesivi”.

¹⁴ Trib. Monza, 22 luglio 1997, in *Riv. dir. sport.* 1997, 758 (nota di: PALMIERI): in caso di infortunio occorso ad un atleta durante una competizione sportiva non agonistica, nella specie, una partita di squash, i danni per le lesioni riportate non sono normalmente risarcibili, a meno che non venga dimostrata l'intenzionalità della condotta o quantomeno la colpa grave dell'agente, sotto il profilo di una violazione delle regole del gioco, perpetrata con la coscienza di mettere a repentaglio l'incolumità fisica dell'avversario.

¹⁵ cfr. Cass. civ., 8 agosto 2002, n. 12012 : in motivazione, testualmente, si legge: “Non appare revocabile in dubbio che il gioco del calcio, come ogni attività sportiva connotata da competitività e da un certo grado di contrasto fisico tra i partecipanti in funzione del raggiungimento di un risultato favorevole nella disputa, comporta un rischio per l'incolumità dei giocatori insito nello stesso espletamento dell'attività, che è certamente consentita dall'ordinamento e, anzi, promossa e favorita dallo Stato”.

¹⁶ cfr. Cass. pen., 02 dicembre 2010, n. 10138, sez. V (nel giudizio relativo a lesioni occorse durante una partita di pallacanestro, viene confermato che colpire con un pugno l'avversario non già per un eccesso agonistico nella contesa del pallone, bensì per finalità estranee alla competizione, comporta il superamento del limite del c.d. rischio consentito e rende la condotta giuridicamente perseguibile, restando esclusa l'applicabilità della causa di giustificazione non codificata dell'esercizio di attività sportiva).

Per quanto più in particolare interessa ai nostri fini, dal momento che, nel caso in esame, il giudice sembra applicare le regole elaborate in sede di giudizio di responsabilità dello sport professionistico¹⁷, è lecito ritenere quanto meno discutibile la motivazione sul punto, per non aver tentato di conciliare il criterio del rischio consentito con la particolare circostanza che gli avversari in campo fossero giovanissimi atleti. Focalizzando l'attenzione sulla presunta compatibilità dell'atto con lo sport praticato, il giudice, infatti, omette di riconoscere qualsiasi rilievo al contesto non professionale della competizione e, più in generale, al livello dell'attività sportiva praticata in concreto.

Più specificatamente si avverte l'esigenza di sottolineare come, quando il ragionamento sulla responsabilità per danni occorsi in una competizione sportiva coinvolga dei minori, specie se in tenerissima età, il rischio consentito elaborato in relazione ad atleti professionisti non sia in grado di cogliere l'esigenza massima di tutelare gli atleti più giovani, ogni volta che lo sport sia per loro fonte di danno, consentendo di valorizzare insieme l'aspetto ludico del gioco e soprattutto la responsabilità dei soggetti che assumono compiti di custodia nei loro confronti.

Tale aspetto sembra rilevante perché il presupposto per il riconoscimento della responsabilità in capo al sorvegliante è che il fatto commesso dal minore incapace presenti tutti i crismi dell'antigiuridicità¹⁸, nel senso che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un illecito in base ai principi generali che governano la responsabilità aquiliana: ciò significa che la preliminare esclusione dell'antigiuridicità della condotta del minore incapace implica inevitabilmente l'esclusione di ogni responsabilità in capo al sorvegliante, precludendo addirittura la possibilità che egli sia chiamato a fornire elementi idonei ai fini della prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto, nonostante dal tenore dell'art.2047 c.c. emerga una presunzione di *culpa in vigilando* a suo carico.

Così accade davanti al Tribunale di Campobasso, dove si è esclusa la responsabilità dell'associazione sportiva in qualità di sorvegliante, per mancanza di uno dei due fondamentali aspetti del danno ingiusto: la lesione infatti era stata arrecata *iure*, ricorrendo la menzionata cd. scriminante sportiva, riducendo di molto l'ambito di tutela del minore danneggiato rispetto al regime ordinario di tutela extracontrattuale. Essendo pacifico che la responsabilità aquiliana è configurabile solo in presenza di un fatto illecito, nel caso in esame, il giudice ritiene che la parte attrice non abbia sufficientemente indicato sulla base di quali elementi il comportamento del minore antagonista avrebbe potuto essere qualificato come antigiuridico, in particolare, in quanto posto in essere in violazione delle regole del gioco o, più in generale, con un'irruenza incompatibile con lo sport della pallacanestro. In questo quadro, dunque, la tenera età dei partecipanti e la presumibile ridotta carica agonistica dell'evento sportivo non sono stati ritenuti elementi idonei a vincere il principio per cui l'antigiuridicità è da escludersi ogni volta che si riscontri la sussistenza di collegamento funzionale nonché un grado di violenza compatibile con lo sport praticato.

¹⁷ cfr. similmente a quanto riscontrato da CIMMINO, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, in *Fam. Dir.*, 2012, 2, 143, nota a Cass. civ. Sez.III, 30 marzo 2011, n.7247, (caso di responsabilità civile derivante da fatto commesso da un minore nella pratica sportiva; in particolare, si è stabilito che l'associazione organizzatrice di un torneo di calcio tra giovanissimi non risponde delle lesioni riportate dai ragazzi del tutto casualmente durante le partite).

¹⁸ cfr. Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2011, n. 7247.

In merito a tale problema, è stata da alcuni¹⁹ rilevata la necessaria apertura verso un più attento apprezzamento delle caratteristiche connesse alla tipologia di gara, nonché alle qualità degli atleti che vi partecipano, ritenendoli elementi qualificati ad operare come una sorta di contro-filtro del rischio, proprio in ragione delle eventuali peculiarità della contesa sportiva: ciò consentirebbe un più stringente vincolo all'osservanza delle norme di comune prudenza e l'esigenza di un maggior rigore nella valutazione della responsabilità.

L'Autore²⁰, in particolare, nota come il dialogo tra criterio finalistico e gradualità del rischio sportivo possa condurre ad un ambito di irresponsabilità eccessivamente ampio, soprattutto a causa degli incerti confini del parametro di riferimento dell'atleta medio: il correttivo proposto è, in conclusione, quello di valorizzare le concrete caratteristiche della competizione, dando rilievo al tipo di disciplina, al tenore della contesa ed in particolare alla qualità degli allievi coinvolti, tutti elementi ritenuti idonei, in determinate circostanze, a valutare entro parametri più stringenti il livello di violenza o irruenza consentito nelle manifestazioni sportive di ogni genere.

Secondo altri²¹, in aggiunta, sarebbe preferibile invece valorizzare maggiormente il ruolo del rispetto delle regole del gioco²², per una migliore valutazione dell'eventualità che l'atto si sia tradotto nel mancato rispetto dell'altrui incolumità fisica²³: proprio le regole tecniche di gioco, in mancanza di altri parametri più uniformi e precisi, andrebbero elevate al rango di vere norme di condotta, idonee a prevenire fatti dannosi. Nell'ambito delle competizioni tra minori, la proposta centralità di dette regole potrà, al tempo stesso, rispondere all'esigenza sempre più avvertita di responsabilizzare i minori, anche incapaci, a garanzia di una loro adeguata maturazione personale, nonché valorizzare il fondamentale ruolo educativo, e non limitato alla mera sorveglianza, che le associazioni sportive rivestono attraverso gli allenatori ed istruttori, cui sono affidati i giovani atleti.

¹⁹ FRAU, nota a Cass. civ., 30 marzo 2011, n.7247, sez. III, *La responsabilità civile sportiva nel calcio: collegamento funzionale all'azione di gioco, tipologia di gara e qualità dei partecipanti*, in Resp. civ. prev., fasc.11, 2011,.

²⁰ FRAU, cfr. nota precedente

²¹ CIMMINO, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, in Fam. Dir., 2012, 2, 143, nota a Cass. civ. Sez.III, 30 marzo 2011, n.7247.

²² Cass. civ., 06 marzo 1998, n.2486, sez. III,(nota di FRAU, *Il valore delle regole federali sportive nel giudizio di responsabilità civile*, in Resp. civ.e Prev., fasc.4-5, 1999, pag. 1101): confermata responsabilità civile in capo alla società e ad un suo allievo per le lesioni cagionate ad un altro gareggiante, nel corso di una partita di hockey su prato, mediante un colpo di mazza sferrato incautamente all'altezza del volto di quest'ultimo.Viene condivisa l'opinione del giudice di merito che aveva fondato l'obbligazione risarcitoria sulla violazione della norma federale per il gioco dell'hockey nell'esecuzione del colpo, la quale impone all'atleta di non giocare o tentare di giocare la palla "con nessuna parte del bastone al di sopra della spalla": la norma federale, si dice, appare dettata per evitare i rischi di incidenti.

²³ La giurisprudenza mostra una maggiore considerazione per le regole tecniche della disciplina, ai fini del giudizio di responsabilità, riconoscendo a dette norme una duplice finalità: da una parte, di garanzia della correttezza della competizione e, dall'altra della tutela dell'incolumità dei contendenti. cfr. ad es. Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923, dove testualmente si afferma (il caso riguardava un giocatore di pallacanestro che per mantenere il possesso palla aveva tenuto alto il gomito, procurando lesioni ad un avversario):" Il discrimen non può che essere segnato, a giudizio di questa Corte, dal rispetto delle regole tecniche che presiedono alla svolgimento di ciascuna disciplina sportiva. Un compendio di normazione secondaria trasfusa nei regolamenti tecnici di ciascuna Federazione sportiva stabilisce quali debbano essere i canoni comportamentali che devono governare lo svolgimento di un'attività agonistica, vuoi per la salvaguardia delle caratteristiche fondamentali di quella stessa disciplina vuoi per impedire, quanto più possibile, che sia posta a rischio l'integrità fisica dei partecipanti, al di là della componente di alea inevitabilmente insita in qualsivoglia pratica di sport che consenta l'uso (necessario od eventuale) di forza fisica nel contatto tra gli stessi contendenti".

4. La prova dell'inadempimento contrattuale relativo all'obbligo di vigilanza sull'incolumità degli allievi

La sentenza che si annota offre la possibilità di svolgere alcune riflessioni in merito alla tutela attraverso il contratto²⁴ di interessi non patrimoniali²⁶. Infatti, i genitori del minore danneggiato invocano la responsabilità dell'associazione sportiva per inadempimento dell'obbligo di protezione dell'integrità dell'allievo, assumendo che questo discenda direttamente dall'avvenuta iscrizione ai corsi di pallacanestro, dietro pagamento di corrispettivo²⁷.

Il contratto atipico di insegnamento della disciplina sportiva ricomprende, dunque, oltre all'obbligazione di impartire lezioni di pallacanestro, anche l'obbligo di adottare tutte le precauzioni possibili per tenere esente l'allievo da eventuali episodi potenzialmente lesivi dell'incolumità alla persona.

La giurisprudenza riconduce alla categoria dei contratti protettivi, pur in assenza di un'espressa norma codicistica che lo giustifichi, anche i contratti di insegnamento latamente considerati, comprensivi, quindi, non soltanto di quelli stipulati tra allievo ed istituto scolastico²⁸, ma più in generale tutti i contratti di insegnamento nell'ambito dell'istruzione sportiva²⁹. Il maggiore vantaggio che, indubbiamente, deriva dalla possibilità di invocare lo strumento di tutela contrattuale, per sostenere la richiesta risarcibilità del danno riportato dall'allievo in occasione di una competizione sportiva, risiede soprattutto nella più agevole ripartizione degli oneri probatori per il creditore, cui consegue, almeno in astratto, un minor rischio di soccombenza in giudizio. Occorre, a tal riguardo, richiamare la fondamentale sentenza³⁰ con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno segnato un importante punto di svolta, giustificato dalla

²⁴ Sul tema si veda in particolare MACARIO, SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in Contratti, 2010, 7, 701.

²⁵ Per la posizione tradizionale che nega la possibilità che il contratto abbia anche una funzione protettivo-conservativa, il riferimento va a BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in Danno e Resp., 2012, 8 ; 9, 817.

²⁶ Per il riconoscimento formale della categoria dei "contratti protettivi" vd. Cass. civ., S.U., 11 novembre 2008, n.26972 : in tale sentenza, peraltro, la Suprema Corte getta le basi per un futuro orientamento restrittivo in materia, richiedendo, quali condizioni di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, la lesione di diritti inviolabili costituzionalmente garantiti nonché il necessario riferimento alla causa concreta del contratto (quest'ultima evoca la funzione economico-sociale del contratto, cioè di quell'insieme di interessi che le parti potessero considerare al momento della conclusione dell'accordo)

²⁷ Tra le numerose corti di merito che riconoscono, in tali casi, la sussistenza di un autentico rapporto contrattuale con l'associazione sportiva, avente ad oggetto non solo la prestazione di insegnamento della disciplina ma anche quella di protezione dell'incolumità degli allievi, vd. ad es. Trib. Rovereto, 6 agosto 2010 (calcio dilettantistico); Trib. Rovereto, 14 febbraio 2013 (sci); Trib. Milano, 23 febbraio 2009 (basket).

²⁸ Cass., S.U., 27 giugno 2002, n. 9346, Nuova giur. civ. commentata 2003, I, 264 (nota di: BARBANERA) in cui si afferma che, nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico non ha natura extracontrattuale, ma contrattuale, poiché l'accoglimento della domanda d'iscrizione, con l'ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurarsi di un rapporto contrattuale dal cui sorge a carico dell'istituto l'obbligo di vigilare sulla sicurezza e l'integrità fisica dell'alunno in tutte le sue diverse espressioni.

²⁹ In proposito, vd. ad es. Tribunale di Rovereto 06 agosto 2010 che, richiamando i principi stabiliti dalla più recente giurisprudenza di legittimità, in merito alla sussistenza di un rapporto contrattuale tra istituto scolastico ed allievo (Cass. civ., 18 novembre 2005, n.24456; Cass. civ. 3 marzo 2010, n. 5067; Cass. civ. 20 aprile 2010, n. 9325), ne afferma la natura di principi generali da applicarsi in tutti i casi in cui un soggetto assume volontariamente e stabilmente la custodia di un minore, non solo per ragioni di istruzione o educazione, ma anche per i motivi più vari, compreso lo svolgimento di attività di svago o esercizio di un'attività sportiva.

³⁰ Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in Foro it. 2002, I, 770 (nota di: LAGHEZZA).

dichiarata esigenza di un disegno unitario in punto di oneri probatori nell'azione risarcitoria per inadempimento dell'obbligazione contrattuale.

In quella sede, infatti, è stato stabilito l'importante principio in base al quale, da una parte, il creditore, che agisca in giudizio facendo valere l'inadempimento totale o inesatto, debba provare l'esistenza del titolo contrattuale, potendo invece limitarsi ad allegare l'inadempimento; dall'altra, spetterà al debitore convenuto dare prova di aver adempiuto o di non averlo fatto per causa a lui non imputabile³¹. Ma, ai fini della nostra analisi, è importante anche richiamare brevemente l'assetto precedente alla presa di posizione della Suprema Corte, per cogliere come la sentenza che si annota possa essere letta come sintomo di difficoltà di adattamento di rigide regole poste in astratto alla concretezza dei casi specifici che ne richiedono l'applicazione.

Il riferimento va alla distinzione, di matrice dottrinale, tra obbligazioni di mezzi e di risultato³²: il criterio di imputazione della responsabilità per inadempimento è costituito, per le prime, dalla *culpa diligentia*, poiché è possibile richiedere al debitore solo un impegno diligente nell'esecuzione della prestazione, dipendendo il pieno soddisfacimento di quest'ultima da una molteplicità di fattori estranei alla sua sfera di controllo; con riguardo alle seconde, invece, il criterio di imputazione è di tipo oggettivo, poiché dipendente dal mero fatto-inadempimento.

Le categorie appena richiamate non mancavano, soprattutto, di avere fondamentali corollari di ordine probatorio: più in particolare, la distinzione fondava una diversa ripartizione del rischio da causa ignota³³, cioè del rischio di soccombenza in giudizio quando la causa dell'inadempimento non è immediatamente autoevidente ed individuata.

In base a tale ricostruzione, mentre nel caso delle obbligazioni di risultato il debitore deve provare la causa a lui non imputabile, pena soccombenza in giudizio, a nulla rilevando la prova di una qualsiasi diligenza, nelle obbligazioni di mezzi, al contrario, egli, per andare esente da responsabilità, è chiamato a dar prova soltanto di essere stato diligente nell'esecuzione della prestazione, prova quest'ultima che, se raggiunta, costituisce *prima facie* prova di adempimento.

Alla luce di queste premesse, è possibile vedere nella sentenza in commento una testimonianza di come certe regole³⁴, in apparenza incensurabili, possano poi trovare difficoltà di adattamento nel momento in cui entrano in contatto con la realtà applicativa.

Il caso venuto all'attenzione del Tribunale di Campobasso, riguarda un minore, iscritto dai genitori ad un'associazione sportiva³⁵: un tipico esempio di contratto di protezione, che racchiude in sé sia l'obbligazione principale di insegnare le tecniche dello sport della pallacanestro, sia quella accessoria di tutelare l'incolumità dell'allievo.

³¹ La Suprema Corte, tra l'altro, cogliendo sin da subito il rischio di allegazioni eccessivamente generiche a cui avrebbe potuto condurre una tale "formattazione" dei temi di prova, precisa la necessità che il creditore alleggi un inadempimento cd. qualificato, richiedendo a quest'ultimo l'individuazione del fattore causale specifico che ha determinato la frustrazione del programma contrattuale.

³² Con riguardo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, introdotta dalla dottrina francese, per il contesto italiano si faccia riferimento a BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol.I, Milano, 1953.

³³ cfr. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999.

³⁴ Ci si riferisce alla "formattazione dei temi di prova" operata dalla Suprema Corte nel 2001.

³⁵ Il contratto intercorre tra allievo e associazione sportiva; tra allievo ed allenatore si instaura un rapporto obbligatorio per contatto sociale, che ricomprende anch'esso un obbligo di protezione dell'incolumità del minore, per il tempo in cui è affidato alle cure del maestro.

Seguendo l'impostazione dettata dalla Suprema Corte nel 2001, i genitori del minore possono limitarsi a fornire la prova dell'esistenza del contratto, producendo riscontri dell'avvenuta iscrizione, e ad allegare l'inadempimento, con la conseguenza che il principale onere probatorio, vertente sulla causa non imputabile, va considerato come interamente devoluto all'associazione, convenuta in giudizio.

Un'ulteriore conferma è fornita da una più recente giurisprudenza di legittimità³⁶, che, con specifico riguardo alla responsabilità contrattuale della scuola di sci per il danno da caduta di un allievo, afferma il principio per cui, in tali casi, ai sensi dell'art. 1218 c.c., al creditore danneggiato spetta solo allegare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre grava sulla controparte provare l'esatto adempimento della propria obbligazione, ossia l'aver vigilato sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruiva della prestazione scolastica, dimostrando che le lesioni subite siano state conseguenza di circostanze autonome e non imputabili alla scuola. Se la causa resta ignota il sistema impone che le conseguenze patrimoniali negative restino a carico di chi ha oggettivamente assunto la posizione di inadempiente. Il giudice, in sede di motivazione della sentenza, però, riferendosi alla repentinità e imprevedibilità della caduta del minore, come accertato in base ad alcune testimonianze fornite dalla parte attrice, sembra far uso di una mera circostanza fattuale per ritenere offerta la prova, da parte dell'associazione, della causa ad essa non imputabile. Ad uno sguardo più attento, dunque, la sentenza appare criticabile, dal momento che, per escludere la responsabilità della convenuta, viene utilizzato un argomento, la repentinità della caduta³⁷, che in realtà avrebbe potuto costituire soltanto l'epifenomeno di un processo causale, magari evitabile con l'adozione di idonei accorgimenti, e soprattutto perché tale circostanza nulla dice riguardo all'effettiva diligenza prestata nell'adempimento della prestazione di protezione, in relazione a tutto il complesso di cautele che, ragionevolmente, potevano richiedersi in tale circostanza. A sostegno di quanto si è detto, è possibile considerare che la Suprema Corte ha precisato che la prova liberatoria da parte del precettore o insegnante non può sostanzarsi nella sola dimostrazione di non essere stato in grado di realizzare un intervento correttivo o repressivo, dopo l'incipit della serie causale produttiva dell'evento dannoso, ma richiede anche la dimostrazione di aver adottato, in via preventiva, le misure organizzative o disciplinari idonee ad evitare l'insorgere di una situazione potenzialmente capace di far sorgere quella serie causale³⁸.

In base a tale principio è stata ad esempio riconosciuta la responsabilità dell'organizzatore della gara per l'omessa predisposizione da parte dell'istruttore delle cautele necessarie ad evitare le lesioni personali riportate da un minore, a causa di un

³⁶ Cass. civ., sez.III, 17 febbraio 2014, n. 3612: dopo essersi allineata a quanto stabilito nel 2001, nega la responsabilità della scuola di sci, constatando l'impossibilità di imparare a sciare senza cadere, dato che la causa della lesione subita dal minore era dovuta alla circostanza di aver perso l'equilibrio.

³⁷ Trib. Rovereto, 06 agosto 2010, per escludere la responsabilità contrattuale dell'associazione sportiva, cui era iscritto il minore infortunato, argomenta come segue: "gli obblighi di protezione e vigilanza che gravano sulla società sportiva e sui suoi preposti a tutela dei minori affidati alla loro custodia, durante lo svolgimento delle pratiche sportive, certamente impone l'adozione di tutte le misure precauzionali ed organizzative per scongiurare danni alla salute dei piccoli atleti, nonché l'uso di impianti ed attrezzature dotati di tutti i sistemi di sicurezza imposti dalla normativa vigente, ma non possono essere estesi sino al punto da coprire i rischi tipici e normalmente connessi all'attività sportiva praticata che, come tali, devono ritenersi, da un lato, accettati sia dal minore che dai genitori all'atto dell'iscrizione alla società sportiva e, dall'altro, socialmente adeguati secondo l'ordinamento giuridico nel suo complesso, nel momento in cui quella attività sportiva viene consentita ed anzi agevolata e promossa". Viene, inoltre, sottolineato come il riconoscimento di una tale responsabilità porrebbe limiti troppo gravosi alla pratica degli sport cd. di contatto, come il calcio ed il basket.

³⁸ Cass. civ., sez.III, 3 febbraio 1999, n.916.

colpo di mazza da hockey in pieno volto ad opera di un compagno di squadra, durante l'attività sportiva svolta sotto la sua sorveglianza³⁹: confermando l'addebito riconosciuto nei precedenti gradi di giudizio, la Suprema Corte ha posto l'accento sul fatto che un evento di tal fatta non poteva considerarsi, per quanto repentino, di per sé imprevedibile per un istruttore della pratica sportiva, a maggior ragione nel caso in cui fossero affidati alle sue cure dei giovanissimi principianti; in conclusione, una volta distinti i piani della repentinità e della imprevedibilità, viene affermata la responsabilità dell'associazione sportiva per mancato raggiungimento della prova, da parte di quest'ultima, di aver adottato in via preventiva tutte le necessarie cautele⁴⁰ richieste dalle circostanze. È stato poi, in altra sede, precisato che, per accertare l'imprevedibilità del fatto, il giudice debba far riferimento alla sua ricorrenza statistica, non astrattamente intesa, ma correlata al particolare ambiente di cui si tratta⁴¹.

Tali principi sembrerebbero rendere molto difficile per gli insegnanti e istruttori fornire la prova liberatoria della diligenza. Invece, nella sentenza che si esamina, scarsa sembra l'attenzione mostrata in merito alla sussistenza di un corretto e diligente adempimento: non è richiesta la prova, ad esempio, di aver vigilato nel modo più efficace possibile per evitare il verificarsi di quel danno, o di aver valutato tutti gli elementi rilevanti, come ad esempio il previo accertamento dello stato di salute dei giovani atleti⁴², di aver organizzato la competizione in modo sicuro, etc.

Con specifico riguardo, poi, alla dedotta assenza di medicinali e di un pronto intervento a bordo campo, elementi giudicati irrilevanti in ragione della gravità delle lesioni in concreto riportate, è possibile invece discostarsi da tale impostazione e ritenere che, proprio in ragione della preesistenza dell'obbligo di protezione rispetto all'evento-danno, quella mancanza possa costituire uno dei possibili indici di difetto di diligenza nell'adempimento.

In conclusione, questa la conseguenza di aver idealmente eliminato la categoria concettuale dell'obbligazione di mezzi: l'aver sostituito la prova della diligenza del debitore con circostanze fattuali mute, cui il giudice, di volta in volta, attribuisce significati arbitrariamente decisi, compromettendo la certezza del diritto.

³⁹ Cass. civ., sez.III, 6 marzo 1998, in *Giur. it.* 1999, 265

⁴⁰ L'intensità del dovere di vigilanza è comunque in rapporto inversamente proporzionale al grado di maturazione degli alunni (cfr. Cass. civ., 10 dicembre 1998, n.12424): ciò implica che le precauzioni richieste non sono quelle idonee ad evitare l'evento in termini assoluti, ma quelle necessarie in relazione all'età e maturità degli allievi e al normale rischio di gioco.

⁴¹ Cass. civ., sez.I, 2 dicembre 1996, n.10723, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1649 (Nella specie, il Ministero della pubblica istruzione veniva condannato al risarcimento del danno in relazione alle lesioni subite dall'allievo di una scuola in conseguenza del lancio, da parte di un suo compagno, di una pallina di carta che l'aveva colpito nell'occhio. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza del merito che, nell'affermare la prevedibilità del fatto, aveva tenuto conto del già avvenuto lancio di palline di carta in quella scuola e durante certe ore di insegnamento, nonché della situazione di indisciplina della classe)

⁴² Cass. civ., sez.III, 13 luglio 2011, n.15394, nota di SAVOIA, *Anche per il torneo di calcio dilettante occorre controllare lo stato fisico dei giocatori*, in *Diritto e Giustizia*, fasc.0, 2011, pag. 362 : stante l'obbligo delle società sportive di tutelare l'integrità psico-fisica degli atleti, l'addebito di responsabilità è dipeso dalla mancata predisposizione di preventivi accertamenti medici sullo stato di salute degli atleti, nonostante il carattere non professionistico della competizione sportiva.

LA RESPONSABILITÀ DEL DOCENTE E DEL PERSONALE SCOLASTICO NEI CONFRONTI DEGLI ALLIEVI MINORI

di Sara Morandi

IL CASO

Durante un'esercitazione di calcio a cinque disputata da allievi frequentanti il IV anno del Liceo Scientifico E. Fermi di Gaeta, in presenza dell'insegnante di educazione finisca su un campo in uso all'istituto scolastico, l'attore si è scontrato con un compagno di classe. Il contatto irruento ma comunque di portata agonistica di entrambi, ha causato la caduta dell'attore N.A. il quale ha battuto la testa all'indietro e perso momentaneamente i sensi. Dopo pochi istanti N.A. si è rialzato ed ha accusato un indolenzimento alla nuca. L'insegnante di educazione fisica, presente sul campo poiché svolgeva il ruolo di arbitro lo ha subito accompagnato fuori dal campo e fatto sedere in panchina. Il docente in seguito ha invitato più volte N.A. (al tempo minorenni) ad essere accompagnato in ospedale ma egli non voleva preferendo contattare i genitori con un telefono cellulare. Dopo alcuni tentativi telefonici non andati a buon fine N.A. riesce a parlare con la madre presso il posto di lavoro alle ore 12,20 ed il docente, rassicurandola sull'accaduto non essendo successo nulla di grave la invita ad andare a prendere il figlio in classe dove gli è stata applicata una borsa di ghiaccio sulla nuca. La madre è arrivata dopo circa mezz'ora dalla telefonata. Alle ore 13,10 il ragazzo è stato visitato da un sanitario del pronto soccorso dell'ospedale di Formia con formulazione della diagnosi di "trauma cranico" con prognosi di 5 gg sc e ricovero ospedaliero.

Secondo le perizie del medico legale dr. Setacci Maria Cristina eseguite su N.A. avvenute in seguito il ragazzo presentava sintomi susseguenti alla lesione quali "anosmia e sintomatologia encefalica". Questi sintomi in base ad ulteriori perizie tecniche sanitarie effettuate non sarebbero stati evitabili anche se il docente o il personale scolastico avessero contattato immediatamente dopo l'accaduto un'ambulanza. Si richiama inizialmente il tema della responsabilità degli insegnanti di scuole statali citando innanzitutto la Legge Delega L.15 marzo 1997, n.59 nella quale si precisa che il personale docente delle scuole si trova in rapporto organico con l'amministrazione della pubblica istruzione dello Stato (art. 28 Cost) e non con i singoli istituti, quindi legittimato passivo dell'azione sarà direttamente il Ministero dell'istruzione. Ciò in tutte le controversie relative a illeciti riferibili a culpa in vigilando del personale docente sia che il titolo sia contrattuale o extracontrattuale.

Si citano successivamente: l'art. 61 comma 2 della L.11 Luglio 1980, n.312 il quale sancisce che il personale scolastico è responsabile patrimonialmente e quindi successivamente obbligato in via di rivalsa solo in caso di dolo o colpa grave; la Sentenza della Suprema corte di Cassazione a Sez. Unite n.9346 del 2002 la quale esclude che sia invocabile la presunzione di responsabilità posta dall'art. 2048, comma 2, nei confronti dei precettori, al fine di ottenere il risarcimento dei danni che l'allievo abbia procurato a se stesso. Il fenomeno delle autolesioni difetta del requisito di ingiustizia del danno, non può quindi ritenersi fatto illecito e antigiusdittico, tale fattispecie è quindi da ricondurre nella sfera della responsabilità contrattuale con conseguente applicazione del regime probatorio definito all'art.1218cc.

Nel caso di specie trova applicazione invece la responsabilità extracontrattuale con relativa disciplina ex art 2048 comma2 cc.

Va evidenziato che il gioco del calcio non costituisce esercizio di attività pericolosa a norma dell'articolo 2050 cc (come affermato nella sentenza della Corte Suprema n.1197

del 2007 e successivamente ribadito nella pronuncia della Suprema Corte, Sez. III, 27/11/12. n. 20982), è infatti un'attività idonea a favorire il benessere fisico. Se la condotta dei giocatori è funzionalmente collegata al gioco e non travalica il dovere di lealtà sportiva l'assunzione del rischio è annessa all'attività stessa quindi non potrà configurarsi responsabilità civile per lesioni cagionate da un giocatore all'altro. "Non dà luogo a responsabilità civile il fallo commesso da un calciatore ai danni di un avversario se collegato funzionalmente al gioco e se posto in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco stesso" Cass. Sez. III 8 agosto 2002, n. 12012. In questo caso la condotta del compagno di Classe M.M. risulta essere corretta e lecita. Ciò risulta essere un presupposto necessario per l'applicazione dell'articolo 2048 comma 2 del Codice Civile.

In seguito all'accusa al docente ex articolo 2048 Cod. civ., il quale prevede la responsabilità del precettore per omessa vigilanza, è posto a carico di quest'ultimo l'onere della prova liberatoria di aver adempiuto con diligenza al proprio dovere e di non aver potuto impedire il fatto. Quest'obbligo risulta però dover essere proporzionato all'età e alle capacità dei sorvegliati (17 anni). Data l'età dell'allievo prossima alla maggior età e l'impossibilità pratica e materiale del docente di impedire l'evento lesivo la responsabilità a carico di quest'ultimo non è presente. Residua il lamentato ritardo promosso dall'attore secondo cui il personale scolastico non avrebbe prontamente ed adeguatamente soccorso il minore infortunato subito dopo lo scontro diretto ipotesi accompagnata da un precedente giudizio in cui il professor S.A. era stato accusato per abbandono di minore ex articolo 591 c.p.

Viene in seguito dimostrato, tramite consulenze di medici legali ed applicando ad esse il criterio del principio di causalità materiale per cui dev'esserci ricollegabilità eziologica tra il fatto e l'evento che i sintomi riportati dall'attore (corredati da una consulenza medica non valida data la mancanza di data) non sarebbero stati evitabili nemmeno con un immediato ricorso ad un'ambulanza in loco. Viene quindi del tutto confutata la responsabilità del personale scolastico addetto e del docente facendo ricorso inoltre a dichiarazioni testimoniali che riporterebbero un corretto e diligente comportamento di entrambi.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI ROMA
-SEZIONE XII CIVILE-

In persona del giudice unico dr.ssa Silvia Larocca ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n.19016 del Ruolo Generale Affari Contenziosi dell'anno 2009 trattenuta in decisione all'udienza del 13/5/44, vertente

TRA

N.A.

elettivamente domiciliato in Roma via Germanico n.172 presso lo studio dell'avv. Pier Luigi Panici, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Di Ciollo giusta procura a margine della citazione in riassunzione;

ATTORE

E

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' e DELLA RICERCA -in persona del Ministro pro tempore- e ISTITUTO di ISTRUZIONE SECONDARIA SUPERIORE "E.FERMI" in persona del dirigente scolastico pro tempore, rapp.ti e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato nei cui uffici domiciliario in Roma, via dei Portoghesi n.12;

CONVENUTI

OGGETTO: risarcimento danno da infortunio scolastico.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Visto l'art. 132 c.p.c. (così come modificato dalla L. 18 giugno 2009, n. 69) e tenuto conto di quanto disposto dall'art.58 della predetta legge che regola la fase transitoria tra abrogazione e modifica delle vecchie norme ed entrata in vigore delle nuove, si ritiene di non dover redigere lo svolgimento del processo.

Preliminarmente non rileva il versamento nel maggio '04 da parte della Ras spa assicuratore dell'istituto scolastico "E. Fermi" della somma di Euro3.222,00 trattenuta da parte attrice a titolo di acconto sul maggior richiesto (cfr. doc 61 e 62 fasc. attoreo e doc 3 allegato alla memoria ex art 183 comma 6 c.p.c. di parte convenuta) che non può considerarsi come ammissione di responsabilità ma quale adempimento contrattuale in virtù di polizza infortuni stipulata dal Liceo Scientifico "E. Fermi" con la suddetta società assicuratrice.

Deve, innanzitutto, precisarsi che anche dopo l'estensione della personalità giuridica, per effetto della legge delega L. 15 marzo 1997, n. 59 e dei successivi provvedimenti di attuazione, ai circoli didattici, alle scuole medie e agli istituti di istruzione secondaria, il personale docente delle scuole - che costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica, inseriti nell'organizzazione statale - si trova in rapporto organico con l'amministrazione della pubblica istruzione dello Stato e non con i singoli istituti, che sono dotati di mera autonomia amministrativa. Pertanto, essendo riferibili direttamente al Ministero dell'istruzione e non ai singoli istituti gli atti, anche illeciti, posti in essere da tale personale, sussiste la legittimazione passiva del Ministero nelle controversie relative agli illeciti ascrivibili a culpa in vigilando del personale docente, mentre difetta la legittimazione passiva dell'istituto scolastico (Cass. 29 aprile 2006, n. 10042; 10 maggio 2005, n. 9752;14484/00;7517/99) e degli insegnanti statali.

A tal riguardo ,si richiama l'importante decisa di cui alla sentenza della Suprema Corte a Sez. Un. n.9346 /02 in tema di responsabilità degli insegnanti di scuole statali , l'art 61 secondo comma della L.11 luglio 1980, n. 312 -nel prevedere la sostituzione dell'Amministrazione .salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi- esclude in radice la possibilità che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da "culpa in vigilando" quale che sia il titolo - contrattuale e extracontrattuale- dell'azione.

Ne consegue che l'insegnante è privo di legittimazione passiva sia nel caso di azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno (in cui si invochi ,nell'ambito di un'azione di responsabilità extracontrattuale- la presunzione di cui all'art 2048 secondo comma c.c.) sia nell'ipotesi di danni arrecati dall'allievo a se stesso (da far valere secondo i principi della responsabilità contrattuale ex art 1218 c.c.),fermo restando che in entrambi i casi ,qualora l'Amministrazione sia condannata a risarcire il danno al terzo o all'alunno autodanneggiatosi ,l'insegnante è successivamente obbligato in via di rivalsa soltanto ove sia dimostrata la sussistenza del dolo o della colpa grave, limite ,quest'ultimo, operante verso l'Amministrazione ma non verso i terzi".

In secondo luogo ,si osserva che la Suprema Corte ha ripetutamente affermato che la responsabilità dei genitori o precettori ex art 2048c.c. per " culpa in educando" e "culpa in vigilando" postula l'esistenza di un fatto illecito compiuto dal minore capace di intendere e volere in danno di un terzo (cfr. Cass 8740/01).

Per giurisprudenza dominante - consolidatasi ulteriormente a partire da Cass. civ. SS.UU. n.9346/02 - l'art.2048 comma 2 c.c. non può trovare spazio nel caso in cui il danno sia stato cagionato dal minore a sé stesso.

Difetta, infatti, il requisito dell'ingiustizia del danno poiché non può ritenersi fatto illecito, obiettivamente antiggiuridico, la condotta dell'allievo che procuri danno, non già ad un terzo, ma a se stesso (è il c.d. fenomeno delle "autolesioni").

La natura giuridica di tale fattispecie è stata sviscerata, con dovizia di argomentazioni, da Cass. Civ. Sezioni Unite, sentenza n. 9346 del 27.6.2002, a tenore della quale nel caso di danno arrecato dall'allievo a se stesso, esclusa l'applicabilità dell'art. 2048, comma 2, c.c., la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante va ricondotta non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì di quella contrattuale (cd responsabilità da contatto sociale qualificato), con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c. (App. Napoli, Sez. IV, 28/02/2007; App. Napoli, Sez. I, 17/05/2006; Cass. civ., Sez. III, 29/04/2006. n. 10030; Trib. Monza, 14/02/2006; Cass. civ., Sez. III, 18/11/2005, n. 24456; Cass. civ. 8067/2007; Trib. Cagliari, 05/05/2005)

L'attore-danneggiato dunque, in applicazione dei principi fissati in materia di onere probatorio nella responsabilità contrattuale da Cass. Civ., Sez. un., 30/10/2001, n. 13533. deve solo provare il danno e che lo stesso si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sull'altra parte incombe il più grave onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola, né all'insegnante e cioè fornire la prova dell'assenza di colpa, *alteris verbis*, che l'inadempimento dell'obbligo di protezione nascente dal contatto sociale qualificato instauratosi a seguito dell'iscrizione dell'allievo alla scuola statale sia dipeso da causa non imputabile all'istituto scolastico e al personale addetto alla vigilanza degli allievi.

Nella fattispecie sottoposta all'esame di questo tribunale, sul piano sostanziale troverebbe dunque applicazione la disciplina di cui all'art 2048 comma 2 c.c..

Ciò premesso, deve essere evidenziato che l'esercizio dell'attività sportiva, compresa quella del calcio, costituisce una causa di giustificazione non codificata, nel senso che, essendo tutelata dallo Stato, quale attività lecita e idonea a favorire lo sviluppo ed il benessere fisico della popolazione, è consentita, nello svolgimento della stessa, l'assunzione del rischio della lesione di un interesse individuale relativo all'integrità fisica. Tale esimente presuppone che non sia travalicato il dovere di lealtà sportiva nel senso che il giocatore "non deve esporre l'avversario ad un rischio superiore a quello consentito in quella determinata pratica ed accettato dal partecipante medio"(cfr. Cass. 12.11.1999.D. 2765).

In sostanza, quindi, non può configurarsi una responsabilità civile per le lesioni cagionate da un calciatore ai danni di un avversario se la condotta è esplicata nel contesto dell'attività sportiva e se la stessa, funzionalmente collegata al gioco, è posta in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco praticato (cfr. Cass. Sez. III 8 agosto 2002 n.12012 nonché ,di recente,Cass.civ.22752/13;13457/13).

L'inconfigurabilità del gioco del calcio in termini di attività pericolosa (come già affermato dalla Suprema Corte con la sentenza 1197 del 2007, a mente della quale deve escludersi che all'attività sportiva riferita al gioco del calcio possa essere riconosciuto il

carattere di particolare pericolosità, trattandosi di disciplina che privilegia l'aspetto ludico pur consentendo, con la pratica, l'esercizio atletico, tanto che è normalmente praticata nelle scuole di tutti i livelli come attività di agonismo non programmatico finalizzato a dare esecuzione ad un determinato esercizio fisico, sicché la stessa non può configurarsi come attività pericolosa a norma dell'art. 2050 cod. civ.) è stata ribadita dando continuità a tale principio dalla pronuncia della Suprema Corte, Sez. III, 27/11/'12. n. 20982. In virtù di tale decisum nel caso esaminato dalla Suprema Corte ricostruiti analiticamente i fatti (nel corso di una partita di calcio svoltasi nel corso di uno stage multisportivo, un minorenne era stato colpito al viso da una pallonata, riportando danni ai denti incisivi) era stato ritenuto trattarsi di normale incidente di gioco determinato da caso fortuito, per il quale - attesa l'assenza di qualsivoglia elemento idoneo a dimostrare la violazione di obblighi e cautele da parte della società sportiva, ovvero il verificarsi di una azione anomala e/o in contrasto con le regole del gioco - nessuna responsabilità poteva attribuirsi (né alla società sportiva né al minore danneggiante) in quanto, nella specie, non poteva legittimamente discorrersi che di un normale incidente di gioco determinato da caso fortuito.

Ora, nel caso di specie, l'evento lesivo è stato provocato nel corso di una esercitazione di calcio a cinque disputata da allievi frequentanti il IV anno di Liceo scientifico , in presenza dell' insegnante e durante l'ora di educazione fisica su un campo in uso all'istituto scolastico regolarmente omologato dalla FIGC (cfr. dichiarazione di infortunio a firma dell'insegnante di educazione fisica A.S.- doc 6 all. al Foglio deduzioni a verbale-e deposizione testimoniale dello stesso escusso all' udienza del 15/11/'11"....ero a circa 3 metri di distanza in quanto facevo l'arbitro...) e deve ritenersi che lo stesso sia stato la conseguenza di uno scontro diretto dell'attore col compagno di gioco per comportamento magari " irruento", ma comunque, agonistico di entrambi i partecipanti alla partita di calcetto che cadevano a terra ma, sfortunatamente, N.A. , battendo la testa all'indietro perdeva momentaneamente i sensi e si riprendeva dopo qualche istante accusando indolenzimento alla nuca ; l'insegnante di educazione fisica, presente sul campo, lo accompagnava subito fuori facendolo sedere in panchina ed il minore A. rifiutava l'invito del docente a farsi accompagnare in Ospedale preferendo telefonare ai suoi genitori col cellulare di un compagno di classe .

Dopo vari tentativi non andati a buon fine il N. riusciva a contattare la madre presso il suo posto di lavoro alle ore 12,20 ed il prof. A.S., assicurandola che non era avvenuto nulla di grave al figlio la invitava ad andare a prenderlo in classe ove gli veniva applicata una borsa di ghiaccio sulla nuca in attesa dell'arrivo della madre avvenuto dopo circa mezz'ora dalla telefonata (cfr pag 1 dell'atto di citazione in riassunzione: " In data 6/11/'99 alle ore 12,20 D.M.T. ,madre dell'attore allora minorenne riceveva comunicazione telefonica presso l'I.P.S.S.A.R. di Formia ove espletava attività di impiegata, a causa del traffico la D.M. raggiungeva l'Istituto scolastico solo alle ore 12,50...").

All'esito di un approfondito esame delle risultanze istruttorie acquisite non sono emersi elementi significativi per ritenere ,in primo luogo, che l'evento lesivo in danno di N.A. sia stato conseguenza di una condotta illecita del compagno di classe (M.M.) -col ruolo di portiere della sua stessa squadra- indipendente dalla dinamica del gioco ed estranea alle tipiche finalità del gioco (presupposto indefettibile per l'applicabilità dell'art 2048cc che, prevedendo la responsabilità dei precettori per omessa vigilanza pone a carico degli stessi l'onere della prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto).

A tale proposito si ricorda -ut supra- che deve essere esclusa la responsabilità del giocatore ogniqualvolta l'evento lesivo è conseguenza di un'azione sportiva funzionale

alla competizione agonistica e finalisticamente inserito nello svolgimento della gara, ovvero ,allorché la stessa sia in qualche modo inquadrabile nel contesto del gioco: (alteris verbis: non dà luogo a responsabilità civile il fallo commesso da un calciatore ai danni di un avversario se collegato funzionalmente al gioco e se posto in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco stesso" -cfr Cass. Sez. III 8 agosto 2002, n. 12012-).

Preciso obbligo degli insegnanti è sorvegliare sui minori loro affidati onde evitare che provochino con le loro azioni danni a sé o ad altri; l'obbligo di sorveglianza -l'onere dell'aver adempito al quale con diligenza idonea ad impedire il fatto incombe sul sorvegliante- è chiaramente proporzionato all'età e alle presunte capacità di autocontrollo da commisurarsi al tipo di attività e di gioco al quale viene fatto partecipare l'allievo minorenne.

Nel caso in esame non vi era da parte dell'insegnante di educazione fisica prof. S.A., alcuna possibilità di impedire l'infortunio de quo verificatosi per un accidentale ed involontario scontro di gioco tra l'attore e il compagno di classe M.M. durante lo svolgimento della partita di calcetto senza che possa imputarsi alcuna colpa al minore compagno di gioco di N.A. alla data del 6/11/99; né, in ipotesi, il fatto in sé potrebbe essere ascritto ad un mancato assolvimento dell'obbligo di sorveglianza gravante sul docente essendo evidente che non avrebbe potuto in alcun modo impedire-evitare l'evento, verificatosi per causa repentina e fortuita (accidentale scontro di gioco durante l'esercitazione di calcio a cinque tra i compagni di classe del IV Liceo scientifico "E. Fermi" sotto la vigilanza e con la partecipazione personale diretta del docente, prof. A.S. quale arbitro della partita di calcetto).

Per quanto concerne l'addebito di responsabilità posto da N.A., ancorché disorganicamente a fondamento della conventio in ius dell'amministrazione convenuta - cfr atto di citazione in riassunzione- al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali da lui subito nell'infortunio scolastico per cui è causa consistito nella colposa condotta omissiva asseritamente tenuta dal docente di educazione fisica e dal personale scolastico subito dopo il verificarsi dell'infortunio per non aver prontamente ed adeguatamente soccorso il minore infortunato dopo lo scontro diretto col compagno di gioco non avendo provveduto a chiamare immediatamente un'ambulanza onde consentire un tempestivo intervento sanitario con rapido trasporto dell'alunno infortunato al pronto soccorso ospedaliero si osserva quanto segue.

In relazione al lamentato "ritardo dal personale del Liceo Scientifico Enrico Fermi di Gaeta nella prestazione del soccorso all'alunno infortunato "risulta per tabulas sia la denuncia-querela sporta il 24/1/00 dai genitori del minore N.A. e D.M.T. -cfr doc 5 fascicolo attoreo-; sia che dal GIP presso il Tribunale di Latina era stata rigettata con ordinanza del 28/11/00 -doc 8 all. alle note istruttorie ex art 184 c.p.c. nel giudizio inizialmente instaurato dinanzi al Tribunale di Latina - Sez Gaeta RGn760/04- la richiesta di archiviazione avanzata dal P.M. nel procedimento NRG.10733/00 instaurato a carico di S.A. indagato del reato p.e.p. dall'art 590cp - così riqualificata l'ipotesi di reato inizialmente individuata nell'art 591cp- sia che, contestualmente, era stata dal GIP disposta consulenza tecnica medico legale su N.A. onde determinare entità e natura delle lesioni ed eventuale incidenza sulla causazione ovvero, sull'aggravamento delle stesse del ritardo nella prestazione del soccorso dal docente che al momento del fatto era preposto alla vigilanza sul minore ,ritardo tale da non consentire un tempestivo intervento sanitario che avrebbe potuto scongiurare, o quantomeno attenuare, l'entità delle conseguenze dannose riportate da N.A..

Ora, dalla dettagliata ed esaurientemente argomentata consulenza medico legale eseguita su N.A. dal dr. Setacci Maria Cristina su incarico del P.M. presso il Tribunale

di Latina nel marzo '04 (cfr doc 11 fasc. di parte attrice)era emerso ed in termini chiari ed inequivocabili, l'insussistenza di nesso di ricollegabilità eziologica tra non immediata sottoposizione a prestazione sanitaria a causa del lamentato comportamento colposo del docente tale da comportare ritardo nei soccorsi(...) prestati dal personale dell'istituto scolastico al minore infortunato e situazione clinica rilevata su N.A. e dunque, l'ininfluenza , nel determinismo eziologico dell'evento lesivo, della tipologia della lesione e dei postumi reliquati(cfr. pag 14 della c.t. a firma del dr. Setacci Maria Cristina : "anosmia e sintomatologia cefalalgica da considerare reliquati del traumatismo cranio- encefalico riportato sono conseguenza diretta ed esclusiva del tipo di lesione") all'infortunio de quo ("trauma cranico con alterazione dello stato di coscienza di breve durata, ematoma epidurale e traumatismo encefalico da cui è residua una anosmia-perdita del senso dell'olfatto") dell'esiguo lasso temporale intercorso tra verifica dell'evento traumatico alle ore 12.10-12.15 e sottoposizione a visita anziché immediatamente , a distanza di appena un'ora -alle ore 13.10- da un sanitario del P.S. Ospedale di Formia con formulazione della diagnosi "trauma cranico" con prognosi di gg 5 sc e ricovero ospedaliero.

Si osserva che la molteplicità dei danni di cui l'attore ha genericamente chiesto in citazione il risarcimento (cfr pag 7" morali, biologici, esistenziali e patrimoniali ") è espressamente ed esclusivamente ricondotta in base alla prospettazione attorea , alla lesione riportata nell'infortunio de quo non essendo stato dedotta e neanche allegata sussistenza ,natura ed entità del pregiudizio ulteriore ed aggiuntivo (eventualmente valutabile anche a livello di aggravamento delle conseguenze dannose) causalmente riconducibile alla lamentata omessa assunzione, dall'insegnante di educazione fisica, di tempestiva ed adeguata iniziativa che la situazione di fatto richiedeva nel soccorso prestato successivamente al verificarsi dell'infortunio non avendo provveduto a far intervenire con urgenza un'ambulanza o quantomeno ad accompagnare il minore infortunato al Pronto Soccorso ospedaliero.

Pertanto quand'anche fosse stata dimostrata una condotta colposa -v. ut infra- posta in essere successivamente all'infortunio dal personale scolastico la stessa sarebbe ex se priva di rilevanza alla decisione in senso favorevole all'attore non essendo stato indicato né , quantomeno, allegato l'ubi consistam del pregiudizio maggiore, ulteriore o dell'aggravamento del danno provocato da tale condotta omissiva (né la prova testimoniale per come capitolata dall'attore era idonea a tal fine-cfr. capp. da 1 ad 8 sia in calce alla citazione in riassunzione ,sia nelle note istruttorie ex art 184cpc depositate nel giudizio inizialmente proposto dinanzi al Tribunale di Latina -doc 65 fasc. N.-) in quanto generica e priva di riferimento alcuno al danno che l'asserito comportamento negligente ed omissivo del personale della struttura nella fase successiva all'evento avrebbe prodotto.

Del pari, la perizia di parte a firma del dr. Saverio Potenza è risultata probatoriamente influente a suffragare la domanda attrice perché generica, oltretutto priva di data e di riferimento alcuno a profili di significativa pregnanza evidenziami la peculiarità del caso sub iudice e cioè l'eventuale maggior danno subito da N.A. e causalmente riconducibile al ritardo con cui l'infortunato veniva portato in ospedale e sottoposto a visita in sede di P.S. (per incidens ,si rileva che la contestazione alla ctu sollevata mediante laconica e-mail del 28/2/'13 dal difensore del N. ,avv. Di Ciolo Francesco -cfr allegato alla ctu in relazione al quale va però evidenziato che sono state inesattamente definite "deduzioni tecniche a firma del prof. Potenza" quella che in realtà è la relazione medico legale di parte espletata su N.A. dal prof. Saverio Potenza peraltro priva di data - ha riguardato unicamente il divario tra punteggio stimato dal consulente di parte attrice in ragione del 15% di I.P. in considerazione dei postumi reliquati alle lesioni

diagnosticate e documentate ed eziologicamente correlabili unicamente allo scontro di gioco quale evento traumatico riferito in sede di anamnesi patologica prossima-cfr. pagg.6 e 9 della perizia di parte- senza alcun cenno al ritardo nei soccorsi e quello quantificato dall'Ausiliario, dr. D.L.M., in misura del 10% l'I.P. in base ai noti parametri della criteriologia medico legale -cronologico, modale, qualitativo, quantitativo e topografico- sempre ed esclusivamente riferito alle conseguenze fisiopsichiche del traumatizzato cranico a seguito di scontro diretto con un compagno di gioco nel corso di una partita di calcetto).

Va in ogni caso rilevato che ,ad avviso del giudicante, le dichiarazioni a sommarie informazioni testimoniali rese dai numerosi compagni di classe del N. in sede penale (cfr.doc 7 all. al Foglio Deduzioni a Verbale di parte attrice: C.I. e altri) sono risultate chiare , circostanziate , concordanti ed idonee a fornire puntuale conferma ed adeguato supporto probatorio alla ricostruzione della dinamica dell'accaduto rappresentata dal docente (cfr. all. 1 e 2 alla memoria ex art 183 comma 6 di parte convenuta) confermandone i punti salienti circa :l'invito ripetutamente rivolto dal docente ,subito dopo l'accaduto, all'alunno infortunato di farsi accompagnare al PS declinato da N.A. che rassicurava sulle sue condizioni e chiedeva soltanto di far avvisare i suoi genitori; i vari tentativi di contatto telefonico con i familiari effettuati dal N. insieme all'insegnante col cellulare di un compagno di classe, non andati a buon fine sino al rientro nell'istituto telefonando dalla Segreteria della scuola; la fase di assistenza nell'accompagnamento dell'allievo infortunato nel tragitto dal campo di calcetto alla scuola chiedendo continuamente il docente le generalità, gli indirizzi ed i recapiti telefonici dei genitori per verificare la lucidità riacquisita dal minore che rispondeva correttamente alle domande non ricordando solo quale fosse stata la lezione svolta alla prima ora (cfr all.6 :dichiarazione prof S.A.); l' applicazione di una borsa di ghiaccio sulla testa in attesa dell'arrivo della madre dell'alunno infortunato.

Va considerato che le modalità di vigilanza sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo di fruizione della prestazione scolastica in tutte le sue possibili espressioni e vicissitudini vanno rapportate alle circostanze del caso concreto e cioè sia al contesto ambientale , sia all'età degli alunni (cfr, di recente, Cass civ. n.22752/13; n. 13457/13".... l'età degli alunni che impone una vigilanza crescente con la diminuzione dell'età anagrafica....") ed è evidente che ,nella fattispecie in esame, tenuto conto delle modalità e circostanze specifiche dell'infortunio per cui è causa , dell'età dell'infortunato (17 anni) prossimo alla maggiore età deve ritenersi adeguata la prestazione di soccorso e l' assistenza prestata dal docente prof S. anche nella fase post infortunio.

Soltanto per scrupolo motivazionale si evidenzia che nel caso di delicta per omissionem commissa, secondo l' orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (30328/02), deve ritenersi sussistente un valido nesso causale tra l'omissione e l'evento allorché, se fosse stata tempestivamente tenuta la condotta omessa, l'evento dannoso non si sarebbe verificato: giudizio da compiere non sulla base di calcoli statistici o probabilistici ma unicamente sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza.

Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni condotta antecedente che abbia generato, o solo contribuito a generare, l'evento deve considerarsi "causa".

Il positivo accertamento del nesso ,qualora sia stato provato dal danneggiato , consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente ,alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, cioè la colpa dell'agente.

Affinché, dunque, possa ritenersi sussistere valido nesso causale tra condotta omissiva ed evento danno non è necessaria la dimostrazione che la condotta alternativa corretta

avrebbe con certezza evitato l'evento di danno ma è sufficiente dimostrare che quella condotta, se tenuta, avrebbe evitato il danno con ragionevole probabilità e cioè secondo l'id quod plerumque accidit.

In altri termini, alla luce della più recente giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. S.U. 581/2008) nel processo civile il procedimento logico giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale è fondato sulla regola della c.d. preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", per cui per verificare la sussistenza del nesso causale occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili.

Tanto premesso in iure, in fatto si osserva che, pur facendo applicazione dei citati principi e, quindi, pur operando una valutazione di tipo probabilistico (e dunque anche a prescindere da un più consistente grado di certezza, o "oltre il ragionevole dubbio") non sono probatoriamente emersi sufficienti elementi idonei a far ritenere dimostrato dall'attore, nel caso sub indice, il nesso di causalità e neanche in termini di "ragionevole verosimiglianza" la ricollegabilità causale tra le condotte poste in essere dal Ministero per il tramite del personale dell'istituto scolastico "E. Fermi" e l'evento-danno lamentato da N.A. e posto a fondamento della domanda risarcitoria da lui avanzata nei confronti della convenuta amministrazione statale in quanto, all'esito del giudizio controfattuale, si perviene necessariamente alla conclusione che quand'anche non vi fosse stata la denunciata condotta colposa nella prestazione dei soccorsi dalla Pubblica amministrazione (e cioè se il docente prof. S. avesse chiesto immediatamente l'intervento sul posto dell'ambulanza) l'evento lesivo e la natura e misura dei postumi reliquati su N.A. si sarebbero ugualmente verificati (cfr. pagg 13 e 14 della relazione medico legale a firma del C.T.P.M, dr. Setacci del 29/3/'04).

In considerazione della peculiarità del caso in esame, segnatamente per le oggettive difficoltà di accertamento in fatto e dell'effettiva verifica di un fatto lesivo nella sfera personale del minore N.A. si ritengono sussistere le condizioni normativamente richieste dall'art 92cpc, nella formulazione attualmente vigente, per compensare le spese del giudizio ad eccezione di quelle dell'espletata ctu che vanno poste a definitivo carico dell'attore.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando così provvede:

- rigetta la domanda avanzata da N.A. nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'università e della Ricerca in persona del Ministro pro tempore nonché dell'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore E. Fermi in persona del dirigente scolastico pro tempore ;

- compensa le spese di giudizio tra le parti ad eccezione di quelle dell'espletata ctu che vanno poste a definitivo carico di N.A..

Così deciso in Roma, il 26 giugno 2014.

Depositata in Cancelleria in 25 agosto 2014.

TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 25 agosto 2014; Giud. LAROCCA; N.A. (Avv. CIOLLO) c. Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e Istituto di istruzione Secondaria Superiore E. Fermi (AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO).

Responsabilità civile – Scuola – Personale di Istituto Scolastico Statale – Infortunio durante attività ludico/sportiva – Esigibilità contrattuale dell’obbligo di sorveglianza gravante sul docente – Non sussiste (Cod. civ., art. 1218; Art. 61, comma 2, L. 11 Luglio 1980, n. 312)

Responsabilità civile – Scuola – Personale di Istituto Scolastico Statale – Infortunio durante attività ludico/sportiva – Omissione colposa del dovere di soccorrere adeguatamente il minore – Rilevanza del nesso di causalità - Non sussiste (Cod. civ., art.1223)

Preciso obbligo degli insegnanti è sorvegliare sui minori loro affidati onde evitare che provochino con le loro azioni danni a sé o ad altri; l'obbligo contrattuale di sorveglianza - l'onere dell'aver adempito al quale con diligenza idonea ad impedire il fatto incombe sul sorvegliante - è chiaramente proporzionato all'età e alle presunte capacità di autocontrollo da commisurarsi al tipo di attività e di gioco al quale viene fatto partecipare l'allievo minorenni. (1)

Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni condotta antecedente che abbia generato, o solo contribuito a generare, l'evento deve considerarsi "causa". Il positivo accertamento del nesso, qualora sia stato provato dal danneggiato, consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente ,alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, cioè la colpa dell'agente. Affinché, dunque, possa ritenersi sussistere valido nesso causale tra condotta omissiva ed evento danno non è necessaria la dimostrazione che la condotta alternativa corretta avrebbe con certezza evitato l'evento di danno ma è sufficiente dimostrare che quella condotta, se tenuta, avrebbe evitato il danno con ragionevole probabilità e cioè secondo l'id quod plerumque accidit. (2)

(1) Giurisprudenza di legittimità conforme. La sentenza presa in esame tratta principalmente il tema della responsabilità presunta del docente e del personale scolastico di vigilare sugli alunni minorenni. Questa responsabilità non sussiste se l'insegnante dimostra di avere esercitato la vigilanza mediante l'adozione di tutte le misure necessarie dirette ad impedire l'evento dannoso, in relazione all'età ed al grado di maturazione degli allievi a lui affidati. La giurisprudenza sia di legittimità che di merito si è più volte soffermata su questo tema. Strettamente annesse al problema è la Sentenza Cass. Civ 22 gennaio 1990, n. 318, Arch. Civ., 1990, in Foro.it., Rep. 1990, voce Responsabilità civile [5760] n. 100, n. 365. In seguito è da citare una sentenza del 2001 dove si tratta un caso di infortunio scolastico durante l'ora di ricreazione. Vengono condannati in solido l'alunno che ha causato l'evento e l'insegnante alla quale era affidata la classe. Della sentenza emerge che il grado di sorveglianza richiesto dalla legge debba essere collegato alla prevedibilità di ciò che può accadere e all'adozione, in via preventiva, di misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo, nonché la prova dell'imprevedibilità e repentinità, in concreto, dell'azione dannosa. Inoltre si ribadisce la linea di pensiero ricorrente della Suprema Corte “Secondo il costante insegnamento di questo Supremo collegio, il contenuto della prova liberatoria non si esaurisce nella dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto, ma si estende alla dimostrazione di aver adottato, in via preventiva, le misure organizzative idonee ad evitarlo, con la conseguenza che non può dirsi raggiunta la prova liberatoria

in base alla dimostrazione dell'impossibilità di intervenire dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, essendo a questo fine necessaria anche la dimostrazione che siano state predisposte idonee misure preventive, nonché la dimostrazione di aver esercitato la sorveglianza sugli allievi con una diligenza diretta ad impedire il fatto, con la conseguenza che, ove difettino le più elementari misure organizzative per mantenere la disciplina tra gli allievi, non è lecito invocare l'imprevedibilità del fatto.” Cass. civile, sez. III del 2001 n. 5668 (18/04/2001), in Foro it. anno 2001, parte I, col. 3099. In una seguente sentenza del 2009, in materia di risarcimento danni per responsabilità civile in seguito ad un infortunio sportivo subito da un alunno all'interno della scuola durante le ore di educazione fisica, si ribadisce che perché si configuri una responsabilità a carico della scuola ex art. 2084 cod. civ. *“non è sufficiente il solo fatto di aver incluso nel programma della suddetta disciplina e fatto svolgere tra gli studenti una gara sportiva, essendo altresì necessario che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente impegnato nella gara e che, inoltre, la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee a evitare il fatto.”* In applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva escluso la responsabilità della scuola rispetto all'infortunio di un allievo nel corso di una partita di calcio, durante la quale si era ferito al volto a causa di uno scontro di gioco. (Rigetta, Trib. S. Maria C. V. - sez. dist. Piedimonte Matese, 11/06/2004) Cass. civ. Sez. III, 28-09-2009, n. 20743 (rv. 609429) Mass. Giur. It., 2009, CED Cassazione, 2009, in Foro.it, Rep 2010, voce Responsabilità civile, n. 359. Sono da segnalare inoltre le sentenze Cass. civ. Sez. III, 25-09-2012, n. 16261 Danno e Resp., 2013, 1, 23 nota di CARBONE, in Foro.it, Rep 2013, voce Responsabilità civile, n. 243; Cass. civ. Sez. III, 21-09-2012, n. 16056, in Foro.it, Rep 2013, voce Responsabilità civile, n. 242. Viene inoltre evidenziato nella giurisprudenza specifica l'orientamento consolidato per il quale bisogna tenere in considerazione il principio di proporzionalità nel quantificare l'obbligo di vigilanza alter verbis si deve valutare il grado di maturazione degli allievi presi in causa. cfr. Cass. Sezione III, 04-03-1977 n. 894, in CED rv. 384500; ulteriori pronunce si sono sviluppate sugli stessi temi Cassazione Sezione II 15-01-80 n. 369, in Foro.it., Rep 1981, voce Istruzione pubblica, n. 505; Cassazione Sez. III 23-6-93 n. 6937, in Foro.it, Repertorio: 1994, voce Responsabilità civile, n. 9. Questa visione viene inoltre condivisa dalla giurisprudenza di merito nella sentenza del 28 giugno 1999 del tribunale di Milano, in *Giur. Milanese*, 2000, 111, dove il dovere di vigilanza viene quindi inteso non come assoluto ma relativo dovendo relazionarsi all'età degli studenti; viene in seguito affermata la necessità della maggior sorveglianza possibile nei confronti degli alunni più piccoli Cassazione Civ. 22-01-1980 n. 516, in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, fasc.; al contrario quindi nei confronti di alunni prossimi alla maggior età cfr. Cassazione civile sez. III, 23 giugno 1993, n. 6937, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 1065 e Cassazione civile, sez. III, 15 gennaio 1980 n. 369, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 1. Nella giurisprudenza di merito si deve segnalare inoltre la sentenza emessa dal Tribunale di Napoli il 12 maggio 1993 (fonti: Riv. Dir. Sport, 1994, 434) nella quale si afferma che la culpa in vigilando del docente non sussiste quando l'infortunio subito da un allievo durante attività sportiva scolastica sia riconducibile al “rischio sportivo” inerente allo sport praticato e siano state adottate le cautele necessarie in relazione alla maturità degli allievi. L'obbligo di vigilanza ex art.2048 anche qui non viene considerato assoluto. Riguardo la tematica trattata si rinviengono anche alcune opere dottrinali: una trattazione generale *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore* a cura di Alfredo Ferrante, Giuffrè, 2008; In specifico riguardo danni subiti dagli alunni durante il periodo in cui dovrebbero essere sorvegliati dal personale delle scuola *Responsabilità dell'istituto scolastico per danni subiti dagli alunni*, a cura di Vincenzo Carbone, Cass.

civ. Sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3680 Corriere Giur., 2011, 4, 467, Responsabilità civile - Responsabilità dei precettori; in seguito *Responsabilità della scuola per danni riportati da un allievo* a cura di Carbone Vincenzo Cass. civ. Sez. III, 04 febbraio 2014, n. 2413 c.c. Art. 2048, Corriere Giur., 2014, 4, 588 Responsabilità civile - Responsabilità della scuola; *Precettori e maestri: quando la responsabilità per l'illecito degli allievi?* A cura di Barbanera Roberta, Trib. Bari Sez. III, 31 marzo 2006, Corriere Merito, 2006, 8-9, 1010. *Doveri genitoriali, potestà e responsabilità civile*, a cura di Di Flavio Tovani, Invictus Editore, 2014.

(2) Nessun precedenti negli esatti termini. Ulteriore punto centrale trattato nella sentenza è la possibile responsabilità del docente e del personale scolastico per non aver tenuto una condotta adeguata e tempestiva in seguito alla lesione sopravvenuta. Questo comportamento avrebbe potuto scongiurare o attenuare l'entità delle conseguenze riportate dall'attore. Perché questa responsabilità sussista bisogna che sia presente un nesso di causalità tra l'omissione e il danno. Non c'è dubbio che siano note le discussioni dottrinarie e giurisprudenziali volte ad individuare le caratteristiche del nesso causale in ambito civile per cercarne i criteri di accertamento. Partendo dalla celebre sentenza "Franzese" che afferma l'insufficienza della probabilità meramente statistica al fine della ascrizione di un fatto di reato al suo autore le Sezioni Unite giungono a dichiarare che ciò che muta tra processo penale e quello civile "è la regola probatoria in quanto nel primo vige la regola della prova *"oltre ragionevole dubbio"*, mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o *"del più probabile che non"*, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e dell'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti". In particolare è da notare la considerazione secondo la quale il criterio di imputazione della responsabilità civile non è sempre una condotta colpevole *"da una parte non elimina la necessità del nesso di causalità di fatto e dall'altra non modifica le regole logico-giuridiche che presiedono all'esistenza del rapporto eziologico"*. La regola aristotelica del "più probabile che non" non può ancorarsi *"esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza nell'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana)*. Cassazione Sezioni Unite Civili Sentenza n. 581 dell'11 gennaio 2008, (Presidente V. Carbone, Relatore A. Segreto). Cass. 16.10.2007, n. 21619; Cass. 18.4.2007, n. 9238. In relazione ai danni in materia civile relativi al nesso di causalità si cita Cass. civ. Sez. III Sent., 19 aprile 2006, n. 9085 C.B. c. C.L. Ragiusan, 2007, in Foro.it, Rep 2006, voce Professioni intellettuali [5230], n. 193; Sul nesso causale in caso di responsabilità del medico per morte del paziente *"deve ritenersi sussistente un valido nesso causale tra l'omissione e l'evento allorché, se fosse stata tempestivamente tenuta la condotta omessa, l'evento dannoso non si sarebbe verificato: giudizio da compiere non sulla base di calcoli statistici o probabilistici ma unicamente sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza"* Cassazione penale, SS.UU, sentenza 11 settembre 2002 n.30328; In seguito Cassazione civile sez. III, 15 maggio 2012, n. 7554. La Cassazione evidenzia poi che anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13/07/2006, n. 295; Corte CE, 15/02/2005, n. 12). *"In tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale - il comportamento omissivo del*

danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma, c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno.” Corte di Cassazione, Sezioni Unite - sentenza 21 novembre 2011, n. 24406.

Riguardo la dottrina Ludovico Berti, *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Giuffrè, 2013

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza trattata offre la possibilità di discutere su temi interessanti e di sempre più notevole importanza. Nodo centrale della questione è l'attribuzione della responsabilità ai precettori e a coloro che insegnano un mestiere o un'arte, di vigilare sui loro allievi e apprendisti così ripreso dal comma 2 dell'Art.2048 Cod. civ.¹. Il comma successivo recita in seguito che le persone indicate nei commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto.

Il termine *precettori* richiede di essere definito, la norma si riferisce a tutti coloro che per ufficio pubblico o incarico privato impartiscono al minore un insegnamento culturale, tecnico, sportivo, artistico. Bisogna precisare che riguardo i docenti di scuole pubbliche, la materia della responsabilità del singolo insegnante è stata disciplinata dall'art. 61 della L. 11 luglio 1980 n. 312, che, ha sostituito l'Amministrazione al pubblico funzionario quale soggetto passivo dell'azione di danno² e ha limitato ai soli casi di dolo o colpa grave la responsabilità del personale scolastico nei confronti dell'Amministrazione pubblica che agisca in rivalsa dopo aver risarcito integralmente il danno. L'insegnante della scuola pubblica è, quindi, privo di legittimazione passiva nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni subiti da un allievo³.

2. La questione del danno “auto-provocato” dal minore a se stesso: la responsabilità del soggetto tenuto alla sorveglianza

Nella sopraindicata sentenza viene inizialmente distinta l'ipotesi di danni provocati dal sottoposto a se stesso o verso terzi. Si è discusso a lungo in giurisprudenza e dottrina se la responsabilità del precettore per il danno cagionato dal minore ex comma 2 dell'art. 2048 cod. civ. per *culpa in vigilando* valga soltanto nei casi di danno provocato dal soggetto sottoposto a sorveglianza a terzi o ad altro soggetto parimenti sottoposto alla medesima sorveglianza, oppure se sussista anche nell'ipotesi danno provocato dal minore a se stesso (“autolesione”). La giurisprudenza maggioritaria propende per l'esclusione dell'applicabilità dell'art.2048 al fenomeno delle lesioni auto-provocate ascrivendole invece alla disciplina della responsabilità contrattuale ex art. 1218 Cod.

1 L'art. 2048 Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte, recita infatti: “Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante. I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto”.

2 Vedi Cass. Civ. Sez. III, n.2463 del 1995, in Foro.it., Rep 1995, Cassazione civile, n. 245.

3 Vedi Cass. Civ. Sez. III, 7517/99, in Foro.it., Rep 1999, Impugnazioni civili, n. 108.

civ. con conseguente modificazione del regime probatorio. La Suprema Corte più volte si è pronunciata a riguardo di predetta applicazione restrittiva. Il fondamento potrebbe essere indicato nella eccezionalità della norma, nonché nella circostanza che il testo legislativo prevede la prova liberatoria da opporre al terzo danneggiato e non anche al minore stesso che si sia auto-procurato una lesione.

La responsabilità contrattuale in questione si basa sul vincolo negoziale nascente dall'accoglimento della domanda di iscrizione e sul rapporto giuridico che si instaura tra loro per contatto sociale, in virtù del quale il professore non ha solo l'obbligo di istruire ed educare, ma anche uno specifico obbligo di protezione e di sorveglianza, volto ad evitare che gli allievi possano procurarsi da soli danni alla persona⁴. La prima importante decisione risale ad un pronunciamento della Suprema Corte degli anni '50⁵. La pronuncia condivideva l'opinione della corte d'appello, la quale aveva ritenuto inapplicabile l'art. 2048, II comma, Cod. civ., dal momento che *"il particolare titolo di responsabilità contemplato dall'art. 2048 cod. civ. trova luogo soltanto allorquando il fatto illecito dell'incapace cagioni danno ad un terzo, non anche se le conseguenze lesive ricadano sull'incapace stesso"*.

Di simile pensiero risulta la sentenza n.5268 del 1995⁶. La sentenza, che richiama il precedente citato, afferma testualmente che *"l'ambito di operatività della norma in esame è limitato al caso in cui il minore, capace di intendere e di volere, cagioni ad altri un danno ingiusto, non, invece, all'ipotesi in cui il minore procuri a sé una lesione; e tale conclusione è avvalorata dalla circostanza che lo stesso testo legislativo prevede la prova liberatoria da opporre al terzo danneggiato e non, invece, al minore che si sia autocagionato un pregiudizio"*.

L'orientamento che determina l'ambito di operatività della norma (cfr. Cass. Civ. Sez. III, 8263/96⁷ e Cass. Civ. Sez. III, 5268/95) non è però sempre univoco: soprattutto nella casistica più recente si riscontrano infatti interpretazioni estensive dell'art. 2048 cod. civ. (cfr. Cass. Civ. Sez. III, 8390/95, in Foro.it., Rep 1995, voce Responsabilità civile [5760], n. 110). L'orientamento favorevole ad un'interpretazione estensiva della presunzione di responsabilità sancita dall'art. 2048, comma 2, Cod. civ. si basa sulla considerazione secondo cui la presunzione di colpa può riguardare anche il danno che lo stesso allievo ha procurato a se stesso con il suo comportamento, poiché il dovere di vigilanza dell'insegnante si giustifica come una tutela nei confronti dei minori a lui affidati, ferma restando sempre la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto. Il contrasto è stato risolto da Cass. Civ. Sez. Unite, del 2002 n.9346⁸, le quali sostengono l'orientamento contrario alla configurabilità della presunzione di responsabilità posta dall'art. 2048, comma 2, Cod. civ. a carico dei precettori per i danni che l'allievo abbia causato a se stesso. Difetterebbe infatti il requisito dell'ingiustizia del danno.

Nel caso di specie, premettendo che è esclusa fin dal principio la responsabilità del giocatore con cui è avvenuto lo scontro⁹, considerando l'età prossima alla maturità

4 Vedi Cass. Civ. Sez. Unite n° 9346/2002, Foro it., 2002, I, 2635, n. DI CIOMMO.

5 Nella fattispecie, un alunno della prima elementare dell'Istituto Scuola Svizzera di Napoli, mentre tentava di estrarre il pennino da un'asticciola, restava colpito dal pennino all'occhio destro, con compromissione della capacità visiva.

6 In Foro.it., Rep 1996, voce Responsabilità civile, n. 135

Si trattava del caso di una bambina di cinque anni, che, mentre si trovava nel giardino di una scuola materna comunale, si era procurata lesioni rimanendo incastrata sotto il seggiolino di un'altalena a barre fisse.

7 In Foro.it., Rep : 1996, Impugnazioni civili, n. 10

8 In Foro.it., Rep 2002, Istruzione pubblica [3820], n. 70

9 In tema Cass. Civ. Sez III, 8 agosto 2002 n.12012, in Foro it. anno 2003, parte I, col. 168

dell'allievo preso in causa, si potrebbe forse affermare una lesione causata una forma di auto-responsabilità dell'allievo. Egli infatti si è rifiutato espressamente e ripetutamente di essere accompagnato al pronto soccorso immediatamente. Dovere del docente e del personale scolastico sarebbe invece stato quello di avvertire subito il personale sanitario specializzato mediante una chiamata al pronto soccorso, per scongiurare ogni possibile entità di danno. Se fosse presa in considerazione l'ipotesi del danno causato dall'allievo a sé stesso, si applicherebbe il criterio di cui all' art. 1218 Cod. Civ., piuttosto che di quello previsto dall'art.2048. I genitori dovrebbero solamente provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre parte convenuta ha l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola, né all'insegnante. In base all'art. 2048 Cod. Civ., invece, l'onere probatorio del danneggiato è di gran lungo meno gravoso e si esaurisce *"nella dimostrazione che il fatto si è verificato nel tempo in cui il minore è rimasto affidato alla scuola, mentre spetta all'insegnante dimostrare di non aver potuto impedire l'evento"*¹⁰

3. L'obbligo di vigilanza e la prova liberatoria in connessione al principio di proporzionalità

Sia per i genitori sia per i precettori la prova liberatoria consta nel dimostrare di non aver potuto impedire il fatto, nella dimostrazione di aver diligentemente assolto all'obbligo di vigilanza ed essere dipeso, quindi, il fatto illecito dal caso fortuito. Naturalmente, la prova del caso fortuito esclude anche la responsabilità dello stesso autore dell'illecito¹¹.

La responsabilità dei genitori e degli insegnanti è collegata al principio della colpa. Nelle ipotesi di dolo o colpa grave dell'insegnante, l'Amministrazione scolastica, qualora sia stata condannata al risarcimento dei danni in favore del danneggiato, in forza della sentenza del Giudice civile, deve rivalersi nei confronti del medesimo insegnante, davanti alla Corte dei Conti.

Infatti, il comportamento colposo dell'insegnante, che contribuisca alla verifica del fatto dannoso dell'alunno, causa un danno economico all'Amministrazione scolastica, equivalente all'importo monetario, corrisposto al medesimo alunno, a titolo di risarcimento dei danni. Secondo l'unanime Giurisprudenza, la colpa grave sussiste nelle ipotesi di mancata adozione delle più elementari regole di prudenza, diligenza e perizia.¹²

Alcune pronunce ritengono liberatoria la prova fornita della repentinità del fatto che avrebbe reso impossibile un tempestivo efficace intervento¹³.

E' anche possibile che sia valutata l'entità dell'apporto causale del danneggiato stesso e come nel caso di specie, si rende così applicabile il criterio di causalità materiale di cui all'art. 1227 Cod. Civ.¹⁴.

Tuttavia, neppure tale circostanza può esimere da responsabilità nel caso in cui ci sia stata precedentemente da parte della scuola o dei docenti un'omissione di cautele necessarie a prevenire il danno. In questi casi bisogna peraltro tenere distinte le ipotesi in cui la responsabilità trova titolo nella norma generale dettata dall'art. 2043 Cod.

10 Vedi Cass. Civ., 26 giugno, 1998 n. 6331, in Foro.it.,Rep: 1999, Amm.ne Stato (rappresentanza), n. 6.

11 Comma 3 dell'art.2048 cc.

12 Nell'ambito della responsabilità in oggetto, autorevole Giurisprudenza (Corte dei Conti Sez. Giur. Piemonte n. 1590 dell'11 ottobre 1999, in Foro.it, 2000, Responsabilità contabile, n. 431;) stabilisce che la mancata sorveglianza, durante la pausa di ricreazione, concretizza un'ipotesi di colpa grave.

13 Vedi Cass. Civ. Sez. III, 5668/01, in Foro it.,anno 2001, parte I, col. 3099;

14 Vedi Cass. Civ., Sez. III, 1769/12, in Foro it., anno 2012, parte I, col. 1040;

civ.¹⁵, configurandosi come *culpa in omittendo*, da quelle in cui la predisposizione di cautele atte ad evitare il danno è invece riconducibile proprio agli oneri gravanti sul responsabile ex art. 2048 Cod. civ..

E' chiaramente differente il ruolo rivestito dall'omissione a seconda che si applichi l'art. 2043 Cod. civ. ovvero che si ricorra all'art. 2048 Cod. civ. Nel primo caso, infatti, l'aver trascurato una serie di accorgimenti e di misure atte ad evitare il fatto dannoso riveste un ruolo attivo nella causazione del medesimo, anche se si tratti di condotta negativa che comporta un'omissione che lo produce o comunque concorra a produrlo la cui efficacia causale va espressamente dimostrata da chi invoca il risarcimento. Nel secondo caso, l'inerzia del soggetto tenuto al controllo si connota come fattore ostativo al raggiungimento della prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto, presuntivamente imputato al sorvegliante. Si deduce che gli oneri del sorvegliante non si concludono con un doveroso intervento impeditivo che si esplica nell'immediatezza del fatto potenzialmente lesivo, ma risalgono ad un impegno precedente volto a predisporre idonee misure di sicurezza nello svolgimento dell'attività.

Anche in questo caso, la responsabilità del precettore, sul quale incombe l'obbligo di vigilanza, si aggiunge a quella personale del minore capace di intendere e di volere ed a quella dei genitori per *culpa in educando*. La vittima potrà allora agire nei confronti di tutti costoro, essendo essi obbligati in solido per il risarcimento.

Sugli insegnanti grava quindi un dovere di diligenza che va quasi a superare la rilevanza attribuita al criterio della "diligenza buon padre di famiglia". Non solo è richiesto il controllo costante del docente ma la recente giurisprudenza di legittimità rende necessario anche che la scuola stessa metta a disposizione tutti gli strumenti necessari per il non verificarsi di eventi dannosi cagionati sia dagli alunni a se stessi, sia tra di loro sia verso terzi.

L'onere probatorio, in questo caso risultato non sussistente, consiste nel dare la prova da parte dell'insegnante di aver fatto tutto il possibile perché il danno non venisse causato. Sicuramente l'evoluzione più rilevante in materia è rappresentata dall'applicazione del principio di proporzionalità al criterio della vigilanza esposta al 2048¹⁶.

L'onere di sorveglianza non ha infatti carattere assoluto, ma è commisurato all'età ed al grado di maturità degli allievi, nonché alla pericolosità intrinseca dell'attività di che trattasi. La prevedibilità e prevenibilità dell'evento deve inoltre essere valutata in concreto, con riferimento alla ricorrenza statistica del medesimo. Il principio è quindi di proporzionalità inversa rispetto all'età degli allievi.

L'insegnante non ha quindi più un dovere eguale di vigilanza. Ne consegue che un maestro delle scuole elementari durante le ore di lezione o ricreazione dovrà mantenere uno stato di vigilanza e controllo molto più elevato e previdente rispetto ad un insegnante di scuola secondaria superiore. Questo criterio non si applica però solamente agli insegnanti ma va riferito a tutto il personale scolastico quindi i bidelli, i segretari e tutto il personale che detiene responsabilità sugli allievi dal momento in cui inizia a quando termina la giornata scolastica.

A tal proposito, nel caso preso in esame mi trovo a dover esporre la seguente critica. L'ora di educazione fisica non può essere del tutto assimilabile alle altre situazioni in cui l'alunno si trova sotto la responsabilità della scuola. Alunni di scuole primarie (6-10 anni) sono sicuramente esposti a più pericoli, per quanto riguarda la loro scarsa capacità di rilevare il pericolo stesso, ma sicuramente nel praticare attività ludica o sportiva non avranno per motivi sia fisici che psicologici una capacità di forza corporea sviluppata e

15 Così recita l'art.2043, Risarcimento per fatto illecito, *Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*

16 Vedi Cass. Sezione III , 4 marzo 1977 n. 894

una modalità di pensiero fortemente agonistica. Studenti invece di età superiore, soprattutto se di sesso maschile, durante attività sportive di contatto, rischiano maggiormente causa il loro sviluppo fisico che tra i 14 e i 18 anni può essere relativamente all'apice della loro potenzialità. Inoltre giovani di quell'età provano spesso uno spiccato sentimento agonistico che li porterebbe ad esagerare il loro spirito di gioco.

Nella sentenza in esame si specifica che il gioco del calcio non può essere ricondotto a responsabilità di attività pericolosa ex art. 2050 Cod.civ.¹⁷, ma sicuramente andrebbe rivalutata la tranquillità di questa attività; i giovani infatti si trovano ad ammirare modelli calcistici di alto livello, i quali praticano spesso azioni violente sia all'esterno del campo che all'interno. L'estrema diffusione di questi eventi tramite i Mass media potrebbe comportare una errata concezione di questo sport in tutti i giovani appassionati.

Per concludere si potrebbero sostenere le seguenti considerazioni.

Bisognerebbe valutare la prova liberatoria e il grado di vigilanza del personale scolastico in relazione più stretta alle varie attività che si compiono a scuola, applicando maggior concretezza quindi nell'eventuale giudizio di responsabilità.

L'età e la maturità degli studenti sono sicuramente indici molto importanti da prendere in esame ma, facendo riferimento alla ricorrenza statistica dei danni comportati dai vari sport, si dovrebbe adeguare, in alcuni casi specifici, il principio di proporzionalità inversa tra grado di vigilanza ed età degli allievi. Tale principio, nel caso di specie ed in simili circostanze, andrebbe invertito decretando maggior tutela agli studenti più maturi durante le attività ludico sportive da loro praticate.

17 Come citato precedentemente riguardo la Sentenza della Suprema Corte n.1197 del 2007.

LA CULPA IN VIGILANDO DEI PRECETTORI E DEI MAESTRI D'ARTE: TRA CONSOLIDATI ORIENTAMENTI E PROSPETTIVE IN DIVENIRE

di Eleonora Righi

IL CASO

Un bambino di anni cinque, iscritto regolarmente ed ammesso al campus estivo “happy time 2009” presso il circolo polisportivo dilettantistico “Azzurra Sport Village”, il giorno 13.7.2009 mentre stava giocando nell’area divertimento del summenzionato centro sportivo, viene spinto da un altro bambino nel momento in cui si trovava su una scala di corda all’ altezza di circa due metri; cade quindi a terra riportando gravi lesioni personali. Il minore, nel momento del gioco durante il quale si è verificato l’evento dannoso, era soggetto alla vigilanza di una lavoratrice dipendente del circolo.

I genitori del minore danneggiato convengono in giudizio il circolo polisportivo e la lavoratrice dipendente, invocando gli artt. 2050 e 2048 del Cod. Civ. per accertarne e dichiararne le relative responsabilità, invocando il risarcimento per i danni subiti dal figlio, quantificati in Euro 14.497,57; essendo tale minore affidato alla loro custodia durante la realizzazione dell’ evento dannoso.

Il circolo “Azzurra Sport Village”, costituendosi in giudizio, chiede il rigetto della domanda, in quanto è ritenuta infondata in fatto e in diritto. Sussidiariamente, chiede l’autorizzazione per poter citare in causa la compagnia assicurativa “Milano Assicurazioni S.p.a” al fine di risultare indenne in caso di condanna al pagamento del risarcimento nei confronti dei genitori del minore danneggiato. Allo stesso modo, anche la lavoratrice dipendente convenuta si costituisce in giudizio contestando la domanda di risarcimento e chiedendone il rigetto. D’ altra parte invece, la compagnia assicurativa non si costituisce in giudizio.

Il giudice ritiene che il caso in esame richiami i presupposti per l’azione della responsabilità civile che sorge in capo ai precettori tenuti alla vigilanza di un minore loro affidato da parte dei genitori. E’ lecito ritenere che tale affidamento sussista in capo al detto precettore per tutto il periodo in cui il soggetto è ad egli subordinato. Di conseguenza, la condotta colposa della vigilante si trasmette anche in capo del circolo sportivo che risponde a titolo di responsabilità contrattuale per i fatti illeciti commessi dalla sua dipendente. La domanda degli attori è dunque dichiarata fondata e i convenuti sono tenuti a risarcire i danni nei confronti dei genitori del minore danneggiato. Il danno non patrimoniale viene calcolato facendo riferimento alle tabelle equitative di Milano, applicando il criterio per punto percentuale del danno biologico utilizzato per la stima equitativa, non riscontrandosi ulteriori pregiudizi oltre al detto danno biologico.

Il percorso argomentativo che porta alla dichiarazione di condanna dei convenuti, muove dall’ analisi dell’art. 2048 c.c. Infatti si considera che in applicazione dell’art. 2048 comma 3 del Cod. civ., è lecito ritenere che in capo a genitori, tutori, precettori e maestri d’ arte discende la presunzione di responsabilità per l’evento dannoso causato dal soggetto posto sotto la loro vigilanza, superabile solo con la dimostrazione della prova dell’inevitabilità del fatto. Non sarà dunque sufficiente invocare la disciplina, l’ordine e il rigore che la struttura per la quale lavora il precettore prevede, secondo regolamento interno. Servirà invece fornire la prova liberatoria di cui all’ art. 2048 comma 2 del Cod. civ., che esclude la responsabilità di precettori e coloro che insegnano un mestiere o un’ arte per le ipotesi in cui si assista all’ interruzione del processo eziologico tra la condotta del minore, sottoposto alla loro vigilanza e l’evento

dannoso. Tale arresto del nesso causale deve infatti essere imputabile a un fattore non previsto, né prevedibile, che possiede perciò i caratteri della repentinità, dell' imprevedibilità e dell' inevitabilità. Ragion per cui risulta per il precettore, impossibile intervenire per porre in essere un evento correttivo o repressivo dopo l' inizio della serie causale che si è poi concretizzata nella realizzazione del danno. Inoltre, il precettore sarà tenuto a dimostrare anche che egli ha adottato tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il realizzarsi di una situazione favorevole al futuro sviluppo della sfortunata serie di eventi.

Per quanto riguarda il danneggiato invece, egli ha esclusivamente l' onere di provare che il danno è stato posto in essere da se medesimo, durante il tempo in cui egli era sottoposto alla vigilanza del precettore; in questo modo opera verso quest' ultimo la presunzione di colpa per inosservanza dell' obbligo di sorveglianza (c.d. culpa in vigilando).

Seguendo il procedimento argomentativo esposto, il giudice constata come il danneggiato abbia adempiuto al suo onere probatorio, dimostrando che il minore è destinatario di un danno avvenuto durante lo svolgimento di attività previste dal campo estivo al quale era iscritto e dunque sottoposto al dovere di sorveglianza del precettore.

Al contrario, il danneggiante non è in grado di fornire prove sufficienti per vincere la presunzione di colpa in capo a sé medesimo, secondo i dettati della disciplina. I teste di parte convenuta non sono stati infatti, non hanno saputo riferire informazioni utili nella ricostruzione dell' accaduto, essendo sopraggiunti sul luogo del fatto in un secondo momento e non avendone quindi preso visione.

Viene dunque accertato durante l' iter processuale, che vi è stato da parte del precettore addetto alla sorveglianza, il mancato intervento repressivo per la sospensione di un gioco pericoloso e non regolamentato in modo idoneo, dovendosi sottolineare invero l' inidonea età del minore a cui è stato permesso di accedere ad una attività per lui pericolosa. Ciò viene confermato dalle dichiarazioni riportate dalla sorella del minore offeso, che riferisce il fatto che il fratello si sia arrampicato sulla corda in solitudine, così come si sia trovato da solo al momento della caduta. Inoltre la ragazza ha affermato che la lavoratrice tenuta a sorvegliare, nel momento in cui si svolgeva l' accaduto si trovava nel gazebo a parlare con altre persone. Oltre a ciò ella sostiene di essere accorsa in soccorso del fratello con un' amica e di aver chiamato l' insegnante solo successivamente. Tali circostanze vengono dimostrate anche dalla deposizione della segretaria del circolo, che conferma la presenza della lavoratrice che si stava intrattenendo proprio con la convenuta in quegli stessi momenti.

Il giudice, ritiene dunque che la mancata vigilanza sui minori e l' assenza di prova del caso fortuito, siano elementi idonei per ammettere l' applicazione dell' art. 2048 c.c.; ne discende dunque la responsabilità della precettrice e del circolo polisportivo ex art. 2049 c.c. in quanto è chiamato a rispondere per i fatti illeciti posti in essere da un proprio dipendente a titolo di responsabilità contrattuale come sancisce l' art. 1218 c.c..

Per quanto riguarda la quantificazione del danno, seguendo l' impostazione della giurisprudenza prevalente oggi affermata, il giudice ritiene debba essere accolta, per analizzare il caso di specie, l' impostazione per cui l' art. 2059 c.c. riguardante i danni non patrimoniali, non possa ridursi alla mera identificazione con il danno morale soggettivo. Considerando infatti il sistema bipolare del risarcimento del danno, distinto in patrimoniale e non patrimoniale, l' art. 2059 c.c., deve essere interpretato secondo una lettura costituzionalmente orientata, per la quale al danno non patrimoniale vanno ricondotti tutti i danni dovuti a lesioni di beni inerenti alla persona, quali i danni biologici, quelli morali e quelli esistenziali.

Condivisa questa impostazione, va detto però che per evitare il rischio di effettuare duplicazioni risarcitorie in sede liquidativa, va seguito il monito espresso chiaramente dalla Corte di Cassazione, per cui va tenuto presente che nel calcolo equitativo del danno biologico devono essere inclusi i diversi aspetti della lesione all' integrità psico-fisica del soggetto, considerati nella loro globalità statica e dinamica. Adempiendo inoltre alle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, che sanciscono come il danno biologico, quale lesione del bene costituzionale della salute, statuito dall' art. 32 della Cost., debba essere inteso in un' interpretazione onnicomprensiva degli interessi inter relazionali, affettivi, produttivi, sportivi, sociali della persona, in quanto essi incidono direttamente sulla sua capacità di svolgere e realizzare a pieno la sua personalità nelle diverse azioni quotidiane.

Dunque il giudice dichiara che le ulteriori voci di danno non patrimoniale per lesione dei medesimi interessi della persona già ricompresi nel calcolo equitativo del danno biologico, potranno essere accertate ed ulteriormente liquidate, attraverso la personalizzazione dei criteri tabellari secondo la specie in esame, con un incremento percentuale rispetto a quello già calcolato, solo nel caso in cui sia accertato che da tali lesioni psico-fisiche, derivino lesioni delle sue condizioni soggettive, diverse da quelle medie.

Nel caso di specie, secondo il giudice non sussistono ulteriori sofferenze rispetto a quelle già accertate attraverso certificazioni mediche, che stimano il danno nell' ordine del 3% come danno biologico. Ragon per cui è possibile applicare il criterio per punto percentuale del danno biologico utilizzato per la stima equitativa. In particolare viene fatto riferimento alle tabelle liquidative in vigore presso il Tribunale di Milano, in adempimento alla pronuncia della Suprema Corte (Sez. III n.14402/11; n. 12408/11). Va considerata inoltre la maggiorazione di un terzo rispetto al totale, corrispondente ai patimenti sofferti dal soggetto leso durante il tempo della menomazione.

Il giudice condanna la lavoratrice dipendente e il circolo polisportivo a titolo di risarcimento danni e la compagnia assicurativa al pagamento di Euro 13.229,26 in favore dei ricorrenti, genitori del minore danneggiato; a carico dei condannati sono anche le spese giudiziarie e quelle di CTU.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI CASSINO

Il Giudice del Tribunale di Cassino, nella persona del dr. Salvatore Scalera, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 927 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2010 trattenuta in decisione all'udienza del 24.3.2014 con i termini ex art 190 c.p.c.

TRA

B.G. (c.f: (...))

D.N. (c.f.: (...))

esercenti la potestà genitoriale sul figlio minore B.A.

rappresentati e difesi dagli Avv.ti Gildo Ciaraldi e Gianluca Ciaraldi, elett.te dom.ti presso lo studio dei legali, in Cassino, Largo Dante n. 5,

attori

E

CIRCOLO POLISPORTIVO DILETTANTISTICO "AZZURRA SPORT VILLAGE" (p.i. (...)), in persona del legale rapp.te p.t.,
P.A. (c.f.: (...))
Rappresentati e difesi dall'Avv. Arturo Buongiovanni ed elett.te domiciliati presso lo studio del legale in Cassino, via Boccaccio 2/A,
convenuti
E
MILANO ASSICURAZIONI S.P.A., in persona del legale rapp.te p.t.,
terza chiamata in causa contumace
Oggetto: risarcimento danni

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione regolarmente notificato B.G. e D.N., esercenti la potestà genitoriale sul figlio minore B.A., hanno convenuto in giudizio il Circolo polisportivo dilettantistico "Azzurra Sport Village", in persona del legale rapp.te p.t., e P.A., lavoratrice dipendente presso la struttura, per far accertare e dichiarare la responsabilità di entrambi, rispettivamente ex artt. 2050 e 2048 c.c., per non aver vigilato sul minore B.A. affidato alla loro custodia chiedendo la conseguente condanna al risarcimento dei danni subiti dallo stesso quantificati in Euro 14.497,57.

Gli attori hanno rappresentato che il giorno 13.7.2009 mentre A. stava giocando nell'area giochi del summenzionato centro sportivo, sotto la vigilanza di A.P., è stato spinto da altro bambino quando si trovava su una scala di corda all'altezza di circa 2,00 metri e cadeva a terra riportando gravi lesioni personali.

Si è costituito in giudizio il circolo Azzurra Sport Village chiedendo il rigetto della domanda in quanto infondata in fatto e diritto e, in via subordinata, l'autorizzazione per chiamare in causa la Milano Ass.ni per essere tenuto indenne in caso di condanna.

Con comparsa del 23.6.2010 si è costituita P.A. contestando la domanda attorea e chiedendone il rigetto.

Chiamata in causa la Milano ass.ni non si è costituita e pertanto deve dichiararsi la contumacia.

Escussi i testi ed espletata CTU medico- legale la causa è stata trattenuta in decisione.

La domanda è fondata.

La responsabilità conseguente alla vigilanza cui sono tenuti i precettori di un minore è strettamente connessa all' affidamento da parte dei genitori per un tutto il periodo in cui lo stesso rimangono loro affidati..

L'art. 2048, comma 3, c.c. nel prevedere che gli insegnanti e/o precettori "sono liberati da responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto", pone una presunzione di responsabilità, superabile solo dalla prova della inevitabilità dell'evento dannoso.

Al fine della prova contraria non è sufficiente invocare la disciplina, l'ordine ed il rigore che caratterizzano la struttura.

Occorre, al riguardo, fornire la prova liberatoria alla quale l'art. 2048, comma 2,c.c. subordina l'esclusione della responsabilità del precettore, costituita dalla interruzione del nesso di causalità tra la condotta del minore, sottoposto alla vigilanza dell'insegnante, e l'evento dannoso, per l'inserimento della causa efficiente esclusiva costituita da un fattore non previsto né prevedibile caratterizzato da repentinità, imprevedibilità ed inevitabilità, non imputabile ai precettori stessi.

Oltre alla dimostrazione di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, è

necessario anche dimostrare di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale (Cass. civ. 22.7. 2010, n. 17215.).

Mentre sul danneggiato incombe l'onere di provare soltanto che il danno è stato cagionato al minore durante il tempo in cui lo stesso era sottoposto alla vigilanza del personale scolastico, il che è sufficiente a rendere operante la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza (Cass. civ. 10/10/2008, n. 24997; Cass. civ. 14/11/2008, n. 27246).

Nella vicenda in esame il danneggiato ha assolto il suo onere probatorio avendo dimostrato il danno e il suo verificarsi durante lo svolgimento delle attività previste dal programma del campo scuola.

Il danneggiante, al contrario, non ha vinto la presunzione di responsabilità prevista dalla legge.

Il mancato intervento repressivo per la sospensione di un gioco pericoloso e non regolamentato in modo adeguato, considerata anche l'età dei minori, costituisce una condotta colposa da inserire nel processo eziologico quale causa determinante dell'infortunio.

Né i testi di parte convenuta hanno potuto riferire circostanze utili essendo sopraggiunti sul luogo della caduta in un secondo momento e non avendo visto l'accaduto.

B.D., sorella di A., ha riferito che quando il fratello si è arrampicato sulla corda era da solo e al momento della caduta non era presente nessuna "persona grande". Ha altresì affermato che A.P. era nel gazebo e parlava con altre persone tra cui anche la segretaria del centro che ha confermato tale circostanza.

La minore ha dichiarato di aver effettuato i primi soccorsi con una sua amica e solo successivamente ha chiamato l'insegnante.

La mancata vigilanza sui minori e l'assenza di prova del caso fortuito sono elementi idonei ad integrare gli elementi di cui all'art. 2048 c.c. con conseguente responsabilità di A.P. per il danno subito da A.B..

Tale condotta colposa si trasmette anche in capo al circolo polisportivo ex art. 2049 c.c. che risponde per i fatti illeciti commessi dal proprio dipendente a titolo di responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., nascente dall'iscrizione ed ammissione del minore al campus estivo "happy time 2009".

Venendo alla quantificazione del danno, come insegnato dalla Suprema Corte con le sue pronunce n. 8827 ed 8828 del 31.5.03 e condiviso dalla Corte Cost con la sent n. 233/03, e da ultimo confermato dalle SS.UU. della S.C. con la loro sent. n. 26972/08, debba ritenersi oramai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale contemplato dall'art 2059 c.c. si identificherebbe con il danno morale soggettivo.

Nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale va riconosciuta un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art 2059 c.c. secondo la quale nell'astratta previsione di detta norma è riconducibile ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: sia il danno biologico, sia quello morale sia quello derivante da lesioni di altri interessi di rango costituzionale inerenti la persona (per alcuni "danno esistenziale").

Detto questo, al fine di non tradire l'ammonimento espresso dallo stesso Giudice di legittimità in dette pronunce - quello di scongiurare il rischio di duplicazioni risarcitorie - occorre precisare che il criterio tabellare utilizzato da questo Giudice in aderenza alla giurisprudenza del distretto milanese al fine di operare la stima con calcolo equitativo del danno biologico ha sempre tenuto presente e ricompreso i diversi aspetti della lesione all'integrità psico fisica del soggetto considerati e nel loro aspetto statico e in

quelli dinamico relazionali intesi quali conseguenze negative prodotte, mediamente, dalla lesione alla vita quotidiana delle vittime.

Ovvero, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla Corte Cost nelle sue pronunce n. 184/86 e 356/91 così come delle numerose sentenze rese nel corso degli anni dalla Corte di Cassazione, il danno biologico - quello derivante dalla lesione dell'interesse garantito all'art 32 della Costituzione all'integrità psichica e fisica della persona - come detto calcolato è stato sempre inteso non solo in termini anatomico-funzionali, ma anche avute in debita considerazione le compromissioni di grado medio alle ordinarie esplicazioni della personalità nel campo delle soggettive attività interrelazionali, affettive, produttive, sportive, sociali, siccome incidenti in astratto sulle attività quotidiane comuni a tutti.

Da ciò discende che ulteriori voci di danno non patrimoniale per lesioni agli stessi interessi della persona già considerati nella stima tabellare del danno biologico potranno esser accertate ed ulteriormente liquidate, personalizzando il criterio tabellare con incremento in percentuale della stima, solo ove sia allegato e dimostrato che dalla lesione psico-fisica siano derivate alla vittima compromissioni delle sue condizioni soggettive diverse da quelle medie (ricorrono nella prassi gli esempi del soggetto amputato ad un dito della mano che suonava uno strumento; del soggetto menomato ad un arto che prima praticava con assiduità significativa uno sport particolare poi preclusogli; l'incidenza della diminuzione della capacità lavorativa generica su soggetto dedito a lavori particolarmente usuranti o caratterizzati da mansioni più difficoltose alla media).

Solo nella dimostrata ricorrenza di siffatti casi particolari il criterio ordinario di stima dell'ammontare del danno, con riferimento sia a quello biologico sia al residuo non patrimoniale come detto comprendente il morale ed eventuali ulteriori lesioni a diversi interessi costituzionalmente protetti (per stimare i quali si muoverà sempre secondo il criterio del rapporto in percentuale a quello biologico già calcolato), potrà e dovrà operarsi, al fine di ottenere l'effettiva e necessaria personalizzazione, incremento a quanto altrimenti d'ordinario riconoscibile e riconosciuto adottando i tradizionali criteri guida.

Detto questo, nel nostro caso, in difetto di alcun particolare patimento maggiore rispetto a quanto ordinariamente dato riscontrarsi, si procederà applicando al caso il criterio per punto percentuale del danno biologico utilizzato per la stima equitativa.

Si fa, dunque, riferimento alle tabelle liquidative in vigore presso il Tribunale di Milano, in ossequio all'insegnamento della Suprema Corte (Sez III n. 14402/11; n. 12408/11) con maggiorazione poi del totale al fine di non trascurare il profilo della sofferenza indotta al soggetto leso nel tempo dalla menomazione, qui stimata di un terzo Il c.t.u., dopo aver attentamente visionato le certificazioni mediche prodotte dai genitori e sottoposto il minore ad esame clinico, con esaustiva e ben argomentata illustrazione scientifica, scevra da qualsivoglia contraddizione logica e strettamente ancorata ai dati oggettivamente rilevati ed evidenziati, ha concluso in termini assolutamente condivisibili stimando il danno nell'ordine del 3% come danno biologico.

Considerato che non è stata allegata sofferenza di alcun pregiudizio superiore alla media derivatogli dal così specificato danno biologico riguardo tutte le attività ordinarie della esplicazione quotidiana della sua vita, il danno di cui parliamo è così stimabile, nella sua regolare onnicomprensività.

Calcolo Danno Non Patrimoniale

Tabella di riferimento: Tribunale di Milano 2014

Età del danneggiato alla data del sinistro 5 anni

Percentuale di invalidità permanente 3%

Punto base danno non patrimoniale Euro 1.643,02
 Punto base I.T.T. Euro 100,00
 Giorni di invalidità temporanea totale 45
 Giorni di invalidità temporanea parziale al 75% 0
 Giorni di invalidità temporanea parziale al 50% 10
 Giorni di invalidità temporanea parziale al 25% 0
 Danno risarcibile Euro 4.830,00
 Aumento personalizzato (max. 50%) Euro 7.245,00
 Invalidità temporanea totale Euro 4.500,00
 Invalidità temporanea parziale al 75% Euro 0,00
 Invalidità temporanea parziale al 50% Euro 500,00
 Invalidità temporanea parziale al 25% Euro 0,00
 Danno biologico temporaneo Euro 5.000,00
 TOTALE: Euro 9.838,00
 maggiorato di un terzo Euro 13.117,00
 A tale importo deve aggiungersi l'esborso per le documentate e ritenute congrue dal CTU spese mediche Euro 112,26
 Pertanto i convenuti tutti, sono condannati a risarcire agli attori la somma di Euro 13.229,26, oltre gli interessi al saggio legale da del fatto al saldo.
 Le spese di lite, al pari di quelle per la CTU, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Giudice, definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe, ogni ulteriore istanza ed eccezione disattesa:

- accoglie la domanda e per l'effetto condanna a titolo di risarcimento danni P.A., Azzurra Sport Village nella persona del legale rappresentante, Milano Assicurazioni Spa al pagamento in favore di B.G. e D.N., esercenti la potestà sul minore B.A., della somma di Euro 13.229,26 oltre gli interessi al saggio legale da del fatto al saldo;
- condanna P.A., Azzurra Sport Village, Milano Assicurazioni al pagamento delle spese di lite che liquida in Euro 4.835,00 (D.M. n. 55 del 2014 III scaglione) oltre Iva e CpA e spese forfettarie.
- Pone a carico di P.A., Azzurra Sport Village, Milano Assicurazioni le spese di CTU liquidate in separato provvedimento.

Così deciso in Cassino, il 30 ottobre 2014.

Depositata in Cancelleria il 5 novembre 2014.

TRIBUNALE DI CASSINO, sentenza 30 ottobre 2014, n. 927; Pres. SCALERA, B.G. e D.N. (Avv.ti CIARALDI, CIARALDI) c. Circolo Polisportivo Dilettantistico "Azzurra Sport Village", P.A. (Avv. BUONGIOVANNI), Milano Assicurazioni S.p.a.

Responsabilità civile - Precettori e maestri d'arte - Danno subito da minore - Culpa in vigilando (Cod. civ., art. 2048)

Responsabilità civile – Circolo sportivo - Danno subito da minore – Responsabilità contrattuale – Sussiste - Illecito del preposto - Responsabilità del committente – Sussiste (Cod. civ., artt. 1218, 2043, 2049)

Responsabilità civile - Danni in materia civile - Pregiudizi non patrimoniali - Onnicomprensività - Liquidazione (Cost., art. 32; Cod. civ., art. 2059)

La presunzione di responsabilità del precettore, qualificato come soggetto al quale il minore che subisce il danno è affidato, per ragioni di sorveglianza e con carattere continuativo, opera per mancata dimostrazione dell'inevitabilità dell'evento dannoso e per sussistente inottemperanza degli obblighi professionali dovuti, ivi incluso quello di vigilanza. (1)

L'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione del minore al circolo, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale dal quale sorge a carico del circolo l'obbligo di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dei suoi allievi nel tempo in cui essi usufruiscono delle prestazioni sportive e, quindi, di predisporre gli accorgimenti necessari al fine di evitare agli allievi esposizione a pericolo. Inoltre la responsabilità del circolo sportivo sorge in virtù del rapporto di lavoro che intrattiene con il precettore: tale responsabilità ha come presupposto indefettibile l'affermazione della colpa del commesso nell'esercizio delle incombenze a lui affidate dal committente e l'accertamento della derivazione dell'evento lesivo da condotta colposa del detto dipendente. Tale responsabilità non ammette prova liberatoria da parte del datore di lavoro, sul quale grava il rischio di impresa. (2)

Il pregiudizio non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia e onnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Le varie voci di danno non patrimoniale elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (danno estetico, danno esistenziale, danno alla vita di relazione) non costituiscono pregiudizi autonomamente risarcibili, ma possono venire in considerazione solo in sede di adeguamento del risarcimento al caso specifico e sempre che il danneggiato abbia dimostrato che il danno biologico o morale presenti aspetti molteplici e riflessi ulteriori rispetto a quelli tipici. Ai fini della valutazione equitativa del danno biologico, le tabelle nazionali medico-legali orientative ed attuariali vanno applicate non già automaticamente, bensì con apprezzamento anche delle condizioni personalizzanti (c.d. condizioni soggettive). (3)

(1) Numerosi sono i precedenti in termini. In forza dell'art. 2048 comma 2 c.c. si afferma che i precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. La mera lettura dell'articolo, permette di sottolineare che il lessico della disposizione appare anacronistico, se confrontato con la realtà attuale. Vanno perciò ricondotti eventuali dubbi interpretativi alle pronunce della Suprema Corte, la quale afferma che al significato del termine "precettore", vanno rimandati anche tutti i tipi di insegnante, a prescindere dal tipo di disciplina impartita, dall'ordine, dal grado e dalla natura-pubblica o privata della scuola. Si veda in merito Cass. civ. 6 febbraio 1970, n.263, in *Giur.it.*,1977,1,1,85; Cass. civ. 4 marzo 1977, n. 894, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1977, 806; Cass. civ. 7 giugno 1977, n. 2342, in *Arch. Resp. civ.*, 1977, 961. Per quanto riguarda il termine "maestro d'arte", esso indica colui che assume verso il minore poteri e doveri di educazione in senso ampio, tale che

il suo ruolo lo rende idoneo all'istruzione non solo dell'arte o del mestiere, ma anche di tutto ciò che attiene alla vita di relazione con il mondo esterno.

In applicazione dell'art. 2048, l'unico criterio attributivo della responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte è la presunzione di colpa in vigilando. Essi sono ritenuti responsabili solo per gli illeciti commessi dagli allievi nel lasso di tempo in cui questi sono sottoposti alla loro sorveglianza e solamente per gli illeciti che ricadono sotto il dovere di vigilanza e controllo. Si faccia riferimento a Cass. civ., 26 giugno 1998, n. 6331, in *Foro.it*, 1999, I, 1574, con nota di Di Ciommo, *Danno "allo scolaro" e responsabilità "quasi oggettiva" della scuola*; Cass. civ. 22 gennaio 1990, n. 318, in *Arch. civ.*, 1990, 365. Di conseguenza, l'insegnante per liberarsi da questa responsabilità, deve dimostrare che l'illecito è stato causato da un caso fortuito, ossia da un evento straordinario e non prevedibile con l'ordinaria diligenza prevista per il caso concreto, rispetto all'età e al grado di maturazione dell'allievo. Tale prova assume i connotati c.d. "negativi". Si riconduca in merito Cass. civ. 22 gennaio 1990, n. 318, in *Arch. Resp. civ.* 1990, 365. In merito alla prova liberatoria degli insegnanti, la giurisprudenza che si è fatta sempre più rigorosa, è arrivata ad affermare che i precettori e i maestri d'arte non siano liberati dalla responsabilità se non dimostrano anche "in positivo" di aver adottato in via preventiva tutte le misure necessarie a evitare la situazione favorevole alla commissione dell'illecito, ossia che nonostante abbiano adeguatamente vigilato sui propri alunni, non sia stato loro possibile impedire il verificarsi del fatto dannoso a causa della sua repentinità, tale da non consentire un intervento tempestivo. A proposito Sez. Un. Civ. 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro. it.*, 1974, I, 843 (la presenza dell'insegnante avrebbe dovuto impedire l'evento dannoso in quanto avrebbe permesso un intervento finalizzato a separare i due alunni che litigavano, evitando che le offese sfociassero in colluttazione); Cass. civ. 22 luglio 2010, n. 17215, in *De Iure.it*. Nonostante ciò, pur di fronte alla istantaneità della condotta dell'allievo, la giurisprudenza introduce ulteriori considerazioni, che di fatto rendono la prova liberatoria molto difficoltosa. Infatti si ritiene che la repentinità del gesto, nell'ipotesi in cui quello stesso fatto fosse prevedibile e in particolare fosse prospettabile dal soggetto vigilante, non sia di per sé sufficiente a escludere la sua responsabilità. Il giudice dovrà allora fare riferimento alla ripetitività statistica del fatto, non esattamente intesa ma correlata al particolare ambiente in cui si manifesta, sulla base della ragionevole prospettiva secondo cui certi eventi già verificatisi in alcune situazioni, possono riproporsi alle stesse condizioni. In merito Cass. civ. 2 dicembre 1996, n. 10723, in *Corr. Giur.*, 1997, 799, con commento di Morozzo Della Rocca, *Regole di responsabilità, pallone di carta e danni alla persona* (affermazione resa nel contesto di una decisione in cui il Ministro della Pubblica Istruzione veniva condannato al risarcimento del danno in relazione alle lesioni subite dall'allievo di una scuola, in conseguenza del lancio da parte di un suo compagno, di una pallina di carta che l'aveva colpito all'occhio; l'evento era prevedibile data la situazione di indisciplina della classe, ove comportamenti simili si erano anche verificati in precedenza). La posizione di graduale irrigidimento della giurisprudenza è dimostrato anche da una sentenza in cui viene negata la prova liberatoria del precettore, che nel caso era un istruttore di nuoto Cass. civ. 27 marzo 1984, n. 2027, in *Rep. Foro.it.*, 1984, voce *cit.*, n. 95 "che abbia solo dimostrato di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo, dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma si richiede anche la dimostrazione di aver adottato, in via preventiva, le misure organizzative o disciplinari idonee a evitare una situazione di pericolo favorevole all'insorgere di detta serie causale"; Cass. civ. 6 marzo 1998, n. 2486, in *Giur.it.*, 1999, 265, con nota di Piccirilli *Attività sportiva e responsabilità civile*. Non vi sono dubbi

dunque sulla responsabilità dell'insegnante nel caso in cui si accerti la totale carenza di vigilanza sugli allievi, dovuta all' assenza fisica del docente stesso nel corso delle lezioni oppure nel periodo dedicato alla ricreazione o altre pause normalmente previste nel corso dell' insegnamento. Si rimanda a Cass. Civ., 15 gennaio 1996, n. 8263, in *Rep. Foro. It*, 1996, voce *Responsabilità civile*, n. 137. Tuttavia non è possibile pretendere la presenza continua e ininterrotta dell' insegnante. Si afferma quindi la necessità di una vigilanza sempre più attenta e continua, tanto minore è l'età degli allievi e la disciplina impartita prevede un rischio di esposizione al pericolo maggiore. In tal senso Cass. civ. 15 gennaio 1980, n. 369 in *Arch. Resp. Civ.*, 1980,632; Cass. civ. , 15 dicembre 1980, n. 6503, in *Giur.it*, 1981, I, 1453. Inoltre la giurisprudenza nega la responsabilità dell'insegnante la cui assenza al momento del compimento del fatto dannoso risulti giustificabile, come sostiene la Cass. Civ., 2 settembre 1979 in *Responsabilità civile e previdenza*, 1980, 534. Orientamenti giurisprudenziali ritengono che la responsabilità di precettori e maestri d' arte sia di tipo diretto, in quanto essi sono tenuti a rispondere sulla base di un fatto proprio colposo consistente nella violazione dell'obbligo di vigilanza a cui sono tenuti. A tal proposito si veda la pronuncia di Cass. Civ. 22 ottobre 1965, n. 2202 in *Foro.it*, 1966, I, 955. Un secondo orientamento sostiene invece la natura indiretta della responsabilità di precettori e maestri d'arte, sulla base che l'art. 2048 comma 2 c.c. comprenda una responsabilità per fatto altrui. Seguendo questo indirizzo, il precettore pur dovendo risarcire il danno, non deve essere ritenuto l'autore materiale dell' illecito. Per quanto riguarda l'onere della prova da parte del danneggiato, va detto come un orientamento giurisprudenziale precedente, riteneva che il danneggiato fosse sollevato dall' onere di provare il dolo o la colpa del precettore, dimostrando unicamente gli elementi oggettivi dell'illecito, ossia la condotta antigiuridica ed il nesso di causalità tra il fatto e l'evento dannoso. Si rimanda a Cass. civ., 4 marzo 1977, n. 806, in *Giur.it.*, 1977,I,1,1660, con nota di Tamponi; Cass. civ., 27 marzo 1984, n. 1977, *Mass. Foro.it.*, 1984; Cass. Civ., 22 gennaio 1990, n. 318, in *Arch. Resp. Civ.*, 1990, 365; Cass. civ., 1 agosto 1995, n. 8390, in *Mass. Foro.it.*, 1995. Facendo riferimento invece a recenti sviluppi giurisprudenziali, deve considerarsi che sul danneggiato incombe solo l'onere di provare che il danno è stato cagionato al minore durante il tempo in cui egli era sottoposto alla vigilanza del precettore. Si faccia riferimento a Cass. civ., 10 ottobre 2008, n. 24997, in *De Jure.it*; Cass. civ., 14 novembre 2008, n. 27246 in *De Jure.it*. Nella giurisprudenza di merito, la casistica sulla responsabilità dei precettori e maestri d' arte è nutrita: si veda App. Milano 7 marzo 1980, n.375, in *Arch. Civ.*, 1980, 704; App. Milano, 22 marzo 1974, in *Arch. Resp. Civ.* 1974,258; Trib. Roma, 2 ottobre 1997, in *Giur. Romana*, 1998, 27; App. Lecce, 22 dicembre 1969, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 1480. Sulla prova liberatoria si veda App. Lecce, 22 dicembre 1969; Trib. Cagliari, 29 maggio 1991. Da ricordarsi è inoltre la pronuncia del Trib. Monza, 13 settembre 1988, in cui i giudici, contrariamente all' orientamento prevalente della giurisprudenza, anziché assumere come punto di partenza per la presunzione di responsabilità ex art. 2048 c.c., hanno preferito un'attribuzione di responsabilità aquiliana. Essi hanno ritenuto che la responsabilità dell'istruttore, non è la negligenza in vigilando, la carenza di attenzione o una posizione di garanzia: al contrario essa si commisura su una fattispecie concreta in relazione al disposto di cui all' art. 2043 c.c.; avendo egli tenuto una condotta non dolosamente preordinata al raggiungimento di un risultato dannoso, ma che in un'ottica di comune prudenza e nell' esperienza dell'istruttore stesso, non avrebbero dovuto prospettarsi.

In dottrina, sull' evoluzione della figura dei precettori e maestri d' arte, Staderini, *La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano, 1981, 79; Mantovani, *La responsabilità dei genitori, tutori, precettori e maestri d' arte*, in *La*

responsabilità civile, diretta da Alpa-Bessone, II, Torino, 1987, 44; Morozzo Della Rocca, *La responsabilità dei genitori, tutori, maestri. La responsabilità dei precettori e dei maestri d' arte*, in *La colpa nella responsabilità civile*, III, a cura di Cendon, 2006, 82.

(2) Esistono precedenti in termini. L' art. 2049 c.c., indica come responsabile dell'illecito il padrone o il committente, ossia il datore di lavoro, purché l' illecito sia stato commesso nell' esercizio delle incombenze assegnate al dipendente. Si faccia riferimento a Cass. civ. 29 agosto 1995, n. 9100, *Rep. Giur. It.*, 1995, voce *Responsabilità civile*, n. 87; Cass. civ. 14 novembre 1996, n. 9984, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, 459, con nota di Botti *Responsabilità extracontrattuale del vettore per perdita della merce e legittimazione attiva del mittente-venditore*; Cass. 8 settembre 1978, n. 4067, in *Giust. civ. Mass.*, 1980; Cass., 24 marzo 1980, n. 1965 in *Gius. Civ. Mass.*, 1980. Per la giurisprudenza di merito si riporti App. Bari, 22 agosto 1961; App. Cagliari, 6 maggio 1986; Trib. Roma, 28 maggio 1987. E' inoltre importante riprendere anche per quanto riguarda il sorgere della responsabilità sul datore di lavoro, la già citata pronuncia del Trib. Monza, 13 settembre 1988, in cui si chiama a risarcire in solido col precettore chiamato a vigilare nel caso di specie, anche il Tennis Club, committente del medesimo ex art. 2049, applicando in particolare il principio della responsabilità oggettiva. Dei termini "esercizio di incombenze" verso il sottoposto, la giurisprudenza tende a darne una interpretazione estensiva, ravvisando tale fattispecie ogni volta vi sia stato un semplice rapporto di occasionalità tra l'esercizio delle incombenze e la produzione dell' evento lesivo. Tale corrente ritiene tuttavia che non si possa estendere al committente la responsabilità se da parte dell'agente vi è un'autonomia gestionale, poiché verrebbero meno in tal caso, il vincolo di dipendenza e dunque non si potrebbe parlare di responsabilità del preponente, se a questi viene tolta ogni ingerenza nell' attività del preposto. Per di più, la pur riconosciuta autonomia gestionale deve avere un limite, proprio nel potere di controllo che il circolo aveva sull' attività di insegnamento.

In dottrina, Trimarchi, *rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961, 78; Pogliani, *La responsabilità e risarcimento civile per fatto altrui*, Milano 1969, 232; Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; Galoppini, *La responsabilità per fatto dei dipendenti*, Milano 1968. Pareri discordanti si vedano in Bonvicini, *La responsabilità civile per fatto altrui*.

(3) Sussistono precedenti in termini. Pronuncia che fa da fondamento ai successivi sviluppi giurisprudenziali è della Corte Costituzionale, che impone l'opinione di una riparazione piena ed incondizionata della lesione biologica . Interpretando l'art. 2059 c.c. per la riparazione dei soli danni morali soggettivi, definibili come danni-conseguenza e per il danno biologico , quale danno-evento perché ripercussione naturale del comportamento lesivo e quindi parte integrante dello stesso, che fonda la propria autonoma risarcibilità sul combinato disposto degli art. 2043 c.c. e 32 Cost. In quanto danno-evento, il danno alla salute rileva come pregiudizio e prende il posto di tutte quelle voci di lesione non patrimoniale alla persona precedentemente individuate in via processuale quali il danno estetico, il danno alla vita di relazione e simili. Per la sua liquidazione si prevede la conferma del criterio della giurisprudenza di merito comportante un'uniformità pecuniaria di base, integrata da parametri elastici per adeguare la riparazione all' effettiva incidenza dell'accertata menomazione sulle attività della vita quotidiana. Distinguendosi il danno alla salute, come lesione dell'integrità psico-fisica del soggetto, tanto da quello morale, inteso come turbamento psicologico

momentaneo e transeunte, quanto da quello strettamente patrimoniale, viene consigliata cautela nella determinazione del ristoro onde evitare duplicazioni risarcitorie e sperequazioni. Si veda Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *De Jure.it*. Successivamente, anche la Suprema Corte, espressasi in merito, aveva evitato di attribuire autonomo rilievo semantico alla categoria del danno esistenziale, si rimanda a Cass. civ., 31 marzo 2003 n. 8827, in *De Jure.it*; Cass. civ., 31 marzo 2003, n. 8828, in *De Jure.it*, cit. “il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensivo di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona e inoltre non sembra proficuo ritagliare all’ interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo; ciò che rileva al fine dell’ ammissione al risarcimento, è l’ ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona dal quale conseguono pregiudizi non suscettibili di valutazione economica”. Veniva dunque detto che era da ritenersi legittimo il risarcimento di danni diversi da quello biologico e da quello morale soggettivo; ma ciò non impediva che la valutazione equitativa di tutti i danni non patrimoniali potesse anche essere unica senza una distinzione. Si veda anche Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233 in *De Jure.it*, in cui viene interpretato l’ art. 2059 con l’ individuazione di un sistema bipolare tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, distinguendo un danno esistenziale, derivante dalla costituzione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, da quelli dovuti a una lesione dell’ integrità fisica e psichica della persona, conseguente a un accertamento medico ex art. 32 Cost. Si identificano dunque in giurisprudenza due opposti orientamenti: il primo detto “esistenzialista” che interpreta il danno esistenziale di volta in volta come categoria aperta anche ai disagi, ai turbamenti psichici e agli stress, spingendosi in alcuni casi a ricondurre anche la violazione della serenità personale e nella violazione di un bene costituzionalmente tutelato come la personalità, l’ immagine, la reputazione, l’ autostima, dunque ogni pregiudizio, anche solo soggettivo che riguardasse la sfera della persona e derivasse dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Unico limite per la risarcibilità è il mero patema di animo interno. Ci si riferisca a Cass. civ., sez. Lav., 3 luglio 2001, n. 9009, in *De Jure.it* : Cass. civ., sez. I, 7 giugno 2000, n. 7723, in *De Jure.it*. Un secondo orientamento, detto invece “anti-esistenzialista” ritiene che il risarcimento ai danni non patrimoniali si debba limitare ai casi previsti dalla legge, e a quelli di specifici valori costituzionalmente garantiti della persona. Di conseguenza ogni riferimento a una generica categoria di danno esistenziale nella quale far confluire fattispecie non previste dalla norma dall’interpretazione costituzionale dell’art 2059 del c.c., appare illegittima, perché questo comporterebbe l’atipicità anche del danno non patrimoniale. In merito Cass. civ., sez. I, 5 novembre 2002, n. 15449, in *De Jure.it*; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, in *De Jure.it* e la successiva pronuncia Cass. civ., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro.it*. Proseguendo in una evoluzione giurisprudenziale, va tenuta presente la sentenza in cui la Corte ha affermato la categoria unitaria e non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente denominate. Si consideri Cass. civ., 11 novembre 2008, n. 26972; in *Giust. Civ*, 2009, 4-5, I, 913. Si è affermato perciò il principio secondo il quale le distinte denominazioni di danno (biologico, morale, esistenziale) con i quali si determinano i pregiudizi subiti dalla vittima dell’illecito, vanno intese come mera sintesi descrittiva di un tipo di danno che rimane però unitario e che in quanto tale deve essere integralmente risarcito. La voce del danno non patrimoniale è quindi da intendersi come unica e tale unicità deve essere rispettata anche al momento della liquidazione del danno. Nel determinare la misura del risarcimento il giudice deve tenere conto di tutti gli aspetti in cui il pregiudizio si è atteggiato e delle modalità in cui esso si è realizzato nel caso concreto. Si riconduce a Cass. civ., 12 febbraio 2013, n. 4043 in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass.

civ., 8 aprile 2010, n. 8360, in *Giur. Civ. Mass.*, 2010,4,516. Nella giurisprudenza di merito si veda: Trib. Genova, sez. 2, 8 aprile 2014, n. 1313; Trib. Varese, 3 luglio 2013. Non tutta la giurisprudenza è però unanime, infatti si constano precedenti in termini contrari, in cui il danno esistenziale e il danno morale soggettivo sono ritenuti ontologicamente distinti dal danno biologico e dunque sono idonei a integrare autonome voci di risarcimento, purché la loro sussistenza sia adeguatamente provata nei singoli casi. Si veda a tal proposito Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585, in *De Jure.it*. In dottrina sull'unitarietà del danno non patrimoniale, Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 56; Navaretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 63; Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 209; Cassano, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione Civile, Sezioni Unite*, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur.it.*, 2009, 256.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il rapporto tra precettore e allievo; 2.1. Evoluzione storica sulla figura del precettore; 2.2. Natura giuridica del rapporto di vigilanza; 2.3. Confronto tra l'applicazione del 2047 c.c. e del 2048 c.c. e conseguenti titoli di imputabilità al fine del risarcimento; 2.4. La possibile applicazione della tesi del contatto sociale; 2.5. Requisito della minore età; 2.6. Ipotesi di danno che il minore cagiona a terzi o a sé stesso; 3. Rapporto tra il precettore preposto e il preponente; 4. Applicazioni in ambito ricreativo; 5. Cenni comparatistici sulla culpa in vigilando nel sistema giuridico francese; 6. La liquidazione del danno 7. Note conclusive.

1. Introduzione

La sentenza in rassegna offre l'opportunità di svolgere un'analisi in merito a una tipologia di incidenti sempre più oggetto di controversie processuali. Tali sinistri, verificatisi in occasione dello svolgimento di un'attività ricreativa o sportiva, sotto la direzione di un insegnante (o istruttore), si configurano come casi di notevole interesse per sviluppare diverse riflessioni giuridiche.

Prima fra tutte deve rilevarsi la particolare relazione che sussiste tra l'insegnante e l'allievo, oggetto di attenta collocazione nel quadro normativo di riferimento da parte dell'ordinamento giuridico, che non sempre viene condivisa in modo univoco dalla giurisprudenza. Le fattispecie astrattamente riconducibili al fenomeno in esame, possono infatti avere luogo in forme e circostanze anche molto diverse tra loro, tanto da necessitare di differenti discipline normative. Merita infatti un approfondimento il caso in cui l'allievo risulta essere anche il soggetto danneggiato o se invece i danni da lui cagionati sono nei confronti di terzi; così come troverà spazio di analisi il caso in cui il minore sia incapace naturale o al contrario disponga di tale facoltà. Tali distinzioni permettono infatti di descrivere conseguenze sanzionatorie diverse che meritano di essere trattate.

Importante è poi l'approfondimento in merito al rapporto che sussiste tra l'insegnante (o istruttore) e l'eventuale datore di lavoro e quello tra il datore di lavoro e il minore danneggiato. E' dunque necessario considerare, nella descrizione dei molteplici rapporti giuridici, il quadro complessivo che si configura in casi come quello in esame, per meglio descrivere il quadro normativo di riferimento e cogliere a pieno i profili giuridici rilevanti.

Successivamente va analizzato il contesto speciale all' interno del quale accadono tali episodi, in quanto sorgono principi e regole particolari, in considerazione della caratteristica natura dell'attività esercitata e dalla assunzione più o meno inconsapevole da parte dei partecipanti di regole precauzionali, che richiede la stessa disciplina praticata.

Infine risulterà efficace analizzare nel merito la disciplina della liquidazione del danno, per approfondirne l'applicabilità nel caso in esame, in virtù del quadro complessivo di orientamenti che si sono susseguiti nel tempo e che oggi prevalgono.

2. Il rapporto tra precettore ed allievo

2.1. Evoluzione storica sulla figura del precettore e del maestro d' arte

Analizzando la relazione allievo e insegnante, la giurisprudenza prevalente tende ad applicare l'art. 2048 c.c. E' però fondamentale, scorrere le origini di tale disposizione normativa, al fine di comprenderne maggiormente la portata applicativa.

Il termine "precettore", utilizzato dall' articolo del codice richiamato, indica gli insegnanti privati, d' uso un tempo presso le famiglie signorili, ai quali veniva affidata l'educazione ed istruzione dei minori e per i quali era più specificamente adottata questa denominazione di origine spagnola¹. Anche l'espressione "maestro d' arte" appare desueta, richiamando alla memoria i maestri d' arte delle botteghe artigiane, ormai non più esistenti. Entrambe le figure previste dall' art. 2048 comma 2 c.c., risultano perciò concepite in un contesto storico risalente al passato. Ciò è spiegato dal fatto che il codice vigente, ha recepito in modo molto fedele la corrispondente previsione contenuta nell' art. 1153 comma 5 c.c. del 1865, a sua volta costruito tenendo fede all' ultimo comma dell'art. 1384 del codice napoleonico del 1804.² In particolare si riteneva che gli allievi o apprendisti, nel periodo in cui venivano affidati ai precettori o ai maestri d' arte, dovessero sottostare ai precettori, quali sostituti della figura genitoriale, tanto in relazione ai doveri di istruzione e di educazione, quanto ai poteri correttivi e di vigilanza, con la conseguenza che, considerato il precettore come il continuatore dell'autorità paterna, era logico una volta sancita la responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei minori, una corrispondente responsabilità dei precettori e dei maestri d' arte per i danni commessi dai loro allievi sottoposti alla loro sorveglianza.³

Oggi appare superata tale concezione, derivante dalla sola lettura testuale dell'art. 2048 c.c.. Analizzando il contesto sociale esistente oggi, pare lecito ritenere che il comma 2 dell'art. 2048, debba vedersi applicato alla figura del precettore e del maestro d' arte secondo un'interpretazione estensiva, collocabile nell' attuale contesto storico, al fine di poterlo rendere operativo. La dottrina ha infatti riconosciuto il carattere autonomo di fattispecie del comma 2 dell'art. 2048 rispetto a quella del comma 1, poiché se ne è evidenziata la diversità dei presupposti richiesti ex lege, circoscrivendo quindi la responsabilità dei precettori e dei maestri d' arte. Per cui nelle ipotesi in cui il fatto illecito commesso dall' allievo derivi da un difetto di educazione, possono

¹ V. Sez. Un. Civ., 3 febbraio 1972, n. 260, in *Foro.it.*, 1972, I, 2, 3522, con nota di Grossi

² L' art. 1153 del codice del 1865 recitava: "I precettori e gli artigiani (sono obbligati) per i danni cagionati dai loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. La detta responsabilità non ha luogo allorchè i genitori, i precettori e gli artigiani provano di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili". L' art. 1384, ultimo comma, del codice napoleonico recitava: " Les instituteurs et les artisans sont responsables du dommages causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu' il sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins quel les, instituteurs et artisans ne prouvent qu' ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité".

³ Approfondimento di Corsaro, *Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, 38

rispondere solo i genitori⁴. La giurisprudenza, ha avvallato i suggerimenti della dottrina, permettendo di chiarire, anche in concreto, la portata della disposizione relativa ai precettori ed ai maestri d' arte. Hanno dunque interpretato la norma attraverso un'interpretazione storico evolutiva. Adattandola anche ad altre figure professionali a cui i minori vengono oggi affidati, come gli insegnanti di scuola pubblica o privata⁵, compresi gli insegnanti di educazione fisica⁶, gli allenatori sportivi, i maestri di una disciplina, i sorveglianti in generale. La giurisprudenza consolidata, ritiene inoltre che l'applicazione dell'art. 2048 non riguardi il solo ambito scolastico, ma anche gli istruttori sportivi, sia che essi operino in villaggi vacanze o in centri sportivi. La disposizione può quindi essere applicata a qualsiasi insegnamento di una disciplina, qualsiasi essa sia, pratica o teorica, intimamente connessa all' istruzione scolastica ovvero totalmente avulsa da tale contesto; purché implichi un'attività di vigilanza da parte degli istruttori, sempre che l'affidamento, se pur limitato ad alcune ore del giorno o della settimana, assuma carattere continuativo e non sia meramente saltuario. Si noti inoltre, che in un precedente, la nozione di insegnante è stata estesa fino a ricomprendervi anche i rappresentanti del C.O.N.I., presenti alla premiazione di una gara scolastica, nel corso della quale un allievo aveva ferito un altro partecipante.⁷

Pare dunque lecito ritenere che nel caso di specie anche il dipendente del circolo sportivo, tenuto alla sorveglianza del minore durante l'attività prevista dal campo estivo, rientri perfettamente nella categoria di persone soggette alla responsabilità ex art. 2048 comma 2 c.c.

2.2. Natura giuridica del rapporto di vigilanza

Prendendo ora in considerazione la natura giuridica della responsabilità del precettore nei confronti dell'allievo, è necessario chiedersi se tale rapporto si configuri come una responsabilità diretta da parte dell'insegnante per fatto proprio o se invece sia un tipo di responsabilità indiretta, dovuta cioè al comportamento posto in essere dall' allievo, oppure ancora se si tratti di una fattispecie intermedia tra le due tesi ora esposte. Secondo quest' ultima ipotesi, si tratterebbe di responsabilità indiretta per colpa propria, ossia: il precettore risponde per un illecito commesso dall' allievo, sulla base di una presunzione di colpa, cioè quella del negligente adempimento dell'obbligo di sorveglianza.⁸ La responsabilità dell'insegnante, verrebbe a considerarsi in questa prospettiva, come una responsabilità per fatto proprio, in relazione all' inadeguato svolgimento del compito di sorveglianza. Tale posizione, è stata criticata da parte della dottrina, la quale riteneva che il ricorso alla colpa presunta, recasse una grossa componente di finzione, rappresentando un espediente per ricondurre i casi in esame nel quadro della responsabilità propria del precettore. Laddove infatti, per soddisfare i criteri richiesti dalla giurisprudenza per la prova liberatoria, non si intendesse solo la dimostrazione di non aver impedito il fatto, ma anche quella di aver agito con la dovuta diligenza.

Tuttavia l'opinione preferibile è quella che individua una responsabilità non per fatto proprio o per fatto altrui, ma una responsabilità che si fonda sulla speciale relazione dell'insegnante con il soggetto che ha cagionato il danno. Dunque è da intendersi come

⁴ Scognamiglio, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Nov. Dig.it.*, Torino, 1968, 696

⁵ Vedi Visentini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, terza ed., 2005, 744

⁶ Si faccia riferimento alle pronunce Cass. civ., 22 novembre 1991, n. 12538, in *Riv. dir. Sport.*, 1992, 660; Trib. Roma, 24 febbraio 1995, in *Riv. dir. Sport.*, 1995, 627, con nota di Lorusso, *Sulla responsabilità dell' insegnante di educazione fisica*

⁷ Si veda Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11241, in *Arch. Civ.*, 2004, 684.

⁸ Tesi analizzata da Bianca, *Diritto Civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 700

una responsabilità fondata su un titolo proprio, ossia per chi detiene la qualifica di insegnante e di conseguenza è tenuto ad adempiere a specifici doveri di sorveglianza e di educazione nei confronti dell'allievo, ma connesso al fatto illecito del proprio allievo. In base alla suddetta ricostruzione, la prova della impossibilità di impedire il fatto non si risolverebbe nella mancanza di colpa, che non escluderebbe comunque la responsabilità dell'insegnante. Così come non sarebbe nemmeno corretto affermare che la prova liberatoria si risolva nella sola dimostrazione del caso fortuito o forza maggiore⁹.

La giurisprudenza prevalente, resta tuttavia legata all'idea della presunzione di colpa dell'insegnante. Significativa è a tal proposito la pronuncia di Cassazione, che afferma la responsabilità degli insegnanti ove la colpa dei medesimi risulti da un mero ragionamento induttivo, non essendo possibile la ricostruzione dell'esatta modalità di evento¹⁰. L'impossibilità di ricostruire il fatto, nella sua effettiva dinamica, sembra svuotare del tutto il ragionamento sulla colpa, che pare dissimulare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, basata sulla garanzia degli insegnanti.

L'art. 2048, comma 2 c.c., limita la responsabilità dei precettori e dei principali d'arte ai fatti illeciti commessi dagli allievi o apprendisti nel periodo di tempo in cui si trovano sotto la loro vigilanza. La giurisprudenza ha quindi posto l'attenzione sulla definizione dei confini spaziali e temporali entro i quali deve esercitarsi il diritto di sorveglianza. Dalla casistica, è perciò possibile trarre dei criteri concreti al fine di applicare tale principio. In primo luogo è possibile affermarsi che l'obbligo di vigilanza, per quanto riguarda l'ambito scolastico e sportivo, non va circoscritto alle attività di insegnamento stricto sensu intesa, ma si debba estendere anche a tutti i momenti connessi, quali ad esempio le gite scolastiche, i viaggi di istruzione, le pause intercorrenti tra una lezione e l'altra, con gli eventuali momenti di spostamento o di riposo annessi anche negli spogliatoi sportivi.¹¹ Inoltre si è affermato, che tanto minore è l'età degli allievi, tanto maggiore deve essere il dovere di vigilanza su di essi. Tale dovere è stato infatti dilatato ulteriormente, fino a farvi ricomprendere l'obbligo di accompagnare gli allievi al termine delle lezioni, al cancello di uscita, per quanto riguarda gli insegnanti di scuola elementare.¹²

Secondo l'art. 2048 comma 3 c.c., i precettori e i maestri d'arte sono liberati dalla responsabilità se provano di non aver potuto impedire il fatto. Alla prova concepita in negativo dalla lettura testuale della norma, è stata poi aggiunta dalla giurisprudenza, quella in positivo: i soggetti indicati dal comma 3 dell'art. 2048 del c.c., potranno quindi essere sollevati da responsabilità se saranno in grado di dimostrare di aver adeguatamente vigilato sugli allievi e che nonostante ciò non sia stato possibile impedire la commissione del fatto. Pacificamente può essere allora riconosciuta la responsabilità nel caso in cui si accerti il difetto assoluto di vigilanza sugli allievi per l'assenza fisica dell'insegnante sia durante il tempo delle lezioni, sia durante la ricreazione. Ad ogni modo non è richiesta una continua ed ininterrotta presenza del

⁹ Tesi di Scognamiglio, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Nov. Dig.it.*, vol. XV, 1968, 696.

¹⁰ Cass. civ., 22 novembre 1991, n. 12538, in *De Jure.it*. Nel caso di specie, l'incidente si era verificato nel corso di una gara sportiva scolastica, nel mentre in cui un allievo che assisteva alla gara è stato colpito da un attrezzo sportivo.

¹¹ Un'analisi più approfondita è di Staderini, *La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano, 1981, 106 ss., il quale esclude però la sussistenza dell'obbligo durante lo svolgimento delle assemblee studentesche.

¹² Cass. civ., 5 settembre 1986, n. 5424, in *Nuova giur. Comm.*, 1987, 493 con nota di Amenta, "*La vigilanza da parte dell'istituto scolastico deve proseguire finché ad essa si sostituisca la vigilanza, effettiva o potenziale, senza pericoli, per il minore, dei genitori*"; (nel caso di specie un'alunna di scuola elementare, al termine delle lezioni, era stata riaccompagnata con il pullman della scuola nelle immediate vicinanze del luogo indicato dai genitori e lì era stata travolta da un treno).

precettore. E' infatti un principio consolidato, quello secondo cui il dovere di diligenza è da intendere in senso relativo e non assoluto, dovendo essere commisurato all'età ed al grado di maturazione degli allievi in relazione alle circostanze del caso concreto. Per quanto riguarda la repentinità del fatto non vale di per sé ad escludere la responsabilità del precettore, nel momento in cui quello stesso fatto fosse prevedibile. In merito alla prevedibilità del fatto, si osserva che il giudice deve far riferimento alla sua ripetitiva o ricorrenza statistica, non intesa in termini astratti, ma correlata al particolare ambiente di cui si tratta, sulla base della ragionevole prospettiva secondo cui certi eventi, possono verificarsi nuovamente nel momento in cui sussisteranno le stesse condizioni. Prendendo dunque in considerazioni tali posizioni, parrebbero adeguate le motivazioni addotte dal giudice nel caso in esame, che applica la disposizione all'art. 2048 comma 3 andando a sindacare gli elementi della colpa posti in essere dall'insegnante, che non provando il caso fortuito e non avendo esercitato l'obbligo di vigilanza su di lui gravante, risulta responsabile per il fatto dannoso, non solo in virtù della sua qualifica, ma anche in virtù della ricostruzione di una condotta colposa, inserita nel processo eziologico degli eventi che hanno portato alla causazione dell'infortunio.

2.3 Confronto tra l'applicazione del 2047 c.c. e del 2048 c.c. e conseguenti regimi di imputabilità al fine del risarcimento

Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, ritengono che la capacità di intendere e di volere dell'autore materiale del danno, debba considerarsi come un presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'art. 2048 comma 2 c.c., poiché nei casi in cui l'allievo sia un incapace naturale, è da applicarsi la fattispecie dell'art. 2047 c.c., dovendo il precettore rispondere in qualità di sorvegliante.¹³ La decisione in merito a quale fattispecie debba trovare attuazione, ha conseguenze importanti, in quanto l'art. 2047 c.c. fa sì che il sorvegliante, in conseguenza dell'incapacità dell'autore materiale, risponderà in via esclusiva senza diritto di regresso; dove invece troverà applicazione l'art. 2048, il danneggiante in quanto imputabile, sarà tenuto al risarcimento dal danno in solido con il precettore. Spetterà quindi al giudice accertare in ogni caso concreto se l'allievo al momento della commissione del fatto era o meno capace di intendere e di volere.

Nel caso di specie è chiaro come la questione non venga presa in considerazione da parte del giudice, pur essendo il minore leso di età uguale a cinque anni. Criticabile appare dunque questa scelta, in quanto a livello dogmatico, il giudice avrebbe potuto tenere conto della precoce età del minore, che porterebbe a collocare la fattispecie concreta in un diverso quadro normativo. Tale condotta del giudice, difforme dagli orientamenti prevalenti sia in giurisprudenza che in dottrina, come precedentemente dimostrato, devono far riflettere sull'ampio spazio di autonomia decisionale che il giudice possiede, tanto da poter escludere, all'interno del proprio procedimento decisionale un requisito che appare essere di notevole importanza rispetto alle conseguenze a cui può portare. Può forse ipotizzarsi che il giudice non ritiene essere importante l'età del minore, in quanto sia ex art. 2047 c.c., che ex art. 2048 comma 2 il precettore è tenuto a rispondere per gli illeciti commessi sotto la propria sorveglianza,

¹³ In dottrina si faccia riferimento agli studi di Barbero, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. Civ.*, 1960, I, 581; Mazzella, *Sulla pretesa responsabilità del docente di scuola pubblica per fatto illecito commesso da un allievo in danno di un condiscipolo*, in *Rass. Avv. Stato*, 1966, 2; De Actus, *La solidarietà nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. Civ.*, 1975, II, 623; Patti, *Insegnamento dello sport e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, 510. In giurisprudenza, tale principio viene affermato in *Cass. civ.*, 31 marzo 1967, n. 734, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1967, 567; *Cass. civ.*, 15 gennaio 1980, n. 369, in *Arch. Resp. Civ.*, 1980, I, 632.

ma tale motivazione non pare sufficiente per prescindere da una più profonda analisi sull' applicazione normativa, che potrebbe portare a risultati molto difformi.

I soggetti indicati nell' art. 2048 comma 2 c.c., rispondono infatti a titolo di colpa in vigilando, dei danni cagionati dal fatto illecito dell'allievo, nel periodo in cui questi è soggetto alla loro vigilanza. La giurisprudenza non ritiene però si tratti di una responsabilità esclusiva. In primo luogo perché il presupposto dell' art. 2048 è rappresentato dalla capacità di intendere e di volere dell' autore materiale dell' illecito, dunque anche l' allievo in quanto imputabile sarà tenuto in solido con il precettore a risarcire i danni da lui stesso cagionati secondo la regola generale della responsabilità per colpa prevista dall' art. 2043 ¹⁴ ; mentre entrambe restano escluse nell' ipotesi di caso fortuito, che come tale elimina l' ingiustizia del danno. ¹⁵ Il danneggiato potrà allora convenire in giudizio entrambi i coobbligati solidali o anche uno soltanto di essi e pretendere da quest' ultimo l' intero risarcimento. Per quanto riguarda poi i rapporti interni tra il precettore e l'allievo, valgono le regole stabilite dall' art. 2055 c.c.: ciascuno dei responsabili sarà tenuto al ristoro del danno in proporzione alla gravità delle rispettive colpe e all' entità delle conseguenze che ne sono derivate. Si può pertanto concludere che il precettore non potrà mai rivalersi in toto nei confronti dell'allievo, poiché anche egli fu partecipe alla produzione dell'evento. Di conseguenze egli è tenuto a partecipare al risarcimento del danno. Onde deve ritenersi inammissibile una azione di rivalsa totale che lo mandi indenne da ogni onere risarcitorio. ¹⁶ Inoltre, poiché il precettore e l'allievo rispondono in forza di fattispecie normative diverse, è possibile che, esclusa la responsabilità del primo ex art. 2048 c.c., il minore sia tenuto a risarcire l'intero ammontare del danno ai sensi dell' art. 2043 c.c.. Per determinare la sussistenza o meno della capacità di intendere e volere, il giudice non potrà limitarsi a tenere presente l'età dello stesso e le modalità del fatto, ma deve anche considerare lo sviluppo intellettuale del soggetto, quello fisico, l'assenza di malattie ritardanti, la forza del carattere, la capacità del minore di rendersi conto dell'illiceità della sua azione ed infine la capacità del minore di volere, con riferimento all' attitudine di autodeterminarsi. Dalle pronunce dei tribunali emerge inoltre che nell' accertamento dell'eventuale imputabilità la tenera età è considerata prova in re ipsa dell'incapacità del minore, mentre nel caso di minori già avanti con l'età sia prova della capacità del suddetto soggetto. ¹⁷ Va detto inoltre che anche se il danno si verifica durante il periodo di vigilanza del precettore, non si esclude a priori una concorrente responsabilità del genitore del minore a titolo di colpa in educando. Il genitore risponderà in via solidale con il precettore, salvo che, permanendo la presunzione di colpa in educando, egli non fornisca la prova liberatoria, dimostrando di aver impartito un'adeguata educazione al figlio. ¹⁸

2.4. La possibile applicazione della tesi del contatto sociale

¹⁴ La dottrina è pressoché unanime nel configurare il vincolo di solidarietà tra il precettore e l' allievo: Scognamiglio, *Responsabilità per fatto altri*, in *Nov. dig. it*, Torino, 1968, 695; De Actus, *La solidarietà nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. Civ.*, 1975, II, 623 e 633ss.

¹⁵ Si faccia riferimento a Cass. civ., 26 giugno 2001, n. 8740, in *De Jure.it*; Cass. civ., 3 marzo 1995, n. 2463, in *Giust.civ.*, 1995, I, 2093, con nota di Casini, *Una decisione innovativa della cassazione sulla responsabilità degli insegnanti*. In dottrina, sul punto, Figone, *Responsabilità civile dei genitori, dei tutori, degli insegnanti e dei maestri d' arte o mestiere*, in *Trattato di diritto privato*, I, Torino, 2005, 227.

¹⁶ Cass. civ., 22 ottobre 1965, n. 2202 *Contra* la sentenza cassata App. Milano, 27 novembre 1962, in *Riv. dir. Sport.*, 1963, 350, la quale aveva riconosciuto al C.O.N.I. il diritto alla totale rivalsa nei confronti del minore autore del fatto illecito.

¹⁷ Si veda Cas. Civ., 9 aprile 1997, n. 3088, in *De Jure.it*

¹⁸ Cass, Civ., 6 febbraio 1970, n. 263

Come pocanzi ricordato, fra allievo ed istituto scolastico - con l'accoglimento della domanda di iscrizione e con la conseguente ammissione dello stesso alla scuola - si instaura un vincolo negoziale, dal quale sorge, a carico dell'istituto, l'obbligo di vigilare sulla sua sicurezza ed incolumità nel periodo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo rechi danno a se stesso.

Quanto al precettore, dipendente dell'istituto scolastico, tra insegnante ed allievo, si instaura per contatto sociale, un rapporto giuridico che quindi può dare luogo ad una responsabilità di tipo contrattuale e non aquiliana; nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, al fine di evitare che l'allievo si procuri, da solo, un danno alla persona. Oggi sempre più, si assiste ad un aumento dell'utilizzo della teoria del contatto sociale, anche per quei casi che tradizionalmente venivano gestiti dal rimedio extra-contrattuale. Il contatto sociale, sviluppatosi nel campo medico è stato infatti esteso anche ad altri settori, tra cui ad esempio quello scolastico: l'esigenza è quella di fornire una tutela più forte nell'ambito di un rapporto che, normalmente non sarebbe qualificabile in termini contrattuali, e che pertanto dovrebbe essere ricondotto alla disciplina della responsabilità extracontrattuale. In particolare questa teoria nasce in ambito medico con la sentenza della Cassazione n. 589 del 1999. In questa sentenza, in cui si è preso in considerazione il rapporto di fiducia nutrito dal paziente nei confronti del suo medico, il concetto fondamentale rimane quello di affidamento, perno della responsabilità da contatto sociale. Il contatto sociale trae infatti legittimità dall'art. 1173 del c.c., alle parole "ogni altro o fatto idoneo a produrre obbligazioni". Risulta dunque facile pensare come la teoria del contatto sociale possa essere di aiuto per la collocazione di tutti quei casi altrimenti difficilmente riconducibili alla responsabilità extra contrattuale. Ad ogni modo sarà necessario analizzare ulteriormente la portata di questo strumento per comprenderne meglio le conseguenze di imputazione della responsabilità così come quelle risarcitorie all'interno della casistica giurisprudenziale.

2.5. Requisito della minore età

Va considerato ulteriormente che, a differenza dell'art. 2048 comma 1 c.c., il comma 2 del medesimo articolo, non contempla tra i presupposti di operatività della norma la minore età dell'allievo. Dunque nel silenzio legislativo si sono delineati due orientamenti dottrinali, volti a stabilire se i precettori possono essere ritenuti responsabili ex art. 2048 comma 2 c.c., anche per fatto illecito commesso da allievi maggiorenni. Da un lato vi è chi sostiene che l'applicazione del suddetto articolo sia da circoscrivere ai soli fatti illeciti commessi da minori, in quanto ciò sarebbe conforme con la ratio che sottostà alla formulazione dell'art. 2048. Nell'ottica del legislatore del 1942 infatti, che considera il precettore come colui che è il continuatore dell'attività genitoriale sul minore, che si sostituisce allora nel tempo di durata della custodia e considerato che la responsabilità dei genitori scaturisce solo in seguito dell'illecito commesso dal figlio minore, risulterebbe logico concludere che al pari dei genitori, i precettori sono tenuti a rispondere in virtù dell'immatunità dei loro allievi. Non vi sarebbe dunque ragione per prescindere dall'età del minore. Altra parte della dottrina, ritiene invece di poter estendere la responsabilità in capo ai precettori anche a seguito di illeciti commessi da allievi maggiorenni, se pur a certe condizioni. E' necessario distinguere l'ipotesi in cui l'attività didattica ha rappresentato semplicemente l'occasione per la commissione dell'illecito dall'ipotesi in cui l'evento dannoso si è cagionato nel tentativo dell'allievo di attuare gli insegnamenti ricevuti dal precettore, divenendo dunque un comportamento strettamente correlato all'attività da quest'

ultimo impartita. Solo in questo fatto il precettore dovrà ritenersi responsabile ex art. 2048 comma 2 c.c. per i fatti posti in essere dall' allievo¹⁹. La questione, per contro, non ha suscitato il medesimo dibattito in giurisprudenza; ne consegue che non è possibile delineare un preciso orientamento prevalente, anche se si può constatare come diverse pronunce abbiano aderito all' orientamento che vuole limitare l'operatività della norma civilistica al fatto illecito commesso dai minori di età.²⁰

2.6. Ipotesi di anno che il minore cagiona a terzi o a se stesso

Ancora oggi si discute se l'art. 2048 c.c. si riferisca esclusivamente alle ipotesi in cui l'allievo sottoposto alla vigilanza dell'istruttore cagioni ai terzi un danno ingiusto, ovvero se possa trovare applicazione anche nel caso in cui l'alunno, con la sua stessa condotta, si procuri una lesione. L' orientamento maggioritario pare essere favorevole alla prima ipotesi, in quanto seguendo una interpretazione restrittiva del testo letterale della norma, risulta che la prova liberatoria a favore dei precettori e dei maestri d' arte debba essere opposta al danneggiato e non al minore che si sia auto cagionato un pregiudizio.²¹In quest' ultimo caso, il soggetto tenuto alla sorveglianza, potrà risultare responsabile dei danni subiti dall' allievo secondo i principi generali dell' illecito civile ex art. 1218 c.c., purché l' allievo dimostri di aver subito il danno nel corso dell' attività scolastica, in quanto si sottrae all' onere probatorio dell' art. 2043, mentre grava sui convenuti l' onere di provare che l' evento dannoso si è verificato per causa loro non imputabile. In questa ipotesi infatti, la responsabilità dell'insegnante e dell'istituto di cui il precettore è dipendente, è di tipo contrattuale ex art. 1218 c.c. Si instaura infatti una responsabilità da contatto sociale, tesi influenzata dall' elaborazione giurisprudenziale in ambito medico tra l'allievo e il suo precettore²².

In merito a questi apprezzamenti, è importante sottolineare come nel caso di specie risulti, dalla descrizione fattuale, che il minore sia stato leso in seguito alla spinta subita da un altro compagno. Dalla descrizione del caso non è possibile risalire a maggiori informazioni in merito all' età del soggetto che ha cagionato l'evento. Tale carenza di elementi appare emblematica: il giudice non si sofferma sull' indagare a proposito del soggetto che ha dato inizio alla serie causale. Potrebbe ritenersi che ha giudicato tale elemento non rilevante ai fini dell'accertamento di responsabilità in capo al precettore, poiché probabilmente anche tale minore era in tenerissima età. Detto ciò, alla luce delle considerazioni svolte precedentemente, il ruolo posto in essere da un altro allievo appare invece essere di notevole importanza per quanto riguarda la possibilità di prospettare un risarcimento in capo alla famiglia dell'allievo responsabile, dunque prescindere totalmente dall' analisi di questa condizione non appare giustificabile.

¹⁹ Patti, *Insegnamento dello sport e responsabilità civile* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, 513 e 514 ritenendo che si possa escludere la responsabilità dell' istruttore laddove un nuotatore, durante una lite in piscina, colpisca un altro nuotatore mentre; mentre la ritiene sussistere se l' evento dannoso commesso da un ultradiciottenne sia la conseguenza di istruzioni errate.

²⁰ Da ricordare è App. Torino, 8 giugno 1968, in *Giur.it.*, 1969, I, 2, 492. Nel caso di specie è stata esclusa la responsabilità del maestro d' arte, titolare di uno studio dentistico e quindi impartitore della pratica odontoiatrica, per il danno cagionato a un paziente del detto praticante. In quanto si è ritenuto che l' applicazione dell' art. 2048 comma 2 c.c., sia subordinata alla minore età dell' allievo, quale soggetto che se pur è considerato in grado di intendere e di volere, per la sua età immatura, necessita il fabbisogno di una particolare guida e sorveglianza.

²¹ In questo senso si è pronunciata la Cas. Civ., 13 maggio 1995, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1996, I, 239, con commento di Zaccaria, *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*.

²² Si veda SEz. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Responsabilità civile e previdenza sociale*, 2002, 1012, nota di Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*.

3. Rapporto tra il precettore preposto e il preponente

Una volta accertata la responsabilità dell'allenatore ex art. 2048 comma 2 c.c., nel caso di conferimento di un incarico privato, nei rapporti tra allievo ed istruttore, potrà venire in rilievo una responsabilità per inadempimento di quest' ultimo soggetto, in base ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

Inoltre, nel caso in cui il precettore operi quale dipendente di un altro soggetto, quale il circolo sportivo nel caso di specie, quest' ultimo viene chiamato a rispondere in virtù dell'art. 2049 c.c.²³ Di conseguenza si tratta di una responsabilità di tipo solidale, per cui il danneggiato sarà maggiormente tutelato in ordine al risarcimento del danno subito.²⁴ Al datore di lavoro, non è consentito di fornire la prova di aver diligentemente operato, in quanto assume una responsabilità di garanzia per fatto altrui.²⁵

Su tale rapporto di tipo contrattuale, nulla pare si possa contestare nei confronti della decisione del giudice in esame: poiché appare appunto lecito ritenere che la condotta posta in essere dal dipendente faccia sorgere un obbligo di responsabilità anche in capo al circolo, che oltretutto risponde nei confronti del minore anche per la responsabilità sempre di tipo contrattuale che si è configurata dal momento in cui il minore è stato iscritto regolarmente al campus estivo. A quest' ultimo spetta il rispetto di tutte le norme precauzionali da parte del circolo, che deve predisporre secondo il suo regolamento interno. L' iscrizione formale del minore, è dunque requisito necessario che deve sussistere affinché si proceda ad accertare anche la responsabilità del preponente.

4. Applicazioni in ambito ricreativo

Per quanto riguarda il tipo di attività posto in essere dal minore, va considerato che in riferimento ai danni provocati da minori durante l'utilizzo di armi giocattolo, la responsabilità del precettore è stata riconosciuta nei casi in cui, durante l'utilizzo dello strumento, si sono provocati danni a terzi, nonostante la vendita di tali articoli fosse lecita e autorizzata. Mentre invece diverso si è dimostrato l'atteggiamento da parte delle corti per quanto riguarda i danni provocati durante il compimento di attività sportive. Ciò è dovuto probabilmente al fatto che si tratta di attività lecite, che nella maggior parte dei casi si svolgono senza particolari esposizioni ai pericoli e che risultano essere di grande utilità per i minori che ormai in numero sempre maggiore svolgono questo tipo di attività. Si ritiene infatti si tratti di normali giochi di svago o di intrattenimento, che se svolti in maniera corretta e rispettosa della disciplina a cui sono sottoposti, non comportano conseguenze nocive al minore stesso o terzi. Inoltre, tenuto conto dell'evoluzione del contesto sociale, risulta pacificamente irragionevole che i genitori vietino ai minori questo tipo di attività, così come appare impossibile che essi li sorvegliino costantemente durante l'attività sportiva o ricreativa a cui li hanno iscritti.²⁶

²³ Si veda Tribunale di Monza, 13 settembre 1988 in cui si è sostenuta l'esistenza di un rapporto di preposizione tra l' insegnante di tennis ed il club che organizzava i corsi, alla luce di alcuni indici sintomatici, tra i quali la stipulazione di un contratto per la prestazione d'opera professionale, l' obbligo dell' istruttore di redigere mensilmente una relazione in merito all' attività svolta, nonché l' esistenza di vincoli temporali e spaziali per l' esercizio della medesima.

²⁴ In merito è riconducibile App. Genova, 11 luglio 1962, in *Arch. Resp. Civ.*, 1962, 192. Nel caso di specie, pur avendo ricondotto il danno riportato da una minorenni al caso fortuito, la Corte di Appello ha riconosciuto in astratto la qualifica di precettore al personale incaricato di sorvegliare i minori durante il loro soggiorno nelle colonie estive che nel caso erano un ordine di suore.

²⁵ Così Corsaro, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 388.

²⁶ In dottrina, sul punto ci si riferisca a Chianale, *Responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 283, in cui si differenziano le attività intrinsecamente pericolose o anormali, o riprovevoli, dalle attività normali od usuali. In giurisprudenza si ricorda Cass. civ., 14 ottobre 2003, n. 15321, in *De Jure.it*; Cass.

A sostegno di tale posizione esposta, deve infatti considerarsi che l'evoluzione dei costumi, rispetto anche alla riforma del diritto di famiglia, ha sicuramente contribuito a mutare il rapporto educativo, al fine di evitare il pregiudizio del godimento delle libertà fondamentali del minore e di conseguenza anche i profili di responsabilità in capo a genitori e precettori.²⁷ Non va però sottovalutato di come esistano attività in sé violente o comunque pericolose. Tuttavia la considerazione sociale della pericolosità non sempre coincide con la valutazione della giurisprudenza. Dunque per gli sport che sono in sé pericolosi, e che abbiano coinvolto nel danneggiamento terzi, si può considerare l'applicazione dell'art. 2050 c.c. In tutti gli altri casi, invece, opera il meccanismo generale di responsabilità ex art. 2043 c.c., purché sussistano gli elementi della fattispecie nel caso concreto. Dunque un primo ordine di problemi riguarda la natura della responsabilità. Se infatti opera il meccanismo delle presunzioni, incomberà sul presunto responsabile l'onere della prova dell'assenza di colpa nell'evento dannoso; se invece opera il meccanismo della responsabilità aquiliana, va valutata la gravità della violazione. Un secondo problema riguarda invece la responsabilità delle società e dei circoli sportivi.²⁸ Va detto infatti come il limite dell'accettazione del rischio sportivo, non possa operare in quei casi in cui vi sia stata una carenza di misure cautelari da parte di chi, dovrebbe garantire la tutela degli iscritti alla società o al circolo. D'altro canto questi stessi soggetti non possono gravarsi di oneri eccessivi che non permettano l'attività imprenditoriale.

Parrebbe quindi una buona soluzione, disporre di una regolamentazione dell'attività sportiva nei circoli che, sulla scia delle leggi 23 marzo 1981, n. 91, sul trattamento dello sport professionista e della precedente 26 ottobre 1971, n. 1099, sulla tutela sanitaria delle attività sportive, offrisse migliori garanzie di tutela non sono nei confronti di chi esercita dette attività, ma anche nei confronti di terzi, nel rispetto e nella migliore realizzazione della persona e in particolar modo dei minori. Nel caso di specie infatti, l'attività posta in essere dal minore appare eccessivamente rischiosa, data la sua tenera età. Dunque sono condivisibili le parole del giudice, che sottolinea la responsabilità del circolo per non aver sufficientemente regolamentato lo svolgersi di tali attività.

Va infine detto che la giurisprudenza dominante, con riferimento agli incidenti che coinvolgano i partecipanti ad una determinata attività sportiva, giunge ad una applicazione peculiare dei principi generali in tema di responsabilità civile, ravvisando l'esistenza di una speciale causa di giustificazione, il così detto "rischio sportivo", idonea a circoscrivere l'area di rilevanza giuridica delle condotte lesive strettamente funzionali alle finalità dell'attività sportiva praticata, entro limiti di residualità.²⁹ Si può perciò ritenere che la partecipazione ad attività sportive, presupponga, da parte degli allievi e delle loro famiglie, una consapevole accettazione preventiva di un margine di rischio connaturale; si dovrà rispondere invece, per quelle attività avulse dalla dinamica dell'attività specifica praticata. Tale accertamento sarà da svolgere in concreto nelle diverse fattispecie, andando a verificare i caratteri dell'attività. Di conseguenza, ove la condotta lesiva di un allievo debba ritenersi rientrante nell'ambito del rischio tipico connaturato all'attività svolta, si dovrà escludere l'antigiuridicità della condotta in questione; da cui la l'esclusione della responsabilità dell'insegnante, non

civ., 8 febbraio 2005, n. 2518, in *De Jure.it*; Cass. civ., 21 marzo 2007, n. 6685, in *De Jure.it*; Cass. civ., 28 marzo 2001, n. 4481, in *De Jure.it*

²⁷ In merito si veda Trib. Verona, 18 febbraio 2000

²⁸ Si veda Trib. Busto Arsizio, 22 febbraio 1982, in *Riv. dir. sport*, 1982, 570.

²⁹ Sulla esimente del rischio sportivo si veda Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir.civ.*, diretto da Sacco, Vol. III, Torino, 1998, 796.

essendovi nel caso concreto, un fatto illecito dell'allievo per il quale il precettore debba essere chiamato a rispondere.

5. Cenni comparatistici sulla *culpa in vigilando* nel sistema giuridico francese

Pe ampliare la riflessione in merito a questo complesso problema di natura giuridica in merito alla definizione del rapporto tra precettore ed allievo, può essere utile includere nella riflessione, anche il quadro di disciplina francese che per alcuni aspetti si presenta con tratti simili. Innanzi tutto è interessante vedere come anche in Francia nella figura del precettore vengono fatte rientrare figure professionali simili a quelle italiane, quali i sorveglianti di colonie di vacanza estiva, di centri di rieducazione per minori, di case-famiglia o di accoglienza per minori abbandonati, nonché istruttori sportivi, anche di fatto. Altra analogia è che la giurisprudenza, nel dare applicazione alla responsabilità dell'insegnante, sembra disinteressarsi alla presenza o meno di un'attività qualificabile in senso proprio come didattica, per concentrare la propria attenzione sull'elemento della sorveglianza che è qualificata, in quanto si iscrive all'interno di un rapporto gerarchico insegnante-allievo caratterizzato da poteri di direzione e correttivi. Rientrano così la ricreazione, l'uscita dalla classe, pur rimanendo all'interno della struttura scolastica, le gite scolastiche, i corsi di educazione fisica e sportive, il catechismo, gli esperimenti in laboratorio, le vacanze in una colonia estiva.

L'esperienza francese, per alcuni versi, si discosta in modo significativo da quanto accade in Italia. Nella sua versione originale, come ricordato in precedenza, l'art. 1384 del Code Napoleon prevedeva che gli instituteurs fossero soggetti al medesimo regime di responsabilità previsto a carico dei genitori: un titolo di responsabilità extracontrattuale che sottoponeva insegnanti e genitori ad una presunzione di colpa. Si noti come la dottrina francese faccia riferimento ad una *présomption de faute*, senza distinguere, tra presunzione di colpa e presunzione di responsabilità. La situazione muta nel 1889, quando alla responsabilità dell'insegnante pubblico viene sostituita la responsabilità della scuola, mantenendo però al contempo la presunzione di colpa in capo agli insegnanti. Terzo profilo che contribuisce a delimitare il perimetro di applicazione della responsabilità dell'insegnante è rappresentato dal tipo di attività per le quali può insorgere tale responsabilità. Anche in questo caso dottrina e giurisprudenza utilizzano un criterio funzionale per distinguere le fattispecie in cui l'insegnante ha un obbligo risarcitorio da quelle in cui tale obbligo non sussiste. Si tratta del medesimo criterio prima ricordato, consistente in un rapporto di sorveglianza. Si può allora affermare che mentre in Italia pare corretto parlare di una responsabilità per fatto altrui basata su una presunzione di responsabilità, che a sua volta può trovare fondamento nella regola speciale dettata dall'art. 2048 c.c. o nel combinato disposto degli artt. 1218 c.c. e 1228 c.c., in Francia si tratta di una responsabilità per fatto proprio, in cui ciò che rileva è direttamente la colpa dell'educatore. Invero, la dottrina francese parla della responsabilità dell'insegnante come di una *pseudo-responsabilité du fait d'autrui*.

Secondo aspetto da prendere in considerazione è l'età dell'allievo. Mentre i giudici francesi ed italiani tendono a non applicare l'art. 2048 c.c. nel caso di allievi maggiorenni, la dottrina dei due Paesi pare seguire percorsi diversi. Sia la norma italiana che quella francese in tema di responsabilità dell'insegnante non fanno riferimento all'età dell'allievo, a differenza di quanto accade per la responsabilità dei genitori, dove invece, in entrambi gli ordinamenti, vi è un espresso richiamo al figlio minore. Il dato letterale spinge la dottrina francese prevalente a ritenere irrilevante l'età dell'allievo, con la naturale conseguenza che la responsabilità dell'insegnante opererà anche nel caso di danni subiti da un alunno maggiorenne. Esattamente il contrario di quanto accade in Italia.

Interessante è anche ricordare che con la legge del 5 aprile 1937, la presunzione di colpa a carico degli insegnanti (ma, di fatto dello Stato, alla luce delle disposizioni del 1889) viene soppressa, prevedendo al contempo che la responsabilità de quo segua le regole di diritto comune. Ciò implica che spetterà al danneggiato provare la colpa di scuola e insegnanti, secondo il regime generale disposto dall'art. 1382 del code civil.

Vi è un ulteriore aspetto che merita di essere analizzato: la possibilità di affermare la responsabilità contrattuale di scuola in solido con l'insegnante. Come visto, la tendenza delle Corti italiane è quella di una crescente contrattualizzazione del rapporto sia allievo-scuola pubblica, sia allievo-insegnante, seppur in questo secondo caso per il tramite del contatto sociale. Nulla di tutto ciò, o quasi, è riscontrabile oltralpe. La dottrina francese si è interrogata, sui rapporti tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale, limitando quest'ultima alle sole ipotesi in cui a venire in rilievo sia un rapporto tra allievo e scuola o insegnante privati. Ha invece espressamente escluso che possa sussistere un contratto tra alunno e la scuola.

In merito all' onere della prova, è opportuno scindere l'analisi in due momenti: la prova del titolo di responsabilità e la prova liberatoria. Partendo dal primo elemento, Francia e Italia utilizzano un comune punto di partenza, ossia la prova del rapporto di sorveglianza. Si tratta di prova agevole: nel caso italiano viene fatta discendere in modo pressoché automatico dall'iscrizione dell'alunno a scuola o al datore di lavoro a cui è sottoposto il precettore, fatto che, come indicato in precedenza, genera nella maggior parte dei casi una responsabilità contrattuale in capo alla scuola. Ma anche in Francia il rapporto di sorveglianza viene accertato con una certa facilità: è così sufficiente che la vigilanza sull'allievo sia affidata, all'interno di una cornice di attività con finalità didattico-educative, ad un soggetto che agisca in ragione di tali attività, al di là della sua qualifica formale quale insegnante. Le cose cominciano a divergere nel momento in cui si comincia a guardare a chi spetta provare la responsabilità dell'insegnante. Una prima, importante variazione dipende dalla qualificazione di tale responsabilità. Se si qualifica la responsabilità dell'insegnante quale extracontrattuale, il regime probatorio sarà incentrato attorno all'elemento della colpa; se si preferisce la qualificazione contrattuale, la prova farà perno sull'elemento dell'inadempimento. Partendo dalla prova nel caso di responsabilità extracontrattuale, il discorso deve essere differenziato a seconda che si faccia riferimento all'esperienza italiana o a quella francese. In Francia infatti spetta all'attore provare la colpa dell'insegnante. Come notato in precedenza, l'introduzione del comma 8 nell'art. 1386 del Code Napoleon ha rappresentato il principale tema della riforma del 1937 e ha sottratto gli insegnanti a quella presunzione di colpa cui si riteneva fino ad allora fossero soggetti. Inoltre non è sufficiente provare una colpa generica della scuola; è infatti necessario muovere rilievi precisi ad uno specifico insegnante, provando in modo puntuale la sua negligenza.

È ora opportuno rivolgere l'attenzione alla prova liberatoria. In via preliminare, è bene precisare che un problema di prova liberatoria in senso proprio si pone solo per l'esperienza italiana, ove, come notato, si applica un criterio di imputazione diretta di responsabilità che può discendere, in via extracontrattuale, dall'art. 2048 c.c., in via contrattuale dall'art. 1218 c.c. Questi due articoli contengono al loro interno la previsione di una prova liberatoria: il non aver potuto impedire il fatto nel caso dell'art. 2048 c.c.; l'inadempimento determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore nell'ipotesi dell'art. 1218 c.c. In Francia, ove non esiste un criterio di imputazione diretta né, quantomeno sul piano formale, si applica alcuna presunzione di colpa, è di per sé errato parlare di prova liberatoria, visto che spetta all'attore provare tutti gli elementi richiesti in termini di responsabilità e il convenuto è automaticamente sollevato da responsabilità in caso di mancato raggiungimento di tale

prova. Pur tuttavia, i giudici francesi, anche in ragione della facilità con cui individuano la colpa di scuola e insegnanti, frequentemente applicano regole operazionali affini, se non pienamente coincidenti, con quelle che in Italia rientrano nella categoria delle prove liberatorie.

Soffermandosi ora su ciò che concerne l'età dell'allievo similitudini si denotano nei due sistemi. In generale, si afferma che maggiore è l'età dell'allievo, meno pervasivi saranno gli obblighi di vigilanza che ricadranno su scuola e insegnanti, dunque sotto il profilo della responsabilità, ciò comporta che l'obbligo di vigilanza verrà attenuato in dipendenza dell'età e del grado di maturità dell'allievo,

Infine analizzando in particolar modo il danno occorso all'alunno durante lo svolgimento di attività sportive, ci si può chiedere se il danno dipenda da un rischio connaturato al tipo di attività sportiva praticata, con la conseguenza che, se così fosse, scuola e insegnanti andrebbero esenti da responsabilità. Si tratta dell'applicazione di una sorta di esimente dell'accettazione del rischio, calata nel contesto specifico dello sport. Seppur in alcuni casi l'esimente in parola è stata applicata dalle Corti italiane e francesi, non si può per altro verso sottacere che si tratta di ipotesi residuali. I giudici valutano con particolare severità le circostanze caratterizzanti l'attività sportiva entro cui si verifica il danno, prendendo in particolare in considerazione se sono state predisposte tutte le misure idonee a evitare il verificarsi di eventuali incidenti, con riferimento sia all'età degli allievi, sia alla comunicazione di opportune informazioni circa le modalità di comportamento e le cautele che sono tenuti a seguire.³⁰

6. La liquidazione del danno

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiaramente affermato, in tema di danno alla persona, il riconoscimento del carattere omnicomprensivo del risarcimento del danno. Secondo le Sezioni Unite, infatti, il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre. Il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie; il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno; è compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli individuando quali ripercussioni negative sulla persona si siano verificate e procedendo alla loro integrale riparazione. Ciò significa che la giurisprudenza del Supremo Collegio da un lato, ha ricondotto i danni risarcibili nell'ambito della classificazione bipolare stabilita dal legislatore, riassumendoli tutti nelle due categorie dei danni patrimoniali e dei danni non patrimoniali, specificando che le distinzioni elaborate dalla dottrina e dalla prassi fra danno biologico e danno esistenziale, hanno funzione meramente descrittiva; dall'altro lato, ha precisato che, nel procedere alla quantificazione ed alla liquidazione dell'unica categoria "danno non patrimoniale", il giudice deve tenere conto di tutti gli aspetti pocanzi menzionati; se, pertanto debbono essere evitate duplicazioni risarcitorie, mediante l'attribuzione di somme separate e diverse in relazione alle diverse voci (sofferenza morale, danno alla salute, danno estetico, ecc.) , i danni non patrimoniali debbono comunque essere integralmente risarciti, nei casi in cui la legge ne ammette la riparazione.

³⁰ Per un'analisi più approfondita si veda Ferrari, *La responsabilità civile di scuole e insegnanti in Italia e in Francia: un'analisi comparata*, in *Responsabilità civile e previdenza sociale*, 2014, fasc. 4

Si è anche sancita l'inammissibile duplicazione del danno, per il principio della "integralità" del risarcimento del danno alla persona, poiché il danno biologico, che ha avuto espresso riconoscimento a norma del d.lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139 Codice delle assicurazioni private, va individuato nella "lesione temporanea all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito"³¹.

Perciò tale definizione è oggi suscettiva di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. La risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone che la condotta del danneggiante abbia leso un diritto inviolabile della persona, nonché che la lesione sia stata grave e che il danno non sia stato futile: è necessaria una lesione costituzionalmente qualificata, che abbia un certo grado di offensività sulla persona tale da fargli patire un danno grave e non meramente bagatellare o irrisorio. Non esiste più la tripartizione del danno non patrimoniale in danno biologico, morale ed esistenziale, infatti il danno esistenziale e il danno morale possono costituire solamente "voci" del danno biologico nel suo aspetto omnicomprensivo: nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Inoltre, a seguito dell'illecito vengono in considerazione pregiudizi che, in quanto attengono all'esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno.

Il giudice, nel liquidare quanto spetta al danneggiato, deve tenere conto dei diversi aspetti in cui il danno si atteggia nel caso concreto³². Egli dovrà procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutandolo le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Per garantire la tipicità del danno non patrimoniale il giudice avrà la possibilità di liquidare il solo danno biologico patito dal danneggiato, con eventuale personalizzazione del risarcimento (ovvero aumento del risarcimento) solo nel caso in cui il danneggiato abbia subito un grave nocumento alla salute psico-fisica: i pregiudizi in passato definiti come "danno morale" e "danno esistenziale" oggi possono al più costituire fattore di personalizzazione della liquidazione del danno biologico leso.

Sul piano formale, le tabelle del Tribunale di Milano costituiscono valido e necessario criterio di riferimento per l'eventuale valutazione equitativa del danno: così, è illegittima la sentenza di merito che non abbia illustrato le ragioni della preferenza ad una modalità liquidazione che, secondo il caso concreto, risulti sproporzionata rispetto alla liquidazione ottenibile applicando i parametri delle tabelle del tribunale di Milano. La Corte di Cassazione ritiene che possano essere un valido criterio di riferimento ai fini della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., per la liquidazione del danno in quanto hanno valore nazionale, come ha evidenziato la Suprema Corte³³. Tali Tabelle sono state rielaborate all'esito delle pronunzie delle Sezioni Unite del 2008 determinando il valore finale del punto utile al calcolo del danno biologico da invalidità permanente, procedendo ad un aumento dell'originario punto tabellare in modo da includervi la

³¹ Vedi Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *De Jure.it*

³² Si veda Cass. civ., 8 aprile 2010, n. 8360, in *De Jure .it*

³³ Vedi Cass. civ., sez. III, 2011 n. 14402 in *De Jure.it*; Cass. civ., sez. III, 2011 n. 12408 in *De Jure.it*.

componente già qualificata in termini di “danno morale”, che si usava liquidare separatamente con operazione che le Sezioni Unite hanno ritenuto non più praticabile. Alla luce di questa analisi, si può quindi affermare che il complesso procedimento di liquidazione del danno ha visto svilupparsi una fiorente evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, dovuta sicuramente alla difficoltà da parte dei giudici di rendere in termini economici danni alla persona che per loro stessa natura non possiedono una immediata quantificazione monetaria. Detto ciò i canoni ora seguiti dalla giurisprudenza prevalente e la possibilità di applicare al caso concreto tabelle liquidative orientative, permette al giudice di disporre di criteri sempre più oggettivi che lo portano a liquidare secondo equità i danni subiti dai soggetti richiedenti il risarcimento. Nella sentenza in esame, può dirsi come il giudice faccia applicazione di tutto il dibattito evolutivo in merito al risarcimento del danno non patrimoniale, arrivando a una liquidazione del danno che appare conforme agli orientamenti precedentemente esposti e che quindi soddisfano secondo equità i genitori del minore leso.

7. Note conclusive

A conclusione, pare utile affermare come un presupposto imprescindibile per l'applicazione di principi giuridici sia la profonda conoscenza dell'evoluzione storica che essi hanno subito nel tempo; essendosi via via modificati tramite le pronunce della giurisprudenza, gli studi comparatistici e le modifiche legislative dettate da cambiamenti culturali e sociali. Il caso considerato permette di analizzare tali istituti che hanno subito questi cambiamenti, per comprenderne le future possibilità applicative e gli scenari prospettabili, essendo ancora oggi di innegabile attualità, anche se in un contesto profondamente diverso, capace di aprire a nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

COLLISIONE FRA SCIATORI E PRESUNZIONE DI RESPONSABILITÀ PARITETICA

di Elena Zucchi

IL CASO

Nel caso di specie due sciatori si sono scontrati, l'uno non riscontrando danni, l'altra venendo gravemente ferita. A seguito dello scontro l'attrice ha infatti riportato danni biologici, di natura sia temporanea (invalidità temporanea assoluta per 75 giorni, invalidità temporanea al 50% per 75 giorni) che permanente (invalidità del 10%).

L'attrice ha quindi dedotto in giudizio il convenuto accusandolo di essere l'unico responsabile dello scontro, essendo stata travolta dal convenuto -che si trovava a monte rispetto alla sua posizione- mentre procedeva a bassa velocità sul bordo sinistro della pista, e richiedendo quindi l'integrale risarcimento dei danni.

Il convenuto si è difeso asserendo di essere invece la vittima dell'episodio, ricadendo la colpa dell'accaduto interamente sull'attrice, la quale, effettuando una manovra di svolta improvvisa, travolgeva lo stesso, che si trovava a valle rispetto alla investitrice.

Il tribunale di Frosinone, vista la totale contraddittorietà delle versioni avanzate delle due parti, ha quindi fatto ricorso ai testimoni delle stesse; anche essi però si sono rivelati contrastanti, gli uni confermando la versione dell'attrice, gli altri avvalorando quella del convenuto.

In assenza di dichiarazioni testimoniali rese da terzi (i testimoni erano inattendibili visti i legami di parentela o amicizia che li legavano alle parti) si è quindi fatto ricorso al rapporto di incidente sciistico redatto dai Carabinieri nell'occasione dello scontro, nel quale è affermato che il convenuto M.A. il giorno 01/02/2007 provenendo da destra e dirigendosi a sinistra andava a scontrarsi con l'attrice B.A., proveniente da sinistra e svoltante a destra. Anche esso si è però rivelato inadatto vista la sua natura ipotetica (i Carabinieri erano assenti al momento dello scontro).

Le difficoltà di ricostruzione dell'accaduto appaiono da subito evidenti ed il Giudice non può fare altro che applicare la presunzione di corresponsabilità prevista dalla normativa vigente, condannando entrambe le parti al risarcimento dei danni in misura dimezzata.

Il problema principale che si riscontra nell'analizzare questo caso è l'inadeguatezza delle prove addotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi, ed è questo che il Giudice afferma nella prima parte della sentenza, dichiarando come prima le versioni delle parti, poi i testi delle stesse, ed infine il rapporto dei Carabinieri siano inadatti ad essere ritenuti affidabili e quindi utilizzabili in giudizio ai fini della ricostruzione dell'avvenimento.

Andando ad analizzare la legislazione vigente in materia in cerca di chiarimenti, essa non occorre in aiuto al Giudice dal momento che la stessa vicenda fattuale non è stata ricostruita con certezza; in ogni caso sembrerebbe che la precedenza spettasse al convenuto (proveniente da destra e quindi secondo l'art. 12, l.n. 363/2003 in diritto di precedenza) e che l'onere di evitare gli scontri spetti in generale allo sciatore che si trovi a monte, ma come già detto ogni possibile ricostruzione dell'accaduto è meramente ipotetica e non idonea ad escludere la colpa di nessuna delle parti.

L'incertezza probatoria riscontrata dal Giudice in merito alla dinamica del sinistro ha quindi portato a non ritenere superata la presunzione di corresponsabilità di entrambi i

sciatori nella causazione dell'incidente, presunzione derivante dall'art. 19 l.n.363/2003 ed applicabile al caso di specie .

Gravando interamente sul convenuto la prova liberatoria da tale pari responsabilità le prove addotte dallo stesso si sono rivelate insufficienti a superare la presunzione legale, dovendosi quindi ascrivere ad entrambi i coinvolti la responsabilità del sinistro, con conseguente accoglimento della domanda di risarcimento e ripartizione dei danni nella misura del 50%.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI FROSINONE

Il Tribunale di Frosinone, in persona del giudice onorario dott. Giampaolo Piro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa avente N.3402 R.G. 2007

TRA

A.B., rapp.ta e difesa dall'avv. Emanuela Marcoccia ed elett.te dom.ta in Frosinone, via Aldo Moro n.433, giusta procura a margine dell'atto di citazione

Attrice

E

M.A., rapp.tp e difeso dagli avv.ti Claudia Quaresima e Marco Pizzutelli ed elett.te dom.to in Frosinone, via Firenze n.100, giusta procura posta in calce al passivo atto di citazione

Convenuto

Oggetto: risarcimento D..

All'udienza del 04/04/2014 le parti concludevano come da verbale.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Omesso lo svolgimento del processo ai sensi dell'art. 132 cod. proc. civ. - come modificato dalla legge 69/2009 - e applicabile anche ai processi pendenti in primo grado, sinteticamente si precisa che con atto di citazione del 23/10/07, la sig.ra B. citava in giudizio il sig. M. per ivi sentir accogliere le seguenti conclusioni: "accertare l'esclusiva responsabilità del sig. M.A. (...) nella causazione del sinistro avvenuto in data 01/02/2007 sulle piste da sci del comprensorio sciistico di Folgarida Marilleva e per l'effetto condannare lo stesso al risarcimento dei D. subiti dalla sig.ra A.B. (...), ai sensi e gli effetti dell'art. 2043 c.c. E quantificati in Euro 87,981,62, o in quella diversa, maggiore o minore, che verrà ritenuta di giustizia. Con gli interessi come per legge e con vittoria di spese, funzioni ed onorari di causa".

Deduceva l'attrice di essere stata travolta dal sig. A.M. mentre stava procedendo a bassa velocità e si accingeva a fermarsi sul bordo sinistro della pista da sci percorsa.

Il M., provenendo da monte, ad una velocità molto sostenuta, non si avvedeva della presenza a valle dell'attrice, andando a collidere con la stessa, buttandola a terra e trascinandola per diversi metri lungo la pista.

A causa del sinistro, la parte attrice veniva ricoverata presso l'ospedale di Cles con diagnosi: "frattura pluriframmentaria scomposta nel tratto distale del perone destro, frattura del malleolo tibiale posteriore e lieve sublussazione tibioastralgica, trauma cranico lieve, distacco della base falange distale 1 dito mano destra".

Si costituiva in giudizio il sig. M.A. contestando in fatto e diritto quanto ex adverso dedotto e richiesto.

Deduceva che il sinistro de quo era stato determinato per colpa esclusiva della B. la quale, nello scendere la pista "Orso Bruno", effettuava una manovra di svolta improvvisa e repentina, non avvedendosi del sig. M., che si trovava a valle rispetto a lei, lo investiva facendolo cadere a terra, colpendolo con sci alla nuca, fortunatamente protetta dal casco.

Concludeva quindi: "1) in via principale - rigettare la domanda attrice in quanto infondata in fatto e diritto; 2) in subordine - accertare le rispettive responsabilità dell'attrice e del convenuto nella causazione del sinistro de quo, muovendo dalla presunzione di pari responsabilità ai sensi dell'art. 19 L. n. 326 del 2003 e dell'art.51/1 L.P. 21/04/1987; 3) in via ulteriormente subordinata - determinare secondo Giustizia la quantificazione dei D. asseritamente subiti dall'attrice; con vittoria di spese di lite".

All'esito dell'istruttoria svolta, per mezzo di acquisizione documentale, interrogatorio formale, prova testi e consulenza tecnica, la domanda di risarcimento D. proposta dall'attrice è fondata nei limiti di seguito precisati e va, pertanto, accolta almeno nei medesimi limiti.

Pacifico tra le parti è che in data 02/01/2007, sulla pista di sci denominata "Orso Bruno" in località Folgarida-Marilleva (TN) si verificava uno scontro tra l'attrice B. ed il convenuto M., in conseguenza del quale l'attrice ha riportato "frattura pluriframmentaria scomposta nel tratto distale del perone destro, frattura del malleolo tibiale posteriore e lieve sublussazione tibioastralgica, trauma cranico lieve, distacco della base falange distale 1 dito mano destra".

Veniva quindi disposto ricovero presso la Divisione di Ortopedia sino al 3.1.07 allorquando veniva dimessa con diagnosi di: "frattura bimalleolare destra. Contusione 1 dito mano destra" e previo o posizione di una doccia gessata a gamba letto a carico dell'arto inferiore di destra e di una doccia gessata a carico del 1 dito della mano destra.

Il 3.1.07 la paziente veniva poi ricoverata presso il Reparto di Ortopedia e Traumatologia dell'ospedale San Salvatore di Pesaro da dove veniva dimessa il 6.1.07 con diagnosi di "frattura bimalleolare con diagnosi tizio-personale caviglia destra, trauma distorsivo con lesione capsulo-legamentosa della metacarpo-falangica 1 dito mano destra, trauma cranico lieve, ferita l.c. Sopracciliare sinistra".

Durante la degenza l'attrice subiva un intervento chirurgico a carico della caviglia destra di riduzione ed osteosintesi con placca a viti, sutura dei legamenti, immobilizzazione con stivaletto gessato ed applicazione di apparecchio gessato alla mano destra.

Successivamente, il 6.2.07, si procedeva quindi alla rimozione dello stivaletto gessato ed alla medicazione della ferita; il 12.2.07 la paziente veniva nuovamente ricoverata, sempre presso la stessa struttura, è sottoposta ad intervento di rimozione della vite intertibio-peroneale.

Controversa, tuttavia, resta la concreta dinamica del sinistro, assumendo l'attrice che si è trattato di un investimento puro e semplice da parte di uno sciatore che sopraggiungeva da monte e a forte velocità e sostenendo, invece, il convenuto che lo scontro è stato in realtà causato dalla stessa parte attrice che improvvisamente svoltava non avvedendosi

del convenuto il quale, trovandosi più a valle rispetto all'attrice, lo investiva facendolo cadere.

Anche i testi escussi hanno rappresentato dinamiche totalmente contrastati tra loro. In particolare i testi indicati dall'attore hanno sostanzialmente confermato la ricostruzione in fatto rappresentata dall'attrice. Viceversa, i testi indicati dalla parte convenuta hanno sostenuto l'esatto contrario, coincidente con la ricostruzione in fatto operata dalla parte convenuta.

Tuttavia, gli stretti rapporti di parentela e di amicizia tra le parti ed i testi, in assenza di ulteriori elementi (quali ad esempio una dichiarazione testimoniale resa da soggetto terzo) rendono inattendibili le stesse dichiarazioni e non idonee a superare la presunzione di corresponsabilità prevista dalla normativa vigente.

Anche il rapporto di incidente sciistico (n.1/01) redatto dai Carabinieri, della locale stazione di Mezzana, ed in particolare la parte relativa alla dinamica presunta, non chiarisce l'iniziale posizione dei soggetti coinvolti e non chiarisce se la condotta di uno possa aver determinato l'evento. Si legge, infatti, "nell'effettuare la pista Orso Bruno il sig. M.A. scendeva sul lato sinistro della pista nell'effettuare una curva a sinistra andava a collidere con la sig.ra B.A. che scendeva nella stessa direzione che stava girando a destra".

In buona sostanza, dalla dinamica riferita dai Carabinieri, si sarebbe trattato di una interferenza tra due sciatori che stavano percorrendo la pista sostanzialmente alla stessa altezza, uno verso destra ed uno verso sinistra. Tuttavia, gli stessi Carabinieri, possono solo ipotizzare detta dinamica attesa la loro assenza al momento del sinistro. Pertanto, appare difficilmente contestabile un concorso di colpa a carico di entrambe le parti.

La fattispecie in esame richiama i seguenti principi normativi: i) ai sensi dell'art. 12 L. 24 dicembre 2003, nr. 363 la precedenza spetta, in caso di incroci tra sciatori ed in linea di principio, a chi proviene da destra, ossia nella specie alla parte convenuta (e ciò rappresenta un ulteriore argomento per valutare la condotta ed il grado di responsabilità del convenuto in riferimento a questo urto); ii) fondamentale regola n. 3 del c.d. decalogo dello sciatore che, come è noto, costituisce il compendio delle norme di comune prudenza che devono essere seguite nella pratica sciatoria e che sono ora state sostanzialmente tipizzate dal legislatore nel Capo III della L. 24 dicembre 2003, nr. 363. In particolare, l'art. 10 della legge citata, sotto l'intitolazione "precedenza", dispone "lo sciatore a monte deve mantenere una direzione che gli consenta di evitare collisioni o interferenze con lo sciatore a valle". Analoghe le prescrizioni imposte dalla normativa locale (cfr. art. 30-ter, comma 1 lett. b nr. 1 decreto del Presidente della Provincia Autonoma di Trento 2 dicembre 2004 nr. 18 "Modifiche al decreto del presidente della Giunta provinciale 22.09.1987 n. 11-51/legisl. Emanazione del regolamento per l'esecuzione della legge provinciale 21 aprile 1987, n. 7 concernente Disciplina delle linee funiviarie in servizio pubblico e delle piste da sci, in G.U. 12.03.2005, nr. 10 3 serie speciale Regioni).

Tuttavia, una situazione di incertezza probatoria in merito all'effettiva dinamica del sinistro, così come è emersa all'esito del giudizio, fa sì che gravi interamente sul convenuto la prova liberatoria, in forza della presunzione legale di pari responsabilità prevista dall'art. 19 legge nr. 363 del 2003, in caso di scontri tra sciatori.

Nel caso di specie, in definitiva, si deve ritenere non superata la presunzione di pari responsabilità. Ciò consente di ritenere che il danno dell'attrice, certamente riconducibile sul piano causale all'urto tra le parti, è imputabile al convenuto ed alla medesima attrice con la conseguenza che il convenuto va condannato al risarcimento dei D. in favore dell'attrice, nella misura del 50%.

In ordine alla relativa liquidazione, la CTU con indagine immune da vizi logici o di motivazione e del tutto aderente alla documentazione clinica in atti e che merita pertanto di essere integralmente condivisa, ha accertato che in conseguenza del sinistro l'attrice ha riportato i seguenti esiti: "trauma cranico lieve con ferita lacero-contusa della regione sopraccigliare sinistra. Trauma distorsivo con lesione capsulo-legamentosa della metacarpo-falangica del 1 dito mano destra. Frattura bimalleolare con distasi tibio-peroneale caviglia destra".

Le lesioni hanno determinato una invalidità assoluta di 75 giorni e parziale (al 50%) di ulteriori 75 giorni. Da dette lesioni sono residuati postumi permanenti caratterizzati da "minimo esito cicatrizzante della regione sopraccigliare sinistra. Sindrome algodisfunzionale del 1 dito mano destra. Deficit articolare di grado marcato del collo-piede destro con associati disturbi di circolo. I predetti postumi hanno determinato una riduzione permanente dell'integrità psico-fisica del soggetto (danno biologico) pari al 10%, senza alcuna compromissione della capacità lavorativa del soggetto.

Il ctu ha altresì precisato che, al momento della redazione, le spese mediche sostenute e provate ammontano ad Euro 1.746,33.

Venendo quindi alla quantificazione del risarcimento:

A.B., nata in data 8 marzo 1978 e di anni 28 e mesi 10, in seguito al sinistro avvenuto in data 2 gennaio 2007, ha riportato un danno biologico permanente valutato nella misura del 10%; l'invalidità temporanea assoluta (al 100%) ha avuto una durata di giorni 75; l'invalidità temporanea parziale è stata al 50% per giorni 75.

Il concorso di colpa del danneggiato è pari al 50% per cui i calcoli che seguono tengono conto delle cifre che sarebbero attribuite se non vi fosse concorso di colpa, mentre la cifra definitiva liquidata viene direttamente calcolata al 50% senza ulteriori specificazioni.

Il danno biologico permanente, viene liquidato sulla base dei criteri tabellari per punto di invalidità utilizzati dal Tribunale Milano 2014 che rapportano l'entità del risarcimento ad un valore progressivo con riferimento all'incremento dei punti di invalidità e con una funzione regressiva di decurtazione con riferimento all'elevarsi dell'età del danneggiato al momento del sinistro.

Per ciascun punto nella tabella viene riconosciuto l'importo di Euro. 2.387,60 debitamente abbattuto col coefficiente di riferimento per l'età del danneggiato (pari a 0,865). Tale danno va liquidato nell'importo complessivo di Euro. 11.938,00.

Per ciascun giorno di invalidità temporanea assoluta va liquidato (sulla base dei criteri stabiliti uniformemente dalla tabella prescelta) un importo di Euro. 120,50.

Il danneggiato ha subito una invalidità temporanea assoluta di giorni 75 che va liquidata in Euro. 4.518,75.

Per la invalidità temporanea parziale la liquidazione della diaria avviene in misura proporzionale alla percentuale di invalidità riconosciuta per ciascun giorno.

La invalidità temporanea parziale di giorni 75 al 50% va liquidata in Euro. 2.259,38.

A titolo di danno biologico per invalidità temporanea (I.T.A. e I.T.P.) spetta al danneggiato l'importo complessivo di Euro. 6.778,13.

In totale, a titolo di danno biologico, sia per la permanente (I.P.) che per la temporanea (I.T.), va liquidato l'importo complessivo di Euro. 18.716,13.

DANNO NON PATRIMONIALE (morale)

Nel caso in esame va escluso, in concreto, che possa essere liquidato il danno non patrimoniale.

D.M.

Vanno liquidati anche i D.M. conseguenti agli esborsi di somme che la parte danneggiata ha dovuto sostenere in conseguenza delle lesioni subite.

Tali D. vanno riconosciuti nei seguenti importi (le date indicate sono quelle in cui risultano eseguiti gli esborsi, o, in mancanza, viene indicata la data dell'evento lesivo):

IMPORTO DATA CATEGORIA DI SPESA DESCRIZIONE

1.746,33 02-01-2007 Spese mediche

In totale i D.M. che vanno liquidati sono pari a Euro. 873,16.

RIEPILOGO DELLA LIQUIDAZIONE DEL DANNO

I D. che vanno liquidati (e, poi, in quanto crediti di valore, rivalutati con attribuzione anche degli interessi c.d. compensativi) sono quindi i seguenti:

Danno biologico da invalidità permanente: Euro.11.938,00.

Tale danno è stato calcolato utilizzando le tabelle del danno biologico Tribunale Milano 2014 e la liquidazione è rapportata all'epoca in cui le tabelle utilizzate sono state elaborate (01-01-2014).

Poiché l'evento lesivo è precedente alla data in cui è stata redatta la tabella, occorre procedere alla devalutazione dell'importo liquidato a titolo di danno biologico, al fine di avere valori omogenei (rispetto alle altre voci di danno) sui quali, poi, calcolare la rivalutazione e gli interessi (c.d. compensativi) fino alla data della liquidazione.

Va considerato che è ormai principio giurisprudenziale consolidato (Cass., sez. III, 20-06-1996, n. 5680) che la rivalutazione delle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno da invalidità permanente parziale, quando questa sia successiva ad un periodo di invalidità temporanea liquidata separatamente, decorre dal momento della cessazione dell'invalidità temporanea e non dal giorno dell'evento dannoso.

Di conseguenza la data di riferimento per tale calcolo va fatta non alla data del fatto lesivo (02-01-2007) ma da quella in cui è terminata la invalidità temporanea. Poiché la invalidità temporanea è stata determinata in 150 giorni, la data a cui si deve fare riferimento per la liquidazione è quella del 01-06-2007.

La percentuale di devalutazione utilizzando gli indici ISTAT del c.d. costo della vita è pari al 11,83% ed il danno alla data del 01-06-2007 è pari a Euro. 10.526,18.

Il danno biologico da invalidità temporanea è stato calcolato (vedi sopra) nella misura di Euro. 6.778,13.

Tale importo va riportato in valori monetari alla data di verifica del fatto dannoso e, conseguentemente, la liquidazione va determinata in base ai medesimi criteri di cui sopra, nella misura di Euro. 5.912,11.

I D.M. (esborsi) sono stati determinati complessivamente in Euro. 873,16; le date di liquidazione sono quelle in cui sono avvenuti gli esborsi (ovvero, in via di accettabile approssimazione, quella del fatto dannoso); per tali D. sono queste le date di decorrenza ai fini della rivalutazione monetaria e degli interessi.

RIVALUTAZIONE

Le somme liquidate (crediti di valore) vanno rivalutate dalle date in cui sono state monetariamente determinate (c.d. aestimatio) fino alla data della loro liquidazione definitiva (c.d. taxatio) che va fissata al giorno 01-12-2014.

La rivalutazione va effettuata applicando sulle somme gli indici della rivalutazione monetaria ricavati dalle pubblicazioni ufficiali dell'Istituto Nazionale di Statistica. Gli indici presi in considerazione sono quelli del c.d. costo della vita, ovvero del paniere utilizzato dall'ISTAT per determinare la perdita di capacità di acquisto con riferimento alla tipologie dei consumi delle famiglie di operai ed impiegati (indice F.O.I.).

Tale rivalutazione viene presa in considerazione per ciascuna delle voci di cui si compone la liquidazione del danno e dalla decorrenza per ciascuna indicata (vedi sopra).

INTERESSI

Nella liquidazione del danno la giurisprudenza è concorde nel riconoscere anche il danno da ritardo nella prestazione e tale importo viene liquidato in via sostanzialmente equitativa attraverso il riconoscimento al danneggiato di una ulteriore voce che correntemente viene definita come "interessi compensativi" (altri li definiscono "moratori", ma ai fini della presente valutazione le differenze terminologiche sono indifferenti). Tali interessi sono calcolati dalla data del momento generativo della obbligazione risarcitoria sino al momento della liquidazione.

Gli interessi vanno liquidati al tasso nella misura legale che, in base alla normativa vigente, viene variato in relazione alle dinamiche dei tassi correnti sul mercato, sia un parametro di riferimento adeguato per determinare il danno da ritardo della prestazione risarcitoria.

Tali interessi vanno calcolati non sulle somme integralmente rivalutate (il che condurrebbe ad una duplicazione delle voci risarcitorie, come affermato nella nota sentenza Sezioni Unite del 17.2.1995, n. 1712) il che comporta un calcolo di interessi alquanto inferiore a quelli calcolati integralmente per l'intero periodo.

La cadenza della rivalutazione comporta il calcolo degli interessi sulla somma via via rivalutata con periodicità annuale (Cass. 20.6.1990, n. 6209, soluzione accolta, in genere, con riferimento alle esigenze di semplificazione dei calcoli).

In tal caso il calcolo della rivalutazione viene fatto anno per anno alla data convenzionale del 31 dicembre ed in quella data vengono computati gli interessi che, poi, sono improduttivi di ulteriori interessi e non vengono capitalizzati in alcun modo.

Le somme dovute complessivamente sono le seguenti:

A) Danno liquidato al 02-01-2007 (c.d. "aestimatio"): Euro 17.311,45

B1) Interessi maturati al 01-12-2014: Euro 3.049,71

B2) Rivalutazione maturata al 01-12-2014: Euro 2.369,00

B) Interessi e rivalutazione totali (B1 + B2): Euro 5.418,71

Totale A + B: Euro 22.730,16

C) Anticipi versati (da dedurre) (n. 0 movimenti): Euro 0,00

Importo totale (A + B - C) dovuto al 01-12-2014 (c.d. "taxatio"): Euro 22.730,16

di cui:

Capitale = 17.311,46 -- Rivalutazione = 2.369,00 - Interessi = 3.049,71

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo, tenuto conto del concorso di colpa al 50%.

P.Q.M.

il Tribunale di Frosinone, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza disattesa e respinta, così decide:

- condanna il sig. M.A., per le ragioni indicate in motivazione, al pagamento in favore della sig.ra A.B., della somma totale di Euro 22.730,16 oltre interessi legali e rivalutazione a far data dal 02/12/2014 all'effettivo soddisfo;

- condanna il sig. M.A. al pagamento in favore della sig.ra A.B. delle spese processuali, che liquida in Euro 875,00 (fase di studio), Euro 740,00 (fase introduttiva), Euro 1.600,00 (fase istruttoria) ed Euro 1.620,00 (fase decisionale), oltre rimborso forfettario, CpA ed iva, come per legge.;

- pone definitivamente a carico della parte convenuta le spese di CTU.

Così deciso in Frosinone, il 2 dicembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 2 dicembre 2014.

TRIBUNALE DI FROSINONE, sentenza 2 dicembre 2014; G.O. PIRO; A.B. (Avv. MARCOCCIA) c. M.A. (Avv.ti QUARESIMA, PIZZUTELLI).

Responsabilità civile – Sci – Scontro fra sciatori – Presunzione di corresponsabilità– Prova liberatoria – Non fornita (l. 24 dicembre 2003 n.363, Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo, art. 10, 12, 19; Decalogo dello sciatore, regola n.3; Decreto del Presidente della Provincia Autonoma di Trento 2 dicembre 2004, nr.18, art 30-ter, comma1, lett. b nr.1;)

In caso di scontro tra sciatori si fa applicazione della presunzione di pari responsabilità prevista dall'art. 19 l.363/2003, in assenza di elementi probatori idonei a liberare da tale responsabilità presunta (nel caso di specie, il convenuto non ha presentato elementi probatori idonei a superare la presunzione di corresponsabilità ed è stato condannato al risarcimento dei danni in misura dimezzata). (1)

(1) Nella giurisprudenza di legittimità non constano precedenti in termini. La S.C. non si è mai occupata del problema nello specifico, ma ha rilevato in più occasioni come gli scontri tra sciatori e più in generale la circolazione con gli sci non attengano alla disciplina della circolazione di veicoli (in questo senso per la prima volta, Cass. Civ. 1 aprile 1980, n.2111, in *Foro it.*, 1980, I, 1233); questo perché, in primo luogo, le disposizioni del codice stradale all'art. 20 ed al successivo 21 non contemplano gli “sci” nella definizione di “veicoli” (essendo i primi quindi semplici “attrezzi adeguati alla particolare situazione ambientale” e non “macchine guidate dall'uomo e circolanti su strada, escluse quelle sprovviste di motori per uso di bambini ed invalidi”) (vedesi Cass. Civ. 30 luglio 1987, n. 6603, in *Arch. Circolaz.* 1988, 25) ; ed in secondo luogo come anche in tempi precedenti alla emanazione di una specifica normativa (la l. 24 dicembre 2003, n.363), a questi casi di specie fosse applicabile unicamente l'art. 2043 c.c., di portata generale e comunque normativa vigente, non essendoci quindi spazio per il presupposto di applicazione analogica dell'art. 2054 c.c. Anche secondo una giurisprudenza di legittimità più recente il risarcimento delle persone danneggiate nel corso di uno scontro tra sciatori (in mancanza di una normativa specifica, oggi invece emanata) trovava tutela nella disciplina generale della responsabilità aquiliana, nella quale spetta al danneggiato dare la prova della colpa di colui che ha cagionato il danno, e non nella normativa speciale di cui all'art. 2054 (in obiter in Cass. Civ., 3 dicembre 2009, n. 25416, in *De Jure*, banca dati online). Nella giurisprudenza di merito, per esempi di casi in cui la legge 363/2003 non era ancora stata applicata e viene esplicitamente affermata l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2043 e non quella di cui al 2054 c.c., si veda, in rete su www.dirittodeglisportdelturismo.it una serie di sentenze inedite delle corti territoriali: Corte d'Appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano, sentenza 18 febbraio 1999, Pres. Pradi, Est. Kapeller (nel caso di specie una testimonianza era ritenuta ammissibile e la responsabilità dello sconto veniva addossata allo sciatore proveniente da monte) ; Tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Brunico, sentenza 13 febbraio 2002, n. 7 Giud. Leitner; Tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Brunico, sent. 20 novembre 2002, n. 88, , Tribunale di Bolzano, sezione

distaccata di Brunico, sent. 29 novembre 2002, n. 91 ; Corte d'Appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano, sentenza 22 novembre 2006, Pres. Est. Pacher ; tribunale di Bolzano, sentenza 1 marzo 1990, n. 179 Pres. Sacchetti, Est. Ausserhofer Scheidle ; Tribunale di Bolzano, sentenza 10 maggio 1990, n. 333, Pres. Martinolli, Est. Roilo ; tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Merano, sentenza 13 gennaio 2005, Giud. Covi ; tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Brunico, sentenza 28 marzo 2002, n. 20, Giud. Leitner; tribunale di Trento, 26 settembre 2000, n. 1032 Est. Erlicher ; tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Brunico, sentenza 12 novembre 2004, n. 101, Giud. Leitner; corte d'Appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano; sentenza 23 giugno 2004 Pres. Zanon , Est. Pacher; tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Brunico; sentenza 22 febbraio 2002, n. 15, Giud. Leitner; tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Brunico, sentenza 2 novembre 2005, n. 84, Giud. Joppi . Inoltre si veda Corte d'Appello di Trento, sent. 8 febbraio 2005, in *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive della comparazione*, (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, cd-rom contenente banca dati. Nella giurisprudenza di merito quindi si trovano casi più vicini a quello di specie, in cui è talvolta affermato come sia scorretto richiedere una prova liberatoria da responsabilità dello stesso livello di difficoltà di quella che è invece necessaria per superare la presunzione di corresponsabilità prevista dall'art. 2054 c.c.; infatti, secondo queste pronunce, l'art. 19, l. 24 dicembre 2003 n.363, anche se testualmente sembra riprendere la formulazione dell'art. sopracitato, nell'affermare la presunzione di pari responsabilità in caso di scontri tra sciatori richiede una prova liberatoria di minor rigore : da ciò si deduce che lo sciatore convenuto per potersi liberare dalla presunzione riferita debba dimostrare solamente di aver tenuto un comportamento di ordinaria responsabilità, così come è richiesto dall'art. 2043 c.c. :Tribunale Rovereto, 21 ottobre 2009, in *Resp. civ. e prev. 2010*, 4, 883 (s.m.), nota di Vernizzi. Inoltre è stato stabilito dallo stesso Tribunale di Rovereto in data 9 agosto 2010 (in Banca dati *De Jure* e in *Redazione Giuffré 2010*) che per superare la presunzione di pari responsabilità prevista in caso di scontro tra sciatori occorre meno di quanto non sia previsto dall'analoga presunzione prevista in caso di scontro di veicoli e, in particolare, può assumere rilievo dirimente anche il solo accertamento di una colpa particolarmente pregnante di uno dei due sciatori, pur in mancanza di elementi istruttori precisi sulla condotta posta in essere dall'altro; posizione che riprende una sentenza dello stesso tribunale del 29 ottobre 2009 (in banca dati *De Jure* e in *Redazione Giuffré 2010*). In senso sostanzialmente opposto si esprime il Tribunale di Avezzano in data 23 aprile 2009 (in banca dati *De Jure*), con una sentenza in cui si afferma che per superare la prova di corresponsabilità in caso di scontro tra sciatori sia richiesta la prova che la condotta degli stessi sia rimasta del tutto estranea alla causazione dell'evento dannoso, richiedendo quindi una prova liberatoria sostanzialmente identica a quella richiesta per essere escluso il concorso di colpa nell'applicazione dell'art. 2054 c.c., 2°c. Il tribunale di Trento con sentenza 11 marzo 2014, n. 297 (in banca dati *De Jure*), afferma come la disciplina dello scontro tra sciatori sia estranea alla circolazione stradale ma al contempo ammette la derivazione dell'art. 19, l. 363/2003 dall'art. 2054 c.c., quindi verosimilmente equipara i due regimi di imputazione di responsabilità, giustificando tale scelta del legislatore spiegando come sia ancor più difficile nel caso di scontro tra sciatori che in caso di scontro tra veicoli la ricostruzione concreta dell'avvenimento, e di come quindi questa presunzione appaia necessaria per sopperire alla difficoltà istruttoria. Per un precedente diretto del caso in esame, si veda la sentenza del Tribunale di Sulmona, 21 luglio 2010, in banca dati *De Jure* e *Redazione Giuffré 2010*, nella quale si fa applicazione della presunzione di corresponsabilità quando manca una prova di esclusiva responsabilità ai danni di una delle parti.

In dottrina, sul problema dell'onere della prova richiesto dall'art. 19, l. 363 del 2003, e sulla necessità di una sua interpretazione riduttiva che si applichi solo ai casi in cui gli sciatori coinvolti nello scontro siano convergenti alla stessa quota, si veda U. Izzo, *Allocare il costo sociale degli incidenti sui campi da sci: alla ricerca di un senso*, in id. (a cura di), *La montagna*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3-106; E. Casale, *La responsabilità civile nel caso di scontro tra sciatori*, in U. Izzo-G. Pascuzzi (a cura di), *La responsabilità sciistica Analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione*, Torino, 2006, 188 ss.; in senso contrario si pone S. Vernizzi, *In tema di responsabilità civile in tema di scontro tra sciatori*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2010, pag. 890- secondo il quale la lettera della legge non sembra consentire una simile conclusione, anche se la stessa non richiede agli sciatori di tenere una condotta valutata secondo gli stessi canoni di severità di cui all'art. 2054 c.c., soprattutto vista la ratio di introduzione della norma, ovvero il semplice tentativo di superare le difficoltà riscontrate nella ricostruzione causale dei fatti in caso di scontro tra sciatori. Con riferimento all'applicabilità della disciplina dell'art. 2054 c.c. alla fattispecie di scontro tra sciatori, si veda M. Pradi, voce "Sci alpino", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1988, 164 ss.; E. Casale, *La responsabilità civile nel caso di scontro tra sciatori* ed E. Ballardini, *Il concorso di colpa in caso di scontro tra sciatori*, in U. Izzo-G. Pascuzzi (a cura di), *La responsabilità sciistica Analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione*, Torino, 2006, 180 e 31; V. Frattarolo, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, in part. 85; L. Geraci, *La responsabilità civile da attività sciatoria*, in *Riv. dir. sport.*, 1975, 352; M. Viola, *La responsabilità civile nell'incidente sciistico*, Trento, 2002, 26; S. Vernizzi, *In tema di responsabilità civile in tema di scontro tra sciatori*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2010, pag. 890.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza esaminata affronta due problemi fondamentali, analizzati separatamente nelle due massime reperite: la presunzione relativa di corresponsabilità, prevista dall'art. 19 l. 24 dicembre n.363/2003, e la modalità di liquidazione del danno, comprensiva della necessaria omogeneità delle somme calcolate e della procedura di calcolo degli interessi sulle stesse. Occorre fin da subito fare alcune considerazioni (di carattere personale) sulla mancata profondità raggiunta dalla sentenza nell'argomentare i punti di diritto: il tribunale di Frosinone, in persona del giudice onorario dott. Piro, risulta piuttosto manchevole nel motivare le scelte di diritto prese, soprattutto quelle riferite alla prima massima.

Infatti, la presunzione di pari responsabilità introdotta dalla legge 363/2003 ha acceso nel panorama giuridico italiano (sia dottrinale che giurisprudenziale) un intenso dibattito sulla natura del criterio di imputazione di responsabilità da applicare nel caso di scontro tra sciatori; a tale dibattito la sentenza resta totalmente indifferente, seppur esso possa certamente rilevare nel prendere la decisione di merito sulla responsabilità del convenuto e dell'attrice nella causazione dello scontro. La sentenza infatti non richiama precedenti e non si interroga sulla natura della presunzione dell'art. 19, né sulla severità della prova liberatoria richiesta al convenuto; si limita ad affermare che, vista la situazione di incertezza probatoria che si è venuta a creare, e vista l'inidoneità delle prove addotte dalle parti a ricostruire con precisione l'avvenimento, allora trova

applicazione l'art. 19 citato ed il convenuto è chiamato a rispondere nella misura del 50% dei danni prodotti dal sinistro.

La sentenza elenca i motivi per i quali le prove raccolte non sono idonee a superare la presunzione, ma non interrogandosi sulla natura del criterio di imputazione della responsabilità e sulla prova liberatoria richiesta non fornisce motivazioni soddisfacenti ad argomentare in modo idoneo la decisione presa; ad esempio, non è chiaro perché il rapporto di incidente sciistico redatto dai Carabinieri non costituisca prova idonea a ricostruire la dinamica dell'incidente, dal momento che lo stesso tribunale nella sezione dedicata all'analisi della normativa vigente afferma che “la precedenza spetta, in caso di incroci tra sciatori ed in linea di principio, a chi proviene da destra, ossia nella specie alla parte convenuta” ed in precedenza aveva argomentato che “si sarebbe trattato di una interferenza tra due sciatori che stavano percorrendo la pista sostanzialmente alla stessa altezza, uno verso destra ed uno verso sinistra”. Vista la presenza di una prova affidabile (sembra difficilmente contestabile che un verbale ufficiale, redatto dai Carabinieri e non oggetto di alcun dubbio di validità, costituisca una prova idonea a ricostruire la dinamica dell'incidente¹) rimane ingiustificata l'applicazione istantanea della presunzione di corresponsabilità, a meno che non si richieda una prova liberatoria di una certa intensità- scelta che comunque non risulta dalla sentenza, come già detto.

2. Natura del criterio di imputazione di responsabilità introdotto dall'art. 19 l. 363/2003

Innanzitutto, la norma: l'art. 19 recita “Nel caso di scontro tra sciatori, si presume, fino a prova contraria, che ciascuno di essi abbia concorso ugualmente a produrre gli eventuali danni.”.

Si tratta quindi di una presunzione relativa di corresponsabilità, la quale ammette prova contraria. La fonte dell'intenso dibattito di cui si è accennato nella prima sezione vede la sua origine nella palese ripresa da parte dell'art. 19 del tenore letterale dell'art. 2054 c.c.². La discussione dottrinale e giurisprudenziale è quindi volta a stabilire se alla fattispecie di scontro tra sciatori sia applicabile in tutto e per tutto la disciplina dello scontro tra veicoli e sia quindi richiesta, per potersi liberare dalla presunzione di concorso di colpa, una prova liberatoria di eguale severità rispetto a quella demandata nella presunzione operante ex art. 2054, c. secondo.³

Per poterlo stabilire credo sia utile esaminare la ratio generativa dei due articoli, che è in realtà la medesima: garantire un risarcimento per i danni prodotti dal sinistro anche quando la dinamica effettiva dello stesso non sia ricostruibile con esattezza viste le difficoltà probatorie che si possono manifestare. Dunque il legislatore del 1942 ed il legislatore del 2003, onde evitare che sia convenuto che attore rimanessero insoddisfatti circa il risarcimento dei danni prodottisi, hanno introdotto una presunzione relativa che andasse a colmare le lacune probatorie che per stessa natura dei sinistri impedivano un'effettiva ricostruzione dell'avvenuto e un'efficace imputazione di responsabilità ex art. 2043.

¹ Anche se rimane fermo il libero apprezzamento del giudice nel valutare le prove testimoniali ex art. 116, c. 1, c.p.c.

² Ci si riferisce al secondo comma dell'art., il quale recita: “Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli”.

³ Nella specie, il primo comma dell'art. 2054 recita: “il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno”. Quindi il conducente deve provare il caso fortuito per potersi liberare dalla presunzione relativa di cui al c. 2 ed è soggetto ad un aggravamento dell'onere di diligenza richiesto, non più qualificabile come l'ordinario dovere di diligenza del buon padre di famiglia.

In effetti, esaminando la giurisprudenza precedente all'introduzione della l. 363/2003, è facile osservare come includere la fattispecie di scontro sciistico nella sfera di applicazione della responsabilità aquiliana spesso comportasse che né danneggiato né danneggiante riuscissero ad ottenere un risarcimento per i danni conseguenti al sinistro, dovendo quindi sobbarcarsi ciascuno i danni subiti⁴.

Dunque dietro la creazione delle due norme vi è la stessa ratio di garantire in ogni caso un risarcimento ai danneggiati, e credo sia corretto affermare come è già stato fatto da altri⁵ che nel caso di scontro tra sciatori questa esigenza è ancora più avvertita, vista la maggiore difficoltà di ricostruzione dei sinistri in sede istruttoria.

D'altra parte, in più occasioni⁶ la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare come non fosse corretto, in epoca precedente all'emanazione della l. 363/2003, equiparare la disciplina della circolazione di veicoli a quella che regola la circolazione degli sci, e questo per due ragioni essenziali: la nozione di "veicolo" ex art. 20/21 cod. stradale non comprende quella di sci e anche prima della emanazione di una disciplina specifica la normativa applicabile alle fattispecie di scontro tra sciatori era l'art. 2043 c.c., norma generale di responsabilità aquiliana.

Quindi ora il quesito che si pone, ovvero se l'art. 19 della legge citata si ponga come norma che effettivamente voglia riprendere l'art. 2054 c.c. ed il suo regime di disciplina, acquista un'importanza ed un significato diversi: il legislatore del 2003 ha davvero voluto porsi in contrasto con ciò che la giurisprudenza di legittimità aveva affermato fino a quel momento, o ha semplicemente voluto introdurre una presunzione relativa sussidiaria che assicurasse la risarcibilità dei danni in ogni caso?

Un autore⁷, E. Casale, ha proposto come soluzione che si debba far applicazione della presunzione prevista solo nei casi in cui lo scontro avvenga tra due sciatori che si trovino sulla medesima quota, essendo in caso contrario previste regole da parte sia del decalogo FIS⁸ sia della stessa legge 363/2003⁹ volte a porre la responsabilità del sinistro in capo allo sciatore proveniente da monte¹⁰.

⁴ Per un esempio, si veda corte di Appello di Trento 8 febbraio 2005, in *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive della comparazione*, (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, cd-rom contenente banca dati; tribunale di Rovereto, 10 aprile 2001, n. 93 in *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive della comparazione*, (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, cd-rom contenente banca dati; tribunale di Trento – sezione distaccata di Cavalese, 9 aprile 2004, n. 31, in *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive della comparazione*, (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, cd-rom contenente banca dati.

⁵ Vedesi E. Casale, "La responsabilità civile in caso di scontro tra sciatori", in "La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive della comparazione", (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, Torino, 2006, Giappichelli 176.

⁶ Vedesi: Cass. Civ. 1 aprile 1980, n.2111, in *Foro it.*, 1980, I, 1233, la quale stabilisce l'esclusione della prescrizione biennale, ex art. 2947 cod. civ., del diritto al risarcimento del danno; Cass. Civ. 30 luglio 1987, n. 6603, in *Arch. Circolaz.* 1988, 25; Cass. Civ., 3 dicembre 2009, n. 25416, in *De Jure*, banca dati online.

⁷ E. Casale, "La responsabilità civile in caso di scontro tra sciatori", in "La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive della comparazione", (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, Torino, Giappichelli, 2006, 190.

⁸ Art. 3 dell'allegato n. 2 contenuto, insieme alla segnaletica prevista per le aree sciabili attrezzate, nel Decreto del 20/12/2005 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

⁹ Artt. 10 e 11 della medesima legge.

¹⁰ Per alcuni esempi in cui viene attribuita la responsabilità allo sciatore proveniente da monte in ragione della sua stessa posizione, si veda in rete su www.dirittodeglisportdelturismo.it una serie di sentenze inedite: Giudice di Pace di Pergine Valsugana, sent. 11 ottobre 2011, dep. 20 ottobre 2011, n. 23 ; Corte d'Appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano, sent. 2 ottobre 2002; Tribunale di Trento, sezione distaccata di Cavalese, 13 gennaio 2005, n. 1, Tribunale di Trento, sezione distaccata di Tione di Trento; 27 gennaio 2004, n. 7; Tribunale di Trento, 11 ottobre 2001, n. 923; Tribunale di Bolzano; sentenza 16

S. Vernizzi¹¹ esclude questa possibilità adducendo come base dell'argomentazione la letteralità della legge stessa ed inoltre spiegando come risulti improbabile che il legislatore abbia introdotto una presunzione con il solo scopo di agevolare il risarcimento dei danni ed allo stesso tempo abbia voluto pretendere dagli sciatori il rispetto dei più severi canoni di diligenza richiesti dall'art. 2054.

Questo autore richiama la ratio di introduzione dell'art. 19 come base giustificativa della non applicabilità del criterio di imputazione di responsabilità ex art. 2054 : ratio però che come si è visto coincide con quella che ha provocato l'emanazione della norma sulla circolazione dei veicoli. Dunque la stessa ragione che Vernizzi pone alla base del suo ragionamento mi porta a conclusioni totalmente opposte: ovvero credo che due norme con un testo letterale così omogeneo, che vedono la propria origine nella stessa esigenza, non possano che testimoniare l'intenzione del legislatore di voler traslare la disciplina di applicazione dell'una nell'altra.

Occorre però porre contenuto della disciplina e fattispecie che la origina su due piani diversi: infatti richiedere agli sciatori un dovere di diligenza pari a quello richiesto ai conducenti di veicoli non significa considerare i due contesti omogenei e gli sci come veicoli ; il legislatore infatti non ha qualificato la circolazione di sci come circolazione di veicoli né ha rimandato in alcun modo alla seconda nel disciplinare la prima; il riferimento letterale dell'art. 19 si deve intendere come volontà di imposizione di un criterio di responsabilità ormai consolidato anche nella fattispecie di scontro tra sciatori, non come collocamento di quest'ultimo nell'orbita della fattispecie ex art. 2054.

La stessa 'lettera dell'articolo', richiamata da Vernizzi, spinge inevitabilmente verso questa conclusione; non si spiega infatti come possa essere possibile non applicare tutta la dottrina e la giurisprudenza consolidate in riferimento al criterio di imputazione ex art. 2054 anche all'art. 19, vista l'uniformità dei testi e la tendenza del legislatore a non utilizzare casualmente formule legislative.

Per quanto riguarda la soluzione proposta da Casale, essa a mio giudizio appare condivisibile ed infatti ne fa applicazione il tribunale di Frosinone in questo caso, dal momento che i due sciatori convergevano da due direzioni opposte ma sulla medesima quota.

Si può ora osservare con più agilità la mancanza di argomentazione della sentenza : non prendendo posizione circa la difficoltà della prova liberatoria richiesta il Giudice non spiega perché il rapporto dei Carabinieri non sia una prova sufficiente a superare la presunzione di corresponsabilità; l'art 12¹² della medesima legge 363/2003 prevede che al convenuto si dovesse riconoscere la precedenza, trovandosi nella pista a destra, secondo la ricostruzione delle Forze Armate.

Credo che la conclusione raggiunta dal Giudice sia condivisibile se si ritiene che il convenuto potesse liberarsi della presunzione di colpa solo provando il caso fortuito e comunque di aver tenuto una diligenza superiore; in questo caso infatti egli non avrebbe portato sufficienti prove a suo favore in grado di bloccare l'operatività della presunzione.

Per quanto riguarda le conseguenze di un'applicazione stringente della presunzione di pari responsabilità in capo agli sciatori si rimanda ad un interessante saggio di U. Izzo¹³,

febbraio 1990, n. 75; tribunale di Trento, 10 luglio 1998, n. 543; tribunale di Trento, 22 gennaio 1998, n. 60; oppure Trib. Di Rovereto, 9 agosto 2012, in *Redazione Giuffrè* 2012.

¹¹ Si veda "In tema di responsabilità civile in tema di scontro tra sciatori", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2010, pag. 890

¹² Il quale afferma: "negli incroci gli sciatori devono dare la precedenza a chi proviene da destra o secondo le indicazioni della segnaletica".

¹³ "Capire la regola del concorso paritetico nello scontro fra veicoli attraverso lo sci e pensando all'assicurazione: il ritorno dell'ingegneria sociale", in *Materiali didattici del corso di diritto civile* 2015,

nel quale vengono esposti i problemi di ingegneria sociale che l'intervento del legislatore nel 2003 ha sollevato, soprattutto in riferimento all'allocazione del danno nel caso in cui non sia predisposto l'obbligo di assicurazione per coloro che svolgono attività sciistica.

Infatti, una volta stabilito che il criterio di imputazione della responsabilità è il medesimo previsto dall'art. 2054, non si spiega perché per la fattispecie di scontro tra veicoli sia predisposto l'obbligo di assicurazione ed al contempo lo stesso non sia previsto per il caso di scontro tra sciatori; le conseguenze in termini di danno possono essere ugualmente gravi ed il porre una sorta di responsabilità oggettiva in capo agli sciatori coinvolti in un sinistro porterà gli stessi a dover corrispondere cifre a cui potrebbero non riuscire a fare capo, spingendo inevitabilmente ad una diminuzione della pratica sportiva in vista degli ingenti risarcimenti che si potrebbe essere chiamati a corrispondere.

3. Scontro tra sciatori = attività socialmente pericolosa?

Nell'ipotesi in cui in giurisprudenza si consolidi il principio secondo il quale la diligenza richiesta allo sciatore è dello stesso livello di quella richiesta al conducente di veicoli ex art. 2054 c.c., si avrà conseguente applicazione dei principi di diritto elaborati in merito alla prova liberatoria richiesta al conducente.

Nella specie, perché possa essere esonerato da colpa, il conducente di veicoli deve provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno ed in questo si concretizza la prova contraria che lo esimi dalla presunzione di pari responsabilità prevista al c. 2¹⁴. In altre parole, il conducente deve provare che la causa del sinistro sia stato il caso fortuito, una circostanza eccezionale ed imprevedibile da parte dello stesso.

La diligenza richiesta al conducente di veicoli è una diligenza superiore a quella richiesta di norma al soggetto responsabile di illecito extracontrattuale ex art. 2043¹⁵, e la prova di rispetto della stessa è di difficile elaborazione, visti tutti gli obblighi previsti in materia di circolazione stradale dal C.d.S.

La soluzione ex art. 2054 è quindi una responsabilità che si colloca a metà tra responsabilità oggettiva e soggettiva, essendo operante una forma di presunzione di colpa di difficile controprova¹⁶.

Occorre ora riprendere la differenza tra il concetto di rischio e pericolo, il primo volto a disciplinare attività nelle quali l'informazione precauzionale diretta ad evitare il danno è già stata emanata dalla società, il secondo riferentesi a situazioni nelle quali l'incertezza governa lo stato attuale delle conoscenze e non si ha contezza nemmeno dei parametri minimi che consentono di calcolare l'eventualità del danno¹⁷.

Nello specifico, il conducente di veicoli si trova ad affrontare un'attività individualmente rischiosa ma socialmente pericolosa¹⁸, nell'esercizio della quale si è

Trento, in rete
https://didatticaonline.unitn.it/dol/pluginfile.php/35692/mod_resource/content/1/course_files/Capire_la_regola_del_concorso_paritetico_nello_scontro_fra_veicoli_attraverso_lo_sci_e_pensando_all_assicurazione.pdf

¹⁴ Vedesi nota 8.

¹⁵ Nella specie, la diligenza del buon padre di famiglia, prevista ex art. 1176 c.c.

¹⁶ La presunzione di cui al c. 1 art. 2054 richiede che il conducente dimostri di essere sostanzialmente estraneo all'evento di danno, che non avrebbe in alcun modo potuto evitare: così Cass. Civ. 24745/2007 in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11, e in *Arch. Giur. Civ.*, 2008, 6, 518; Cass. 20910/2005 in *Resp. E risarc.*, 2005, 11, 41.

¹⁷ Così U. Izzo, in data 17/03/2015, Università degli studi di Trento, corso di diritto civile 2015.

¹⁸ Così come viene spiegato da U. Izzo, in *Una lettura alternativa al dilemma colpa/responsabilità oggettiva, con riferimento all'art. 2050 c.c. e al 2054 c.c.*, in *Materiali didattici corso di diritto civile* 2015, Trento, in rete in

tenuti a rispettare una serie di obblighi e precauzioni che servono a bilanciare il pericolo che l'attività stessa crea in capo alla comunità di persone. Le conoscenze di cui si ha padronanza sono tali da poter aver contezza dei pericoli che l'attività crea e di come essi possano essere evitati; queste risultano codificate nel C.d.S.

Svolte queste considerazioni preliminari, occorre spiegare quanto, della disciplina di circolazione dei veicoli, venga applicato alla disciplina dell'attività sciistica.

Come spiegato in precedenza, occorre operare una separazione netta tra ciò che è fattispecie e ciò che è soluzione della fattispecie; conseguentemente la circolazione con gli sci non risulta qualificabile in automatico come attività socialmente pericolosa, essendo questa qualificazione un risultato non ricavabile meccanicamente dall'applicazione della presunzione prevista dall'art. 2054 c.2 alla fattispecie di scontro tra sciatori.

Dunque che l'attività sciistica sia definibile socialmente pericolosa deve essere una conclusione raggiunta autonomamente rispetto a quanto già stabilito per la circolazione di veicoli.

In riferimento a questo, è al contempo facile osservare come la circolazione con gli sci sia comunque qualificabile come attività socialmente pericolosa, con una semplice operazione logica. Se l'attività di circolazione di veicoli è socialmente pericolosa perché “attraverso una valutazione

cumulativa, la somma dei tanti rischi individuali che ciascun membro della enorme comunità di guidatori circolante sulle nostre strade proietta sui singoli pedoni diventa talmente ingestibile per la società, che mette conto applicare a chi si impegna in questa attività una regola, quella scandita dal primo comma dell'art. 2054 c.c.”¹⁹, e considerato che il primo c. del 2054 serve anche a misurare la responsabilità in caso di scontro tra veicoli ed a fugare il pericolo del *non liquet*, così anche la circolazione degli sciatori così come regolata dall'art. 2043 pone in capo alla comunità sciistica rischi di allocazione dei danni talmente ingestibili da spingere il legislatore ad introdurre una presunzione di corresponsabilità.

In effetti, ferma la diversità dei contesti, del resto mai contestata, gli sci (e non solo) costituiscono l'attrezzo attraverso il quale la più limitata comunità composta dai soli utenti delle piste da sci viene posta in pericolo. È stato dimostrato più volte nel corso dell'analisi come in passato, ponendo la circolazione da sci sotto l'ala di applicazione del 2043 c.c., risultassero spesso non soddisfatte le richieste di risarcimento scaturenti da sinistri sciistici, lasciando ai danneggiati l'onere di sobbarcarsi i danni conseguenti; dunque gli sci costituivano il mezzo attraverso cui la corrispondente comunità veniva messa in pericolo di gestione di danni non altrimenti collocabili, e l'art. 19 l. 363/2003 ha voluto rispondere a questa situazione con la medesima modalità prevista per la circolazione di veicoli.

Ne consegue che anche la circolazione con gli sci sia classificabile come attività individualmente rischiosa ma socialmente pericolosa: lo sciatore è posto nella condizione di dover rispettare una serie di obblighi, del resto codificati²⁰, ed è sottoposto alla prova liberatoria di responsabilità del caso fortuito al fine di evitare alla comunità sciistica il sobbarcarsi dei danni scaturenti dalla sua attività, danni altrimenti non gestibili dalla comunità stessa.

https://didatticaonline.unitn.it/dol/pluginfile.php/35691/mod_resource/content/1/course_files/Una_lettura_alternativa_al_dilemma_colpa.pdf

¹⁹ Vedesi nota 24

²⁰ Le norme di comportamento da tenere durante l'attività di pratica degli sci sono elencate dal decalogo FIS e dalla l. 363/2003.

In merito al primo profilo, ovvero l'atteggiarsi della pratica sciatoria come attività individualmente rischiosa e non pericolosa, è ormai ritenuto pacifico in dottrina che questa pratica non sia qualificabile come attività pericolosa ex art. 2050 c.c.: posto che attività pericolosa è quell'attività astrattamente lecita ma comunque idonea a cagionare danni vista l'incertezza in cui versa la comunità scientifica nell'indicare misure cautelari idonee ad evitare i suddetti danni, chi esercita l'attività di sci è ben conscio delle misure cautelari che idealmente occorre seguire per eludere il rischio dei possibili sinistri²¹. Ed infatti, già in epoca precedente all'emanazione della l. 363/2003 ed in merito all'applicabilità dell'art. 2050 c.c. alla fattispecie di scontro tra sciatori si era giunti alla conclusione appena enunciata, dal momento che “ i danni derivanti da incidenti sulla neve in caso di scontro tra sciatori sono sempre riconducibili ad una condotta umana la quale è sempre paragonabile ad un modello di condotta ricavabile dall'esperienza pregressa”²².

4. E se invece..? Se la diligenza richiesta ex art. 19 rimane quella stabilita dall'art. 2043 c.c.

Si è già ampiamente spiegato il motivo per il quale si ritiene che la diligenza richiesta dall'art. 19 l. 363/2003 sia una diligenza superiore, pari a quella richiesta al conducente di veicoli dall'art. 2054 c.c.

Nel caso in cui si pervenga però, nell'evoluzione della disciplina riferita allo scontro tra sciatori, a conclusioni opposte, credo sia interessante soffermarsi sulle possibili ripercussioni che ciò avrebbe sulla prova liberatoria richiesta allo sciatore rimasto coinvolto in un sinistro.

Infatti, nell'ipotesi in cui si ritenga che la disciplina introdotta dalla legge del 2003 non incida sul grado di diligenza richiesto agli sciatori, essi, per fornire la prova liberatoria dalla presunzione legale di corresponsabilità, dovranno attenersi alla normale prova liberatoria richiesta in capo al convenuto ex art. 2043 c.c. di fronte alle allegazioni attoree.

Dal momento che quest'ultimo articolo non fa riferimento ad una definizione precisa di colpa, di norma si rimanda per la stessa all'art. 43 c.p., dal quale si ricavano due nozioni: colpa generica e specifica. Con la prima si intende la mancanza di diligenza esigibile secondo adeguati parametri sociali di condotta²³; per essa si richiama la nozione di diligenza del buon padre di famiglia, così come stabilita dall'art. 1176 c.c.. Con la seconda si fa riferimento alla mancata osservanza di norme regolanti la materia. Dunque questi parametri si utilizzano anche per gli illeciti aquiliani, e nello scenario che si è ipotizzato anche alle fattispecie di scontri tra sciatori, i quali si troverebbero a dimostrare di essere esenti sia da colpa specifica che generica.

Occorre ora analizzare più nello specifico la normativa applicabile alla circolazione con gli sci, nella specie, la l. 363/2003.

Il contesto nella quale la legge è stata emanata è ben analizzato da E. Ballardini, il quale coglie le incongruenze provocate dalla legge stessa nella regolazione del comportamento degli utenti delle piste da sci²⁴; in questa sede però l'analisi dettagliata delle norme poste in capo agli sciatori rileva indirettamente.

²¹ Vedesi nota 26.

²² Si veda E. Casale, in *La responsabilità civile in caso di scontro tra sciatori*, La responsabilità sciistica: analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione, (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi.

²³ In *Colpa e responsabilità*, ne *La responsabilità e il danno*, di N. Lipari e P. Rescigno, 2009, Giuffrè editore, 78 e ss.

²⁴ “ *La legge n. 363/2003 in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali*, in *La responsabilità sciistica, analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione*, (a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, Torino, 2006, Giappichelli, 21 e ss.

Basti dire che attualmente la materia è oggetto di regolazione da parte di una legge statale, la più volte citata 363/2003; da un decreto ministeriale del 2005²⁵, il quale provoca l'adottamento a livello statale del "Decalogo del comportamento dello sciatore"; da una pluralità di normative regionali, dal momento che è stabilita la competenza concorrente di Stato e regioni in materia. Le regole stabilite da tutta questa codificazione, a parte le contraddizioni interne che pur presentano, hanno in comune la caratteristica che costituiscono la cristallizzazione di precetti di comportamento ricavati dall'esperienza pregressa degli sciatori, e quindi stabiliscono la positivizzazione dei comportamenti definibili come 'diligenti' nell'ambito della circolazione su piste da sci. Si potrebbe quindi dire che uno sciatore, per poter essere definito diligente, debba seguire le regole predisposte dalla normativa statale e regionale.

È stabilito in generale che un giudice, nell'accertare la sussistenza della colpa di un soggetto, debba verificare la presenza della colpa generica indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione non abbia violato alcuna regola, e quindi sia da escludersi la colpa specifica; cioè la conformità della condotta alla norma non garantisce diligenza²⁶. Posto ciò che si è detto fino ad ora, ci si chiede se questa regola di generale applicazione possa qui subire un'eccezione, dal momento che sembrerebbe necessario e sufficiente stabilire che uno sciatore non abbia violato alcuna regola positiva per poter di conseguenza verificare anche la sua esenzione da colpa generica. Quindi, nel caso in cui si adottasse il generale criterio di imputazione di responsabilità ex art. 2043, e si richiedesse allo sciatore la normale diligenza da buon padre di famiglia, sembrerebbe possibile che un soggetto, per poter superare la presunzione di corresponsabilità ex art. 19 l.363/2003, possa provare semplicemente di aver osservato le norme stabilite dalla legislazione, non dovendo nemmeno passare dall'accertamento giudiziale autonomo di sussistenza di colpa generica. In questo caso infatti la conformità della condotta alla norma garantirebbe diligenza.

Per una conferma di questa ipotesi si possono citare le parole di Pradi²⁷, il quale, riferendosi alle regole di buona condotta stabilite dal Decalogo dello sciatore, affermò: "(...) Esse furono per altro subito di grande aiuto per i giudici che, al fine dell'accertamento della colpa sciistica, data l'indeterminatezza del concetto, di esse si avvalsero, ritenendo appunto che versasse in colpa lo sciatore, il quale aveva provocato l'evento di danno nell'inosservanza di tali regole, che non possono essere ignorate e trascurate da chi si dedica all'attività sciatoria. I giudici di tutto l'arco alpino finirono per accettare questo principio, con l'asserire che non poteva essere ritenuto responsabile del danno a terzi provocato sulla pista lo sciatore che dette regole avesse rispettato, avendo egli tenuto un comportamento socialmente adeguato".

5. Conclusioni

La sentenza del tribunale di Frosinone verte su un caso appartenente ad un settore che sta acquisendo sempre più importanza nel panorama nazionale della responsabilità civile : quello degli sport del turismo. Osservando la giurisprudenza territoriale raccolta nel sito www.dirittodeglisportdelturismo.it risulta infatti evidente come in un paese come il nostro, nel quale il turismo riveste un'importanza strategica economica di sempre maggior spessore, la possibilità di citazioni in giudizio per rispondere di danni perpetratisi in un contesto vacanziero cresca esponenzialmente di giorno in giorno.

²⁵ Allegato 2, contenuto nel Decreto del 20/12/2005 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

²⁶ Cass. Civ., 28 febbraio 2000, n. 2220, in *Foro Italiano*, 2000, I, 1828.

²⁷ Citato in *La legge n. 363/2003 in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali*, in *La responsabilità sciistica, analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione* ,(a cura di) U. Izzo e G. Pascuzzi, Torino, 2006, Giappichelli, pag. 20-21, nota 42

Nel caso di specie l'evento scatenante i danni è un avvenimento piuttosto comune nelle corti transalpine : uno scontro tra sciatori.

Il giudice di merito, forse non abituato ad occuparsi di casi di questo genere, ha elaborato una sentenza corretta dal punto di vista tecnico ma incompleta dal punto di vista sostanziale nell'affrontare i punti di diritto che si sono considerati nel commento.

La pronuncia sfiora infatti ambiti della RC molto importanti ed attuali, senza tuttavia approfondirli; si occupa del criterio di imputazione di responsabilità nel sinistro, della liquidazione del danno biologico, delle tecniche di liquidazione delle somme risarcitorie e dei possibili interessi: di tutti questi profili e delle critiche che si muovono alla loro enunciazione si è però già detto.

Rimane da approfondire la tematica del danno biologico, danno risultante quando l'integrità psico-fisica di una persona viene intaccata. Le qualificazioni e le diatribe che emergono costantemente in materia sono tralasciate dal giudice, il quale procede immediatamente alla sua liquidazione in via equitativa, e quindi rimandando alle tabelle milanesi del punto-invalidità.

Questa è una scelta legittima, dal momento che in sede di liquidazione del danno biologico macro-permanente da incidente non derivante da medical malpractice o incidente automobilistico il giudice conserva la sua autonomia decisionale²⁸, e corretta, viste le pronunce già richiamate²⁹.

Il danno biologico d'altronde rientra incontestabilmente nella categoria più generale di danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c., ma dei profili problematici sollevati dalle sentenze di San Martino³⁰ il giudice non dà conto, avendo in effetti valenza solo indiretta nel caso in questione, dal momento che è esclusa a priori la liquidazione del danno morale e quindi non rilevando se il suo calcolo fosse da operare separatamente o congiuntamente rispetto a quello del danno biologico.

Il caso che si è qui analizzato poteva in sostanza essere affrontato con un altro grado di attenzione, sollevando questioni di diritto che, oltre ad essere senz'altro attuali, sono anche potenzialmente in via di sviluppo per la RC in generale.

²⁸ A onor del vero la conserva anche in caso di danno macro-permanente da incidente automobilistico e *medical malpractice*, almeno finché il Governo non avrà elaborato i criteri tabellari da seguire di cui all'art. 138 cod.ass.

²⁹ In nota 2.

³⁰ Richiamate in nota 3.

ART. 2051 C.C. CONTRO ART. 2043 C.C.: UNA LOTTA A COLPI DI "INSIDIE E TRABOCCHETTI"

di Matteo Santomauro

IL CASO

L'autoveicolo della società attorea sta percorrendo l'autostrada A1 in direzione nord quando, al km 134, si scontra improvvisamente con un blocco container abbandonato sulla strada. Alla luce di tale fatto la società attorea Teleprojects s.r.l. conviene in giudizio la Autostrade per l'Italia S.p.A. domandando il risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito del sinistro: la convenuta dovrebbe infatti rispondere della presenza dell'ostacolo sulla sede stradale sia a titolo di difetto di custodia ex art. 2051 c.c. sia, in subordine, a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. per la presenza di un'insidia o trabocchetto.

Le pretese attoree non trovano appoggio da parte del giudice: egli infatti giudica la domanda attorea infondata e, come tale, la rigetta. Da una parte, in astratto, l'art. 2051 c.c. risulta applicabile al caso di specie in quanto il custode sarebbe stato responsabile oggettivamente dell'evento dannoso ma, dall'altra, la lettera della norma appare altrettanto chiara nel prevedere l'esclusione della responsabilità laddove si provi che il fatto si sia verificato per "caso fortuito".

Ciò posto, il giudice corrobora la propria tesi evocando numerosi precedenti giurisprudenziali in tema di responsabilità custodiale per sinistri addebitati ad un difetto di custodia delle strade. La linea interpretativa dei precedenti giurisprudenziali evidenzia come la verifica di una situazione pericolosa non prevedibile integri gli estremi del fortuito laddove il danno si sia verificato nell'intervallo temporale in cui la situazione di pericolo si è esteriorizzata; prima che la doverosa e diligente attività di controllo e sorveglianza potesse rimuoverla o segnalarla tempestivamente. Ciò è esattamente quanto accaduto nel caso di specie: vi è una situazione di pericolo creatasi repentinamente e non prevedibile, dunque non eliminabile nell'immediatezza ma solo successivamente; essendosi il danno verificato in questo lasso di tempo non c'è stato il tempo necessario ad intervenire per evitarlo.

Risulta agli atti come il blocco container fosse stato smarrito da un veicolo che precedeva di poco il transito del veicolo attoreo: la stessa parte attrice dà atto che la presenza dell'ostacolo era stata segnalata all'ente gestore alle ore 14:29 e che quest'ultimo già alle 14:49 aveva completato le operazioni di rimozione con l'ausilio di una pattuglia della polizia stradale immediatamente contattata. Appare chiaro come alla situazione pericolosa improvvisamente ed imprevedibilmente creatasi la società Autostrade per l'Italia abbia posto rimedio tempestivamente, in soli venti minuti dal momento della segnalazione. E' quindi pacifico, agli occhi del giudice, che il sinistro verificatosi in tali venti minuti (e quindi tra le ore 14:29 e le ore 14:49) sia dovuto al caso fortuito; tale prova liberatoria esclude perciò la responsabilità custodiale ex art. 2051 c.c.

A fortiori, il giudice ritiene la presenza del caso fortuito idonea ad escludere altresì la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.: alla luce dei motivi sopra esposti non può infatti ravvisarsi un profilo colposo in seno al comportamento della convenuta.

TRIBUNALE ORDINARIO di REGGIO EMILIA SEZIONE SECONDA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Gianluigi Morlini ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. R.G. 9069/2012 promossa da:

TELEPROJECTS SRL (C.F. 09323270158), con il patrocinio dell'avv. COLOTTO MAURIZIO e dell'avv. MARINGOLO ARES AYMA (MRNRYM79D17F205A) VIA U. LA MALFA 5 MILANO; elettivamente domiciliato in VIA LIVATINO N. 9 42100 REGGIO EMILIA presso il difensore avv. COLOTTO MAURIZIO

ATTORE

contro

AUTOSTRADE PER L'ITALIA SPA (C.F. 07516911000), con il patrocinio dell'avv. CORRADINI ENRICO, elettivamente domiciliato in VIA BISI 11 42100 REGGIO NELL'EMILIA presso il difensore avv. CORRADINI ENRICO

CONVENUTO

CONCLUSIONI

L'attore conclude come da foglio allegato all'odierno verbale; il convenuto come da comparsa di risposta.

[1] FATTO

[2] La controversia trae origine da un sinistro stradale avvenuto nel pomeriggio del 17/8/2011, allorquando un veicolo della società attorea, viaggiando sull'autostrada A1 in direzione nord al km 134, si è scontrato con un blocco container abbandonato sulla sede stradale.

[3] Sulla base di tale narrativa, la società attorea evoca in giudizio la Autostrade per l'Italia S.p.A., domandando il risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito del sinistro, dovendo la convenuta rispondere della improvvisa presenza di un ostacolo sulla carreggiata sia a titolo di difetto custodiale ex articolo 2051 c.c., sia, in subordine, a titolo di responsabilità extracontrattuale ex articolo 2043 c.c. per la presenza di una insidia o trabocchetto.

[4] Resiste autostrade per l'Italia.

[5] La controversia è riassunta davanti all'intestato Tribunale a seguito di una pronuncia di incompetenza del Tribunale di Monza inizialmente adito, ed è decisa da questo giudice, nominato istruttore del fascicolo nel luglio 2014, dopo il rigetto delle istanze testimoniali e con la presente sentenza contestuale ex articolo 281 sexies c.p.c.

[6] DIRITTO

a) La domanda attorea è infondata, e come tale va rigettata.

[7] Infatti, è certamente vero che, alla fattispecie per cui è causa, è astrattamente applicabile l'articolo 2051 c.c. in tema di responsabilità oggettiva del custode; ma è altrettanto vero che, sulla base dell'inequivoco dato letterale della norma, il custode non risponde laddove provi che il fatto si sia verificato per "caso fortuito".

[8] Ciò posto, secondo il pacifico insegnamento giurisprudenziale - formatosi proprio in

tema di responsabilità custodiale per sinistri addebitati ad un difetto di custodia delle strade- la verifica di una situazione pericolosa non prevedibile, integra gli estremi del fortuito qualora il danno si sia verificato nell'intervallo temporale in cui la situazione si è esteriorizzata, prima che la doverosa e diligente attività di sorveglianza e controllo l'abbia rimossa o segnalata nel tempo strettamente necessario a provvedere (Cass. n. 6101/2013, Cass. n. 8157/2009, Cass. n. 25029/2008, Cass. n. 20427/2008, Cass. n. 15042/2008, Cass. n. 12449/2008, Cass. n. 7763/2007, Cass. n. 2308/2007).

[9] In sostanza, si ha caso fortuito laddove vi sia una estemporanea creazione della situazione di pericolo, ovvero una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato delle cose, non eliminabile nell'immediatezza ma solo successivamente, ed il danno si sia verificato nel lasso temporale necessario ad intervenire.

[10] Ciò è esattamente quanto accaduto nel caso che qui occupa.

[11] Infatti, essendo in tutta evidenza il blocco container stato smarrito da un veicolo che precedeva di poco il transito del veicolo attoreo, è la stessa parte attrice a dare atto che la presenza dell'ostacolo era stata segnalata all'ente gestore alle ore 14,29 (cfr. pag. 4 memoria 23-24/5/2013, nonché allegato 11 fascicolo di parte), e che l'ente gestore stesso alle 14,49 aveva già completato le operazioni di rimozione da parte di una pattuglia della polizia stradale immediatamente contattata (cfr. pag. 3 memoria 23-24/5/2013, nonché allegato 11 fascicolo di parte).

[12] In sostanza, risulta la verifica di una situazione pericolosa improvvisamente ed imprevedibilmente creatasi, alla quale la società Autostrade per l'Italia ha tempestivamente posto rimedio in soli 20 minuti dalla segnalazione ricevuta.

[13] Ne discende che il sinistro, verificatosi in tali 20 minuti (e quindi tra le ore 14,29 e le ore 14,49), è dovuto al caso fortuito, ciò che esclude la responsabilità custodiale ex articolo 2051 c.c.

[14] La presenza del caso fortuito è altresì idonea, a fortiori, ad escludere la responsabilità extracontrattuale ex articolo 2043 c.c., atteso che, per i motivi sopra esposti, non può ravvisarsi un profilo colposo in ordine al comportamento della convenuta.

[15] b) Non vi sono motivi per derogare ai principi generali codificati dall'art. 91 c.p.c. in tema di spese di lite, che, liquidate come da dispositivo con riferimento al D.M. n. 55/2014, norma da utilizzare per tutte le liquidazioni successive alla sua entrata in vigore così come previsto dall'art. 28 (cfr. anche la giurisprudenza consolidata di Cass. Sez. Un. nn. 17405-6/2012, Cass. nn. 18473/2012, 18551/2012, 18920/2012, ritenuta costituzionalmente non illegittima da Corte Cost. ord. n. 261/2013, formatasi sotto il vigore del precedente DM n. 140/2012 ma sicuramente applicabile anche al successivo DM 55/2014), sono quindi poste a carico della soccombente parte attrice ed a favore della vittoriosa parte convenuta, tenendo a mente un valore prossimo a quelli medi per ciascuna delle quattro fasi di studio, di introduzione, istruttoria e decisoria, nell'ambito dello scaglione entro il quale è racchiuso il decisum di causa.

P.Q.M.

[17] il Tribunale di Reggio Emilia in composizione monocratica

[18] definitivamente pronunciando, nel contraddittorio tra le parti, ogni diversa istanza disattesa

- rigetta la domanda;

- condanna Teleprojects s.r.l. a rifondere a Autostrade per l'Italia S.p.A. le spese di lite del presente giudizio, che liquida in € 4.000 per compensi, oltre IVA, CPA e rimborso spese forfettario.

Reggio Emilia, 23/10/2014

Il Giudice

dott. Gianluigi MORLINI

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA, sentenza 23 ottobre 2014, n. 9069; Giud. MORLINI; soc. Teleprojects SRL (Avv.ti COLOTTO, MARINGOLO) c. soc. Autostrade per l'Italia SPA (Avv. CORRADINI).

Responsabilità civile - Caso fortuito - Circolazione stradale - Custodia - Strade - Non sussiste (Cod. civ., art. 2051; Cod. civ., art. 2043)

In caso di sinistro stradale concernente un difetto di custodia delle strade e quindi rientrante nella categoria del "danno cagionato da cosa in custodia" ex art. 2051 c.c., il custode non risponde del danno se la verifica della situazione di pericolo è stata di tale imprevedibilità e celerità da non permettere un diligente, nonché doveroso e repentino, intervento. La situazione di pericolo creatasi estemporaneamente -e quindi non eliminabile nell'immediatezza, ma solo successivamente- integra il caso fortuito qualora il danno si sia verificato nel lasso di tempo necessario ad intervenire. (1)

(1) In giurisprudenza constano sia precedenti in termini, sia contrari. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, la S.C. rileva come, in tema di responsabilità custodiale per sinistri addebitati ad un difetto di custodia delle strade, la verifica di una situazione pericolosa non prevedibile integri gli estremi del fortuito qualora il danno si sia verificato nell'intervallo temporale in cui la situazione si è esteriorizzata, prima che la doverosa e diligente attività di sorveglianza e controllo l'abbia rimossa o segnalata nel tempo strettamente necessario a provvedere. In tempi recenti è stato ribadito come la prova (liberatoria) di un danno determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione, faccia venire meno la responsabilità del custode, Cass. 12 marzo 2013, n. 6101, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Esibizione delle prove*, n. 2. Tale conclusione si deve ad un'ulteriore decisione, assolutamente in termini la quale ha statuito il caso della macchia d'olio come emblematico del caso fortuito in quanto esplica la sua potenzialità offensiva prima che sia ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore dell'ente custode, Cass. 29 maggio 2012, n. 10643. La consacrazione di tale orientamento giurisprudenziale trova fondamento anche in sentenze più risalenti come in Cass. 13 gennaio 2003, n. 298, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Strade*, n.45 (Responsabilità del gestore del servizio autostradale per i danni derivati agli utenti del medesimo) e in altre non risalenti come Cass. 6 giugno 2008 n. 15042, in *Foro it.*, 2008, I, 2823, voce *Responsabilità civile* (L'onere di fornire la prova delle circostanze che escludono la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 cod. civ. è a carico dell'amministrazione interessata, gravando sul danneggiato solo l'onere di dimostrare il nesso causale fra la situazione del bene ed il verificarsi del danno); Cass. 3 aprile 2009, n. 8157, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 497. Giova ricordare, però, che solo con la recente giurisprudenza della S.C. (Cass. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, 3461, voce *Responsabilità civile* e Cass. 20 novembre 2009, n. 24529, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 456) si è superato il precedente indirizzo secondo il quale l'art. 2051 c.c. è applicabile nei confronti della P.A., per le categorie di beni demaniali quali le strade pubbliche, solamente quando, per

le ridotte dimensioni, ne è possibile un efficace controllo ed una costante vigilanza da parte della P.A., tale da impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti, Cass. 13 luglio 2005, n. 14749, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 491; Cass. 26 settembre 2006, n. 20827, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 460; Cass. 12 luglio 2006, n. 15779, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 481; Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 444, *in extenso* in *Corriere giur.*, 2007, 1285, con nota di Morozzo Della Rocca, a cui si deve la modalità d'identificazione del potere di custodia attraverso l'accertamento della sussistenza di tre elementi: "il potere di controllare la cosa, il potere di modificare la situazione di pericolo creatasi, nonché quello di escludere qualsiasi terzo dall'ingerenza sulla cosa nel momento in cui si è prodotto il danno". Cass. 10 marzo 2010, n. 12695 (per la configurabilità della responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c. non rileva la condotta del custode -vedi a riguardo Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 423, *in extenso* in *Danno e resp.*, 2008, 1112, con nota di Benedetti- poiché essa è oggettiva ed è invocabile, nei confronti della P.A., anche se la concreta disponibilità del bene è di rilevanti dimensioni. Per il superamento di tale responsabilità, provato dal danneggiato che il danno è stato cagionato dal bene in custodia, la P.A. deve provare che esso è stato causato dal caso fortuito). Cass. 19 maggio 2011, n. 11016, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 432 (ai fini della prova liberatoria è necessario distinguere tra le situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze dell'autostrada da quelle provocate dagli utenti o da una repentina ed imprevedibile alterazione dello stato della cosa in quanto, solo nella ricorrenza di queste ultime potrà configurarsi il caso fortuito); Cass. 19 gennaio 2015, n. 6245. Cass. 15 gennaio 2013, n. 783, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Responsabilità civile*, n. 403. Cass. 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità civile*, n. 469; Cass. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 463; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 476, *in extenso* in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 737, con nota di Nuzzo. Precedenti contrari: Cass. 20 novembre 2002, n. 16356; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16179, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 299, *in extenso* in *Danno e resp.*, 2002, 621, con nota di Laghezza; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1505. Nella giurisprudenza di merito giova segnalare l'orientamento per cui l'ente proprietario di strada aperta al pubblico transito si presume responsabile dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada medesima, salvo il fortuito. La responsabilità di custodia decade solo in presenza di cause estemporanee ed estrinseche al bene demaniale, Trib. Palmi, 7 gennaio 2014, Giud. Sapone; App. Reggio Calabria, 17 aprile 2012, Pres. Gambadoro, Est. Iannello (presenza di sostanze oleose sull'asfalto, vedi Cass. 29 maggio 2012, n. 10643); Trib. Piacenza, 2 dicembre 2008, Giud. Morlini; Trib. Catania, 30 maggio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 504; Trib. Verona, 26 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 692. G. pace Marsala, 20 novembre 2009, in *Foro it.* Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 471, *in extenso* in *Giudice di pace*, 2010, 313, con nota di Ponti; G. pace Palermo, 1 aprile 2008, Giud. Vitale. Più risalenti: Trib. Termini Imerese, sez. dist. di Cefalù, 10 maggio 2001, in *Arch. giur. circolaz. e sinistri*, 2001, 836; Pret. Monza, 17 gennaio 1997, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Strade*, n.58, *in extenso* in *Foro it.*, 1998, I, 290, con nota di Palumbo; Trib. Taranto, 11 giugno 1993, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Circolazione stradale*, n. 179; Trib. Udine 18 maggio 1992, in *Foro it.*, Rep., 1992, voce *Strade*, n. 19; G. di Pace S. Valentino in A. C. 18 dicembre 1998, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Responsabilità civile*, n. 231; App. Perugia, 31 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, voce *Strade*, n. 26; Pret. Bari, 13 maggio 1992, in *Foro it.*,

1993, I, 2731; Pret. Ancona, 23 dicembre 1991, in *Foro it.*, Rep., 1992, n. 20. In giurisprudenza constano sia precedenti in termini, sia contrari. Cass. 30 luglio 2002, n. 11250, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Responsabilità civile*, n. 321, in *estenso* in *Riv. giur. polizia*, 2003, 360; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16179, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 299, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2002, 621, con nota di Laghezza; Cass. 12 giugno 2001, n. 7938, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 291, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2002, 625, con nota di Laghezza; Cass. 14 gennaio 2000, n. 366, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 334, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2000, 991, con nota di Laghezza. Nella giurisprudenza di merito si annoverano: Trib. Milano, 8 gennaio 2014, Giud. Spera; Trib. Brindisi, 24 marzo 2010, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 411, in *estenso* in *Corti pugliesi*, 2010, 311; App. Reggio Calabria, 17 aprile 2012, Pres. Gambadoro, Est. Iannello; Trib. Sulmona, 23 maggio 2008, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 313; Trib. Nola, 15 gennaio 2008, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 423, in *estenso* in *Riv. giur. circolaz. e trasp.- Antologia*, 2008, 461; Trib. Pescara, 9 marzo 2008, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Omicidio e lesione*, n. 47; G. pace Ascoli Piceno, 12 ottobre 2006, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Procedimento civile*, n. 121, in *estenso* in *Dir. e lav. Marche*, 2008, 102; Trib. Piacenza, 9 ottobre 2008, Giud. Morlini; G. pace Palermo, 7 marzo 2008, Giud. Vitale; Trib. Brindisi, 3 novembre 2005, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 455, in *estenso* in *Corti pugliesi*, 2007, 375, con nota di Quarta; Trib. Vallo della Lucania, 6 luglio 2007, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 458, in *estenso* in *Resp. e risarcimento*, 2007, fasc. 8, 64, con nota di Corea; Trib. Roma, 6 marzo 2007, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 465, in *estenso* in *Giur. it.*, 2007, 2486, con nota di Sprovieri. Più risalenti: Trib. Rovereto, 16 aprile 2002, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Competenza civile*, n. 55, in *estenso* in *Resp. civ.*, 2002, 1455, con nota di Muronì; App. Ancona, 14 gennaio 2002, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 293, in *estenso* in *Guida al dir.*, 2002, fasc. 13, 33, con nota di Martini; Trib. Pescara, 9 ottobre 2001, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Strade*, n. 29; Trib. Firenze, 21 marzo 2000, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Strade*, n. 41, in *estenso* in *Arch. circolaz.*, 2001, 202; App. Milano, 26 settembre 1995, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Strade*, n. 44, in *estenso* in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1997, 1006, con nota di Chindemi; Trib. La Spezia, 4 gennaio 1993, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Strade*, n. 24; Trib. Arezzo, 24 luglio 1991, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Strade*, n. 22; Trib. Bergamo, 29 settembre 1994, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Strade*, n. 21, in *estenso* in *Arch. circolaz.*, 1985, 912.

In dottrina, sullo specifico punto della responsabilità del gestore autostradale, con riferimento all'art. 2051 c.c., si veda: Laghezza, *Responsabilità della pubblica amministrazione per omessa manutenzione delle strade: la prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Dottrina d'Italia*, 2002, 1201; Laghezza, *Evitando le buche più dure: la P.A. risponde per insidia e trabocchetto*, id., 1996, 775; De Vogli, *La responsabilità civile per la costruzione e la manutenzione delle strade: il privilegio della P.A.*, in *Dottrina d'Italia*, 1998, 1095; Donadoni, *La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra onere di custodia e cd. "insidia e trabocchetto"*, in *Contratto e Impresa* 2008, 145; Montaruli, *La responsabilità della P.A. per insidia e trabocchetto tra art. 2043 c.c. e art. 2051 c.c.*, in *Dottrina d'Italia*, 2006, 244; Gioia, *Insidia e trabocchetto: una figura sintomatica della responsabilità civile*, nota a Cass. 25 giugno 1997, n. 5670, in *Dottrina d'Italia*, 1997, 704. Più in generale: Gioia, *Insidia e trabocchetto: una figura sintomatica della responsabilità civile*, nota a Cass. 25 giugno 1997, n. 5670, in *Dottrina d'Italia*, 1997, 704; Donadoni, *La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra onere di custodia e cd. "insidia e*

trabocchetto", in *Contratto e Impresa* 2008, 145; Montaruli, *La responsabilità della P.A. per insidia e trabocchetto tra art. 2043 c.c. e art. 2051 c.c.*, in *Dottrina d'Italia*, 2006, 244; Laghezza, *Evitando le buche più dure: la P.A. risponde per insidia e trabocchetto*, id., 1996, 775; Leonardi, *La responsabilità per il danno da cose in custodia: orientamenti vecchi e nuovi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2504; Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, vol. 3, 842; Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967; Ziviz, *Il danno cagionato dalle cose in custodia*, in *NGCC*, 1989, II; Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 1998; Valsecchi, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, in *RDCo*, 1947, I; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996; Laghezza, *Caviglia del tennista e responsabilità (per buca nel campo) della società sportiva*, nota a Cass. 28 ottobre 1995, n. 1126, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 91; De Martini, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, 230 ss.; Franzoni, *Dei datti illeciti*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1993, 578; Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 100.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza trattata rappresenta il punto d'arrivo (attuale, ma forse non definitivo) di un iter giurisprudenziale durato moltissimi anni, in cui si assiste al susseguirsi di numerose sentenze, l'una di segno opposto all'altra.

Tale percorso ruota attorno alla querelle sull'individuazione della normativa di riferimento in tema di RC della P.A. (e, in particolare, dell'ente che gestisce le strade) per i danni subiti dagli utenti delle strade: applicare l'art. 2043 c.c., rifacendosi, dunque, al concetto di matrice giurisprudenziale dell'"insidia o trabocchetto" ovvero scegliere l'art. 2051 c.c., propendendo, invece, per una responsabilità di natura oggettiva. Appare evidente come tale oscillazione potesse creare non poche differenze, in primis, sul piano dell'onere probatorio. Ma procediamo con ordine...

2. Insidia e trabocchetto: il privilegio della P.A.

Per molti anni, nel campo dei sinistri stradali, la P.A. ha goduto di un vantaggio sul piano probatorio di non poco conto, vedendosi applicare, in molti casi, l'art. 2043 c.c. in luogo del 2051 c.c. Tale scelta si connota di un non irrilevante dettaglio: a differenza del caso in cui il soggetto passivo della pretesa risarcitoria sia un privato, la responsabilità della P.A. si configura ex art. 2043 c.c. soltanto qualora il danneggiato dimostri la sussistenza del c.d. caso dell'"insidia o del trabocchetto". Quest'ultimo consiste nella dimostrazione, da parte del danneggiato, di un *pericolo occulto* responsabile dell'evento dannoso e caratterizzato da due requisiti: uno oggettivo, della "non visibilità del pericolo" ed uno soggettivo, dell' "imprevedibilità dello stesso"¹. Tale privilegio si giustifica per l'impossibilità della P.A. di garantire un continuo ed efficace controllo sui beni demaniali o patrimoniali che presentino due peculiari caratteristiche: notevole estensione e assoggettamento all'uso generale e diretto della collettività. Appare

¹ Cass. 14 gennaio 2000, n. 366, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 334, in *estenso* in *Danno e rep.*, 2000, 991, con nota di Laghezza; Cass. 12 giugno 2001, n. 7938, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 291, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2002, 625, con nota di Laghezza; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16179, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 299, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2002, 621, con nota di Laghezza; Cass. 30 luglio 2002, n. 11250, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Responsabilità civile*, n. 321, in *estenso* in *Riv. giur. polizia*, 2003, 360.

evidente come, tra i beni in cui coesistono congiuntamente le due predette caratteristiche, si possano annoverare le strade pubbliche. Alla luce di quanto esposto, i requisiti dell'insidia e del trabocchetto si possono considerare alla stregua di veri e propri "presupposti del risarcimento"² e, quanto seguita, è ciò che ne consegue a livello probatorio. Il danneggiato costretto ad agire ex art. 2043 c.c. deve sopportare un onere probatorio molto gravoso, dovuto alle predette figure di matrice giurisprudenziale che, invero, non sono previste dalla regola generale dell'art. 2043 c.c. Egli deve dimostrare il verificarsi del fatto storico (l'evento e il danno subito), il nesso di causalità tra l'evento ed il danno e la c.d. "insidia o trabocchetto"³; e, come detto, non ogni situazione di pericolo stradale integra l'insidia ma solo quella che concretizza un pericolo occulto⁴. La situazione di pericolo va accertata in concreto e non in astratto, tenendo quindi conto delle circostanze di tempo e di luogo nelle quali si verifica il sinistro⁵: un pericolo, infatti, può non essere occulto in determinate circostanze ma diventarlo in presenza di diverse condizioni ambientali o meteorologiche (ad es. di notte o con la nebbia) assumendo rilevanza, in questi casi, anche la condotta del danneggiato, attesa la possibilità che questi, per colpa, si sia posto in una non corretta relazione con la situazione di pericolo presentatasi sulla strada, creando egli stesso le condizioni per non avvedersene o non poterla, in seguito, evitare (su quest'ultimo punto si rimanda al paragrafo riguardante l'art. 1227 c.c.). L'accertamento della sussistenza dei requisiti dell'insidia è un accertamento di fatto, soggetto alla valutazione discrezionale del giudice di merito secondo il proprio prudente apprezzamento, dunque insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato⁶.

3. Rapporto di custodia

Un nuovo orientamento giurisprudenziale che segna la svolta in tale materia si deve all'avvento di un'importante sentenza della Corte Costituzionale e di due sentenze della Cassazione. In primis la Corte Costituzionale afferma -seppur ancora nella permanenza del concetto dell'insidia e del trabocchetto in relazione all'art. 2043 c.c. giustificata, a detta della consulta, dallo scopo di meglio distribuire tra le parti l'onere probatorio, secondo un criterio di semplificazione analitica della fattispecie- come il rapporto di custodia ex art. 2051 c.c. possa prevedersi anche in ipotesi di danni derivanti da beni demaniali per la cui estensione in passato non si sarebbe potuta avere l'applicazione della norma in esame⁷. Il definitivo abbandono della nozione di insidia e di trabocchetto si deve principalmente alla Corte di Cassazione che, con due sentenze del 2006, l'ha espunta dal novero degli elementi costitutivi della responsabilità della P.A.: i giudici, per l'appunto, confermano l'applicazione dell'art. 2051 c.c. nell'ipotesi di responsabilità della P.A. derivante da beni demaniali sottolineando come non sia necessario alcun ulteriore elemento alla configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c. se non la

² Sul punto, P. Laghezza, *Insidia e trabocchetto: un addio senza rimpianti*, in *Dottrina d'Italia*, 2006, 1232; M. Bona, *Buche sulle strade urbane: spunti per un nuovo modello di responsabilità dei comuni*, in *Resp. civ.*, 2005, 390. Per un quadro generale della dottrina sul punto, P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, III, Torino, 1998, 842; M. Comporti, *Presunzioni di responsabilità e danni da manutenzione stradale*, in *Riv. circ. e traspr.*, 1998, 555.

³ Vedi *supra* punto "1"; ovverosia la sussistenza di un pericolo occulto caratterizzato (come già detto precedentemente ma che giova qui ricordare) dalla congiunta presenza del requisito oggettivo della non visibilità e quello soggettivo della non prevedibilità.

⁴ Cass. 16 ottobre 1998, n. 10247, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Procedimento civile*, n. 139.

⁵ Cass. 24 maggio 1997, n. 4632, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Strade*, n. 38.

⁶ Cass. 16 ottobre 1998, n. 10247, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Procedimento civile*, n. 139; Cass. 17 marzo 1998, n. 2850, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Strade*, n. 42.

⁷ Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 156, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Responsabilità civile*, n. 217, in *extensor* in *Danno e resp.*, 1999, 871, con nota di Laghezza.

custodia (intesa come effettivo potere di disponibilità e controllo sulla res) e la derivazione del danno dalla cosa. Si esclude dunque, in definitiva, il richiamo alla notevole estensione del bene e all'uso generale e diretto della cosa da parte di terzi. Mutatis mutandis queste ultime due caratteristiche possono pur sempre rimanere cause di esclusione della responsabilità dell'ente pubblico che gestisce la strada: la S. C., di fatto, anziché delimitare come in passato l'applicabilità dell'art 2051 c.c., vuole semplicemente ampliare l'applicazione della nozione di "caso fortuito"; in luogo, dunque, del vecchio accertamento dell'insidia e del trabocchetto ex art. 2043 c.c.⁸. La Corte ha individuato nello specifico tre elementi che fanno sussistere il rapporto di custodia: il potere di controllare la cosa, il potere di modificare la situazione di pericolo creatasi ed il potere di escludere qualsiasi terzo dall'ingerenza sulla cosa nel momento in cui si è prodotto il danno⁹. Giova però sottolineare un ulteriore elemento: in ordine all'accertamento del potere di custodia sulla cosa, il giudice deve valutare nello specifico le peculiari caratteristiche del bene demaniale, avendo cura di considerare altresì le modalità di accadimento dell'evento. Dall'orientamento attuale il rapporto di custodia ex art. 2051 c.c. in capo alla P.A. risulta ora preminente e prevalente in determinate ipotesi riunite ed ordinate da autorevole dottrina¹⁰, così come segue:

- a) quando il bene è classificabile come "autostrada" ai sensi dell'art. 2, lett. A, C.d.S. (come nel caso della sentenza in rassegna)¹¹;
- b) quando il bene è interno ad un centro abitato, o per la sua porzione interna ad un centro abitato;
- c) quando il bene è di limitata estensione;
- d) quando il bene non è soggetto ad uso generalizzato, o per la sua porzione non soggetta ad uso generalizzato;
- e) quando il bene è sottoposto ad intervento edile da parte della P.A. (anche qualora la stessa abbia appaltato i lavori a terzi), o per la sua porzione soggetta a detto intervento;
- f) in tutti i casi in cui la P.A. non dimostri che era stato impossibile, nel concreto, l'esercizio di un controllo idoneo sul bene.

Nei casi sopra esposti si presume che la P.A. possa esercitare un concreto, continuo ed efficace controllo sul bene, che esclude perciò un trattamento differente e privilegiato nei suoi confronti rispetto ai privati. L'art. 2051 c.c., dunque, non è applicabile nel caso di danni cagionati da una strada pubblica *solo quando sia oggettivamente impossibile*,

⁸ Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 476, in estenso in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 737, con nota di Nuzzo. La sentenza presenta (probabilmente per superare e compensare in qualche modo la scomparsa delle nozioni di insidia e trabocchetto) una rilettura della prova liberatoria individuandola nella dimostrazione dell'assenza di colpa in capo al custode (c.d. fortuito soggettivo), dunque per escluderla si dovrà dimostrare che il danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile dall'adeguata diligenza del custode, determinata in relazione alle circostanze concrete del caso. In questo modo il danneggiato sarà dunque costretto a dimostrare anche il nesso causale tra l'evento dannoso e la negligenza (sia pure presunta) del custode.

⁹ Cass. 6 luglio 2006, n. 15384, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 456, in estenso in *Danno e resp.*, 2006, 1220, con nota di Laghezza, in estenso in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2007, 900, con nota di De Strobel. Con questa sentenza si ritorna ad una ricostruzione dell'art. 2051 c.c. in termini di responsabilità oggettiva. I giudici declinano la prova liberatoria a carico del custode in termini di c.d. fortuito oggettivo ovverossia nella dimostrazione da parte del custode di un evento (comprensivo del fatto del terzo o dello stesso danneggiato) capace di interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso; indipendentemente, dunque, dalla diligenza o meno del custode.

¹⁰ P. Donadoni, *La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra oneri di custodia e c.d. "insidia o trabocchetto"*, in *Dottrina d'Italia*, voce *Strade - Responsabilità civile*, in estenso in *Contratto e impr.*, 2008, 1, 145.

¹¹ Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 444, in estenso in *La responsabilità civile*, 2007, 310, con nota di Toschi Vespasiani, in estenso in *Corriere giur.*, 2007, 1285, con nota di Morozzo della Rocca.

da parte dell'ente pubblico che ne è proprietario, l'esercizio di un continuo ed efficace controllo idoneo ad impedire situazioni di pericolo per gli utenti¹². A tal proposito urge però ricordare: l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. non è automaticamente esclusa (nei confronti della P.A. o del gestore) allorché il bene demaniale o patrimoniale da cui si sia originato l'evento dannoso risulti adibito all'uso diretto della collettività e si presenti di notevole estensione poiché, queste due caratteristiche del bene, rilevano soltanto nell'ottica dell'integrazione del caso fortuito¹³: infatti, in ragione dell'incidenza che possono avere avuto sull'espletamento della vigilanza del bene in custodia e in relazione alle peculiarità dell'evento, si valuterà, nel caso concreto, quale fosse l'onere che la P.A. (o il gestore) avrebbe dovuto assolvere per sottrarsi alla responsabilità¹⁴, una volta dimostrata l'esistenza del nesso causale¹⁵. Ove però si accerti l'impossibilità di custodia del bene demaniale e dunque, non sia applicabile la disciplina di cui all'art. 2051 c.c., la P.A. può comunque rispondere per i propri comportamenti colposi, secondo la regola generale dettata dall'art. 2043 c.c. e senza alcuna limitazione alle sole ipotesi di insidia o trabocchetto.

4. Prova liberatoria: il caso fortuito. Considerazioni di AED

Arrivati a questo punto, se s'inquadra la responsabilità dell'ente gestore delle strade nel solco dell'art. 2051 c.c., ci si può soffermare ad analizzare la prova liberatoria che deve fornire il custode per andare esente da responsabilità; come recita la lettera dell'art. 2051 c.c., essa consiste nella prova del "caso fortuito". La giurisprudenza ritiene integrato il caso fortuito nei due seguenti casi: quando sussista un fattore di pericolo imprevedibile ed inevitabile, creato occasionalmente da terzi, e la P.A. dimostri di non averlo potuto *tempestivamente eliminare* neppure in base ad una efficiente e diligente organizzazione dell'attività di sorveglianza e manutenzione¹⁶ ovvero quando i danni siano riconducibili agli stessi utenti o ad una repentina non specificatamente prevedibile alterazione dello stato della cosa¹⁷. In altre parole, al custode pubblico si possono addossare solo rischi di cui lo stesso è tenuto a rispondere, tenendo in considerazione i doveri di sorveglianza e manutenzione *razionalmente esigibili* per una corretta e diligente gestione della cosa. Se si pensa infatti al caso di specie si noterà come il giudice valuti la situazione di pericolo in questo modo: un'alterazione dello stato dei luoghi repentina, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti, neppure con l'uso dell'ordinaria diligenza (che, per l'appunto, si è avuta ma non è bastata, dal momento che sono intercorsi solo venti minuti tra l'esteriorizzarsi della situazione di pericolo e l'evento lesivo).

Rimane tuttora aperta la discussione sulla natura della responsabilità del custode: chi la intende oggettiva (c.d. "presunzione di responsabilità"), chi invece la considera una "presunzione di colpa" a carico del custode. I primi ritengono che il danno non sia riferibile alla condotta commissiva od omissiva del custode: questi ne risponde solo perché si trova in una data relazione con la cosa che ha cagionato il danno, riversando così sullo stesso il rischio connesso all'uso della cosa. Dunque, affinché sussista la

¹² Cass. 23 luglio 2003, n. 11446, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Strade*, n. 47, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2004, 1085, con nota di Laghezza.

¹³ Si tenga presente l'esempio delle autostrade.

¹⁴ Cass. 1 ottobre 2004, n. 19653, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 457.

¹⁵ Il giudice deve valutare innanzitutto che vi sia relazione eziologica tra l'omessa custodia e l'evento lesivo che ne è scaturito: se infatti manca tale nesso si configura il caso fortuito.

¹⁶ Cass. 16 maggio 2008, n. 12449, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 438, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2008, 1241, con nota di Laghezza.

¹⁷ Cass. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 440, in *estenso* in *Giur. it.*, 2009, 1229, con nota di Gentile.

responsabilità, è sufficiente il nesso causale tra la cosa in custodia ed il danno arrecato; non rilevando invece, la prova di una diligente vigilanza da parte del custode (se non nei termini sopra definiti) essendo idoneo a liberare il custode solo il caso fortuito. I secondi (chi sostiene la tesi della presunzione di colpa a carico del custode) ritengono rilevante la condotta commissiva od omissiva del custode in ordine al sorgere della sua responsabilità: se infatti egli riuscisse a dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire ed impedire la situazione di pericolo occulto ed i conseguenti danni per l'utente, farebbe venire meno la colpa e dunque la sua responsabilità¹⁸. A livello pratico, queste due correnti di pensiero rilevano specialmente in riferimento alla prova liberatoria richiesta al custode: nel caso della responsabilità oggettiva, da una parte, al *danneggiato* basterà dimostrare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo mentre, dall'altra, al *danneggiante* servirà provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo dunque ad interrompere quel nesso causale¹⁹; nel caso della colpa presunta, invece, il custode dovrà dimostrare la sua mancanza di colpa adducendo come prova l'essersi attenuto a determinati standard di diligenza e il non aver quindi violato nessuna norma di condotta: il fortuito può considerarsi integrato solo nell'ipotesi in cui evitare il danno avrebbe richiesto l'impiego di mezzi straordinari²⁰. Pur trovandomi più vicino all'interpretazione della responsabilità di natura oggettiva, mi sembra che, in termini pratici (quindi non probatori), le differenze siano caduche: il caso fortuito da dimostrare infatti avrà la stessa rilevanza sia che si segua una teoria piuttosto che un'altra, perché alla fine esso rappresenta nello stesso tempo un fattore estraneo alla sfera soggettiva del custode e (un fattore) per il quale, al fine di evitarlo, si sarebbe dovuta porre in essere una condotta straordinariamente diligente, dunque inesigibile. Ciò che cambia è semplicemente la prospettiva dal quale si decida di valutarlo. Richiamando l'esempio della sentenza in rassegna ciò appare ancora più chiaro: la presenza del blocco container sulla strada rappresenta sia una situazione imprevedibile ed inevitabile estranea al custode, sia una situazione di pericolo ineliminabile a priori, neppure con l'uso della più corretta diligenza possibile. Al di là di ciò che si possa dire a riguardo però, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie rimangono decise nel sostenere che, alla luce della lettera del codice, non essendoci alcun riferimento esplicito ad obblighi di vigilanza posti a carico del custode, la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. abbia natura di responsabilità oggettiva in cui l'elemento della colpa non assume alcun rilievo ai fini dell'esclusione ovvero dell'applicazione della relativa disciplina.

Se si osserva la questione dalla prospettiva della AED appare evidente come optare per la responsabilità oggettiva serva da incentivo per la P.A. ad adottare misure precauzionali ottimali; essa sarà indotta a servirsi di strumenti precauzionali sempre più efficienti investendo nella ricerca tecnologica e trovando dunque nuovi rimedi. I vantaggi sono considerevoli: il più evidente è ovviamente quello per gli utenti che godranno di una maggiore sicurezza sulle strade. Da un punto di vista prettamente economico, invece, la P.A., diminuendo la probabilità del verificarsi di incidenti, eviterà le conseguenti spese processuali e gli eventuali risarcimenti, permetterà alle casse statali di evitare ingenti costi e dunque, in ultima analisi, di non andare a toccare le tasche dei

¹⁸ Cass. 14 marzo 2006, n. 5445, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Appello civile*, n. 93.

¹⁹ Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 444, in *estenso* in *La responsabilità civile*, 2007, 310, con nota di Toschi Vespasiani, in *estenso* in *Corriere giur.*, 2007, 1285, con nota di Morozzo della Rocca.

²⁰ Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 476, in *estenso* in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 737, con nota di Nuzzo; Cass. 6 luglio 2006, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 456, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2006, 1220, con nota di Laghezza, in *estenso* in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2007, 900, con nota di De Strobel.

contribuenti. Il bilanciamento tra benefici e costi sociali complessivi (cost-benefit analysis) risulta quindi soddisfatto in quanto la P.A. si trova nella posizione di poter controllare il rischio ed investire in precauzioni atte ad evitarlo nel modo più conveniente: a mio avviso è infatti errato eccepire che saranno i contribuenti a dover sostenere il peso di tale scelta interpretativa del 2051 c.c. Adottare più precauzioni non significa soltanto sostenere i costi per attuarle ma, come detto, vuol dire anche avere potenzialmente meno incidenti e dunque meno costi. E ciò va a vantaggio sia della P.A. sia dei contribuenti.

5. Concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227 c.c. e ricostruzione causale dell'evento

Finora il discorso si è focalizzato in particolare sull'angolo di visuale del danneggiante: facendo un breve excursus giurisprudenziale, si sono analizzati infatti gli elementi che connotano la sua responsabilità e si sono valutate, in secondo luogo, le sfumature in merito al tipo di prova che egli deve fornire per liberarsi da tale responsabilità. Ora, cambiando prospettiva, l'analisi si concentrerà sulla condotta del danneggiato rilevante sotto il profilo della ricostruzione causale dell'evento e sancita nel nostro ordinamento dall'art. 1227 c.c. Giova premettere come sia stata la S.C. a riconoscere espressamente la possibilità di applicare l'art. 1227 c.c. in tema di responsabilità della P.A. per insidia stradale²¹: essa ha messo così in luce -tanto in caso di responsabilità oggettiva ex art. 2051 c.c., quanto in ipotesi di responsabilità ex art. 2043 c.c.- il comportamento colposo del soggetto danneggiato nell'uso di beni demaniali che, solo se idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra le cause precedenti e l'evento, escluderebbe in toto la responsabilità della P.A. mentre, nell'ipotesi in cui concorresse soltanto alla realizzazione dell'evento lesivo, integrerebbe la fattispecie astratta dettata dall'art. 1227 co. 1 c.c., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante in proporzione all'incidenza eziologica del predetto comportamento. Quanto appena osservato concerne il primo comma dell'art. 1227 c.c., ovverosia il concorso colposo del danneggiato nella produzione dell'evento, quindi la sua cooperazione attiva, e riguarda perciò la c.d. "causalità di fatto". Il secondo comma, invece, prevede l'ipotesi in cui il danno sia eziologicamente imputabile al danneggiante, ma le sue conseguenze avrebbero potuto essere attenuate, o addirittura evitate, da una condotta diligente del danneggiato secondo correttezza, dunque in questo caso riguarda la c.d. "causalità giuridica". L'art. 1227 c.c., pertanto, mette in luce sia l'an (giudizio di responsabilità) sia il quantum (estensione dell'ambito del pregiudizio risarcibile) del danno²².

Ciò che però interessa ai fini espositivi è il primo comma dell'art. 1227 c.c. ed il suo modo di regolare il concorso di colpa del danneggiato nella produzione dell'evento, operando così una riduzione proporzionale del risarcimento "secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate". Per quanto concerne la compatibilità con l'art. 2051 c.c., la S.C. afferma che il presunto responsabile può, in presenza di condotta che valga ad integrare la fattispecie ex art. 1227, co. 1° c.c., dedurre e provare il concorso di colpa del danneggiato, senz'altro configurabile anche nei casi di responsabilità oggettiva del custode ex art. 2051 c.c.²³: in astratto, infatti, non

²¹ Cass. 3 dicembre 2002, n. 17152, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Strade*, n. 38.

²² P. Donadoni, *La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra oneri di custodia e c.d. "insidia o trabocchetto"*, in *Dottrina d'Italia*, voce *Danni in materia civile e penale - Responsabilità civile*, in *estenso* in *Contratto e impr.*, 2008, 4-5, 982

²³ Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 476, in *estenso* in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 737, con nota di Nuzzo; Cass. 6 luglio 2006, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 456, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2006, 1220, con nota di Laghezza, in *estenso* in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2007, 900, con nota di De Strobel.

si deve escludere il concorso di responsabilità oggettiva (del custode) e soggettiva/colpevole (del danneggiato) poiché la responsabilità può essere imputata anche secondo criteri non omogenei; ciò che rileva, dunque, è il nesso causale rispetto alla verifica del danno. E' necessario allora specificare quanto affermato da autorevole dottrina in tale ipotesi: il criterio d'imputazione retto dalla colpa perde il significato proprio di elemento soggettivo dell'illecito per assumere, invece, quello di requisito materiale ed oggettivo dell'azione²⁴. E' la stessa Corte di Cassazione a fugare ogni dubbio in merito, chiarendo che la colpa, cui fa riferimento l'art. 1227 c.c., va intesa non nel senso di criterio d'imputazione del fatto (perché è pacifico che il soggetto che danneggia se stesso non compia un atto illecito di cui all'art. 2043 c.c.), bensì come requisito legale della *rilevanza causale* del fatto del danneggiato²⁵. Ed è alla luce di tali considerazioni che il danneggiato sopporterà il pregiudizio da esso stesso cagionato, in misura proporzionale alla sua responsabilità. Volendo entrare più nello specifico analizzando il caso concreto, il dovere del custode di segnalare il pericolo connesso all'uso della cosa si arresta di fronte ad un'ipotesi di utilizzazione impropria del bene caratterizzata dall'imprudenza anomala ed imprevedibile del danneggiato: in questo caso difetta a monte il presupposto per l'operatività della presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. in quanto la cosa non ha costituito la "causa" del danno ma la mera occasione²⁶. La cosa deve provocare il danno perché è già di per sé in grado di produrlo oppure perché, per effetto della combinazione con altri elementi, lo diventa; se, invece, il danno è causato dall'azione dell'uomo (per quanto la cosa funga da strumento/mezzo) il disposto dell'art. 2051 c.c. non sarà più applicabile. Poniamo il caso di Tizio che, oltre a violare ampiamente i limiti di velocità stabiliti dal C.d.S. su cui sta viaggiando, stia anche telefonando senza auricolare: egli non potrà lamentarsi della presenza di una piccola buca sul manto stradale; causa, a suo dire, del rovinoso incidente.

Per completezza espositiva, risulta utile analizzare anche il caso noto (e sempre oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale) dell'insidia e del trabocchetto ex art. 2043 e quindi della sua compatibilità con l'art. 1227 c.c. Se in passato la presenza di un'accertata responsabilità del danneggiato faceva venire meno automaticamente la responsabilità della P.A., l'orientamento più recente ha, invece, cambiato rotta. La condotta dell'utente si riflette sul piano dell'entità del risarcimento poiché l'ordinamento non permette di stabilire, in astratto, un'interruzione del nesso causale per il solo fatto che l'utente abbia tenuto, a sua volta, un comportamento irregolare: sarà soltanto il giudice di merito, infatti, a valutare in concreto se escludere o meno il rapporto di causalità²⁷; non sussiste dunque incompatibilità tra la responsabilità colposa della P.A. ex art. 2043 c.c. per insidia o trabocchetto ed il concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma 1°, c.c. Il danneggiato che abbia concorso con la sua condotta colposa alla realizzazione dell'evento non può vedersi riconoscere il risarcimento di quella parte di danno ascrivibile al suo comportamento: il quantum del risarcimento andrà, dunque, diminuito proporzionalmente all'incidenza della sua condotta sulla verifica del sinistro senza, perciò, escludere automaticamente la responsabilità della P.A. da un punto di vista della partecipazione causale all'evento e senza rigettare, di conseguenza, la domanda risarcitoria dell'attore.

²⁴ M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, p. 100.

²⁵ Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 444, in *estenso* in *La responsabilità civile*, 2007, 310, con nota di Toschi Vespasiani, in *estenso* in *Corriere giur.*, 2007, 1285, con nota di Morozzo della Rocca.

²⁶ Cass. 22 ottobre 2013, n. 23919 in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Responsabilità civile*, n. 415.

²⁷ Cass. 7 dicembre 2005, n. 26997, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 50.

Appare pacifico, quindi, come il comportamento colposo del danneggiato in tema di danni patiti dall'utente della strada abbia rilevanza sia che lo si guardi dalla visuale dell'art. 2051 c.c. sia che lo si osservi dalla prospettiva dell'art. 2043 c.c.: in entrambi i casi, infatti, si dovrà valutare in che termini eziologici la condotta del danneggiato abbia influito sulla causazione dell'evento; ed inoltre, come specifica la S.C., bisognerà analizzare la diligenza del comportamento dell'utente del bene demaniale in relazione all'affidamento che era ragionevole porre nell'utilizzo ordinario di quel determinato bene, con riguardo alle specifiche condizioni di luogo e di tempo²⁸.

6. Considerazioni conclusive

Condivido in pieno il principio che si è oramai consolidato in giurisprudenza secondo cui agli enti proprietari di strade aperte al pubblico transito debba considerarsi applicabile in linea generale l'art. 2051 c.c., in riferimento alle situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada. A mio avviso è infatti più corretto permettere al custode di liberarsi della propria responsabilità provando il caso fortuito (ossia dimostrando quanto detto in precedenza) anziché concedere al danneggiante il godimento di un privilegio ingiustificato. In primis, limitare in favore della P.A. l'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c. ai casi noti dell'insidia e del trabocchetto appare irragionevolmente discriminatorio rispetto alla posizione dei consociati; in secondo luogo inoltre, da un punto di vista probatorio, l'utente della strada risulta più tutelato se si applica l'art. 2051 c.c.: egli, infatti, dovrà solo provare l'esistenza del nesso tra la cosa e l'evento lesivo mentre sarà il custode a dover dimostrare che tale nesso non sussiste perché interrotto dal fortuito. Non condivido, invece, il timore di chi asserisce che la maggiore ampiezza ed elasticità, rispetto al passato, nell'applicazione del fortuito ex art. 2051 c.c. possa comportare conseguenze negative in capo al soggetto danneggiato. Essi ritengono nello specifico che la valutazione dell'ulteriore elemento della diligenza del custode (nelle sue attività di controllo, vigilanza e manutenzione) finisca per introdurre la presunzione di colpa del custode, così snaturando l'onere della prova in capo al danneggiato, tenuto a dimostrare anche il nesso di causalità tra l'evento dannoso e la negligenza del custode, regredendo, per giunta, fino ad ottenere gli stessi effetti della vecchia applicazione dell'art. 2043 c.c. A mio giudizio, però, tale pericolo non sussiste perché in realtà la valutazione della diligenza non viene fatta in riferimento all'attività di "diligente" controllo, vigilanza o manutenzione *precedente* al verificarsi della situazione di pericolo: quest'ultima infatti si è già esteriorizzata, ragion per cui l'omessa custodia del bene è già avvenuta; essa (la valutazione della diligenza), al contrario, viene fatta *successivamente*, ed è proprio quanto accade nel caso di specie: il giudice esclude la responsabilità della convenuta perché essa ha fatto il massimo esigibile per eliminare nel più breve tempo possibile la situazione di pericolo (il blocca container sulla strada) con un intervento repentino e, dunque, *diligente*. La diligenza "anteriore" alla situazione di pericolo, quale elemento soggettivo, non rileva dunque ai fini dell'applicazione o meno dell'art. 2051 c.c. poiché è lo stesso dettato normativo a non prevedere esplicite regole di condotta; la diligenza "posteriore" all'avvenimento pericoloso, invece, sarà quella rilevante ai fini della configurazione del caso fortuito.

²⁸ Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 444, in *estenso* in *La responsabilità civile*, 2007, 310, con nota di Toschi Vespasiani, in *estenso* in *Corriere giur.*, 2007, 1285, con nota di Morozzo della Rocca.

IL DANNO DA PARTITA DI CALCETTO: LA TENSIONE FRA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA E IMPUTAZIONE SOGGETTIVA E LA MOLTIPLICAZIONE DELLE VOCI DI DANNO

di Remo Andreolli

IL CASO

Un giocatore di calcetto che settimanalmente si recava con altri amici presso un campo sportivo per la consueta partita, al termine della quale dopo essersi lavato nel locale doccia mentre percorreva il corridoio che portava allo spogliatoio, scivolò a terra riportando un grave infortunio al polso destro.

La causa della caduta era da attribuirsi al pavimento reso scivoloso da una copiosa quantità di acqua saponata.

Il pavimento non era dotato di strumenti atti a prevenire la scivolosità del pavimento quali ad esempio tappeto gommato e strisce antisdrucciolo.

La condotta della parte attrice non è stata abnorme, imprevedibile, del tutto atipica rispetto al contegno ragionevolmente prevedibile in circostanze del tipo di quelle ricorrenti nella fattispecie in esame benché fosse a conoscenza delle anomalie in cui si trovava lo spogliatoio stante la sua frequenza settimanale alla struttura.

La parte attrice promuove le proprie pretese risarcitorie per l'infortunio accaduto nei confronti del gestore proprietario dell'impianto chiedendone la condanna, in solido con l'impresa di assicurazione, alla corresponsione di una somma inclusiva di danno biologico, danno morale e spese mediche.

Il Giudice ritiene innanzitutto carente di legittimazione passiva la Compagnia Assicurativa in quanto il rapporto assicurativo, l'obbligazione nascente dal contratto assicurativo, resta esclusivo tra le parti contraenti.

Difatti l'art. 1917c.c. comma 2 prevede la facoltà dell'assicuratore, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta e l'obbligo del medesimo assicuratore di provvedere al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede, non fa scaturire una obbligazione risarcitoria nei confronti del terzo danneggiato dall'assicurato.

Viene richiamata la Sentenza della Cassazione civile, sez. III, 5/12/2011, n. 9225 nella quale si afferma che “non va confusa l'azione diretta con il pagamento diretto, attendendo a due Istituti ontologicamente molto differenti” (...) Infatti nell'assicurazione per la responsabilità civile, l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore è ammessa soltanto nei casi previsti dalla legge, (ovvero nell'ipotesi di assicurazione obbligatoria per la circolazione di veicoli e natanti, disciplinata all'epoca dalla L. n. 990 del 1969 (ed attualmente dal D.lgs. 7 settembre 2005,) e nell'ipotesi disciplinata dalla L. n. 968 del 1977 in tema di esercizio della caccia), mentre in tutti gli altri casi l'assicuratore è obbligato solo nei confronti dell'assicurato a tenerlo indenne da quanto questi debba pagare ad un terzo cui ha provocato un danno, sicché al di fuori delle eccezioni sopra indicate, soltanto l'assicurato è legittimato ad agire nei confronti dell'assicuratore, e non anche il terzo, nei confronti del quale l'assicuratore non è tenuto per vincolo contrattuale né ex lege (Cass. 20/04/2007, n. 9516, Cass. 18/04/2007, n. 9225)”.

Il danneggiato risulta pertanto estraneo al rapporto assicurativo ed è soggetto di un ben diverso ed autonomo rapporto giuridico con il danneggiante, ed in quanto tale, a

prescindere della circostanza che quest'ultimo sia assicurato o meno per la responsabilità civile.

Alla luce della richiamata giurisprudenza viene dunque rigettata la richiesta di coinvolgere direttamente l'impresa assicuratrice in qualità di obbligato solidale.

Fondata risulta la responsabilità del gestore dell'impianto di calcetto ai sensi dell'articolo 2051 in quanto viene dimostrato con elementi probatori l'anomalia della cosa e dunque la sua attitudine a produrre danno.

La responsabilità da parte del custode poteva essere esclusa solo dando prova del caso fortuito come espressamente richiamato dalla norma; prova non ravvisabile nel comportamento dell'attore il quale non ha posto in essere alcuna condotta che si possa configurare come abnorme, imprevedibile e del tutto atipica rispetto al contegno ragionevolmente prevedibile nelle circostanze del caso esaminato.

A giudizio del Giudice affinché il comportamento del danneggiato possa essere qualificato come caso fortuito non è sufficiente la semplice anomalia della cosa richiedendo invece una percepibilità del pericolo rilevabile con la minima diligenza, inferiore quindi alla ordinaria diligenza, da parte di qualsiasi soggetto in normali condizioni psico-fisiche talché rendendosi conto del pericolo lo avrebbe evitato.

Se così non fosse e si integrasse il caso fortuito alla semplice percepibilità del pericolo da parte del danneggiato con l'uso della ordinaria diligenza, si vanificherebbe il fondamento e la finalità dell'art. 2051c.c. che viceversa è volto ad incentivare l'adozione di misure precauzionali in grado di eliminare o ridurre i rischi tipici della cosa.

A sostegno di tale posizione viene richiamata la stessa esperienza comune evidenziando come la visibilità dell'anomalia e della connessa pericolosità sia direttamente proporzionale alla inadeguata o assente precauzione cosicché la semplice visibilità della fonte di rischio costituendo il caso fortuito renderebbe esente da responsabilità colui che maggiormente si allontana dal modello di comportamento auspicato dall'art. 2051c.c..

Il Giudice quindi argomenta che non è sufficiente rilevare la colpa tipica del danneggiato, ossia quella del rischio insito nella cosa per ravvisare il caso fortuito occorrendo viceversa per tale ipotesi una colpa atipica non preventivabile nella condotta del danneggiato.

Infatti l'aggravamento previsto dall'art. 2051c.c. del criterio di imputazione della responsabilità contempla anche la necessità di ipotizzare dei comportamenti colposi di chi usa la cosa, sempre che questi siano ascrivibili al novero dei rischi tipici derivanti dall'uso della cosa, obbligando così il custode ad apprestare quelle misure preventive idonee a neutralizzare i pericoli derivanti dall'uso della cosa stessa.

Nel caso in questione ravvisando la colpa tipica del danneggiato, poiché la percepibilità della fonte di rischio non è massima, si esclude il caso fortuito e si ritiene responsabile il gestore dell'impianto dei danni risentiti dall'attore.

Al tempo stesso tuttavia si ritiene sussistere nel caso di specie il concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227c.c. in quanto l'anomalia ben poteva essere percepibile con l'uso dell'ordinaria diligenza.

Quindi la colpa ravvisabile nell'attore viene aggravata in quanto la mancanza di qualsiasi misura precauzionale richiedeva proprio per questo una condotta maggiormente accorta e prudente.

La colpa viene pertanto determinata nella misura del 50%.

Non viene accolta la tesi della difesa della parte convenuta volta ad escludere la risarcibilità del danno per l'accettazione del rischio della parte attrice; tale richiesta non viene condivisa dal Giudice il quale ricollega tale esimente nell'ambito del consenso dell'avente diritto, ossia di colui che consapevolmente assume il rischio connesso

all'attività intrapresa, per attività programmate e quindi volontariamente assunte e non a comportamenti estemporanei quali quelli del caso.

Inoltre il Giudice aggiunge che tale causa di giustificazione di per sé non esclude la responsabilità del danneggiante potendovi ben determinare comunque il suo concorso di colpa richiamando una recente pronuncia della S.C. (Cass.26 maggio 2014, n. 11698).

Il Giudice nella valutazione del danno assume quali proprie le risultanze della perizia della c.t.u. nella quale si prevede un danno biologico permanente del 4%, invalidità temporanea relativa e spese mediche.

Tuttavia il Giudice rigetta la richiesta, sia di danno morale che di danno esistenziale, in quanto ritiene non sussistano i presupposti in quanto non provate le due voci di danno non patrimoniale eccedenti il già riconosciuto danno biologico poiché questi ha di per sé portata tendenzialmente omnicomprensiva.

Infatti come pronunciato nel dictum della Cass. Civ., sez un. 11 novembre 2008, n. 26972, il danno morale benché risarcibile in quanto aggiuntivo rispetto al pregiudizio anatomico-funzionale, richiede tuttavia una adeguata dimostrazione di una sofferenza diversa e ulteriore rispetto a quella strettamente correlata e proporzionale alla lesione dell'integrità psicofisica. Ciò vale anche per gli aspetti dinamico-relazionale per cui non essendo provato il danno esistenziale eccedente a quello già ricompreso nel danno biologico non sussistono gli estremi per la personalizzazione di tale danno richiesto.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O
T R I B U N A L E D I P A L M I

Il Tribunale, nella persona del dott. Natalino Sapone, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella controversia iscritta al n. 878/2010 Ruolo Generale Affari Contenziosi promossa da *, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Conti, presso il cui studio in Palmi via Francesco Cilea, n. 4, è elettivamente domiciliato

nei confronti di §, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Tuccio, con domicilio in Gioia Tauro via Lomoro, n. 144

Y, contumace

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Come da verbale d'udienza del 20 maggio 2014, da intendersi qui integralmente riportato e trascritto.

[1] RAGIONI DELLA DECISIONE

[2] 1.- Argomenti dell'attore

[3] Parte attrice espone che in data 8 febbraio 2010, al termine della consueta partita di calcio presso il campo sportivo di proprietà del sig. Y e dallo stesso gestito, in Palmi, l'attore è rimasto vittima di un grave infortunio al polso destro. L'istante, dopo essersi recato negli spogliatoi, mentre percorreva il corridoio che dalle docce conduce allo

spogliatoio, a causa del pavimento reso sdruciolevole dalla copiosa quantità di acqua saponata, dopo avere perso l'equilibrio, è scivolato impattando con entrambe le mani sul pavimento.

[4] Deduce la responsabilità del gestore dell'impianto ai sensi dell'art. 2051 e 2043 c.c. Chiede quindi la condanna del sig. Y nonché della impresa di assicurazione, in solido tra di loro, alla corresponsione della complessiva somma di € 13.422,53, considerato un danno biologico permanente del 7%, un danno morale di € 3.327,32 e spese mediche di € 112,26.

[5] 2.- Argomenti dell'impresa di assicurazione

[6] La § eccepisce l'inammissibilità della domanda per carenza di legittimazione passiva della compagnia assicuratrice, per difetto di azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia di assicurazione, conformemente a quanto previsto dall'art. 1917 c.c.

[7] Eccepisce poi l'inoperatività della polizza infortuni, in quanto la denuncia di sinistro è pervenuta alla suddetta compagnia di assicurazioni ben oltre i termini stabiliti in essa, atteso che il sinistro è avvenuto il data 8.02.2010 mentre la denuncia è pervenuta alla § Assicurazioni solo in data 8.04.2010.

[8] La negligenza del Y ha impedito alla deducente Compagnia di assicurazione di svolgere i dovuti accertamenti volti a verificare la reale dinamica del sinistro ed a raccogliere la documentazione idonea al fine di proporre una eventuale proposta transattiva della vertenza.

[9] Pertanto, l'omessa comunicazione ex art. 1913 c.c. comporta ex art. 1915 c.c. la decadenza dal diritto all'indennizzo assicurativo.

[10] Nel merito, l'impresa di assicurazione deduce che l'attore ha assolto al proprio onere probatorio solamente con riguardo alla circostanza della presenza di una copiosa quantità di acqua saponata, ma non anche con riguardo al particolare fondamentale delle sue caratteristiche e dell'idoneità di essa a determinare la propria caduta.

[11] A ciò deve aggiungersi, quale ulteriore ragione che giustifica il rigetto della domanda di parte attrice, che dalle deposizioni rese dai testi può desumersi che la presenza della "copiosa quantità di acqua saponata" in questione non fosse stata né imprevedibile né inevitabile e quindi difettasse delle caratteristiche dell'insidia.

[12] Infatti, l'attore settimanalmente si recava presso il campo di calcetto, gestito dal Y, unitamente ad altri amici per la consueta partita di calcetto, pertanto era a conoscenza delle anomalie in cui si trovava lo spogliatoio; la "copiosa quantità di acqua saponata" era visibile; pertanto, se l'attore l'avesse stimata pericolosa per la sua sicurezza, ben avrebbe potuto pretendere che venisse rimossa dal gestore del campo di calcetto.

[13] Pertanto la decisione dell'attore di percorrere il corridoio nonostante la presenza della "copiosa quantità di acqua saponata" presuppone che esso accettò il rischio di perdere l'equilibrio e quindi di cadere e la sua scelta va ad interrompere il nesso causale tra il prospettato fattore di rischio e l'evento lesivo.

[14] 3.- Legittimazione passiva dell'impresa di assicurazione

[15] È fondata l'eccezione di carenza di legittimazione passiva della compagnia assicuratrice.

[16] È acquisito infatti in giurisprudenza il principio secondo cui « In tema di assicurazione per la responsabilità civile, in forza del comma 2 dell'art. 1917 c.c. - che prevede la facoltà dell'assicuratore, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta e l'obbligo del medesimo assicuratore di provvedere al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede - non vengono

a mutare i soggetti del rapporto assicurativo, che restano sempre e soltanto l'assicuratore e l'assicurato, giacché l'anzidetta facoltà dell'assicuratore si concreta in una possibilità di scelta in ordine ad una modalità di adempimento della sua obbligazione, che permane soltanto verso l'assicurato. Ne consegue che, in capo al danneggiato, non sorge alcun diritto nei confronti dell'assicuratore e, dunque, non sussiste la possibilità di agire direttamente nei suoi confronti » (Cassazione civile, sez. III, 5/12/2011, n. 26019).

[17] Ha spiegato la S.C., nella motivazione della medesima pronuncia, che « non va confusa l'azione diretta con il pagamento diretto, attenendo a due istituti ontologicamente molto differenti (...) Infatti nell'assicurazione per la responsabilità civile, l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore è ammessa soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (ovvero nell'ipotesi di assicurazione obbligatoria per la circolazione di veicoli e natanti, disciplinata all'epoca dalla L. n. 990 del 1969 (ed attualmente dal D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) e nell'ipotesi disciplinata dalla L. n. 968 del 1977 in tema di esercizio della caccia), mentre in tutti gli altri casi l'assicuratore è obbligato solo nei confronti dell'assicurato a tenerlo indenne da quanto questi debba pagare ad un terzo cui ha provocato un danno, sicché, al di fuori delle eccezioni sopra indicate, soltanto l'assicurato è legittimato ad agire nei confronti dell'assicuratore, e non anche il terzo, nei confronti del quale l'assicuratore non è tenuto per vincolo contrattuale né ex lege (Cass. 20/4/2007, n. 9516, Cass. 18/4/2007, n. 9225).

[18] 2.3. Un rapporto diretto tra assicuratore e danneggiato può avere ad oggetto non l'obbligazione di garanzia, ma soltanto l'esecuzione dell'obbligazione, e può sussistere o quando l'assicuratore assuma l'iniziativa di adempiere direttamente nelle mani del danneggiato, oppure quando l'assicurato richieda all'assicuratore il pagamento diretto al danneggiato, ai sensi dell'art. 1917 c.c., comma 3. Più precisamente va osservato che l'art. 1917 c.c., comma 2, allorquando prevede la facoltà dell'assicuratore (previa comunicazione all'assicurato) di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta e l'obbligo del medesimo assicuratore di provvedere al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede, non muta in alcun modo i soggetti del rapporto assicurativo in questione che restano sempre e solo l'assicurato e l'assicuratore; senza che sorga comunque in capo al danneggiato un qualsivoglia diritto nei confronti dell'assicuratore; e senza quindi che sorga per lui la possibilità di agire direttamente contro l'assicuratore medesimo.

[19] La facoltà e l'obbligo predetti concernono solo i soggetti del rapporto assicurativo (assicuratore ed assicurato) e le loro situazioni soggettive attive e passive (diritti, facoltà, ecc.) nel senso che la suddetta facoltà dell'assicuratore si concreta in una possibilità di scelta dell'assicuratore in ordine ad una modalità di adempimento della sua obbligazione, che ha e continua ad avere (qualunque sia detta modalità) solo nei confronti dell'assicurato.

[20] Lo stesso rilievo vale per la facoltà dell'assicurato di richiedere il pagamento diretto. Per cui se l'assicuratore paga direttamente al danneggiato (sia nell'ipotesi che eserciti la sua facoltà di scelta in tal senso, sia nell'ipotesi che esegua il suo obbligo di rispettare la scelta dell'assicurato) adempie sempre e comunque nei confronti dell'assicurato, soddisfacendo un diritto dell'assicurato a questi derivante dal contratto. Se al contrario non esegue detto pagamento al danneggiato, nonostante gli sia stato chiesto dall'assicurato, è nei confronti di quest'ultimo (e solo di quest'ultimo) che è inadempiente ».

[21] Va pertanto rigettata la domanda proposta nei confronti dell'impresa di assicurazione.

[22] 4.- Responsabilità del gestore

[23] Va affermata la responsabilità ex art. 2051 c.c. del gestore dell'impianto di calcetto.

[24] Dalla risultanza istruttorie (deposizioni testimoniali) è stata confermata l'allegazione dell'attore circa la presenza abbondante di acqua saponata sul corridoio nel quale l'odierno attore è scivolato. Risulta dalle foto prodotte in atti che nel pavimento del corridoio non vi sono strisce antisdrucciolo né tappeti gommati né altri accorgimenti idonei a prevenire la scivolosità del pavimento.

[25] Si è così data sufficiente dimostrazione dell'anomalia della cosa.

[26] A questo punto la responsabilità ex art. 2051 del custode avrebbe potuto essere esclusa solo dalla prova del caso fortuito, come previsto espressamente dalla norma.

[27] Tale prova non è ravvisabile nella fattispecie in esame.

[28] In particolare non si ravvisano gli estremi del caso fortuito nel comportamento dell'attore. Non è emerso infatti alcun elemento che consenta di ritenere che la condotta dell'odierno attore sia stata abnorme, imprevedibile, del tutto atipica rispetto al contegno ragionevolmente prevedibile in circostanze del tipo di quelle ricorrenti nella fattispecie in esame. Né vi sono elementi che inducano a ritenere che l'odierno attore abbia tenuto un comportamento improprio in relazione alle caratteristiche della cosa.

[29] Affinché il comportamento del danneggiato possa essere qualificato come caso fortuito ai fini dell'art. 2051 c.c., ad avviso di questo giudice, non è sufficiente la semplice visibilità dell'anomalia della cosa, essendo necessaria la massima percepibilità, ossia una percepibilità del pericolo a tal punto elevata da far ritenere che - non solo con l'ordinaria diligenza ma anche - con la minima diligenza qualsiasi persona in normali condizioni psico-fisiche si sarebbe resa conto del pericolo e lo avrebbe evitato.

[30] Ritenere sufficiente, per integrare il caso fortuito, la semplice percepibilità - con l'uso dell'ordinaria diligenza - del pericolo da parte del danneggiato, porterebbe ad esiti contraddittori rispetto al fondamento e alla finalità dell'art. 2051, volto a incentivare l'adozione da parte del custode di precauzioni idonee a eliminare o circoscrivere i rischi tipicamente connessi alla cosa. Infatti è dato di comune esperienza che spesso la visibilità dell'anomalia della cosa e della connessa pericolosità è direttamente proporzionale alla mancanza o insufficienza di misure preventive. Ad es. la presenza nella sede stradale di una buca di grandi dimensioni è indice di grave insufficienza o di assenza di manutenzione e accorgimenti precauzionali. Ma se si ritenesse la semplice visibilità dell'anomalia della res sufficiente a far ravvisare il caso fortuito, si finirebbe per rendere esente da responsabilità chi si allontana maggiormente dal modello di comportamento auspicato dall'art. 2051.

[31] Dunque per la configurazione del comportamento del danneggiato come caso fortuito non è sufficiente una semplice colpa, quella consistente nel non percepire il pericolo percepibile con l'ordinaria diligenza, questa essendo una colpa tipica, vale a dire rientrante nel rischio tipico della cosa; ma occorre una colpa per così dire atipica, non preventivabile del danneggiato siccome estranea all'area del rischio tipico.

[32] L'aggravamento del criterio di imputazione della responsabilità ex art. 2051 c.c. consiste anche nella circostanza che, tra i rischi che il custode è chiamato a neutralizzare in via preventiva, rientrano quelli derivanti dalla colpa di chi usa la cosa; purché si tratti di colpa che rimanga entro il limite del (la colpa) preventivabile siccome ascrivibile al novero dei rischi tipicamente connessi all'utilizzo della cosa. Il custode cioè deve farsi carico del fatto che, prevedibilmente, una determinata percentuale di persone non adotterà l'ordinaria diligenza pur nel normale - e non atipico/abnorme - utilizzo della cosa. Di conseguenza il custode è tenuto ex art. 2051 ad apprestare accorgimenti

preventivi per neutralizzare anche i pericoli discendenti da tali comportamenti. La sua responsabilità non può spingersi però sino all'adozione di cautele volte ad azzerare i rischi connessi a colpe atipiche e perciò non pronosticabili secondo un criterio di normalità. Quindi, in relazione al comportamento del danneggiato, il caso fortuito assume il volto della colpa atipica - e dunque non preventivabile - del danneggiato.

[33] Nel caso di specie è ravvisabile la percepibilità semplice dell'anomalia - quindi la colpa tipica del danneggiato - ma non la percepibilità massima, quindi la colpa atipica/imprevedibile. Scivolare su un pavimento reso viscido dall'acqua è colpa tipica (la più tipica che ci sia, si potrebbe dire) in un ambiente come quello in esame caratterizzato dalla presenza di docce.

[34] È pertanto da escludersi il caso fortuito. Per conseguenza il gestore è responsabile ai sensi dell'art. 2051 del danno risentito dall'odierno attore.

[35] 5.- Concorso di colpa

[36] È ravvisabile nella fattispecie il concorso di colpa dell'attore ex art. 1227 primo comma c.c.

[37] Come detto, è plausibile che la causa ultima dell'evento lesivo - la presenza di acqua saponata sul pavimento - proprio in quanto abbondante, come confermato dai testi, fosse visibile con l'uso dell'ordinaria diligenza. Sotto questo profilo la colpa dell'odierno attore non è esclusa - è anzi aggravata - dalla mancanza di qualsiasi misura precauzionale (tappeto gommato, strisce antisdrucchiolo) idonea a prevenire la scivolosità del pavimento. Tale mancanza escludeva qualsiasi ragionevole affidamento nella sicurezza dei luoghi di causa. L'attore avrebbe quindi dovuto prestare maggiore attenzione per accertarsi circa la scivolosità del pavimento.

[38] Tutto ciò puntualizzato la colpa dell'attore può essere determinata in misura pari al 50%.

[39] La società convenuta invoca, per escludere la risarcibilità del danno, l'accettazione del rischio.

[40] L'assunto non è condivisibile. In primo luogo non sono ravvisabili gli estremi dell'accettazione del rischio, che costituisce una species dell'esimente del consenso dell'avente diritto e che implica la piena consapevolezza del rischio connesso all'attività che ci si accinge ad intraprendere. Tale figura, ad avviso di questo giudice, si attaglia ad attività puntualmente programmate (ad es. attività sportiva); meno si attaglia a comportamenti estemporanei, come appare quello di cui ora si discute.

[41] In ogni caso, l'invocazione del criterio dell'accettazione del rischio non giova nella fattispecie in esame all'obiettivo della convenuta. Giova in proposito rilevare come da una recente pronuncia della S.C. (Cass. 26 maggio 2014, n. 11698) si evinca il principio secondo cui l'accettazione del rischio, ossia l'esposizione volontaria ad un rischio gratuito e non giustificato dall'attività, non rende esente da responsabilità (quanto meno non necessariamente) il danneggiante, potendo determinare il concorso di colpa. Nel caso di specie la S.C. ha confermato le pronunce di merito che avevano riconosciuto il concorso di colpa - al 50% - del trasportato il quale aveva accettato di partecipare ad una gara automobilista clandestina.

[42] Dunque anche ove si rinvenisse nella fattispecie in oggetto l'accettazione del rischio da parte dell'attore, ciò non escluderebbe necessariamente la responsabilità del custode.

[43] 6.- Danno biologico

[44] In ordine al quantum, dalla c.t.u. - le cui risultanze, siccome tratte all'esito di diligenti indagini, questo giudice ritiene di far proprie ed alle quali integralmente

rimanda - è emerso che a causa del sinistro l'attore ha riportato un trauma contusivo al polso destro con frattura dello scafoide carpale a destra. È residua una lieve limitazione del movimento di ulnarizzazione e dorsalizzazione del polso destro.

[45] Tali postumi sono stati stimati dal c.t.u. in misura pari al 4% di danno biologico permanente.

[46] Dall'incidente sono derivati 15 giorni di invalidità temporanea relativa al 75%, 15 giorni di invalidità temporanea relativa al 50% e 20 giorni di invalidità temporanea relativa al 25%.

[47] È emerso altresì dalla c.t.u. che le spese mediche sostenute dall'attore ammontano ad euro 112,26.

[48] 7.- Danno morale

[49] Non vi sono i presupposti per procedere alla personalizzazione della liquidazione, non essendovi prova né di un danno morale permanente né di pregiudizi di tipo esistenziale, concernenti aspetti relazionali della vita, eccedenti quelli da intendersi già ricompresi nella voce biologica.

[50] Quanto al danno morale permanente, occorre adeguata prova di una sofferenza morale permanente diversa e ulteriore rispetto a quella correlata e normalmente proporzionale al tipo di pregiudizio anatomico-funzionale permanente in concreto verificatosi; sofferenza connaturale da ritenersi già risarcita con la somma spettante a titolo di danno biologico permanente.

[51] La prova aggiuntiva è necessaria, pena altrimenti la violazione del dictum della Cassazione civile, sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. Insomma la sofferenza morale desumibile in via presuntiva dal tipo di lesione psicofisica in concreto accertata - siccome ad essa intrinseca e proporzionale secondo un criterio di normalità statistica - deve per ciò stesso ritenersi già ricompresa nella voce biologica.

[52] È sì astrattamente risarcibile il danno morale, per così dire, estrinseco - ossia la sofferenza diversa e ulteriore rispetto a quella correlata e speculare al tipo di pregiudizio anatomico-funzionale - ma, proprio in quanto si tratta di danno estrinseco rispetto al pregiudizio anatomico-funzionale, esso è risarcibile solo dietro adeguata dimostrazione di una sofferenza diversa e ulteriore rispetto a quella strettamente correlata e proporzionale alla lesione dell'integrità psicofisica. Si pensi alla necessità di sottoporsi per tutta la vita - o comunque per vari anni anche dopo la stabilizzazione dell'invalidità - a ripetuti esami, visite mediche, terapie, trattamenti sanitari, ricoveri, o alla necessità di adottare presidi sanitari (protesi, carrozzina, etc.) percepibili da terzi.

[53] Dunque, o la sofferenza morale è intrinseca e speculare al pregiudizio anatomico-funzionale, ed allora è da ritenersi compresa nella voce biologica; oppure è estrinseca e non speculare, ed allora determina personalizzazione della liquidazione del danno biologico, ma di essa deve essere fornita adeguata puntuale dimostrazione, senza automatismi.

[54] Che sia questo il principio enunciato da Cassazione civile, sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, lo si evince dal fatto che la S.C., se è vero che il giudice deve valutare « nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza »; ma è vero che ciò determina la « personalizzazione della liquidazione del danno biologico ». E la personalizzazione è incompatibile con meccanismi presuntivi astratti.

[55] Ciò puntualizzato in diritto, si rileva che nella fattispecie in esame non è stata fornita adeguata dimostrazione di una sofferenza estrinseca permanente, non essendo stata data prova di circostanze diversi e ulteriori rispetto al pregiudizio anatomico-funzionale. Conseguentemente non spetta il danno morale permanente.

[56] Non vi sono i presupposti per la personalizzazione del danno sotto il profilo dinamico-relazionale, non essendo stata acquisita prova di risvolti di tipo esistenziale peculiari, ossia eccedenti quelli da intendersi già compresi nella voce biologica, siccome normalmente correlati e proporzionali alla componente strettamente anatomo-funzionale del danno biologico.

[57] 8.- Liquidazione del danno

[58] Considerando l'età dell'attore al momento della cessazione dell'inabilità temporanea, il danno biologico permanente ammonta ad € 4.249,38, importo corrispondente al solo « punto biologico » della tabella del Tribunale di Milano, senza quindi l'importo indicato nella tabella medesima come « punto di danno non patrimoniale », dal momento che con tale importo, ad avviso di questo giudice, è sostanzialmente considerato nella tabella il risarcimento del danno morale permanente, nella fattispecie non adeguatamente provato.

[59] Considerando l'importo di € 100 per ogni giorno di inabilità temporanea assoluta, tenendo conto delle spese mediche, e detraendo 1/2 a titolo di concorso di colpa, si giunge al complessivo importo di € 3.368,32, oltre alla rivalutazione monetaria ed interessi legali sulla somma originaria annualmente rivalutata, dal dovuto sino al soddisfo.

[60] 9.- Spese processuali

[61] Le spese processuali seguono la soccombenza e quindi tra l'attore e l'impresa di assicurazione vanno poste a carico del primo, e si liquidano, tenendo conto della non elevata complessità della controversia, ai sensi del D.M. 55/2014, in complessivi € 1.300,00, di cui € 480 per studio della controversia, € 210 per fase introduttiva, € 200 per fase istruttoria, € 410 per fase decisoria, oltre alle spese forfetarie in misura pari al 15% del compenso totale ed IVA e CP come per legge.

[62] In ragione dell'accoglimento parziale della domanda nei confronti del convenuto Y, si reputa equo compensare per metà le spese processuali, ponendo a carico del convenuto Y Antonio la restante parte, che si liquidano ai sensi del D.M. 55/2014 in complessivi € 735,00, di cui € 240 per studio della controversia, € 105 per fase introduttiva, € 100 per fase istruttoria, € 205 per fase decisoria, € 85 per esborsi, e oltre alle spese forfetarie in misura pari al 15% del compenso totale ed IVA e CP come per legge, da distrarsi ex art. 93 c.p.c. in favore dell'avv. Giuseppe Conti.

[63] Nei rapporti interni tra le parti, le spese di ctu, già liquidate con separato provvedimento, vanno poste per intero a carico dei convenuti.

[64] Nei rapporti tra le parti e il ctu, le spese di ctu vanno poste a carico di tutte le parti, in solido tra di loro.

[65] P.Q.M.

[66] Il Tribunale di Palmi, sezione civile, in persona del giudice dott. Natalino Sapone, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da * nei confronti di Y e § Assicurazioni S.p.A., disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

- Rigetta la domanda nei confronti di § Assicurazioni S.p.A.

- Accoglie parzialmente la domanda nei confronti di Y e per l'effetto condanna Y alla corresponsione in favore dell'attore della complessiva somma di € 3.368,32, oltre alla rivalutazione monetaria ed interessi legali sulla somma originaria annualmente rivalutata, dal dovuto sino al soddisfo.

- Pone a carico dell'attore in favore della § Assicurazioni S.p.A. le spese processuali, che liquida in complessivi € 1.300,00, oltre alle spese forfetarie in misura pari al 15% del compenso totale ed IVA e CP come per legge.
- Compensa per metà le spese processuali tra l'attore e Y, ponendo a carico del convenuto la restante parte, che liquida in complessivi € 735,00, oltre alle spese forfetarie in misura pari al 15% del compenso totale ed IVA e CP come per legge, da distrarsi ex art. 93 c.p.c. in favore dell'avv. Giuseppe Conti, nonché, per intero, le spese di ctu, già liquidate con separato provvedimento.

Palmi 6.10.2014

Il giudice dott. N. Sapone

TRIBUNALE DI PALMI, sentenza 6 ottobre 2014, Giud. SAPONE, (Avv. CONTI), c. § (Avv. TUCCIO), Y contumace,

Responsabilità civile – Calchetto – Gestore impianto sportivo – Infortunio del giocatore – Condotta del danneggiato equivalente a caso fortuito – Non sussiste (Cod. civ. art. 2051 c.c.);

Responsabilità civile – Calchetto – Gestore impianto sportivo – Infortunio del giocatore – Accettazione del rischio a nella individuazione del concorso di responsabilità del danneggiato – Sussiste (Cod. civ. art. 1227 c.c.);

Responsabilità civile – Calchetto – Gestore impianto sportivo – Infortunio del giocatore – Danno non patrimoniale – Danno biologico – Danno morale (Cod. civ. art. 2059 c.c.)

Il comportamento del danneggiato affinché possa configurarsi come caso fortuito ai fini dell'art. 2051 c.c. richiede non la semplice visibilità dell'anomalia della cosa, ma richiede la massima percepibilità dell'anomalia rilevabile financo con la minima diligenza da parte di qualsiasi persona in normali condizioni psico-fisiche per cui resasi conto del pericolo lo avrebbe evitato. (1)

L'accettazione del rischio, ossia l'esposizione volontaria ad un rischio gratuito e non giustificato dall'attività, non esclude la responsabilità del danneggiante, potendo determinare un concorso di colpa. (2)

È astrattamente risarcibile il danno morale estrinseco, ossia la sofferenza diversa e ulteriore rispetto a quella correlata e speculare al tipo di pregiudizio anatomico-funzionale, solo dietro adeguata dimostrazione di una sofferenza diversa e ulteriore rispetto a quella strettamente correlata e proporzionale alla lesione dell'integrità psicofisica. (3)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Numerose sono le sentenze di legittimità che hanno affrontato i requisiti strutturali del caso fortuito. Si ha caso fortuito innanzitutto quando il fatto risulta estraneo alla sfera di controllo del custode e tale evento presenta i caratteri della imprevedibilità e dell'inevitabilità. Il custode per liberarsi dalla responsabilità del fatto dannoso da cosa in custodia deve provare l'esistenza del caso fortuito che interrompa il nesso causale tra la cosa e l'evento di

danno. La nozione di caso fortuito ha conosciuto un crescente ampliamento di accezione; infatti già la Giurisprudenza risalente affermava che *“All'ipotesi del fortuito, inoltre, viene pacificamente ricondotto il caso in cui l'evento di danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, la quale abbia interrotto il nesso eziologico tra la cosa in custodia ed il danno”*. Cass. civ. Sez. III, 09-04-2003, n. 5578, Cass. civ. Sez. III, 26-03-2002, n. 4308, Cass. civ. Sez. III, 10-05-1999, n. 4616. Più recentemente si è ulteriormente qualificata la fattispecie di caso fortuito valutando le caratteristiche della cosa, la sua pericolosità e la condotta del danneggiato affermando che *“il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno estraneo alla cosa deve essere parametrato sulla natura della cosa e sulla sua pericolosità, nel senso che quanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è tale da essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale dell'imprudente condotta della vittima (costituente fattore esterno) nel dinamismo causale del danno fino ad interrompere il nesso causale tra la cosa ed il danno ed escludere, dunque, la responsabilità del custode, ai sensi dell'art. 22051 c.c. (Cass. civ. Sez. III, 17-01-2001, n. 584): in tale ipotesi la cosa svolge solo il ruolo di occasione dell'evento, risultando svilita a mero tramite del danno in effetti provocato da una causa ad essa estranea, rappresentata dal comportamento della vittima.”* Cass. civ. Sez. III, Sent., 04-12-2012, n. 21727. A conferma dell'orientamento consolidato la sentenza, Cass. civ. Sez. VI - 3, Sent., 30-09-2014, n. 20619, laddove si afferma che *“la responsabilità ex art.2051 cod. civ. presuppone la sussistenza di un rapporto di custodia della cosa e una relazione di fatto tra un soggetto e la cosa stessa, tale da consentire il potere di controllarla, di eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte e di escludere i terzi dal contatto con la cosa; detta norma non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, ossia di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa, mentre resta a carico del custode, offrire la prova contraria alla presunzione iuris tantum della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità.”* Affinché vi sia il caso fortuito e possa aversi come causa di giustificazione esimente per l'esonero dalla responsabilità, *“il custode deve provare che il fatto del terzo abbia i requisiti dell'autonomia, dell'eccezionalità, dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità e che sia, quindi, idoneo a produrre l'evento, escludendo fattori causali concorrenti”*. (Cass. civ. Sez. III, Sent., 14-10-2011, n. 21286).

In dottrina, sintetizza efficacemente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario Franzoni *“per ottenere l'esonero della responsabilità, al custode è richiesta la prova che il fatto del terzo abbia i requisiti della autonomia, della idoneità a produrre l'evento, escludendo attori causali concorrenti.”* A. Venturelli *“Caso fortuito e fatto del terzo nella responsabilità da cose in custodia”* Resp. civ., 2007, 7, 634. *“Il caso fortuito è fattore che attiene non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante) bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità”* (Cass. civ. Sez. III, Sent., 09-05-2012, n. 7037). La responsabilità del custode viene meno quindi in tutti i casi in cui *“l'evento sia imputabile ad un caso fortuito riconducibile al profilo causale dell'evento e quando si sia in presenza di un fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento, assumendo il carattere del c.d. <fortuito autonomo>, ovvero quando si versi*

nei casi in cui la cosa sia stata resa fattore eziologico dell'evento dannoso da un elemento o fatto estraneo del tutto eccezionale (c.d. fortuito eccezionale), e per ciò stesso imprevedibile, ancorché dipendente dalla condotta colpevole del terzo o della stessa vittima.” Cass. sez. III, 06/02/2007, n. 2563. Il comportamento del danneggiato al fine di contemplare il caso fortuito, appare come elemento sufficientemente consolidato nella Giurisprudenza di legittimità come conferma ulteriormente la sentenza Cass. civ. Sez. III, Sent., 05-02-2013, n. 2660 nella quale si ribadisce che *“La prova del nesso causale è particolarmente rilevante e delicata nei casi in cui il danno non sia l'effetto di un dinamismo interno alla cosa, (...), ma richieda che al modo di essere della cosa si unisca l'agire umano ed in particolare quello del danneggiato, essendo essa di per sé statica e inerte (cfr. sul tema Cass. civ. 29 novembre 2006 n. 25243).”* Prosegue rilevando come i beni (cose) *“non manifestano di per sé soli il collegamento causale, necessario ed ineliminabile, con la caduta del passante, ove questi non provi che lo stato dei luoghi presentava un'obiettivo situazione di pericolosità, tale da rendere molto probabile, se non inevitabile, la caduta. Donde la necessità, in questi casi, di ulteriori accertamenti quali la maggiore o minore facilità di evitare l'ostacolo; il grado di attenzione richiesto allo scopo, ed ogni altra circostanza idonea a stabilire se effettivamente la cosa avesse una potenzialità dannosa intrinseca, tale da giustificare l'oggettiva responsabilità del custode. Trattasi di presupposti per l'operatività dell'art. 2051 c.c. che debbono essere dimostrati dal danneggiato, al fine di poter affermare che il danno è conseguenza causale della situazione dei luoghi.”*

In argomento interessante la riflessione di C. Cerri *“Danni cagionati da cose in custodia: caso fortuito quale limite alla responsabilità civile”* Danno e Resp., 2014, 7, 749 in cui si riflette sulle caratteristiche della cosa in custodia. *“Si distingue la cosa in “custodia statica ed inerte di per sé idonea, per la sua “dinamicità”, a provocare l'evento lesivo ed in questa fattispecie (scoppio di una caldaia, scarica elettrica, frana ecc. ...), si configura una responsabilità oggettiva pura ed assoluta in capo al custode, mentre qualora la dannosità della cosa richieda il concorso dell'agire umano, ai fini della prova del nesso causale, occorre dimostrare che lo status della cosa abbia caratteristiche tali da rendere potenzialmente dannoso il normale utilizzo (buche, ostacoli imprevisti, mancanza di guard-rail ecc. ...).”*

Meritano citazione le sentenze, Cass. civ. 23 marzo 2011 n.6677 e Cass. civ. 16 gennaio 2009 n.993 in quanto trattano il *“tema di caso fortuito come condotta colposa esclusiva o determinante del danneggiato”*.

Per quanto concerne la figura del custode essa viene ad identificarsi nella persona di colui che *“esercita un dominio fattuale sulla cosa pericolosa per gli utenti o per chi, a qualsiasi titolo, venga in contatto con essa”* (Cass. civ., 23 aprile 1981, n. 2431): coerentemente con tale premessa di ordine generale, si è affermato che *“la qualità di responsabile delle cose custodite rientra nelle più ampie nozioni di proprietario, usufruttuario, conduttore (ovviamente a condizione che questi abbiano la disponibilità della cosa e, di conseguenza, siano in grado di esercitare una concreta signoria su di essa), mentre le posizioni di chi sia in relazione di possesso momentaneo o di mera detenzione con l'oggetto della custodia, nonché quella di colui che utilizzi in via del tutto occasionale una cosa che si trovi nella sfera di poteri direttivi ed organizzativi di pertinenza di altri soggetti sono insufficienti ad integrarne gli estremi, in quanto presentano un quid minus rispetto ad essa”*. (Cass. civ. 21 novembre 1978, n. 5418) (N. Ferranti *Concorso di posizioni eterogenee di garanzia: un caso di obbligo di impedire l'evento ex art. 2051 c. c.* Giur. It., 2002, 10). In relazione alla diligenza richiesta alle persone per evitare situazioni di pericolo, la S. C. ha evidenziato due aspetti di fondamentale importanza: da un lato il concetto di prevedibilità dell'evento dannoso e

dall'altro quello del dovere di cautela da parte del soggetto che entra in contatto con la cosa. Il concetto di prevedibilità inteso come *“concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo, ove tale pericolo sia visibile, si richiede dal soggetto che entra in contatto con la cosa un grado maggiore di attenzione, proprio perché la situazione di rischio è percepibile con l'ordinaria diligenza”*. (Cass. civ. Sez. III, Sent., 22-10-2013, n. 23919, e Cass. civ. Sez. III, Sent., 20-01-2014, n. 999, le quali si pongono, peraltro, nel solco di un orientamento consolidato) e *“qualora la situazione di possibile pericolo comunque ingeneratasi sarebbe stata superabile mediante l'adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, potrà allora escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell'evento”* (Cass. civ. Sez. III, Sent., 17-10-2013, n. 23584). A fronte della crescente considerazione che viene riservata al comportamento del danneggiato, emergono a livello dottrinale alcune preoccupate posizioni rispetto ad un recente orientamento giurisprudenziale che tende sempre più a valutare con severità la condotta del danneggiato; in particolare Cass. civ. Sez. III, Sent., 17-10-2013, n. 23584, nella quale si individua il rischio di introdurre per questa via un *“surrettizio aggravio dell'onere probatorio posto a carico del danneggiato, ovvero nessuna prova negativa della invisibilità o imprevedibilità della situazione di pericolo. Il rischio dell'inatteso risveglio di fantasmi del passato può nascondersi anche dietro a questioni, solo apparentemente, terminologiche”*. *“Il concetto di prevedibilità fra dubbi e certezze”* di Paolo Laghezza in *Danno e Resp.*, 2015, 3, 236 (nota a sentenza). Di analogo tenore risulta la riflessione Bitetto Anna Lisa in *“La responsabilità (oggettiva?) ex art. 2051c.c., tra prevedibilità del pericolo per l'utilizzatore e diligenza del custode”* in cui afferma *“come dimostrano le pronunce in rassegna, i giudici difficilmente rinunciano a dirimere le controversie sulla responsabilità ex art. 2051 c.c. senza tirare in ballo concetti come la prevedibilità dell'evento dannoso e la colpa o mancata diligenza nell'attuazione di misure atte a diminuire o evitare il rischio del verificarsi dell'evento da parte di danneggiante e vittima del sinistro”*.

In dottrina inoltre, P. Laghezza *“Quando lo shopping lascia il segno: la caduta, il fortuito e la responsabilità del custode”* *Danno e Resp.*, 2014, 4, 405; N. Rizzo *“Profili della responsabilità da cose in custodia”* *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 3, 302; S. Filippi *“Danno causato da immobile e ricerca del custode responsabile ex art. 2051c.c.”* *Resp. civ.*, 2008, 2, (nota a sentenza); P. Laghezza *“Quale causalità per l'art. 2051c.c?”* *Danno e Resp.*, 2014, 3, 258 (nota a sentenza); P. Pardolesi *“Sul dinamismo connaturato alla cosa nella responsabilità da custodia”* *Danno e Resp.*, 2010, 6, 555; R. Breda *“Danni da cose in custodia: pericolosità e nesso causale”* *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 9 (nota a sentenza); G. Bordolli *“Cose in custodia ed infortunio nel condominio”* *Immobili e proprietà*, 2010, 10 (commento alla normativa); P. Carbone *“La presunzione di responsabilità è superata quando il custode fornisca la prova del caso fortuito”* *Danno e Resp.*, 2014, 8-9, 856 (nota a sentenza)

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità il tema dell'accettazione del rischio per il verificarsi di un ipotetico evento dannoso da parte del danneggiato, benché sia stato affrontato anche in sede civile non esiste copiosa casistica e parte di questa ha esaminato la responsabilità derivante dall'esercizio di attività sportive. Estremamente ricca di spunti riflessioni per l'articolata argomentazione a supporto dei motivi della decisione, attraverso anche una critica rivisitazione dell'unico precedente pronunciamento della stessa Corte sul tema, si dimostra la recente pronuncia, sentenza Cass. civ. Sez. III, Sent., 26-05-2014, n. 11698, nella quale si

esplicita il principio secondo cui “ *L'esposizione volontaria ad un rischio, o, comunque, la consapevolezza di porsi in una situazione da cui consegua la probabilità che si produca a proprio danno un evento pregiudizievole, è idonea ad integrare una corresponsabilità del danneggiato e a ridurre, proporzionalmente, la responsabilità del danneggiante, in quanto viene a costituire un antecedente causale necessario del verificarsi dell'evento, ai sensi dell'art. 1227 primo comma cod. civ. e, a livello costituzionale, risponde al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. avuto riguardo alle esigenze di allocazione dei rischi (riferibili, nella specie, all'ambito della circolazione stradale) secondo una finalità comune di prevenzione, nonché al correlato obbligo di ciascuno di essere responsabile delle conseguenze dei propri atti. (Nella specie, in applicazione dell'anzidetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva ritenuto sussistente il concorso di colpa del danneggiato per aver partecipato come passeggero ad una gara automobilistica clandestina)*”. Con questa sentenza la S.C. formula un orientamento che si discosta dall'unico precedente specifico della Corte stessa, Cass. civ. Sez. III, 07-12-2005, n. 27010 laddove in quella pronuncia si affermava “*L'art. 1227 comma 1, concerne il concorso colposo del danneggiato, configurabile solamente in caso di cooperazione attiva nel fatto colposo del danneggiante (Nell'affermare il suindicato principio la S.C. ha escluso la configurabilità di un concorso colposo del danneggiato nella mera accettazione, da parte del medesimo, del trasporto su autovettura con alla guida conducente in evidente stato di ebbrezza, non assurgendo tale condotta a comportamento materiale di cooperazione incidente nella determinazione dell'evento dannoso)*”. Si motiva il nuovo indirizzo giurisprudenziale con una nozione di concorso di colpa del danneggiato non limitata esclusivamente alla sola azione positiva escludendo in tal modo la rilevanza del comportamento omissivo del danneggiato, né ritenere che l'incidente si sarebbe comunque verificato, ma tener conto della condotta del trasportato/danneggiato in quanto antecedente causale alla richiesta di risarcimento per le lesioni riportate nell'incidente. Proseguendo si afferma che “*Orbene tale lesione (evento dannoso) non si sarebbe verificata se non si fossero realizzati diversi antecedenti causali: se il conducente avesse guidato l'auto rispettando le regole del codice della strada e le regole generali di prudenza (evitando nel caso in esame di impegnarla in una corsa clandestina), e se, a monte, il trasportato si fosse astenuto dal salire in macchina, ben sapendo in che attività sarebbe stata da lì a breve impegnata la vettura, secondo una regola prudenziale*”. Si ha esposizione volontaria al rischio dunque non solo quando il comportamento posto in essere viola norme giuridiche, ma anche quando questo contrasta con le regole di prudenza condivise dalla “coscienza sociale del tempo”. Ecco quindi che la condotta che esponga volontariamente “*ad un rischio gratuito, non necessitato e neppure giustificato dall'attività che egli debba svolgere*”, qualora si verifichi un fatto “*le eventuali conseguenze dannose non possono essere fatte ricadere integralmente su un altro soggetto.*” La S.C. pertanto si esprime affermando che “*Con l'accettazione consapevole del rischio cui andava a sottoporsi il trasportato ha posto in essere un antecedente causale necessario quindi non del fatto dannoso incidente stradale, ma dell'evento che si è verificato a suo danno (lesioni all'integrità fisica), e pertanto, nella misura in cui che si è verificato a suo danno (lesioni all'integrità fisica), e pertanto, nella misura in cui quell'evento è addebitabile al suo apporto causale non se ne può far gravare la responsabilità su un altro soggetto*”. Di interesse risulta la Sentenza Cass. civ. Sez. III, 31-07-2012, n. 13681 in quanto per alcuni aspetti presenta analoghi profili alla Sentenza in commento. Si esclude la violazione dell'art. 2051 c.c. per l'assenza del nesso causale, posto che il fattore determinante della causalità che rompe il nesso, è riferito alla scelta del danneggiato di assumere una situazione di

rischio elettivo. Di pregio la pronuncia, Cass. civ. Sez. III, Sent., 13-05-2011, n. 10526, nella quale si richiama esplicitamente il principio dell'accettazione del rischio al verificarsi dell'evento dannoso e della corresponsabilità del danneggiato *"allorquando la messa in circolazione dell'autoveicolo in condizioni di insicurezza (e tale è la circolazione di un ciclomotore con a bordo addirittura come nella specie tre persone, di cui uno minore d'età, in violazione dell'art. 170 C.d.S.) è ricollegabile all'azione o omissione sia del conducente (che prima di iniziare o proseguire la marcia deve controllare che essa avvenga in conformità delle normali norme di prudenza e sicurezza) che del trasportato, emerge una fattispecie caratterizzata dal reciproco consenso dei medesimi alla circolazione, con consapevole partecipazione di ciascuno alla condotta colposa dell'altro, e accettazione dei relativi rischi, integrante un'ipotesi di cooperazione colposa dei predetti nella condotta causativa del fatto evento dannoso .."*.

In dottrina, con riferimento ad accettazione del rischio e condotta del danneggiato si veda. A.P. Benedetti *"Infortunio durante una partita di calcetto e responsabilità del custode della struttura sportiva"* Danno e Resp., 2013, 7, 717; P. L. Carbone *"Il comportamento imprudente del danneggiato esclude la responsabilità dell'amministrazione"* Danno e Resp., 2014, 4, 450

(3) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Numerose sono state le Sentenze della Corte Costituzionale e della Suprema Corte che hanno affrontato il tema della definizione e della risarcibilità dei danni non patrimoniali lungo un percorso interpretativo non sempre lineare. Una prima lettura, rispettosa del dato letterale dell'art. 2059 c.c. , prevedeva unicamente il risarcimento del danno non patrimoniale *"solo nei casi determinati dalla legge"* che si sostanzialmente con l'unica previsione espressa di risarcimento del danno non patrimoniale contemplata nell'art. 185 cod. pen. del 1930 per i reati ed il cui contenuto si manifestava nel c.d. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte. Sono soprattutto le vicende degli inizi anni 70 in cui si affermano nuovi protagonismi sociali e spinte egualitarie a cui si aggiunge la rilevante novità dell'introduzione della Responsabilità Civile automobilistica, Legge n. 990 del 24 dicembre 1969, a favorire l'evoluzione del concetto di danno non patrimoniale con l'introduzione e l'articolazione di nuove voci. Preceduta da innovative pronunce delle corti di merito, con la Sentenza n.184 del 14.07.1986 la Corte Costituzionale riconosce il danno biologico negando l'incostituzionalità dell'art. 2059c.c. ed individuando nell'art. 2043c.c. la fonte normativa della sua risarcibilità. Essa infatti afferma che *"l'art. 2059c.c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità del danno biologico, per sé considerato; b) il diritto vivente individua nell'art. 2043c.c. in relazione all'art. 32 cost., la disposizione che permette la risarcibilità, in ogni caso di tale pregiudizio"*. Lungo il solco tracciato dalla Corte Costituzionale, sebbene con richiami dogmatici mutevoli, si collocano le due Sentenze gemelle della Cassazione, Cass. civ. Sez. III, 31-05-2003, n. 8827 e Cass. civ. Sez. III, 31-05-2003, n. 8828. Nella prima si afferma che *"Nel vigente assetto dell'ordinamento nel quale assume posizione preminente la Costituzione, l'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo , il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona"*. Sul piano dogmatico si precisa che *"Volendo far riferimento alla nota distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza (introdotta da Corte Cost. n. 184/86, che ha collocato nella prima figura il danno biologico, ma abbandonata dalla successiva Corte Cost. n. 372/94), si tratta di danno-conseguenza"*. Si prosegue *"Non*

vale pertanto l'assunto secondo cui il danno sarebbe "in re ipsa", nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi invece che dalla lesione dell'interesse scaturiscono, o meglio possono scaturire, le suindicate conseguenze, che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo. Il danno in questione deve quindi essere allegato e provato". Nella seconda sentenza si integra l'orientamento asserendo che "Appare inoltre significativa l'evoluzione della giurisprudenza di questa S.C., sollecitata dalla sempre più avvertita esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, non solo nel patrimonio inteso in senso strettamente economico, ma anche nei valori propri della persona (art. 2 Cost.). In proposito va anzitutto richiamata la rilevante innovazione costituita dall'ammissione a risarcimento (a partire dalla sent. n. 3675/91) di quella peculiare figura di danno non patrimoniale (diverso dal danno morale soggettivo) che è il danno biologico, formula con la quale si designa l'ipotesi della lesione dell'interesse costituzionalmente garantito (art. 32 Cost.) alla integrità psichica e fisica della persona. Non ignora il Collegio che la tutela risarcitoria del cosiddetto danno biologico viene somministrata in virtù del collegamento tra l'art. 2043 e l'art. 32 Cost., e non già in ragione della collocazione del danno biologico nell'ambito dell'art. 2059 c.c., quale danno non patrimoniale e che tale costruzione trova le sue radici (v. Corte Cost., sent. n. 184/1986) nella esigenza di sottrarre il risarcimento del danno biologico (danno non patrimoniale) dal limite posto dell'art. 2059 c.c., (norma nel cui ambito ben avrebbe potuto trovare collocazione, e nella quale, peraltro, una successiva sentenza n. 372 del 1994 della Corte Costituzionale, ha ricondotto il danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria)". Completa nel percorso di riconoscimento, consolidamento e sistematizzazione del danno non patrimoniale la Sentenza della Cass. civ. Sez. Unite, 11-11-2008, n. 26972 nella quale si richiama la nozione di un danno non patrimoniale visto in chiave unitaria riguardante la "lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica". Infatti si chiarisce che "La limitazione alla tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c., né l'art. 185 c.c., parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (lo riconosceva quella giurisprudenza che, nel caso di morte del soggetto danneggiato nel corso del processo, commisurava il risarcimento sia del danno biologico che di quello morale, postulandone la permanenza, al tempo di vita effettiva: Cass. civ. Sez. III, 12-12-2003, n. 19057; n. Cass. civ. Sez. III, 25-02-2004, n. 3806; n. Cass. civ. Sez. III, 09-11-2005, n. 21683." Prosegue chiarendo che, "nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento." In merito alle modalità ed unitarietà con le quali viene risarcito il danno alla persona, Cass. civ. Sez. III, Sent., 17-04-2013, n. 9231, Cass. civ. Sez. III, Sent., 20-11-2012, n. 20292.,

In dottrina numerose sono le riflessioni proposte sul tema: G. Ponzanelli "Tabelle, prova del danno e concezione unitaria del danno non patrimoniale" *Danno e Resp.*, 2013, 6, 595; G. Ponzanelli "Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?" *Danno*

e Resp., 2015, 1, 71; . Ponzanelli *“Non è tanto il danno esistenziale, ma il quantum il vero problema del danno non patrimoniale”* Danno e Resp., 2013, 2, 129; U. Izzo *“Macroeconomia e funzioni della responsabilità civile nella commisurazione del danno non patrimoniale”* Danno e Resp., 2011, 2, 120; P.G. Monateri *“L’ontologia dei danni non patrimoniali”* Danno e Resp., 2014, 1, 55; P.G. Monateri *“La valutazione dei danni non patrimoniali: il criterio della piramide”* Danno e Resp., 2005, 2, 121; S. Wunsch *“La tipizzazione dei nuovi danni non patrimoniali tra spunti giurisprudenziali e riscontri comparatistici”* Danno e resp., 2006, 10, 944; A. De Mauro *“L’armonizzazione delle regole sul risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza”* Giur. It., 2005, 11; P.G. Monateri *“Il danno esistenziale arriva in Cassazione”* Danno e Resp., 2000, 8, 9, 835; G. Ponzanelli *“Il controllo della Cassazione su quantum del risarcimento”* Danno e Resp., 2014, 1, 27;

IL COMMENTO

1. Premessa

Le considerazioni che vengono sotto proposte sono ben consapevoli che l’estensore della Sentenza affianca con successo, alla sua professione di magistrato, una brillante attività di giurista con pubblicazioni e riflessioni che hanno tra l’altro diretta attinenza con il caso in esame.

In particolare ha pubblicato *“Il concorso di colpa del danneggiato”* Milano 2007, in cui assume un posizione dottrinale sulla natura dell’art. 1227c.c. minoritaria rispetto a quella maggioritaria che vi legge una duplice causalità, materiale 1° comma e giuridica 2° comma rifiutando *“la summa divisio”* (articolo proposto durante il corso 2014/2015 dal Prof. Umberto Izzo *“Il 2051 e il suo paradigma esplicativo: cosa cambia nel passaggio dalla colpa alla responsabilità oggettiva”*).

Di particolare pregnanza dottrinarie la riflessione con P. Cendon *“Verso una nuova stagione (esistenzialista) del Diritto Privato”* Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247; con atteggiamento critico verso la *“riunificazione”* delle voci di danno non patrimoniale; inoltre diverse sono le riflessioni proposte in merito alle Sentenze della S.C. che hanno avuto come oggetto di pronuncia il *“Danno non patrimoniale”*.

2. Introduzione

L’esame della Sentenza assegnata permette di riflettere su alcune nozioni e concetti che costituiscono aspetti di sicuro rilievo nell’ambito della Responsabilità Civile ben oltre il caso in sé narrato nella pur breve, ma poliedrica pronuncia.

L’articolo 2051c.c. in cui *“Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che non provi il caso fortuito”* ha storia antica affondando le proprie radici nel Code Napoleon, art. 1384 e nel codice civile del 1865 all’art. 1153, comma 1°, c.c. che rendeva ciascuno *“obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia”*.¹

Inoltre mutuando un’interpretazione d’oltralpe si riteneva che l’applicazione della norma dovesse essere circoscritta ai soli danni cagionati da cose intrinsecamente pericolose o *<seagenti>*, in contrapposizione alle cose innocue o inerti.²

¹ *“Si che la responsabilità assume, nelle origini, i tratti caratteristici della responsabilità indiretta, in forza di una presunzione in capo al custode, vincibile solo con la prova del fortuito.”* G. Belli *“Cose in custodia: incendio, caso fortuito e aggravamento della prova liberatoria”* Resp. civ., 2012, 3, 222

² N.Rizzo *“Profili della responsabilità da cose in custodia”* Nuova Giur. Civ., 2006, 3,302

Tuttavia sia dottrina e che giurisprudenza già risalente hanno escluso che potesse trovare fondamento siffatta distinzione nell'applicazione della disciplina sulla responsabilità da cose in custodia.

L'interpretazione della norma ha vissuto un'evoluzione giurisprudenziale che ha seguito il percorso del ruolo della colpa nella responsabilità civile; da criterio di imputazione quasi esclusivo a criterio tra i criteri in via via emergono forme di responsabilità oggettive, speciali ed aggravate.

La natura di responsabilità oggettiva dell'art. 2051c.c. trova oggi consolidata e maggioritaria Giurisprudenza³ e nella stessa dottrina minoritaria che rinviene una imputazione colposa dell'articolo, questa posizione appare sempre più come delle isolate riflessioni.⁴

Nel passato non sempre giurisprudenza e dottrina avevano una posizione condivisa sulla natura dell'art. 2051c.c. e più volte sono emerse soluzioni interpretative alternative tra natura soggettiva e oggettiva.

L'orientamento più risalente rinveniva il fondamento della responsabilità della norma nel non diligente esercizio di un dovere di custodia e pertanto la qualificava come responsabilità oggettiva per colpa presunta.

Parallelamente nella dottrina classica si riteneva che tale norma fosse espressione del cd. principio di autoreponsabilità, che imporrebbe ai potenziali danneggiati doveri di attenzione e diligenza. Si ravvisava, così, nella norma una prescrizione di comportamento, volta a garantire la prevenzione dei danni, attraverso l'imposizione, ai possibili danneggiati, di doveri di attenzione e diligenza⁵.

Il più recente orientamento ritiene invece che tale responsabilità abbia natura oggettiva in quanto la "dannosità" della cosa non starebbe nella colpa nella custodia, ma piuttosto nel rischio da custodia generando quindi una "presunzione di responsabilità" anziché una "presunzione di colpa".

La S.C. ha esplicitato questo paradigma esplicativo sulla natura della norma chiarendo che *"Il profilo del comportamento del responsabile è di per sé estraneo alla struttura della normativa; né può esservi reintrodotta attraverso la figura della presunzione di colpa per mancata diligenza nella custodia, giacché il solo limite previsto dall'articolo in esame è l'esistenza del caso fortuito ed in genere si esclude che il limite del fortuito si identifichi con l'assenza di colpa. Va, quindi, affermata la natura oggettiva della responsabilità per danno di cose in custodia. La dottrina parla, al riguardo, di "rischio" da custodia, più che di "colpa" nella custodia ovvero, seguendo l'orientamento della giurisprudenza francese di "presunzione di responsabilità" e non di "presunzione di colpa".⁶*"

³ Cass. 29.11.2006, n. 25243 *"ai sensi dell'art. 2051c.c. la responsabilità per danni ha natura oggettiva, in quanto si fonda sul mero rapporto di custodia, cioè sulla relazione intercorrente fra la cosa dannosa e colui il quale ha l'effettivo potere su di essa (come il proprietario, il possessore o anche il detentore) e non sulla presunzione di colpa, restando estraneo alla fattispecie il comportamento tenuto dal custode"*.

⁴ D. Poletti *"Il danno risarcibile"* Giuffrè Editore

⁵ Particolarmente interessante il percorso delineato da, D. Calcaterra *"Il dinamismo della cosa nella responsabilità da custodia"* Resp. civ., 2006, 8-9, 720, nella "disputa dogmatica" che si rinviene attraverso le sentenze della Giurisprudenza di legittimità. Richiama anche la posizione di una parte minoritaria della dottrina che ha sostenuto il configurarsi di un *"modello intermedio fra le due forme di responsabilità oggettiva e soggettiva, così che dovrebbe ritenersi ammissibile una limitata indagine sulla condotta tenuta dal custode nell'ambito del suo potere di vigilanza e controllo sulla cosa custodita, nel senso che il custode potrebbe andare esente da responsabilità ogniqualvolta dimostri (non solo di aver agito con diligenza, bensì, di più) di avere posto in essere tutti gli accorgimenti necessari per potere evitare l'evento dannoso."*

⁶ Cass. civ. Sez. III, 19-02-2008, n. 4279,

Il forte sviluppo nella richiesta di utilizzo dell'art. 2051c.c. in rapporti sociali improntati peraltro a crescente "litigiosità", ha indotto la Giurisprudenza ad introdurre delle soluzioni giurisprudenziali che non producessero degli automatici meccanismi di risarcimento danno in ragione del "contatto" pregiudizievole con la cosa valutando sempre più anche la condotta del danneggiato nella produzione dell'evento lesivo.

Questo orientamento ha implicitamente voluto ribadire la funzione compensativa della Responsabilità Civile cercando di evitare di "premiare" condotte sociali superficiali e deresponsabilizzanti se non addirittura opportunistiche.

Lo strumento privilegiato per il "contenimento" alla crescente invocazione dell'art. 2051c.c., per gli effetti negativi che viene a prodursi a livello sociale quanto nelle relazione tra persone, risiede a mio avviso nel ricorso ricorrente, all'articolo 1227c.c. "concorso nel fatto del debitore" che ristabilisce di fatto un contrappeso alla altrimenti espansiva ed illimitata applicazione della responsabilità oggettiva.

In alternativa, il comportamento del danneggiato viene in rilievo attraverso una "elastica" e "espansiva" interpretazione del caso fortuito per cui in esso si fa rientrare anche la condotta del danneggiato stesso e tale condotta diviene causa dell'interruzione del nesso eziologico tra cosa e fatto dannoso esonerando in tal modo dalla responsabilità il custode della cosa.

La sentenza in rassegna offre nella semplicità del caso valutato questi spunti di analisi.

3. L'equilibrismo argomentativo della sentenza in commento

La ricostruzione del fatto non presenta a mio avviso delle particolari lacune riuscendo a comporre nello scorrere della sentenza un quadro sufficientemente esauriente del contesto generativo dell'evento pur palesando una non chiarita indicazione dell'ora dell'accadimento: utile elemento per valutare con maggiore precisione il comportamento del danneggiato.

Infatti non si può ignorare che l'evento dannoso avvenuto a tarda sera, come pare intuirsi dal ritrovarsi abitualmente di un gruppo d'amici che presumibilmente durante la giornata fossero impegnati nei rispettivi lavori, può assumere certamente un rilievo laddove i locali siano illuminati dalla luce artificiale e che pertanto il pur conosciuto locale poteva presentare delle "insidie" maggiori rispetto ad altri momenti della giornata.

A me pare che la Sentenza contenga la problematicità del difficile e mobile equilibrio tra la consolidata natura della responsabilità oggettiva dell'art. 2051c.c. con la natura soggettiva dell'art. 1227c.c..

Il passaggio che a mio avviso ben rappresenta questa tensione, l'impossibilità di ingabbiare i risultati dell'azione del soggetto benché l'origine dell'evento sia da imputare alla cosa inerte, ancorché dotata di implicito dinamismo⁷, risulta essere quello in cui viene mosso rimprovero al danneggiato con imputazione delle colpa (aggravata) per non aver tenuto conto "dalla mancanza di qualsiasi misura precauzionale (tappeto gommato, strisce antisdrucchiolo) idonea a prevenire la scivolosità del pavimento". A rimarcare la condotta superficiale del danneggiato la sentenza prosegue affermando che

⁷ "Dottrina e Giurisprudenza sono concordi nell'affermare che la res può essere anche, in sé, inerte e priva di dinamismo proprio. Invero, anche per essa sussiste il dovere di custodia e controllo, allorché il fortuito ed il fatto dell'uomo possono prevedibilmente intervenire, come causa esclusiva o come concausa, nel processo obiettivo di produzione dell'eventus damni, eccitando lo sviluppo di un agente, di un elemento o di un carattere che conferiscono alla cosa l'idoneità al nocumento." (...) "Analogamente, non si richiede che il bene presenti una certa pericolosità attuale o potenziale: anche cose normalmente innocue, infatti, possono costituire fonte di danno; ciò che rileva è, piuttosto, l'idoneità della res al nocumento, intesa come attitudine a produrre lesioni a persone o a cose." G. Belli "Cose in custodia: incendio, caso fortuito e aggravamento della prova liberatoria" Resp. civ., 2012, 3, 222

“tale mancanza escludeva qualsiasi ragionevole affidamento nella sicurezza dei luoghi di causa. L’attore avrebbe quindi dovuto prestare maggiore attenzione per accertarsi circa la scivolosità del pavimento”.

Benché non siano mancate autorevoli pronunce della Suprema Corte nelle quali veniva evidenziato come un pericolo percepibile dal danneggiato dovesse indurlo ad assumere conseguentemente un comportamento prudente alle circostanze della specifica situazione, mi permetto di esprimere dissenso nell’attribuire la responsabilità in capo al fruitore di una struttura aperta al pubblico per le macroscopiche e protratte irregolarità commesse dal gestore/proprietario dell’impianto sportivo nell’adozione delle misure cautelari.

Contraddittorio a me pare l’imputare la colpa alla parte attrice per aver “accettato” le anomalie in cui si trovava lo spogliatoio continuando a frequentarlo settimanalmente e non ritenere viceversa come responsabile il gestore dell’impianto sportivo per aver lungamente trascurato le più elementari regole di sicurezza che attendono all’esercizio di una struttura aperta al pubblico e costantemente utilizzata.

Le normative a cui sono sottoposte le strutture aperte al pubblico prevedono che il pavimento debba avere pendenza sufficiente per avviare rapidamente i liquidi verso i punti di raccolta e scarico e devono essere fissi, stabili e antisdruciolevoli.⁸

Per cui a mio avviso pare paradossale addebitare sul terzo fruitore della struttura le “anomalie” della cosa richiamando l’art. 1227c.c. per giungere ad una “salomonica” divisione della responsabilità.

Del timore delle conseguenze nella vita “pratica” e “reale” che produrrebbe l’interpretazione oggettiva dell’art. 2051c.c. senza tener conto comunque dell’imputazione soggettiva per colpa del danneggiato si coglie, a mio parere, nel passaggio in cui si afferma che *“è dato di comune esperienza che spesso la visibilità dell’anomalia della cosa e della connessa pericolosità è direttamente proporzionale alla mancanza o insufficienza di misure preventive”* per cui *“se si ritenesse la semplice visibilità dell’anomalia della res sufficiente a ravvisare il caso fortuito, si finirebbe per rendere esente da responsabilità che si allontana maggiormente dal modello di comportamento auspicato dall’art. 2051c.c.”* per cui si esclude il caso fortuito e si ribadisce la natura oggettiva della norma e tuttavia contemporaneamente la stessa anomalia della cosa che conferma il rapporto causale tra cosa ed evento dannoso viene utilizzata per sostenere il ricorso all’art. 1227c.c. onde trasferire una parte di responsabilità al danneggiato.

Responsabilità che viene attribuita al danneggiato nonostante abbia assunto una condotta di ordinaria diligenza, superiore alla minima diligenza che si ha quando una qualsiasi persona in normali condizioni psico-fisiche rendendosi conto del pericolo lo avrebbe evitato poiché altrimenti la sua condotta si sarebbe qualificata come caso fortuito sufficiente quindi ad elidere il nesso causale tra cosa e fatto; l’ordinaria diligenza richiamata per escludere il caso fortuito viene richiamata a sua volta per escluderla nel concreto agire (“presenza di acqua saponata sul pavimento” e quindi necessità di prestare maggiore attenzione) della parte attrice e quindi applicando l’art. 1227c.c..

A me pare tra l’altro non in sintonia con la Sentenza⁹ dove la pericolosità viene interpretata in modo opposto da quello della sentenza in esame; meno pericolosa è la cosa, maggiore è l’attenzione da prestare. Infatti si afferma *“.. il giudizio sull'autonomia idoneità causale del fattore esterno ed estraneo a produrre l'evento deve in ogni caso essere adeguato alla natura ed alla pericolosità della cosa, sicché tanto meno essa è*

⁸ D. legs. 19 settembre 1994, n. 626, DM236 e Testo Unico 81/2008

⁹ Cass. civ. Sez. III, Sent., 24-02-2011, n. 4476

intrinsecamente pericolosa, tanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato ..”.

Una argomentazione quale quella ricavata nella sentenza in commento che si propone di coinvolgere nella responsabilità del fatto dannoso il danneggiato/creditore, suscita alcuni interrogativi relativamente al diritto, alla funzione della responsabilità civile e alla concreta condotta da tenersi nella vita quotidiana.

Innanzitutto ritengo che in chi usufruisca di una struttura gestita da un “operatore professionale” sia legittimo riporre un affidamento circa l’idoneità della struttura a fornire in sicurezza il servizio reso e ciò a prescindere dalla sussistenza di un rapporto contrattuale o meno (nella sentenza questo aspetto non viene affrontato benché sia presumibile che vi possa essere un’obbligazione contrattuale). Va censurata quindi a mio avviso ogni tentativo di “colpevolizzare” la condotta non abnorme del danneggiato il quale assuma un ordinario contegno (riconosciuto nella sentenza).

In secondo luogo, portando alle estreme conseguenze l’argomentazione proposta dal Giudice, il danneggiante parrebbe maturare un “diritto” che viene sempre più a consolidarsi nel tempo a non rispettare la puntuale normativa del settore oltre che le elementari e note regole di prudenza che dovrebbero indurre, prima ancora che il fruitore di una struttura chiusa ed accessibile ai solo titolari, il gestore/responsabile della cosa ad attivarsi per dotare prontamente la stessa di quei indispensabili accorgimenti che evitino di trasformarla da cosa altrimenti inerte in cosa pericolosa.

Infine sul piano della analisi economica del diritto assisteremo ad un fenomeno “perverso”: la convenienza economica (“risparmio/profitto”) a non investire in sicurezza oltre un certo livello, stante l’impossibilità di prevenire tutti i possibili accadimenti dannosi e per gli esorbitanti costi che ciò comporterebbe, viene tuttavia controbilanciata dal rischio d’essere chiamati a rispondere dei danni prodotti della cosa in sé con conseguenti esborsi monetari.

Nel caso in rassegna colui che non investe in sicurezza sopportando un aggravio monetario, ottenendo dunque un risparmio che si traduce in un profitto, viene altresì premiato con un ulteriore vantaggio economico che deriva dal risparmio del non dovere ristorare per intero il pregiudizio arrecato al terzo/danneggiato.

Pur analizzata in termini critici la sentenza in commento presenta comunque ampie analogie con casi già precedentemente affrontati dalla Giurisprudenza di legittimità giungendo alle medesime conclusioni attraverso il combinato disposto degli art. 2051c.c. e dell’art. 1227c.c.

4. Evoluzione interpretativa dell’art. 2051 c.c. e rapporto con l’art.1227 c.c.

L’interpretazione dell’art. 2051c.c. secondo il criterio dell’imputazione oggettiva con l’espulsione del criterio della colpa nel valutare la condotta del danneggiante, ponendo l’elemento della causalità come strumento per identificare la responsabilità, impone di ricorrere ad espedienti operativi/interpretativi che introducono in modo non coerente la colpa per valutare il profilo sia del danneggiante che del danneggiato fornendo in tal modo ampia discrezionalità al giudice nella valutazione del caso.

La sentenza in esame, nelle ragioni della decisione, evidenzia un forte intreccio tra le due norme e, a mio avviso, il rapporto tra i due articoli si manifesta sempre più dialettico con l’evolversi dell’interpretazione a cui è stato sottoposto l’articolo 2051c.c.. Anche per l’art. 1227c.c., quale norma che subordina la riduzione del risarcimento dei danni alla presenza di un fatto colposo del creditore, sono state prospettate due opposte interpretazioni.

La dottrina tradizionale, tra questi anche il Prof. Trimarchi, con qualche seguito nella giurisprudenza meno recente riteneva che venisse *“in rilievo la colpa così come definita tradizionalmente nel nostro ordinamento, quale insieme di elementi oggettivi e soggettivi Nell'ipotesi di concorso del danneggiato, egli deve sopportare quella parte delle conseguenze negative che derivano dalla sua condotta, ma solo in quanto una colpa gli sia attribuibile: ovvero, quando abbia agito con uno stato d'animo riprovevole. La disposizione in esame sarebbe, dunque, espressione di un principio di autoreponsabilità, che comporta che il danneggiato subisca le conseguenze della propria condotta, qualora essa costituisca violazione delle norme di diligenza. Si inducono, in tal modo, i consociati a tenere una condotta previdente, a favore di un miglior funzionamento del sistema della responsabilità: il fatto che i potenziali danneggiati contribuiscano alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirli rende, infatti, meno gravoso il compito preventivo che spetta a ciascuno nei confronti degli altri”*.¹⁰

Dottrina più recente e giurisprudenza prevalente concordano nell'affermare viceversa che la lettera della disposizione dell'art. 1127 c.c. *“non costituisce un mezzo risolutivo di interpretazione, poiché – escluso che la colpa di cui al 1° co., c.c. debba essere intesa in senso tecnico – di essa non esiste un'univoca accezione: più corretto sarebbe, dunque, interpretare la norma alla luce dello scopo e dell'utilità che essa ha nel sistema. In linea con queste premesse metodologiche, gli interpreti ricordano come l'accertamento giudiziale della responsabilità comporti, in primo luogo, la valutazione della sussistenza di un nesso causale tra la condotta dell'agente e l'inadempimento (o il danno-evento): il debitore risponde dell'evento in quanto con il suo comportamento vi abbia dato causa. Tale soggetto, dunque, non deve rispondere di tutto il danno, quando alla sua produzione abbia concorso il creditore, poiché non può farsi carico al danneggiante di quella parte del danno che non sia stata da lui cagionata. Questa regola è esplicitata dall'art. 1227, 1° co., c.c., che, in applicazione del principio di causalità, prevede la riduzione dell'obbligo risarcitorio facente capo al debitore «di quantità corrispondente all'entità causale del comportamento del danneggiato.”*¹¹

Parimente importante risulta il percorso giurisprudenziale con cui l'art. 2051 c.c. viene prima interpretato con il criterio dell'imputazione soggettiva per poi approdare ad una lettura fondata sull'imputazione oggettiva.

Sentenza risalente¹², nel richiamare a valutazione la condotta del danneggiato, che deve essere ispirata *“dal dovere di usare la cosa con la necessaria diligenza”*, al fine di accertare la sussistenza del caso fortuito, nel sottolineare comunque l'obbligo di custodia in capo al custode posto dall'art. 2051 c.c., manifestava di aderire alla responsabilità secondo il criterio dell'imputazione soggettiva affermando *“in materia di danni cagionati a terzi dalla violazione dell'obbligo di custodia della cosa, il comportamento colposo dello stesso danneggiato integra il caso fortuito - che esonera da colpa il danneggiante - ovvero la diversa ipotesi, prevista dal primo comma dell'art. 1227 c.c. ed applicabile anche in caso di responsabilità presunta del custode (sez. III, 26 aprile 1994, n. 2957) secondo che esso, rispettivamente, escluda la colpa del danneggiante o con essa concorra.”*

¹⁰ D. Senocrate *“Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, 1° co., c.c. tra vecchi e nuovi problemi”* Obbl. e Contr., 2011, 8-9, 611.

¹¹ D. Senocrate *“Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, 1° co., c.c. tra vecchi e nuovi problemi”* Obbl. e Contr., 2011, 8-9, 611.

¹² Cass. civ. Sez. III, 28-10-1995, n. 11264.

Viene successivamente interpretata con il criterio dell'imputazione oggettiva la responsabilità del custode nella sentenza¹³ in cui si sostiene che *“A fronte di questo orientamento giurisprudenziale, che individua nella norma in questione un caso di presunzione di colpa, per cui il fondamento della responsabilità sarebbe pur sempre il fatto dell'uomo (nella specie del custode), che è venuto meno al suo dovere di controllo e vigilanza perché la cosa non abbia a produrre danni a terzi, la dottrina e la giurisprudenza più recente ritengono che il comportamento del responsabile è estraneo alla fattispecie e fanno quindi giustizia di quei modelli di ragionamento che si limitano ad accertare la colpa del custode, sia essa presunta o meno, parlando in proposito di caso di responsabilità oggettiva (Cass. 20 maggio 1998, n. 5031; Cass. 17 gennaio 2001, n. 584; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2331)”*.

A mio parere il mutare del criterio dell'imputazione della responsabilità dell'art. 2051 c.c., non può tuttavia escludere la valutazione della condotta dei soggetti coinvolti nelle circostanze concrete della realtà e pertanto “ciò che è uscito dalla porta, la colpa, viene reintrodotto dalla finestra con l'art. 1227c.c. confermando la necessità della giurisprudenza di evitare nel concreto operare il richiamarsi all'autosufficienza delle nozioni e dei concetti.

Ritengo infatti che il passaggio negli anni da una concezione dell'art. 2051 c.c. legato alla all'imputazione soggettiva per colpa ad una interpretazione che ha il proprio fondamento nella responsabilità oggettiva, dovendo necessariamente tener conto anche della condotta del danneggiato, il richiamo all'art. 1227c.c. diviene inevitabile per permettere di valutare il concreto agire del soggetto alla circostanza puntuale del caso. In altre parole con il delimitare il perimetro della responsabilità al solo “manifestarsi” della natura della cosa annullando la condotta del responsabile della stessa ed esternalizzando l'interruzione del nesso eziologico tra cosa e fatto, il rischio di una totale irresponsabilità del danneggiato per i suoi comportamenti richiede che il sistema temperi questo legame “pavloviano” tra cosa e fatto ricorrendo all'art. 1227 c.c. in cui viene attribuita rilevanza anche al comportamento del creditore.

L'articolo 1127c.c. diviene quindi lo strumento operativo che valuta il concreto comportamento del soggetto danneggiato bilanciando il fatto in sé con l'azione di chi, non sino a quel momento, alcuna relazione aveva con la cosa.

A me pare di poter aderire a quella parte di dottrina che ha rinvenuto nel principio sia di autoresponsabilità che di equità il fondamento dell'art. 1227c.c.. Già la Corte Costituzionale nella Sentenza n. 156/99 aveva richiamato il principio di autoresponsabilità che impone, in quel caso, agli utilizzatori di beni pubblici l'onere di prestare la dovuta attenzione al fine di preservare la propria incolumità.

Negli anni successivi all'entrata in vigore del Codice Civile la Giurisprudenza ritiene che il criterio di imputazione della responsabilità che si rinviene nell'art. 2051c.c., nella sua intima natura, sia la presunzione di colpa che si basa sul concetto di prevedibilità; il custode si può liberare dalla colpa nella misura in cui riesce a dimostrare che ha fatto quanto da lui esigibile. In capo al custode quindi l'onere di fornire la prova di aver potuto prevenire il danno; interpretazione in cui si rimane fedele al paradigma concettuale di colpa, ma vi è inversione della prova (colpa presunta).

Rompe il modello esplicativo della responsabilità per colpa la riflessione del Prof. Trimarchi il quale nel 1961 pubblica “Rischio e Responsabilità Oggettiva” che diverrà punto di riferimento per le successive elaborazioni dottrinali.

Tra i primi in Italia ad applicare l'analisi economica al diritto ritiene che l'esercizio di attività comporti necessariamente una responsabilità oggettiva nel caso del verificarsi

¹³ Cass. civ. Sez. III, 10-02-2003, n. 1948.

del danno secondo il principio “*eius commoda eius et incommoda*”; l’attività comporta di per sé dei rischi non eliminabili che vengono ripartiti nella società.

La responsabilità oggettiva risponde alla legge dei grandi numeri per cui il caso fortuito è solamente quell’evento talmente abnorme che non rientra nemmeno nel calcolo economico dell’agente razionale.

L’orientamento della Giurisprudenza muta col finire degli anni 80’, inizio anni 90’ e viene affermandosi un’interpretazione della responsabilità oggettiva in cui viene espunto dalla norma l’elemento della prevedibilità su cui si reggeva l’imputazione per colpa.

Si consolida prima in dottrina e poi nella Giurisprudenza un orientamento per cui “*il comportamento del responsabile (della cosa) è estraneo alla fattispecie e fa quindi giustizia di quei modelli di ragionamento che si limitano ad accertare la colpa del custode, sia essa presunta o meno, parlando in proposito di caso di responsabilità oggettiva. Solo il <fatto della cosa> è rilevante (e non il fatto dell’uomo). (...) Ritiene questa Corte di aderire a detto ultimo orientamento*”¹⁴.

Salvo una breve parentesi con la Sentenza¹⁵ in cui si reimposta l’interpretazione della norma sull’onere della prova dove, diversamente dall’art. 2043c.c., incombe sul danneggiante onere probatorio qualificando tale fattispecie come ipotesi di responsabilità aggravata, i giudici di legittimità riconfermano la natura dell’art. 2051c.c. affermando che “*la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo e, perché possa configurarsi in concreto, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato ..*”.

Espunta la colpa come criterio di imputazione della responsabilità viene in rilievo la causalità, la quale presenta degli aspetti di criticità come criterio selettivo della responsabilità poiché sempre vi è causalità materiale, pena il non verificarsi dell’evento dannoso, e quindi necessariamente si ricorre a quella giuridica con aspetti tuttavia di problematicità e di coerenza sistematica.

Infatti la causalità giuridica diviene il “grimaldello” per aggirare l’interpretazione oggettiva dell’art. 2051c.c. e “convogliare” sul danneggiato le conseguenze dell’evento dannoso non imputabili al responsabile della cosa prospettandosi due percorsi argomentativi: il primo che attribuisce piena responsabilità al danneggiato per cui questi interrompe il nesso eziologico tra cosa e fatto dannoso (10); il secondo che non ravvisando il caso fortuito e quindi riconfermando la responsabilità da cose in custodia, tuttavia “coinvolge” il danneggiato nella gravità ed entità delle conseguenze attraverso l’art. 1227c.c.;

Risulta quindi importante valutare la condotta del danneggiato ai fini dell’imputazione della responsabilità e del concorso alla causazione dell’evento. Al riguardo la giurisprudenza afferma che “*il comportamento colposo del danneggiato può, in base ad un ordine crescente di gravità, o atteggiarsi a concorso causale colposo valutabile ai sensi del primo comma dell’art. 1227 cod. civ. ovvero addirittura escludere il nesso causale tra cosa e danno e, con esso, la responsabilità del custode, integrando gli estremi del caso fortuito rilevante a norma dell’art. 2051c.c..*”¹⁶.

Tuttavia il rischio di una tale impostazione è quello di “consentire” al Giudice di offrire un percorso argomentativo nella adozione della decisione meno ancorato a criteri che siano in grado di scorgere lo scarto tra modelli ideali di precauzione e reali condotte del danneggiato; scarto più facilmente rilevabile con il criterio di imputazione legato alla colpa. Gli espedienti pratici per dosare il diverso livello di responsabilità dei soggetti

¹⁴ Cass. civ. Sez. III, 20-08-2003, n. 12219.

¹⁵ Cass. civ. Sez. III, 20-02-2006, n. 3651.

¹⁶ Cass. civ. Sez. III, Sent., 20-01-2014, n. 999.

coinvolti nella relazione tra cosa ed evento non mancano, come non mancano le regole operazionali che ne permettono un adattamento ai casi specifici a prescindere delle impostazioni teoriche¹⁷.

5. Il danno non patrimoniale come interpretato e liquidato nella sentenza in commento

La Sentenza in esame aderisce all'orientamento consolidatosi nel corso dell'ultimo decennio, che, pur riconoscendo natura composita al danno non patrimoniale, ne prevede tuttavia l'unitarietà precludendone la duplicazione del risarcimento.

Rilevante in questo senso è stata la pronuncia della S.C. che ha affermato: *“la categoria generale di danno non patrimoniale - che attiene alla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da valore di scambio - presenta natura composita, articolandosi in una serie di aspetti (o voci) aventi funzione meramente descrittiva, quali il danno morale (identificabile nel patema d'animo o sofferenza interiore subiti dalla vittima dell'illecito, ovvero nella lesione arrecata alla dignità o integrità morale, quale massima espressione della dignità umana), quello biologico (inteso come lesione del bene salute) e quello da perdita del rapporto parentale definito anche esistenziale (costituito dallo sconvolgimento delle abitudini di vita del soggetto danneggiato), dei quali - ove essi ricorrano cumulativamente - occorre tenere conto in sede di liquidazione del danno, in ossequio al principio dell'integrante del risarcimento, senza che a ciò osti il carattere unitario della liquidazione, da ritenere violato solo quando lo stesso aspetto (o voce) venga computato due (o più) volte sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni”*¹⁸.

La sentenza in esame riconosce esclusivamente il danno biologico in quanto “non vi sono i presupposti per procedere alla personalizzazione della liquidazione, non essendovi prova né di pregiudizi di tipo esistenziale, concernenti aspetti relazionali della vita, eccedenti quelli da intendersi già ricompresi nella voce biologica”.

A sostegno della decisione viene richiamata la sentenza¹⁹ nella quale in *obiter dictum* si asserisce *“Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno” e proseguendo aggiunge che determinerebbe una duplicazione di risarcimento “la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suindicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza”*.

Sempre nella medesima sentenza si afferma *“Possono costituire solo “voci” del danno biologico nel suo aspetto dinamico, nel quale, per consolidata opinione, è ormai assorbito il c.d. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti*

¹⁷ Durante il corso di Responsabilità civile, il Prof. Izzo ha ben evidenziato le aporie prodotte dalla lettura in senso oggettivistico dell'art. 2051 c.c. da parte della Giurisprudenza di legittimità e dei possibili effetti critici che tale adesione può comportare. L'espungere la colpa quale elemento costitutivo della fattispecie comporta la necessità di valorizzare in via esclusiva la causalità che tuttavia non può che essere quella giuridica in quanto quella materiale risulta coesistente al verificarsi dell'evento dannoso. Tuttavia questa impostazione depone in capo al Giudice uno strumento piuttosto elastico con la conseguenza di renderlo più libero nell'accertamento del fatto per cui essendo le valutazioni, se adeguatamente motivate, insindacabili in sede di legittimità conferiscono al Giudice un ampio potere discrezionale.

¹⁸ Cass. civ. Sez. III Sent., 23-01-2014 n. 1361.

¹⁹ Cass. civ. Sez. Unite, 11-11-2008, n. 26972.

aspetti relazionali della vita, conseguenti a lesioni dell'integrità psicofisica, sicché darebbe luogo a duplicazione la loro distinta riparazione”.

Ritengo convincente la linea interpretativa assunta dal Giudice Natalino Saponi nella sentenza in rassegna che offre altresì spunti di riflessione sulla evoluzione della natura del danno patrimoniale e della sua quantificazione.

6. Danno non patrimoniale: evoluzione e ampliamento delle voci di danno

La categoria del danno non patrimoniale nel corso degli ultimi decenni ha esteso notevolmente l'area della risarcibilità del danno in conseguenza dell'inclusione di nuove sfere di tutela riconducibili alla lesione di nuovi diritti che sono stati individuati soprattutto attraverso una lettura costituzionalmente orientata con richiamo ai diritti fondamentali ed inviolabili della persona.

In particolare l'art. 2059c.c. è stato sottoposto a profonda revisione interpretativa tanto che da unico riferimento normativo del danno non patrimoniale è stato affiancato da rilevante e notevole attività giurisprudenziale per cui *“il perimetro del danno non patrimoniale è quindi cresciuto a dismisura”*²⁰.

La stessa definizione di danno non patrimoniale risente, in virtù delle profonde novità giurisprudenziali succedute, di difficile espressione tanto che inizialmente coincidente con il danno morale soggettivo *“è oggi secondo taluni, declinabile solo al plurale e definibile in negativo”*²¹; si può comunque convenire attorno alla definizione di danno prodotto dalla lesione d'interessi alla persona non connotati da elementi di natura economica-patrimoniale.

Danno non patrimoniale applicato ed interpretato a lungo come danno legato soprattutto alla sola sofferenza soggettiva patita ai sensi dell'art. 185 cod. pen., la profonda estensione dell'area della risarcibilità con la moltiplicazione delle sue voci ha finito per porre il problema del rischio della duplicazione delle sue componenti superando *“il principio di integrale riparazione del danno”*²².

L'interpretazione giurisprudenziale consolidata, ma non manca chi esprime un diverso orientamento (Sentenza Scarano), per contenere il concreto rischio di risarcire un quantum superiore al danno verificatosi ricorre alla categoria unitaria di danno in quanto assorbente il pregiudizio arrecato alla persona nella sua unicità.

Tale orientamento, a me pare, sembra voler sintetizzare e consolidare un “fecondo” fenomeno trentennale di giurisprudenza creativa che partendo dai casi concreti affrontati soprattutto dalle corti di merito ha consentito di adeguare la responsabilità civile ai nuovi sviluppi sociali che si sono manifestati soprattutto con lo sviluppo economico che ha “incluso” a pieno titolo ampie fasce di popolazione nel circuito economico e giuridico.

Il legislatore del 1942 figlio non solo di quella fase istituzionale, ma anche economica e dottrinale, aveva davanti a sé un modello “statico” di società, di relazioni interpersonali, per cui ben poteva individuare nell'art. 2059c.c. l'unico strumento risarcitorio per i danni non patrimoniali.

La sentenza del Tribunale di Genova del maggio 1974 con cui si afferma che il danno biologico è nato per garantire un pari trattamento risarcitorio a fronte di lesioni della salute di pari entità, segna un punto di svolta nella concezione del danno non patrimoniale che diviene una categoria elastica in grado di adattarsi al nuovo contesto sociale.²³

²⁰ G. Ponzanelli “Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?” *“Danno e Resp.”*, 2015, 1, 71

²¹ D. Poletti *“La responsabilità e il danno”* Giuffrè Editore

²² G. Ponzanelli “Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?” *“Danno e Resp.”*, 2015, 1, 71

²³ C. Bona *“Computare la componente non patrimoniale del danno alla persona”*.

La Sentenza²⁴ nella quale *“il giudice deve garantire uniformità pecuniaria di base (lo stesso tipo di lesione non deve essere valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto), ma anche elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione all’effettiva incidenza della menomazione sulle attività della vita quotidiana. Conseguentemente, nella liquidazione del danno alla persona, deve si garantire, da un lato, proporzione e cioè parità di trattamento e, dall’altro, personalizzazione in relazione alle peculiarità del caso concreto accertate nel processo”*, costituisce il fondamento da cui trarranno successivamente spunto le importanti sentenze della Cassazione nel quinquennio 2003/2008.

Al tempo stesso l’orientamento maturato negli anni e consolidatosi in particolare nella importante Sentenza della Cassazione denominata “San Martino” a me pare segnare, non solo un punto fermo della precedente attività giurisprudenziale indicando un indirizzo interpretativo consolidato, ma contenere anche le “spinte” preoccupate di chi vi legge gli alti costi economici a carico della collettività attraverso la mediazione della responsabilità civile.

I crescenti rischi in cui incorrono i soggetti/persone nelle società odierne divenendo sempre più potenziali agenti di danni verso terzi ha favorito il crescere del ruolo di soggetti professionali in grado di farsi carico, in virtù dei grandi numeri, della risposta economica agli eventi dannosi che si manifestano.

Orbene se apparentemente la riallocazione delle risorse finanziarie appare semplicemente una partita di giro tra danneggiante e danneggiato intermediata prevalentemente dall’Assicurazione, in realtà l’obbligatorietà del fenomeno assicurativo oltre che la sua implicita “utilità/necessità” coinvolgono in realtà l’intera platea degli assicurati e larga parte della popolazione per cui sono tutti chiamati a “compartecipare” al risarcimento degli eventi dannosi attraverso i premi assicurativi corrisposti alle Assicurazioni.

Il legislatore, più volte sollecitato, recentemente è intervenuto direttamente in alcuni settori importanti della vita sociale per contenere la risarcibilità di alcuni fatti dannosi prodottisi in particolari settori della vita sociale, al fine di contrastare anche forme di conclamato opportunismo che si sono consolidate nel tempo e che hanno finito per “scaricare” sulla intera platea degli utenti i maggiori costi.

Tuttavia già la giurisprudenza si era orientata verso l’adozione di criteri sempre più rigorosi e al tempo stesso “computabili” come possiamo cogliere da due sentenze peraltro assunte in tempi diversi.

La più risalente specificava *“Al pregiudizio subito dal danneggiato in caso di danno non patrimoniale non si può provvedere che con criterio equitativo, a norma del combinato disposto degli art. 1226 e 2056c.c.. Questa Corte di legittimità ha affermato che nella liquidazione equitativa del danno per evitare che la relativa decisione - ancorché fondata su valutazioni discrezionali - sia arbitraria e sottratta a qualsiasi controllo, è necessario che il giudice indichi, almeno sommariamente e sia pure con l’elasticità propria dell’istituto e nell’ambito dell’ampio potere discrezionale che lo caratterizza, i criteri che egli ha seguito per determinare l’entità del danno.”*²⁵

Più recentemente si è detto che *“l’adozione della regola equitativa di cui all’art. 1226c.c. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l’uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari”* e che *“garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal*

²⁴ Corte Costituzionale 14 luglio 1986 n.184.

²⁵ Cass. 3 luglio 1996, n. 6082; Cass. 9.5.2001, limitato a n. 6426.

Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale - e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost. riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056c.c. salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificare l'abbandono".²⁶

Abbiamo dunque assistito ad un periodo lungo circa trent'anni in cui partendo dal danno morale inteso come "contingente e transeunte perturbamento dell'animo" si è poi elaborato il concetto di danno biologico da qualificarsi come "la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona a prescindere da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito" a cui si è affiancato più recentemente il danno esistenziale da considerarsi come "compromissione della dimensione esistenziale della persona" per addivenire, nel periodo 2003/2008, ad una rivisitazione della categoria di danno non patrimoniale da considerarsi come unitaria *"in cui le voci danno morale, biologico ed esistenziale non sono da intendersi come delle sottocategorie, ma come sintesi descrittiva dei molteplici aspetti che può assumere la categoria unitaria del danno non patrimoniale"*²⁷.

Non mancano le voci critiche, a partire dall'autore della sentenza in esame e al "padre" del concetto di danno esistenziale, che considerano questo assestamento giurisprudenziale non corrispondente alla articolata casistica con cui il diritto si trova a confrontarsi e di cui la dottrina più "sensibile" ha saputo dar risposta.

Si è chiuso un ciclo e altre orizzonti interpretativi si dischiudono.

7. Conclusioni

La sentenza in rassegna ha offerto interessanti spunti di riflessione su alcuni aspetti, peraltro molto pratici e diffusi nella nostra società, della responsabilità civile e della sua funzione.

La responsabilità del custode di cose chiama in causa una moltitudine di soggetti, non solo come cittadini che usufruiscono come nella circolazione stradale dei beni demaniali, ma anche come proprietari di beni immobili (L'Italia si colloca al primo posto nel mondo nel rapporto tra case in proprietà e cittadini).

L'evoluzione interpretativa dell'art. 2051c.c. in cui l'imputazione da soggettiva per colpa è divenuta responsabilità oggettiva non ha tuttavia potuto accantonare il ruolo del soggetto/i nella nata obbligazione risarcitoria ricorrendo ad altri strumenti normativi, l'art. 1227c.c., che permette di reintrodurre la colpa nella valutazione della dinamica dell'evento lesivo e non solo prestarsi nella valutazione e graduazione del danno.

Infatti la sentenza utilizza entrambi gli strumenti degli art. 2051c.c. e art. 1227c.c. per giungere alla conclusione di corresponsabilità delle parti, per il gestore/danneggiante in quanto responsabile della cosa e per il danneggiato come concorrente colposo nel fatto dannoso.

Un mix di dosaggio tra due forme di imputazioni diverse da un punto sistematico, ma che nel caso pratico si ricollegano e si fondano al fine di individuare la responsabilità.

Al tempo stesso la sentenza in esame occupandosi del danno non patrimoniale, con adesione a mio avviso totale all'orientamento della Corte di legittimità, ha offerto lo spunto per indagare l'evoluzione sulla sua natura e al tempo stesso come l'attività giurisprudenziale abbia saputo in una prima fase includere nel mondo del diritto fenomeni sociali precedentemente non considerati e poi per lo stesso fenomeno, divenuto maturo, abbia saputo tracciare un perimetro nel quale contenere il concetto unitario della figura di danno non patrimoniale.

²⁶ Cass. n. 28290 del 2011 e Cass. n. 12408 Sez. 3 Sentenza n. 870 del 17/01/2008.

²⁷ Cass. civ. Sez. Unite, 11-11-2008, n. 26972.

LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DA CADUTA SUL PAVÈ

di Dalila Maccioni

IL CASO

In data 17.11.2011, mentre attraversava le strisce pedonali in via Moscova, un pedone, il signor Stephan Frederic Bauer, inciampava e cadeva a terra a causa dell'interstizio tra le singole lastre di porfido che compongono il pavé. A seguito della caduta il pedone riportava danni alla propria integrità psicofisica. Conveniva quindi in giudizio il Comune di Milano per sentirlo condannare al risarcimento dei danni.

La fattispecie prospettata dall'attore rientra nell'ambito dell'art. 2051 c.c., relativo alla responsabilità da cose in custodia, e nell'ambito dell'art. 2043, relativo alla responsabilità da insidia o trabocchetto.

Per quanto attiene al primo profilo, il Tribunale aderisce al consolidato orientamento della Corte di Cassazione che individua nella fattispecie un'ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo sufficiente per l'applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo. Dunque, non assume rilievo in sé la violazione dell'obbligo di custodire la cosa da parte del custode, la cui responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, elemento che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un fattore esterno. Ne consegue un'inversione dell'onere della prova in ordine al nesso causale, incombendo sull'attore la prova del nesso eziologico tra la cosa e l'evento lesivo e sul convenuto la prova del caso fortuito. Quando l'evento di danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, il quale abbia interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, si verifica un'ipotesi di caso fortuito che esonera il custode dalla responsabilità ex art. 2051 c.c.. Per quanto riguarda il secondo profilo, invece, si dice che la c.d. insidia o trabocchetto non è un concetto giuridico ma un semplice stato di fatto, che, per la sua oggettiva invisibilità ed imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto. Si ha una situazione di pericolo occulto quando lo stato dei luoghi, valutato ex ante risulta: a) oggettivamente non visibile o percepibile, c.d. pericolosità oggettiva da intendersi come potenziale idoneità dell'insidia ad arrecare un danno alle cose od alle persone; b) soggettivamente imprevedibile ed inevitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza. Si afferma, altresì, che l'eventuale sussistenza di tale circostanza e della sua efficienza causale nella determinazione dell'evento lesivo è demandata al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se assistito da congrua e corretta motivazione. Alla luce di ciò incombe dunque sull'attore l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito previsti ex art. 2043, quali la condotta, il nesso causale, il danno ingiusto e l'imputabilità soggettiva.

Il giudice ritiene che le domande proposte in giudizio dall'attore debbano essere integralmente rigettate. L'iter logico seguito dal Tribunale di Milano attiene al fatto che ex art. 2051 c.c. la responsabilità del custode della cosa che ha dato luogo all'evento lesivo va esclusa nel caso in cui costui dimostri il caso fortuito, ossia un elemento esterno - solitamente riferibile alla condotta del danneggiato - che ha interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno (fattore che in tale fattispecie si è appunto verificato). Nel caso di specie si esclude, altresì, la potenzialità dannosa della cosa argomentando che il pavé non presenta una pavimentazione di per sé uniforme, per cui viene richiesta maggior attenzione e diligenza nell'attraversamento, diligenza che il

pedone – attore della causa - non ha adottato. Per quanto concerne, invece, l'art. 2043 c.c. l'attore non ha fornito la prova della sussistenza degli elementi costitutivi richiesti dalla disposizione. In merito si dice che la concreta possibilità per il danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della Pubblica Amministrazione. Questo in virtù del fatto che quanto più la situazione di pericolo occulto è ravvisabile adottando la diligenza dell'uomo medio, tanto più deve considerarsi incidente l'efficienza della condotta imprudente del danneggiato nel dinamismo causale del danno. Ne consegue che la presenza di un interstizio non può considerarsi un pericolo occulto che non poteva essere previsto e prevenuto dalla vittima utilizzando la normale diligenza. Alla luce di tutto ciò il giudice conclude dicendo che la disattenzione o la sola condotta colposa dell'attore nell'attraversare la strada hanno determinato la caduta dello stesso.

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
DECIMA CIVILE
VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 84794/2012

Oggi 8 gennaio alle ore 11,15, innanzi al dott. Damiano Spera, sono comparsi:

Per STEPHAN FREDERIC BAUER l'avv. SPAGNOLO ENRICO

Per COMUNE MILANO l'avv. MEDINA SILVIA ANITA

E' altresì presente ai fini della pratica forense la dott.ssa Iuculano Manuela.

Il Giudice invita le parti a precisare le conclusioni.

I procuratori delle parti precisano le conclusioni come da fogli separati che siglati dal giudice vengono allegati al presente verbale e costituiscono parte integrante dello stesso.

Parte attrice deposita nota spese; parte convenuta chiede la rifusione delle spese rimettendosi ai parametri di legge.

Dopo breve discussione orale, il Giudice pronuncia sentenza ex art. 281 sexies c.p.c. dandone lettura.

Il Giudice

dott. Damiano Spera

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
DECIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Damiano Spera ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

(sentenza n. 164-2014 pubblicata il 8.1.2014)

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 84794/2012 promossa da:

STEPHAN FREDERIC BAUER (C.F. BRASPH59E09Z110V), rappresentato e difeso dall'avvocato SPAGNOLO ENRICO

- attore -

contro

COMUNE MILANO (C.F. 01199250158), rappresentato e difeso dall'avvocato MEDINA SILVIA ANITA

- convenuto -

CONCLUSIONI

Le parti hanno precisato le conclusioni come da fogli allegati al verbale di udienza dell'8.1.2014.

[1] Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

[2] Con atto ritualmente notificato, Stephan Frederic Bauer esponeva che:

[3] in data 17.11.2011, mentre attraversava sulle strisce pedonali di via Moscova, inciampava e cadeva a terra a causa dell'interstizio tra le singole lastre di porfido che compongono il pavé;

[4] a seguito della caduta, riportava danni alla propria integrità psicofisica.

[5] Conveniva in giudizio il Comune di Milano per sentirlo condannare al risarcimento dei danni.

[6] Si costituiva il convenuto che concludeva per il rigetto della domanda.

[7] Il G.I. non ammetteva le prove dedotte dalle parti.

[8] All'udienza dell'8.1.2014 le parti precisavano le conclusioni come da verbale.

[9] Nella stessa udienza, il G.I. ordinava la discussione orale della causa, ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., e al termine della discussione dava lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

[10] Ritene questo giudice che le domande proposte in giudizio dall'attore debbano essere integralmente rigettate.

[11] Sulla responsabilità del Comune di Milano da cose in custodia ex art. 2051 c.c.

[12] La fattispecie prospettata dall'attore rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2051 c.c., relativo alla responsabilità per cose in custodia.

[13] In proposito, il Tribunale ritiene di aderire al consolidato orientamento della Corte di Cassazione che individua nella fattispecie un'ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo sufficiente per l'applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo (vedi, da ultimo, Cass., ord. n. 22684/2013). Pertanto, non assume rilievo in sé la violazione dell'obbligo di custodire la cosa da parte del custode, la cui responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, fattore che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile in tal caso non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno. Ne consegue l'inversione dell'onere della prova in ordine al nesso causale, incombendo comunque, sull'attore, la prova del nesso eziologico tra la cosa e l'evento lesivo e, sul convenuto, la prova del caso fortuito. Sia l'accertamento in ordine alla sussistenza della responsabilità oggettiva che quello in ordine all'intervento del caso fortuito che lo esclude, involgono valutazioni riservate al giudice del merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici (Cass., sent. n. 6753/2004). L'attore che agisce per il riconoscimento del danno ha, quindi, l'onere di provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo; mentre il custode convenuto, per liberarsi dalla sua responsabilità, deve provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale (Cass., sent. n. 858/2008, n. 8005/2010, n. 5910/11). D'altra parte il caso fortuito cui fa riferimento l'art. 2051 c.c. deve intendersi nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e del fatto dello stesso danneggiato (Cass., sent. n. 4279/2008). Deve ribadirsi, infatti, che nel caso in cui l'evento di danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, la quale abbia interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, si verifica un'ipotesi di caso fortuito che libera il custode dalla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. (Cass., sent. n. 4279/2008, n. 21727/2012).

[14] Peraltro, recentemente la Cassazione ha correttamente sostenuto che la prova del nesso causale è particolarmente rilevante nel caso in cui il danno non sia l'effetto di un

dinamismo interno della cosa (ad esempio scoppio della caldaia, scarica elettrica, frana, ecc.), ma richiede che al modo di essere della cosa si unisca l'agire umano ed in particolare quello del danneggiato, essendo essa di per sé statica ed inerte. Scaturisce in questi casi la necessità "di ulteriori accertamenti, quali la maggiore o minore facilità di evitare l'ostacolo, il grado di attenzione richiesto allo scopo, ed ogni altra circostanza idonea a stabilire se effettivamente la cosa avesse una potenzialità dannosa intrinseca, tale da giustificare l'oggettiva responsabilità del custode. Trattasi di presupposti per l'operatività dell'art. 2051 c.c. che debbono essere dimostrati dal danneggiato, al fine di poter affermare che il danno è conseguenza causale della situazione dei luoghi" (Cass., sent. n. 2660/2013).

[15] Qualora, dunque, si tratti di cosa di per sé statica e inerte e richieda che l'agire umano (ed in particolare quello del danneggiato) si unisca al modo di essere della cosa, per la prova del nesso causale, occorre dimostrare che lo stato dei luoghi presenti peculiarità tali da renderne potenzialmente dannosa la normale utilizzazione (buche, ostacoli imprevisti, mancanza di guard-rail, incroci non visibili e non segnalati, ecc.) (Cass., sent. n. 6306/2013).

[16] Recentemente anche la Corte di Appello di Milano (sent. n. 755/2013) in un caso analogo ha rigettato la domanda attorea ritenendo la causa dell'evento dannoso riconducibile all'assorbente disattenzione della vittima, senza la quale non si sarebbe verificata la caduta, qualora l'irregolarità del fondo della strada, in considerazione dell'ora, fosse pienamente visibile, non insolita, facilmente evitabile o superabile con l'ordinaria attenzione esigibile da parte dell'utente.

[17] Orbene, nella fattispecie concreta, certamente sussiste il rapporto di custodia tra il Comune di Milano e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo, ovvero il demanio stradale.

[18] Infatti, l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione, salvo che dia la prova che l'evento dannoso era imprevedibile e non tempestivamente evitabile o segnalabile (Cass., sent. n. 8935/2013, n. 21508/2011). Peraltro l'incidente, nella fattispecie concreta, si è verificato nella centralissima Via Moscova (Cass., sent. n. 20823/2006, n. 15779/2006).

[19] Tuttavia l'attore non ha fornito la prova del nesso eziologico tra la cosa e l'evento lesivo e dell'intrinseca potenzialità dannosa delle lastre di pavé.

[20] Se da un lato è evidente che in capo al convenuto sussiste l'onere di manutenzione delle strade, altrettanto risulta pacifico che il pavé del Comune di Milano non presenta una pavimentazione di per sé uniforme e, conseguentemente, viene richiesta ai pedoni una maggiore attenzione e diligenza nell'attraversamento delle strade.

[21] Del resto lo stesso attore ha chiesto (con memoria ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c.) di provare che l'evento dannoso fosse avvenuto intorno alle ore 10.00 del 17.11.2011. Ebbene, il Tribunale ritiene che tale (allegata) circostanza consente agevolmente di evitare eventuali irregolarità, come quella in esame, considerata la maggiore visibilità di danneggiamenti e usura del manto stradale e di interstizi fra le lastre di pavé.

[22] Sulla responsabilità del Comune di Milano da insidia o trabocchetto ex art. 2043 c.c.

[23] L'attore ha invocato, l'accertamento della responsabilità del Comune di Milano per insidia o trabocchetto, richiamando indirettamente l'art 2043 c.c..

[24] A tal proposito si rileva che "la c.d. insidia o trabocchetto non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto, che, per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto" (Cass., sent. n.

15375/2011, n. 20943/2009); "l'indagine relativa alla sussistenza della situazione di insidia o trabocchetto e della sua efficienza causale nella determinazione dell'evento dannoso è demandata al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se assistito da congrua e corretta motivazione (Cass., sent. n. 20953/2006).

[25] Ritiene il Tribunale che incombe sull'attore l'onere di provare in concreto tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito previsti dall'art. 2043 c.c.: la condotta, il nesso di causalità, il danno ingiusto e l'imputabilità soggettiva (Cass., sent. n. 20943/2009, n. 390/2008).

[26] Orbene, nel caso in esame, l'attore non ha fornito la prova degli elementi costitutivi della fattispecie appena richiamata, bensì si è limitato ad identificare, quale insidia, "un profondo interstizio" (in atto di citazione) ovvero "un avvallamento che esisteva tra le lastre di porfido del manto stradale" (nella memoria istruttoria). Come ha recentemente affermato la giurisprudenza di legittimità, alla quale questo giudice ritiene di aderire, "non ogni situazione di pericolo stradale integra l'insidia, ma solo quella che concretizza un pericolo occulto, vale a dire non visibile e non prevedibile, e la prova della non visibilità ed imprevedibilità di detto pericolo, costituendo elemento essenziale dell'insidia, grava su chi ne sostiene l'esistenza" (Cass., ord. n. 10096/2013).

[27] In tema di danno da insidia stradale, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica, dato che quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso (Cass., sent. n. 11946/2013).

[28] Ebbene, come sopra detto, la presenza di un interstizio fra le lastre di pavé non può considerarsi quale pericolo occulto e imprevedibile nei termini appena richiamati, tenuto altresì conto dell'orario - che ne permetteva la piena visibilità - e delle peculiarità delle strade del Comune di Milano. Il pavé presenta per sua stessa natura e configurazione delle fessure tra una lastra di porfido e l'altra; proprio perché queste fessure ed interstizi sono prevedibili è richiesta all'utente una particolare prudenza ed attenzione.

[29] Peraltro, nel caso di specie, dai documenti prodotti dall'attore non si evince con chiarezza il punto ove è occorso l'incidente (nelle foto non vi è alcuna indicazione della via, né sono raffigurati negozi e/o altri esercizi commerciali che possano confermare la esatta ubicazione del punto dell'incidente).

[30] Inoltre la prova testimoniale sulle circostanze dedotte con la memoria attorea ex art. 183 n. 2 c.p.c. (reiterata in sede di precisazione delle conclusioni) appare superflua ed irrilevante ai fini della decisione. Le fotografie prodotte agli atti non permetterebbero comunque al teste (indicato come presente al momento dell'evento) di individuare con precisione il punto di caduta dell'attore. Solo l'intervento delle forze dell'ordine (che nel caso di specie non è stato richiesto) o univoche foto (scattate nell'immediatezza e riproducenti lo stato dei luoghi) avrebbe potuto fornire con esattezza elementi obiettivi sul tipo di insidia presente sulla strada, non visibile e neppure prevedibile con l'ordinaria diligenza dall'utente medio.

[31] Inoltre, ritiene questo giudice che la calzatura di tipo maschile (indossata verosimilmente dall'attore), congiuntamente ad una diligente attenzione, avrebbe comunque favorito un affidabile appoggio del piede sul pavé (a differenza di una scarpa femminile, con tacco sottile, che potrebbe rendere più difficoltoso mantenere

l'equilibrio tra gli interstizi del porfido, richiedendo ancora maggiore attenzione).

[32] Pertanto, la disattenzione o comunque la sola condotta colposa dell'attore nell'attraversare la strada ha determinato la caduta dello stesso.

[33] Infine, in relazione alle invocate responsabilità ex artt. 2051 e 2043 c.c., alla luce di quanto esposto, non assume rilievo la circostanza (allegata dall'attore) secondo cui il Comune di Milano avrebbe (successivamente all'incidente) riempito gli interstizi presenti sul pavé. Peraltro anche le foto (in proposito prodotte dall'attore) non assumono valenza probatoria, atteso che ciascuna di esse raffigura punti diversi del manto stradale.

[34] Per tutte le ragioni sopra esposte, le domande dell'attore devono essere rigettate.

[35] Conseguenza alla soccombenza la condanna dell'attore a rifondere al convenuto le spese processuali.

[36] La presente sentenza è dichiarata provvisoriamente esecutiva ex lege.

- P. Q. M. -

[37] Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando, così provvede:

[38] rigetta le domande proposte dall'attore;

[39] condanna l'attore a rifondere al convenuto le spese processuali, che liquida in Euro 1.500,00 per compenso professionale di avvocato, oltre C.P.A. ed I.V.A.;

[40] dichiara la presente sentenza provvisoriamente esecutiva.

[41] la presente sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte di questo giudice ed è immediatamente depositata in cancelleria.

Milano, 8.1.2014

Il Giudice Istruttore
in funzione di giudice unico

dr. Damiano SPERA

TRIBUNALE DI MILANO, sentenza del 8 gennaio 2014, n. 164; Giud. SPERA; Stephan Frederic Bauer (Avv. SPAGNOLO); Comune di Milano (Avv. MEDINA).

Responsabilità civile - Cose in custodia – Strada comunale - Caduta di un pedone – Responsabilità - Non sussiste (Cod. civ. art. 2051)

Responsabilità civile – Caduta di un pedone - Responsabilità extracontrattuale da insidia o trabocchetto – Non sussiste (Cod. civ. art. 2043)

La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, prevista dall'art. 2051 c.c., ha carattere oggettivo, essendo sufficiente per la sua sussistenza la dimostrazione da parte dell'attore del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia; una volta provate queste circostanze, il custode, per escludere la sua responsabilità, ha l'onere di provare il caso fortuito, ossia l'esistenza di un fattore estraneo che, per il suo carattere di imprevedibilità e di eccezionalità, sia idoneo ad interrompere il nesso causale. Tuttavia, nei casi in cui il danno non sia l'effetto di un dinamismo interno alla cosa, scatenato dalla sua struttura o dal suo funzionamento, ma richieda che l'agire umano, ed in particolare quello del danneggiato, si unisca al modo di essere della cosa, essendo essa di per sé statica e inerte, per la prova del nesso causale occorre dimostrare che lo stato dei luoghi presentava un'obiettiva situazione di pericolosità, tale da rendere molto probabile, se non inevitabile, il danno (nella specie il danno occorre ad un pedone che durante un attraversamento stradale è inciampato e successivamente caduto a causa di un interstizio tra le lastre di porfido, dal momento

che il pedone in questione non ha fornito la prova del nesso eziologico tra la cosa e l'evento dannoso, il giudice ha rigettato la domanda attorea). (1)

Il concetto di insidia e di trabocchetto si caratterizza come una situazione di pericolo occulto, connotato dalla non visibilità (elemento oggettivo) e dalla non prevedibilità (elemento soggettivo), vale a dire dalla impossibilità di avvistare per tempo il pericolo onde poterlo evitare; l'indagine relativa alla sussistenza della situazione di insidia o trabocchetto e della sua efficienza causale nella determinazione dell'evento dannoso è demandata al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se assistito da congrua e corretta motivazione. Non rientra in tale concetto la situazione di dissesto generalizzato della pavimentazione stradale, poiché lo stato di generalizzata cattiva manutenzione della strada deve indurre l'utente ad un procedere più accorto e ad una maggiore sorveglianza nello scegliere i tratti ove passare (nella specie, in assenza di tale situazione di insidia e data la non prova degli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., è stata respinta la domanda risarcitoria promossa da un pedone che durante un attraversamento è inciampato e successivamente caduto a causa di un interstizio tra le lastre di porfido). (2)

(1) In giurisprudenza constano diversi precedenti in termini. In proposito si faccia riferimento a Trib. Prato, Sent., 17-04-2015 in *Leggi D'Italia*; Trib. Salerno Sez. II, Sent., 31-03-2015 in *Leggi D'Italia*; Trib. Pisa, Sent., 25-03-2015 in *Leggi D'Italia*; Trib. Torre Annunziata, Sent., 20-03-2015 in *Leggi D'Italia*; Trib. Milano Sez. X, Sent., 27-02-2015 in *Leggi D'Italia*. Ciò che accomuna questi precedenti è la ricorrente relazione tra imperfezioni stradali e disattenzione del danneggiato: la caduta dunque risulta causata sia da irregolarità presenti sul manto stradale di cui dovrà (quindi) rispondere la Pubblica Amministrazione, sia dalla condotta del danneggiato, rivelatosi poco diligente nell'attraversare o nel percorrere le strade pubbliche. I principali elementi che emergono ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione concreta dell'art. 2051 c.c. sono sostanzialmente riconducibili al concetto di custodia, al nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento lesivo, nonché alla definizione e alla prova del caso fortuito. Partendo da questi presupposti risulta semplice, in primo luogo, desumere come la nozione di custodia rilevante ai sensi dell'art. 2051 c.c. non coincida con la custodia così come delineata dal contratto di deposito (art. 1766 c.c.). Il custode del bene non deve essere inteso in senso tecnico, ma piuttosto in senso ampio: il custode soggetto alla responsabilità in esame - come la giurisprudenza ha avuto modo di ribadire costantemente - è colui che ha un "effettivo potere di uso sulla cosa" e quindi un correlativo "potere di controllo" sulla stessa. Da ciò emerge con chiarezza come la responsabilità ex art. 2051 c.c. individui il responsabile non tanto in base ad un elemento formale (come il titolo proprietario, un titolo contrattuale, una situazione qualificabile in termini di possesso o di detenzione ai sensi degli articoli 1140 ss. c.c.), quanto in base al dato fattuale dell'effettiva e materiale disponibilità del bene. Dunque è la relazione diretta ed effettiva tra bene e custode a costituire il presupposto affinché si applichi la norma in questione. Corollario di questa ricostruzione è l'insistenza con cui la giurisprudenza della Corte di Cassazione sottolinea il requisito dell'effettività del controllo sul bene ai fini dell'imputazione della responsabilità. Questo aspetto assume un significativo rilievo nelle ipotesi di responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati dai beni demaniali che l'Amministrazione stessa ha in custodia nell'esercizio delle proprie attività istituzionali, quali, ad esempio, strade e parchi pubblici quindi quando la custodia del bene sia esercitabile in concreto dalla Pubblica Amministrazione (per tale ricostruzione si faccia riferimento a Cass. 22.10.2013 n.

23919, in *De Jure*; a Cass. 12.3.2013 n. 6101, in *De Jure*; a Cass., sez. VI, 23.10.2014 n. 22528, in *De Jure*; a Cass., sez. III, 19.03.2015 n. 5485, in *De Jure*). Si asserisce, altresì, che l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione, salvo che dia la prova che l'evento dannoso era imprevedibile e non tempestivamente evitabile o segnalabile (si veda a tal proposito anche Cass. Civ., 18.10.11 n. 21508, in *De Jure*; Cass., 28.9.12 n. 16542, in *De Jure*; Cass. Civ., 8.6.12 n. 9309, in *De Jure*; Cass. Civ., 9.5.12 n. 7037, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 12.04.2013 n. 8935, in *De Jure*). Il secondo elemento attiene alla relazione causale tra la cosa e l'evento dannoso. Innanzitutto si deve notare come la responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. attiene solo ai casi in cui il danno deriva dalla cosa in sé e non anche alle ipotesi in cui la cosa è mero strumento dell'agire umano, ad esempio, in caso di errore del chirurgo non sarebbe invocabile la responsabilità da cose in custodia, atteso che il bisturi, in ipotesi, sarebbe semplice strumento dell'azione del medico, il quale di conseguenza risponderebbe secondo le norme ordinarie (art. 2043 c.c., o eventualmente art. 2050 c.c.) (si veda Cass. Civ., sez. III, 20.01.2014 n. 999, in *De Jure* e Cass. Civ., sez. VI, 14.04.2015 n. 7448, in *De Jure*). Occorre, altresì, sottolineare come secondo la dottrina maggioritaria e le massime giurisprudenziali non assuma alcun rilievo la natura del bene: che la cosa che provoca l'evento dannoso sia un bene mobile o immobile, che sia pericolosa o meno, che sia inerte o "dinamica", tutto ciò non rivela ai fini del giudizio di imputabilità. Emerge ulteriormente dall'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza che nel caso di applicazione dell'art. 2051 c.c. la valutazione della condotta tenuta dal danneggiato sarebbe assolutamente irrilevante. Si nota cioè come la responsabilità del custode venga attualmente ricondotta ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Una volta dimostrata la sussistenza di un rapporto di custodia, il giudizio di imputazione della responsabilità deriverebbe esclusivamente da un giudizio di tipo causale: il custode sarebbe responsabile solo nel caso in cui venga dimostrato il rapporto causale tra l'evento lesivo e la cosa che è nella sua sfera di controllo, senza che assuma rilievo l'eventuale diligenza della sua condotta (si faccia riferimento, in particolar modo, a Cass. Civ., sez. III, 18.02.2014 n. 3793, in *De Jure*). Tale ricostruzione oggettivistica della norma ha avuto conseguenze significative sul concetto di caso fortuito, rilevante ai fini della prova liberatoria che spetta al custode. Attualmente il caso fortuito viene interpretato in termini oggettivi, in linea con l'interpretazione generale della disposizione (si veda a tal proposito Cass. Civ., sez. III, 22.04.2013 n. 9712, in *De Jure*). La prova del fortuito, infatti, non viene intesa come la prova che il danneggiante ha tenuto una condotta diligente, bensì la prova di un fattore estraneo ed imprevedibile, semmai riconducibile al comportamento di un terzo o della vittima stessa, che sia in grado di interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso. In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha per lungo tempo ritenuto che la responsabilità per danni cagionati da cose in custodia, ex art. 2051 c.c., ha base, in primo luogo, nel fatto che il danno si sia verificato nell'ambito del dinamismo connaturato alla cosa o dall'ingerenza di un agente dannoso sorto nella cosa e, in secondo luogo, nell'esistenza di un effettivo potere fisico di un soggetto sulla cosa, al quale (potere fisico) inerisce il dovere di custodire la cosa stessa in modo da impedire che produca danni a terzi. In sintesi si afferma che la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, ex art. 2051 c.c., ha carattere oggettivo e, affinché possa configurarsi in concreto, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza. Questo in quanto

la nozione di custodia non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire e funzione della norma è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta. Ne consegue che tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito, il quale va inteso nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e del fatto dello stesso danneggiato, purché detto fatto costituisca la causa esclusiva del danno. Tale orientamento emerge in diverse sentenze di legittimità, tra le quali è bene ricordare Cass. Civ., sez. III, 13.02.2013 n. 3578, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 21.02.2013 n. 4362, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 22.04.2013 n. 9726, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. VI, 29.05.2013 n. 13514, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 18.02.2014 n. 3793, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 09.04.2014 n. 8282, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 25.08.2014 n. 18167, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. VI, 03.02.2015 n. 1896, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. VI, 09.03.2015 n. 4663, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. VI, 14.04.2015 n. 7448, in *De Jure*; Cass. Civ., sez. III, 27.04.2015 n. 8481, in *De Jure*. Anche dalla giurisprudenza di merito emerge che la responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. ha natura oggettiva: ai fini della configurazione è sufficiente l'elemento materiale e una relazione diretta tra la cosa in custodia e l'evento dannoso. E' quanto ha stabilito il Tribunale di Locri nella sentenza 19-20 dicembre 2013, n. 758. Questa sentenza fa riferimento ai danni causati in Calabria nel settembre del 2000 dovuti a fenomeni di precipitazioni atmosferiche eccezionali ed imprevedibili che hanno causato calamità naturali idrogeologiche. In seguito a tali eventi il Comune di Siderno era stato chiamato in giudizio per i danni causati ad un bene immobile. Il Comune convenuto dichiarava, a sua difesa, che la gravità della situazione e la riconosciuta imprevedibilità ed eccezionalità delle piogge era stata riconosciuta anche dal Governo che aveva emanato un decreto legge (d.l. 12.10.2000, n. 279) successivamente convertito nella legge 365/2000. Nonostante ciò il Tribunale di Locri ha accolto la domanda attorea e ha condannato il Comune di Siderno per responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c., sostenendo che se una legge, statale o regionale, qualifica le alluvioni, le esondazioni e le inondazioni come "eventi eccezionali", non significa che non ci possa essere un responsabile. Quindi il Tribunale deduce che, ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c., bisognerà accertare che ci sia una relazione diretta tra la cosa in custodia e l'evento dannoso. Il Tribunale focalizza l'attenzione in particolar modo su un duplice aspetto: ambito di operatività dell'art. 2051 c.c. e natura dello stesso. Per quanto concerne il primo punto ci si interroga sul fatto se l'art. 2051 c.c. includa solo i danni cagionati che hanno avuto un ruolo attivo nella causazione del danno o se comprenda anche i pregiudizi derivanti da cose inerti. Per avvalorare la sua tesi (il Tribunale) richiama la Suprema Corte, la quale dichiara che la norma in questione non richiede necessariamente che la cosa sia suscettibile di produrre danni ex se, anche sulle cose inerti rimane un dovere di controllo e di custodia, soprattutto se il caso fortuito o la condotta dell'uomo possono intervenire in modo prevedibile, sia come causa esclusiva sia come concausa nel processo di produzione dell'evento lesivo. Il Tribunale ha concluso affermando che, dal momento che il fulcro della responsabilità ex art. 2051 c.c. è incentrato sulla nozione di custodia e che il custode è colui che ha l'effettivo potere sulla cosa, tale responsabilità si fonda sull'oggettiva attribuzione delle conseguenze dannose che derivano dalla cosa allo stesso soggetto che se ne avvantaggia. Per quanto riguarda il secondo punto ci si interroga sul fatto se la natura dell'art. 2051 c.c. sia di tipo soggettivo e quindi vada qualificata come responsabilità per colpa, ovvero di tipo oggettivo, essendo sufficiente dimostrare il caso fortuito per

liberare il custode, responsabile della cosa, da ogni responsabilità. A tal proposito la Suprema Corte ha statuito che l'art. 2051 c.c. fa riferimento ad una responsabilità oggettiva, essendo necessario e sufficiente solo l'integrazione del dato materiale e non anche la prova della colpa, quale requisito costitutivo della fattispecie. In particolar modo, la Cassazione nella *sent. n. 28811/2008* e nella *sent. n. 26051/2008* ha chiarito che "la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode ed ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità prescinde, altresì, dall'accertamento del pericolo sito nella cosa stessa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, sia per la sua intrinseca natura, sia per l'insorgenza in essa di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato anche dal fatto del danneggiato, avente un'efficacia causale tale da interrompere del tutto il nesso eziologico tra la cosa e l'evento dannoso o da affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno". Tale orientamento emerge in molte sentenze di merito: Tribunale Genova sez. II 21.03.2014, in *De Jure*; Tribunale Firenze 02.04.2014 n. 1083, in *De Jure*; Tribunale Nocera Inferiore sez. I 29.04.2014 n. 678, in *De Jure*; Tribunale Firenze sez. II 31.07.2014 n. 2493, in *De Jure*; Tribunale Roma sez. XII 09.01.2015 n. 426, in *De Jure*; Tribunale Teramo 02.03.2015 n. 335, in *De Jure*.

In merito alla dottrina si può affermare che quasi mezzo secolo fa, una volta ritenuta dal giudice l'applicabilità dell'art. 2051 c.c., il convenuto doveva provare una serie di elementi idonei a permettere a costui di considerare integrato il caso fortuito. La tradizione voleva, però, che questa dinamica probatoria venisse spiegata sulla base del concetto della colpa; in questo senso, la norma implicava l'esistenza di una presunzione di colpa a carico del custode, il quale poteva liberarsi dimostrando una serie di fattori che offrissero al giudice l'opportunità di ritenere sussistente il caso fortuito. Fu Trimarchi a rivelare alla civilistica italiana la possibilità di mutare il paradigma attraverso il quale poteva leggersi il disposto dell'art. 2051 c.c. e optare per un'interpretazione della responsabilità da cose in custodia in senso oggettivo (Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, 169-173). L'addebito della responsabilità ripartita tra custode e danneggiato era spiegato sulla base della colpa. Poiché la colpa in capo al custode doveva ritenersi presunta, la decisione del giudice si limitava a stabilire se le circostanze riguardanti l'evento di danno, potessero offrire l'occasione per rilevare l'esistenza di un deficit precauzionale attribuibile al danneggiato. La lettura innovativa di Trimarchi della disposizione dell'art. 2051 c.c. sembra aver persuaso anche la giurisprudenza di legittimità, la quale dichiara la possibilità di interpretare tale norma in termini oggettivi. Si afferma, per la prima volta, che quella per danni da cose in custodia è una responsabilità oggettiva: "la dottrina recente ritiene che il comportamento del responsabile è estraneo alla fattispecie e fa quindi giustizia di quei modelli di ragionamento che si limitano ad accertare la colpa del custode, sia essa presunta o meno, parlando in proposito di caso di responsabilità oggettiva". Questa ricostruzione oggettiva, però, subisce un freno, con una decisione che focalizza l'attenzione sull'onere della prova: la norma determina, infatti, un'inversione dell'onere della prova, il quale incombe non più in capo al danneggiato, bensì in capo al custode cioè a colui che si trova in quella particolare situazione che gli attribuisce poteri di disponibilità e di controllo sulla cosa. Per questo si è parlato di responsabilità aggravata, in quanto la posizione del danneggiato risulta favorita, mentre il rischio del fatto ignoto incombe sul danneggiante. Nonostante tale arresto, l'oggettivizzazione della responsabilità da cose in custodia riprende subito vigore. Si afferma, a tal proposito, che se il fatto del danneggiato che concorre alla causazione del

danno non può più considerarsi colposo perché la norma deve essere intesa in termini oggettivi, sarà la causalità ad essere al centro della scena (si veda nello specifico Rodolfo Sacco, *Relazione di sintesi*, in *Atti dell'incontro si studi su "il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile"*, in *Resp. Civ. prev.*, 1977, 767-68). Dunque la causalità diventa l'unico elemento in grado di evitare l'imputazione della responsabilità in capo al custode (è stato dimostrato come la nozione di causalità concorrente abbia origini molto antiche, anteriore anche al concetto di "negligence", sorto nei sistemi di Common law). Per un maggior approfondimento si faccia riferimento a: L'applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. al custode di beni demaniali a cura di Roberto Foffa, *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 11 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; La responsabilità (oggettiva?) ex art. 2051 c.c., tra prevedibilità del pericolo per l'utilizzatore e diligenza del custode a cura di Bitetto Anna Lisa, *Danno e Resp.*, 2014, 12, 1167 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; La r.c. da cose in custodia: natura e limiti a cura di Paola Valore, *Giur. It.*, 2014, 10 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; La presunzione di responsabilità è superata quando il custode fornisca la prova del caso fortuito a cura di Carbone Paolo L., *Danno e Resp.*, 2014, 8-9, 856 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; Danni cagionati da cose in custodia: caso fortuito quale limite alla responsabilità oggettiva a cura di Cerri Clarissa, *Danno e Resp.*, 2014, 7, 749 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.4, 2014, pag. 1116B di Antonella Leonardi, in *De Jure (dottrina)*; *Resp. civ. e prev.*, fasc.4-5, 2004, pag. 1200 di Domenico Chindemi, in *De Jure (dottrina)*.

(2) Valgono per le ipotesi di insidia o trabocchetto i precedenti sopra elencati: le cadute su superfici custodite integrano la responsabilità ex art. 2051 c.c. ma è possibile accertare la responsabilità del custode nei limiti in cui si verifichi una situazione tale da integrare un'insidia. Si dice in particolare che, se l'insidia è causa della caduta allora sussiste la responsabilità del custode che risulta essere stato negligente; se l'insidia, invece, non è causa della caduta la possibilità per il danneggiato di percepire e prevenire la situazione di pericolo equivale ad escludere la configurabilità dell'insidia e quindi la responsabilità del custode. Per inquadrare meglio i termini della questione in esame è innanzitutto necessario ricordare come per lunghi anni, almeno fino alla fine degli anni '90, si ritenesse comunemente che la Pubblica Amministrazione potesse essere responsabile per i danni da "buche stradali" solo nell'ipotesi in cui queste rappresentassero un pericolo occulto. Si era elaborata, in questo senso, la c.d. dottrina "dell'insidia e del trabocchetto", in virtù della quale la Pubblica Amministrazione rispondeva solo nell'eventualità che il danno cagionato dal bene demaniale dipendesse da un pericolo occulto come tale invisibile ed imprevedibile. Il fine a cui mirava tale ricostruzione era quello di assicurare un privilegio alla P.A. A partire dai primi anni 2000, però, la giurisprudenza, sollecitata dalla dottrina, ha superato quest'impostazione, riconoscendo che la Pubblica Amministrazione può essere ritenuta responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. solo qualora venga provata l'effettività del rapporto di custodia. In altre parole, la Pubblica Amministrazione può essere chiamata a rispondere dei danni che derivino da beni demaniali nel caso in cui vi sia un effettivo potere di controllo e di custodia sugli stessi: la Corte di Cassazione ha, infatti, più volte sottolineato la necessità di questo requisito ai fini dell'imputazione di responsabilità. A tal proposito è bene rilevare che la stessa Corte di Cassazione in una sentenza (*sentenza 18.11.2010 n. 23277*) afferma che l'assenza di segnalazioni idonee ad avvertire la presenza di pericoli, suscita nell'utente della strada il legittimo affidamento circa la stabilità e regolarità della superficie su cui si trova a transitare. Laddove la superficie stradale risulti - in concreto - priva delle qualità sopradette, allora ogni pericolo ivi presente costituirebbe insidia

perché caratterizzato da un'oggettiva invisibilità e da una soggettiva imprevedibilità. L'insidia così descritta è antecedente necessario e sufficiente a determinare l'evento lesivo che, a sua volta, determina l'insorgenza di un danno alla persona. Si può richiamare in merito un principio espresso in diverse sentenze dalla stessa Corte, quello secondo cui "la cosa intrinsecamente pericolosa assume tanto minore efficienza causale dell'evento quanto più il possibile pericolo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato. Infatti è da riaffermare che i danni da caduta sono originati da incidenti a prevenzione bilaterale in cui sia danneggianti sia vittime devono adottare opportune misure preventive atte a diminuire i rischi di incidenti (c.d. comparative negligence)" (Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279, 14 febbraio 2013 n. 3662). Se l'insidia è causa della caduta allora è causa di danni ed il Comune dovrà risarcirli, dal momento che la sua condotta può definirsi colposa, in particolar modo, negligente. Se, invece, l'insidia non è causa di danni si dice che la concreta possibilità per il danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della Pubblica Amministrazione, proprio perché quanto più la situazione di pericolo occulto è ravvisabile adottando la diligenza dell'uomo medio, tanto più deve considerarsi incidente l'efficienza della condotta imprudente del danneggiato nel dinamismo causale del danno (si veda anche Cass. Civ., 22.10.2013 n. 23919). Inoltre la Cassazione dispone che: "qualora non sia applicabile la disciplina di cui all'art. 2051 c.c., in quanto sia accertata, in concreto, l'impossibilità dell'effettiva custodia della cosa, a causa della notevole estensione della stessa e delle modalità di uso da parte dei terzi, l'ente pubblico risponde dei pregiudizi subiti dall'utente secondo la regola generale dell'art. 2043 c.c., norma che non limita affatto la responsabilità della P.A. alle ipotesi di esistenza di un'insidia o trabocchetto". Di conseguenza incomberà sul danneggiato l'onere di provare l'anomalia della cosa oltre che i danni subiti, mentre graverà sulla Pubblica Amministrazione dimostrare la presenza di fatti che potevano impedire l'insorgenza della propria responsabilità, ovvero l'impossibilità di rimuovere la situazione di pericolo, pur avendo adottato tutte le misure idonee. Tale ricostruzione si deve a Cass. Civ., sez. VI-3, Ord., 19.03.2013, n. 6811, in *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., sez. III, Sent., 21.03.2013 n. 7112, in *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., sez. III, 20.05.2013 n.12243, in *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., sez. III, 02.08.2013 n.18494, in *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., sez. III, 19.02.2014 n. 3970, in *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., sez. III, 27.04.2015 n. 8481, in *Leggi d'Italia*. Alla luce di ciò è bene rilevare che secondo la giurisprudenza di legittimità attuale "la c.d. insidia o trabocchetto non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto, che, per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto"; "l'indagine relativa alla sussistenza della situazione di insidia o trabocchetto e della sua efficienza causale nella determinazione dell'evento dannoso è demandata al giudice" (si veda in particolare Cass. civ., sez. VI-3, Ord., 18.06.2013 n.15196, in *Leggi d'Italia*).

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito emerge che secondo un primo orientamento la P.A. incontrava nell'esercizio del suo potere di controllo dei beni demaniali, limiti derivanti dalle norme di legge o di regolamenti, dalle norme tecniche e da quelle di comune prudenza e diligenza, nello specifico la fondamentale norma del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. In applicazione di tale ultima norma, infatti, la P.A. era tenuta a far sì che il bene demaniale non comportasse per l'utente una situazione di pericolo occulto – in quanto tale invisibile e imprevedibile - la quale desse luogo alla c.d. insidia o trabocchetto. Secondo un successivo orientamento, invece, la responsabilità della P.A. va valutata in base alla disciplina dell'art. 2051 c.c., che trova applicazione in relazione al rapporto di custodia, con la conseguenza che per escludere

la propria responsabilità la stessa deve dimostrare che l'evento lesivo si sia verificato per caso fortuito, mentre il danneggiato avrà semplicemente l'onere di provare l'evento dannoso e il nesso di causalità con la cosa. Vi è poi un orientamento intermedio il quale ritiene che sia stata oramai superata la tradizionale ricostruzione di favore per la P.A. connessa all'individuazione della sua responsabilità extracontrattuale nel solo caso in cui ricorressero i presupposti dell'insidia o trabocchetto ai sensi dell'art. 2043 c.c. (dal momento che la materia risulta disciplinata con espresso richiamo all'art. 2051 c.c. relativo alla responsabilità per danni da cose in custodia). La teoria della responsabilità aquiliana per insidia o trabocchetto era nata dalla necessità di garantire alla P.A. una posizione privilegiata nell'ambito del sistema di responsabilità civile, in quanto l'onere probatorio in capo al danneggiato risultava più gravoso, dovendo costui dimostrare non solo l'oggettiva invisibilità, ma anche la soggettiva imprevedibilità del pericolo. In seguito la giurisprudenza della Suprema Corte cominciò a ritenere configurabile nei confronti della P.A. la responsabilità ex art. 2051 c.c. in relazione ai danni subiti dagli utenti a causa dell'utilizzo delle strade pubbliche, in quanto la disposizione in questione si presta a tutelare maggiormente i diritti del lesso e meglio bilanciare gli interessi in gioco, soprattutto in ordine ai principi dell'ordinamento giuridico. Inizialmente, però, l'ambito di operatività della norma è stato limitato alle sole fattispecie in cui gli eventi lesivi erano accorsi su strade che permettevano in concreto l'esercizio del potere di controllo, atto, in questo senso, ad evitare il verificarsi di situazioni di pericolo, escludendo di conseguenza dal novero delle strade controllabili quelle di "notevole estensione e suscettibili di generalizzata utilizzazione" da parte dei cittadini. Dunque l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. era stata esclusa per le strade statali e per le autostrade, mentre è stata ammessa con riferimento alle strade della Provincia e del Comune. A tal proposito si osserva che gli enti proprietari delle strade, ai sensi dell'art. 14 del D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, devono provvedere alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e delle relative pertinenze; all'apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta - si tratta cioè di un obbligo legato al semplice fatto di essere proprietari -. Occorre aggiungere, altresì, che la stessa Corte ha ritenuto sussistente la responsabilità dell'ente a prescindere dalla natura del bene demaniale e dalla sua estensione, essendo sufficiente ricondurre tale responsabilità all'oggettiva impossibilità di esecuzione del potere di controllo, il cui onere della prova ricade in capo alla stessa P.A. (*Cass.*, 12.04.2013 n. 8935). Alla luce di ciò l'orientamento che prospettava l'applicazione dell'art. 2043 c.c. deve considerarsi obsoleto e superato (si veda in particolar modo *Cass.* 1691/2009 e *Cass.* 21328/2010). La Suprema Corte ha da ultimo stabilito che la responsabilità ex art. 2051 c.c., nel cui ambito occorre ricomprendere anche la responsabilità per omessa o incompleta manutenzione delle strade (tradizionalmente ricondotta alle figure dell'insidia o del trabocchetto), non esonera il danneggiato dall'onere di provare, non solo il fatto storico qualificabile come illecito, ma anche gli elementi costitutivi dello stesso, ossia nesso causale, ingiustizia del danno e imputabilità soggettiva. Pertanto, chi agisce per il risarcimento dei danni ha l'onere di dimostrare che l'evento lesivo si è verificato come conseguenza della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa (si veda *Cass. Civ.*, 18.05.2012 n.7937 e *Cass. Civ.*, 13.07.2011 n.15389). Le sentenze di merito da cui si evincono tali ricostruzioni sono (tra le molte): Trib. Bari Sez. III, Sent., 10.07.2013, in *Leggi d'Italia*; App. Napoli Sez. I bis, Sent., 25.07.2013, in *Leggi d'Italia*; Trib. Roma Sez. XII, Sent., 11.04.2014, in *Leggi d'Italia*; Trib. Firenze Sez. II, Sent., 31.07.2014, in *Leggi d'Italia*; Trib. Genova Sez. II, Sent., 24.10.2014, in *Leggi d'Italia*; Trib. Frosinone, Sent., 12.12.2014, in *Leggi d'Italia*; Trib. Salerno Sez. II, Sent., 07.01.2015,

in *Leggi d'Italia*; Trib. Taranto Sez. III, Sent., 27.01.2015, in *Leggi d'Italia*.

Per quanto concerne invece la dottrina si può fare riferimento a: "Responsabilità del Comune per insidia e trabocchetto" a cura di Vincenzo Carbone, *Corriere Giur.*, 2011, 12, 1644 (commento alla normativa), in *Dottrina d'Italia*; "La responsabilità della p.a. per il danno conseguente all'insidia stradale" a cura di Giulio Spina, *Resp. civ.*, 2011, 3 (dottrina), in *Dottrina d'Italia*; "Strade e responsabilità della p.a.: la lenta evoluzione della giurisprudenza" a cura di Laghezza Paolo, *danno e resp.*, 2011, 1, 52 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; "Responsabilità oggettiva: come e perché" a cura di Maninetti Pierangelo, *Danno e Resp.*, 2010, 10, 921 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; "La responsabilità da cose in custodia tra prova liberatoria e condotta del danneggiato" a cura di Benedetti Aldo P., *Danno e Resp.*, 2010, 5, 459 (nota a sentenza), in *Dottrina d'Italia*; "La responsabilità per i danni da omessa o cattiva manutenzione stradale" a cura di Marco Comporti, *Resp. civ.*, 2008, 11 (dottrina), in *Dottrina d'Italia*; "La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra onere di custodia e cd. "insidia" (o "trabocchetto")" a cura di Paolo Donadoni, *Contratto e Impr.*, 2008, 4-5 (commento alla normativa), in *Dottrina d'Italia*.

IL COMMENTO

1. Introduzione

Il caso sottoposto alla mia attenzione offre un valido spunto per analizzare le fattispecie di responsabilità da cose in custodia, ex art. 2051 c.c., e di responsabilità da insidia o trabocchetto, ex art. 2043 c.c., fattispecie che hanno subito, in merito soprattutto alla responsabilità della Pubblica Amministrazione, un revirement da parte della giurisprudenza di legittimità. In merito, infatti, occorre ricordare che inizialmente, almeno fino alla fine degli anni '90, si pensava comunemente che la Pubblica Amministrazione fosse responsabile per i danni da sinistri stradali solo nell'ipotesi in cui queste rappresentassero un pericolo occulto, portando così alla nascita della c.d. dottrina "dell'insidia o trabocchetto", alla luce della quale la Pubblica Amministrazione rispondeva solo nel caso in cui il danno provocato dal bene demaniale derivasse da un pericolo occulto in quanto tale invisibile ed imprevedibile. Il fine era quello di favorire la Pubblica Amministrazione. Le cose, però, cominciano a cambiare a partire dai primi anni 2000 perché la giurisprudenza, sollecitata dalla dottrina, ha iniziato a superare quest'impostazione, riconoscendo che la Pubblica Amministrazione può essere considerata responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. solo nel caso in cui venga provata l'effettività del rapporto di custodia. Di conseguenza la Pubblica Amministrazione può essere chiamata a rispondere dei danni che derivino da beni demaniali nel caso in cui vi sia un effettivo potere di controllo e di custodia sugli stessi. Da ciò emerge con chiarezza che la responsabilità ex art. 2051 c.c. individua il responsabile non tanto in base ad un elemento formale, quanto in base al dato fattuale dell'effettiva e materiale disponibilità del bene. E' la relazione diretta ed effettiva tra bene e custode a costituire il presupposto affinché si applichi la norma in questione. Corollario di questa ricostruzione è l'insistenza con cui la giurisprudenza della Corte di Cassazione sottolinea il requisito dell'effettività del controllo sul bene ai fini dell'imputazione della responsabilità. Questo aspetto assume un particolare rilievo nelle ipotesi di responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati dai beni demaniali che l'Amministrazione stessa ha in custodia nell'esercizio delle proprie attività istituzionali, quali ad esempio strade e parchi pubblici, ossia quando la custodia del

bene sia esercitabile in concreto dalla Pubblica Amministrazione.

2. Analisi delle fattispecie: responsabilità da cose in custodia e responsabilità da insidia o trabocchetto

Le fattispecie tipiche in cui incontriamo queste due disposizioni, le quali, essendoci di mezzo la Pubblica Amministrazione, risultano spesso correlate, sono molteplici ed attengono (per lo più) a sinistri stradali “veri e propri”, ossia incidenti con motoveicoli o autoveicoli dovuti ad una cattiva manutenzione del manto stradale o ad altri disguidi, riconducibili in ogni caso alla Pubblica Amministrazione, in quanto “custode” del manto stradale stesso, ovvero a cadute dovute ad una cattiva manutenzione delle strade, oppure a lavori in corso e buche non segnalati adeguatamente, in altri termini a tutto ciò che può essere considerato pericoloso in quanto non visibile e non prevedibile con l’ordinaria diligenza. Il mio caso si lega a questa seconda gamma di incidenti poiché si tratta di un pedone, il quale, mentre percorreva le strisce pedonali, è inciampato e caduto a causa di un interstizio tra le lastre di porfido che compongono il pavé. A seguito della caduta egli asseriva di aver riportato danni alla sua integrità psicofisica. Conveniva dunque il Comune di Milano per sentirlo condannare al risarcimento dei danni subiti.

Cerco ora di ripercorrere l’iter giuridico perseguito dal giudice in causa. Per quanto riguarda il profilo della responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.) il Tribunale chiamato a decidere del caso ritiene di aderire al consolidato orientamento della Corte di Cassazione secondo la quale nella fattispecie può ravvisarsi un’ipotesi di responsabilità oggettiva, dal momento che risulta sufficiente per l’applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all’evento lesivo (*Cass., ord. N. 22684/2013*)¹.

Il termine custodia deve, cioè, suggerire che l’imputazione della responsabilità si ispira al criterio del controllo: avere la custodia significa esercitare sulla cosa un potere cui inerisca la possibilità di vigilanza e di prevenzione del danno. Per trovarsi nella condizione di essere custodi, inoltre, non è necessario trarre dalla cosa delle utilità. La violazione in sé dell’obbligo di custodire la cosa da parte del custode non assume rilievo, dato che la responsabilità di quest’ultimo risulta esclusa solo dal caso fortuito, fattore che non attiene ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell’evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno².

Attualmente il caso fortuito viene interpretato in termini oggettivi, in linea con l’interpretazione generale della disposizione³.

La prova del fortuito non viene intesa come la prova che il danneggiante ha tenuto una

¹ Come si è detto anche nell’introduzione, ai fini della responsabilità della Pubblica Amministrazione è necessario e sufficiente che essa abbia un effettivo potere di controllo sulla cosa e che quindi sussista un rapporto di custodia tra essa e la cosa che ha dato luogo all’evento lesivo. In tutte le sentenze da me ricercate questo è un antecedente imprescindibile ai fini dell’imputazione di responsabilità (non ha caso viene individuato come mia prima massima).

² In particolar modo, la Cassazione nella *sent. n. 28811/2008* e nella *sent. n. 26051/2008* ha chiarito che “la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall’art. 2051 c.c. prescinde dall’accertamento del carattere colposo dell’attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità prescinde, altresì, dall’accertamento del pericolo sito nella cosa stessa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, sia per la sua intrinseca natura, sia per l’insorgenza in essa di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato anche dal fatto del danneggiato, avente un’efficacia causale tale da interrompere del tutto il nesso eziologico tra la cosa e l’evento dannoso o da affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno”.

³ Si veda a tal proposito *Cass. Civ., sez. III, 22.04.2013 n. 9712*.

condotta diligente, bensì la prova di un fattore estraneo ed imprevedibile, semmai riconducibile al comportamento di un terzo o del danneggiato stesso – si parla in questo caso di “fortuito incidentale”, il quale ricorre quando la cosa in custodia ha causato il danno per effetto dell’azione su di essa esercitata, appunto, da un terzo o dallo stesso danneggiato - che sia in grado di interrompere il nesso causale tra la cosa e l’evento dannoso⁴.

Da tutto ciò discende un’inversione dell’onere della prova in ordine al nesso eziologico, incombendo sull’attore la prova del nesso causale tra la cosa e l’evento dannoso e sul convenuto la prova del caso fortuito. L’onere della prova è una regola che trova il proprio fondamento nel principio giuridico tradizionale secondo cui “*onus probandi incumbit ei qui dicit*”, che si sostanzia essenzialmente nel porre a carico della parte che allega un fatto a sé favorevole, il dovere di darne prova dell’esistenza. In altre parole, secondo la lettera della legge (art. 2697, 1° comma, c.c.), “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”. Allo stesso modo, “*chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda*” (art. 2697, 2° comma, c.c.)⁵.

All’attore si richiede di provare i fatti che stanno alla base della propria domanda, mentre al convenuto spetta dimostrare la non veridicità di questi fatti, ovvero la loro inidoneità a costituire valido fondamento della domanda dell’attore o ancora provare l’esistenza di altri fatti capaci di modificare o estinguere il diritto dell’attore. Quanto appena detto costituisce il principio di carattere generale dell’ordinamento. E’ necessario, però, segnalare che la legge può, in alcuni casi, determinare un’inversione dell’onere probatorio⁶.

In corrispondenza al caso fortuito si dice, altresì, che tale fattore deve intendersi, così come delineato dall’art. 2051 c.c., in senso ampio, ossia comprensivo del fatto del terzo e dello stesso danneggiato⁷.

In un sistema in cui il nesso causale tra il fatto e l’evento svolge un ruolo centrale, diventa fondamentale accertare se l’evento eziologicamente derivi in tutto o in parte dal comportamento dello stesso danneggiato, valutandone, quindi, l’eventuale apporto causale. Nel caso in cui l’evento lesivo, infatti, sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, la quale abbia di conseguenza interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, si verifica un’ipotesi di caso fortuito che libera il custode dalla responsabilità di cui all’art. 2051 c.c. Il fatto che il comportamento del

⁴ In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha per lungo tempo ritenuto che la responsabilità per danni cagionati da cosa in custodia, ex art. 2051 c.c., ha base, in primo luogo, nel fatto che il danno si sia verificato nell’ambito del dinamismo connaturato alla cosa o dall’ingerenza di un agente dannoso sorto nella cosa e, in secondo luogo, nell’esistenza di un effettivo potere fisico di un soggetto sulla cosa, al quale inerisce il dovere di custodire la cosa stessa in modo da impedire che produca danni a terzi. Tale giurisprudenza ritiene che il comportamento del responsabile è estraneo alla fattispecie e fa riferimento a quei modelli di ragionamento che si limitano ad accertare la colpa del custode, parlando in merito di responsabilità oggettiva (tale interpretazione si deve a Cass. 20.08.2003 n. 12219).

⁵ La regola dell’onere della prova può essere intesa sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo. Nel primo caso (senso soggettivo) questo principio s’intende come l’onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento delle pretese, per fornire al giudice tutti gli elementi necessari e sufficienti affinché egli addivenga ad una decisione corretta e consapevole. L’onere della prova in senso oggettivo consente invece, al giudice, di emettere in ogni caso la decisione in merito all’accoglimento o al rigetto della domanda, quando, nonostante l’attività probatoria, egli non sia riuscito a raggiungere la verità dei fatti.

⁶ Nello specifico, una ipotesi di inversione dell’onere della prova è prevista in tema di licenziamento dall’art. 5 della L. 604/1966 il quale prevede che l’onere probatorio in tema di legittimità del licenziamento, sia a carico del datore di lavoro.

⁷ Si veda Cass. Civ., sez. VI, 03.02.2015 n. 1896; Cass. Civ., sez. VI, 09.03.2015 n. 4663; Cass. Civ., sez. VI, 14.04.2015 n. 7448; Cass. Civ., sez. III, 27.04.2015 n. 8481.

danneggiato possa diminuire o addirittura escludere la responsabilità del danneggiante riporta alla mente una norma molto rilevante che è il caso di nominare: si tratta dell'art. 1227 c.c. rubricato "Concorso del fatto colposo del creditore". Tale norma prevede la riduzione del risarcimento in presenza della colpa del danneggiato: essa è un approdo dei codici moderni. In passato, invece, l'accertamento di una concorrente colpa del danneggiato faceva venir meno la responsabilità del danneggiante, a meno che sussistesse il dolo di costui. Nei sistemi di common law si parlava di contributory negligence, ed attualmente di comparative negligence. Secondo la dottrina classica nel nostro ordinamento esisterebbe un principio di autoresponsabilità, previsto appunto dall'art. 1227 c.c., comma 1, che imporrebbe ai potenziali danneggiati doveri di attenzione e diligenza. L'autoresponsabilità costituirebbe un mezzo per indurre anche gli eventuali danneggiati a contribuire, insieme con gli eventuali responsabili alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirli⁸.

Dunque sulla sostanziale base di un principio di autoresponsabilità, non si può pretendere di imputare ad altri eventi dannosi che derivano in maggiore o minore misura dalla propria disattenzione⁹.

Per quanto mi riguarda è bene sottolineare che i giudici di merito sono concordi nell'affermare che in casi come quello sottoposto alla mia attenzione, il comportamento dell'eventuale danneggiante è fondamentale per poter valutare il grado di responsabilità del custode. Per questo motivo la disattenzione che molto spesso il danneggiante dimostra di avere nel transitare su superfici custodite dalla Pubblica Amministrazione ma non solo, può risultare per la sua stessa incolumità fatale. La Corte ha inoltre, recentemente, affermato che ai fini della prova del nesso causale sono rilevanti ulteriori accertamenti, quali la maggiore o minore facilità di evitare il l'ostacolo, il grado di attenzione richiesto ed ogni altra circostanza atta a stabilire se la cosa avesse effettivamente una potenzialità dannosa intrinseca, tale da giustificare la responsabilità oggettiva del custode¹⁰. D'altra parte, anche la dottrina ha chiarito che i requisiti della

⁸ Il fatto colposo dello stesso danneggiato può integrare gli estremi del fortuito, idoneo a superare ai sensi dell'art. 2051 c.c. la presunzione di responsabilità del custode della cosa, soltanto quando sia dotato di autonomo impulso causale e sia per lo stesso custode imprevedibile e inevitabile. Caratteri del fortuito sono infatti la imprevedibilità e l'assoluta eccezionalità. Il fortuito esimente potrà quindi essere quello "incidentale", nel quale la cosa assume la veste di mera occasione del danno in effetti provocato da un fattore ad essa estraneo che aveva in sé tutta la potenzialità dannosa (esempio classico è quello del fulmine che, folgorando un albero, provochi la caduta e conseguente ferimento del passante), non certo il cd. "fortuito concorrente", in cui al determinismo del fatto dannoso concorre con il fattore esterno anche la cosa, che per effetto del fatto esterno assume un dinamismo dannoso: in questo caso il nesso causale è dato dalla combinazione cosa + fattore esterno.

⁹ Appare opportuno evidenziare a questo punto come, in tema di risarcimento del danno, il fatto colposo del creditore che abbia contribuito al verificarsi dell'evento dannoso – ipotesi regolata dall'art. 1227, comma 1, c.c. – è rilevabile d'ufficio, per cui la sua prospettazione non richiede la proposizione di un'eccezione in senso proprio, costituendo mera difesa, a differenza dell'aggravamento del danno derivante dal comportamento colposo successivo del danneggiato, previsto dal comma 2 della medesima disposizione.

¹⁰ Dalla lettura della disposizione dell'art. 2051 c.c. emerge, chiaramente, che il legislatore ha inteso circoscrivere l'ambito di applicazione della stessa alle sole ipotesi di danni prodotti dalla cosa. Invece, i danni cagionati con la cosa, e cioè derivanti da un comportamento attivo del soggetto nel servirsi della cosa medesima, ricadono nell'art. 2050 c.c., se si tratta di danni cagionati "nello svolgimento di un'attività pericolosa"; altrimenti confluiscono nella regola generale di cui all'art. 2043 c.c. E' stato, ormai, superato l'orientamento interpretativo che considerava elemento costitutivo della fattispecie l'intrinseca pericolosità della cosa. Si è, infatti, sviluppata una costante ed ampia giurisprudenza che riconosce la responsabilità del "custode" ex art. 2051 c.c., anche per i danni cagionati da beni assolutamente inerti e, comunque, non pericolosi. Attualmente, si ritiene che neanche il dinamismo interno connaturato alla res sia un requisito necessario. La giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata, sostiene che all'art. 2051

pericolosità e del dinamismo sono solo circostanze che, a posteriori, consentono di esprimere un giudizio di riferibilità causale del danno alla cosa. In altri termini, la natura pericolosa di un bene è solo un indizio di cui tener conto nell' accertamento del nesso eziologico tra bene ed evento dannoso. Quindi, qualora si tratti di una cosa di per sé statica e richieda per questo il supplemento dell'agire umano, in particolar modo quello del danneggiato, ai fini della prova del nesso eziologico sarà necessario dimostrare che lo stato dei luoghi presenti delle peculiarità tali da rendere potenzialmente dannoso l'utilizzo normale della cosa¹¹.

Si dice che laddove l'insidia e/o il trabocchetto o comunque la situazione di pericolo sia visibile e sia quindi evitabile, verificatosi l'evento lesivo, il danneggiato vedrà precipitare la chance di accoglimento della domanda di risarcimento. In sostanza, la prova del fortuito viene raggiunta mediante l'individuazione della visibilità dell'insidia: se questa lo era, non è sufficiente che sia stata raggiunta la prova del nesso causale e della circostanza che il custode abbia omesso di adottare le cautele atte a prevenire il danno. In tale evenienza, il danneggiato che poteva vedere il trabocchetto ma non l'ha visto potrà spuntare un concorso ma nulla di più. Con la conseguenza paradossale che tanto più è vistosa la situazione di pericolo (e quindi tanto peggio è custodita la cosa pubblica), tanto meno sarà possibile ottenere il giusto risarcimento. Si tratta di espedienti interpretativi che superano il dato testuale del 2051 onerando l'attore di una duplice prova - quella di mancanza di visibilità dell'anomalia e di avere tenuto un comportamento non negligente - non previsto dalla norma¹².

Nel caso sottoposto alla mia attenzione il giudice ritiene sicuramente sussistente il rapporto di custodia tra il Comune di Milano e la cosa che ha dato luogo all'evento dannoso: si dice infatti che l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si ritiene responsabile, ex art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili a circostanze di pericolo connesse intrinsecamente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, salvo che dimostri che l'evento lesivo era imprevedibile e non tempestivamente evitabile. Nel

c.c. sono riconducibili non solo i danni cagionati dalla cosa, a causa della sua intrinseca forza dinamica, ma anche i danni prodotti dalla cosa per l' insorgenza in essa di agenti dannosi.

¹¹ In un caso analogo la Corte di Appello di Milano (*sent. n. 755/2013*) ha rigettato la domanda attorea ritenendo la causa dell'evento dannoso riconducibile alla disattenzione della vittima, in mancanza della quale non si sarebbe verificata la caduta, qualora l'irregolarità del manto stradale fosse pienamente visibile e quindi facilmente evitabile con l'ordinaria diligenza.

¹² Sul punto, le pronunce non sono univoche. Una prima sentenza (Cass. sez. III civ. 2 settembre 2013, n.20055 Est. Petti) sembra escludere che la visibilità del pericolo possa costituire la prova del caso fortuito (sub specie colpa del danneggiato). In tema di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2051 c.c., al fine di provare il rapporto causale tra la cosa in custodia ed il danno, l'attore parte lesa deve allegare un elemento estrinseco o intrinseco come fatto costitutivo idoneo a radicare il nesso eziologico, senza però poter modificare nel corso del giudizio la allegazione iniziale (si veda sul punto il recente arresto di Cass. sez. 3, 21 marzo 2011 n.6677). Orbene nel caso di specie mentre la parte lesa adduce lo elemento estrinseco della pavimentazione bagnata, cui segue la rovinosa caduta, avvertita dai testimoni presenti nel negozio, e tale elemento costituisce, per la cliente, una insidia impreveduta e imprevedibile, non tempestivamente segnalata, ad esempio con un cartello o segnale di pericolo che vietava lo ingresso, tale da determinare la perdita di equilibrio e la caduta, assolvendo così all'onere di provare circostanze che costituiscono fatti idonei a radicare il nesso eziologico tra la caduta, il danno e la responsabilità del custode; per contro in alcun modo il custode, per liberarsi della presunzione di responsabilità per il danno cagionato dalla cosa, ha provato il caso fortuito tale da prevenire lo evento dannoso o da ridurre le conseguenze, non avendo chiesto né dedotte prove su tale punto (si veda sul punto l'arresto di Cass. 3, 27 gennaio 2005 n.1655). Pertanto del tutto illogica è la considerazione svolta dalla Corte di appello in ordine al fatto che alle ore 10 del mattino vi era la piena visibilità dell'umido e che la situazione di pericolo era prevedibile ed evitabile con la dovuta attenzione, posto che il dato di fatto della comune esperienza cui il giudice del riesame fa riferimento postula invece che, nella situazione di rischio che proviene dal pavimento bagnato, il custode debba prevenire il pericolo della caduta con adeguate misure di sicurezza o segnalazioni di pericolo ed esercitando i poteri di vigilanza che gli competono.

caso in cui venga ritenuta responsabile, la Pubblica Amministrazione è tenuta al risarcimento tanto dei danni patrimoniali quanto dei danni non patrimoniali. In particolare l'art. 2043 c.c. prevede il risarcimento del danno patrimoniale scaturente da fatto illecito e l'articolo 2059 c.c. il risarcimento del danno non patrimoniale sempre scaturente da fatto illecito relativo a responsabilità extracontrattuale. Accade spesso, però, che uno stesso fatto può far scaturire sia danni patrimoniali che danni non patrimoniali (pensiamo al caso dei sinistri stradali che hanno provocato lesioni a persone). In questo caso saranno dovuti i danni patrimoniali subiti dal danneggiato, magari relativi alla sua autovettura e i danni non patrimoniali che ha subito alla sua persona come danno biologico. I danni patrimoniali saranno dovuti perché si è violata la proprietà altrui (l'autovettura), mentre i danni non patrimoniali saranno dovuti perché si è violato un diritto della persona costituzionalmente garantito (quello alla salute)¹³.

Nel caso di cui è causa l'attore non ha, comunque, fornito la prova del nesso causale tra la cosa e l'evento lesivo e neanche dell'intrinseca potenzialità dannosa delle lastre di pavé. Il giudice dunque arriva a concludere che se, da un lato, sussiste in capo al convenuto l'onere di manutenzione delle strade, dall'altro, risulta evidente che il pavé non presenta una pavimentazione di per sé uniforme e di conseguenza viene richiesta da parte degli utenti maggior attenzione e diligenza nell'attraversamento. Il giudice giunge a questa conclusione anche alla luce di un'ulteriore circostanza addotta dall'attore, ossia che l'evento lesivo è avvenuto intorno alle ore 10.00 e questo poteva consentirgli di avere una maggiore visibilità su eventuali imperfezioni del manto stradale e dunque di interstizi tra le lastre di porfido.

3. Analisi delle fattispecie: responsabilità da insidia o trabocchetto

Venendo poi al secondo profilo, quello della responsabilità ex art. 2043 c.c., si dice che “la c.d. insidia o trabocchetto non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto, che, per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto”; “l'indagine relativa alla sussistenza della situazione di insidia o trabocchetto e della sua efficienza causale nella determinazione dell'evento dannoso è demandata al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se assistito da congrua e corretta motivazione” (si veda nello specifico *Cass., sent. n. 15375/2011, n. 20943/2009*)¹⁴. Se l'insidia è causa della caduta allora è causa di danni ed il Comune dovrà risarcirli, dal momento che la sua condotta può definirsi colposa, in particolar modo, negligente. Se, invece, l'insidia non è causa di danni si dice che la concreta possibilità per il danneggiato di percepire o prevedere con

¹³ Il risarcimento del danno non patrimoniale è previsto dall'articolo 2059 c.c. secondo cui: il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge; per quanto riguarda, invece, il danno patrimoniale, l'art. 2043 c.c. dichiara che il risarcimento patrimoniale è dovuto per “qualunque fatto” abbia cagionato un danno ingiusto. Si nota quindi la prima differenza tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale: il danno patrimoniale è atipico perché per il suo risarcimento è necessario e sufficiente che si sia cagionato un danno ingiusto, ossia una lesione ad un diritto o a un interesse protetto; il danno non patrimoniale è tipico perché può essere risarcito solo nei casi previsti dalla legge. Ciò vuol dire che per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale sarà anche necessario che la legge preveda, per la lesione di un determinato interesse, anche la risarcibilità di tale danno.

¹⁴ In giurisprudenza si sono ravvisati gli estremi dell'insidia nel caso di: segnali o cartelli erronei e contraddittori, che pongano gli utenti nell'impossibilità di discernere tempestivamente il segnale o cartello valido in modo da regolare conformemente la propria condotta di guida; impianto semaforico che ad un incrocio stradale segni verdi per i veicoli provenienti da una data direzione e proietti o nessuna luce per veicoli provenienti da direzione diversa; mancanza di cartelli stradali, benché rimossi da terzi e conseguente invisibilità di un cantiere aperto sulla strada per l'esecuzione di lavori in concessione all'Anas; mancata tempestiva rimozione di oggetti sulla carreggiata autostradale (*Cass. Civ., Sez. III, 783/13*).

l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della Pubblica Amministrazione¹⁵. Alla luce di ciò incombe sull'attore l'onere della prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito sanciti dall'art. 2043 c.c., quali la condotta, il nesso causale, il danno ingiusto e l'imputabilità soggettiva¹⁶. Nel caso di specie, però, il danneggiato non ha fornito tale prova, piuttosto si è limitato ad individuare, come insidia, "un profondo interstizio" ovvero "un avvallamento che esisteva tra le lastre di porfido del manto stradale". A tal proposito il giudice in questione ritiene di aderire ad un consolidato orientamento della Corte secondo cui *"non ogni situazione di pericolo stradale integra l'insidia, ma solo quella che concretizza un pericolo occulto, vale a dire non visibile e non prevedibile, e la prova della non visibilità e imprevedibilità di detto pericolo, grava su chi ne sostiene l'esistenza"* (corsivo aggiunto) (in particolare Cass., ord. N. 10096/2013)¹⁷. È bene aggiungere che nell'ambito dell'insidia stradale, la concreta possibilità per il danneggiato - di cui si parlava prima - di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza una situazione di pericolo occulto equivale ad escludere la configurabilità dell'insidia e conseguentemente della responsabilità della Pubblica Amministrazione per difetto di manutenzione della strada pubblica, dal momento che quanto più la situazione di pericolo occulto è atta ad essere individuata ed eventualmente superata mediante l'adozione di normali forme di cautele da parte del danneggiato, tanto più rilevante deve ritenersi l'efficienza della condotta imprudente dello stesso in relazione al dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che tale condotta interrompa il nesso causale tra fatto ed evento lesivo (nello specifico si faccia riferimento a Cass., sent. n. 11946/2013)¹⁷. Nella fattispecie, dunque, non si può considerare la presenza di un interstizio tra lastre di pavé un pericolo occulto, tenendo oltretutto conto dell'orario (le 10.00 del mattino) che ne consentiva la piena visibilità. Inoltre, come detto anche prima, il pavé presenta per sua propria configurazione una pavimentazione non uniforme e questo richiede da parte degli utenti che vi transitano una maggior attenzione¹⁸.

¹⁵ Si veda Cass. Civ., sez. III, 02.08.2013 n.18494; Cass. Civ., sez. III, 19.02.2014 n. 3970; Cass. Civ., sez. III, 27.04.2015 n. 8481.

¹⁶ Come si è esposto poco prima, in un caso come quello di specie, il cittadino danneggiato ha l'onere di dimostrare l'an dell'evento dannoso e dare la prova del nesso causale tra la cosa e il verificarsi dello stesso. In altri termini, deve provare la presenza e la pericolosità oggettiva dell'insidia (comprensiva degli elementi che attengono alla sua non visibilità ed imprevedibilità), il legame intercorrente tra tale circostanza e il sinistro e i danni da questo derivati; l'ente gestore, invece, per esimersi dalla responsabilità, dovrà provare il caso fortuito, unica causa di esclusione della responsabilità del custode.

¹⁷ Si richiama in merito il principio espresso in diverse sentenze dalla stessa Corte, quello secondo cui "la cosa intrinsecamente pericolosa assume tanto minore efficienza causale dell'evento quanto più il possibile pericolo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato (Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279, 14 febbraio 2013 n. 3662). Infatti è da riaffermare che i danni da caduta sono originati da incidenti a prevenzione bilaterale in cui sia danneggianti che vittime devono adottare opportune misure preventive idonee a diminuire i rischi di incidenti (c.d. comparative negligence)". Qui il concetto di comparative negligence si lega al nostro concetto di causalità concorrente, in virtù del quale il giudice può condurre un giudizio complesso, attraverso il quale chiedersi quanto rilevante possa essere la capacità precauzionale esercitata da una delle parti rispetto a quella esercitata dall'altra, in modo tale da proporzionare il danno tra le parti stesse.

¹⁸ In proposito si può riportare quanto stabilito da un giudice di merito: "Va esclusa la responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, per danni causati a persone che transitano su pubbliche strade, anche nel caso di danni cagionati da cattivo stato manutentivo della strada (cd. trabocchetto) di proprietà dell'ente pubblico, ove l'evento dannoso si sia verificato per negligenza e disattenzione dell'utente della pubblica via. In tale caso, infatti, gli effetti dannosi dell'evento sono riferibili esclusivamente al fatto e colpa dell'utente medesimo, in virtù del principio di autoresponsabilità, che costituisce la frontiera estrema della responsabilità civile, normativamente segnata dall'art.1227 cod. civ., in forza del quale ognuno deve risentire nella propria sfera giuridica delle conseguenze della mancata adozione delle cautele e delle

Il giudice tiene conto, inoltre, di un ulteriore piccolo particolare: la calzatura del danneggiato. In proposito si ritiene che la calzatura di tipo maschile, indossata verosimilmente dall'attore, coordinata all'uso di una diligente attenzione, avrebbe favorito un valido appoggio del piede sul pavé, cosa che probabilmente non sarebbe avvenuta se la vittima fosse stata una donna con indosso dei tacchi, poiché questo tipo di calzature non avrebbe assicurato un equilibrio stabile tra gli interstizi del porfido. La conclusione, alla luce di tutto ciò, a cui perviene il giudice della causa è che la disattenzione o comunque la sola condotta colposa dell'attore nell'attraversare la strada ha determinato la caduta della stesso.

Per quanto mi riguarda ritengo improbabile prospettare una decisione diversa da quella presa dal giudice in questione, alla luce soprattutto degli elementi che emergono dall'istruttoria, quali configurazione atipica del pavé, imprecisione da parte dell'attore sugli elementi in presenza dei quali fondare la responsabilità del Comune, orario in cui è avvenuto l'evento dannoso che garantiva una facile visibilità dell'interstizio e di conseguenza l'evitabilità del danno in sé e in ultima la disattenzione da parte del danneggiato nell'attraversare la strada. In conclusione mi sembra di poter dire che sembrerebbe assurdo configurare questo come un caso in cui il Comune di Milano quindi la Pubblica Amministrazione sia tenuta al risarcimento dei danni subiti dal danneggiato poiché non ricorrono in nessun modo i presupposti per integrare o l'art. 2051 c.c. o l'art. 2043 c.c.

regole di comune prudenza che identificano il contenuto di diligenza esigibile dal soggetto giuridico nei comportamenti adottati nella vita sociale” - Tribunale di *Brindisi*, sentenza 02.12.2004 n. 118.

CHI CUSTODISCE L'ALBERO CADUTO SULLA SEDE STRADALE? LA CUSTODIA NELL'ART. 2051 C.C.

di Serena Nanni

IL CASO

Il giorno 20 luglio 2008, alle ore 20,10 circa, A.S., mentre percorreva il tratto della S.S. 12 in direzione della città di Bolzano, a bordo del proprio motociclo, urtava contro un albero caduto sulla statale dalla ripa sovrastante, riportando danni alla persona e alle cose.

A.S.(attore) ne deduceva la responsabilità in solido da cose in custodia, ex art.2051 c.c.:

- 1) sia Provincia Autonoma di Trento, quale ente proprietario della S.S.12,
 - 2) sia della A.D.B. S.p.A., quale proprietario del terreno,
- chiedendo in giudizio il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a causa del sinistro.

La Provincia Autonoma di Bolzano lamentava l'incompetenza per territorio del giudice adito, ma tale eccezione di incompetenza viene ritenuta infondata.

Per quanto atteneva la responsabilità della Provincia Autonoma di Bolzano, si richiamava la sentenza della Corte di Cassazione n. 23562 del 2001,(un caso di franamento su una strada pubblica di massi staccatisi da una sovrastante parete rocciosa, di proprietà dei terzi), ove la Corte ha avuto modo di precisare che:

- 1) una volta accertato che il fatto dannoso si è verificato a causa di un'anomalia della strada stessa, è comunque configurabile la responsabilità dell'ente pubblico custode, salvo che quest'ultimo non dimostri di non aver potuto far nulla per evitare il danno.
- 2) l'ente proprietario non può far nulla quando la situazione che provoca il danno si determina in maniera improvvisa, atteso che ciò integri il caso fortuito previsto dall'art. 2051 c.c.
- 3) gli enti proprietari di strade aperte al pubblico transito è applicabile la disciplina di cui all'art.2051 c.c., con riferimento alle situazioni di pericolo imminente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, essendo peraltro configurabile il caso fortuito per quelle provocate dagli stessi utenti, ovvero una repentina e non prevedibile alterazione dello stato della cose che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere.

Nel caso concreto è certo che il fatto dannoso si era verificato a causa di un'anomalia della strada, in quanto la carreggiata era occupata dal tronco dell'albero.

Così veniva assolto l'onere probatorio da parte dell'attore, e incombeva sulla Provincia la prova del caso fortuito, ex art.2051 c.c.

Dato che lo schianto era un evento non prevedibile dall'ente proprietario della strada, ne consegue che la repentinità dell'evento non avrebbe comunque consentito agli addetti dell'amministrazione provinciale di rimuovere o segnalare l'ostacolo prima del sopraggiungere del motociclo, condotto dall'attore, per mancanza di tempo strettamente necessario a provvedere.

Perciò doveva ritenersi fornita dalla Provincia autonoma di Bolzano la prova liberatoria del caso fortuito, ex art. 2051 c.c. Quanto alla responsabilità derivante dal principio "neminem laedere", ex art. 2043, c.c., era sufficiente rilevare che mancava la prova della colpa in capo alla P.A. convenuta, perciò veniva ad essere esclusa.

Pertanto la domanda contro la Provincia di Bolzano veniva rigettata.

Mentre vi era responsabilità da danno da cose in custodia, ex art 2051 c.c. di A.D.B. S.p.A., quale proprietaria e custode del terreno, essendo indubitabile il nesso causale tra la cose in custodia e l'evento che si era verificato.

Si escludeva la sussistenza del concorso del fatto colposo del danneggiato, ex art. 1227, c.c.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI TRENTO

in persona del Giudice monocratico dott. Aldo Giuliani, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 307 del ruolo generale degli affari civili contenziosi per l'anno 2011, promossa da

A.S. (C.F. (...)), rappresentato e difeso dall'avv. FERRARI GUIDO e LEONI MARIO ((...)) PIAZZA ROMA MO 41141 MODENA; F.B. ((...)) VIA DEL TRAVAI 46 38100 TRENTO, ed elett. dom.to in VIA DEL TRAVAI 46 38100 TRENTO

ATTORE

contro

A.D.B. SPA (C.F.(...)), rappresentata e difesa dall'avv. GRASSI STEFANO e MARCHIONNI FABRIZIO ((...)) VIA S.FRANCESCO D'ASSISI 8 38100 TRENTO, elett. dom.ta in V.S.FRANCESCO D'ASSISI 8 38100 TRENTO

PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO (C.F.(...)), rappresentata e difesa dall'avv. FRONZA ELVIO e VON GUGGENBERG RENATE ((...)) VIA CRISPI 3 39100 BOLZANO; S.J. ((...)) VIA C. 3 C. 39100 B. / B.; B.S. ((...)) VIA C. 3 C. 39100 B. / B.; BERNARDI SPAGNOLLI CRISTINA ((...)) VIA CRISPI 3 39100 BOLZANO, elett. dom.ta in VIA PARADISI 15/4 38100 TRENTO

CONVENUTE

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

A.S. ha convenuto in giudizio la Provincia autonoma di Trento, quale ente proprietario della S.S. 12, e la A.D.B. S.p.A., quale proprietaria di un terreno (p.f. 6350/6 C.C. Renon I) adiacente ad un tratto della S.S. 12 sito in località Campodazzo (BZ), in corrispondenza del KM 449+300, proponendo nei loro confronti domanda di condanna (solidale od in subordine alternativa) al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a causa del sinistro verificatosi il giorno 20 luglio 2008, alle ore 20,10 circa, allorché egli, percorrendo a bordo del proprio motociclo quel tratto della S.S. 12 in direzione della città di Bolzano, riportò danni alla persona ed alle cose urtando contro un albero caduto sulla sede stradale dalla ripa sovrastante, che ostruiva completamente la sua corsia di marcia.

Nel contraddittorio della Provincia autonoma di Bolzano e di A.D.B. S.p.A., costituitesi con autonome difese eccependo, la prima, l'incompetenza per territorio del giudice adito, a favore del tribunale di Bolzano, e contestando entrambe le rispettive responsabilità nonché il quantum debeatur preteso dall'attore, si procedeva all'istruzione mediante l'assunzione di prove per testi e l'acquisizione di due consulente tecniche d'ufficio (l'una ricostruttiva dell'evento e l'altra di natura medico-legale), al cui esito la causa veniva trattenuta in decisione.

L'eccezione di incompetenza per territorio, sollevata dalla Provincia autonoma di Bolzano, è infondata.

Trattandosi di un cumulo soggettivo di cause connesse sia per l'oggetto che per il titolo, trova applicazione l'art. 33, cod. proc. civ., che consente di radicare il giudizio davanti al giudice della sede di una delle persone giuridiche convenute, ex art. 19, cod. proc. civ., sicché legittimamente l'attore ha adito il tribunale del luogo (Trento) in cui ha sede l'altra convenuta A.D.B. S.p.A.

Il criterio del forum commissi delicti, ex art. 20, cod. proc. civ., non osta all'applicabilità della regola sul cumulo soggettivo delle cause, che appartiene ai casi di modifica della competenza per ragioni di connessione, poiché esso non ha natura di foro esclusivo, bensì meramente alternativo rispetto ai criteri di collegamento generali di cui agli artt. 18 e 19, cod. proc. civ.

Nel merito, sulla base dell'esperita istruttoria e delle non contestazioni, i fatti possono essere così ricostruiti.

L'attore, nelle predette circostanze di tempo e di luogo, mentre percorreva la S.S. 12 a bordo del proprio motociclo, urtò contro un albero caduto sulla carreggiata, che ostruiva completamente la sua corsia di marcia (c.t.u. ing. Dolzani, verbale della Polizia di Stato sub doc. 1/attore, dichiarazioni rese alla Polizia di Stato da C.P.).

L'albero, prima della caduta, insisteva sulla ripa a monte della strada, che si identifica nella p.f. 6350/6 C.C. Renon I, di proprietà di A.D.B. S.p.A. (si vedano le risultanze dei rilievi topografici eseguiti dal c.t.u.), dove è ancora presente il "ceppo" del tronco, che è stato rinvenuto dal consulente d'ufficio durante le operazioni peritali, ad una distanza di quattro metri dal ciglio della carreggiata: all'epoca del sopralluogo (5 luglio 2012), l'essenza legnosa del "ceppo", avente il diametro di circa 30 centimetri, appariva ancora integra e compatta (c.t.u., pag. 8).

Il tronco dell'albero si spezzò a circa due metri di altezza dal terreno (si veda la fotografia sub doc. 14/Provincia di Bolzano mostrata al -e riconosciuta dal- teste Wicker, dove è raffigurato chiaramente il pezzo di tronco rimasto radicato al suolo).

La situazione vegetativa della pianta, nel momento dello schianto, era normale, per quanto è dato di desumere dalle medesime fotografie e dallo stato del "ceppo" esaminato dal consulente d'ufficio (c.t.u., pag. 18).

Le condizioni meteorologiche nel momento del sinistro erano pessime, in quanto caratterizzate da un intenso temporale associato a forti raffiche di vento, ma statisticamente non eccezionali in relazione alla zona geografica (Valle dell'Isarco) ed alla stagione estiva, in base ai dati della stazione meteorologica di Bolzano, acquisiti ed esaminati dettagliatamente dal c.t.u. (pag. 11 ss.).

Date queste premesse, può considerarsi altamente probabile, se non certo, che l'albero fu spezzato dalle forti raffiche di vento che soffiavano in loco, come ha ipotizzato anche il c.t.u., senza alcuna censura delle parti.

Non vi sono prove dirette circa il tempo intercorso tra la caduta dell'albero sulla strada e l'urto.

C.P., che seguiva il motociclo a bordo della sua autovettura, si è limitato a riferire ai verbalizzanti di aver visto l'attore "... andare addosso ad una pianta che attraversava longitudinalmente la carreggiata e di conseguenza cadeva a terra".

La difesa dell'attore afferma che la caduta dell'albero sulla carreggiata fu sostanzialmente contestuale all'urto, poiché altrimenti l'ostacolo avrebbe impedito il transito di altri utenti della strada, date le sue caratteristiche di arteria attraversata da elevati flussi di traffico.

L'inferenza è condivisibile nel senso che, per le suddette ragioni, può presumersi la prossimità temporale tra l'alterazione dello stato della strada ed il sopraggiungere del

motociclo, ma non vi è la ragionevole certezza che la caduta dell'albero sia stata contestuale al passaggio del motociclo, tanto da impedire al conducente la stessa visibilità dell'ostacolo.

Si passa ora ad esaminare la posizione delle due convenute.

Come detto, la Provincia autonoma di Bolzano è l'ente proprietario della strada che fu teatro del sinistro.

L'attore ne deduce, in via principale, la responsabilità da cose in custodia ex art. 2051, cod. civ.

Sul punto è rilevante il seguente insegnamento giurisprudenziale, tratto dalla motivazione della sentenza della Corte di cassazione n. 23562 del 2001, in un caso di franamento su una strada pubblica di massi staccatasi da una sovrastante parete rocciosa, di proprietà di terzi:

"... il rapporto che lega la strada che fu teatro dell'evento lesivo e l'ANAS è tale che correttamente lo scrutinio in ordine alla responsabilità dell'Ente è stato dal giudice di merito condotto anche e soprattutto in base alla ben più stringente griglia offerta dall'art. 2051 c.c.

Proprio ragionando con riferimento a una fattispecie in cui, a causa di una frana staccatasi dalla parete rocciosa collocata a monte di una strada pubblica, un automobilista che vi stava transitando, colpito da un masso, aveva perso la vita, questa Corte ha avuto modo di precisare che:

a) per le strade aperte al traffico, l'ente proprietario (o il concessionario) si trova in una situazione che lo pone in grado di sorvegliarle, di modificarne le condizioni di fruibilità, di escludere che altri vi apportino cambiamenti, situazione che, a ben vedere, integra proprio lo status di custode;

b) una volta accertato che il fatto dannoso si è verificato a causa di una anomalia della strada stessa, è comunque configurabile la responsabilità dell'ente pubblico custode, salvo che questo ultimo non dimostri di non avere potuto far nulla per evitare il danno;

c) l'ente proprietario (o concessionario) non può far nulla quando la situazione che provoca il danno si determina non come conseguenza di un precedente difetto di diligenza nella sorveglianza della strada ma in maniera improvvisa, atteso che solo questa ultima (al pari della eventuale colpa esclusiva dello stesso danneggiato in ordine al verificarsi del fatto) integra il caso fortuito previsto dall'art. 2051 c.c.;

d) agli enti proprietari di strade aperte al pubblico transito è dunque applicabile la disciplina di cui all'art. 2051 c.c., con riferimento alle situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, essendo peraltro configurabile il caso fortuito in relazione a quelle provocate dagli stessi utenti, ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere (confr. Cass. civ. 3 aprile 2009, n. 8157; nei medesimi sensi Cass. civ. 29 marzo 2007, n. 7763; Cass. civ. 2 febbraio 2007, n. 2308);

e) ai fini del giudizio sulla qualificazione della prevedibilità o meno della repentina alterazione dello stato della cosa, occorre avere riardo al tipo di pericolosità che ha provocato l'evento di danno, pericolosità che può atteggiarsi diversamente, ove si tratti di una strada, in relazione ai caratteri specifici di ciascun tratto ed agli analoghi eventi che lo abbiano in precedenza interessato.

... Sennonché, pacifico che nella specie il giudice di merito ha ampiamente motivato in ordine al verificarsi, nei giorni precedenti l'incidente, di smottamenti che avrebbero dovuto allertare i controlli dell'Ente e sollecitare l'adozione di misure di salvaguardia dell'incolumità degli utenti, ciò che in questa sede l'ANAS viene a sostenere è che,

incombendo sul proprietario del fondo adiacente alla sede stradale l'obbligo di manutenzione delle ripe, essa non potrebbe essere chiamata a rispondere di un fenomeno che proprio lì aveva avuto origine e che quindi altri aveva il compito di prevenire e impedire. Trattasi di argomentazioni suggestive, ma, in realtà, fuorvianti e inconsistenti. È sufficiente considerare, a confutazione delle stesse, che, essendo funzione primaria dell'ente proprietario della strada quella di garantire la sicurezza della circolazione (D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 14) e spettando all'ANAS, tra l'altro, il compito di adottare i provvedimenti necessari ai fini della sicurezza del traffico sulle strade e sulle autostrade che le sono affidate e in relazione alle quali essa esercita i diritti e i poteri attribuiti all'ente proprietario (D.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, art. 2), poco importa, in questa sede, stabilire su chi dovesse, in definitiva gravare il costo economico del risanamento delle sponde laterali, costo del quale segnatamente si occupano il D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, artt. 30 e 31. Sta di fatto che l'Ente non poteva consentire la circolazione su un tratto di strada di cui aveva la custodia, senza adottare - o assicurarsi che venissero da altri adottati - i presidi necessari ad eliminare i fattori di rischio conosciuti e conoscibili con un attento e doveroso monitoraggio del territorio. ... Per quanto sin qui detto, invero, l'inerzia del proprietario nella realizzazione degli interventi idonei a bonificare il terreno adiacente alla strada, non elimina di certo quella del proprietario o del concessionario dell'area su cui i massi rocciosi erano, ineluttabilmente, destinati a cadere - e caddero infatti - mettendo a repentaglio quella sicurezza della circolazione che, come testé specificato, costituisce uno dei compiti primari dell'ANAS ...".

Nel caso concreto, non è dubitabile che il fatto dannoso si sia verificato a causa di un'anomalia della strada, la cui carreggiata era parzialmente occupata, in senso trasversale, dal tronco d'albero e dalle sue fronde, che ostacolavano pericolosamente la circolazione.

Così assolto l'onere probatorio da parte dell'attore, incombeva alla Provincia la prova del caso fortuito, ex art. 2051 cod. civ., che può derivare, giusta quanto osservato dalla Suprema corte, anche "... da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere".

Sulla repentinità dell'alterazione dello stato della strada, allegata dallo stesso attore, ci si è già sufficientemente soffermati.

Circa la sua prevedibilità, per valutare la quale "... occorre avere riguardo al tipo di pericolosità che ha provocato l'evento di danno, pericolosità che può atteggiarsi diversamente, ove si tratti di una strada, in relazione ai caratteri specifici di ciascun tratto ed agli analoghi eventi che lo abbiano in precedenza interessato", si osserva che: a) l'albero in questione insisteva, con altre piante simili, su una ripa posta a monte di una strada che percorre una stretta ed incassata valle alpina; b) non consta la verifica di analoghi eventi che abbiano in precedenza interessato lo stesso tratto; c) la pianta stroncata dal vento era in normale stato di vegetazione, era saldamente radicata al suolo, come dimostra l'attuale presenza e consistenza del "ceppo", ed era collocata a congrua distanza (m. 4) dal ciglio della strada.

Ne consegue che lo schianto, pur non potendosi escludere in rerum natura, era un evento non prevedibile dall'ente proprietario della strada, il cui dovere di monitorare il territorio per eliminare i fattori di rischio e di adottare i presidi idonei a garantire la sicurezza della circolazione non può essere esteso sino all'abbattimento od al contenimento (con reti o simili) di tutte le piante d'alto fusto, prive in sé di specifici

connotati di pericolosità, poste lateralmente alla carreggiata di una strada che percorre una valle alpina, ancorché di intenso traffico.

Né potrebbe nella specie affermarsi un difetto di diligente vigilanza e controllo allo scopo di garantire la tempestiva rimozione o segnalazione dello stato di pericolo causato dalla caduta dell'albero, poiché la repentinità dell'evento non avrebbe comunque consentito agli addetti dell'amministrazione provinciale di rimuovere o segnalare l'ostacolo prima del sopraggiungere del motociclo condotto dall'attore, per mancanza del tempo strettamente necessario a provvedere.

Deve pertanto ritenersi fornita dalla Provincia autonoma di Bolzano la prova liberatoria del caso fortuito, ex art. 2051, cod. civ.

Quanto alla comune responsabilità derivante dal principio del *neminem laedere*, ex art. 2043, cod. civ., è sufficiente rilevare che manca la prova della colpa in capo alla P.A. convenuta, che non solo doveva essere dimostrata dall'attore, ma che le considerazioni sopra svolte, a proposito dell'assenza di negligenza nel controllo e nella vigilanza della strada e delle sue pertinenze, portano ad escludere.

La domanda contro la Provincia autonoma di Bolzano dev'essere di conseguenza rigettata.

Sussiste invece la responsabilità ex art. 2051, cod. civ., di A.D.B. S.p.A., quale proprietaria e custode del terreno e, per l'effetto, anche dell'albero in esso incorporato.

E' anche in tal caso indubitabile il nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento, che si è verificato per l'insorgenza nell'albero di un processo dannoso, da agenti atmosferici esterni.

La convenuta allega quale caso fortuito, idoneo a scindere il nesso causale, sia l'eccezionalità ed imprevedibilità degli agenti atmosferici che provocarono lo schianto del fusto d'albero, sia il fatto colposo del danneggiato, il quale avrebbe tenuto una velocità tale da non consentirgli il tempestivo arresto del veicolo e avrebbe proseguito la marcia nonostante le avverse condizioni del tempo, pur in presenza di aree di sosta nelle vicinanze.

L'eccezionalità del fortunale abbattutosi in zona nel momento del sinistro è stata condivisibilmente esclusa dal c.t.u., che ha correttamente esaminato i dati meteorologici acquisiti, da cui emergono caratteristiche del fenomeno non inconsuete, pur nella loro intensità, sia per il luogo che per la stagione.

La condotta colposa del danneggiato non può ritenersi provata sol perché egli, pur essendo probabilmente in grado di avvistare l'ostacolo, non riuscì ad arrestare il veicolo, dovendosi considerare sia la breve distanza percorsa dopo l'uscita della curva posta prima del luogo del sinistro (trenta metri: vedi c.t.u.) sia le cattive condizioni del manto stradale reso sdruciolevole dalla pioggia, che ben difficilmente avrebbero consentito al centauro di adottare efficaci manovre d'emergenza di fronte ad un simile ostacolo, che gli si parò innanzi in modo improvviso ed imprevedibile.

L'omessa sosta non può parimenti essere ascritta a sua colpa, poiché non v'è prova che le condizioni della strada e del tempo, ancorché avverse, fossero talmente proibitive da impedire, con le dovute cautele, la prosecuzione della marcia in condizioni di sicurezza.

Le medesime considerazioni escludono altresì la sussistenza del concorso del fatto colposo del danneggiato, ex art. 1227, primo comma, cod. civ.

Passando alla determinazione del quantum debeatur, spetta in primo luogo il risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059, cod. civ., avente natura unitaria e comprensiva di tutti i pregiudizi di tipo biologico, morale od esistenziale conseguenti alla lesione della salute (diritto inviolabile dell'individuo, costituzionalmente garantito dall'art. 32, Cost.), privi di autonomia quali ulteriori voci di danno e connotati solo da valenza descrittiva.

Secondo le risultanze della c.t.u. medico-legale, l'attore ha subito nell'occorso la frattura pluri-frammentaria del piatto tibiale, della tibia sinistra e della clavicola sinistra, da cui sono derivati un periodo di inabilità temporanea totale (ITT) di 55 giorni, di inabilità temporanea parziale (ITP) al 75% di 52 giorni, al 50% di 24 giorni e al 25% di 25 giorni, nonché postumi permanentemente invalidanti (IP) del 25%, che sono stati calcolati dal c.t.u. considerando correttamente le conseguenze pregiudizievoli subite dall'attore per effetto di un'emorragia cerebrale insorta il 24 gennaio 2013, per cause indipendenti dal sinistro. A tal proposito si osserva, sulla scorta delle considerazioni già svolte dal c.t.u., che non vi è alcuna scientifica dimostrazione dell'influenza negativa dei postumi del sinistro sul processo di recupero funzionale successivo all'emorragia cerebrale.

Trattandosi di risarcimento il cui esatto ammontare è di impossibile determinazione, s'impone la liquidazione equitativa ex artt. 1226-2056, cod. civ., facendo applicazione delle note tabelle elaborate dal tribunale di Milano (versione 2014), che già tengono conto della natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute.

Per un'adeguata personalizzazione del risarcimento, deve considerarsi, oltre all'età del danneggiato (anni 53 all'epoca del sinistro e di insorgenza dell'IP), il dolore sofferto in seguito ad un fatto poli-traumatico, la necessità di ricovero ospedaliero e di intervento chirurgico e gli ostacoli e le limitazioni delle attività sportive e ludiche (sci, vela ecc...) che, secondo le risultanze istruttorie, l'attore praticava a discreti livelli, non senza rilevare, tuttavia, che su tali pregiudizievoli conseguenze ha influito in modo ben più rilevante il successivo episodio emorragico.

Si assume pertanto un valore tabellare medio di Euro 120,00 pro die per la liquidazione dell'ITT ed il valore tabellare base per IP del 25% (anni 53), pari ad Euro 96.441,00, aumentato del 20% in Euro 115.729,20.

Il risarcimento è pertanto il seguente:

ITT di giorni 55: Euro 120,00 x 55 = Euro 6.600,00;

ITP 75% di giorni 52: Euro 120,00 x 52 x 75/100 = Euro 4.680,00;

ITP 50% di giorni 24: Euro 120,00 x 24 x 50/100 = Euro 1.440,00;

ITT 25% di giorni 25: Euro 120,00 x 25 x 25/100 = Euro 750,00;

IP 25% con aumento del 20% = Euro 115.729,20;

totale Euro 129.199,20.

somma espressa in valori attuali.

Quanto al danno patrimoniale da mancato guadagno, il c.t.u. ha valutato nella misura del 20%, limitatamente al periodo intercorso tra il sinistro (20 luglio 2008) e l'insorgenza dell'emorragia cerebrale (24 gennaio 2013), la diminuzione della specifica capacità lavorativa di architetto libero professionista dell'attore, causata dalle lesioni in oggetto, tenuto conto della necessità di frequentare i cantieri, ostacolata dalle limitazioni funzionali specie all'arto inferiore.

Come già detto, non vi è alcuna prova che senza i postumi del sinistro l'attore avrebbe potuto conseguire un miglior recupero funzionale dopo l'insulto ischemico.

E' peraltro evidente che le conseguenze invalidanti di quest'ultima malattia sono ben più rilevanti e si sovrappongono, di fatto, a quelle che determinarono la parziale incapacità lavorativa specifica causata dal sinistro stradale.

Pertanto, il tribunale condivide la valutazione del c.t.u., che individua un criterio razionalmente corretto e rispettoso delle regole che presiedono l'accertamento del nesso causale.

L'esistenza del danno da diminuzione reddituale è desumibile anche dai documenti fiscali prodotti in giudizio, in particolare dalle dichiarazioni Mod. Unico 2008 (redditi

2007) e 2009 (redditi 2008), sub doc. 31-32, immediatamente anteriore e posteriore al sinistro, che evidenziano una contrazione del reddito, detratta l'imposta netta, da Euro 71.236,00 ad Euro 45.091,00.

E' poi opportuno precisare che nel caso concreto non si versa in un'ipotesi di danno derivante dalla circolazione stradale, nell'accezione di cui all'art. 2054, cod. civ., e di azione contro l'assicuratore del responsabile, e che di conseguenza non sono direttamente applicabili i criteri di liquidazione del danno patrimoniale stabiliti, da ultimo, nel codice delle assicurazioni private (art. 137, D.lgs. n. 209 del 2005).

Assumendo come attendibile parametro il riportato reddito netto del 2007, il risarcimento ammonta di conseguenza ad Euro $(71.236,00 \times 20\%) : 12 \times 53$ (numero delle mensilità nel periodo considerato) = Euro 62.925,00.

Si tratta di una liquidazione forfettaria ed onnicomprensiva, che compensa anche la presumibile maggiore incidenza negativa sulla capacità reddituale dell'iniziale periodo di inabilità assoluta.

Circa il danno emergente, spettano Euro 264,00 per documentate spese mediche (vedi c.t.u.) ed Euro 5.940,00 per documentate spese di riparazione e recupero del motociclo (docc. 34-35). Di altre spese mancano prove attendibili, tali non potendosi considerare i docc. 36-37.

In definitiva, la somma al cui pagamento dev'essere condannata A.D.B. S.p.A. ammonta ad Euro $(129.199,20 + 69.925,00 + 264,00 + 5.940,00) =$ Euro 205.328,20, oltre alla rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat sulla somma di Euro $(205.328,20 - 129.199,20) 76.129,00$ dal 20 luglio 2008 alla data della presente sentenza, agli interessi legali sulla somma di 205.328,20 via via rivalutata annualmente secondo i medesimi indici, con stesse decorrenza e scadenza, ed agli ulteriori interessi legali sulla somma così complessivamente determinata, dalla data della presente sentenza al saldo, trasformandosi il debito di valore in debito di valuta con la liquidazione giudiziale.

Le spese di giudizio -liquidate sulla somma riconosciuta come in dispositivo, sulla base dei criteri di cui al D.M. n. 55 del 2014, ed estese, quanto al solo attore (in mancanza di prova documentale del pagamento della parcella indicata nella "nota spese a rettifica" della Provincia), alle spese di c.t.p. per complessivi Euro $(854,00 + 1.337,78) =$ Euro 2.191,78 (docc. 40-41)- seguono le rispettive soccombenze.

P.Q.M.

Il Tribunale di Trento, in composizione monocratica, ogni diversa o contraria azione, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

1. Condanna A.D.B. S.p.A. al pagamento in favore dell'attore della somma di Euro 205.328,20, oltre alla rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat sulla somma di Euro 76.129,00 dal 20 luglio 2008 alla data della presente sentenza, agli interessi legali sulla somma di 205.328,20 via via rivalutata annualmente secondo i medesimi indici, con stesse decorrenza e scadenza, ed agli ulteriori interessi legali sulla somma così complessivamente determinata, dalla data della presente sentenza al saldo.
2. Rigetta la domanda dell'attore nei confronti della Provincia autonoma di Bolzano.
3. Condanna A.D.B. S.p.A. al rimborso in favore dell'attore delle spese di giudizio, liquidate in Euro 1.258,12 per spese ed Euro 13.500,00 per compensi, oltre alle spese di c.t.p. come liquidate in parte motiva, al rimborso spese forfettarie in misura pari al 15% del compenso totale per la prestazione, ex art. 2 D.M. n. 55 del 2014, all'I.V.A., se ed in quanto dovuta, ed al contributo C.N.A. nelle misure di legge.
4. Condanna l'attore al rimborso in favore della Provincia autonoma di Bolzano delle spese di giudizio, liquidate in Euro 13.500,00 per compensi, al rimborso spese

forfettarie in misura pari al 15% del compenso totale per la prestazione, ex art. 2 D.M. n. 55 del 2014, all'I.V.A., se ed in quanto dovuta, ed al contributo C.N.A. nelle misure di legge.

Così deciso in Trento, il 28 gennaio 2015.

Depositata in Cancelleria il 2 febbraio 2015.

TRIBUNALE DI TRENTO, sentenza 2 febbraio 2015, n. 117; Giud. Giuliani; A.S., (Avv.ti Ferrari e Leoni) c. A.D.B. SPA (Avv. Grassi e Marchionni), Provincia Autonoma di Bolzano (Avv. Fronza e Von Guggenberg).

Responsabilità civile - Circolazione stradale - Caduta albero di proprietà privata su sede stradale - Cose in custodia - Responsabilità dell'ente gestore strade (ANAS) - Caso fortuito - Prova liberatoria (art. 2051 c.c., d.lgs. 30 aprile 1992, n. 282, art.14; d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, art. 2)

Responsabilità civile - Circolazione stradale - Caduta albero di proprietà privata su sede stradale – Colpa omissiva dell'ente gestore strade (ANAS) - Esclusione (art. 2043 c.c.)

Responsabilità civile - Circolazione stradale - Caduta albero di proprietà privata su sede stradale – Cose in custodia - Responsabilità del custode dell'albero – Sussiste (art. 2051 c.c.)

Responsabilità civile - Circolazione stradale - Caduta albero di proprietà privata su sede stradale – Cose in custodia - Responsabilità del custode dell'albero - Concorso di colpa del danneggiato - Esclusione (art. 2051 c.c., 1227 c.c.)

Posto che la P.A., quale ente proprietario delle strade pubbliche, ha l'obbligo della relativa manutenzione stradale, ex art. 16 e 28 l. 2248/1865, art. 14, c. strada, l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse in modo imminente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione, salvo che dia la prova che l'evento dannoso era imprevedibile e non tempestivamente evitabile o segnalabile. (Nella specie, tale prova liberatoria viene ritenuta raggiunta) (1)

Affinché l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito sia ritenuto responsabile in base all'art. 2043 c.c. del danno occorso all'automobilista che abbia impattato un albero caduto sulla sede stradale da un terreno attiguo è necessario che l'automobilista provi la colpa omissiva dell'Ente (Nella specie, tale prova non viene fornita) (2)

Il proprietario del terreno sul quale insiste un albero rovinato sulla sede stradale attigua, determinando l'impatto di detto albero con un automobilista di passaggio risponde del danno così provocato dalla cosa sottoposta alla sua custodia in base all'art. 2051 c.c. (3)

Per giovare della responsabilità del danneggiato invocata per vedere esclusa o diminuita la propria responsabilità, il proprietario del terreno sul quale insiste un albero rovinato sulla sede stradale attigua determinando l'impatto di detto albero con un automobilista di passaggio deve provare il fatto colposo dell'automobilista (nella specie tale prova non è stata fornita) (4)

(1) In giurisprudenza constano precedenti sia in termini, sia contrari. Nella giurisprudenza di legittimità: la S.C. nella sentenza della Cassazione civile, sez. III, 22/10/2014, n. 22330, *De iure banca dati*, voce Circolazione Stradale, ove si afferma che "l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico, pur non essendo custode dei fondi privati che fiancheggiano la sede stradale, risponde per colpa specifica – in base agli art. 1176 e 2043 c.c., in uno con l'art. 14 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e con l'art. 2 d.lgs. 26 febbraio 1994 n. 143 – del danno occorso a un automobilista in transito per effetto della caduta sulla sede stradale di un albero situato in un fondo privato, ove, potendo avvedersi con la diligenza qualificata da esso richiesta della situazione di pericolo rappresentata dall'albero, esso non monitori il pericolo e ometta di segnalare al proprietario del fondo l'adozione dei provvedimenti necessari a neutralizzarlo."

In senso conforme anche: Cassazione civile, sez. III, 11/11/2011, n. 23562, *Fonti: Giustizia Civile Massimario 2011*, 11, 1589, *Archivio della circolazione e dei sinistri 2012*, 6, 566, *De iure banca dati*, voce Strade – A.N.A.S. : "In tema di circolazione stradale è dovere primario dell'ente proprietario della strada (e dell'Anas, in relazione alle strade e autostrade che le sono affidate e in relazione alle quali esercita i diritti e i poteri attribuiti all'ente proprietario) garantirne la sicurezza mediante l'adozione delle opere e dei provvedimenti necessari. Ne consegue che sussiste la responsabilità di detto ente in relazione agli eventi lesivi occorsi ai fruitori del tratto stradale da controllare, anche nei casi in cui l'evento lesivo trova origine nella cattiva o omessa manutenzione dei terreni laterali alla strada, ancorché appartenenti a privati, atteso che è comunque obbligo dell'ente verificare che lo stato dei luoghi consenta la circolazione dei veicoli e dei pedoni in totale sicurezza."

In senso sostanzialmente conforme: Cassazione civile, sez. III, 14/07/2004, n. 13087, *De iure banca dati*, voce Strade: "In base all'art. 14 codice della strada, l'ente proprietario della strada ha l'obbligo di provvedere alla manutenzione, gestione e pulizia della sede stradale e delle sue pertinenze, per assicurare la sicurezza degli utenti della strada, ma tale obbligo non si estende alle zone estranee ad esse e circostanti, mentre, ai sensi dell'art. 31 cod. strada, grava sui proprietari delle ripe dei fondi laterali alle strade l'obbligo di mantenerle in modo da impedire e prevenire situazioni di pericolo connesse a franamenti o scoscendimenti del terreno, o la caduta dei massi o altro materiale sulla strada, dove per ripe devono intendersi le zone immediatamente sovrastanti e sottostanti la scarpata del corpo stradale."

Nella giurisprudenza di merito, con una risoluzione della fattispecie in senso contrario, il Trib. di Mantova, 23/02/2010, n. 205, *fonti: giur. merito 2011*, 5, 1280, *De iure*, (<http://www.iusexplorer.it.ezp.biblio.unitn.it/iusexplorer>) : il comune deve rispondere, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei danni subiti a seguito della caduta di un ciclomotore cagionata dalla presenza di un albero abbattuto sulla carreggiata, ove la strada non abbia un'estensione tale da rendere, in concreto, impossibile l'esercizio della custodia tramite un'adeguata manutenzione e sorveglianza.

In dottrina: Buffone, *Responsabilità della P.A. per omessa manutenzione del demanio stradale*, in *Rivista*, 2008, 2436, secondo il quale l'applicabilità dell'art. 2051 è stata affermata «con riferimento ai beni che consentono in concreto un controllo ed una vigilanza idonea ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo». In particolare, con

riferimento alle strade, «l'applicabilità dell'art. 2051 è senz'altro esclusa con riferimento a quelle statali e alle autostrade» mentre è ammessa per «le strade di proprietà del comune o della provincia, alle pertinenze della sede stradale» ed ancora «alle zone limitrofe alla sede stradale di proprietà della P.A., alla struttura e alle pertinenze delle autostrade». L'art. 28, l. 20 marzo 1865, n. 2248 ai sensi del quale «è obbligatoria la conservazione in istato normale delle strade provinciali e comunali sistemate»; e l'art. 5, r.d. 15 novembre 1923, n. 2506, in base al quale i comuni provvedono « alla manutenzione ordinaria e straordinaria» delle strade comunali; e l'art. 14, comma 1, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, prescrive che «gli enti proprietari delle strade allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione provvedono: a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo nonché delle attrezzature, impianti e servizi; b) al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e delle relative pertinenze; c) all'apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta»; infine l'art. 2, d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143 (Istituzione dell'Ente Nazionale per le Strade) prevede l'obbligo per l'Anas di gestire e mantenere le strade e autostrade statali.

(2) Fino alla fine degli anni novanta, la stessa giurisprudenza osteggiava l'operatività della responsabilità ex art. 2051 c.c. in capo alla P.A., riconoscendo semmai applicabile il generale principio del “neminem laedere” ex art. 2043 c.c. Ciò portò all'elaborazione della figura “ dell'insidia o trabocchetto”, ovvero una situazione determinante un pericolo occulto fornito dai necessari caratteri di invisibilità e imprevedibilità, valutati secondo criteri di normale diligenza, che si rinviene in Cass. Civ. 8 novembre 2002, n. 15710, in *Gius. civ. Mass.*, 2002, 1939; Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1571, in *Rep. Foro it.*; Cass. III sez. Civile, sentenza 16.05.2013, n.11946, *De Iure banche dati*.

Tale indirizzo è stato criticato: così che si è consolidato, inizialmente, un orientamento basato sull'applicabilità attenuata dell'art. 2051 c.c. alla P.A., limitatamente ai beni demaniali di non notevole estensione. (Cass. Civ. 13 febbraio 1978, n. 671, in *Arch. Civ.*, 1978, 765 ss., nella quale si afferma che non è configurabile una responsabilità della P.A. ai sensi dell'art. 2051 c.c. nell'ipotesi di danni occorsi all'utente per cattiva manutenzione di una strada, in quanto l'estensione della rete stradale pubblica non permette di esercitare un controllo completo e continuo, tale da dar luogo a custodia. Di conseguenza il danneggiato può agire per il risarcimento solo in base all'art. 2043 c.c. e ancora Cass. Civ. , 21 gennaio 1987, n. 526, in *Foro It.*, 1987, I, 786 ss.; Cass. Civ. , 23 marzo 1992, n. 3594, in *Foro It.*, 1993, I, 198 ss.; Corte Cost. , 20 maggio 1999, n. 156, in *Resp. civ. prev.* , 1999, 1265, nella quale si conferma l'inapplicabilità in capo agli enti pubblici della responsabilità da cose in custodia nell'ipotesi di proprietà demaniali di larga e generale utilizzazione , Cass. 13 luglio 2005, n. 14749, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 491; Cass. 26 settembre 2006, n. 20827, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 460; Cass. 12 luglio 2006, n. 15779, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 481.

Solo con la recente giurisprudenza della S.C. ha posto un “revirement” giurisprudenziale: Cass. civ., 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, 2006, I, 2801, con nota di Laghezza; a tale pronuncia fa seguito Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5445, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2006, 1034: la Suprema Corte ha concluso, inequivocabilmente, nel senso dell'applicazione dell'art. 2051 c.c. anche all'ente pubblico, considerato che «la responsabilità speciale per custodia ex art. 2051 c.c. risulta non solo configurabile, ma invero senz'altro preferibile rispetto alla regola generale posta dall'art. 2043 c.c.» e ancora Cass. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, 3461, voce *Responsabilità civile*, nello statuire la piena applicabilità della presunzione di cui all'art. 2051 c.c. nei confronti dell'ente pubblico, si precisa che «la P.A. è sempre in grado di esercitare il

potere di controllo sul demanio stradale, ad eccezione dei casi in cui viene a crearsi una situazione di pericolo improvvisa, provocata dagli stessi utenti della strada o da una “repentina e non prevedibile alterazione dello stato della cosa, tale da non poter essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere”. Pertanto è sempre configurabile la responsabilità dell'ente pubblico custode, eccetto che quest'ultimo non dimostri il «caso fortuito», inteso quale «fattore che attiene non già ad un comportamento del responsabile bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità». La responsabilità della P.A. ai sensi dell'art. 2051 c.c. è esclusa soltanto quando il danno deriva da una causa esterna proveniente da terzi o comunque non prevedibile. Ancora Cass. 20 novembre 2009, n. 24529, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 456, secondo cui “l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ex art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili in situazioni di pericolo imminente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione. Tale responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, che può consistere sia in un'alterazione dello stato dei luoghi, imprevedibile non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, ricollegabile all'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe”. Inoltre Cass. 18 ottobre 2011 n. 21508, in *Mass. Giust. Civ.* 2011, 11, 1542. Nella giurisprudenza di merito, l'orientamento prevalente ritiene che l'ente proprietario di strada aperta al pubblico transito sia responsabile dei sinistri derivanti da situazioni di pericolo, salvo dia prova liberatoria del caso fortuito o di cause estemporanee ed estrinseche al bene demaniale. (Trib. Catania, 30 maggio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 504; Trib. Verona, 26 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 692; Trib. Taranto, 11 giugno 1993, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Circolazione stradale*, n. 179; Trib. Udine 18 maggio 1992, in *Foro it.*, Rep., 1992, voce *Strade*, n. 19; Pret. Bari, 13 maggio 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2731; Pret. Ancona, 23 dicembre 1991, in *Foro it.*, Rep., 1992, n. 20.)

In dottrina: voce “responsabilità della pubblica amministrazione per insidia stradale: profili particolari” in *“Responsabilità civile e previdenza”*, fasc.6, 2014, pag. 1790, di Antonella Leonardi, quanto alle domande ex art. 2051 c.c. ed ex art. 2043 c.c., occorre richiamare quella giurisprudenza della suprema corte volta ad evidenziare come l'azione di responsabilità fondata sulla violazione di un obbligo di custodia sia intrinsecamente diversa da quella fondata sul principio generale del “neminem laedere”. Ciò in quanto «l'applicabilità dell'una o dell'altra norma implica, sul piano eziologico e probatorio, diversi accertamenti e coinvolge distinti temi d'indagine, trattandosi di accertare, nel caso dell'art. 2043 c.c., se sia stato attuato un comportamento commissivo od omissivo, dal quale è derivato un pregiudizio a terzi, e dovendosi prescindere, invece, nel caso di responsabilità per danni da cosa in custodia, dal profilo del comportamento del custode, che è elemento estraneo alla struttura della fattispecie normativa di cui all'art. 2051 c.c., nella quale il fondamento della responsabilità è costituito dal rischio, che grava sul custode, per i danni prodotti dalla cosa che non dipendano dal caso fortuito ». Mentre l'azione ai sensi dell'art. 2043 c.c. comporta la necessità, per il danneggiato, di provare l'esistenza del dolo o della colpa a carico del danneggiante, nel caso di azione fondata sull'art. 2051 c.c. la responsabilità del custode è prevista dalla legge per il fatto stesso della custodia, potendo questi liberarsi soltanto attraverso la gravosa dimostrazione del fortuito. Né consegue un'ovvia differenza in ordine ai temi di indagine ed al riparto dell'onere della prova, perché, nel primo caso, il danneggiato dovrà attivarsi a dimostrare qualcosa, mentre, nel secondo caso, sarà il danneggiante a doversi attivare.

Si discute circa la natura della responsabilità della p.a. per la manutenzione delle strade ai sensi dell'art. 2051 c.c.: secondo una tesi dottrinale tale forma di responsabilità avrebbe natura oggettiva e sarebbe esclusa solamente dal caso fortuito. In particolare Trimarchi, *Rischio e responsabilità civile*, Giuffrè Milano, 1961, 191 ss., menziona la teoria del rischio declinata in termini di esposizione al pericolo: "La giustificazione di questa responsabilità è collegata con la teoria economica della distribuzione di costi e profitti, quale condizione determinante delle scelte di produzione. Come noto le scelte di produzione vengono compiute per lo più in base a criteri economici: si produce un certo bene, usando un certo metodo, fintanto che il ricavo che ne deriva superi i costi. Queste scelte, compiute nell'ambito delle singole imprese, hanno anche un valore sociale, se e nella misura in cui il conto dei profitti e delle perdite dell'impresa rispecchia effettivamente il valore prodotto e il valore distrutto da essa. Ora è chiaro che del valore distrutto dall'impresa fanno parte non solo le energie lavorative, il materiale impiegato, il logorio delle macchine, ma anche i danni che l'esercizio dell'impresa cagiona regolarmente a terzi. Perciò occorre concludere che, ove il sistema giuridico non attribuisca all'imprenditore il costo del rischio che egli crea, può accadere che metodi di produzione o singole imprese siano attivi dal punto di vista del singolo imprenditore, mentre dal punto di vista sociale siano passivi, distruggendo un valore maggiore di quello che producono, e si mantengano in vita in quanto una parte del loro passivo sociale venga pagato dal pubblico".

Altra prospettazione configura invece l'esercizio della custodia – intesa quale potere di fatto sulla cosa- come criterio d'imputazione: in tal senso si pone Rodotà, *il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 176 ss. Scognamiglio, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. It.*, XV. Opinione isolata è quella di Geri, ove in "La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio", Giuffrè, Milano, 1974, 94, afferma che pur riconoscendo la natura oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c., ne ammette una limitata indagine inerente la condotta del custode in relazione al suo peculiare dovere di diligenza.

(3) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità: la nozione di custode in Cass. Civ. sez. III, 20 novembre 2009, n. 24530, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 11, 1614, Guida al diritto 2010, 1, 47: può essere qualificato "custode" della cosa, per i fini di cui all'art. 2051 c.c., chi ha la disponibilità di fatto di una cosa, non disgiunta però dalla disponibilità giuridica di essa. È da qualificare come "custode", ai sensi della norma indicata, sia il proprietario che il conduttore del bene, in quanto detentore qualificato, ma non il loro dipendente. Il custode per liberarsi dalla presunzione di responsabilità oggettiva a suo carico, dovrà provare il verificarsi di un fattore esterno, idoneo a spezzare il nesso eziologico tra la res e il nocumento: tale è il caso fortuito. Sentenze gemelle, Cass. Civ. 6 luglio 2006, nn. 15383, 12384, *De iure*, nelle quali si afferma che la responsabilità "è esclusa solo dal caso fortuito, fattore che attiene non già ad un comportamento del responsabile, bensì sotto il profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'oggettiva imprevedibilità ed inevitabilità e che può essere costituito anche dal fatto del terzo o dello stesso danneggiato". La S.C., inoltre, afferma che costituisce una causa di esclusione della responsabilità del custode, oltre il caso fortuito, anche l'equiparata "causa estranea", comprensiva del fatto del danneggiato, sempre che questo abbia nel determinismo dell'evento dannoso un'autonoma efficienza causale e presenti il carattere d'inevitabilità e imprevedibilità nei riguardi dell'attività dovuta del custode. (Cassazione Civile, sez. VI, 08 maggio 2014, n. 10008, *de iure*, voce - concorso colpa del danneggiato.)

In dottrina: La funzione dell'art.2051 è quella di imputare la responsabilità a chi si trovi nella condizione di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi, di fatto, ne controlla le modalità d'uso e di conservazione avendo su di essa un effettivo e non occasionale potere fisico e fattuale e non essendo necessariamente tale il proprietario o chi si trovi con essa in relazione diretta. Perciò si esclude che il mero utilizzatore della cosa, avendone la disponibilità, possa qualificarsi come custode nel senso previsto dall'art. 2051 c.c. Nel concetto di «cosa» in custodia, poi, si fa rientrare qualsiasi elemento inanimato, mobile o immobile, pericoloso o meno, allo stato solido, fluido o gassoso, dal momento che « ogni cosa può essere in grado, in certe circostanze, di produrre danni ». Tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito (da intendersi nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e del fatto dello stesso danneggiato), fattore che attiene, si ripete, non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante), bensì al profilo causale dell'evento riconducibile non alla cosa, che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità. Così, anche da ultimo, la Suprema Corte ha ribadito: « In tema di danni cagionati da cose in custodia, l'art. 2051 c.c. non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il nesso causale tra queste ultime e il danno, ossia di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa. Resta invece a carico del custode offrire la prova contraria alla presunzione della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità ». *Responsabilità della pubblica amministrazione per insidia stradale: dall'insidia e trabocchetto alla c.d. prevenzione bilaterale passando per la responsabilità oggettiva. Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2014, pag. 1116, Antonella Leonardi. Si sostiene che la custodia di cui all'art. 2051 c.c. si identifica in un potere di governo della cosa custodita, che implica un dovere di vigilanza e controllo della stessa, diretto ad impedire che essa nel suo naturale dinamismo cagioni danni a terzi, la cui dolosa o colposa violazione sarebbe la fonte della responsabilità del custode. In dottrina, così come argomentato in M.Franzoni, *Dei fatti illeciti, in Commentario al codice civile Scialoja* – Branca a cura di Galgano, Bologna, 1993, 557 s. ; P.G. Monateri, *La "custodia" di cui all'art. 2051 c.c.*, in *Resp. Civ. prev.* 1982, 758 ss.; la custodia di cui si fa riferimento all'art. 2051 c.c. non consiste né in un potere di fatto cui inerisce un dovere di vigilanza della cosa custodita né tanto meno in un potere di uso e sfruttamento economico della stessa che impone, in ossequio al principio "ubi commodum ibi incommodum", il dovere di controllo dei rischi da essa nascenti, così come affermato da P. Trimarchi, in *Rischi e responsabilità oggettiva*, Milano 1961, 244, bensì si identifica con il potere di escludere qualsiasi terzo dall'ingerenza sulla cosa. In relazione al "caso fortuito", in dottrina, si distinguono varie tipologie di fortuito: 1) il fortuito c.d. autonomo, che rileva nel caso in cui il danno risulta prodotto esclusivo del fattore esterno; 2) il fortuito c.d. incidente, in cui la res — pur contribuendo al processo eziologico dell'evento — si pone alla stregua di mera occasione assorbita interamente dal fattore esterno; 3) il fortuito c.d. concorrente, in cui l'azione del fattore esterno non esclude l'efficienza causale del bene nella determinazione dell'evento. L'interruzione del nesso di causa comporta, quindi, che l'elemento estraneo si sia posto quale causa diretta ed esclusiva del danno, con relativa esclusione della potenziale pericolosità della res nel processo fenomenico dell'evento.

(4) In relazione al concorso di colpa del danneggiato: Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 476, in estenso in *Riv. dir. civ.*,

2007, II, 737, con nota di Nuzzo; Cass. 6 luglio 2006, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 456, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2006, 1220, con nota di Laghezza, in *estenso* in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2007, 900, con nota di De Strobel. Non esistono, infatti, ragioni per escludere il ricorso al criterio di graduazione della responsabilità contenuto nell'art. 1227 c.c., primo comma, in caso di danni derivanti da cose in custodia, pertanto, in queste decisioni si riconosce l'applicabilità del principio del concorso di colpa anche in caso di danni derivanti da beni demaniali ad uso generale. (cfr. App. Roma 30 settembre 1987, *Foro it.* 1988, I, 261; così come App. Milano 14 giugno 1974, *Foro it. Rep.* 1975, v. Strade, 65.). La S.C. affermava che: "l'onere di attenzione non si esaurisce in quello dell'utilizzo normale e conforme e alla destinazione dei singoli beni, ma comporta anche il dovere di prestare particolare attenzione nell'uso degli stessi, in rapporto alle caratteristiche intrinseche di ciascuno di essi ed al rischio specifico che l'utilizzo di ciascun bene comporta." Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 156, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Responsabilità civile*, n. 217. La stessa S.C. ha recentemente percepito i principi di « accettazione consapevole » del pericolo: si trattava di infortunio durante la partita di calcetto e responsabilità del custode della struttura sportiva. Nel caso specifico, si è accertato che il soggetto leso avesse anticipatamente percepito il pericolo (un palo posto a bordo campo e non rimosso dall'ente gestore l'impianto sportivo), ma ciò nonostante ha proseguito a giocare la partita di calcetto con amici e conoscenti, scontrandosi contro il palo medesimo durante la fase di gioco. (Cass. civ., 31 luglio 2012, n. 13681, in *Danno resp.*, 2013, 717, con commento di Benedetti). Fuori dall'ipotesi dell'attività sportiva, e in ordine al più ricorrente tema della circolazione stradale, la Suprema Corte era già conformemente intervenuta in Cass. civ., 25 febbraio 2011, n. 10526, ivi, 2012, 36, con commento di Benedetti, *Circolazione di un motoveicolo in condizioni insicure e condotta del danneggiato, tra assunzione del rischio e concorso di colpa*. Cass. civ., 16 marzo 2012, n. 4251, in *Danno resp.*, 2012, 969, con commento di Benedetti, *La responsabilità da custodia della Pubblica Amministrazione*. Variazioni sul tema tra caso fortuito e potere del custode sulla cosa, secondo cui «l'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato (sussistente anche quando egli abbia utilizzato il bene senza l'ordinaria diligenza) esclude la responsabilità dell'Amministrazione Pubblica qualora si tratti di comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico; in caso contrario può integrare un concorso di colpa rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 1 c.c. ». Nella fattispecie si era accertato che l'automobilista era scivolato durante la stagione invernale in località montuosa su una lastra di ghiaccio presente sul manto stradale, senza che questi avesse utilizzato idonei pneumatici: il suo comportamento non può dunque ritenersi anomalo in senso proprio e stretto, ma normalmente imperito per l'ovvia prevedibilità di formazione del ghiaccio nelle condizioni di tempo e luogo indicate. Inoltre la Suprema Corte è intervenuta dettando un principio di «dovere di cautela da parte di chi entri in contatto con la cosa » in fattispecie di invocata responsabilità del custode ai sensi dell'art. 2051 c.c. In ogni caso, il fatto colposo del danneggiato tale da integrare il caso fortuito deve essere chiaro, dimostrato e motivato. Di conseguenza, il bene oggetto di custodia è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo danneggiato nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso di causalità tra cosa e danno e ad escludere, pertanto, la responsabilità del custode.(Cassazione civile, sez. III, 09 aprile 2015, n.7086, *Diritto e Giustizia*). Nella giurisprudenza di merito: La responsabilità per danni da cose in custodia, si fonda, quindi, sul mero rapporto di

custodia, cioè sulla relazione intercorrente tra la cosa dannosa e colui il quale ha l'effettivo potere su di essa (proprietario, possessore o detentore che sia). Pertanto, affinché sorga la responsabilità del custode, occorre che il danno si sia prodotto nell'ambito del dinamismo connaturale del bene, o per l'insorgenza in esso di un processo dannoso, ancorché provocato da elementi esterni, e che la cosa, pur combinandosi con l'elemento esterno, costituisca la causa o la concausa del danno. (Tribunale Trento, 13/01/2012, n. 52, *Guida al diritto* 2012, 13, 67; Giudice di pace Milano sez. II, 18/09/2007, n. 14889, Fonti: Giustizia a Milano 2007, 9, 59 (s.m) *De Iure*, voce “circolazione stradale – colpa – concorso del danneggiato”: Il conducente di veicolo ed in particolare di motociclo, atteso il suo grado di precaria stabilità, deve continuamente ispezionare la strada che sta per impegnare, mantenendo un costante controllo del mezzo in rapporto alle condizioni della strada stessa. Secondo la previsione dell'art. 1227, comma 1, c.c., il fatto colposo del danneggiato idoneo a diminuire l'entità del risarcimento, comprende qualsiasi condotta negligente e imprudente. È logico ritenere, quindi, che l'incauta condotta di guida del conducente del motociclo, abbia costituito causa concorrente dell'evento. Quanto all'invocata esclusiva responsabilità del Comune, ai sensi dell'art. 2051 c.c., superabile soltanto con la prova del caso fortuito posta a carico del custode, si osserva che tale responsabilità per danni cagionati da cose in custodia, non può trovare applicazione in quanto le strade della città di Milano costituiscono beni la cui estensione non consente una vigilanza ed un controllo idonei ad evitare l'insorgenza di situazioni di pericolo. (Cass. civ. n. 976/1972; Cass. civ. n. 671/1978, *De iure*). Per pacifica e consolidata giurisprudenza di merito e legittimità, ben può essere rappresentato dal fatto del terzo o da quello dello stesso danneggiato, oltre che da eventi eccezionali ed imprevedibili. È il caso, ad esempio, di fenomeni climatici assolutamente eccezionali per gravità ed imprevedibilità, di fronte ai quali si presume che una attività manutentiva pur diligente e perita da parte della P.A. non avrebbe comunque potuto impedire l'insorgenza di situazioni pericolose per gli utenti del demanio. (Cass. civ., 18 febbraio 2014, n. 3767, in *www.altalex.com*). Altre pronunce, in merito ad eventi atmosferici a caratterizzazione piovosa o temporalesca, hanno tuttavia precisato come una pioggia anche intensa o torrenziale, ma di per sé non eccezionale, non sia in grado di integrare un'ipotesi liberatoria di caso fortuito: (cfr. Trib. Firenze, 20 marzo 1979, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1980, 371; Trib. Cagliari, 6 dicembre 1995, n. 1632, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 104; in *Danno resp.*, 1996, 356, con commento di Frumento, *Allagamento di strade, danni, valutazione equitativa*.) Con una sentenza del Trib. Brindisi, sez. dist. Fasano, 2 dicembre 2004, n. 118, *de iure*, voce “concorso di colpa danneggiato”, si afferma che: “ognuno deve risentire nella propria sfera giuridica delle conseguenze della mancata adozione delle cautele e delle regole di comune prudenza che identificano il contenuto di diligenza esigibile dal soggetto giuridico nei comportamenti adottati nella vita sociale. (cfr. Tribunale Pescara, il 02/05/2012, n. 605, *Redazione Giuffrè* 2012 : “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”; Tribunale Bari sez. III, 05/03/2014, n. 1165, *Redazione Giuffrè* 2014, l'ipotesi del concorso di colpa del danneggiato di cui all' art. 1227 c.c., comma 1, deve essere esaminata e verificata dal giudice anche d'ufficio, attraverso le opportune indagini sull'eventuale sussistenza della colpa del danneggiato e sulla quantificazione dell'incidenza causale dell'accertata negligenza nella produzione dell'evento dannoso, indipendentemente dalle argomentazioni e richieste della parte.)

In dottrina: l'art. 2051 c.c. non lascia il custode senza difesa contro le altrui pretese risarcitorie. Il custode può sempre liberarsi dall'obbligo risarcitorio dimostrando

l'assenza dei presupposti previsti dalla norma e/o provando la colpa concorrente del danneggiato. Secondo la ricostruzione di Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 313 ss., la diminuzione (o totale esclusione) di responsabilità in capo al custode, si riconnette ad una assunzione di rischio, imprudente o cosciente che sia, da parte del danneggiato, la quale farebbe venire meno la stessa commissione di un illecito da parte del danneggiante. Il colpevole comportamento del danneggiato modula la corretta applicazione del principio della causalità adeguata ai fini del nesso eziologico, o escludendolo del tutto ovvero configurando un apporto causale concorrente. La giurisprudenza, sul punto, ribadisce che il concorso di colpa del danneggiato deve essere valutato in termini oggettivi: ovvero, ciò che rileva è l'apporto causale del fatto del danneggiato nella produzione del danno, senza ulteriori indagini sulla sua colpa, fatto salvo il diverso esame della eccezionalità ed imprevedibilità del comportamento. Seppur l'art. 1227 c.c. utilizzi espressamente il criterio della colpa, la dottrina ritiene che, qualora ci si trovi nel campo della responsabilità oggettiva (come ex art. 2051 c.c.), il criterio per valutare l'apporto causale del comportamento del danneggiato possa anch'esso prescindere dalla colpa ed essere quindi valutato in termini meramente oggettivi, al pari del comportamento del custode. Peraltro l'ipotesi del concorso di colpa del danneggiato di cui all'art. 1227 comma 1 c.c. non concreta un'eccezione in senso proprio, ma una semplice difesa: deve essere esaminata e verificata dal giudice anche d'ufficio, indipendentemente dalle argomentazioni e richieste formulate dalla parte. Soffermando l'attenzione sul concorso di colpa del danneggiato, ex art. 1227, primo comma, c.c., si deve notare si delineano due fulcri della norma, distinti e potenzialmente in conflitto tra di loro: da un lato viene infatti sottolineata la "colpa" del danneggiato, mentre, dall'altro lato, risalta il nesso causale necessario tra condotta della vittima e conseguenze che ne derivano. L'interpretazione della norma ha così visto contrapporsi due letture distinte: da una parte della dottrina maggioritaria, seguita dalla giurisprudenza, ha letto la norma in termini esclusivamente causali, obliterando quasi completamente l'esplicito riferimento alla "colpa del danneggiato" che pure il dato normativo riporta. secondo questa interpretazione quello dell'art. 1227, 1° comma, c.c., alla "colpa" del danneggiato sarebbe un riferimento inopportuno, visto che non si può in alcun modo parlare di colpa, in senso tecnico, del danneggiato, dal momento che la colpa presupporrebbe la violazione di un dovere verso altri. in questo senso questa dottrina ha degradato il richiamo alla "colpa del danneggiato" a mero presupposto di applicabilità della disposizione, che però sarebbe norma esclusivamente causale. di contro altra parte della dottrina (Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in Enc. dir., vol. IV, Milano, 1959), ha sottolineato la rilevanza e la centralità della "colpa del danneggiato" all'interno della previsione dell'art. 1227, 1° comma, c.c. in particolare secondo questa interpretazione, questa disposizione sarebbe una manifestazione esplicita di un principio più generale presente nell'ordinamento, quello della "responsabilità verso se stessi, o auto-responsabilità". In questo senso appare necessario, una volta riscontrato un legame causale tra condotta tenuta dal danneggiato ed evento dannoso, procedere per una "valutazione" della condotta del danneggiato stesso: l'applicazione della riduzione del risarcimento non potrebbe infatti che conseguire da una condotta "qualificata" della vittima, nel senso che tale condotta imprudente o comunque negligente rappresenterebbe una "violazione" del dovere di auto-responsabilità che tutti i consociati devono tenere.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Il 2051 c.c.: colpa presunta vs. responsabilità oggettiva; 3. La rilettura “trimarchiana” del 2051 c.c.; 4. Responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c. o 2043 c.c.?; 5. Il concorso di colpa del danneggiato: cosa cambia nel passaggio da colpa alla responsabilità oggettiva

1. Il caso

La fattispecie analizzata prevedeva la caduta di un albero da un fondo adiacente una strada pubblica, e protagonisti del giudicato sono: la Provincia Autonoma di Bolzano, in qualità di ente proprietario del tratto stradale oggetto del sinistro, e l'A.D.B. S.p.A., quale proprietario del fondo da cui è caduto l'albero.

La questione si concludeva con l'accoglimento da parte del giudice della richiesta risarcitoria in capo all'A.D.B. s.p.a, mentre nei confronti della Provincia Autonoma di Bolzano la domanda era stata rigettata, in quanto quest'ultima aveva fornito la prova liberatoria del caso fortuito.

La sentenza analizzata verte sull'applicazione dell'art.2051 c.c., secondo cui “ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito”.

Il concetto di caso fortuito viene inteso dalla giurisprudenza come comprensivo anche del fatto del terzo e della colpa del danneggiato, a condizione che abbiano avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno e siano imprevedibili ed inevitabili.

Necessario è il nesso causale che lega il custode alla cosa che ha cagionato il danno: “Custode è colui che, avendo il potere di governo sulla res, ha la possibilità di prevenire in ogni momento che la stessa possa arrecare danni a terzi, salvo il caso fortuito previsto dalla stessa norma quale scriminante della responsabilità del custode.”¹

Si è potuto osservare come la responsabilità della P.A. ex art.2051, venga esclusa quando si verifichi una repentina e non specificatamente prevedibile alterazione dello stato delle cose, che nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto di tempo strettamente necessario a provvedere.²

L'iter giurisprudenziale ha rilevato inizialmente come la S.C. abbia escluso radicalmente l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A.³, e che solo a partire dagli anni 80', si è affermato un orientamento contrario. (In tempi più recenti con la sentenza n.156/1999, la S.C. ha ritenuto applicabile l'art. 2051 c.c. anche nei confronti della P.A.)

2. Il 2051 c.c.: colpa presunta vs. responsabilità oggettiva

L'art. 2051 c.c. ha origine nella codificazione napoleonica: infatti, la responsabilità da cose in custodia è presente all'art.1384, primo comma, del codice civile francese.⁴ Negli ultimi anni si è assistito ad un incremento vertiginoso delle controversie risarcitorie fondate su questa norma, venendo ad assumere la stessa portata applicativa che l'analoga disposizione francese svolge.

¹ Cass. civ. sez. III, n. 3253, 02 marzo 2012, *Resp. Civ. e Prev.* 2012, 3, 991;

² Cass. civ. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, 3461, voce *Responsabilità civile*;

³ Cass.civ. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, 3461, voce *Responsabilità civile*; Cass.civ.13 febbraio 1978, n. 671, in *Arch.Civ.*, 1978, 765 ss., Cass. civ. , 21 gennaio 1987, n. 526, in *Foro It.*, 1987, I, 786 ss;

⁴ art.1384 c.c. francese, dove viene stabilita la responsabilità di un soggetto “ *par le fait des choses que l'on a sous garde*”;

Prima dell'originaria lettura proposta da Trimarchi, in *Rischio e responsabilità oggettiva*, l'art.2051 c.c. ha sollevato un vivace dibattito: un primo orientamento⁵, propendeva per un'ipotesi di presunzione "iuris tantum" di colpa a carico del custode, vinta solo con la prova del caso fortuito. Pertanto l'art. 2051 c.c. veniva letto come un'ipotesi di responsabilità per colpa.⁶ In tale regime, la responsabilità deve sempre trovare fondamento nel fatto imputabile dell'uomo, come soggetto che può essere sanzionato solo se pone in essere un comportamento colpevole ("nulla poena sine culpa"). La responsabilità del custode sorgerebbe dalla violazione del dovere di vigilanza che incombe sullo stesso in virtù del rapporto di custodia. In quest'ottica, si poneva a carico del custode una presunzione di colpa, dalla quale quest'ultimo poteva liberarsi solo provando che il danno si era verificato nonostante l'osservanza, da parte sua, di tutte le regole del caso.⁷

Secondo un altro orientamento, maggioritario, la norma si ritiene essere un'ipotesi di responsabilità oggettiva, prescindente dalla colpa del custode, vincibile con la prova del caso fortuito.⁸

Si ritiene che si deve parlare a tal riguardo di "rischio da custodia", più che di "colpa" nella custodia, ovvero seguendo l'orientamento della giurisprudenza francese, di "presunzione di responsabilità" e non di "presunzione di colpa".⁹

Ad ogni modo, in entrambi gli orientamenti si afferma che i requisiti ex art. 2051 c.c. sono due:

- 1) una relazione danno – cosa, che si esprime nella derivazione del danno dal dinamismo connaturato alla cosa o dallo sviluppo in essa di un agente dannoso.
- 2) un potere di effettiva disponibilità di controllo sulla res, per cui i "custodi della cosa" sono coloro che – privati o enti pubblici- ne hanno il possesso o la detenzione, legittimo o abusivi. Anche i locatari e i concessionari sono quindi presunti responsabili per i danni prodotto dalla cosa o dalle parti della cosa affidata alla loro custodia."¹⁰

3. La rilettura "trimarchiana" del 2051 c.c.

Rivoluzionaria lettura del 2051 c.c. fu proposta da P. Trimarchi¹¹, il quale afferma che "mentre la responsabilità per il danno cagionato da animali (2052 c.c.) è sempre stata oggettiva, ricollegandosi ad "un'actio de pauperie" del diritto romano, la formula dell'art. 2051 c.c. deriva da quella dell'art. 1384 Code Nap. il quale dettava inizialmente una responsabilità per negligente custodia.

Successivi sviluppi hanno portato ad utilizzare la norma per realizzare una responsabilità oggettiva per i danni da cose. E questa nuova interpretazione è stata in qualche modo riconosciuta e accolta dal legislatore italiano del 1942, il quale ha fissato, sia per i danni da cose, sia per quelli da animali, lo stesso limite alla responsabilità, cioè quello del "caso fortuito". Per tanto se identica è l'estensione e la natura della responsabilità nei due casi, è naturale che anche il criterio per la determinazione del

⁵ Bianca, *Diritto Civile, la Responsabilità*, V, Milano, 1994, 718 ss. ; cft. Cass.civ.12 giugno 1973, n. 1698, in *Foro it.*, 1973, I, 3384 ss., Cass.civ.9 febbraio 1980, n. 913, in *Foro Pad.*, 1982, I, 256 ss;

⁶ In dottrina, Bianca, *Diritto Civile, La Responsabilità*, Milano, 1994, rist. 2002, 718)

⁷ Ciò era conforme alla disciplina della responsabilità da cose in custodia contenuta nell'art. 1151 del codice del 1865;

⁸ in dottrina, P.G. Monateri, *La Responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, (dir. R.Sacco), Torino, 1998, 1038)

⁹ Cass. civ., sez. III, 20/08/2003, n. 12219, *De Iure*,

¹⁰ C.M. Bianca, *Diritto Civile, la Responsabilità*, V, Milano, 1994., 716, s.

¹¹ Pietro Trimarchi, "*Rischio e responsabilità oggettiva*", Milano, Giuffrè, 1961, in cui rivelò alla civilistica italiana la possibilità di mutare il paradigma concettuale attraverso il quale poteva leggersi lo schema probatorio disegnato dall'art.2051 c.c.

responsabile debba essere lo stesso. Perciò la “custodia” dell’art.2051 c.c. va oggi interpretata, secondo Trimarchi, in senso tecnico-giuridico coerente con l’art.2052 c.c.¹².

I contributi di Trimarchi¹³ segnarono l’esordio della analisi economica del diritto (L&E) in Italia.: nel 1961, quando Ronald Coase e Guido Calabresi pubblicavano i loro scritti fondativi,¹⁴ Pietro Trimarchi pubblicava la sua monografia sulla responsabilità oggettiva, interamente basata su concetti come l’allocazione dei rischi in capo al least cost insurer o il ricorso alla responsabilità oggettiva per indurre potenziali danneggianti ad adottare precauzioni ottimali. Con le parole di Mackaay, si afferma che la L&E muove dall’economia, un insieme di strumenti, che permettono di avere il senso degli effetti sociali di regole giuridiche e propone un approccio consequenzialista alla legge.¹⁵ Una delle caratteristiche più impressionanti del nuovo corso della disciplina della responsabilità civile in Italia è stata la progressiva sostituzione delle previsioni originarie riferite al generale modello della colpa con un’interpretazione di responsabilità oggettiva, in particolar modo per l’art. 2051 c.c.: secondo tale impostazione si risponde in maniera oggettiva, in base al criterio del rischio. La soluzione è coerente con l’efficienza economica, cioè il bilanciamento tra benefici e costi sociali complessivi, poiché il costo del danno è sostenuto da colui che si trovi nella posizione migliore per controllare il rischio e investire in precauzioni adeguate a ridurlo, considerando che la severità della regola di responsabilità oggettiva può essere mitigata tenendo conto della colpa della vittima.

Responsabilità per cose in custodia significa dare al custode un incentivo ad adottare misure atte ad evitare danni ai terzi. La costruzione della previsione come regola di responsabilità oggettiva induce non solo l’adozione di strumenti precauzionali già noti e disponibili, ma anche un investimento in ricerca tecnologica; (analoghe considerazioni sono alla base della più recente giurisprudenza in tema di danni da fumo, che tende a qualificare l’attività di produzione e commercializzazione di sigarette come attività pericolosa ex art. 2050 c.c., superando l’orientamento che riconduceva il problema nell’alveo dell’art.2043 c.c.).

Pertanto si ritiene che se costruiamo un mondo pieno di casi, in cui si risponde attraverso la responsabilità oggettiva, attraverso meccanismi quali l’assicurazione o il mercato ridistribuiremo i costi nella società. Secondo questo pensiero, la responsabilità oggettiva obbedisce alla legge dei grandi numeri: per cui “caso fortuito”, in base a tale lettura “trimarchiana”, è solamente quell’evento talmente abnorme, da non rientrare neanche nella possibilità di computo economico prevedibile per l’essere umano.

4. Responsabilità della P.A ex art. 2051 c.c. o 2043 c.c.?

La matrice dottrinale e giurisprudenziale tradizionale riconduceva la responsabilità della P.A. per i casi di danni all’utente della strada entro il paradigma dell’art. 2043 c.c.¹⁶,

¹² “Istituzioni di diritto privato”, P. Trimarchi, Giuffrè, 2014;

¹³ Nel 1961 Trimarchi pubblica “*Rischio e responsabilità oggettiva*”;

¹⁴ Nel 1961, quando Ronald Coase e Guido Calabresi avevano appena licenziato i loro scritti fondativi: rispettivamente “the Problem of Social Cost,3 Journal of Law and Economics 1 (1960), e “ Some Thought on Risk Distribution and the Law of Torts, 70, Yale Law Journal 499 (1960),

¹⁵ E.Mackaay, Law and Economics for Civil Law’s Systems, Cheltenham, UK, Northampton, MA, EE, 2013, spec 1 ss.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., 29 novembre 1966, n. 2806; Cass. civ., 5 febbraio 1969, n. 385; Cass. civ., 23 gennaio 1975, n. 260; Cass. civ., 13 febbraio 1978, n. 671; Cass. civ., 4 aprile 1985, n. 2318, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, 560, con nota di Cabella Pisù. In dottrina, sostengono l’applicabilità in capo alla Pubblica Amministrazione del solo art. 2043 c.c. molti autori dell’indirizzo soggettivistico, tra cui: Peretti-Griva, *Sul fondamento colposo della responsabilità di cui all’art. 2051 cod. civ.*, in *Foro pad.*, 1952, I, 1063;

negando l'applicabilità alla fattispecie dell'art.2051 c.c. Da tale presa di posizione, scaturisce l'elaborazione del concetto di insidia o trabocchetto (di matrice giurisprudenziale), ovvero una situazione determinante un pericolo occulto fornito dei necessari caratteri di invisibilità e imprevedibilità, valutati secondo criteri di normale diligenza.¹⁷ Tale disciplina poneva al P.A. in una situazione "favorevole" rispetto agli enti privati, creando una differenziazione di trattamento, ex art. 3 Cost., sollevando varie questioni di legittimità.¹⁸

Pertanto man mano, si abbandona la figura di creazione giurisprudenziale dell'insidia o trabocchetto, e si è cercato di estendere, sempre con alcune eccezioni, l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A.:¹⁹ resta l'inapplicabilità in capo agli enti pubblici della responsabilità da cose in custodia nell'ipotesi di proprietà demaniali di larga e generale utilizzazione. In quest'ottica, alla P.A. non viene più accordato alcun "privilegio", potendosi applicare in ogni circostanza il regime di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., con conseguente inversione dell'onere probatorio nei confronti del custode, venendo meno la qualificazione giuridica in termini di responsabilità per colpa presunta, rivisitando la responsabilità in termini rigorosamente oggettivi²⁰: tralasciando l'esame di qualunque fattore soggettivo legato all'evento, venendo in rilievo solo il nesso che collega la res oggetto di custodia al danno lamentato. La piena applicabilità dell'art. 2051 c.c. viene espressamente affermata nella sentenza n. 20427/2008, in cui la Suprema Corte, fondando la responsabilità sul mero rapporto di custodia tra la P.A. e il bene demaniale, ritiene l'ente pubblico sempre responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c., salvo il caso fortuito.²¹

In quest'ottica è sempre configurabile la responsabilità dell'ente pubblico custode, a meno che quest'ultimo non dimostri il «caso fortuito», inteso quale «fattore che attiene non già ad un comportamento del responsabile bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità»²². La responsabilità della P.A. ,ai

Greco, *Danno cagionato da cose in custodia e presunzione di colpa*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 206; Venditti, *Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia*, in *Giust. civ.*, 1956, 871.cfr. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 1995, V, 718 ss..

¹⁷ Cass. civ., 21 giugno 1969, n. 2244; Cass. civ., 24 novembre 1969, n. 3816; Cass. civ., 13 febbraio 1978, n. 671, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 279; Cass. civ., 21 gennaio 1987, n. 526, in *Foro it.*, 1987, I, 786; Cass. civ., 19 gennaio 1996, n. 191, in *Corr. giur.*, 1996, 150; Cass. civ., 20 giugno 1997, n. 5539; Cass. civ., 17 marzo 1998, n. 2850, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 595;

¹⁸ in dottrina, cfr. Comporti, *Presunzioni di responsabilità e pubblica amministrazione: verso l'eliminazione di privilegi ingiustificati*, in *Foro it.*, 1985, I, 1497; De Vogli, *La responsabilità civile per la costruzione e la manutenzione delle strade: il privilegio della P.A.*, in *Danno resp.*, 1998, 1095;

¹⁹ Ultime sentenze della Cass. Civ. del 2008 per cui si ritiene che la P.A. sia sempre in grado di esercitare il potere di controllo sul demanio stradale, ad eccezione dei casi in cui viene a crearsi una situazione di pericolo improvvisa, provocata dagli stessi utenti della strada o da una repentina e non prevedibile alterazione dello stato della cosa, tale da non poter essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario, così come concluso anche dal caso in esame. (Cass.civ. 25 luglio 2008, n.20427, in *Foro it.*, 2008, I, 3461, voce Responsabilità civile);

²⁰ Cass. civ., 20 maggio 2003, n. 12219, in *Foro it.*, 2004, I, 511; Cass. civ., 9 febbraio 2004, n. 2430, in *Dir. giust.*, 2004, 117;

²¹ La Cassazione, partendo da un'interpretazione letterale della norma e valorizzando il concetto di «custodia», ha ritenuto che la P.A. sia sempre in grado di esercitare il potere di controllo sul demanio stradale, ad eccezione dei casi in cui viene a crearsi una situazione di pericolo improvvisa, provocata dagli stessi utenti della strada o da una «repentina e non prevedibile alterazione dello stato della cosa, tale da non poter essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere». (Cass. civ., 25 luglio 2008, n. 20427,cit.)

²² Cass. civ., 25 luglio 2008, n. 20427,cit.

sensi dell'art. 2051 c.c., si esclude quando il danno deriva da una causa esterna non prevedibile o proveniente da terzi.

In conclusione è condivisibile l'orientamento secondo cui sia applicabile l'art. 2051 c.c. alla P.A., essendo gestore e "custode" della rete stradale, pertanto ne deve rispondere in prima persona lì dove si verificano sinistri a causa di un'omessa manutenzione strada. Pertanto ritengo opportuno abbandonare l'applicazione del 2043 c.c., basato sulla figura dell'insidia o trabocchetto. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale in materia non è poi così netta: analizzando gli orientamenti intervenuti in questi anni, si evince che non c'è mai stato un vero passaggio dalla responsabilità per colpa aggravata alla responsabilità oggettiva. Si è passati dalla tesi tradizionale che negava l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2051 c.c. alla P.A., al più recente orientamento che propende, invece, per la piena applicabilità della norma. È evidente che il dibattito intorno alla responsabilità da cose in custodia in capo alla P.A. è tutt'altro che concluso e si auspica un intervento legislativo al fine di trovare un'interpretazione condivisa.

5. Il concorso di colpa del danneggiato: cosa cambia nel passaggio da colpa alla responsabilità oggettiva

L'evoluzione giurisprudenziale che ha coinvolto l'art. 2051 c.c., in relazione al passaggio dalla colpa alla responsabilità oggettiva, ha visto un cambiamento anche della lettura dell'art. 1227 c.c.: inizialmente leggendo il 2051 in un'ottica di presunzione di colpa in capo al custode, l'addebito della responsabilità ripartita fra il custode convenuto e il danneggiato veniva spiegata in base alla medesima idea: la colpa.²³ Il giudice avrebbe potuto rilevare il grado di colpa fra il contegno concretamente tenuto dal danneggiato e un modello di condotta utile ad evitare l'insorgere del danno. In modo analogo a quanto è stato rilevato oltreoceano, ricalcando il modello teorico di comparative negligence.

Tale lettura è stata sostituita da un'interpretazione dell'art. 2051 c.c. in chiave di responsabilità oggettiva: la dottrina parla di "rischio da custodia" più che di colpa nella custodia.²⁴ La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo ed è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia non presuppone uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario e funzione della norma è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione.

Cambia il concetto in base al quale il giudice opera la valutazione dei fatti e delle prove addotte in giudizio dal custode per verificare, ai sensi del 1227 c.c., il fatto colposo di colui che assume le vesti di creditore dell'obbligazione risarcitoria. Se il fatto del danneggiato che concorre alla causazione del danno non può qualificarsi colposo perché la norma da cui nasce l'obbligazione risarcitoria deve essere ricondotta al paradigma dottrinario della responsabilità oggettiva, sarà la causalità a conquistare la scena della motivazione e a farsi carico di supplire alle funzioni argomentative un tempo assecondate dalla colpa. Pertanto la colpa del danneggiato scompare, trasformandosi in

²³ per un esempio giurisprudenziale v. cass. 14 marzo 1983, n. 11897, in Foro it., rep. 1983, voce Resp.civile, n.116;

²⁴ Cass., S.U., 11 novembre 1991, n. 12019, in Foro it., 1993, I, 922.

elemento in-ostentabile di un'argomentazione causale. Autorevole dottrina ha elaborato il principio dell'auto-responsabilità per dare senso all'art. 1227 c.c.²⁵
Concludendo, è stata proprio la causalità a venire elevata a stella polare del giudice preoccupato di escogitare un modo per far convivere due entità concettualmente distinte come la colpa e il rischio.

²⁵ Pugliatti, voce Autoresponsabilità, in Enc. Dir., IV, Milano, 1959, 457, 464.

RESPONSABILITÀ CIVILE E CUSTODIA DEL MARCIAPIEDE

di Amedeo Monti

IL CASO

L'attrice, in orario diurno (08:45) del periodo estivo, subiva una caduta verificatasi per la irregolarità del marciapiede e per la presenza di scivoli nella via e al numero civico citati (Via Cavour n. 18). Con la domanda introduttiva del presente giudizio domandava la condanna dell'ente convenuto (Comune di Maruggio) al risarcimento dei danni subiti. L'ente convenuto, costituitosi in giudizio, rilevava che il luogo, in virtù dell'ora e della stagione, era perfettamente visibile dall'attrice che pertanto non aveva diritto ad essere tutelata per mancanza dei requisiti tipici dell'insidia; evidenziava inoltre che il marciapiede dove il sinistro si era verificato, era stato modificato dal proprietario dell'immobile in corrispondenza del civico 18, chiedendo di poterlo chiamare in causa al fine di essere sollevato in caso di responsabilità.

Il terzo, costituitosi, contestava l'evenienza e la quantificazione del risarcimento in ragione della sua estraneità al sinistro, in quanto dichiarava di aver edificato il marciapiede nel rispetto dell'autorizzazione concessa dal Comune.

All'udienza del 06/07/2012, per morte del terzo, il giudizio era interrotto e poi riassunto. Gli eredi, in qualità di terzi chiamati in causa, adducevano la nullità dell'atto di riassunzione per difetto della determinazione della cosa oggetto della domanda; nullità che tuttavia non viene accolta, in considerazione del fatto che il terzo ben poteva dedurre, dalla causa petendi, tutti i punti specificati nella chiamata in causa.

Data la complessità del caso di specie, per stabilire quale disciplina possa essere applicata, è ipotizzabile che la sentenza abbia preso in considerazione diversi orientamenti giurisprudenziali in merito alla responsabilità della pubblica amministrazione. Seguendo l'iter della sentenza, nella fattispecie essa si rifà ad un primo orientamento ex articolo 2043 cod. civ., in virtù del quale la pubblica amministrazione è tenuta a far sì che il bene demaniale non presenti la situazione di c.d. trabocchetto o insidia stradale; le circostanze addotte fanno decadere il fondamento della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione, in quanto trattasi di situazione con caratteri di visibilità/prevedibilità. Ma la sentenza si ispira anche ad un altro orientamento, in base alla disciplina di cui all'articolo 2051 cod. civ. (rapporto di custodia), secondo cui per escludere la propria responsabilità la pubblica amministrazione deve provare che il danno si sia verificato per caso fortuito, che in tal caso sussiste per la condotta della vittima, omissiva delle normali cautele in relazione alla situazione specifica, e per l'impropria utilizzazione del bene pubblico da parte di un terzo. In relazione all'articolo 2051 cod. civ., la sentenza tiene conto degli orientamenti giurisprudenziali della Suprema Corte, secondo cui il danneggiato non è esonerato dall'obbligo della prova che dimostri il nesso di causalità tra l'evento dannoso e la cosa. La sentenza configura altresì una possibile evoluzione nell'ambito dei rapporti tra pubblica amministrazione e terzo chiamato in causa: a seguito della perizia svolta dal consulente tecnico d'ufficio era infatti emerso che il terzo aveva edificato il marciapiede in difformità alle norme comunali. Pertanto, nel caso di accertamento di responsabilità della pubblica amministrazione per omessa vigilanza (mancata effettuazione di controlli), ci sarebbe stata l'evenienza di un concorso di responsabilità del terzo, per avere edificato in misura inferiore a quanto autorizzato.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI TARANTO
- Terza Sezione Civile-

Il G.O.T., avv. Claudia Giannotte, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile n. 181 iscritta al Ruolo Generale Contenzioso Civile dell'anno 2003

TRA

L.C.R., elettivamente domiciliata in Manduria alla via per Maruggio , presso lo studio dell'avv. Giuseppe De Sario, rappresentata e difesa , congiuntamente e disgiuntamente ,dagli avv.ti Pasquale Fistetti ed Isa Saponaro, giusta mandato a margine dell'atto di citazione

ATTRICE-

CONTRO

COMUNE DI MARUGGIO, in persona del Sindaco p.t., elettivamente domiciliato in Manduria alla via Cap. Gigante n.13, presso e nello studio dell'avv. Giuseppe Trono , dal quale è rappresentato e difeso giusta delibera G.M. di conferimento di incarico n.86 del 03-06-2003

CONVENUTO-

E

C.A., B.M.A., B.I., elettivamente domiciliate in Maruggio alla Via Duca Degli Abruzzi presso e nello studio dell'avv. Erminio Marsella, dal quale sono rappresentate e difese, unitamente all'avv. Giuseppe Carella, giusta mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta .

TERZE CHIAMATE IN CAUSA-

OGGETTO: Risarcimento danni.
Fatto - Diritto P.Q.M.

La presente sentenza viene redatta senza la concisa esposizione dello svolgimento del processo e con una motivazione consistente nella succinta enunciazione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi, così come previsto dagli artt. 132 n.4 c.p.c. e 118 disp. Att. c.p.c., nel testo introdotto rispettivamente dagli artt. 45 e 52 della L. n. 69 del 18 giugno 2009, trattandosi di disposizioni applicabili anche ai procedimenti pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della legge (cioè il 4 luglio 2009) ai sensi dell'art.58, 2 comma, della legge citata.

Con la domanda introduttiva del presente giudizio l'attrice domandava la condanna dell'Ente convenuto, ai sensi dell'art.2051 c.c. e 2043 c.c., al risarcimento dei danni subiti a causa della caduta verificatasi per la irregolarità del marciapiede e per la presenza di scivoli esistenti in Maruggio all'altezza del civico n.18 della via Cavour.

Si costituiva con comparsa di risposta il Comune convenuto, il quale eccepiva che il sinistro lamentato si era verificato nel periodo estivo alle 8,45 e pertanto i luoghi erano perfettamente visibili dall'attrice ,che era , quindi, sprovvista di qualsiasi tutela difettando i requisiti della imprevedibilità e non visibilità tipici dell'insidia; evidenziava, comunque, che il proprietario dell'immobile esistente all'altezza del civico 18 aveva modificato il marciapiede ove l'attrice sosteneva di essere caduta e chiedeva, dunque, l'autorizzazione a chiamare in causa il proprietario del predetto immobile, onde essere manlevato in caso di soccombenza.

Costituitosi il sig. B.L. contestava sia l'an che il quantum debeatur dichiarandosi estraneo al sinistro oggetto di causa per avere edificato il marciapiede nel rispetto dell'autorizzazione concessa dal Comune di Maruggio ed eccepiva la nullità dell'atto di chiamata in causa per incertezza della causa petendi.

All'udienza del 06-07-2012, in seguito alla dichiarazione della morte del terzo chiamato, il giudizio veniva interrotto per indi essere riassunto .

Il terzo chiamato in causa, in seguito all'avvenuta riassunzione eccepiva la nullità dell'atto di riassunzione ex art.163 n.4 c.p.c..

Le eccezioni preliminari di nullità, sollevate da parte del terzo chiamato in causa, non appaiono accoglibili in quanto, con riferimento all'atto di chiamata in causa, dal tenore dello stesso è facilmente individuabile la causa petendi tant'è che ,con la comparsa di costituzione e risposta, il terzo chiamato ha ampiamente dedotto su tutti i punti articolati nell'atto di chiamata in causa; con riferimento alla eccepita nullità dell'atto di riassunzione si osserva che essa può essere pronunciata nel momento in cui risulta assolutamente incerta la indicazione del petitum, circostanza non emersa nel caso di specie in quanto lo stesso era desumibile dall'atto di riassunzione ed infatti ,sul punto, gli eredi del B. hanno ampiamente dedotto.

Occorre preliminarmente stabilire quale disciplina possa essere applicata nel caso di specie.

Come è noto esistono diversi orientamenti giurisprudenziali in merito alla responsabilità della p.a. per i danni subiti dall'utente della strada pubblica in ragione della sua omessa od insufficiente manutenzione.

Secondo un primo orientamento la p.a. incontra nell'esercizio del suo potere discrezionale di vigilanza e controllo dei beni di natura demaniale, limiti derivanti dalle norme di legge o di regolamento, nonché dalle norme tecniche e da quelle di comune prudenza e diligenza, ed in particolare dalla norma primaria e fondamentale del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.), in applicazione della quale essa è tenuta a far sì che il bene demaniale non presenti per l'utente una situazione di pericolo occulto, cioè non visibile e non prevedibile, che dia luogo al cd. trabocchetto o insidia stradale. Sussiste l'insidia, fondamento della responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c., della p.a. per danni riportati dall'utente stradale, allorché essa non sia visibile o almeno prevedibile (Cass.26-5-2004, n. 10132; 8-11-2002 n.8707; id. 21-12-2001, n. 16179). Secondo altro orientamento la responsabilità della p.a., proprietaria di una strada pubblica, per danni subiti dall'utente di detta strada, va verificata in base alla disciplina di cui all'art. 2051 c.c., applicabile in ragione del rapporto di custodia ,con la conseguenza che per escludere la propria responsabilità la stessa deve provare che il danno si è verificato per caso fortuito, non essendo il danneggiato onerato della prova dell'esistenza dell'insidia, o di una condotta commissiva o omissiva del custode, essendo sufficiente che provi

l'evento dannoso ed il nesso di causalità con la cosa (Cass. 22-4-1998, n. 4070;id. 20.11.1998, n. 11749; 25 luglio 2008, n. 20427).

Un orientamento intermedio ritiene che l'art. 2051 c.c., in tema di presunzione di responsabilità per il danno cagionato dalle cose che si hanno in custodia trova applicazione nei confronti della pubblica amministrazione, con riguardo ai beni demaniali, esclusivamente qualora tali beni non siano oggetto di un uso generale e diretto da parte dei terzi, ma vengano utilizzati dall'amministrazione medesima in situazione tale da rendere possibile un concreto controllo ed una vigilanza idonea ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo (Cass. 30 ottobre 1984 n. 5567), ovvero, ancora, qualora trattisi di beni demaniali o patrimoniali che per la loro limitata estensione territoriale consentano una adeguata attività di vigilanza sulle stesse (Cass.6-6-2008 n. 15042;id. 26-11-2007 n.24617;id. 5-8-2005, n. 16675; Cass. n. 11446 del 2003; Cass. 1-12-2004, n. 22592; Cass. 15-1-2003, n. 488; Cass. 13-1-2003, n. 298;Cass.23-7-2003,n.11446).

Il sinistro per cui è causa si è verificato , per quanto emerso dagli atti e per essere circostanza non contestata, all'interno del centro abitato.

All'uopo si osserva che gli enti proprietari delle strade, ai sensi dell'art. 14 del D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, devono provvedere alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e delle relative pertinenze; all'apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta. Trattasi di obbligo derivante dal mero fatto di essere proprietari il quale può concorrere con ulteriori obblighi (e, quindi, con ulteriori cause di responsabilità) del medesimo ente o di altri, derivanti da altre normative e, in particolare, dalla disciplina dettata dall'art. 2051 cod. civ. (Cass. 22-04-2010 n.9527)

Stante, quindi, il potere diretto che l'Ente pubblico aveva sulla cosa sottoposta alla sua custodia, si ritiene che la disciplina applicabile al caso di specie sia quella contemplata dall'art.2051 c.c..

La suprema Corte ha statuito che la responsabilità prevista dall'art.2051 c.c., nel cui ambito va ricompresa anche la responsabilità per la omessa o incompleta manutenzione delle strade da parte degli enti pubblici a ciò preposti, tradizionalmente ricondotta alle figure della c.d. insidia o trabocchetto, non esonera la parte danneggiata dall'onere della prova non soltanto del fatto storico qualificabile come illecito, ma anche degli elementi costitutivi dello stesso, del nesso di causalità, dell'ingiustizia del danno e dell'imputabilità soggettiva. In altri termini il soggetto che agisce per il risarcimento dei danni ha l'onere di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione ,potenzialmente lesiva posseduta dalla cosa. (Cfr. Cass. Civ. 18-05-2012 n.7937;Cass.Civ.l3-07-2011 n. 15389, e, in precedenza Cass., 11 gennaio 2008, n. 390, Id., 17 luglio 2009, n. 16719).

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, quindi, l'onere della prova della dimostrazione dell'evento e del nesso di causalità con la cosa sottoposta a custodia, nonché della imputabilità soggettiva in capo all'Ente pubblico, spettava all'attrice.

L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., dei sinistri causati dalla particolare conformazione della strada o delle sue pertinenze. Tale responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, che può consistere sia in una alterazione dello stato dei luoghi imprevista, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, o del terzo, consistita nell'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe e che, attraverso l'impropria utilizzazione del bene pubblico, abbia determinato l'interruzione del nesso

eziologico tra lo stesso bene in custodia ed il danno. (Cass.19-01-2009 n.24419; Cass. civ. Sez. III, 18/02/2014, n. 3793).

Dall'istruttoria è emerso che il sinistro si era verificato nell'orario diurno del periodo estivo e che, quindi, una condotta più attenta e diligente dell'attrice avrebbe sicuramente evitato la caduta, stante la piena visibilità dello stato dei luoghi, non essendo tra l'altro emerso che al momento dell'accaduto la visibilità del detto manufatto fosse impedita dalla presenza di autovetture parcheggiate.

Si ritiene, pertanto, sussistere, nel caso esaminato il requisito del caso fortuito, il quale esonera l'ente pubblico da qualsivoglia tipo di responsabilità e che interrompe il nesso eziologico tra la cosa ed il danno ,presupposto indefettibile per l'applicabilità della disciplina di cui all'art.2051 c.c..

Nell'ambito dei rapporti tra convenuto e terzo chiamato si evidenzia che legittimamente è stata effettuata la detta chiamata da parte del Comune di Maruggio essendo emerso, in seguito alla espletata C.T.U., che il B. aveva edificato il marciapiede contravvenendo a quanto disposto dal Comune, quindi, laddove fosse stata accertata una responsabilità dell'Ente pubblico nella causazione del sinistro per omessa vigilanza, con esso sarebbe concorsa la responsabilità anche del terzo chiamato per avere realizzato il marciapiede in misura inferiore a quanto autorizzato.

Considerati i diversi orientamenti giurisprudenziali che si sono sviluppati in materia, determinando complessità nella interpretazione della normativa in oggetto, si ritiene sussistere motivi di opportunità per compensare integralmente, tra le parti, le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il G.O.T., definitivamente pronunciando, così provvede :

- 1) Non accoglie la domanda attrice ;
- 2) Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Taranto, il 27 gennaio 2015.

Depositata in Cancelleria il 27 gennaio 2015.

TRIBUNALE DI TARANTO, sentenza 27 gennaio 2015, n. 181; Giud. GIANNOTTE; L.C.R. (Avv.ti FISTETTI, SAPONARO), c. Comune di Maruggio (avv. G.M.), C.A., B.M.A., B.I. (Avv. CARELLA).

Responsabilità civile - Cose in custodia – Strada comunale - Caduta di un pedone – Concorso di colpa del danneggiato – Caso fortuito - Responsabilità - Non sussiste (Cod. civ. art. 2051)

La responsabilità prevista dall'art.2051 c.c., nel cui ambito va ricompresa anche la responsabilità per la omessa o incompleta manutenzione delle strade da parte degli enti pubblici a ciò preposti, non esonera la parte danneggiata dall'onere della prova non soltanto del fatto storico qualificabile come illecito, ma anche degli elementi costitutivi dello stesso, del nesso di causalità, dell'ingiustizia del danno e dell'imputabilità soggettiva; pertanto il soggetto che agisce per il risarcimento dei danni ha l'onere di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva posseduta dalla cosa, mentre la disattenzione del danneggiato può essere valutata quale fattore che interrompe il nesso di causa fra la

cosa e il danno, integrando il caso fortuito (nella specie, tale caso fortuito è stato riscontrato nella circostanza che il pedone, infortunatosi cadendo su una strada comunale dissestata, si trovava a camminare in condizione di perfetta visibilità). (1)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Cass. Civ. Sez. VI, 3 febbraio 2015, n. 1896, *Diritto & Giustizia* 2015, 4 febbraio, nel cui caso concreto è stato disposto che se è vero che, in applicazione dell'art. 2051 c.c., spetta al custode convenuto, per liberarsi dalla presunzione di responsabilità, la prova dell'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento lesivo, che presenti i caratteri del caso fortuito (che può essere anche il fatto del danneggiato), tuttavia questo onere probatorio presuppone che l'attore abbia, a sua volta, ed in via prioritaria, fornito la prova della relazione tra l'evento dannoso lamentato e la cosa in custodia (escluso, nella specie, il risarcimento in favore del genitore esercente la potestà sul figlio minore, atteso che non era stata fornita la prova che il fatto in questione, ovverosia la caduta del piccolo sul lungomare cittadino, fosse dipeso da un'anomalia della strada o del marciapiede); Cass. Civ. Sez. VI, 9 marzo 2015, n. 4663, *Diritto & Giustizia* 2015, 9 marzo, in cui in tema di responsabilità da cose in custodia, deve essere confermata la decisione dei giudici del merito, che hanno escluso la responsabilità dell'ente per l'infortunio occorso ad un cittadino caduto in ora notturna per la presenza di una buca priva di segnalazione sul manto stradale, allorché sia emerso che la mancanza di pavimentazione era ben visibile nonostante l'ora notturna, che la parte conosceva molto bene il luogo della caduta e che, in considerazione della sua età (40 anni), avrebbe potuto facilmente spostarsi aggirando il pericolo, sicché la responsabilità del fatto dannoso andava iscritta alla sua disattenzione nella circostanza della caduta, tale da integrare gli estremi del caso fortuito; Cass. Civ. Sez. III, 9 aprile 2015 n. 7086, *Diritto & Giustizia* 2015, 10 aprile (s.m.) (nota di: NOCERA), in cui l'ente comunale custode può sottrarsi alla propria responsabilità solo fornendo la prova del caso fortuito integrato anche dal fatto colposo del danneggiato (fattispecie relativa ai danni occorsi a causa di una grondaia); Cass. Civ. Sez. VI, 14 aprile 2015 n. 7448, *Diritto & Giustizia* 2015, 15 aprile, nella cui fattispecie deve essere confermata la decisione dei giudici del merito, che hanno escluso il risarcimento in favore della parte, caduta dopo aver poggiato il piede sul passaggio pedonale di accesso ad una banca, dove era stato sparso del sale per il ghiaccio, atteso che il comportamento della danneggiata, la quale, accortasi del sale, accedeva comunque alla rampa da un punto in cui erano distanti sia il corrimano di destra che di sinistra, integrava quel fatto imprevedibile per il custode, che legittimamente può fare affidamento su comportamenti esigibili dagli utenti, fatto idoneo a interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento; Cass. Civ. Sez. VI, 15 aprile 2015 n.7637, *Diritto & Giustizia* 2015, 15 aprile, in cui deve essere confermata la decisione dei giudici del merito, che hanno respinto la richiesta di risarcimento avanzata da una donna per i danni seguiti ad una caduta causata da un tombino sporgente, allorché sia emersa in corso di causa la condotta imprudente della donna stessa, tale da costituire caso fortuito, atteso che, seppur a conoscenza dello stato dei luoghi, aveva comunque camminato sopra il tombino incriminato; Cass. Civ. Sez. III, 04 maggio 2015 n.8893, *Diritto & Giustizia* 2015, 4 maggio, in cui la colpa della vittima integra gli estremi del caso fortuito, e la prova del caso fortuito è sufficiente per vincere la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. (esclusa, nella specie, la responsabilità di un ente comunale per l'infortunio occorso ad un cittadino inciampato in una buca coperta d'acqua presente su un marciapiede; confermata la decisione del giudice del merito, secondo cui la buca era ben visibile ed

integrava comportamento colposo la condotta del danneggiato idonea ad interrompere il nesso di causa tra la custodia della cosa e il danno);

In quella di merito si veda Corte appello Milano Sez. II, 14 maggio 2014 n.1767, Ridare.it 2015, 6 marzo, in cui la responsabilità dell'amministrazione ex art. 2051 c.c. resta esclusa, per doversi attribuire l'evento al caso fortuito anche nell'ipotesi in cui il fatto del danneggiato costituisca la causa esclusiva del danno. In termini contrari si veda Tribunale Monza Sez. II, 10 marzo 2015, n.800, Redazione Giuffrè 2015, laddove in tema di responsabilità civile, la responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. sussiste qualora ricorrano i due presupposti dell'alterazione della cosa - che, per le sue intrinseche caratteristiche, determina la configurazione nel caso concreto - e dell'insidia o trabocchetto e l'imprevedibilità e l'invisibilità di tale "alterazione" per il soggetto che, in conseguenza di questa situazione di pericolo, subisce un danno.

In giurisprudenza constano precedenti in termini contrari Cass. Civ. Sez. III, 11 gennaio 2008, n.390, Finanza locale 2008, 3, 53, in cui sussiste l'imputabilità soggettiva, a titolo di colpa grave, a carico del Comune, preposto della sicurezza dei pedoni che utilizzano il marciapiede della strada comunale, qualora il fatto lesivo subito dall'utente concretante un danno ingiusto - da inquadrare nell'illecito civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c. - derivi da una situazione di pericolo non evitabile, in quanto non segnalata e non prevedibile, posto che in concreto ha determinato l'evento dannoso (nella fattispecie, l'esistenza sul marciapiede di un tombino difettoso che si apre sotto i piedi del pedone). Tuttavia, la parte danneggiata ha l'onere della prova degli elementi costitutivi del fatto lesivo, del nesso di causalità, del danno ingiusto e della imputabilità soggettiva, ed il Comune, preposto alla sicurezza dei pedoni - e detentore del dovere di vigilanza sulla sicurezza dei tombini che si trovano sui marciapiedi - ha l'onere di dimostrare o il concorso di colpa del pedone o la presenza di un caso fortuito che interrompe la causalità tra l'evento lesivo ed il proprio comportamento colpevolmente omissivo. In termini si veda Cass. Civ. Sez. III, 5 marzo 2013, n.5392, Diritto & Giustizia 2013, 6 marzo, in cui va confermata la decisione dei giudici di Appello che hanno escluso ex art. 2043 la responsabilità dell'ente per i danni occorsi ad un passante caduto a terra per la presenza di una buca in ragione delle ridotte dimensioni della buca stessa e dell'inesistenza dei requisiti della oggettiva non visibilità e della soggettiva imprevedibilità della situazione.

In quella di merito si veda, in termini contrari, Tribunale di Brindisi, 3 novembre 2005, n.1041, Giur. merito 2006, 6, 1449, in cui viene stabilito che la pubblica amministrazione proprietaria della strada aperta al pubblico transito è tenuta, in ossequio al principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., a mantenere la strada medesima ed il relativo marciapiede in condizioni che non costituiscono per l'utente una situazione di pericolo occulto, caratterizzata congiuntamente dall'elemento obiettivo della non visibilità e da quello subiettivo della non prevedibilità dell'evento. In termini si veda Tribunale Bari sez. III, 9 febbraio 2011, n. 454, Giurisprudenzabarese.it 2011, nel cui caso di specie viene stabilito che in ordine ai danni subiti dall'utente della strada in conseguenza dell'omessa od insufficiente manutenzione di strade pubbliche, il referente normativo per l'inquadramento della responsabilità della p.a. non è costituito ordinariamente dall'art. 2051 c.c., che sancisce una presunzione di responsabilità inapplicabile nei confronti della p.a. con riferimento ai beni demaniali, quando risulti l'oggettiva impossibilità di un esercizio del potere di controllo di essa sulle strade in custodia, in dipendenza del loro uso generale e diretto da parte dei terzi e della notevole estensione di tali beni ma dall'art. 2043 c.c. che sancisce nell'osservanza della norma primaria del "*neminem laedere*", di far sì che la strada aperta al pubblico transito (e la sua pertinenza costituita dal marciapiede) non integri per l'utente una situazione di

pericolo occulto, tale da realizzare la c.d. insidia o trabocchetto. Pertanto, in tal caso, la responsabilità è configurabile a condizione che venga provata dal danneggiato l'esistenza di una situazione insidiosa caratterizzata dal doppio e concorrente requisito della non visibilità oggettiva del pericolo e della non prevedibilità subiettiva del pericolo stesso. In ogni modo, le predette condizioni della notevole estensione del bene demaniale e della sua utilizzazione generale e diretta da parte dei terzi costituiscono soltanto figure sintomatiche dell'impossibilità della custodia e, come tali, vanno sottoposte in concreto al vaglio del giudice di merito, ritenendosi in particolare, che l'ubicazione della strada nel perimetro urbano delimitato dallo stesso Comune sia un elemento sintomatico della possibilità di esercitare la custodia. Ne discende che, qualora si configuri la possibilità del rapporto di custodia di cui all'art. 2051 c.c., il custode ha la possibilità di liberarsi della responsabilità presunta a suo carico mediante la prova liberatoria del fortuito, e cioè dando la dimostrazione adeguata alle concrete circostanze del caso dell'eventuale comportamento colposo dello stesso soggetto danneggiato nell'uso del bene demaniale, che quindi può valere ad escludere la responsabilità della p.a. se sia tale da interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento produttivo del danno, ovvero possa atteggiarsi come concorso causale colposo ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., con la conseguente diminuzione della responsabilità del custode in proporzione all'incidenza causale del comportamento del danneggiato; Tribunale Bari Sez. III, 25 marzo 2012, n.1073, *Giurisprudenzabarese.it* 2012, nel caso di specie si è ritenuto che il dissesto che determinò la caduta dell'attore non aveva caratteristiche tali da configurare l'insidia stradale, intesa come pericolo imprevedibile ed invisibile, in quanto dalle fotografie in atti risultava evidente che la sconnessione delle mattonelle del marciapiede lungo il viale all'interno dell'Ospedale era di dimensioni tali da essere avvistabile per tempo ad opera di chi percorreva la strada a piedi, utilizzando un po' di attenzione, tenuto conto delle condizioni di visibilità (ore 19 e 30 del mese di maggio). In dottrina in riferimento alla responsabilità civile per cose in custodia si veda Elena Morano Cinque "La responsabilità per danni da cose in custodia ed il concorso di colpa del danneggiato: un dibattito non sopito", sezioni 3. La P.A. e l'art. 2051 c.c.: dalla originaria «incompatibilità» alla «piena applicabilità» fino alla «esigibilità in concreto della custodia»; 6. Conclusioni; *Giurisprudenza di Merito*, fasc.11, 2012, pag. 2294. In dottrina, con riferimento ai problemi del rapporto tra incertezza e diritto si veda Paolo Cendon "Circostanze incerte e responsabilità civile", spec. sezione 12.1, Il criterio del "best avoider", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 1999, pag. 1237.

IL COMMENTO

1. Il quadro normativo di carattere generale

La responsabilità civile trova la sua disciplina generale nel titolo IX, libro IV del codice civile, "Delle obbligazioni", in quanto, dopo i contratti, la seconda fonte di obbligazioni è costituita dal "fatto illecito, come stabilito dall'art. 1173 cod. civ., che è fonte di obbligo primario e originario; a differenza della responsabilità del debitore ex art. 1218 cod. civ., obbligazione derivata che si sostituisce o si aggiunge all'obbligazione precedente¹.

La responsabilità civile indica pertanto la responsabilità che non deriva da violazione di obblighi giuridici verso un determinato soggetto ma discende dal mancato rispetto di norme di condotta che regolano la vita sociale, imponendo doveri generali, che

¹ A. TORRENTE, P.SCHLESINGER "Manuale di diritto privato" Ventesima edizione, Giuffrè.

rispettano gli interessi altrui; è quindi spesso usata come sinonimo di responsabilità extracontrattuale, ma può indicare anche un concetto più ampio per designare anche in ambito contrattuale la responsabilità disciplinata dal diritto privato, distinguendosi dalla responsabilità penale ed amministrativa.

L'ordinamento delle società moderne stabilisce in quali casi e con quali modalità il danno debba essere risarcito, secondo le regole dell'illecito aquiliano. Spetta al legislatore decidere a quale soggetto debba essere addossato il danno, risolvendo un conflitto tra opposti interessi. Il compimento di tale scelta dipende dalla funzione² che si intende conferire alle regole di responsabilità civile. Fino agli anni '60 era stata dominante una dottrina secondo cui la responsabilità civile aveva una funzione prevalentemente sanzionatoria, delineando una tipizzazione degli illeciti all'interno di un giudizio di disvalore sociale; ciò spiega come ancora oggi, nel vigente codice l'articolo 2043 cod. civ. non sia rubricato come "responsabilità civile", ma "risarcimento per fatto illecito". Oggi invece i giuristi utilizzano più frequentemente l'espressione responsabilità civile essendo venuta meno la corrispondenza biunivoca tra illeciti e responsabilità civile, in quanto può darsi responsabilità civile anche per fatti non illeciti.

Si è assistito all'evoluzione da un concetto di responsabilità civile intesa come colpa, all'interno di un giudizio di disvalore con funzione sanzionatoria, a una concezione della stessa in riferimento all'ingiustizia del danno, con la possibilità di configurare ipotesi di responsabilità svincolate dal dolo e dalla colpa. Vi è stata, conseguentemente, un'evoluzione da una funzione sanzionatoria della responsabilità civile ad una funzione compensativa, più consona alle variabili empiriche, nonché alla tutela degli interessi intersoggettivi (art. 2 Cost.) nell'ambito di un sistema socioeconomico inquadrabile nel paradigma della "complessità". Alla luce di quanto rilevato, venendo a mancare i requisiti della tipicità, si possono comprendere i moderni orientamenti giurisprudenziali che fanno riferimento al diritto vivente.

Lo spostamento di accento dalla colpa al danno ingiusto fa sì che compito del giudice sia quello di selezionare interessi giuridicamente rilevanti, comparando gli interessi in conflitto; per cui l'articolo 2043 cod. civ. andrà a valutare l'atipicità del fatto illecito, sempre in ottemperanza alle norme di diritto positivo. Tale orientamento è avallato dall'autorevole pronuncia della Corte di Cassazione a Sezione Unite³, secondo cui non è possibile stabilire a priori quali siano gli interessi meritevoli di tutela: solo la lesione di un interesse giuridicamente rilevante può dar luogo a danno ingiusto.

Accanto alla norma ex articolo 2043 cod. civ., secondo cui costituisce illecito civile qualunque fatto che cagioni ad altri un danno ingiusto, regola generale della responsabilità civile, esistono numerose c.d. ipotesi speciali di responsabilità; caratterizzate dall'abbandono del criterio centrale della colpa.

Queste responsabilità sono variamente classificate e generalmente si distingue tra responsabilità oggettiva e responsabilità aggravata, a seconda che non sia consentita al responsabile alcuna prova liberatoria oppure si limiti, come nella responsabilità aggravata, a ribaltare l'onere della prova, presumendo la colpa e onerando il responsabile della prova di "non aver potuto impedire il fatto", (articolo 2047 cod. civ. "danno cagionato dall'incapace", articolo 2048 cod. civ. "responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte") o del "caso fortuito" (articolo 2051 "danno cagionato da cose in custodia", articolo 2052 "danno cagionato da animali") o

² U. IZZO "Lezione introduttiva del corso di diritto civile M-Z a.a. 2014-15 - Martedì 17 febbraio 2015 - Le funzioni della RC".

³ Cassazione Civile Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500, Ragiufarm 2001, 63, 80 (s.m.)

della "forza maggiore". La "ratio" di tali ipotesi di responsabilità speciali è nell'ottica di indurre maggiori cautele o nel compimento di attività pericolose o nella condotta di soggetti che per le loro condizioni personali possano comportare danni nei confronti di terzi.

Da una lezione magistrale di Pietro Trimarchi – L'idea della responsabilità oggettiva nel diritto civile

Sul tema della responsabilità oggettiva nel diritto civile è significativo richiamare le osservazioni tratte da una lectio magistralis di Pietro Trimarchi: "l'idea della responsabilità oggettiva nel diritto civile" 17/04/15. Il Trimarchi sottolinea la doppia funzione che la responsabilità civile per danni riveste. Una prima funzione (compensativa/reintegrativa) mira al risarcimento del danno, la seconda funzione (preventiva) è quella che dovrebbe costituire un incentivo per adottare misure di precauzioni tali da ridurre la frequenza degli incidenti.

Questa seconda funzione è comune sia alla responsabilità per colpa che alla responsabilità oggettiva; la differenza tra questi due tipi di responsabilità sta nella valutazione delle misure opportune di precauzione che si vogliono incentivare. Per quanto riguarda la responsabilità per colpa, le misure doverose quando non sono definite da leggi, regolamenti, ordini o discipline sono accertate in sede giudiziaria in base a criteri di ragione, ma la responsabilità per colpa lascia un residuo di rischi che non è idonea a coprire, per due ragioni: non sempre è possibile accertare la colpa e anche quando vengono adottate misure doverose, un residuo di rischio di incidenti vi è sempre, per mancanze umane o disfunzionalità delle macchine in una società industriale, pressoché inevitabili; e non esistono misure per ridurre il rischio a zero, oppure riducono il rischio a zero ma con un costo eccessivo rispetto al beneficio che potrebbe derivarne.

Il diritto, nel momento in cui va a valutare l'utilità sociale, adotta un giudizio tipico distinguendo per categoria di attività; tuttavia non avviene un accertamento caso per caso, per esempio sull'attività della singola impresa o sull'attività rischiosa, quindi non si può affidare al giudice il compito di stabilire, nel caso concreto, se la specifica attività sia sufficientemente utile dal punto di vista sociale da giustificare il rischio, nonostante si adottino anche misure preventive. Si preferisce invece adottare un diverso sistema, l'unico ipotizzabile in sede di diritto: addossare a chi esercita l'attività tutti i rischi connessi con l'attività stessa, in modo che chi esercita l'attività si debba far carico di questo rischio residuo; si tratta di una soluzione "economica" in quanto si è costretti a tener conto dei profitti e delle perdite, del rapporto costi e benefici, decidendo eventualmente, per esempio, di cambiare un metodo di produzione, ridimensionare l'attività produttiva, chiudere un ramo di impresa o la stessa. La conclusione è che il criterio di valutazione della responsabilità per colpa è un criterio pubblico, in cui le misure sono appunto prese in sede pubblica, o legislativa o giudiziaria, viceversa la scelta di precauzioni per dimensionare l'attività rischiosa è rimessa al privato.

Il Trimarchi riporta poi un esempio relativo alla responsabilità civile coperta dalle assicurazioni automobilistiche la cui obbligatorietà⁴ e diffusione di fatto potrebbe indurre a pensare che la responsabilità civile abbia esclusivamente una funzione compensativa e non anche preventiva; impostazione errata ad avviso del Trimarchi in quanto la compensazione trasferisce il danno da chi lo ha subito a chi lo risarcisce non eliminandolo e poi l'assicurazione, ben coordinandosi con la responsabilità oggettiva, la quale richiede che il peso del rischio sia trasferito a carico di chi esercita l'attività

⁴ Legge 24 dicembre 1969 n.990 "Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti"

rischiosa, attenua la funzione preventiva ma non la elimina perché il premio assicurativo viene correlato alla sinistrosità dell'assicurato (franchigia e bonus malus).

Questa osservazione sulla RC auto ci fa capire come sia molto importante anche la funzione preventiva, oltre che quella compensativa, motivo per cui l'orientamento giuridico ha posto l'accento sulla responsabilità oggettiva piuttosto che sulla colpa, perché la responsabilità oggettiva è più vincolante per gli effetti delle proprie azioni rispetto all'accertamento di una colpa, che può anche non essere facilmente accertabile oppure può esistere anche in assenza di colpa. Quindi la responsabilità oggettiva diventa più responsabilizzante per chi compie l'atto e quindi esercita questa funzione preventiva che l'azione compensativa non è in grado di assolvere.

Il Trimarchi fa poi l'esempio di altri sistemi giuridici in cui la responsabilità per rischio è stata introdotta con specifico riferimento al rischio di impresa, così ad esempio in Germania in merito alla responsabilità per danni derivanti dall'esercizio di imprese ferroviarie o distribuzione di energia elettrica. In Italia invece, ad eccezione di qualche norma speciale come ad esempio responsabilità per danni derivanti da incidenti aerei o per incidenti con la produzione di energia nucleare, il sistema generale della responsabilità oggettiva per danni è basato su norme ereditate da una tradizione in cui avevano un significato diverso e poi adattate a una situazione nuova, ma con delle correzioni. Il caso più evidente di ciò è la norma sul danno da cose.

Questa norma, presente nel nostro ordinamento all'articolo 2051 cod. civ., deriva dal "code civil" francese⁵, dove originariamente aveva la funzione di imporre una responsabilità per cattiva custodia; infatti la norma attuale italiana parla di responsabilità del custode. Senonché la norma sulla responsabilità del danno da cose è stata poi interpretata dalla giurisprudenza francese in un senso che escludeva che la responsabilità potesse essere eliminata attraverso la prova della diligenza e quindi si è avuta una evoluzione interpretativa e una trasformazione del significato della norma nel senso di farne una norma di responsabilità oggettiva.

Un altro spunto di riflessione interessante proviene da un'altra lectio magistralis di Pietro Trimarchi: "l'analisi economica del diritto, oggi".

L'analisi economica del diritto, ossia l'analisi degli effetti economici strutturali delle norme giuridiche avendo in vista il massimo benessere collettivo. Il criterio di aggregazione di utilità, tipico dell'economia del benessere, era anche il criterio fondante dell'analisi economica del diritto. Tale criterio ha dato luogo a una critica nei confronti di chi sosteneva la massima efficienza come unico criterio per valutare le norme giuridiche, soprattutto in materia economica.

L'obiezione mossa è che anche in materia economia il diritto non si propone solo l'efficienza bensì anche l'equità, in particolare l'equità distributiva, non contemplata dal criterio di massimizzazione dell'utilità⁶ che considera massimo il risultato quando massima è la somma delle utilità, indipendentemente dalla ripartizione di queste. Molti hanno anche sostenuto che il diritto privato dovrebbe avere come finalità solo la massima efficienza, lasciando poi al diritto tributario le opportune finalità distributive.

Dagli studi considerati, seppure nella varietà di impostazioni teoriche, sempre secondo il Trimarchi, non risulta una ampia possibilità di utilizzare il diritto privato ai fini di equità redistributiva perché ad esempio, se si modificano le norme del diritto privato in

⁵ L'art. 1384, co.1, Code Napoléon, stabiliva *"On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde"*

⁶ Il criterio di efficienza (o di compensazione) di KALDOR-HICKS è stato introdotto da due economisti, Nicholas Kaldor e John Richard Hicks nel 1939, e tratta i problemi di confronti in termini di benessere sociale.

relazione alla struttura del mercato, si determinano poi delle reazioni del mercato stesso difficilmente contrastabili che possono annullare l'effetto o addirittura portare a un risultato contrario. Si possono menzionare in proposito gli effetti dell'equo canone, che ha portato a restringere il mercato delle locazioni portando in maniera compensativa ad ampliare il mercato delle vendite con conseguenze dannose soprattutto per i giovani e le giovani coppie.

L'utilizzazione del diritto privato a fini equitativi diventa anche equità in favore dei soggetti deboli (tema del paternalismo)⁷. In tale ambito è opportuno dire che alcune norme protettive proteggono l'individuo ma anche la collettività (divieto dello spaccio di droga: giova alla salute di chi altrimenti si drogherebbe ma anche alla collettività per difenderla dai reati potenziali del drogato, previdenza obbligatoria: giova all'imprevidente ma giova anche alla società che dovrebbe altrimenti farsene carico), in altri casi la norma protettiva giova solo all'individuo. In relazione a questi ultimi casi si profila una contrapposizione tra coloro che affermano valori di solidarietà e coloro che vi contrappongono valori di autonomia responsabile.

A questo proposito il Trimarchi rileva che la sempre maggior frequenza che si può constatare di iniziative giudiziarie volte a ribaltare sempre e comunque il danno su qualcun altro è il segno di una mentalità sempre più diffusa secondo la quale ciascuno ha diritto di essere garantito da qualcun altro per qualsiasi cosa gli accada. Questo è il segno di una mentalità che si accompagna all'affievolimento del senso di responsabilità che non è il caso di incoraggiare; è il caso di incoraggiare con forza che vi sono dei rischi contro i quali ciascuno può e deve provvedere mediante una propria cautela.

2. Applicabilità della responsabilità per danno cagionato da cose in custodia alla pubblica amministrazione

Nello specifico la questione si pone riguardo la responsabilità della pubblica amministrazione per danni subiti dall'utente per omessa o insufficiente manutenzione di strade pubbliche. Su questo tema si riscontrano due orientamenti giurisprudenziali.

Uno predominante, facente capo all'articolo 2043 cod. civ., secondo cui la pubblica amministrazione, nel vigilare e controllare beni di natura demaniale, deve seguire le regole di comune prudenza e diligenza nonché la norma primaria del *neminem laedere*, facendo sì che il bene demaniale non presenti la situazione di c.d. trabocchetto o insidia stradale. Affinché si configuri la situazione di insidia, cui ascrivere la colpa, devono esistere due presupposti: elemento oggettivo (non visibilità del pericolo), elemento soggettivo (non prevedibilità dello stesso). La connotazione dell'insidia comporta, come effetto, il risarcimento integrale del danno da parte della pubblica amministrazione; diversamente, se il fatto si può ricondurre anche solo in parte al danneggiato, questi non avrà diritto ad alcun risarcimento.

Empiricamente gli estremi dell'insidia, per quanto riguarda il bene demaniale, più precisamente la manutenzione delle strade pubbliche, si ravvisano in caso di: segnali o cartelli erranei e/o contraddittori che impediscano all'utente di regolare in modo conforme la propria condotta di guida; impianto semaforico che ad un incrocio stradale segni il verde per i veicoli provenienti da una determinata direzione e non proietti luce alcuna per i veicoli provenienti da direzione diversa; mancanza di cartelli stradali, anche se rimossi da terzi, con conseguente invisibilità di un cantiere aperto sulla strada per esecuzione di lavori in concessione all'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade;

⁷ P. TRIMARCHI *"L'analisi economica del diritto, oggi"* - Relazione del prof. Pietro Trimarchi in occasione della Inaugurazione della scuola di dottorato – U. IZZO corso di diritto civile M-Z a.a. 2014-15 – Giovedì 16 aprile 2015.

mancata tempestiva rimozione di oggetti sulla carreggiata autostradale⁸. Il profilo dell'omissione è specialmente difficoltoso; la mancata adozione di strumenti di protezione non può essere di per sé invocata come fatto generale di responsabilità in quanto la nozione di insidia è stata elaborata, in un primo tempo, come sintomo dell'attività colposa della pubblica amministrazione quando ad esempio, la strada nascondesse un'insidia non evitabile con l'ordinaria diligenza. Successivamente essa è diventata un indice tassativo della responsabilità della p.a., facendo ricadere però sul danneggiato l'onere della prova.

Seppur minoritario, esiste un altro orientamento⁹ che si rifà alla disciplina dell'articolo 2051 cod. civ. secondo cui la pubblica amministrazione, in qualità di custode del bene demaniale, per sollevarsi da responsabilità deve provare che il danno si è verificato per caso fortuito. In tal caso il danneggiato non è gravato dell'onere della prova dell'insidia, essendo sufficiente che venga provato il nesso eziologico: cosa-danno.

Questo secondo orientamento è tuttavia non seguito in molte pronunce di legittimità¹⁰ secondo le quali la responsabilità per danni causati da cose in custodia non si applica agli enti pubblici se il bene, demaniale o patrimoniale, sia oggetto di utilizzazione generale e diretta da parte di terzi, il che limita in concreto la possibilità di vigilanza e custodia sulla cosa.

3. Inquadramento della ratio della sentenza alla luce degli orientamenti giurisprudenziali

La sentenza in esame, come già sottolineato nella parte di diritto, si rifà, in ragione della complessità del caso specifico, ai diversi orientamenti giurisprudenziali suindicati.

Un primo riferimento è all'articolo 2043 cod. civ. secondo cui la pubblica amministrazione è tenuta a far sì che il bene demaniale non presenti una situazione di pericolo occulto "trabocchetto o insidia stradale". Nel caso di specie non sussiste responsabilità in quanto difettavano i requisiti tipici dell'insidia: elemento oggettivo della non visibilità ed elemento soggettivo della non prevedibilità.

La sentenza richiama un altro orientamento in base all'articolo 2051 cod. civ., applicabile in ragione del rapporto di custodia, secondo cui per escludere la propria responsabilità la pubblica amministrazione deve provare che il danno si è verificato per caso fortuito, nel caso di specie: comportamento omissivo delle normali cautele da parte dell'attrice e impropria utilizzazione del bene da parte di un terzo. Quest'ultima circostanza configura il concorso di colpa per mancata vigilanza da parte della pubblica amministrazione, in relazione a non ottemperanza dei regolamenti comunali, come rilevato dagli accertamenti tecnici effettuati da parte dell'ausiliario del giudice. In relazione a quest'ultima ipotesi la sentenza fa riferimento ad un altro orientamento giurisprudenziale¹¹ secondo cui la pubblica amministrazione è responsabile per danno cagionato dalle cose in custodia solo con riguardo a beni demaniali che non siano oggetto di uso generale e diretto da parte di terzi.

⁸ Cassazione Civile Sezione III, 15 gennaio 2013, n.783, Responsabilita' Civile e Previdenza 2013, 3, 1006

⁹ Cassazione Civile Sezione III, 22 febbraio 2012, n.2562, Diritto e Giustizia online 2012, 22 febbraio; Cassazione Civile Sezione III, 22 aprile 1998, n. 4070, Giust. civ. Mass. 1998, 848; Cassazione Civile Sezione III, 20 novembre 1998, n. 11749, Resp. civ. e prev. 1999, 733 (nota di: RAPELLI)

¹⁰ Cassazione Civile Sezione III, 1 dicembre 2004, n.22596, Giust. civ. Mass. 2005, 1 Resp. civ. e prev. 2005, 376 (nota di: BONA); Cassazione Civile Sezione III, 9 marzo 2010 n.5669, Guida al diritto 2010, 14, 59

¹¹ Cassazione Civile Sezione III, 30 ottobre 1984, n.5567, Resp. civ. e prev. 1985, 361; Cassazione Civile Sezione III, 26 novembre 2007, n. 24617, Giust. civ. Mass. 2007, 11 Dir. maritt. 2008, 3, 973 (s.m.) (nota di: GRIMALDI) Dir. trasporti 2009, 1, 242 (s.m.)

La sentenza cita altresì alcune di sentenze di Cassazione¹² secondo cui il soggetto che agisce per il risarcimento dei danni è gravato dell'onere della prova del danno subito.

4. Riflessioni conclusive sulla sentenza

La sentenza, nel rifarsi agli orientamenti giurisprudenziali citati, appare interpretabile secondo questa mia analisi valutativa.

Analisi costi benefici: "criterio dell'efficienza", trattandosi di soggetti di difforme rilevanza giuridica: pubblica amministrazione, attrice, terzo. In quest'ottica è di particolare rilevanza il richiamo all'orientamento giurisprudenziale che in qualche modo tutela l'ente pubblico ponendo l'onere della prova a carico del danneggiato. Si può osservare a tale proposito che si sono verificati nell'ambito assicurativo per incidenti automobilistici comportamenti poco cristallini se non addirittura in malafede da parte di soggetti che avanzavano pretese risarcitorie per il "colpo di frusta", che seppur non oggettivamente accertabile (test algogeni) costringeva le assicurazioni al risarcimento. Come controprova, da quando non è stato più contemplato come risarcibile, si è assistito a una drastica diminuzione di episodi di questo tipo.¹³

Rispetto del criterio dell'intersoggettività: nonostante al danneggiato non sia riconosciuto il risarcimento, la sentenza si pronuncia per una compensazione delle spese del giudizio tra le parti, trattandosi di un caso di specie complesso.

Concorso di colpa: nel configurarsi di tale ipotesi, la sentenza richiama l'orientamento giurisprudenziale che non ritiene responsabile la pubblica amministrazione per beni di carattere generale e di pubblico interesse, essendo su questi difficile una costante vigilanza e un controllo assidui. Anche questo si iscrive nell'ottica di tutelare l'ente pubblico per la sua specifica connotazione e alla luce dell'analisi costi benefici.

¹² Cassazione Civile Sezione III, 18 maggio 2012, n.7937, IL CIVILISTA 2012, 6. 23 (s.m); Cassazione Civile Sezione III, 13 luglio 2011, n.15389, Giust. civ. Mass. 2011, 7-8, 1059; Cassazione Civile Sezione III, 11 gennaio 2008, n.390; Giust. civ. Mass. 2008, 1, 23, Giust. civ. 2008, 3, I, 612

¹³ *Il danno alla persona: le componenti patrimoniali ed extrapatrimoniali* – U.IZZO corso di diritto civile M-Z a.a. 2014-2015- Martedì 21 aprile 2015

USCITA DAL BOX AUTO E CUSTODIA DEL BASCULANTE DANNOSO

di Antonio Rossi

IL CASO

Nell'uscita in retromarcia dai locali autorimesse del condominio "Le Terrazze" di Trento, di seguito il Condominio (convenuto in primo grado e appellante nella vicenda giudiziaria in esame), G.N. (attrice in primo grado e appellata nella vicenda giudiziaria in esame), dopo aver azionato tramite telecomando la porta basculante di ingresso, subisce un danno alla propria automobile che coinvolge il tetto e l'antenna satellitare.

Il tempo di apertura e chiusura della basculante viene stimato in circa 2 minuti, ciononostante, dalle considerazioni di parte attorea in primo grado, fedelmente riportate dal giudice nella presente sentenza, si viene a conoscenza dell'obbligatorietà della presenza di sistemi di sicurezza per questi apparecchi (guaine di gomma protettive che evitino urti garantendo l'immediata risalita delle basculanti); il malfunzionamento di questi sistemi di sicurezza viene confermato dallo stesso verificarsi dell'evento dannoso in esame.

Tanto bastava al giudice di pace adito in primo grado per condannare il Condominio (convenuto nella persona dell'amministratore) all'integrale risarcimento del danno in solido con la compagnia assicurativa "Axa Assicurazioni S.p.A." chiamata in causa dallo stesso Condominio, ignorando il fatto che la pretesa attorea non coinvolgesse la compagnia assicurativa e sostanzialmente non dando rilievo alla condotta negligente della danneggiata (evidenziata dal Condominio) che, pur essendosi avveduta della chiusura della basculante, aveva proseguito nella manovra di uscita (due punti questi ultimi di grande importanza nel giudizio di appello).

Il Condominio provvedeva così a proporre appello contro la decisione del giudice di pace, si costituivano in giudizio anche G.N. (danneggiata) e la compagnia assicurativa con le proprie argomentazioni.

Il giudice di appello, nel decidere in ordine alla richiesta di integrale riforma della sentenza di primo grado da parte del Condominio, muove dal presupposto in base al quale, nonostante le dichiarazioni del Condominio e della compagnia assicurativa sulla presenza di adeguati sistemi di sicurezza, è la stessa verifica dell'evento che dimostra come tali sistemi non abbiano funzionato correttamente nel caso di specie e non fossero adeguati a garantire l'immediata risalita della basculante (adeguata sarebbe stata probabilmente l'installazione di una stazione di fotocellule come evidenziato dalla danneggiata nel giudizio dinanzi al giudice di pace in primo grado). Si noti tuttavia come la formula utilizzata dal giudice, per la quale è lo stesso verificarsi del evento a dimostrare che la misura non era idonea a prevenire quel dato accadimento, è formula ricorrente in quella giurisprudenza che, nell'analizzare la fattispecie di cui all'art. 2051, sposa la tesi della presunzione di colpa, impostazione che si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono e che in prima battuta possiamo sintetizzare come fondata sulla negligenza del custode in ordine alla sorveglianza della cosa.

Proseguendo nella sua argomentazione il giudice constata come incontestato sia il rapporto di causa ed effetto tra il funzionamento della basculante ed il danno; in questo modo appare fondato inquadrare il caso in esame all'interno della fattispecie di cui all'art. 2051, essendo tra l'altro incontestato che la basculante sia oggetto del potere di custodia del Condominio (sulla responsabilità del condominio per danni cagionati da cose in custodia si avrà modo di riflettere in seguito).

Ancora, dopo una breve ricostruzione del contenuto dell'art. 2051 in termini di onere probatorio, il giudice afferma che la danneggiata ha assolto il proprio onere dimostrando in primo luogo l'effettivo potere fisico (nella duplice accezione di potere di controllo e potere di intervento sul bene) del Condominio sulla parte comune che è fonte di danno in questa situazione (in ciò si sostanzia il rapporto di custodia), ed in secondo luogo dimostrando l'effettivo rapporto causale che lega la res e il danno. Il Condominio è infatti custode dei beni comuni, tra i quali certamente rientra la basculante, ex art. 2051 ed è indubbio che il danno si sia verificato nell'uso di detta parte comune.

Il Condominio non ha invece offerto la prova liberatoria prevista dall'art. 2051, vale a dire la prova del caso fortuito, e cioè dell'imprevedibilità e dell'assoluta eccezionalità del verificarsi del danno; in tale evenienza viene infatti ad interrompersi il nesso causale tra la cosa custodita e il danno, con la conseguenza che il custode deve essere ritenuto esente da responsabilità. Nel caso fortuito rientrano, come da costante insegnamento giurisprudenziale, anche il fatto del terzo e il fatto del danneggiato quando dotati di autonomo impulso causale, tale da interrompere il nesso eziologico, e quando imprevedibili ed inevitabili per il custode, restando esclusi dal fortuito quegli accadimenti che il custode può prevenire esercitando poteri di vigilanza e manutenzione (ancora un segno dell'adesione del giudice alla tesi della presunzione di colpa). Il Condominio non ha, nel caso di specie, dimostrato che la condotta della danneggiata sia stata talmente anomala e imprevedibile da integrare il fortuito.

Il giudice sposta quindi il fuoco sulla condotta della danneggiata qualificandola come non sufficientemente diligente e attenta in quanto, pur essendosi avveduta della chiusura della basculante, ha proseguito nella manovra di uscita. In tal modo la condotta colposa della danneggiata può integrare gli estremi di cui all'art. 1227, co. 1 richiamato dall'art. 2056 del codice civile, ossia un concorso del fatto colposo del danneggiato che, pur non idoneo ad interrompere il nesso eziologico, può cionondimeno diminuire la responsabilità del danneggiante secondo l'incidenza della colpa del danneggiato.

È questo il punto di arrivo della riflessione del giudice che, stanti le precedenti argomentazioni, liquida il danno patrimoniale subito dalla danneggiata stimando il concorso di colpa della stessa nella misura del 50 %.

Resta quindi un ultimo punto da analizzare: la responsabilità dell'assicuratore. Rispetto a questo punto il giudice è piuttosto chiaro nell'affermare che in questo caso non viene in rilievo un'ipotesi di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore del danneggiante e del resto neppure era stata formulata domanda di risarcimento contro la "Axa Assicurazioni S.p.A." (chiamata in giudizio davanti al giudice di pace in primo grado dal Condominio) sicché la condanna in solido ottenuta in primo grado si pone in palese violazione dell'art. 112 c.p.c. (principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato).

Il Tribunale di Trento, in composizione monocratica nella persona del dr. Giuseppe Barbato, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento civile iscritto al n. 1839/11 del ruolo generale degli affari contenziosi civili promosso con atto di citazione in appello notificato il 13 e il 14 maggio 2013

DA

Condominio Le Terrazze, sito in T., frazione M., via B. n. 29, in persona dell'amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Vittoria De

Benedictis per procura a margine dell'atto di citazione in appello, elettivamente domiciliato presso lo studio della stessa in Trento, C.so III Novembre n. 72/A

APPELLANTE

CONTRO

G.N., residente in T., frazione M., via B. n. 29, rappresentata e difesa dall'avv. Loredana Olivieri del foro di Bolzano per procura a margine della comparsa di costituzione e risposta, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Maria Rosa Visintin in Trento, via Unterveger n. 36

APPELLATA-APPELLANTE INCIDENTALE

E

Axa Assicurazioni S.p.A., con sede legale in Milano, via Leopardi n. 15, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Zanoni del foro di Trento, giusta delega in calce alla copia notificata dell'atto di citazione di primo grado, elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Trento, via Grazioli n. 106

APPELLATA-APPELLANTE INCIDENTALE

OGGETTO: appello avverso la sentenza n. 596/12 emessa dal giudice di pace di Trento il 14.12.2012 nel procedimento n. 1534/11

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato G.N. - premesso che l'8.1.2008, nell'uscire in retromarcia a bordo della propria auto (una BMW 320 D) dai locali autorimesse del Condominio "Le Terrazze" di Trento (ove risiede) dopo aver azionato con il telecomando la porta basculante dei detti locali, aveva improvvisamente avvertito un forte rumore di lamiere localizzato sul tetto del veicolo ed aveva poi verificato, una volta arrestata la marcia e scesa dalla vettura, che il bordo inferiore della porta basculante era a contatto con il padiglione del tetto della sua auto - assumeva che nell'urto il proprio veicolo aveva riportato ingenti danni alla carrozzeria e all'antenna del navigatore satellitare, quantificati in Euro 1.078,22, oltre al danno da fermo tecnico, pari a Euro 240,00 e alle spese di consulenza tecnica pari a Euro 500,00.

L'attrice sosteneva che il sinistro era stato causato dal non corretto funzionamento dell'impianto della porta basculante e dalla non conformità dello stesso alla normativa vigente in materia, evidenziando al riguardo la mancanza "del tratto centrale morbido contenente il sensore d'urto per l'arresto".

Tanto premesso, conveniva in giudizio il Condominio Le Terrazze per sentirlo condannare al risarcimento dei danni, da quantificare in Euro 1.818,22 o nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Costitutosi in giudizio in persona dell'amministratore pro tempore, il Condominio convenuto contestava in fatto e in diritto la domanda attorea, assumendo, fra l'altro, che il sinistro era stato causato dal comportamento della stessa attrice, la quale, dopo aver fatto trascorrere il tempo massimo (due minuti) di apertura della porta basculante dei locali garage, aveva continuato la manovra di uscita in retromarcia durante la fase di chiusura automatica della detta porta.

Dopo aver fatto presente che tale porta era munita di adeguato sistema di sicurezza, costituito dalla presenza di coste di protezione collocate sulla parte terminale della bascula e dotate di sensore d'urto rivestiti di apposita guaina protettiva di gomma, con la funzione di bloccare l'automatismo di chiusura in presenza di ingombro e di invertire il percorso di marcia al fine di garantire la risalita della porta, il Condominio Le Terrazze evidenziava che la normativa menzionata dal tecnico di parte attrice nella relazione allegata alla citazione non era applicabile nel caso di specie in quanto entrata in vigore

molti anni dopo l'installazione della porta in questione ed eccepiva l'eccessività del quantum risarcitorio richiesto da controparte.

Il condominio concludeva chiedendo di rigettare la domanda dell'attrice e, in subordine, per il caso in cui fosse stata accolta, di dichiarare la propria compagnia assicuratrice, la Axa Assicurazioni spa - che poi provvedeva a chiamare in causa - tenuta a versarle tutti gli importi eventualmente pagati all'attrice.

Si costituiva in giudizio anche la terza chiamata in causa, eccependo in primo luogo l'assenza di copertura assicurativa per l'inadempimento, da parte dell'assicurato, dell'obbligo di tempestiva comunicazione del sinistro; deduceva inoltre l'insussistenza di qualsivoglia responsabilità del condominio convenuto per mancanza di nesso eziologico tra il funzionamento della porta basculante e il sinistro; concludeva chiedendo il rigetto delle domande proposte nei suoi confronti.

Con sentenza n. 596/12 del 14.12.2012 il giudice di pace adito, ritenuto che il sinistro si era verificato per "un inappropriato funzionamento del sistema di sicurezza ovvero delle coste di protezione del basculante", condannava il condominio convenuto e la Axa Assicurazioni spa in solido a pagare all'attrice la somma di Euro 2.200,00, oltre a Euro 800,00 "a titolo di risarcimento per ingiustificato rifiuto della proposta conciliativa ai sensi del combinato disposto degli artt. 88, 91 e 96 c.p.c.".

Avverso tale pronuncia proponeva appello il Condominio Le Terrazze chiedendone l'integrale riforma con rigetto della domanda di parte attrice; in subordine reiterava la domanda proposta contro la propria compagnia assicuratrice.

L'appellante eccepiva che il sinistro era stato causato unicamente dalla negligente e imprudente condotta di guida dell'attrice, che nell'impiegare più tempo del previsto per effettuare la manovra di uscita in retromarcia, non si era fermata allorché la porta basculante aveva iniziato la manovra di chiusura; sosteneva poi che il primo giudice aveva omesso di valutare gli elementi di prova attestanti il regolare funzionamento della detta porta.

Il condominio evidenziava altresì che il giudice di pace l'aveva condannato in solido con la compagnia assicuratrice al risarcimento dei danni in favore dell'attrice, senza considerare che tra quest'ultima e la Axa Assicurazioni spa non vi era alcun rapporto giuridico e pretermettendo del tutto la propria domanda di manleva nei confronti della terza chiamata in causa.

Inoltre contestava la condanna al pagamento della somma di Euro 800,00, avendo offerto in corso di causa pro bono pacis l'importo di Euro 900,00 alla G., e sottolineava al riguardo di non aver affatto tenuto comportamenti processualmente scorretti o contrari alla buona fede.

Si costituivano in giudizio anche le altre due parti.

G.N. eccepiva l'inammissibilità dell'appello per omessa indicazione delle specifiche modifiche richieste alla ricostruzione del fatto operata dal primo giudice; contestava la fondatezza delle altre argomentazioni svolte dall'appellante; evidenziava infine che il primo giudice aveva omesso la statuizione in punto spese, di talché, con appello incidentale, chiedeva la condanna del condominio convenuto al pagamento degli oneri di procedura maturati dopo la formulazione della proposta conciliativa.

La Axa Assicurazioni spa evidenziava in primo luogo che nel caso di specie la pretesa danneggiata non aveva azione diretta nei suoi confronti, di talché la pronuncia impugnata era viziata nella parte in cui essa chiamata in causa era stata condannata in solido con l'assicurato, in difetto peraltro di una specifica domanda in tal senso dell'attrice.

Nel merito si associava alle difese del condominio, sottolineando che non era stata acquisita alcuna prova di un difettoso funzionamento della porta basculante

dell'autorimessa; al riguardo assumeva che la riapertura automatica di tale porta in presenza di un ostacolo richiedeva comunque un minimo lasso di tempo; che nel caso di specie l'attrice, incurante della fase di chiusura in atto, aveva continuato la manovra senza arrestare la marcia, il che aveva causato il sinistro; che pertanto era configurabile quantomeno un concorso di colpa della G. ex art. 1227 c.c.; che il primo giudice aveva omesso qualsivoglia valutazione in punto di quantum.

Al riguardo la compagnia assicuratrice sosteneva che l'esborso relativo alla consulenza tecnica di parte perché non era necessario, sicché non era risarcibile; evidenziava il difetto di qualsivoglia statuizione del primo giudice in punto spese; reiterava l'eccezione di inoperatività della copertura assicurativa e censurava la decisione del primo giudice anche nella parte relativa alla condanna al pagamento dell'importo di Euro 800,00; concludeva chiedendo, in riforma della sentenza appellata, il rigetto delle domande proposte nei suoi confronti, la limitazione del risarcimento ai soli danni provati, l'accertamento del concorso di colpa dell'attrice ex art. 1227 c.c., con condanna di quest'ultima alla restituzione degli importi incassati per effetto della decisione di primo grado.

Va in primo luogo rilevato che al punto 1 dell'atto di appello sono state indicate in termini sufficientemente chiari e precisi le modifiche richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal primo giudice, essendosi ivi sostenuta la riferibilità dell'incidente alla negligente e imprudente condotta della G., per aver costei effettuato la manovra di uscita in retromarcia in condizioni di scarsa visibilità e impiegando un tempo eccessivo, e comunque dopo l'inizio della fase di chiusura della porta basculante, ragion per cui deve essere disattesa l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità dell'appello formulata da G.N..

In ordine al merito mette conto preliminarmente evidenziare che, stando a quanto sostenuto dallo stesso condominio nel suo primo scritto difensivo (v. pag. 6 della comparsa di costituzione depositata in primo grado) all'epoca del sinistro la porta basculante oggetto di causa era provvista di un "sistema di sicurezza costituito dalla presenza di coste di protezione collocate sulla parte terminale" e "dotate di sensori d'urto rivestiti di apposita guaina protettiva in gomma, con la precipua funzione di bloccare l'automatismo di chiusura in presenza di ingombro, invertendo successivamente il percorso di marcia al fine di garantire la risalita del basculante" (anche la compagnia assicuratrice chiamata in causa ha, di fatto, confermato la veridicità di tale assunto).

Posto, dunque, che la porta basculante era dotata di un meccanismo di blocco che avrebbe dovuto comportarne automaticamente l'arresto in presenza di un ostacolo, interrompendo la fase di chiusura e innescando la riapertura, appare ragionevole presumere, in difetto di elementi di segno contrario (non potendosi ritenere tali né l'allegata attestazione del 14.8.2009 di regolare funzionamento del dispositivo di automazione del portone di accesso ai garage, non constando alcunché in ordine alle modalità esecutive della verifica tecnica ivi menzionata, di cui quindi non può essere positivamente valutata l'effettiva attendibilità; né, per la stessa ragione, la deposizione, sostanzialmente generica e valutativa, del teste B.L., che a quella verifica si riferisce e che non è rilevante neppure nella parte relativa alla sostituzione di una fotocellula nel luglio 2007, venendo al riguardo in rilievo un lavoro di manutenzione risalente ad oltre un anno prima del sinistro; né la testimonianza di Nava Enrico, il quale, per quanto qui rileva, si è limitato a confermare di aver sbloccato la porta e riattivato il meccanismo di risalita), che il sistema di sicurezza non ebbe a funzionare correttamente o che comunque non era adeguato, visto che, nonostante il passaggio dell'auto guidata dalla G., non fu in grado di bloccare immediatamente la discesa della porta e di riattivare la

riapertura in modi e tempi utili ad evitare il contatto tra la parte inferiore della porta e il veicolo dell'appellata.

In altre parole è la stessa verifica di tale evento che costituisce di per sé prova di un anomalo funzionamento del dispositivo di sicurezza o comunque di una sua sostanziale inadeguatezza, in quanto la vettura della G., una volta entrata con la sua parte posteriore nella sfera di azione della porta basculante, costituiva un ingombro che avrebbe dovuto immediatamente interrompere la fase di chiusura e azionare la riapertura, il che verosimilmente sarebbe avvenuto con tempestività ed efficacia se, come evidenziato nella relazione tecnica di parte depositata in primo grado dall'attrice, in precedenza fosse stata installata una stazione di fotocellule in grado di bloccare all'istante la discesa della porta al passaggio di auto.

A parte tale rilievo, è comunque incontrovertito che il danneggiamento lamentato nella citazione introduttiva del primo grado sia dipeso dall'impatto della porta basculante contro l'autovettura della G., ciò significando che è sostanzialmente incontestata la sussistenza di un rapporto di causa ed effetto tra il funzionamento della detta porta e l'evento dannoso lamentato dall'appellata.

Il che induce a ritenere fondata in punto di an la spiegata pretesa risarcitoria ai sensi dell'art. 2051 c.c., nel cui ambito applicativo appare riconducibile il sinistro in esame in base alla prospettazione svolta dall'appellata sin dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado, essendosi ivi, di fatto, riferito il danno all'azione causale svolta dalla porta basculante, implicitamente ritenuta soggetta al potere di custodia e vigilanza della parte convenuta (da ritenere peraltro sostanzialmente incontestato).

Nella prassi giurisprudenziale è ius receptum che ai fini di una declaratoria di accoglimento in base alla detta disposizione codicistica all'attore è sufficiente provare - oltre a un effettivo potere fisico del soggetto destinatario della pretesa risarcitoria sulla cosa ritenuta fonte di danno, al quale inerisce il dovere di custodirla in modo da impedire che produca danni a terzi - l'esistenza di un rapporto causale tra la res custodita e l'evento lesivo e, quindi, dimostrare che il danno si è prodotto nell'ambito del dinamismo connaturale del bene o per l'insorgenza in esso di un processo dannoso, ancorché provocato da elementi esterni (così Cass., n. 25243/06), sempre che tali fattori esterni (che possono essere anche il fatto di un terzo o del danneggiato) non presentino i caratteri del fortuito, e cioè dell'imprevedibilità e dell'assoluta eccezionalità, giacché in tale evenienza viene ad interrompersi il nesso causale tra la cosa custodita e il danno, con la conseguenza che il custode deve essere ritenuto esente da responsabilità.

Pertanto, considerato, da un lato, che il condominio di un edificio è custode dei beni comuni (nel cui novero rientra senz'altro anche la porta basculante di accesso ai locali garage oggetto di causa) e, quindi, risponde dei danni cagionati da quei beni ex art. 2051 c.c., e dall'altro che, stando alle deduzioni svolte negli allegati scritti difensivi, è pacifico che nel caso di specie il danno oggetto della domanda di risarcimento in esame si è verificato nell'uso della detta res comune, può ritenersi che la danneggiata abbia assolto il proprio onere probatorio.

Il condominio convenuto non ha, invece, offerto la prova liberatoria richiesta dall'art. 2051 c.c..

In proposito va tenuto presente che il comportamento del danneggiato può interrompere il nesso eziologico tra la cosa in custodia e il danno, sì da integrare il caso fortuito e, quindi, la causa esclusiva del sinistro, se e in quanto rappresenti un evento del tutto eccezionale, ovvero "soltanto quando sia dotato di autonomo impulso causale e sia, per lo stesso custode, imprevedibile ed inevitabile" (cfr. Cass., n. 98/5796; Cass. n. 88/2458), al punto da svilire il bene custodito a mero tramite, come quando si risolve in una sua impropria utilizzazione, la cui pericolosità sia talmente evidente ed

immediatamente apprezzabile da chiunque da renderla del tutto imprevedibile, fermo restando che comunque i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità non ricorrono nel fatto che il custode può prevenire esercitando i poteri di vigilanza e manutenzione che gli competono (così Cass., 27.1.2005, n. 1655 e Cass., 28.8.1995, n. 9047).

Il condominio non ha provato la ricorrenza dei detti presupposti; in particolare non ha dimostrato che la condotta tenuta dalla danneggiata sia stata talmente anomala e inappropriata da risultare del tutto imprevedibile e, quindi, in grado di privare di qualsivoglia efficienza eziologica la menzionata modalità di funzionamento della porta basculante al punto da renderla giuridicamente irrilevante.

Sul punto in questione deve comunque considerarsi che per costante insegnamento giurisprudenziale anche nell'ipotesi dell'art. 2051 c.c., il comportamento colposo del danneggiato (che in concreto può consistere non solo nella violazione di uno specifico obbligo giuridico, ma anche nell'inosservanza di una norma comportamentale di diligenza, sotto il profilo della colpa generica), quando non è idoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la cosa in custodia e il danno, può, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, 1 co., c.c., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante secondo l'incidenza della colpa del danneggiato (in tal senso, per tutte, v. Cass., n. 11227/08).

In considerazione di ciò può ritenersi che la verifica del sinistro sia imputabile anche alla G. per aver tenuto una condotta di guida non sufficientemente diligente e attenta laddove, nell'approssimarsi al varco di uscita dell'autorimessa, non si avvide che la porta basculante era già in fase di chiusura e pertanto proseguì la manovra di uscita senza interrompere la marcia, finendo così per urtare contro la parte terminale discendente della detta porta.

Anche l'appellata ha, dunque, contribuito alla causazione dell'evento dannoso per cui si procede, senza però interrompere il nesso causale tra la res in custodia al Condominio Le Terrazze e il danno, non risultando, come detto, la condotta dalla stessa così eccezionale e imprevedibile da integrare il fortuito di cui all'art. 2051 c.c., sicché la si può qualificare in termini di concorso colposo ex art. 1227 c.c., che appare congruo stimare nella misura del 50%.

Per quanto attiene all'entità dei danni oggetto della domanda risarcitoria spiegata dalla G., deve in primo luogo rilevarsi che, nel chiedere la riforma della sentenza appellata, la Axa Assicurazioni ha evidenziato che ivi non è stata effettuata alcuna specifica valutazione in punto di quantum, chiedendo in ogni caso di limitare l'eventuale accoglimento della pretesa attorea ai soli danni provati e assumendo, fra l'altro, che l'esborso per la consulenza tecnica di parte non era necessario e comunque doveva essere valutato nell'ambito delle spese legali.

In considerazione delle censure mosse dalla Axa Assicurazioni spa l'ammontare dell'importo risarcitorio rientra, dunque, nell'odierno thema decidendi.

Al riguardo mette poi conto evidenziare che il Condominio Le Terrazze e la detta compagnia assicuratrice non hanno contestato con specifiche e argomentate considerazioni l'effettiva sussistenza del danneggiamento del "padiglione tetto" dell'auto della G. menzionato nell'allegata relazione tecnica e il costo ivi stimato per i relativi lavori di riparazione sicché, in difetto di contrari elementi di prova, i danni all'autovettura dell'attrice possono essere quantificati nell'importo di Euro 1.078,22, a cui va aggiunto l'importo di Euro 500,00 quale documentato costo della perizia tecnica in atti (da ritenere esborso giustificato e necessitato alla luce del diniego opposto dalla parte convenuta all'adempimento del proprio obbligo di risarcimento, dunque tale da costituire, come danno emergente, una componente del quantum risarcitorio oggetto del presente giudizio); non risulta invece provato il lamentato fermo tecnico.

Il danno subito dalla G. va, quindi, determinato in Euro 1.578,00, da rivalutare all'attualità in base agli indici Istat in Euro 1.737,22.

In ragione del ritenuto concorso di colpa, alla G. spetta la somma di Euro 868,61 (=Euro 1.737,22 :2), oltre interessi legali dalla domanda al saldo (con ciò facendosi applicazione dei principi affermati da Cass., sez. un., n. 1712/95).

Appaiono fondati anche i motivi di appello esposti al punto 2 dell'atto introduttivo del presente giudizio e sub A della comparsa di costituzione della Axa Assicurazioni.

Nel caso di specie non viene in rilievo un'ipotesi di azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante.

Pertanto la spiegata domanda di risarcimento della G. può trovare accoglimento nei soli confronti del condominio convenuto; del resto neppure era stata formulata contro la Axa Assicurazioni, sicché nella parte in cui reca la condanna di quest'ultima, in solido con il condominio, a pagare l'importo risarcitorio all'attrice, la sentenza impugnata risulta anche in violazione dell'art. 112 c.p.c..

Di conseguenza, l'appellata va condannata a restituire la somma di Euro 1.584,00 oltre interessi dal 5.4.2013, alla compagnia assicuratrice, che sul punto ha formulato espressa domanda in comparsa di costituzione.

Alla detta riduzione del quantum risarcitorio spettante alla G. segue sul piano logico e giuridico la riforma dell'impugnata sentenza anche nella parte relativa alla condanna del Condominio Le Terrazze e dell'Axa Assicurazioni al pagamento della somma di Euro 800,00 per l'ingiustificato rigetto della proposta conciliativa, per la decisiva e assorbente considerazione che tale proposta è stata formulata dal giudice di primo grado con riferimento alla maggiore somma di Euro 2.200,00.

Stante l'operatività dell'allegata polizza assicurativa, il Condominio Le Terrazze ha diritto di essere tenuto indenne dalla pretesa attorea, e ciò in accoglimento della domanda di manleva dallo stesso formulata nell'atto di chiamata in causa e non esaminata dal primo giudice.

Non rileva, infatti, in senso contrario l'omesso adempimento, da parte del condominio, dell'onere di tempestivo avviso del sinistro di cui all'art. 1913 c.c., non constando che tale omissione abbia determinato un qualche pregiudizio alla compagnia assicuratrice.

La Assicurazione Axa va dunque condannata a pagare al Condominio Le Terrazze quanto dallo stesso dovuto alla G. a titolo di risarcimento e per spese legali.

Per quanto infine attiene alle spese legali, tenuto conto del contributo causale dell'attrice alla verifica del sinistro, vi è ragione di compensarle per 1/2 in relazione a entrambi i gradi di giudizio; la restante metà, liquidata (ai sensi del D.M. n. 140 del 2012, essendosi l'attività difensiva esaurita nella vigenza di tale testo normativo) come da dispositivo, va posta a carico del condominio, comunque soccombente, con ciò riformandosi anche in parte qua la sentenza impugnata, essendo ivi stata omessa un'espressa regolamentazione delle spese di lite.

Inoltre la compagnia assicuratrice, in applicazione del principio della soccombenza, va condannata a rifondere al condominio le spese legali di entrambi i gradi di giudizio, liquidate (sempre ai sensi del D.M. n. 140 del 2012) come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa proposta - con atto di citazione in appello notificato il 13 e il 14 maggio 2013 - dal Condominio Le Terrazze, sito in T., frazione M., via B. n. 29, in persona dell'amministratore pro tempore, nei confronti di G.N. e della Axa Assicurazioni S.p.A., con sede legale in Milano, via Leopardi n. 15, in persona del legale rappresentante,

avverso la sentenza n. 596/12 emessa dal giudice di pace di Trento il 14.12.2012 nel procedimento n. 1534/11, disattesa ogni diversa domanda, istanza, deduzione ed eccezione, così provvede:

1) accerta e dichiara che il sinistro oggetto di causa è imputabile al Condominio Le Terrazze e a G.N. in pari misura;

2) per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, condanna il Condominio Le Terrazze a pagare a G.N. la somma di Euro 868,61, oltre interessi legali dalla domanda al saldo;

3) compensa in misura di 1/2 le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio e condanna il Condominio Le Terrazze a rifondere a G.N., la restante metà, che liquida, quanto al primo grado, in Euro 575,00 per compenso di difesa e in Euro 44,14 per esborsi, oltre accessori di legge, e quanto al secondo grado, in Euro 600,00 per compenso di difesa, oltre accessori di legge;

4) condanna la Axa Assicurazioni spa a pagare al Condominio Le Terrazze quanto da quest'ultimo versato a G.N. per effetto delle statuizioni di cui ai punti 2) e 3) che precedono;

5) condanna la Axa Assicurazioni spa a rifondere al Condominio Le Terrazze le spese di lite, che liquida, quanto al primo grado, in Euro 1.150,00 per compenso di difesa e in Euro 9,18 per esborsi, oltre accessori di legge, e quanto al secondo grado, in Euro 1.200,00 per compenso di difesa, in Euro 13,25 per esborsi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Trento, il 28 aprile 2014.

Depositata in Cancelleria il 3 maggio 2014.

TRIBUNALE DI TRENTO, sentenza 28 aprile 2014; Giud. BARBATO; Condominio Le Terrazze (Avv. DE BENEDICTIS) APPELLANTE c. G.N. (Avv. OLIVIERI) e Axa Assicurazioni S.p.a. (Avv. ZANONI). *Conferma in parte Giudice di pace di Trento, 14 dicembre 2012, n. 596.*

Responsabilità civile – Condominio di edifici – Responsabilità per danni da cose in custodia – Sussiste (Cod. civ., art. 2051)

Responsabilità civile – Cose in custodia - Concorso del fatto colposo del danneggiato, Sussiste - Fattispecie (Cod. civ., art. 1227, co. 1)

Posto che il condominio dell'edificio è custode dei beni comuni, esso risponde dei danni cagionati da quei beni ex art. 2051 c.c., a meno che non provi la ricorrenza del caso fortuito, vale a dire un fattore eccezionale e imprevedibile, dotato di impulso causale autonomo tale da interrompere il nesso eziologico tra la res in custodia e il danno (Nella specie è stato escluso il caso fortuito in quanto il condominio non ha provato che la condotta della danneggiata presentasse requisiti tali da integrare la prova del fortuito).
(1)

Il comportamento colposo del danneggiato (sotto il duplice profilo della colpa specifica e generica), quando non è idoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la cosa in custodia e il danno, può integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, co. 1 c.c., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante secondo l'incidenza della colpa del danneggiato. (Nella specie la danneggiata ha contribuito alla causazione dell'evento dannoso, senza però interrompere il nesso causale tra res in custodia e danno, sicché tale condotta colposa viene considerata idonea a diminuire il risarcimento dovuto alla danneggiata nella misura del 50 %). (2)

(1) In giurisprudenza constano numerosi precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass. n. 10860/2012 (su un minore rimasto schiacciato da un portone); Cass. 13 febbraio 2002, n. 2075 in Foro it., 2002, II, 1726 ; Cass. 30 agosto 2001, n. 10687; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2331 e Cass. 6 agosto 1997, n. 7276 ; Cass. civ. Sez. III, Sent., 17-02-2014, n. 3604; Cass. civ. Sez. III, Sent., 10-06-2013, n. 14540; Cass. civ. Sez. III, Sent., 24-07-2012, n. 12907. In quella di merito: Trib. Monza Sez. II, Sent., 09-03-2015; Trib. Monza Sez. I, 19-10-2009; Trib. Bari Sez. III, Sent., 03-06-2014; Trib. Cassino, Sent., 12-12-2014; Trib. Salerno Sez. I, Sent., 15-09-2014 da “Leggi d’Italia” banca dati.

In dottrina, con riferimento alla responsabilità del condominio per “danno da cosa in custodia” si veda: SILIQUINI CINELLI Luca, Condominio, danni da cosa in custodia, onere probatorio, in commento a Cass. civ. Sez. VI, 16 aprile 2012, n. 5977. Con riferimento al “danno da cosa in custodia” in generale si vedano: SERRA Maria Paola, La lunga marcia della responsabilità da cose in custodia, comm. Cass. civ. Sez. III Sent., 16 gennaio 2009, n. 993 ; Trib. Bari Sez. III Sent., 02 ottobre 2008 ; Giudice di pace Caserta, 17 novembre 2008; U. IZZO, comunità online di diritto civile; OMODEI-SALÈ Riccardo, La responsabilità per danni da cose in custodia, tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva, comm. a Cass. civ. Sez. III, 06 aprile 2004, n. 6753. COSTANTINI Cristina, L'interpretazione dell'art. 2051 c.c. oltre il fascino dei consueti «dazzling tricks»; P. LAGHEZZA, Nesso di causalità, concorso di colpa e apportionment of liability, Danno e Resp., 2008, 7, 749, “Leggi d’Italia” banca dati.

(2) In giurisprudenza constano numerosi precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità ex multis: Cass. civ. Sez. III, 09 agosto 2007, n. 17471; Cass. civ. Sez. III Sent., 08 ottobre 2008, n. 24804; Cass. 9 dicembre 2009, n. 25772. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Padova Sez. II, Sent., 07-11-2014; Giudice di pace Campobasso, Sent., 22-11-2014, Leggi d’Italia banca dati.

In dottrina, con riferimento al “concorso del fatto del danneggiato” si veda: BENEDETTI Aldo P., Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione, Danno e Resp., 2011, 3, 234; SERRA Maria Paola, La lunga marcia della responsabilità da cose in custodia, comm. Cass. civ. Sez. III Sent., 16 gennaio 2009, n. 993; PASTORE Maria, Responsabilità del custode ed uso improprio, comm. a Cass. civ. Sez. III Sent., 08 ottobre 2008, n. 24804; LAGHEZZA Paolo, Nesso di causalità, concorso di colpa e apportionment of liability, comm. a Cass. civ. Sez. III, 09 agosto 2007, n. 17471, tutto in Leggi d’Italia banca dati; G. CATTANEO, Il concorso di colpa del danneggiato, in Riv. dir. civ., 1967, 460, 474

IL COMMENTO

1. La responsabilità da cosa in custodia: cenni generali e percorso argomentativo della nota

La fattispecie che viene in esame nella decisione del giudice è integrata da una delle norme fondamentali in materia di illecito aquiliano: l’art. 2051 del codice civile relativo al danno da cosa in custodia, a testimonianza dell’importanza fondamentale di tale norma si pone la numerosissima elaborazione dottrinale e l’ancor più ampia casistica giurisprudenziale relativa a tale fattispecie.

Trattasi di una delle responsabilità speciali previste dal nostro codice civile, caratterizzata da un onere probatorio invertito rispetto alla fattispecie generale di cui all’art. 2043 del codice civile.

Si procederà dunque all'analisi innanzitutto degli elementi costitutivi di tale fattispecie, elementi che hanno sollecitato un vivo dibattito nel secolo scorso relativo alla natura della cosa oggetto di custodia, alla sua pericolosità, alla nozione di custode (punti su cui è possibile registrare ormai orientamenti pressoché condivisi tanto nella giurisprudenza di merito quanto nella giurisprudenza di legittimità e non da ultimo in dottrina), con puntuale riferimento alla responsabilità del condominio in quanto custode dei beni comuni condominiali.

Si proseguirà poi con una riflessione sulle principali elaborazioni in merito al fondamento di tale responsabilità e ai vari riconoscimenti che tali elaborazioni hanno ricevuto nella casistica giurisprudenziale; sin da ora si anticipa l'oscillazione tra il tradizionale modello colpo-centrico che porta a ritenere la fattispecie in esame fondata su una presunzione "iuris tantum" di colpa in capo al custode e il modello sviluppatosi nella seconda metà del secolo scorso, e che trova sempre maggior successo soprattutto nella giurisprudenza di legittimità, che rinviene in questa norma una fattispecie di responsabilità oggettiva o quantomeno semi-oggettiva.

La riflessione si allargherà dunque alle conseguenze che l'adesione all'una o all'altra tesi portano in sede di giudizio, in tema di onere probatorio, con riferimento principalmente all'identificazione del caso fortuito, rispettivamente in termini di assenza di colpa da parte del custode e in termini di interruzione del nesso causale. Interessante sarà, a tal proposito, analizzare la "premonizione" di Rodolfo Sacco che ha probabilmente colto, con decenni di anticipo, le criticità di un modello di responsabilità oggettiva. Un'attenzione particolare meriterà, nella stessa sede, in collegamento al "caso fortuito", il tema del concorso del fatto colposo del danneggiato.

L'analisi si concluderà con il riferimento alla prospettiva dell'analisi economica del diritto relativamente ai temi trattati.

2. La struttura dell'art. 2051 c.c.

La norma di cui all'art. 2051 del codice civile prevede un peculiare criterio di imputazione della responsabilità, e cioè la relazione di custodia che intercorre tra la cosa che ha cagionato il danno e il soggetto che sarà chiamato a risponderne. Il danneggiato, nel domandare il risarcimento, può limitarsi a provare la sola qualità di custode del convenuto e l'esistenza di un nesso di causalità tra la cosa e il danno, spetterà poi al custode fornire la prova della propria estraneità rispetto all'evento, ossia la ricorrenza del fatto fortuito come intervento di un fattore eccezionale, imprevedibile ed estraneo alla sfera di attività di questo soggetto, cui è riconducibile il verificarsi dell'evento lesivo.

2.1. La cosa oggetto di custodia

Il danno di cui all'art. 2051 si particularizza per l'essere rapportabile ad una cosa, per tale intendendosi qualsiasi elemento inanimato, mobile o immobile, pericoloso o meno, allo stadio fluido o gassoso, se è vero che ogni cosa appare suscettibile, in determinate circostanze, di produrre danni per il semplice fatto di avere una certa dimensione, occupare un certo spazio ed essere soggetta alle più svariate forze, compresa quella di gravità.

Unico limite ravvisabile sta nell'insuscettibilità della cosa di costituire oggetto di custodia (nel caso di scuola si cita ad esempio l'aria circostante) oppure nella previsione espressa di una disciplina particolare derogativa come avviene per gli edifici, la cui rovina è appunto prevista ai fini della responsabilità in apposita disposizione.

Nel secolo scorso numerose e ferventi sono state le discussioni in merito al dinamismo connaturato alla cosa, alla natura della cosa, pericolosità della cosa. Giova qui ricordare

come con diversi interventi il Supremo Collegio abbia qualificato come irrilevanti le distinzioni avanzate, in particolare quelle sulle cose inerti o in movimento e sulle cose mobili o immobili .

Relativamente al profilo della pericolosità della cosa fondamentale è stato l'intervento di Franzoni nel 1993 il quale affermava che problema dell'applicabilità dell'art. 2051 è quello di stabilire, con una valutazione ex post sulle modalità di verifica dell'evento dannoso , se la partecipazione della cosa possa ritenersi causalmente idonea a fondare la responsabilità del custode per i danni da essa derivanti, oppure se essa abbia costituito un semplice mezzo del quale si è servita un'autonoma azione di per sé capace di produrre il danno .

Le caratteristiche peculiari della cosa saranno invece considerate nel valutare la sussistenza o l'interruzione del nesso causale, quindi nell'apprezzamento della prova liberatoria che si attingerà in maniera più o meno rigorosa a seconda della pericolosità inerente alla cosa .

Infine dal dato testuale dell'art. 2051 non risulta che la pericolosità della cosa sia un elemento necessario della fattispecie di responsabilità in esame. La norma postula semplicemente il riconoscimento del nesso eziologico tra la cosa e la provocazione del danno e possibilità della sola prova contraria del caso fortuito, allorché la legge richiede il requisito della pericolosità l'ha specificamente detto (art. 2050 codice civile) .

Il custode in ultima analisi sarà responsabile di tutti i danni cagionati dalla cosa custodita, per sua intrinseca natura o per l'insorgenza in essa di agenti dannosi sulla base del semplice presupposto del nesso di causalità.

2.2. Il rapporto di custodia e la custodia del condominio

La "custodia" di cui all'art. 2051 non va intesa nel senso contrattuale del termine. In passato tale errore derivava da un raffronto svolto da parte della dottrina con il contratto di deposito e sull'assimilazione del proprietario della cosa oggetto di custodia con il depositario, ritrovandone alcune analogie sotto il profilo della responsabilità .

Il concetto di custodia ex art. 2051 c.c. richiede invece un effettivo potere sulla cosa, inteso quale disponibilità giuridica e materiale ed il correlativo potere di porre potenzialmente in essere interventi sulla cosa stessa al fine di impedire le conseguenze dannose di un'eventuale situazione di pericolo insita o determinatasi nella cosa stessa. La Suprema Corte nel 2000 parla esplicitamente di "potere di governo sulla cosa" riferendosi ad una padronanza e disponibilità che tuttavia non implicano né presuppongono un obbligo di custodire la cosa (ecco un primo cenno, in questa ricostruzione, all'idea di una responsabilità oggettiva che si avrà modo di analizzare più avanti)

È questo un punto pacificamente acquisito dalla giurisprudenza, si riscontrano infatti numerosissime pronunce risalenti al secolo scorso e un numero certamente non inferiore di pronunce più recenti da cui emerge chiaramente che il potere sulla cosa è un potere tanto giuridico quanto di fatto .

Tra i numerosi soggetti a cui nel tempo la giurisprudenza ha attribuito la qualifica di custode, nel caso di specie viene in esame in particolare il "condominio", esso pacificamente risponde ex art. 2051 dei danni cagionati dalle cose comuni ad un condomino o ad un terzo . Il condominio dunque è sempre responsabile per i danni subiti all'interno dei locali condominiali, salvo il "caso fortuito".

3. Il fondamento della responsabilità: corsi e ricorsi storici, la giurisprudenza tra detto e non detto

La fattispecie di cui all'art. 2051 presta il fianco al dibattito tra sostenitori di diverse concezioni sviluppatesi in seno alla giurisprudenza e alla dottrina più autorevole che oscillano tra due poli fondamentali: una concezione della responsabilità per danni da cose in custodia in termini soggettivi che si sostanzia in giudizio nella presunzione "iuris tantum" di colpa posta in capo al custode e una concezione che rinviene nell'art. 2051 una fattispecie di responsabilità oggettiva, concezione quest'ultima che a partire dalla trattazione di Trimarchi del 1961 in "Rischio e responsabilità oggettiva" si è fatta sempre più largo nella dottrina e nella giurisprudenza, soprattutto di legittimità, che oggi esplicitamente parla di "rischio da custodia".

Sino al revirement avvenuto con la sentenza Cass. n. 5031 del 20 maggio 1998, la ricostruzione in termini soggettivi era accolta dalla giurisprudenza prevalente e da una parte - seppur minoritaria - della dottrina per la quale la responsabilità aquiliana non può prescindere dalla sussistenza dell'elemento psicologico in capo all'agente. Le argomentazioni a fondamento di questa tesi si rivelavano alquanto inefficaci, essendo basate sulla conformità di tale lettura dell'art. 2051 c.c. al contenuto della Relazione al Codice Civile - che ravvisava la fonte della responsabilità extracontrattuale nella colpa - nonché su un presunto favor per il danneggiato, esentato dall'onere di provare la colpevolezza del custode. L'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la citata pronuncia della Corte di cassazione n. 5031 si basa invece sulla valorizzazione del dato letterale, sulla migliore interpretazione della ratio giustificatrice della stessa, nonché su una soluzione più efficace in punto di analisi economica del diritto (non soltanto ove si ritenga che la funzione della RC sia quella di assicurare un risarcimento alle vittime) così da pervenire ad una ricostruzione della stessa in termini oggettivi.

È ad ogni modo da evidenziare come, tuttavia, l'opzione in favore di un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità ex 2051 - seppur ufficialmente consacrata in sede di legittimità - non sia ancora stata metabolizzata dalla giurisprudenza, con la conseguenza che è facile riscontrare sentenze dalle motivazioni che presentano commistioni di vario genere nell'attribuire importanza ad argomentazioni di stampo oggettivo con reminiscenze soggettivistiche.

Sembra essere questo il caso su cui ci troviamo a riflettere.

È di immediata evidenza la commistione tra enunciazioni oggettivistiche (i.e. il riferimento alla responsabilità del custode in quanto tale, vincibile soltanto con la prova del caso fortuito) e principi soggettivo-colpevolistici, in particolare nell'inciso relativo al fortuito come evento che il condominio avrebbe potuto prevedere mediante l'esercizio degli ordinari poteri di vigilanza.

Le argomentazioni del giudice sembrano essere maggiormente orientate ad un modello di giudizio di comparative negligence, un giudizio ibrido e complesso, attraverso il quale, al cospetto del danno realizzatosi, egli ragiona sulla capacità precauzionale di ciascuna delle parti rispetto a quella applicata dall'altra (i.e. nel caso di cui sopra la possibile installazione di una stazione di fotocellule vs la condotta disattenta della danneggiata), per poi ripartire la responsabilità per il danno tra le parti in relazione al modo in cui i poteri precauzionali di ciascuna di esse hanno trovato dispiegamento. Tutto ciò senza mai dimenticare che la struttura probatoria della regola di responsabilità applicata consente di effettuare questo tipo di valutazione solo in quanto al convenuto è riuscito di addurre al giudizio i fatti e le circostanze in base alle quali consentire al giudice di compiere la valutazione.

Siamo di fronte ad uno degli innumerevoli casi di affermazioni camaleontiche e confuse da parte della giurisprudenza, si tenterà dunque di seguito di ricostruire le conseguenze dell'approccio all'una o all'altra tesi in tema di onere della prova.

3.1 Riflessi della distinzione in tema di onere probatorio e di caso fortuito

La scelta in favore della responsabilità oggettiva invece di quella per colpa presunta ha enormi riflessi sull'onus probandi. In particolare il modo di concepire la prova liberatoria muta a seconda che si adotti un criterio di imputazione soggettivo oppure oggettivo della responsabilità in esame.

Nell'ambito di una ricostruzione della responsabilità del custode in termini soggettivi incombe su quest'ultimo l'onere di provare di aver diligentemente adempiuto l'obbligo di vigilanza e, dunque, di aver adottato tutte le misure atte ad evitare il danno. La prova liberatoria per il custode consisterà dunque nel dimostrare l'intervento del cd. fortuito soggettivo, ossia la prova di aver adottato uno standard minimo di diligenza nella custodia della cosa e di aver adottato tutte le cautele adatte ad evitare il verificarsi del danno.

Viceversa, un'interpretazione oggettiva della fattispecie vede il danneggiato chiamato a dimostrare il solo nesso eziologico che intercorre tra la res in custodia e il danno, mentre il custode potrà liberarsi provando il cd. fortuito oggettivo: un fattore esterno eccezionale ed imprevedibile (integrato anche dal fatto del danneggiato idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la res e l'evento lesivo).

Ruolo centrale assume dunque il nesso di causalità. È necessario a questo punto identificare il procedimento logico che il danneggiato è chiamato a seguire per dimostrare che la res in questione è l'antecedente causale del danno.

A tal proposito la giurisprudenza ha chiaramente stabilito che in sede civile il nesso di causalità si sostanzia nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio del "più probabile che non" e sempre che in tale sequenza causale non si inserisca un fattore esterno integrante il fortuito oggettivo.

Come sopra accennato il fortuito può anche essere integrato dalla condotta del terzo o dal fatto dello stesso danneggiato, purché anch'essi presentino i caratteri propri del fortuito oggettivo ossia l'autonomia, l'eccezionalità, l'imprevedibilità e l'inevitabilità del danno.

Si noti da ultimo come il comportamento del danneggiato, pur non idoneo ad interrompere il nesso causale, può comunque integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, co. 1 del codice civile: il concorso di fatto colposo del danneggiato può, secondo l'incidenza della colpa di quest'ultimo nella causazione del danno, portare il giudice a diminuire il risarcimento, finanche ad escluderlo del tutto. È il caso dell'automobilista in uscita dai locali autorimesse (di cui sopra), la cui condotta sicuramente disattenta e negligente non rileva in quanto tale, quanto nel suo porsi come concausa all'interno del processo causale innescatosi che ha determinato il verificarsi dell'evento dannoso.

Nell'interpretare la disposizione in questione la Corte di Cassazione ha chiarito come la regola di cui all'art. 1227 c.c., comma 1 sia espressione non del principio di autoreponsabilità, come ritenuto in passato, ma del principio della causalità, per cui al danneggiante non può far carico quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile.

3.2 La "premonizione di Sacco"

"Io mi domando quali sarebbero le conseguenze dell'adozione, fatta in blocco, di un principio di responsabilità oggettiva. Io credo che entrerebbe automaticamente in funzione qualche correttivo. Se un produttore di automobile fabbrica un'automobile perfetta, e se poi quest'automobile, nelle mani di un guidatore di media prudenza, azzoppa qualcuno, io credo che a nessuno verrebbe in mente di considerare responsabile il produttore dell'automobile. Oggi noi diciamo che la fabbrica non ha nessuna responsabilità perché non sussiste una sua colpa, e tagliamo corto la discussione a

questo punto. Ma domani, se il criterio della colpa verrà ritenuto obsoleto, la logica ci obbligherebbe a condannare la fabbrica produttrice di automobili, che mettendo sul mercato i veicoli, ha creato indubbiamente un rischio, un rischio prevedibile, un rischio addirittura previsto. Per sottrarci a questa logica saremo costretti a dire (falsificando la logica della causalità) che qualcosa ha interrotto il nesso causale che intercorre fra il comportamento della fabbrica produttrice di automobili e il danno subito dalla vittima”. Il titolo di questo paragrafo può sicuramente destare diffidenza, almeno finché non si osservi come la giurisprudenza abbia inserito il fatto del danneggiato nella nozione di fortuito di cui all’art. 2051 c.c. e abbia ragionato su quel fatto per verificare se sia possibile assimilare la precauzione mancata (di cui si tornerà a parlare in seguito relativamente ad una rilettura di quanto affermato in termini di analisi economica del diritto) del danneggiato ad un evento naturale o a un fatto di un terzo tale da interrompere il nesso causale tra la res e il danno; c’è da chiedersi se questo sia attinente alle finalità sottese all’analisi del Trimarchi e alla sua trattazione sulla responsabilità oggettiva .

Si rifletta un attimo sulla struttura della motivazione stesa da giudici che aderiscono alla tesi della responsabilità oggettiva: il giudice non deve più ragionare sull’uso da parte del danneggiato dei suoi poteri precauzionali rispetto a modelli ideali di condotta, né può valutare la distanza fra ciò che il danneggiato avrebbe dovuto fare e la condotta effettivamente tenuta. Il giudice dovrà argomentare sulla imputazione della responsabilità ex art. 2051 c.c. dando prova di leggere la rilevanza giuridica che l’art. 1227 c.c. attribuisce al dovere di “attenzione” del danneggiato alla luce di una logica ispirata a un registro “puramente causale”, tale da permettere di collocare la probabilità di realizzazione di quel particolare evento dannoso “fuori dalla classe di eventi dannosi tipicamente appartenenti (a seguito di una valutazione statistica) alla sfera di rischio fatta gravare oggettivamente dalla norma sul custode” secondo l’impostazione trimarchiana sulla responsabilità oggettiva.

In caso contrario la portata operativa di tale impostazione oggettiva verrebbe totalmente svuotata.

4. Un punto di vista diverso alla luce del rapporto tra RC e analisi economica del diritto

La scelta di un criterio di imputazione oggettivo della responsabilità sinora oggetto di analisi relativamente all’art. 2051 (invece di un’impostazione della stessa in termini soggettivi) porta con sé rilevanti conseguenze in termini di analisi economica del diritto. Spostando il fuoco per un attimo dalla responsabilità per danno da cosa in custodia alla responsabilità civile in generale è opportuno notare quanto segue.

La scelta tra i due criteri potrà essere più o meno vantaggiosa a seconda che si identifichi la funzione della RC nella prevenzione efficiente degli incidenti o, viceversa, nella compensazione delle vittime per i danni subiti. Se si ritiene che lo scopo della RC sia quello di giungere a correggere le condotte dei singoli al fine di minimizzare i costi sociali degli incidenti si giudicherà preferibile il criterio fondato sulla colpa, il quale implica la verifica della sussistenza, caso per caso, di un comportamento negligente del danneggiante per ritenerlo responsabile. Il criterio di imputazione soggettivo pone ciascun individuo di fronte ad una scelta: cagionare il danno ed assumersene i relativi costi, ovvero sostenere i costi utili ad evitare che il danno si verifichi. Qualora, tuttavia, il danneggiante abbia tenuto una condotta diligente, non potrà essere considerato responsabile. Ciò porterà ad un conseguente trasferimento di responsabilità: sarà, di conseguenza, la vittima ad essere spronata all’adozione delle opportune cautele al fine di minimizzare i costi in tal modo traslati; pertanto tale criterio sarà efficace solo nel

momento in danneggiante e danneggiato possano prevenire il verificarsi dell'evento dannoso (principio della precauzione bilaterale).

Tale meccanismo porterebbe costi altissimi richiedendo una valutazione caso per caso e non assicurando il risarcimento a tutti i danneggiati, trattasi di questioni sopportabili, per i sostenitori di tale teoria, a fronte di una riduzione statistica di incidenti.

Il criterio di imputazione oggettivo della responsabilità comporta invece il sicuro ristoro del danno subito dal danneggiato a prescindere dalla diligenza e dagli obblighi precauzionali in forza del solo nesso causale. Il danneggiante è considerato quale superior risk bearer, ovverosia come il soggetto maggiormente in grado di sopportare i costi inerenti le precauzioni da adottare per prevenire il danno. Non essendoci, dunque, alcuno standard di diligenza idoneo ad esonerare il danneggiante dalla responsabilità non potrà mai verificarsi una traslazione dei costi. Il danneggiante è sempre e comunque responsabile, qualunque sia il livello di perizia adottato.

È evidente come il criterio della responsabilità per colpa appaia ottimale nelle ipotesi in cui sia possibile una prevenzione bilaterale, mentre la responsabilità oggettiva preferibile nei casi di prevenzione unilaterale.

Tornando al nostro 2051, stabilire se la fattispecie in esame rientri nello schema di prevenzione bilaterale ovvero in quello di prevenzione unilaterale, dal momento che essa comprende sia fattispecie in cui il danneggiante e danneggiato possono prevenire l'evento dannoso, sia fattispecie in cui la vittima non è in grado di adottare misure efficienti di prevenzione dei sinistri, appare complesso.

Soluzione preferibile appare quella della responsabilità oggettiva "mitigata" dal concorso di colpa. In pratica, il giudice, verificata la sussistenza del nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso, dovrà accertare che intercorra un ulteriore nesso di causalità tra fatto lesivo e danno, appurando se quest'ultimo sia riconducibile alla res ovvero se parte dello stesso sia dovuto al comportamento colposo del danneggiato con conseguente riduzione del risarcimento in suo favore.

Per concludere, scrive Cristina Costantini (L'interpretazione dell'art. 2051 c.c.: oltre il fascino dei consueti «dazzling tricks», *Danno e Resp.*, 2004, 5, 515): "È fenomeno noto, eppur sempre di singolare interesse, il flusso e riflusso delle teorie. Investigarne le cause e le ragioni ultime è tanto seducente quanto assumerne aprioristicamente l'ineluttabilità, per chiedersi, poi, se questa possa essere piegata a soluzioni di efficienza. Nell'ouverture di una celebre opera, contigua al tema di diritto che mi accingo ad affrontare, si richiama il motto, di vichiana memoria, coniato da un giurista inglese: «Il diritto si è mosso a cicli. Ad un periodo di strict liability - periodo immorale - è succeduto un periodo di responsabilità per colpa - periodo morale -, quindi il pendolo oscilla nuovamente indietro». L'affermazione contiene una valutazione, pur nella consapevolezza che ad essa rimane totalmente indifferente il processo immanente dei ricorsi".

IL CICLISTA E LE BUCHE STRADALI: L'ART. 2051 IN BICICLETTA

di Alessandro Ruffini

IL CASO

Percorrendo a bordo della propria bicicletta una strada del Comune di S., con direzione verso M., Ga. St. si vede costretto a spostarsi sul margine destro della carreggiata, dopo essersi accorto dell'arrivo di un'autovettura, seguita da alcuni ciclomotori, con senso di marcia opposto al suo. Questo spostamento comporta il transito su un profondo avvallamento, con conseguente caduta rovinosa di Ga. St., successivamente alla perdita di controllo della bicicletta, nonostante la velocità moderata. Tale caduta è la causa del prodursi di una serie di lesioni consistenti, che rendono necessario il ricovero in ospedale del soggetto, il quale, dopo essersi rivolto alla Società di infortunistica IUS al fine di ottenere una giusta trattazione della pratica ed il risarcimento in via transattiva, decide di ricorrere in giudizio contro il Comune di S. per ottenere il risarcimento di tutti i danni sofferti (materiali, patrimoniali, non patrimoniali e spese).

L'attore Ga. St. ritiene che ci siano i presupposti affinché il Comune di S. risulti essere responsabile sia ai sensi della norma generale dell'articolo 2043 c.c. sia ai sensi della norma speciale dell'articolo 2051 cod. civ.: in riferimento alla prima norma si afferma che alla base dell'evento dannoso vi sia la condotta colposa e negligente del Comune di S., responsabile dell'omessa vigilanza sullo stato della strada, dell'omessa eliminazione della buca creatasi, dell'omessa apposizione di idonea segnaletica stradale, atta ad avvertire gli utenti della presenza del pericolo e della conseguente impossibilità dell'attore in giudizio di prevedere ed evitare tale pericolo; in riferimento alla seconda norma si afferma che la qualifica di custode in capo alla pubblica amministrazione comporta l'attivarsi di quest'ultima nel predisporre le cautele minime, atte a far sì che gli utenti della strada evitino il pericolo. Si tratta di due vie alternative, entrambe idonee a determinare una possibile responsabilità della pubblica amministrazione, aventi presupposti diversi, i quali saranno in seguito oggetto della nostra trattazione.

Il Comune di S., costituitosi in giudizio, afferma la necessità che l'attore dimostri sia le modalità dell'evento che il rapporto di causalità tra la buca e la caduta. Inoltre, il convenuto contesta le responsabilità ex articolo 2043 cod. civ. e 2051 cod. civ., facendo leva sul principio di autoresponsabilità a carico degli utenti, così come affermato dal Giudice delle Leggi con la pronuncia 156/1999 e, successivamente, preso in considerazione dai giudici di legittimità, per cui si esclude la responsabilità della pubblica amministrazione qualora il comportamento colposo dell'utente danneggiato risulti essere idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno e l'evento dannoso stesso.

Il giudice di merito accoglie la domanda presentata da Ga. St., ritenendo sussistente e provata la responsabilità del Comune di S. ex articolo 2051 del codice civile, aderendo al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità che inquadra la norma come un'ipotesi di responsabilità oggettiva, fondata sul mero rapporto di custodia, quindi sul rilievo del solo stato di fatto. Il giudice, in particolare, procede alla valutazione della ricorrenza del nesso eziologico tra la res e l'evento dannoso, mediante l'assunzione di prove per testi e per interrogatorio formale (si assumono le dichiarazioni di Lu. Fe. e Ra. Gi.), fornitegli dall'attore. Nesso eziologico che può essere interrotto esclusivamente dalle ipotesi di concorso colposo del danneggiato e da

caso fortuito, la cui dimostrazione a livello probatorio non viene assolutamente fornita dal Comune di S.

Successivamente il processo argomentativo del giudice si sposta dall' an della responsabilità all' an del risarcimento: in particolare, dalla C.T.U. medico – legale risulta che l' attore in giudizio ha riportato delle lesioni fisiche consistenti, comportanti un periodo di inabilità sia definitiva che temporanea, nonché un danno biologico permanente pari al 5,5%, la cui liquidazione deve essere effettuata secondo la tabella aggiornata del Tribunale di Milano.

Il giudice, inoltre, si sofferma sulla richiesta dell' attore Ga. St. di essere risarcito anche a titolo di danno morale. Al riguardo, il giudice di merito, aderendo all' indirizzo giurisprudenziale più convincente secondo il suo parere, afferma che il danno non patrimoniale, così come disciplinato all' articolo 2059 cod. civ. e ricomprensivo il danno biologico, il danno esistenziale e il danno morale, deve essere interpretato come una categoria generale ed unitaria. Conseguentemente decide di negare tale richiesta dell' attore, in quanto riconoscere autonoma rilevanza sia al danno biologico che al danno morale comporterebbe una duplicazione del risarcimento, fermo restando la necessità di personalizzazione della liquidazione del danno biologico, precedentemente riconosciuto come suscettibile di risarcimento nel caso di specie.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O
I L T R I B U N A L E D I L U C C A

in composizione monocratica nella persona del Giudice Dott. Massimo NIRO decidendo ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c. nella causa promossa da Ga. St. (C.f.: (omissis...)), domiciliato presso lo studio dell'Avv. Alessandro ROSSETTI, che lo rappresenta e difende; ATTORE

contro

COMUNE DI STAZZEMA

(C.f. (omissis...)/P.Iva: (omissis...)), in persona del Sindaco pro tempore, domiciliato presso lo studio dell'Avv. Luigi PIVA, che lo rappresenta e difende; CONVENUTO

Conclusioni dell'attore: "Voglia l'Ill.mo Tribunale di Lucca, ogni diversa istanza deduzione ed eccezione disattesa: accertare che il sinistro per cui è causa è avvenuto per colpa esclusiva del Comune di Stazzema ed in conseguenza di ciò: 2) condannare il convenuto al risarcimento di tutti i danni (materiali, patrimoniali, non patrimoniali e spese) patiti dal Sig. Ga. St. nella misura che risulterà giusta ed equa e provata, con rivalutazione monetaria secondo ISTAT dalla data del sinistro al saldo e interessi legali per lo stesso periodo sul capitale rivalutato;

3) condannarsi inoltre il convenuto al pagamento delle spese, diritti ed onorari di causa oltre a Cap ed Iva come per legge". Conclusioni del convenuto: "Voglia l'Ill.mo Tribunale di Lucca accertare la mancanza di responsabilità a carico della convenuta sia ex art. 2043 c.c. che ex art. 2051 c.c. e pertanto respingere la domanda attrice, con vittoria di spese ed onorari di causa, rimborso forfetario 12,5%, Iva e Cap come per legge". Al termine della discussione orale della causa, all'udienza del 16-1-2015, pronuncia la seguente SENTENZA di cui viene data immediata lettura ex art. 281-sexies c.p.c..

Fatto

Ritenuto in fatto.

Con atto di citazione ritualmente notificato Ga. St. ha convenuto in giudizio il Comune di S., esponendo che in data 9.8.2009, alle ore (omissis...) circa, percorreva a bordo

della propria bicicletta Via (omissis...) in prossimità del Comune di S., con direzione verso M., e ad una distanza di circa 300-400 metri dalla piazza del Comune di S. incrociava un'autovettura che percorreva, seguita da alcuni ciclamatori, Via (omissis...) con senso di marcia opposto a quello dell'attore; che l'attore, essendo la carreggiata stradale sul punto larga circa 2,50 e comunque nel rispetto delle norme del codice della strada, si spostava sul margine destro della carreggiata stessa, dove era tuttavia presente un profondo avvallamento, e quindi, transitando su tale avvallamento, seppur a velocità moderata, perdeva il controllo della bicicletta e cadeva rovinosamente a terra; che l'attore, nella caduta, riportava gravi lesioni consistenti nella frattura della clavicola e della scapola sinistra, in contusioni polmonari e pneumotorace, che rendevano necessario il suo ricovero in ospedale; che tali lesioni comportavano per l'attore una previsione di invalidità permanente pari al 5/6%, con una invalidità temporanea assoluta pari a giorni 50 e per complessivi giorni 90; che oltre a tali danni l'attore sopportava spese mediche pari ad € 500,70; che all'attore doveva essere risarcito anche l'intero danno "morale" sopportato a seguito del sinistro, che doveva considerarsi come la diretta conseguenza delle sofferenze patite a causa delle lesioni subite nel sinistro; che i danni materiali sopportati dall'attore a seguito del sinistro ammontavano ad € 870,00, quale danno alla bicicletta su cui viaggiava e per i danni al vestiario da ciclista danneggiato sempre nel sinistro (tuta, casco e occhiali); che, inoltre, l'attore si rivolgeva alla Società di infortunistica Studio IUS al fine di ottenere il risarcimento dei danni e delle spese sopportate a seguito del sinistro in questione, così da avvalersi dell'opera di un soggetto che, possedendo particolari cognizioni, gli assicurasse la corretta trattazione della pratica e la possibilità di ottenere il risarcimento in via transattiva; che la società di infortunistica IUS era un soggetto pienamente legittimato a svolgere l'esercizio di un'attività professionale e dava corso all'incarico ricevuto, interagendo inizialmente con il Comune di S. e poi con la compagnia di assicurazione del Comune stesso, al fine di raggiungere un accordo stragiudiziale; che, nonostante fosse trascorso oltre un anno dalla data del sinistro, ad oggi non era stato possibile raggiungere nessun accordo; che l'attore, per l'istruzione e la gestione stragiudiziale della controversia da parte dell'Infortunistica IUS, sopportava spese per € 1.900,00 ed il compenso dovuto allo Studio IUS costituiva un danno strettamente dipendente dal sinistro e, quindi, pienamente risarcibile; che, nel caso di specie, il Comune convenuto era responsabile per il verificarsi dell'evento sia ai sensi della norma speciale dell'art. 2051 c.c. sia ai sensi della norma generale dell'art. 2043 c.c.; che, sotto il primo profilo, nel caso in esame la presenza di una grossa buca sulla strada aveva reso la stessa pericolosa per gli utenti e, a fronte di tale situazione, nessuna vigilanza era stata effettuata dalla P.A. e quest'ultima non aveva nemmeno posto in essere le più elementari cautele (segnaletica di pericolo) al fine di poter rendere edotti gli utenti della strada della potenziale situazione di pericolo; che, infatti, la Via (omissis...) era una via, almeno nel punto in cui era successo il sinistro, posta a non più di 300-400 metri dalla piazza centrale del Comune di S., posizione in cui da parte del Comune convenuto ben si sarebbe potuto esercitare il potere/dovere di controllo sullo stato della strada medesima; che, quindi, a fronte di una situazione di pericolo protratta nel tempo si evidenziava l'assoluta inerzia della P.A., la quale, pur essendo custode del bene, aveva ommesso ogni forma di controllo sullo stesso e non aveva posto in essere neppure le cautele minime (segnaletica di pericolo) atte ad evitare che gli utenti della strada potessero subire danni a causa delle condizioni della stessa, per cui era evidente la responsabilità ex art. 2051 c.c. del Comune di S. per i danni sopportati dall'attore; che, inoltre, sussisteva la responsabilità del Comune convenuto ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché l'imputabilità del fatto al predetto derivava dalla condotta colposa e negligente posta in essere avendo ommesso di

vigilare sullo stato della strada ed avendo omesso di eliminare la buca creatasi e, in conseguenza di ciò, avendo permesso che la strada si rendesse pericolosa per gli utenti; che a ciò si aggiungeva che la P.A. aveva omesso di apporre sul margine della strada idonea segnaletica atta ad avvertire gli utenti della presenza di buche pericolose sul manto stradale; che, ancora, la buca posta sulla carreggiata stradale costituiva una vera e propria insidia, essendo posizionata - per chi percorreva Via (omissis...) con la direzione di marcia dell'attore - appena dietro una curva sinistrorsa e, quindi, essendo visibile solo quando ormai era troppo tardi per evitarla; che, in ogni caso, l'attore si trovava a percorrere una strada con una carreggiata molto stretta (circa m.2,50) e si spostava sulla destra perché il resto della carreggiata era di fatto occupato da un'autovettura seguita da un gruppo di ciclamotori provenienti in senso opposto, per cui l'attore al momento del sinistro non aveva potuto vedere la buca, in quanto impegnato ad evitare di collidere con l'auto ed i ciclamotori provenienti in senso opposto, e non avrebbe potuto comunque modificare la propria traiettoria o spostarsi in altra parte della carreggiata, atteso che la restante parte della carreggiata risultava occupata.

Pertanto, l'attore ha chiesto di accogliere le conclusioni riportate in epigrafe.

Il Comune di S. si è costituito in giudizio, deducendo che non aveva contezza diretta dell'evento ed incombeva all'attore dimostrare sia le modalità dell'evento che il rapporto di causalità tra la buca e la caduta; che, peraltro, risultava estremamente incerta la localizzazione del punto in cui sarebbe avvenuto il sinistro, poiché nell'esposizione di cui alla citazione si diceva "a una distanza di 3-400 metri dalla Piazza del Comune di S. ", mentre nella dichiarazione allegata agli atti del Sig. Lu. Fe. si affermava "a 300 / 440 metri dalla Piazza di Sant'Anna di S. " e, dato che il Comune di S. aveva sede in Pontestazzemese, Piazza (omissis...), appariva evidente che l'identificazione del luogo del sinistro era estremamente contraddittoria;

che il convenuto contestava esservi responsabilità sia ex art. 2051 c.c. che ex art. 2043 c.c., alla luce del principio di autoreponsabilità a carico degli utenti affermato dalla Corte costituzionale (10.5.1999 n. 156), secondo cui l'utente era "gravato di un onere di particolare attenzione nell'esercizio dell'uso ordinario del bene demaniale per salvaguardare la propria incolumità ", per cui "l'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato (sussistente anche quando abbia usato il bene senza la normale diligenza o con affidamento soggettivo anomalo sulle sue caratteristiche) esclude la responsabilità della P.A., qualora si tratti di un comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno ed il danno stesso" (Cass. 5669/2010); che, in punto di quantum debeatur, si contestava che le lesioni conseguenti all'evento avessero avuto la durata indicata e che dalle stesse fossero derivati postumi di carattere permanente, dei quali si contestava la quantificazione, così come si contestava la riferibilità al sinistro e la risarcibilità delle spese mediche, si contestava la somma necessaria per il ripristino della bicicletta e si contestava la ripetibilità delle spese relative all'assistenza fornita dallo Studio Ius, mancando anzitutto il relativo documento fiscale e contestandosi che l'attività svolta dal medesimo - invio di 2 lettere raccomandate - concretizzasse quell'assistenza che giustificava la richiesta di una parcella di tale importo.

Il convenuto ha concluso come riportato in epigrafe.

La causa è stata istruita mediante assunzione di prove per testi e per interrogatorio formale, nonché C.T.U. medico - legale; quindi, precisate le conclusioni come in epigrafe, è stata discussa e decisa all'odierna udienza del 16-1-2015.

Diritto

Considerato in diritto.

La domanda dell'attore è fondata e, quindi, meritevole di accoglimento.

Si ritiene sussistente e provata la responsabilità del Comune di S. per l'evento dannoso occorso a Ga. St., in base alla norma dell'art. 2051 c.c.: infatti, secondo il più recente e consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità l'art. 2051 c.c. è applicabile in generale alle strade aperte al pubblico transito, in relazione a situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, ed il nesso causale tra la "res" e l'evento dannoso lamentato è interrotto soltanto nelle ipotesi di danni cagionati da alterazioni provocate dagli utenti stessi o comunque talmente repentine da non poter essere controllate dal custode (cfr. Cass. 24529/2009, Cass. 24419/2009).

Nel caso di specie, emerge chiaramente dagli atti che la caduta dell'attore, alla guida della sua bicicletta, è stata provocata da una buca o avvallamento - o "abrasione dell'asfalto", come denominata dal convenuto - posta sul margine destro della carreggiata stradale dal medesimo percorsa (Via (omissis...) con direzione verso M., ad una distanza di circa 300-400 metri dalla Piazza di Sant'Anna di S.): margine destro della carreggiata sul quale l'attore si era portato per non collidere con un'autovettura (ed alcuni ciclamotori che la seguivano) che procedeva nell'opposta direzione di marcia, atteso che la strada in questione era stretta. Tale dinamica del sinistro risulta pienamente confermata dal testimone oculare Lu. Fe., il quale ha altresì confermato lo stato dei luoghi risultante dalle fotografie prodotte dall'attore (doc. 3), precisando il punto della caduta del Ga., che "la strada è stretta e l'avvallamento si trova all'interno della stessa, ed è posto sul margine ", che "un'autovettura stava sopraggiungendo con direzione verso la piazza di S. Anna di S., e cioè opposta a quella del Ga., vi erano anche dei ciclisti che stavano transitando sulla strada con direzione opposta a quella dell'attore " e che "non era presente sul luogo segnaletica di pericolo, circa la presenza della buca " (cfr. deposizione del teste Lu. all'udienza del 24-9-2012).

Circa la visibilità o meno della buca o avvallamento in questione, il teste Lu. ha dichiarato di essere passato nella strada e di non averla notata: dalle foto prodotte si evince che la buca si trova subito dopo una curva (per chi percorre la strada nella direzione del Ga.) e, dunque, è ben difficilmente visibile prima di aver impegnato la curva (come dichiarato dal Lu. nella dichiarazione testimoniale prodotta dall'attore, doc. 2).

Il teste Ra. Gi., pur essendo intervenuto sul luogo del sinistro a sinistro già avvenuto, ha peraltro confermato che la buca era quella riprodotta nelle fotografie allegate, precisando che nel luogo non era presente segnaletica di pericolo e che "la strada in questione ha sempre presentato varie buche che venivano talvolta ricoperte e poi si riformavano nel tempo" (cfr. la sua deposizione all'udienza del 24-9-2012).

Pertanto, alla luce degli elementi finora evidenziati non pare dubbio che l'attore abbia assolto l'onere di provare il nesso causale tra la cosa in custodia (la strada con un avvallamento posto sul margine destro della stessa) e l'evento dannoso, come richiesto nella fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., mentre il convenuto non ha adempiuto l'onere - sul medesimo incombente - di provare il caso fortuito, ossia un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva idoneo ad interrompere quel nesso causale (così Cass. 2075/2002).

Al riguardo, nessuna prova è stata offerta nel caso in esame e, in particolare, nessuna prova è stata offerta di una pretesa condotta colposa del danneggiato, che possa aver determinato in via esclusiva - o anche solo concorso a determinare - l'evento dannoso "de quo": quanto affermato genericamente dal Comune convenuto circa un preteso comportamento negligente o imprudente dell'attore risulta privo del benché minimo supporto probatorio. Infatti, è smentito dagli atti, come in precedenza osservato, che la buca in oggetto fosse facilmente avvistabile per chi percorreva la strada (Via

(omissis...)) con la direzione dell'attore; così come nessun elemento obiettivo consente di affermare che il Ga. procedesse a velocità elevata o comunque non prudente (si noti che nessun accenno in tal senso è contenuto nella comparsa di risposta del Comune e che solo con la memoria ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c. si accenna ad una pretesa "forte velocità" dell'attore).

Ne discende, dunque, che va affermata la responsabilità del Comune di S., quale proprietario e custode della strada in questione, per l'evento dannoso de quo, ai sensi dell'art. 2051 c.c. responsabilità che pacificamente ha carattere oggettivo, fondandosi sul mero rapporto di custodia, per cui solo lo stato di fatto e non la violazione dell'obbligo di custodia può assumere rilievo nella fattispecie (Cass. 13770/2006).

Venendo ora al quantum debeatur, dalla C.T.U. medico - legale - svolta in maniera corretta e senza osservazioni da parte dei C.T.P. - risulta che il Ga. ha riportato a seguito del sinistro in oggetto lesioni costituite da "un valido politrauma ad emisoma con fratture costali multiple in sede emiclaveare, frattura scapola, PNX - risoltosi con drenaggio toracico; frattura estremo distale clavicola", da cui sono residue "sindrome algodisfunzionale spalla sn - pur con lievi preesistenze, esiti frattura 5 coste a sn, frattura scapola sn": lesioni che hanno determinato un periodo di inabilità temporanea totale di giorni 50, un periodo di inabilità temporanea parziale al 50% di giorni 20 ed un periodo di inabilità temporanea parziale al 25% di giorni 15, nonché un danno biologico permanente pari al 5,5% (v. relazione del C.T.U. Dott. Pietro Co.).

Circa i criteri di liquidazione del danno biologico o danno non patrimoniale alla persona, trattandosi nella specie di danno derivante da sinistro non connesso alla circolazione stradale, non è applicabile la tabella di cui all'art. 139 D.lgs. 209/2005, bensì la tabella aggiornata del Tribunale di Milano, considerata da autorevole giurisprudenza come affidabile parametro di liquidazione (cfr., per tutte, Cass. sez. III 12408/2011, secondo la quale la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico - fisica presuppone l'adozione di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative, vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il Tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto).

Così si ottiene per l'attore, a titolo di danno biologico permanente, la somma di € 8.318,00 e, a titolo di danno biologico temporaneo totale e parziale, la somma di € 6.120,00, per un totale di € 14.438,00: può inoltre riconoscersi al medesimo un aumento a titolo di "personalizzazione" del danno, in considerazione delle particolari condizioni soggettive del danneggiato (in specie della persistenza di sintomatologia dolorosa alla spalla sinistra, al torace e alle costole: v. C.T.U.), in misura pari al 15% del danno biologico permanente, cioè pari ad € 1.248,00, per cui l'importo complessivo è di € 15.686,00.

Non è invece riconoscibile una voce autonoma di danno a titolo di danno morale, come richiesto dall'attore, poiché secondo l'indirizzo giurisprudenziale più convincente - a parere di questo Giudice - il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. costituisce una categoria unitaria e tipica e, quindi, determina una duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale (Cass. sez. un. 11.11.2008): la valutazione delle sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, tradizionalmente compiuta con il danno morale, va invece effettuata tramite una adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, come in precedenza si è fatto. Vi sono, poi, le spese mediche documentate dall'attore e ritenute congrue dal C.T.U., per un ammontare complessivo di € 500,70, che vanno comprese nel risarcimento spettante al Ga., nonché le spese sostenute per la riparazione della bicicletta e degli accessori (casco, pantaloncino, ecc.) danneggiati, pari ad € 870,00,

come da documento prodotto (preventivo di riparazione e scontrino fiscale) e confermato dal teste Bi. Wa..

Ancora, l'attore chiede il risarcimento di un'ulteriore voce di danno rappresentata dalla spesa per l'assistenza stragiudiziale nella pratica relativa al sinistro de quo, affidata allo Studio IUS di Lucca, per l'importo di € 1.900,00: sul punto va osservato che l'incarico a tale studio è documentato, ma l'attività svolta in esecuzione dell'incarico è documentata solo con l'invio di due lettere raccomandate (indirizzate al Comune di S. e alla sua compagnia assicurativa) di richiesta di risarcimento dei danni subiti nel sinistro (doc. 1). Pertanto, poiché l'importo di cui alla prenotula dello Studio IUS (€ 1.900,00) non è stato pacificamente ancora corrisposto dall'attore (v. comparsa conclusionale, pag. 10) e poiché il compenso richiesto appare spropositato rispetto alla modesta attività stragiudiziale svolta, si ritiene di liquidare all'attore a questo titolo, in via forfetaria, la somma di € 300,00 (v. tariffario dei compensi di cui al doc. 11), apparendo che solo entro i limiti di quest'ultima somma la spesa per l'assistenza stragiudiziale risulti giustificata (cfr., in materia, Cass. sez. III 1.12.2009).

Sull'importo complessivo liquidato come risarcimento dei danni, già espresso in valori monetari attuali e pari ad € 17.356,70, sono dovuti gli interessi legali dalla data del sinistro. Le spese di lite e di C.T.U. seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede

- 1) dichiara la responsabilità del convenuto Comune di S. per l'evento dannoso occorso all'attore Gabriella Stefano e, conseguentemente, condanna il convenuto al risarcimento dei danni in favore dell'attore, che liquida complessivamente in € 17.356,70, oltre interessi legali a decorrere dalla data del sinistro (9.8.2009);
- 2) condanna il convenuto al rimborso in favore dell'attore delle spese di lite, che liquida in € 4.835,00 per compenso e in € 1.469,36 per spese, oltre rimborso spese forfetarie nella misura del 15% del compenso totale, IVA e CPA nella misura di legge;
- 3) pone le spese di C.T.U. a totale carico del convenuto.

Lucca, lì 16-1-2015.

Depositata in Cancelleria il 16/01/2015

TRIBUNALE DI LUCCA, sentenza 16 gennaio 2015, n. 77; Giud. Niro; Stefano Gabriella (Avv. Alessandro Rossetti), Comune di Stazzema (Avv. Luigi Piva).

Responsabilità civile – Strade – Danno da insidia stradale – Responsabilità della pubblica amministrazione ex articolo 2051 cod. civ. – Responsabilità oggettiva – Nesso di causalità tra res ed evento dannoso – Caso fortuito – Sussiste (c.c. art. 2051)

Responsabilità civile – Danno da insidia stradale – Responsabilità ex articolo 2051 del cod. civ. - Responsabilità oggettiva – Colpa del danneggiato – Concorso colposo del danneggiato – Interruzione del nesso causale tra res ed evento dannoso – Esclusione o diminuzione della responsabilità della pubblica amministrazione – Non sussiste (c.c. art. 2051; c.c. art. 1227)

L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito risponde ai sensi dell'art. 2051 c.c. per difetto di manutenzione, in riferimento a situazioni di pericolo inerenti la strada stessa. Tale responsabilità, avente carattere eminentemente oggettivo, si fonda sul mero rapporto di custodia, a nulla rilevando la violazione di tale obbligo da parte del custode, per cui risulta essere sufficiente la dimostrazione in concreto del nesso di causalità tra la cosa in custodia e l'evento dannoso. A fini di esclusione dalla responsabilità, l'ente proprietario è tenuto a provare il caso fortuito, inteso come fattore estraneo alla sua sfera soggettiva ed idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la res e il danno. (1)

L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito, a fini di esclusione o comunque diminuzione della responsabilità, ha l'onere di provare in giudizio la pericolosità e l'imprudenza del consociato che usufruisce del suolo stradale, capace di incidere in misura rilevante sul nesso eziologico tra la causa del danno e il danno stesso. Ove la condotta colposa del danneggiato abbia determinato in via esclusiva l'evento dannoso, si determina un'esclusione della responsabilità della pubblica amministrazione; qualora la condotta colposa del danneggiato abbia solamente concorso a determinare l'avverarsi dell'evento dannoso, si avrà, conseguentemente, una limitazione della responsabilità della pubblica amministrazione. (2)

(1) Il Tribunale di Lucca, nella valutazione del caso prospettato in giudizio, aderisce all'ormai consolidato e prevalente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la responsabilità per cosa in custodia, facente riferimento alla fattispecie di cui all'articolo 2051 cod. civ., rientra nei canoni della responsabilità oggettiva e non nei tradizionali canoni della responsabilità per colpa.

Giurisprudenza di legittimità: Cass. Civ.; Cass. Civ. sez. III 21 maggio 1996, n. 4673, in De Jure; Cass. Civ. sez. III 6 luglio 2006, n. 15384 in cui si afferma esplicitamente che 'la responsabilità delineata dall'articolo 2051 cod. civ. ha carattere oggettivo in relazione ai beni demaniali in effettiva custodia della pubblica amministrazione'; Cass. Civ. sez. VI 27 novembre 2014, n. 25214; Cass. Civ. sez. II 29 agosto 2014, n. 18448; Cass. Civ. sez. VI 22 gennaio 2014, n. 1305; Cass. Civ. sez. VI 29 agosto 2013, n. 19905. In senso contrario Cass. Civ. sez. III 20 febbraio 2006, n. 3651. Giudizio di costituzionalità: C. C. 10 maggio 1999, n. 156, in De Jure, in riferimento alla questione di legittimità costituzionale degli articoli 2043, 2051 e 1227 I comma cod. civ. in relazione agli articoli 3, 24 e 97 Cost.. Giurisprudenza di merito: Tribunale di Pisa 14 giugno 2014, n. 836, in De Jure; Tribunale dell'Aquila 19 marzo 2015, n. 272; Tribunale di Milano sez. X 25 febbraio 2015, n. 2656; Tribunale di Torre Annunziata 05 novembre 2014, n. 3303; Tribunale di Catania sez. III 11 giugno 2014, n. 2268; Tribunale di Bari 04 marzo 2014, n. 1139; Tribunale di Bari sez. III 27 febbraio 2014.

Dottrina: Sul primato della colpa Giorgi, 198 ss.; Rodotà, Problema della responsabilità civile, cit. 73; P. Trimarchi, *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Milano 1961, cit. 16; Guido Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*; Alberto Franchi e Stefano Argine in De Jure, nota a sentenza Corte Appello Milano 22 febbraio 2014, n. 615, sez. II, Tribunale di Milano, 08 giugno 2014, n. 164, sez. X, *La pubblica amministrazione e l'art. 2051 c.c.: verso un tertium genus di responsabilità?*; G. Calabresi, *La RC come diritto di una società mista*.

(2) Nella valutazione del caso fortuito come unico limite all'attribuzione di responsabilità in capo alla pubblica amministrazione, il giudice deve tenere conto del comportamento colposo del danneggiato, valutato secondo il principio di causalità.

Giurisprudenza di merito: Tribunale di Milano sez. X 12 aprile 2012, n. 4319; Tribunale di Bari sez. III 19 novembre 2007, n. 2603 in De Jure, Tribunale di Piacenza 27 maggio 2011, n. 458 in De Jure; Tribunale di Nocera Inferiore sez. II 17 aprile 2013, n. 324; Tribunale di Firenze sez. II 15 luglio 2014, n. 2342, Giudice di Pace di Milano sez. II 18 settembre 2007, n.14889; Tribunale di Torre Annunziata 28 maggio 2014, n. 1870. Giurisprudenza di legittimità: Cass. Civ. sez. III 08 maggio 2012, n. 6903; Cass. Civ. sez. VI 30 gennaio 2012, n. 1310; Cass. Civ. sez. III 09 marzo 2010, n. 5669; Cass. Civ. sez. III 22 aprile 2010, n. 9546; Cass. Civ. sez. III 08 maggio 2008, n. 11227; Cass. Civ. sez. III 12 luglio 2006, n. 15779; Cass. Civ. sez. III 20 luglio 2002, n. 10641.

Dottrina: U. Izzo, *Il 2051 c.c. e il suo paradigma esplicativo: cosa cambia nel passaggio dalla colpa alla responsabilità oggettiva*; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*; Mauro Orlandi ' *Volenti non fit iniuria*' (auto – responsabilità e danno) in Riv. Dir. Civ., 2010, 323 e ss.; Leonardi Antonella in De Jure, *Responsabilità della pubblica amministrazione per insidia stradale: profili sanzionatori*; Giulio Spina in De Jure, nota a sentenza Cass. Civ., 10 dicembre 2012, n. 22384, sez. III, *La responsabilità del custode ex art. 2051 c.c. tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva*.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza presa in rassegna offre lo spunto per riflettere sulla responsabilità della cosa in custodia, in particolare sulla responsabilità della pubblica amministrazione in seguito al verificarsi di un danno da insidia stradale, secondo la fattispecie di cui all' articolo 2051 cod. civ.

Tale fattispecie non è andata esente dall' ampio dibattito andatosi sviluppando a partire dalla seconda metà de secolo scorso in tema di criteri generali di imputazione della responsabilità.

Come noto e come in seguito verrà puntualizzato, è stata ormai definitivamente abbandonata la ricostruzione tradizionale facente leva sulla responsabilità aquiliana di cui all' articolo 2043 cod. civ., la quale presuppone una configurazione della colpa come paradigma generale di attribuzione della responsabilità; ad oggi, infatti, risulta ormai consolidato, sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, l' orientamento a favore di una oggettivizzazione della responsabilità custodiale, nato dagli scritti di Pietro Trimarchi e Rodotà ed, in seguito, sistematicamente puntualizzato da Guido Calabresi, padre dell' Analisi economica del diritto.

2. Evoluzione dottrinale e responsabilità oggettiva

Nel corso del Novecento il sistema di Civil Law si trasforma da sistema plurisecolare esclusivamente incentrato sulla colpa ad uno concedente spazi sempre più ampi alla responsabilità oggettiva. Si supera l' impostazione 'colpocentrica', ancorata ad una nozione di colpa come violazione di un dovere, di fonte volontaria o legale, commessa non iure ed accompagnata da uno stato soggettivo dell' agente qualificabile in termini di colpevolezza¹. Il nodo principale non è più la scoperta del vero autore del fatto dannoso, bensì ciò che occorre stabilire sono « le condizioni di rilevanza giuridica del danno e le modalità di imposizione dell' obbligo »², partendo dall' assioma di base per cui « il

¹ Sul primato della colpa si veda ex multis Giorgi, 198 ss.;

² Rodotà, Il problema della responsabilità civile, cit. 73;

danno non lo si annulla, ma semplicemente lo si trasferisce da chi lo ha subito immediatamente a chi lo risarcisce »³.

In Italia si devono aspettare gli anni Sessanta del secolo scorso per vedere i primi sviluppi di questo sistema improntato in senso oggettivistico, in particolar modo la pubblicazione degli scritti di Trimarchi, che, per primo, inizia ad utilizzare i concetti di pericolosità e rischio come fondamento della responsabilità. Di importanza cruciale, inoltre, risulta essere l' Analisi economica del diritto, nata e sviluppatasi ad opera di Guido Calabresi⁴.

Secondo quest' ultimo le funzioni della responsabilità civile sono la riduzione del numero e della quantità dei sinistri; la riduzione del costo degli incidenti; la riduzione dei costi di esercizio del sistema della responsabilità civile. L' obiettivo dovrebbe essere di combinare questi scopi, individualmente considerati, al fine di garantire la migliore allocazione di costi e benefici all' interno della società.

In questi termini, il problema principale non è stabilire a che condizioni l' ordinamento debba intervenire, quanto scegliere su chi debba ricadere il danno. L' Analisi economica del diritto si propone, inoltre, di superare una logica caso per caso, interna alle parti direttamente coinvolte ed incentrata su un criterio di imputazione del danno, avente ad oggetto uno standard di condotta più o meno rigido, in presenza del quale il danneggiante debba rispondere delle conseguenze nocive del comportamento, al fine di abbracciare una visione più ampia che distingue tra livello di precauzione e livello di attività, con conseguente presa in considerazione del livello di attività desiderabile.

Ulteriore tematica riguarda l' individuazione di colui che sia in grado di evitare i costi dei sinistri nel modo più economico: si stabiliscono dei criteri che, secondo gli artifici di tale ricostruzione concettuale, possono considerarsi affidabili, in particolare il criterio del rischio comparso già nell' ambito della dottrina italiana e francese di fine Ottocento, fondato unicamente sul solo 'nesso causale oggettivo'⁵. Si tratta di un rischio tipico, ovvero « quello che abbia un' entità apprezzabile, tale da potersi pretendere che venga calcolato dal soggetto e coperto con l' assicurazione e con la coassicurazione », non rilevando nel momento di attribuzione della responsabilità il rischio atipico ed imprevedibile.

Su questi basi si creano i presupposti per inquadrare oggettivamente le ipotesi speciali di cui agli articoli 2047 e ss. del cod. civ.: in particolare, in riferimento all' articolo 2051 cod. civ., si ragiona sul concetto di rischio da custodia, individuandosi la ratio del criterio di imputazione proprio nell' allocazione del danno in capo al soggetto che, per la sua particolare relazione con il bene, è in grado di controllare i rischi inerenti allo stesso e di adottare la misura di prevenzione del danno più efficiente, nell' ottica di un' analisi di costi e benefici.

Diventa così di primaria importanza il caso fortuito, unico limite in grado di escludere la responsabilità del custode, inteso come fattore estraneo al rischio prevedibile da parte del custode. In particolare, perché se ne possa affermare l' incidenza, deve risultare presente un grado molto elevato di eccezionalità dell' evento, rilevato in termini statistici sulla legge dei grandi numeri, la quale collega la prevedibilità alla ripetitività degli eventi che si sono già verificati in analoghe situazioni. Nella valutazione dell' operatività di tale limite si prendono in considerazione quattro elementi, legati alla nozione di rischio: 1) carattere relativo dell' imprevedibilità, perché la valutazione su ciò che costituisce un rischio prevenibile varia da attività ad attività; 2) determinazione

³ P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano 1961), cit. 16;

⁴ Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*;

⁵ Questo è quanto afferma Venezian, secondo cui « chi è causa del danno deve risponderne, senza cercare se sia imputabile o no »;

dell' imprevedibilità con riguardo alla tipologia astratta di attività implicate dalla custodia e non riguardo al singolo atto con specifiche circostanze soggettive; 3) conoscenze offerte dalla scienza e dalla tecnica del tempo in un settore considerato; 4) estraneità del custode dal rischio creato ed economicamente amministrabile. In questi termini si esclude il paradigma della colpa nella ricorrenza o meno di tale limite.

3. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale e responsabilità oggettiva

Se la dottrina è stata la prima ad allinearsi alle ragioni della responsabilità oggettiva, ponendo grande attenzione ai cambiamenti economici e sociali ed alle indicazioni provenienti dagli altri ordinamenti giuridici, tutto ciò non si può dire in riferimento alla legislazione ed alla giurisprudenza in materia.

A livello legislativo si osserva, ad oggi, un impianto ancora fortemente ancorato, almeno a livello declamatorio, al criterio generale della colpa nell' attribuzione della responsabilità, salvo rare eccezioni⁶.

A livello giurisprudenziale, invece, i giudici hanno molto faticato nell' adattarsi alle nuove indicazioni provenienti dalla dottrina. Riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per danno derivante da cosa in custodia, le prime aperture verso una oggettivizzazione della custodia si sono avute solamente a partire dagli anni Novanta del secolo scorso.

In particolare, per diversi anni, una volta superato il tradizionale principio di irresponsabilità della pubblica amministrazione per i danni conseguenti all' uso delle strade pubbliche, la giurisprudenza si è consolidata nell' impostazione per cui la responsabilità si deve ricercare nell' articolo 2043 cod. civ. nella violazione del principio del *neminem laedere* in esso contenuto⁷. Questa presa di posizione comporta necessariamente l' affermazione da parte della giurisprudenza per cui risulta essere necessaria la predisposizione, da parte della pubblica amministrazione, di accorgimenti tecnici e la sottoposizione di essa a doveri di comportamento stabiliti in leggi e regolamenti, che si traducono in obblighi di controllo, vigilanza e manutenzione, fondamentali per evitare che ne possa derivare danno per gli utenti, che nelle strade hanno riposto un ragionevole affidamento.

Parallelamente tutto ciò comporta per il danneggiato l' onere gravoso di dimostrare in giudizio gli elementi costitutivi previsti dalla fattispecie di cui al' art. 2043 cod. civ., ovvero condotta, danno, relativo nesso di causalità ed elemento soggettivo (dolo o colpa). In particolare, per ovviare a tale carico probatorio spettante al danneggiato, la giurisprudenza elabora l' istituto di “ insidia e trabocchetto ”. Nel tempo, i concetti di insidia e trabocchetto diventano presupposti tassativi ed ineludibili per configurare la responsabilità della pubblica amministrazione, per cui l' onere probatorio termina con il ricadere interamente sul danneggiato, gravato dell' arduo compito di provare l' elemento soggettivo della pubblica amministrazione.

Il cammino della dottrina e della giurisprudenza verso l' affrancazione dal regime della responsabilità della pubblica amministrazione, fondata sul concetto di insidia e trabocchetto⁸, trova un importante spartiacque verso la fine degli anni Novanta nella

⁶ Si vedano la responsabilità dell' esercente aeromobile (articolo 965 cod. nav.) e la responsabilità per attività mineraria (r.d. 29.7.1929, n. 1443);

⁷ Si tratta di un principio di origine romanistica consistente nel dovere generale e fondamentale di non cagionare danno ad altri, da sempre ritenuto sinonimo della clausola generale di responsabilità;

⁸ L' “ insidia e il trabocchetto ” sono una figura sintomatica dell' attività colposa della pubblica amministrazione, basata sull' elemento oggettivo della non visibilità del pericolo e sull' elemento soggettivo della non prevedibilità dello stesso, secondo le regole della comune diligenza. In questo senso si veda Tribunale di Nocera Inferiore sez. II 23 aprile 2014, n. 662; Tribunale di Bari, sez. III 27 giugno 2012, n. 2323, Cass. Pen. Sez. IV 29 luglio 2004, n. 32970;

sentenza 156/1999 della Corte Costituzionale. Il giudice delle Leggi, investito della questione di legittimità costituzionale degli articoli 2043, 2051 e 1227 I comma cod. civ. in rapporto agli articoli 3, 24 e 97 Cost., nel ritenere non fondata la questione, segna l'abbandono del precedente orientamento, affermando la possibilità di diverse soluzioni modulate sulla specificità del caso concreto, tra cui quella dell'applicazione dell'art. 2051 c.c. alla responsabilità della pubblica amministrazione. In particolare, il ragionamento seguito dalla Corte per pervenire a tale conclusione parte dalla affermazione della correttezza di quel consolidato orientamento giurisprudenziale, che esclude l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. ai beni pubblici di non modeste dimensioni e/o di uso generale e diretto da parte dei consociati, per l'impossibilità della P.A. di esercitare su di essi quel controllo idoneo ad impedire l'insorgenza di situazioni pericolose per i consociati. Questo, conseguentemente, non esclude che tale articolo possa trovare applicazione anche nei confronti della P.A., laddove un efficace controllo o vigilanza sia concretamente possibile. Anzi, si afferma che la notevole estensione o l'uso diretto e generale del bene costituiscono meri indici dell'impossibilità di un concreto esercizio del potere di controllo e vigilanza che, il cui accertamento è compito del giudice in relazione al caso concreto secondo criteri di normalità.

Ne scaturisce una lunga rimeditazione che comporta, dapprima, timidi avanzamenti da parte della giurisprudenza di legittimità⁹, la quale si discosta solamente in qualche sentenza isolata dall'orientamento tradizionale, a causa dell'eccezione secondo cui "le dimensioni spesso assai estese dei beni appartenenti al demanio e al patrimonio dello Stato non rendessero esigibile l'esercizio di un controllo continuo ed efficace che volga ad impedire l'insorgenza di pericolo per i terzi"¹⁰.

La vera svolta giunge nel 2006: la Suprema Corte coglie l'occasione per stabilire che "la presunzione di responsabilità per danni da cosa in custodia, di cui all'articolo 2051 cod. civ., non si applica agli enti pubblici per danni subiti dagli utenti di beni demaniali ogni qual volta sul bene demaniale, per le sue caratteristiche, non risulti possibile – all'esito di un accertamento da svolgersi da parte del giudice di merito in relazione al caso concreto – esercitare la cosa in custodia, intesa quale potere di fatto sulla stessa. In questo modo l'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale e diretta dello stesso da parte di terzi, sotto tale profilo, assumono soltanto la funzione di circostanze sintomatiche dell'impossibilità della custodia"¹¹. Così la giurisprudenza si orienta definitivamente, seppure con qualche sporadica eccezione, ad affermare una responsabilità della pubblica amministrazione ancorata alla nozione di custodia ed alla disciplina di cui all'articolo 2051 cod. civ. Ad ogni modo, l'amministrazione pubblica è tenuta a rispondere dei danni causati dai beni demaniali agli utenti della strada, secondo la regola generale di cui all'articolo 2043 cod. civ., nei casi in cui l'oggettiva impossibilità renda inapplicabile la disciplina di cui all'articolo 2051 cod. civ.

Quindi, in conclusione, la giurisprudenza della Suprema Corte chiarisce come la violazione di un obbligo di custodia sia per nature differente dalla domanda fondata sul principio del *neminem laedere*, in quanto fondata assolutamente sul paradigma della responsabilità oggettiva¹².

⁹ Si prenda in considerazione al riguardo Cass. Civ. sezione III 21 maggio 1996 numero 4673;

¹⁰ Si riporta quanto affermato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza 156/ 10 maggio 1999.

¹¹ Si riporta quanto affermato nella nota sentenza della Cass. Civ. sez. III 6 luglio 2006, n. 15384.

¹² Si prenda in considerazione Cass. Civ. sez. III 20 gennaio 2014, numero 999; Tribunale di Pisa 14 giugno 2014, n. 836 a dimostrazione di come la giurisprudenza di merito si sia adeguata a tale indirizzo.

4. Il concorso colposo del danneggiato di cui alla fattispecie 1227 cod. civ. nella valutazione della ricorrenza del caso fortuito: limiti inerenti al paradigma della responsabilità oggettiva

A livello operativo, il giudice deve tenere conto, nel valutare la ricorrenza o meno del caso fortuito, il fatto di un terzo ed, eventualmente, il comportamento dello stesso danneggiato nella produzione dell'evento dannoso e, conseguentemente, se tale comportamento sia di per sé idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno, costituita dalla cosa in custodia, e il danno, in modo tale da, eventualmente, rilevare la ricorrenza del concorso colposo del danneggiato ex articolo 1227 cod. civ., con conseguente diminuzione o esclusione della responsabilità del custode¹³.

Tale fattispecie risulta ormai pacificamente di applicazione generale, in virtù dell'impostazione solidaristica presente nel nostro ordinamento, avente espresso riconoscimento anche a livello costituzionale in virtù dell'articolo 2 della Cost., in particolare anche a livello extracontrattuale mediante l'appiglio normativo fornito dall'articolo 2055, comma 2, del cod. civ.

La fattispecie di cui all'articolo 1227 cod. civ. ha riguardo al comportamento del creditore di un'obbligazione inadempita o non ritualmente adempiuta. Il primo comma concerne il concorso colposo del danneggiato nella produzione dell'evento che configura l'inadempimento, quindi la sua cooperazione attiva; la sua ricorrenza determinerà la riduzione proporzionale del danno in ragione dell'efficienza causale del comportamento della vittima. Essa si concreta in una semplice difesa del danneggiante e non in una eccezione in senso stretto, per cui deve essere esaminata d'ufficio dal giudice, indipendentemente dalle argomentazioni e dalle richieste addotte dalla parte. Il secondo comma, invece, riguarda il comportamento del danneggiato come unica causa efficiente nella produzione del danno ed attiene alle ulteriori conseguenze dannose che, a causa del mancato uso dell'ordinaria diligenza, abbiano aggravato il danno diretto. Riguardo a tale esimente, il giudice è tenuto a svolgere indagini in ordine all'uso dell'ordinaria diligenza solamente se vi sia un'espressa istanza del debitore, la cui richiesta integra gli estremi di un'eccezione in senso stretto, per cui non può essere rilevata dal giudice d'ufficio.

L'impostazione Trimarchiana, però, finisce con escludere il paradigma della colpa nella valutazione della ricorrenza o meno del caso fortuito, nonostante il chiaro riferimento esplicito ad essa all'interno della fattispecie di cui al 1227, cod. civ. Non a caso lo stesso Pietro Trimarchi non aveva preso in considerazione questo aspetto nei suoi scritti¹⁴.

Questo ha indotto alcuni Autori ad affermare che, a livello concreto, l'affermarsi del principio insito in tale fattispecie dipende dalla forza causale assorbente del comportamento della vittima, per cui risulta necessario porre, a fondamento della regola, considerazioni attinenti più all'aspetto della causalità giuridica che a quello della colpa, in modo tale da legittimare la relazione con il caso fortuito secondo il paradigma della responsabilità oggettiva. In particolare, il 1227 comma 1 non sarebbe espressione del principio di autoresponsabilità, ravvisandosi piuttosto un corollario del principio di causalità per cui al danneggiante non si può far carico di quella parte di danno che a lui non è causalmente imputabile. Quindi, la colpa non va inquadrata come criterio di imputazione del fatto, quanto come requisito legale di rilevanza causale del fatto del danneggiato. Anche la giurisprudenza più recente afferma che tale comma esprime il principio dell'imputazione causale del fatto dannoso: qualora il

¹³ Si veda Cass. Civ. Sez. III 22 Aprile 2010, n. 9546.

¹⁴ Egli si limita a considerare la possibilità di un concorso tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio, preso in considerazione operando un'analogia con lo schema di cui all'articolo 2055, comma 2.

comportamento del danneggiato abbia influito nella produzione dell' evento dannoso, si procederà alla compensazione delle serie causali, togliendo dal risarcimento la parte imputata al danneggiato, mediante un procedimento di somma algebrica delle concause¹⁵.

Tutto ciò comporta grandi difficoltà nell' applicazione del caso fortuito a livello operativo. Se, precedentemente, sotto il paradigma della colpa come criterio di imputazione della responsabilità, il giudice non trovava grandi difficoltà nel valutare le circostanze possibilmente addotte dal convenuto nel processo, con conseguente valutazione il più possibile fedele alla successione dei fatti avvenuti¹⁶, ad oggi non è così. In particolare, in riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione per danno da insidia stradale ex articolo 2051 cod. civ., quest' ultima risulta nella maggior parte dei casi sottoposta al pagamento dei danni, con conseguente fenomeno di svuotamento delle sue riserve monetarie. Questo perché, se la lettura oggettivistica della norma comporta una valutazione in senso stretto strettamente statistico, residua poco spazio alla eventuale negligenza del danneggiato, punto di riferimento esplicito della fattispecie di cui al 1227 cod. civ., nella valutazione della ricorrenza del caso fortuito. Tale condotta secondo lo schema oggettivistico deve essere prevista dal custode come un' ipotesi di rischio, cui non resta che ovviare mediante il meccanismo dell' assicurazione, con conseguente valutazione basata esclusivamente su un' idea di distribuzione economica dei profitti e dei costi, e non avendo riguardo all' intensità con cui eventualmente le parti in giudizio possano aver disatteso gli standard precauzionali da loro dovuti, valutazione insita nella ratio della norma di cui al 1227 cod. civ. In questo modo, se è concesso parlare per estremismi, si finisce per svuotare di contenuto l' articolo 1227 cod. civ., che, come affermato in precedenza, possiede un valore fondamentale riconosciuto a livello generale all' interno del sistema della responsabilità civile.

5. Conclusioni

Partendo dall' assunto per cui il giudice ha un obbligo motivazionale nel valutare le circostanze del caso concreto, risulta assai arduo non prendere in considerazione questo rilievo se non come cortocircuito dottrinale, che pone in luce limiti molto gravi del paradigma della responsabilità oggettiva nella valutazione concreta della responsabilità per cosa in custodia. Infatti, il giudice, per ovviare a tale incongruenza, finisce con il ravvedere nella cosa oggetto della custodia la causa del danno lamentato in giudizio, celando dietro la valutazione intercorrente tra l' intensità della colpa del danneggiato e le conseguenze che ne sono derivate, da un lato, e l' estensione del dovere di agire in precauzione gravante sul custode, dall' altro.

Tale rilievo di carattere operativo comporta la necessità di valutare la fattispecie di cui all' articolo 2051 cod. civ. come ipotesi di responsabilità fondata sul paradigma generale della colpa: infatti, nel caso concreto il giudice applica la fattispecie di cui all' articolo 2051 cod. civ. accertando l' omessa prevenzione ed il mancato impedimento del danno a terzi; danno normalmente evitato da una condotta diligente, che comporta una presunzione di colpa.

¹⁵ Si veda Cass. 26 aprile 1994 n. 3957.

¹⁶ Il giudice era tenuto a verificare se il quadro delle circostanze addotte dal convenuto – custode potessero offrire la possibilità di rilevare l' esistenza di un deficit precauzionale in capo al danneggiato, per cui escludere o diminuire il risarcimento del danno; in difetto di tali presupposti egli avrebbe dovuto pronunciare la responsabilità del custode in base ad una presunzione assoluta di colpa ad esso imputabile. Si trattava di un giudizio ibrido e complesso, analogo al modello teorico d' oltreoceano di comparative negligence. Si veda a questo proposito Cass. Civ. 14 marzo 1983, n. 11897.

Conseguentemente spetta al presunto responsabile dover dare la prova della sua mancanza di colpa, che risulta essere comunque presente in caso di violazione di una norma giuridica di condotta.

Non trattandosi di una responsabilità di tipo oggettivo in quanto l' inversione dell' onere probatorio non fa venir meno la rilevanza del requisito della colpa che concorre, seppure in via presuntiva, a costituire l' illecito, come reso palese dalla possibilità di provarne la sua mancanza, mediante la dimostrazione del caso fortuito, che deve essere inteso, però, come prova che il danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con l' adeguata diligenza.

In definitiva si arriva ad enucleare un' ipotesi di responsabilità aggravata, vista la presunzione di responsabilità a carico del danneggiante e la conseguente inversione dell' onere probatorio a vantaggio del danneggiato, eccezioni alla regola generale di cui all' articolo 2043 cod. civ. Conseguentemente, a livello interpretativo, si avrebbe una ripresa del concetto di dovere precauzionale, che implica una valutazione che si rifà alle eventuali mancate precauzioni che i soggetti sarebbero stati tenuti a porre in essere¹⁷. In questi termini, si può affermare in via generale che il requisito della colpa concorrerebbe a definire l' illecito, rilevando sotto il profilo della prova liberatoria, con conseguente inquadramento del limite del caso fortuito come prova dell' assenza di colpa, ossia prova di aver adottato lo sforzo diligente dovuto in relazione alle circostanze del caso concreto¹⁸. Si tratterebbe di una colpa oggettiva e presunta in quanto la possibile prova liberatoria attiene pur sempre alla condotta del responsabile.

A mio avviso, la responsabilità speciale per custodia di cui all' articolo 2051 c.c. così delineata risulta non solo configurabile, ma senz' altro preferibile rispetto alla regola generale posta dalla fattispecie generale di cui all' art. 2043 c.c., così come rispetto all' art. 2051 c.c. stesso, inteso come ipotesi di responsabilità oggettiva. Essa, infatti, si presta ad una migliore salvaguardia e ad un miglior bilanciamento degli interessi in gioco, in conformità ai principi dell' ordinamento giuridico ed al sentire sociale: da un lato ci si informa al principio di generale favor per il danneggiato, in ossequio anche alla considerazione per cui la pubblica amministrazione non deve rappresentare un soggetto privilegiato in riferimento all' assunzione e al riparto di responsabilità; dall' altro l' ordinamento, in questi termini, non indulge a soluzioni radicali nei confronti del custode, cui è attribuita la responsabilità facendo valere la propria mancanza di colpa.

¹⁷ Si veda a questo proposito Mauro Orlandi, 'Volenti non fit iniuria' (auto-responsabilità e danno) in Riv. Dir. Civ. 2010, 323 e ss..

¹⁸ Si veda a questo proposito Cass. Civ. Sez. III 20 febbraio 2006, n. 3651.

LE CONSEGUENZE RISARCITORIE DI UN SINISTRO STRADALE OCCORSO IN UN'AREA PRIVATA: RESPONSABILITÀ, ASSICURAZIONE E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

di Antonia Palombella

IL CASO

Per quanto torbida sia la ricostruzione tanto del contesto spaziale, quanto della dinamica, ci si può sommariamente rappresentare la scena del sinistro in questi termini: all'interno del parcheggio condominiale, ove si trovava il minore intento a giocare a pallone, il conducente effettua una manovra in prossimità del marciapiede, non avvedendosi del minore stesso o comunque non adottando le misure che si richiedono alla presenza di bambini per poterne prevedere comportamenti repentini, e investe il piede dello stesso.

Alla luce di tale ricostruzione, nessun dubbio sorge sulla responsabilità del conducente, che nel compiere la manovra aveva senz'altro l'obbligo di adottare ogni attitudine preventiva dell'investimento, posto che la presenza di bambini che giocano in area condominiale lascia ampi margini di prevedibilità di un possibile incidente.

L'individuazione del contesto spaziale ove è avvenuto il sinistro risulta fondamentale ai fini dell'applicazione dell'art. 18 L. n.990 del 1969 e del 2054 co.1: l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante.

Il giudice esclude l'applicabilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore tramite sussunzione della fattispecie concreta nella definizione di “area pubblica” o ad essa equiparata contenuta innanzitutto in Cassazione civile, sez III, n. 5111 del 03/03/2011, secondo cui si ha azione diretta per i sinistri cagionati da veicoli posti in circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate, per tali ultime dovendosi intendere quelle che anche se di proprietà privata, sono aperte a un numero indeterminato di persone. In seguito richiama il testo dell'art. 122 cod. ass., che demanda a un successivo regolamento adottato dal Ministero delle attività produttive la individuazione delle 'aree equiparate a quelle di uso pubblico'. Tale regolamento le definisce, nell'art. 3, co.2, come “tutte le aree, di proprietà pubblica o privata, aperte alla circolazione del pubblico”. In ultimo, viene richiamato quanto stabilito dalla Cassazione con sent. 8090 del 2013 che chiarisce il concetto di area da equiparare alla strada di uso pubblico: cioè quell'area che, “ancorché di proprietà privata, sia aperta a un numero indeterminato di persone e cui sia stata data la possibilità di accesso da parte di soggetti diversi dai titolari dei diritti su di essa” stabilendo che l'indeterminatezza dei soggetti che hanno tale possibilità non viene meno anche quando essi appartengono tutti ad una o più categorie specifiche e quando l'accesso avvenga per peculiari finalità e in particolari condizioni.

In seguito il giudice enuncia la responsabilità del conducente, facendo applicazione della presunzione di colpa ex art. 2054 co.1, non ponendo alcuna questione circa l'applicabilità o meno dello stesso e la conseguente operatività della presunzione, nonostante abbia escluso l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore a cagione del carattere privato dell'area in cui si è verificato il sinistro. Infatti, per quanto concerne questo aspetto, non sorgono dubbi, posto che il conducente stesso non ha fornito alcuna prova liberatoria idonea a vincere la presunzione di responsabilità.

Per quanto concerne l'aspetto risarcitorio il danno biologico è stato individuato nella misura dell'8%. Ai fini della quantificazione del danno il giudice intende avvalersi di un'ottica unitaria di danno, facendo uso della categoria del danno biologico. Muovendo

in tale direzione, il giudice vuole soddisfare due esigenze: evitare una duplicazione del danno nella quale si incorrerebbe esprimendo il danno morale come percentuale del danno biologico, e al tempo stesso personalizzare la liquidazione del danno biologico, tenendo conto di tutte le sofferenze fisiche e psichiche derivate al soggetto leso nel caso concreto, al fine di pervenire a una integrale riparazione del danno.

Sempre nello stesso senso, il giudice precisa che nell'ambito del danno non patrimoniale, le svariate denominazioni con cui ci si riferisce a determinati pregiudizi (danno morale, biologico, danno da perdita del rapporto parentale), non implicano il riconoscimento di distinte categorie di danno, ma le stesse hanno solo una valenza descrittiva. Sicché, ove si sia liquidato il danno biologico, non residua spazio per il risarcimento di ulteriori pregiudizi esistenziali, già ricompresi in quelli liquidati.

In seguito, posto che per la liquidazione del danno biologico per lesioni di lieve entità è necessario far riferimento all'art. 139 cod. ass., il giudice si pone un quesito fondamentale: cioè se la tabella normativa prevista con l. n.57 del 2001 che integra il 139 cod. ass., comprenda la liquidazione della vecchia figura di danno morale soggettivo, o se si debba, ai fini dell'integrale risarcimento, procedere a una liquidazione separata dello stesso, venendo meno a quell'ottica unitaria del danno non patrimoniale fin qui prospettata e ricostruita in base ai principi affermati dalle Sezioni Unite. Per risolvere il quesito, vengono richiamati dei precedenti a favore dell'una e dell'altra tesi, in particolare due sentenze contrastanti della Cassazione. La prima (Cass. n. 19816/2010) enuncia il principio per cui la tabella normativa di cui all'art. 139 non prevede la liquidazione del danno morale, e che l'art. 5 della L.n.57 del 2001 non esclude che il giudice di merito possa integrare la liquidazione del danno biologico, effettuata secondo i criteri dettati dalla legge, per risarcire anche le sofferenze morali subite dal danneggiato. E pertanto, secondo questa prima impostazione, la sofferenza morale, se sussistente può essere risarcita appesantendo il punto di risarcimento biologico in relazione alla concreta sofferenza patita e tale modifica in aumento può superare i limiti previsti dagli artt. 138 e 139, che si riferiscono non solo alla personalizzazione del danno biologico, ma anche al danno non patrimoniale inteso come categoria più ampia.

La seconda sentenza della Cassazione presa in considerazione (n. 12408 del 7.6.2011) afferma il principio per cui, applicando l'art. 139 del Codice delle Assicurazioni, il danno va liquidato nei termini previsti dalla legge con possibilità di aumento in misura non superiore al 20% trattandosi di micropermanenti. Cioè si vede qui affermato il principio per cui la liquidazione è soltanto quella prevista dal 139.

Viene riportata anche la decisione della Corte Costituzionale (sent. 16.10.2014 n.235), secondo cui non è risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il “livello di tollerabilità” che ogni persona inserita nel complesso contesto sociale deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone.

Vengono in seguito ricostruiti i passaggi argomentativi con cui il Giudice costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139. In particolar modo viene dichiarata non fondata la censura di violazione dell'art. 3 della Costituzione che si fonderebbe su una disparità di trattamento a scapito delle vittime di incidenti stradali, per cui sarebbe garantita una maggior tutela risarcitoria ai soggetti che hanno riportato pari lesioni per altra causa.

Inoltre viene contestato l'assunto per cui i limiti tabellari non consentirebbero di tener conto della diversa incidenza che identiche lesioni possano avere nei confronti dei singoli soggetti, poiché il comma 3 dello stesso 139 consente al giudice di aumentare fino a un quinto l'importo liquidabile ai sensi del co.1, con “equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato”. Secondo la Corte vi è una

erroneità della premessa interpretativa: anche se l'art. 139 cod. ass. fa riferimento solo al danno biologico e non al danno morale, la stessa Cassazione con sent. n. 26972 del 2008 ha chiarito come il danno morale sia ricompreso nel danno biologico.

Applicando tali principi, il giudice di merito, ritenuta provata per presunzioni la sofferenza morale della vittima del reato in conseguenza delle ingiuste lesioni personali subite, conclude per l'applicabilità, ai fini della riparazione del danno, dei criteri di cui alla normativa citata. Infatti l'equivalente pecuniario risarcisce integralmente il danno biologico, "del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente."

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI PISA

Il Giudice, dott. Milena Balsamo, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 2350/2004 R.G.,

promossa da

C.P. IN PROPRIO E NN FIGLIO C.A.P., con il patrocinio dell'Avv. ULIANA VALERIO e con domicilio eletto in VIA BARGAGNA 60 56124 PISA .

PARTE ATTRICE

contro

F.M., dom.to come in ricorso

PARTE CONVENUTA contumace

e con

C.C.A..ni spa , con il patrocinio dell'Avv. M. Cagnetta

Convenuto

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

In rito, va dichiarata la proponibilità della domanda giudiziale formulata dagli attori nei confronti dei convenuti, avendo gli stessi provato di aver preventivamente richiesto il risarcimento del danno alla compagnia di assicurazione della vettura investitrice così come prescrive l'art. 22 L. n. 990 del 1969 (cfr. produzione di parte attrice).

Nel merito, la pretesa risarcitoria avanzata dagli istanti è fondata per quanto di ragione . La dinamica del sinistro è stata contestata dalla compagnia assicuratrice, la quale ha affermato che fu il piccolo C. ad andare contro la vettura condotta da F. e non viceversa.

Il sinistro sembra essersi verificato in un'area privata di pertinenza del condominio sito al civico 47 di via Matteucci in Pisa Ciò affermano entrambe le parti in causa), sebbene, secondo la non chiara deposizione del teste G.B., ex amministratore dell'edificio, il marciapiede sul quale si sarebbe verificato il sinistro veniva utilizzato come parcheggio o come strada(sebbene di proprietà dell'A.P.E.S.), definendolo strada privata aperta al pubblico.

Deposizione quest'ultima che non chiarisce affatto il contesto ambientale e spaziale ove è avvenuto l'incidente, non comprendendosi come possa un marciapiede costituire una strada privata aperta al pubblico, avendo la struttura medesima una funzione per forza di cose diversa dalla strada privata, destinata al parcheggio delle vetture condominiali per prassi e consuetudine.

Stando alle descrizioni dell'area offerte da entrambe le parti, occorre premettere che come afferma la S.C. "il danneggiato da sinistro stradale ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile, ai sensi del combinato disposto degli art. 1 e 22 L. n. 990 del 1969, per i sinistri cagionati da veicoli posti in circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate, per tali ultime dovendosi intendere quelle aree che, ancorché di proprietà privata, sono aperte ad un numero indeterminato di persone, come certamente è per le aree destinate alla distribuzione di carburante al pubblico degli utenti. Tale principio è da considerarsi informatore della materia della assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile da circolazione dei veicoli a motore, con la conseguenza che ne è denunciabile la violazione con ricorso per cassazione anche avverso le sentenze emesse dal g.d.p. secondo equità (Cassazione civile, sez. III, 03/03/2011, n. 5111).

Giova precisare sul punto, ed in ciò risiede un elemento di novità del testo dell'art. 122 cod. ass. rispetto al suo omologo, rappresentato dall'art. 1 della L. n. 990 del 1969, che l'ultima parte del comma 1 dell'art. 122 cod. ass. ha demandato ad un successivo regolamento adottato dal Ministero delle attività produttive, su proposta dell'Isvap, la individuazione delle "aree equiparate a quelle di uso pubblico". Ebbene, è noto che tale regolamento sia stato emanato, con D.M. 1 aprile 2008, n. 86, e le abbia individuate, nell'art. 3, comma 2, in "tutte le aree, di proprietà pubblica o privata, aperte alla circolazione del pubblico", utilizzando quindi una sorta di sintesi della pluriennale elaborazione giurisprudenziale descritta in quanto il riferimento, necessario e sufficiente, alla apertura al pubblico ha senz'altro recepito, semplificandolo e rendendolo anche più elastico, il criterio della destinazione alla circolazione da parte di "una cerchia indeterminata di persone".

Con sentenza n. 3090 del 2013, il Supremo Consesso ha ribadito che " L'azione diretta spettante al danneggiato da un sinistro stradale, ai sensi degli artt. 1 e 18 della L. n. 990 del 1969, nei confronti dell'assicuratore del responsabile è ammessa anche per i sinistri cagionati da veicoli posti in circolazione su area (da equiparare alla strada di uso pubblico), che, ancorché di proprietà privata, sia aperta ad un numero indeterminato di persone ed alla quale sia data la possibilità, giuridicamente lecita, di accesso da parte di soggetti diversi dai titolari dei diritti su di essa, non venendo meno l'indeterminatezza dei soggetti che hanno detta possibilità pur quando essi appartengano tutti ad una o più categorie specifiche e quando l'accesso avvenga per peculiari finalità ed in particolari condizioni (in tal caso la rampa di accesso ad un garage rappresenta, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'area, un luogo in cui la circolazione non è consentita ad un numero indeterminato di persone (ovvero da parte del pubblico) sebbene a coloro che devono compiere la manovra d'ingresso o di uscita dal garage e che - come titolari del diritto di ricoverarvi il veicolo - costituiscono un numero determinato di persone e vengono in considerazione uti singoli e non uti cives).

La disciplina del codice della strada è applicabile sì anche ad un'area appartenente a privati se detta area è soggetta ad uso pubblico. In tal caso risulta operante la presunzione di colpa dettata dall'art. 2054 c.c. a carico del conducente del veicolo e la conseguente responsabilità del proprietario, nonché esercitabile l'azione diretta ex art. 18 L. n. 990 del 1969 del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante.

(Nella fattispecie si trattava di sinistro mortale avvenuto in area privata soggetta al traffico pedonale o veicolare e causato da quadriciclo non assicurato condotto da quindicenne non abilitato).

Ne consegue, nella fattispecie, l'inammissibilità dell'azione diretta esperita nei confronti della compagnia assicuratrice della vettura, giacché il sinistro si è verificato, secondo le allegazioni delle parti, nell'area condominiale adibita al parcheggio delle vetture dei singoli condomini, residuando dunque solo l'azione risarcitoria nei confronti del proprietario e conducente della vettura investitrice.

Tanto premesso, dalla espletata istruttoria non sono emersi elementi univoci a favore dell'una o dell'altra tesi. La madre del conducente ha confermato la tesi difensiva del figlio secondo il quale fu il bambino nel giocare ad andare ad urtare la ruota della loro vettura, mentre il teste I.B. - amico della famiglia del minore - ha riferito che la vettura nell'effettuare la manovra salì sul marciapiede investendo il piede del bambino.

Com'è noto, l'articolo 2054.1 del codice civile stabilisce che "Il conducente di un veicolo... è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone... dalla circolazione del veicolo, se non prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno." E' la prova liberatoria del conducente, secondo la giurisprudenza uniforme della Corte di cassazione, deve consistere nella prova di un comportamento idoneo ad escludere il nesso di causalità con il fatto lesivo, a cagione della imprevedibilità e della inevitabilità dell'investimento (tra le più recenti: Cass. n. 24745/2007). Anche l'improvviso attraversamento, da parte di un pedone è insufficiente ad escludere la responsabilità del conducente del veicolo investitore, tenuto, avvistando il pedone (o, peggio, un gruppo di pedoni in procinto di attraversare), ad adeguare la sua condotta di guida alla situazione di pericolo (Cass. n. 4490/1995; Cass. n. 1063/1991).

A questo proposito, osserva il tribunale che la presenza di bambini nell'area condominiale e sul marciapiede che giocavano a pallone rendeva ampiamente prevedibile un movimento repentino da parte di uno di essi ed imponeva, dunque, al conducente dell'autoveicolo l'adozione di ogni possibile prudenza ed un comportamento idoneo ad arrestare il mezzo in qualsiasi momento.

Nel corso del giudizio, a parere di questo giudicante è mancata del tutto la prova idonea a vincere questa presunzione di responsabilità; né può ricavarsi indirettamente tale prova dalla deposizione della madre del conducente, tenuto conto sia del rapporto di stretta parentela col convenuto sia del contrasto insanabile tra le deposizioni testimoniali, atteso che la Capobianco (madre del conducente) ha riferito che il figlio fermò la vettura per soccorrere il minore, mentre l'altro teste oculare ha riferito che il conducente scappò via senza fermarsi.

Tanto premesso, la compagnia ha contestato oltre la dinamica anche la richiesta risarcitoria dell'attrice, asserendo che i danni patiti dal minore sarebbero in realtà inferiori a quelli per i quali la stessa ha domandato il risarcimento.

Il minore riportò in seguito al sinistro de quo il distacco epifasario misto distale tibia e frattura 1/3 distale perone dx, con modico spostamento. Le fratture vennero ridotte e stabilizzate con filo peroneale, medicazione e apparecchio gessato.

L'istante ha riportato una deformazione in sede diafisaria distale della tibia dx, eccidente asimmetria posturale a livello dei piatti tibiali (9-10mm) che rimane costante a livello delle teste femorali, asimmetria del bacino con evidente salienza della cresta iliaca e

moderata roteazione; persistenza di dolenzia alla gamba ed alla caviglia dx, lieve scoliosi dx conversa con modica asimmetria del bacino, piede piatto pronato bilaterale, deambulazione libera, cicatrice in corrispondenza del malleolo: il periodo di invalidità temporanea totale è stata determinata dall'ausiliario in 60 giorni e quella parziale in complessivi 30 giorni al 50%, ulteriori 30 giorni al 25%, mentre il danno biologico è stato individuato nella misura dell'8%.

E' bene a questo punto precisare che la concreta liquidazione dei danni da invalidità temporanea e permanente deve essere effettuata in un'ottica unitaria, che è quella del "danno biologico" (lo stesso CTU fa riferimento a tale nozione), inteso quale danno derivante dalla lesione di quell' "autonomo diritto primario ed assoluto" rappresentato dal "diritto alla salute", diritto spettante a ciascun individuo e la cui lesione non può essere alla sola riduzione della capacità individuale di produrre reddito, ma deve comprendere prima di ogni altra cosa la "menomazione dell'integrità psico-fisica" in sé e per sé considerata. In tale menomazione si sostanzia appunto il "danno biologico", che ha un suo valore autonomo e che, nel quadro più ampio del risarcimento del danno alla persona, ha una posizione centrale e prioritaria, in quanto primo effetto dell'illecito, sempre riscontrabile e sempre risarcibile, a differenza del "lucro cessante" e del "danno morale", che sono danni puramente eventuali, ristorabili solo ove sussistano in concreto e vengono inoltre provati. E proprio perché il "danno biologico" incide sul "valore umano" in tutta la sua concreta dimensione, "valore umano" che come accennato non è riconducibile soltanto all'attitudine a produrre ricchezza, ma che è collegato alla somma delle funzioni naturali aventi "rilevanza biologica, culturale, sociale ed estetica", in tale nozione omnicomprensiva di danno sono inclusi anche il danno alla vita di relazione e il danno estetico, lo stesso danno da incapacità lavorativa, inteso come compromissione di uno degli aspetti fondamentali della persona umana, nonché le stesse invalidità, generica, permanente e temporanea, che senz'altro incidono sulla piena esplicazione della personalità dell'individuo.

Per quanto attiene al danno morale soggettivo, che tradizionalmente veniva fatto coincidere con un pati, cioè con la sofferenza interiore per sua natura transeunte, occorre evidenziare come le recentissimamente Sezioni Unite della Cassazione - Cass. SS.UU. dell'11 novembre 2008, n.26972 - hanno ritenuto che, nell'ambito di una ricostruzione bipolare della responsabilità aquiliana, vada abbandonata l'autonoma categoria del danno morale e la sofferenza morale vada ricondotta nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale(nell'ambito del quale è riconducibile altresì il danno biologico).

Alla luce di tale osservazione, onde evitare una duplicazione di risarcimento attraverso la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale, quest'ultimo non va liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo, ma occorre procedere ad un'adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza.

La Suprema Corte, ha anche chiarito che nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri come reato (poiché la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato -lesioni colpose), è risarcibile il danno non patrimoniale sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati (nel caso di illecito plurioffensivo- Cass.9556/2002), come sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata, meritevole di tutela in base all'ordinamento.

Nell'ambito del danno non patrimoniale, il riferimento a determinati tipi di pregiudizi, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto

parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. E' compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.

Di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere.

In ogni caso, laddove il giudice abbia liquidato il danno biologico e le sofferenze conseguenti non residua spazio per il risarcimento di ulteriori pregiudizi esistenziali, perché tutti già ricompresi in quelli già liquidati, risultando altrimenti certa la duplicazione risarcitoria del medesimo danno

Allegati gli elementi costitutivi della responsabilità -fatto illecito(ex artt. 185 c.p. e 2059 c.c. in quanto si è in presenza di un fatto-reato, il ricorso alla prova presuntiva assume particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice(cfr. Cass n.9834/2002).

Ciò posto, occorre chiarire che il sinistro de quo si è verificato dopo l'entrata in vigore della L. n. 57 del 2001.

La questione è se la tabella normativa prevista dall'articolo 139 cod. ass. prevede anche la liquidazione di quella voce di danno riguardante la sofferenza psichica, cioè la vecchia figura del danno morale soggettivo.

Nel caso in cui si dovesse ritenere che la tabella legale non comprenda anche la vecchia categoria del danno morale, si pone l'ulteriore problema di procedere a una liquidazione separata, sostanzialmente disattendendo i principi affermati dalle Sezioni Unite in tema di unitarietà del danno non patrimoniale.

In questo caso il giudice dovrebbe liquidare, unitamente ai valori monetari previsti dalla legge, una somma ulteriore per garantire l'integrale risarcimento del danno alla salute (in questo senso Tribunale Milano, n. 2334 del 2009). La questione è stata anche posta all'attenzione della Corte costituzionale poiché il dato letterale dell'articolo 139 non consentirebbe al giudice la possibilità di adeguare la liquidazione del danno alla fattispecie concreta a causa dell'individuazione di un limite invalicabile al risarcimento.

La Cassazione si è recentemente espressa (Cass. N. 19816/10) affermando che la tabella normativa non prevede la liquidazione del danno morale ed accogliendo il ricorso. La questione riguardava il precedente articolo 5 della L. n. 57 del 2001, precisando che il legislatore in quell'occasione si è limitato a dettare i criteri di liquidazione del danno biologico, senza escludere che il giudice di merito possa integrare quella liquidazione per risarcire anche le sofferenze morali subite dal danneggiato.

Però, sulla stessa questione, Cass. 7.6.2011 n. 12408 ha affermato che quando trova applicazione l'articolo 139 del Codice delle Assicurazioni il danno va liquidato nei termini previsti dalla legge con possibilità, di aumento, in misura non superiore al 20% trattandosi di micro permanenti.

Secondo l'opinione della Corte tale norma è imperativa e sarebbe preclusa la possibilità di una liquidazione del danno da sofferenza, anche con aumento dell'importo base in misura superiore al 20%. La sentenza numero 12408 del 2011 sembra affermare il principio secondo cui la liquidazione è soltanto quella prevista all'articolo 139 poiché la tabella normativa non aveva previsto la liquidazione del danno da sofferenza. Secondo altra impostazione, che trova conferma nella precedente sentenza della Cassazione n. 19816 del 2010 e in una serie di decisioni di merito, nel caso di liquidazione del danno ai sensi dell'articolo 139, la sofferenza morale, se sussistente, può essere risarcita appesantendo il punto di risarcimento biologico in relazione alla concreta sofferenza patita e tale modifica in aumento può superare i limiti previsti dagli artt. 138 e 139 cod. circolazione, che si riferiscono alla diversa personalizzazione dell'aspetto dinamico e

relazionale del danno biologico, ma non anche al danno non patrimoniale, inteso come categoria generale (Tribunale Piacenza, 11 ottobre 2010 e altre).

La Corte Costituzionale, con sentenza 16.10.2014 n. 235 ha affermato che tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.) comporta che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il "livello di tollerabilità" che ogni persona inserita nel complesso contesto sociale deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone. Di conseguenza il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dall'art. 139 cod. ass. va condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 235 del 16 ottobre 2014 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), sollevata dal Giudice di pace di Torino, in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 76 della Costituzione; dal Tribunale ordinario di Brindisi - sezione distaccata di Ostuni, per contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 32, 76, e con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 2 e 6 della CEDU, 6 del Trattato dell'Unione europea, e 1 e 3, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; dal Tribunale ordinario di Tivoli e dal Giudice di pace di Recanati, per contrasto con i medesimi artt. 2, 3, 24, 32, 76 Cost. e con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 della CEDU e 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione medesima, con le rispettive ordinanze in epigrafe indicate.

Nella prospettazione sostanzialmente comune ai giudici a quibus, il meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico (permanente o temporaneo) da lesioni di lieve entità derivanti da sinistro stradale, introdotto dal censurato art. 139 del D.lgs. n. 209 del 2005, darebbe luogo ad un sistema indennitario che limiterebbe la piena riparazione del danno, ancorandolo a livelli pecuniari riconosciuti, per via normativa, equi ex ante, ma che - sia per la rigidità dell'aumento percentuale dell'importo nella misura massima del quinto (20%), sia per la (ritenuta) impossibilità di liquidare l'eventuale, non contemplato, danno morale - non consentirebbe una adeguata personalizzazione del danno e determinerebbe, di conseguenza, una disparità di trattamento in relazione al riconoscimento del diritto al suo integrale ristoro, in base al diverso elemento causativo del danno stesso, oltre che un'ingiustificata prevalenza della tutela dell'esercizio dell'attività assicurativa rispetto alla tutela della lesione del diritto inviolabile alla salute.

Da ciò, appunto, il denunciato contrasto con i parametri costituzionali e comunitari in precedenza menzionati.

Tali eccezioni di incostituzionalità sono state rigettate dalla Corte attraverso un'articolata analisi delle singole disposizioni contestate.

In primis, avuto riferimento all'art. 76 cost. la Corte sostiene che la legge di delega n. 229 del 2003 prevedeva espressamente, al comma 1 del suo art. 4, che il Governo fosse delegato a provvedere "ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della L. 15 marzo 1997, n. 59 come sostituito dall'articolo 1 della presente legge". Di conseguenza nel dare attuazione alla suddetta delega, il legislatore delegato avrebbe dovuto - ai sensi dell'art. 20, comma 3, lettera a), della citata L. n. 59 del 1997 - "definire il riassetto normativo" e la "codificazione della normativa primaria regolante la materia", confermando, quindi, se del caso, le norme previgenti. E poiché tra queste rientrava l'art. 5, comma 4, della L. 5 marzo 2001, n. 57 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati), avente lo stesso tenore del censurato art. 139 del

D.lgs. n. 209 del 2005, è evidente come il legislatore delegato del 2005 si sia mosso lungo il binario di scelte rientranti nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, della legge di delega e del decreto delegato.

Anche le censure di violazione dell'art. 24 Cost. e dell'art. 6 della CEDU, vengono considerate dalla Corte non pertinenti poiché la limitazione del diritto risarcitorio, che i rimettenti paventano, attiene alla garanzia dell'oggetto di tale diritto, e non all'aspetto della azionabilità in giudizio - che quei parametri tutelano - la quale non è in alcun modo pregiudicata dalla norma denunciata.

Non fondata, secondo il giudice costituzionale, è anche la censura di violazione dell'art. 3 della costituzione perché innanzitutto la prospettazione di una disparità di trattamento - che, in presenza di identiche (lievi) lesioni, potrebbe conseguire, in danno delle vittime di incidenti stradali, dalla applicazione della normativa impugnata, in quanto limitativa di una presunta maggiore tutela risarcitoria riconoscibile a soggetti che quelle lesioni abbiano riportato per altra causa - è smentita dalla constatazione che, nel sistema, la tutela risarcitoria dei danneggiati da sinistro stradale è, viceversa, più incisiva e sicura, rispetto a quella dei danneggiati in conseguenza di eventi diversi (infatti solo i primi, e non anche gli altri, possono avvalersi della copertura assicurativa, ex lege obbligatoria, del danneggiante - o, in alternativa, direttamente di quella del proprio assicuratore - che si risolve in garanzia dell'anno stesso del risarcimento).

Inoltre l'assunto per cui gli introdotti limiti tabellari non consentirebbero di tener conto della diversa incidenza che pur identiche lesioni possano avere nei confronti dei singoli soggetti, trascura di dare adeguato rilievo alla disposizione di cui al comma 3 del denunciato art. 139, in virtù della quale è consentito al giudice di aumentare fino ad un quinto l'importo liquidabile ai sensi del precedente comma 1, con "equo e motivato apprezzamento", appunto, "delle condizioni soggettive del danneggiato".

Secondo la Corte, difatti, la questione non è fondata per erroneità della sua premessa interpretativa, poiché anche se è vero che l'art. 139 cod. ass. fa testualmente riferimento al "danno biologico" e non fa menzione anche del "danno morale", le sezioni unite della Corte di cassazione con sentenza n. 26972 del 2008 hanno ben chiarito (nel quadro, per altro, proprio della definizione del danno biologico recata dal comma 2 del medesimo art. 139 cod. ass.) come il cosiddetto "danno morale" - e cioè la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile (comunque unitariamente) del danno non patrimoniale, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato - "rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente".

Anche la seconda questione viene ritenuta non fondata in quanto (a prescindere da precedenti della stessa Corte Costituzionale conformi in tal senso) la Corte di Cassazione, con la già ricordata sentenza n. 26972 del 2008, ha puntualizzato come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.) comporti che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il "livello di tollerabilità" che "ogni persona inserita nel complesso contesto sociale ... deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone".

Di conseguenza il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dal censurato art. 139 cod. ass. - per il profilo del prospettato vulnus al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona - va, quindi, condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata.

Facendo applicazione dei superiori principi, ritenuta provata per presunzioni la sofferenza morale della vittima del reato in conseguenza delle ingiuste lesioni personali subite, per la relativa riparazione del danno possono applicarsi i criteri di cui alla normativa citata atteso che l'equivalente pecuniario, aumentato per la sofferenza morale, previsto per ogni punto di invalidità, risarcisce il danno biologico comprensivo di ogni sofferenza fisica e psichica provata dalla vittima.

Nella concreta fattispecie, l'attore non ha allegato alcun documento psichico particolare, chiedendo genericamente il risarcimento del danno non patrimoniale.

Pertanto, tenuto conto della natura delle lesioni riportate dal minore, degli esiti residuati, del grado di invalidità indicato dal C.T.U., dell'età del soggetto danneggiato (che all'epoca dei fatti aveva 4 anni) e di tutte le circostanze specifiche del caso concreto, nonché del danno non patrimoniale patito, il tutto tenendo conto del tipo ed entità delle lesioni ed avendo come parametri di riferimento i criteri di liquidazione contenuti nella L. n. 57 del 2001, applicabili per i danni sino al 9%, appare equo liquidare all'attualità la somma di E. 13.159,94 per il danno permanente, oltre 3.770,25 per l'inabilità temporanea nonché Euro 4.232,55 per l'aumento sino ad 1/4 per le sofferenze morali patite, per una somma complessiva di Euro 21.162,74.

Nulla può essere riconosciuto per le spese mediche che gli attori hanno dichiarato di aver sostenuto, tenuto conto della circostanza che gli stessi si sono costituiti solo come genitori esercenti la potestà sul minore e non anche in proprio.

In conclusione, il convenuto contumace va condannato a pagare al danneggiato la somma di Euro 21.162,74, all'attualità,

Sull'importo riconosciuto vanno aggiunti gli interessi, dovuti a titolo di compensazione del mancato godimento nel tempo del controvalore monetario del danno subito; proprio la funzione "compensativa" di detti interessi ha indotto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. 1712/95) a ritenere che gli interessi in adesione nota pronuncia della Suprema Corte (Cass. S.U. 17.12.1995) si stabiliscono, al fine di compensare il lucro cessante da ritardato pagamento della somma liquidata e sulla base del notorio, nella misura legale sulla minor somma corrispondente a quella liquidata all'attualità (ottenuta dividendo detta somma per il coeff. ISTAT relativo alla data del fatto), via via annualmente rivalutata sulla base degli indici ISTAT dalla data del fatto a quella della sentenza, con esclusione degli interessi sugli interessi legali. Dalla data di pubblicazione della presente sentenza al saldo sono dovuti, secondo i principi generali, gli interessi legali sulla somma rivalutata.

Per il principio di soccombenza, tenuto conto del parziale accoglimento della domanda, il F. va condannato a rifondere agli attori le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo tenuto conto di tutte le circostanze del caso (spese effettive, natura e valore della controversia, attività espletate, tariffa vigente) e da integrare poi con il rimborso forfettario ex art. 12 T.P. e con gli accessori di legge dell'I.V.A. e della C.P.A..

In considerazione delle difese svolte solo nel merito da parte dell'assicurazione che non ha mai sollevato la questione dell'inammissibilità dell'azione diretta, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite relative al rapporto con gli attori.

P.Q.M.

La dott.ssa Milena Balsamo pronunciando quale Giudice unico nel giudizio n. 2350/2004, così provvede:

A) Dichiarare inammissibile l'azione diretta svolta dagli attori nei confronti della compagnia assicuratrice;

B) Accoglie per quanto di ragione la pretesa attorea e per l'effetto condanna il contumace al risarcimento del danno in favore dell'attore pari ad Euro 21.162,74, all'attualità, oltre interessi come in motivazione;

C) condanna il contumace alla refusione delle spese sostenute dagli attori che liquida in Euro 200,00 per c.u. - in considerazione della somma richiesta con l'atto di citazione e della liquidazione dell'importo(tenuto conto del parziale accoglimento della domanda e dell'esuberanza della pretesa) -, oltre Euro 3.000,00 per compensi di avvocato, oltre rimborso delle spese forfetarie ex art. 15 t.p., iva e c.p.a. come per legge.

D) Sussistono giusti motivi per compensare tra attori e compagnia le spese di lite.

Così deciso in Pisa, il 10 febbraio 2015.

Depositata in Cancelleria il 19 febbraio 2015.

TRIBUNALE DI PISA, sentenza 10 febbraio 2015; Giud. BALSAMO, C.P. (Avv.ti VALERIO, ULIANA.); F.M. e con C.C.A.ni spa (Avv. CAGNETTA).

Responsabilità civile – Circolazione stradale – Investimento – Colpa – Presunzione agli effetti civili – Prova liberatoria – Nesso di causalità – Bambini in prossimità – Prevedibilità – Responsabilità del conducente – Sussiste (Cod. civ., art. 2054 co.1)

Assicurazione – Circolazione stradale – Sinistro verificatosi in area privata – Area privata non aperta a un numero indeterminato di persone – Azione diretta nei confronti dell'assicuratore – Non sussiste (artt. 1 e 18, L. n. 990 del 24 dicembre 1969; art. 122 cod. ass.; D.M. 1 aprile 2008, n. 86, art. 3, co.2)

Danno non patrimoniale – Micropermanenti – Integrale riparazione del danno – Danno biologico – Danno morale – Liquidazione – Applicabilità dei criteri tabellari (art. 139 D. Lgs n.209 del 2005)

(1) Giurisprudenza di legittimità :L'orientamento consolidatosi in senso alla S.C. appare fermo nel ritenere che la prova liberatoria da presunzione di colpa ex 2054 cc. debba consistere in una prova idonea a rompere la catena causale fra il danno e il comportamento del conducente, cioè in sostanza il conducente deve provare il caso fortuito, nonché l'imprevedibilità e l'inevitabilità del danno: Cass. n. 24745/2007 *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11 e anche in *Arch. Giur. Circ.* 2008, 6, 518, così in Cass.. 10910/2005, in *Resp. e risarc.*, 2005,11,41; Cass. 200/2002, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 31, e in *Resp. Civ. e prev.*, 2002, 1390 e in *Guida al dir.*, 2002, 10, 57; Cass. 5321/1980 in *Resp. Civ. e prev.*, 1980, 728; Cass. 1724/1987, in *Dir. E pratica delle ass.*, 1987, 911; insufficienza della prova del comportamento colposo della persona investita Cass. 20910/2005 in *Resp. E risarc.*, 2005, 11, 41; Cass. 2423/1984 in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, 3-4-; Cass.1768/1981 in *Arch. giur. circ.*, 1981, 316; Cass. 1346/1980 in *Giust. civ. mass.*, 1980, 2; il conducente è tenuto a ottemperare non soltanto alle norme di condotta dettate dal codice stradale, ma anche alle norme di comune prudenza qui dilatate sino all'obbligo di prevedere l'eventuale imprudenza altrui: Cass. Pen. 27 gennaio 1981, in *Mass .dec. pen.*, 1981, 122; Cass. 2037/1977, in *Giust. civ. Mass.*, 1977, 856. Inoltre il conducente, ove sia accertata la presenza di bambini sul tratto di strada percorso e sul latitante marciapiede, deve anche dimostrare che il pedone

investito non avesse tenuto un comportamento che denunciassse il suo intento di attraversamento della strada, seppur di corsa e fuori dalle strisce pedonali come è affermato in Cass. Sez. III, 13 febbraio 2013, in *Massimario del Foro it.*, 2013, LXXXII, 3542. Ancora, in Cassazione civile, sez. III, 12 gennaio 2011, n. 524, in *DeJure*, si afferma che il conducente deve prestare la massima attenzione alla guida e procedere con moltissima prudenza quando la platea stradale o i marciapiedi laterali sono occupati da bambini i quali, per la loro età ed inesperienza, sono naturalmente ed istintivamente imprudenti ed hanno movimenti e comportamenti improvvisi ed inconsulti, repentini ed imprevedibili. A tal proposito si richiama anche Cass. pen. Sez. IV, 19.11.1993, n. 1494. □ In merito al superamento della presunzione di colpa si esprime Cass. Civile sez. III, 16 giugno 1998, n. 5983, in *Giust. civ. Mass. 1998*, 1327, secondo cui la responsabilità del conducente coinvolto nell'investimento del pedone può essere esclusa non solo quando l'investitore abbia fornito la prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno, ma anche quando risulti con certezza dalle modalità del fatto che non vi era alcuna reale possibilità di evitare da parte sua l'incidente, come nel caso in cui il pedone abbia compiuto un movimento inatteso e repentino sì da non consentire al conducente del veicolo, data la imprevedibilità e anormalità di esso, di porre in atto la manovra che avrebbe potuto impedirne l'investimento. Allo stesso modo secondo Cass. civ. Sez. III, 27-04-1990, n. 3554 in *Arch. Giur. Circolaz.*, 1990, 853 la responsabilità del conducente può essere tuttavia esclusa quando risulti con certezza, dalle modalità del fatto, che non v'era da parte sua una reale possibilità di evitare l'incidente; tale situazione ricorre allorché il pedone compia l'attraversamento della strada immettendovisi così repentinamente da costituire un ostacolo improvviso ed inevitabile sì da non consentire al conducente di evitarne l'investimento. Sempre in tema di prova liberatoria, con riferimento all'ipotesi di investimento di un pedone, anche quando il conducente non riesca a fornire la prova idonea a vincere la presunzione di colpa ex 2054, primo comma, cod. civ., non è preclusa l'indagine in ordine al concorso di colpa del pedone investito, con la conseguenza che, allorquando siano accertate la pericolosità e l'imprudenza della condotta del pedone, la colpa di questi concorre, ai sensi dell'articolo 1227, primo comma, cod. civ., con quella presunta del conducente. Si ammette, dunque, la possibilità del concorso tra una colpa presunta ed una colpa accertata in concreto (sentenze nn. 17397 e 11873 di Cassazione del 2007 in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità*, la giurisprudenza delle sezioni civili di Cassazione, anno 2007, Ufficio del massimario). Cass. civ. Sez. III, Sent., 16-04-2009, n. 9021 in *Leggi d'Italia*; Cass. civ. Sez. III, Sent., 19-02-2014, n. 3964 in *CED Cassazione*, 2014; Cass. civ. Sez. III, 18-10-2001, n. 12751, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 388; Cass. civ. Sez. III, 20-08-1998, n. 8249 in *Mass. Giur. It.*, 1998. Sulla corresponsabilità del pedone, Cass. Civ., 9 marzo 2011, n. 5540, sez. III, con nota di T. Graneris, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, fasc. 3, 2012, pag. 520. In merito all'operatività della presunzione ex 2054 in area privata, secondo Cass. 7015/1997, "Perché sorgano ed operino la presunzione di colpa stabilita dall'art. 2054 cod. civ. a carico del conducente del veicolo e la conseguente responsabilità del proprietario, è necessario che ricorra il presupposto della circolazione del veicolo su strada pubblica o su strada privata soggetta ad uso pubblico o, comunque, adibita al traffico di pedoni o di veicoli. Pertanto, non è applicabile la presunzione di colpa di cui all'art. 2054 cod. civ. nel caso in cui non ricorra detto presupposto ed il danno sia stato prodotto in area privata nella quale non esista traffico e circolazione di veicoli." (cfr.) Nel senso della non operatività Cass. civ. Sez. III, 27-12-1991, n. 13925, in banca dati *Leggi d'Italia*; Cass. civ. Sez. III, 15-04-2004, n. 7168 in banca dati *Leggi d'Italia*. Giurisprudenza di merito: Trib. Treviso Sez. I, Sent., 16-03-2015, in banca dati *Leggi d'Italia*; Tribunale Monza, sez. II, 23 febbraio

2015, n. 666, in banca dati *DeJure*; Tribunale di Bari, 06 novembre 2014, n.4910, in banca dati *DeJure*; Tribunale di Torre Annunziata, 01 sett. 2014, n. 2327 in banca dati *DeJure*; Tribunale Torre Annunziata, sez. I, 16 giugno 2014, n.1853 in banca dati *DeJure*; Tribunale Messina, sez. I, 11 giugno 2014, n. 1288, in banca dati *DeJure*; Tribunale Firenze, sez. III 31 marzo 2014, n.1048, in banca dati *DeJure*; Tribunale Parma, 3 febbraio 2014, n. 135, in banca dati *DeJure*; Tribunale Milano, sez. X, 12 settembre 2013, n. 11485, in banca dati *DeJure*; Corte appello Firenze, sez. II, 9 maggio 2013, n. 731, in *DeJure*; in tema di concorso di colpa del danneggiato, Corte appello Cagliari, 10 sett. 2003, con nota di E. Piras, in *Resp. Civ. E Prev.*, fasc. 6, 2004, pag. 1384.

Dottrina: G. Spina, *L'accertamento della responsabilità da sinistro stradale nella recente giurisprudenza. Profili sostanziali e processuali*, in *Resp. Civ. E Previdenza*, fasc. 6, 2014, pag. 1806; R. Savoia, *Il pedone non ha sempre ragione*, in *Diritto&Giustizia*, fasc., 1, 2014, pag.54.

(2) Giurisprudenza di legittimità conforme: Cass. civ. Sez. III, 12-08-1995, n. 8846, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 1996, 547; Cass. civ. Sez. III, 24-03-1999, n. 2791, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass. civ. Sez. III, 11-04-2000, n. 4603, in *Danno e Resp.*, 2001, 1, 68 con nota di Bonofiglio, in cui la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ammesso l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore in relazione ad un incidente provocato da un'autobetoniera all'interno di un cantiere al quale avevano accesso tutti quelli che vi lavoravano, nonché quelli che avevano rapporti commerciali con l'impresa; Cass. civ. Sez. III, 27-10-2005, n. 20911, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass. civ. Sez. III, 27-05-2005, n. 11276 (rv. 581925) in *Mass. Giur. It.*, 2005, che ammette l'azione diretta quando “sussiste il nesso causale del sinistro con la circolazione su strada pubblica o su area a questa equiparata; tale situazione è configurabile dell'assicuratore ove un veicolo in circolazione su una strada pubblica, per qualsiasi motivo, sbandi invadendo un'area privata, ed ivi cagioni un danno, ma non nel caso in cui il veicolo abbia percorso la strada pubblica prima dell'evento dannoso, mentre tutta la dinamica del sinistro si sviluppi solo dopo l'ingresso nell'area privata. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso il nesso eziologico in un caso in cui, dopo il furto, una pala meccanica era stata condotta fino ad un'area privata ove si era verificato l'atto lesivo)”. In Cass. Civ. n. 13254/2006 in *Mass. Giur. It.*, 2006 la Suprema Corte. ha confermato una sentenza di merito secondo la quale emergeva che l'incidente si era verificato nel cortile interno ad un fabbricato, adibito al servizio esclusivo dei condomini dello stesso e non all'uso di un pubblico indifferenziato; così Cass. Sez. III, sent. n. 17279 del 23.7.2009, in *Mass. Giur. it.*: l'area di parcheggio destinata agli utenti di un ipermercato - ancorché sia di proprietà privata, sia inclusa per intero in uno stabile di proprietà privata (nella specie, al piano interrato dell'edificio ove aveva sede l'ipermercato) e sia delimitata da strutture destinate a regolare l'accesso dei veicoli (sbarra di ingresso) - è da ritenere aperta all'uso da parte del pubblico e ordinariamente adibita al traffico veicolare, considerato che chiunque ha la possibilità di accedervi; Cassazione civile, sez. III, n. 5111 del 03/03/2011 in *Danno e Resp.* 2011, 7, 765 , secondo cui si ha azione diretta per i sinistri cagionati da veicoli posti in circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate, per tali ultime dovendosi intendere quelle che anche se di proprietà privata, sono aperte a un numero indeterminato di persone. Cass. civ. Sez. III, 11-06-2012, n. 9441 (rv. 622675) in *CED Cassazione*, 2012; Cass. civ. Sez. III, 03-04-2013, n. 8090, in *CED Cassazione*, 2013, richiamata dalla stessa sentenza in commento, in cui si afferma che l'azione diretta spettante al danneggiato da un sinistro stradale nei confronti dell'assicuratore del responsabile è

ammessa per i sinistri cagionati da veicoli posti in circolazione su area di proprietà privata aperta ad un numero indeterminato di persone ed ai quali sia data la possibilità di accesso da parte di soggetti diversi dai titolari dei diritti su di essa, e che tale indeterminatezza dei soggetti non viene meno anche quando appartengano tutti ad una o più categorie specifiche e quando l'accesso avvenga per peculiari finalità ed in particolari condizioni. Stabilisce inoltre tale sentenza che, costituisce oggetto di apprezzamento di fatto, come tale devoluto al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione, l'accertamento in ordine alla concreta accessibilità dell'area al pubblico. (Nella specie, è stata ritenuta correttamente motivata la decisione con cui il giudice di merito, in relazione ad un sinistro verificatosi nella rampa di accesso ad un garage, ha ritenuto la stessa - indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'area al cui interno essa risultava collocata - un luogo in cui la circolazione non è consentita ad un numero indeterminato di persone, bensì limitata a coloro che debbono compirvi la manovra di ingresso o di uscita e che, in quanto titolari del diritto di ricoverarvi il veicolo, costituiscono un numero determinato di persone, venendo in considerazione "uti singuli" e non "uti cives"); Cass. civ. Sez. III, 27-12-1991, n. 13925 in *Mass. Giur. It.*, 1991, che invece esclude l'esperibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante nel caso in cui il sinistro si sia verificato in area privata non aperta al pubblico transito, "atteso che tale azione è consentita solo per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore su strade di uso pubblico o aree a queste equiparate; tale principio non trova deroga neppure nel caso in cui la polizza preveda l'estensione della copertura assicurativa ai danni causati da sinistri verificatosi indistintamente sulle aree private, perché tale patto è operativo solo nei rapporti tra le parti, cioè tra l'assicurato e l'assicuratore, ma non comporta l'applicabilità della normativa di cui alla legge sull'assicurazione obbligatoria." Ai fini dell'applicabilità della normativa sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, di cui alla legge n. 990 del 1969, è indifferente la natura pubblica o privata dell'area aperta alla circolazione, essendo rilevante soltanto l'uso pubblico della medesima, per tale intendendosi l'apertura dell'area o della strada ad un numero indeterminato di persone, con la possibilità giuridicamente lecita di accesso da parte del pubblico, ossia di soggetti diversi dai titolari dei diritti sull'area secondo Cass. civ. Sez. III, Sent., 13-11-2002, n. 15935, in banca dati *Leggi d'Italia*. Più in generale : Cass. 15 aprile 1996, n. 3538, in *Foro it.*, 1996, I, 1596:« [...] L'esigenza di tutela si pone diversamente per la circolazione su strada e su aree equiparate, rispetto a quella che avviene in aree esclusivamente private, sicché la diversa regolamentazione dell'assicurazione, e specificamente dell'azione diretta contro l'assicuratore, non presenta alcun carattere di arbitrarietà ed è demandata alla discrezionalità del legislatore [...]». Per le aree all'interno di uno stabilimento industriale vedi, in senso conforme: Cass. 6 novembre 1976, n. 4053, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce Circolazione stradale, n. 306. □ Giurisprudenza di merito: trib. Taranto , 25-03-2014, in banca dati *Leggi d'Italia*; Giudice di pace Tortona, 07-07-2007, in banca dati *Leggi d'Italia*, secondo cui non è esperibile l'azione diretta nei confronti dell'ente assicuratore se l'evento lesivo avviene in area non solo privata ma nemmeno soggetta a pubblico passaggio, a prescindere dal fatto che sussista o meno circolazione stradale; Trib. Monza Sez. I, Sent., 09-10-2014 in banca dati *Leggi d'Italia*; Giudice di pace Palermo Sez. VIII, Sent., 07-05-2013 in banca dati *Leggi d'Italia*; Giudice di pace Trento, Sent., 07-06-2012 in banca dati *Leggi d'Italia*. Trib. Foggia Sez. II, Sent., 09-02-2012 in banca dati *Leggi d'Italia*. Trib. Salerno Sez. II, Sent., 07-06-2011 in banca dati *Leggi d'Italia*. Trib. Pordenone, 04-02-2011, n. 2259/2007, in banca dati *Leggi d'Italia*. App. Roma Sez. IV, 07-01-2009, n.2691, in banca dati *Leggi d'Italia*.

Dottrina: F. Bonfiglio, *Azione diretta e nesso di causalità*, nota a sent. Cass. Civ. Sez. III, 24 marzo 1999, n. 2791, in *Danno e Resp.*, 1999, 10, 1017. Persano Adorno, *Area privata di uso pubblico e aperta alla circolazione del pubblico*, in *Giur. merito*, 1990, 719; Giannini-Mariani, *La responsabilità per danni dalla circolazione dei veicoli*, Milano, 1983, 8; Cottino, *I soggetti obbligati ed i rischi assicurati*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, Padova, 1977, 84; Militeri-Vella, *L'assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti*, Napoli, 1973, 80; Chianale, in *Resp. civ.*, 1986, 329, nota a Trib. Milano 10 marzo 1986, in *Foro it. Rep.*, 1986, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 99; Orusa, *Aree e spazi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. II. A. Carrato *L'assicurazione obbligatoria è operativa anche nelle aree di parcheggio sottostanti agli ipermercati*, *Corriere Giur.*, 2010, 5, 636; R. Partisani, *L'assicurazione obbligatoria della Rca secondo il regolamento emanato con d.m. 1.4.2008*, n. 86, *Resp. Civ.*, 2009, 3, 198; F. Bonfiglio, *Uso pubblico di aree private*, nota a sent. Cass. civ. Sez. III, 11 aprile, 2000, n. 4603 in *Danno e Resp.*, 2001, 1, 68.

(3) Giurisprudenza di legittimità: affermano autonomia ontologica e risarcitoria del danno morale: Cass. 7.6.2011 n.12408 con nota a sentenza di G. Di Marco, *Risarcimento danni: tabelle milanesi erga omnes*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.0, 2011, pag. 204; Cassazione civile, 03 ottobre 2013, n.22585, sez. III (danno morale e danno dinamico relazionale sono da liquidare autonomamente dal danno biologico) con nota a sentenza di L. Angeletti, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.1, 2014, pag. 290; Cass. Civ. 26.06.2013 n.16041 in *Arch. Giur. Circ.*, 2014, 36; Cass. Civ. Sez. III, 28.10.2010, n. 22022 in banca dati *DeJure*, secondo cui “la sfera dell'integrità morale è ontologicamente diversa dalla sfera individuale della salute.” Cass. Civ. Sez. III, 12 sett. 2011, n.18641, con nota di Ponzanelli: *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*, in *Danno e Resp.*, 2012, 1, 13; Cass. Civ., 18 novembre 2014, n. 24473, con nota di A. M. Basso, *Legittima la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale se garantisce l'integrale ristoro del danneggiato*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.1, 2014, pag. 56; *contra* Cass. civ. Sez. III, 17-09-2010, n. 19816 in *Danno e Resp.*, 2011, 2, 146 con nota di Hazan; Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, con nota di P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. Civ. E Prev.*, fasc.1, 2009, pag. 94; Cass. 18.1.2011, n.1071, in *Dir. Ed econ. Ass.*, 2012, 173; Cass. 9.12.2010., n. 24864, in *Nuova Giur. Civ.*, 2011, 738. Ripropongono una distinzione ontologica fra danno biologico, danno morale e danno “esistenziale”, affermando al contempo l'unitarietà del danno non patrimoniale, Cass. Civ. 24 marzo 2011, n.6750, in banca dati *DeJure*; Cass. Civ. 13 maggio 2011, n.10527, con nota di P. Ziviz, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 9, 2011, pag. 1731; Cass. Civ. 10 agosto 2004, n. 15434 in banca dati *DeJure*; Cass. 22.8.2013, n.19402, in *Danno e resp.*, 2014, I, 343, con note di Ponzanelli e di Palmieri-Pardolesi; in *Danno e resp.*, 2014, 55, con nota di Monateri; Cass. 17.04.2013, n.9231, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, I, 773, con nota di Frata; Cass. Civ., 30 giugno 2011, n. 14402, in *Resp. Civile e Previdenza*, 2011, 2025, con nota di Ziviz; Cassazione civile, 23 sett. 2013, n.21716, sez. III, con nota di A. Villa, in *Diritto & Giustizia*, fasc.0, 2013, pag.1089; Cass. 17.04.2013, n.9231, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, I, 773, con nota di Frata; Cass. Civ. Sez. III, 16/05/2013 n. 11950, in banca dati *DeJure*; Cass. Civ., 12 febbraio 2013, n. 3290 in banca dati *DeJure*; Cass. Civ., 13 dicembre 2012, n. 22909, nota di T. Vincenti, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2012, pag. 1166; Cass. Civ., 23.1.2014, n.1361, nota di C.M. Bianca, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.2, 2014, pag. 0493C; Cass. Civ. 20-11-2012 n.20292, con nota di P. Ziviz, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2013, pag. 116; Cass. Civ. 16.02.2012 n. 2228, con nota di R. Savoia, in *Diritto*

& *Giustizia*, fasc.0, 2012, pag. 134. □ Giurisprudenza di merito: Tribunale Palermo, sez. III civile, sentenza 03.06.2009, in rete <http://www.altalex.com>; Tribunale Piacenza, sentenza 04.06.2009 n. 401 in <http://www.altalex.com> ; Tribunale Bari sez. III 17 marzo 2010 n. 968 in banca dati *DeJure*; Tribunale sez. I Torre Annunziata, 19/05/2014 n. 1735 in banca dati *DeJure*; Tribunale Nocera Inferiore sez. II 19 aprile 2012 n. 325 , in banca dati *DeJure*; Tribunale di Monza 24/03/2015 n. 847 in banca dati *DeJure*; Tribunale di Bari sez. III, 13/11/2014 n.5026, in *DeJure*. Tribunale di Arezzo 26 agosto 2014, n. 893, in banca dati *DeJure*.

Dottrina: L. Guffanti Pesenti, *Le lesioni di lieve entità lungo i binari sghembi di assicurazione e responsabilità civile*, in *Europa e Diritto Privato* 2014, pag. 1017, fasc.3; P. Ziviz, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, in *Resp. Civile e Previdenza*, fasc.2, 2014, pag. 390; G. Ponzanelli, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Dir. Economia assicur. (dal 2012 Dir. E Fiscalità assicur.)* fasc. 2, 2013, pag. 149; P. Ziviz, *La commisurazione del danno non patrimoniale tra tabelle giurisprudenziali e normative*, in *Resp. Civ e prev.* 2012, pag. 1075, fasc.4; F. Cassella, *Lesioni di lieve entità nella r.c. auto: illegittima la limitazione risarcitoria rispetto ai principi comunitari?*, in *Resp. Civ. E prev.* 2012, pag. 1064, fasc. 4; G. Vidiri, *La liquidazione del danno non patrimoniale: declino delle tabelle e necessaria personalizzazione del danno*, in *Giust. Civ.* 2011, pag. 141, fasc. 3; D. Chindemi *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale, equità e tabelle*, in *Resp. Civ. E prev.* 2011, pag. 198, fasc.1; G. Ponzanelli, *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. Civ. E prev.* 2012, pag. 1415, fasc. 5; P. Frati, G. Montanari, M. Di Luca Natale, *La giurisprudenza delle Sezioni Unite sul danno alla persona: et lux fuit?* In *Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. Medicina legale e dir. Sanitario)* 2009, pag. 277, fasc.2. D. Chindemi, *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. Civ. E prev.* 2009, pag. 219, fasc.1. Ziviz, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano 2011, 372 ss.; F.D. Busnelli, *Non c'è quiete dopo la tempesta*, *Riv. Dir. Civ.*, 2012, I, 129 s.; A. Palmieri e R. Pardolesi, *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale e del danno morale soggettivo*, *Foro.it*, 2013, I, 3345 s.; C. Salvi, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2014, pag. 517; S. Celentano, *Autonomia e personalizzazione del danno morale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.6, 2013, pag. 2009; D. Chindemi in *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 12, 2011, pag. 2488.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Area che usi, disciplina che trovi: area pubblica e privata, una distinzione fondamentale; 1.1. Premessa; 1.2. Azione diretta nei confronti dell'assicuratore; 1.3. Operatività della presunzione ex art. 2054 c.c.; 1.4. Natura della responsabilità per danni da circolazione stradale; 2. Danno morale sì, danno morale no: art. 139 cod. ass. fra principio di integrale riparazione del danno e divieto di duplicazioni risarcitorie; 2.1 Premessa: litigi in Cassazione; 2.2. – La pronuncia di legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.; 2.3. Il danno non patrimoniale: davvero una categoria unitaria?; 2.4. L'autonomia del danno morale; 2.5 Conclusioni.

1. Area che usi, disciplina che trovi: area pubblica e privata, una distinzione fondamentale

1.1. Premessa

Il Giudice di merito nella sentenza in commento si trova innanzitutto impegnato a stabilire in concreto se il sinistro si sia verificato in area privata *tout court*, o se l'uso che viene fatto della stessa consenta di farla rientrare nella categoria delle aree di uso pubblico, o comunque aperta a un numero indeterminato di persone. La questione è tutt'altro che meramente definitoria, come si può ben intuire. Essa rileva innanzitutto ai fini dell'ammissibilità dell'azione diretta da parte del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, e in secondo luogo per l'applicabilità del regime presuntivo di cui al comma primo del 2054.

I criteri che si sono susseguiti nel tempo per definire un'area come pubblica o privata sono innumerevoli: definitivamente superato l'orientamento per cui bisognerebbe usare il criterio formalistico della demanialità o meno della strada ¹, si è poi passati a considerare le modalità d'uso dell'area stessa, *uti singuli* o *uti cives*. Recentemente, così la Suprema Corte si è espressa: “ Ai fini della definizione di «strada», è rilevante, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del nuovo codice della strada, la destinazione di una determinata superficie ad uso pubblico, e non la titolarità pubblica o privata della proprietà. È pertanto, l'uso pubblico a giustificare, per evidenti ragioni di ordine e sicurezza collettiva, la soggezione delle aree alle norme del codice della strada. Ciò è confermato dall'ultimo inciso del comma 6 dell'art. 2, ai sensi del quale anche le strade «vicinali» sono assimilate alle strade comunali, nonostante la strada vicinale sia per definizione (art. 3, comma 1, n. 52, stesso codice) di proprietà privata, anche in caso di destinazione ad uso pubblico.”²

Tuttavia la giurisprudenza, nonostante le norme del Codice della Strada siano applicabili unicamente alla circolazione su aree pubbliche, estende l'applicazione di quelle ispirate a criteri di elementare prudenza e diligenza alle aree private. “Nei cantieri di lavoro, come in genere nelle aree private, non vigono le norme di circolazione stradale previste dal t.u. 15 giugno 1959, n. 395, data l'esplicita limitazione contenuta nell'art. 1 del predetto t.u. alla circolazione "sulle strade" e data la specifica definizione di strada come "area di uso pubblico aperta alla circolazione dei pedoni, degli animali e dei veicoli" sancita dal successivo art. 2. ”³

Nella sentenza in commento, “giacché il sinistro si è verificato, secondo le allegazioni delle parti, nell'area condominiale adibita al parcheggio delle vetture dei singoli condomini”, il Giudice da una parte esclude l'ammissibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, dall'altra applica senza indugio il 2054 co.1., che pure, come lo stesso giudice afferma, risulta operare in area appartenente ai privati “ se detta area è soggetta ad uso pubblico” e nonostante, in realtà, non sia applicabile “la presunzione di colpa di cui all'art. 2054 c.c., nel caso in cui non ricorra il detto presupposto ed il danno sia stato prodotto dal semplice spostamento di un veicolo su un'area privata, nella quale non esista traffico ed una circolazione di veicoli”⁴.

Quali sono dunque i presupposti applicativi dell'art. 18 L. n. 990 del 1969, e quali quelli dell'art. 2054? Sussiste o no corrispondenza relativamente all'ambito spaziale che comporta l'applicabilità delle due norme?

1.2. Azione diretta nei confronti dell'assicuratore

La prima problematica correlata alla qualificazione dell'area in cui si è verificato il

¹ Cass. Pen. 04.11.88 in *GI*, 1989, II, 391

² Cassazione civile, sez. II, 25 giugno 2008, n. 17350, *Mass. Giur. It.*, 2008

³ Cassazione penale sez. IV, 8 gennaio 1991, in *Riv. giur. circol. trasp.* 1992, 703.

⁴ Cass. civ., sez. III, 03 febbraio 1987, n. 965, *MGC*, 1987, 2.

sinistro come privata è l'esperibilità o meno dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, salva ovviamente l'azione extracontrattuale nei confronti del danneggiante stesso. Espressamente il campo di applicazione della norma è: strade di uso pubblico e aree ad esse equiparate. Ciò che potrebbe fungere da porta di accesso per plurime e contrastanti interpretazioni è il significato da ricondurre alla espressione "aree equiparate". Osserva a tal riguardo la S.C.⁵ come non possono comprendersi nel novero delle aree equiparate a quelle di uso pubblico, i luoghi chiusi come atri, garages, interni di stabilimenti, cantieri ecc. In tali luoghi, pur essendo infatti possibile un certo movimento di veicoli, non vi è lo scopo della tutela speciale disposta dalla legge, in assenza del requisito della destinazione all'uso pubblico. Una sentenza della Corte di Cassazione⁶, sulla scorta della migliore giurisprudenza, non considera ad esempio quali strade ad uso pubblico "le aree di una officina privata, siano esse interne od esterne (quali gli spazi privati antistanti, laterali o retrostanti, utilizzati per il parcheggio od il deposito), anche se in esse si svolge una parziale circolazione, che rimangono del tutto private ed in cui la circolazione non è consentita, indifferentemente, alla generalità dei cittadini, bensì soltanto a coloro che abbiano istituito od istituiscano uno specifico rapporto, contrattuale o meno, col titolare."

Conseguentemente, secondo tale indirizzo, "il danneggiato in un sinistro derivante dalla circolazione di un veicolo a motore in area privata non aperta al pubblico transito non può esperire, per il risarcimento del danno, l'azione diretta prevista dall'art. 18 della l. 24 dicembre 1969, n. 990, contro l'assicuratore del veicolo, atteso che tale azione è consentita solo per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore su strade di uso pubblico od aree a queste equiparate"⁷.

La stessa sentenza precisa altri due elementi: anzitutto che il principio di cui sopra non trova deroga neppure nel caso in cui l'estensione della copertura assicurativa danni anche a sinistri verificatisi sulle aree private sia prevista dalla polizza, come spesso accade, in quanto "tale patto è operativo solo nei rapporti tra le parti, cioè tra l'assicurato e l'assicuratore, ma non comporta l'applicabilità della normativa di cui alla legge sull'assicurazione obbligatoria"⁸; in secondo luogo⁹ che "al fine di riconoscere o meno l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore non deve farsi riferimento al luogo in cui si è verificato l'incidente ed il danno, bensì alla natura giuridica del luogo in cui avviene la circolazione del veicolo produttiva del danno. La precisazione assume rilievo allorché un veicolo che circoli su strada, invada per un qualsiasi motivo, sia esso volontario o meno (quale uno sbandamento a causa di eccessiva velocità od altro; una manovra di retromarcia, etc.), un'area privata, ed ivi cagioni il danno (investendo una persona, danneggiando un mezzo che vi si trovi parcheggiato, un qualsiasi altro bene o la stessa area privata). Appare ovvio che, in tal caso, l'invasione dell'area privata, volontaria o meno, si inserisce a pieno titolo nell'ambito della circolazione su strada o su area equiparata, legittimando il danneggiato all'azione diretta nei confronti dell'assicuratore."

Dunque nessuna critica può esser mossa nei confronti del Giudice di merito della sentenza in commento per aver escluso l'ammissibilità dell'azione diretta da parte del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, trattandosi di una scelta da un lato corretta sotto il profilo della corrispondenza con la normativa vigente e con le

⁵ Cass. civ., 13 giugno 1951 n. 1520, in *Resp. civ. Prev.*, 1952, 159.

⁶ Cass. 15.04.1996 n. 3538, in *Danno e Resp.*, 1996, 6, 781

⁷ Cass. 27 dicembre 1991, n. 13.925, in *Mass. Giur. It.*, 1996

⁸ L'assicurazione infatti, come qualsiasi altro contratto, spiega gli effetti esclusivamente tra le parti, le quali unicamente sono legittimate a richiedere l'adempimento delle rispettive obbligazioni (art. 1372 c.c.).

⁹ Successivamente confermata dalla sentenza n. 2791 del 24.03.99 in *Arch. Giur. Circ. Trasp.* 1999, 608

interpretazioni della stessa fornite dalla giurisprudenza di legittimità, dall'altro adeguatamente motivata.

1.3. Operatività della presunzione ex art. 2054 c.c.

Se la qualificazione dell'area come pubblica o come equiparabile ad essa è certamente presupposto necessario per l'operatività della normativa implicante azione diretta nei confronti dell'assicurazione del veicolo danneggiante, la stessa non sembrerebbe, invece, normativamente richiesta per l'applicazione della presunzione prevista al 2054 co.1 del codice civile.

Bisogna capire il fondamento giuridico dello speciale regime di responsabilità ex 2054: se esso debba essere rivenuto nella pericolosità specifica della circolazione, da intendersi però o come pericolosità connessa all'uso della strada da parte dei conducenti di veicoli¹⁰; o pericolosità connessa all'uso stesso del veicolo.

Stando a quanto riportato da Gallone¹¹, “nei primi anni '50 sia la dottrina che la giurisprudenza iniziarono ad evidenziare il carattere innovativo della norma codicistica rispetto al Testo Unico del 1933. L'art. 2054 c.c., pur mutuato dal C.d.S., una volta inserito nella disciplina dei fatti illeciti, non poteva infatti intendersi limitato alla circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate in assenza di un espresso richiamo relativamente al luogo¹².

In altre parole, la presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2054 c.c. trovava il suo fondamento nella pericolosità della circolazione con un veicolo, cioè nella natura oggettiva del mezzo usato, prescindendo quindi dalla natura del luogo ove avveniva la circolazione.

L'art. 2054 c.c. doveva quindi essere considerato una norma “universale” che si applicava a tutti quei sinistri verificatisi nelle aree fornite in concreto di circolazione, pur se non destinate al pubblico uso.”

Tali principi vengono applicati anche dalla giurisprudenza più recente: non conta l'uso pubblico o privato dell'area, ma stante la *ratio* della norma nella pericolosità intrinseca nella circolazione di un veicolo¹³, ciò che conta è che sull'area si svolga un traffico e una circolazione di veicoli o di pedoni tale da cagionare una pericolosità paragonabile a quella del traffico sulle strade pubbliche, indipendentemente dal fatto che si tratti di area privata non aperta indistintamente a tutti¹⁴.

¹⁰ La giurisprudenza di legittimità, benchè consideri sussistente la circolazione ai fini del 2054 anche in caso di autoveicolo in sosta, tuttavia ritiene necessaria la sussistenza di un particolare e specifico nesso eziologico con un determinato avvenimento attinente alla circolazione stradale.

¹¹ In nota a Cassazione civile, 19 luglio 2000, n.9496, sez. III; Cassazione civile, 11 aprile 2000, n.4603, sez. III, *L' “ambiente” della circolazione veicolare e l'azione diretta*, in Resp.Civ. E Prev., fasc. 2, 2001, pag. 369.

¹² In dottrina si veda per tutti PERETTI GRIVA, *La presunzione di colpa e le aree di circolazione*, in Riv. giur. circ., 1952, 915; ZANELLI, *L'uso pubblico delle strade e aree di circolazione quale condizione di applicabilità della presunzione di responsabilità del conducente e del proprietario del veicolo*, in Riv. giur. circ., 1952, 456; MASSARI, *I veicoli di ogni specie e il diritto del risarcimento dei danni prodotti dalla circolazione*, in Riv. giur. circ., 1951, 430; BRASIELLO, *Nozione di colpa ed eventi cagionati dalla circolazione dei veicoli*, in Riv. giur. circ., 1947, 65. In giurisprudenza si veda Cass. civ., 5 maggio 1956, n. 1446, in Resp. civ. prev., 1957, 122; Cass. civ., 14 gennaio 1953, n. 75, in Resp. civ. prev. 1953, 458; App. Torino, 1° marzo 1952, in Riv. giur. circ. 1952, 969; App. Brescia, 26 marzo 1946, in Mon. trib. 1946, 50; Trib. Varese, 15 aprile 1945, in Foro pad. 1946, 89.

¹³ La pericolosità non appare connessa alla natura dell'area quanto piuttosto “all'azione dinamica” dell'auto, si veda in tal senso Trib. Napoli, 9 maggio 1980, in Riv. giur. Circ. 1980, 985.

¹⁴ Si veda in tal senso Trib. Milano, 26 maggio 1994, in Riv. dir. sport. 1995, 649; App. Roma, 12 settembre 1979, in Riv. giur. circ., 1980, 328; Cass. civ., 21 luglio 1976, n. 2881, in Giust. civ. Mass., 1976, 1223.

Quindi, mentre per la nozione di circolazione dei veicoli di cui alla l. n. 990/1969 occorre far riferimento alle strade di uso pubblico o alle aree di proprietà pubblica o privata aperte alla circolazione del pubblico, per la nozione di circolazione di cui all'art. 2054 c.c. è sufficiente un traffico veicolare o pedonale. E ciò anche in un'area privata, come ad esempio nel cortile di uno stabilimento, ove si concreta una situazione di pericolosità paragonabile a quella propria del traffico su strada pubblica o aperta al pubblico.¹⁵

Quindi dalla giurisprudenza emerge che l'unico caso in cui la presunzione di colpa è esclusa, è quello in cui il danno sia stato prodotto in un'area privata nella quale non esiste traffico e circolazione di veicoli, come ad esempio in un fondo agricolo. Invece qualora il conducente urti in aree private un veicolo o cagioni un danno a un pedone, non si vede razionalmente il motivo per cui bisognerebbe escludere la presunzione di responsabilità¹⁶. È infatti fuor di dubbio che all'interno di un parcheggio (sia esso pubblico che condominiale), di un'autofficina o di un'autorimessa si attua un movimento di veicoli e di pedoni che vi entrano e vi escono tale da incidere comunque sulla sicurezza degli altri utenti della strada.

Ora, si capisce che tale disquisizione, che è stata totalmente ignorata dal giudice di merito che ha redatto la sentenza, è fondamentale per capire quale azione debba essere esperita dal danneggiato. Secondo quanto detto finora, sarà basata sull'art. 2054 c.c. qualora nel luogo del sinistro venga ravvisato un traffico veicolare o pedonale con una situazione di pericolosità paragonabile a quella del traffico in area pubblica. Sarà invece fondata sulla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. qualora il luogo del sinistro sia meramente privato e non sussistono le caratteristiche di cui sopra.

Ci si chiede inoltre se possa essere presa in considerazione una responsabilità ex art. 2051 c.c., in capo al soggetto che è titolare di un potere di controllo sull'area privata nella quale si verifica l'evento dannoso, per aver omesso di predisporre idonei strumenti che impedissero la circolazione. Ma tale tesi è esclusa dalla giurisprudenza¹⁷. Secondo la S.C. tale responsabilità è ipotizzabile solo ex art. 2043 c.c., con evidente svantaggio per il danneggiato, che quindi dovrà superare maggiori difficoltà probatorie.

Tanto le considerazioni svolte circa la pericolosità intrinseca dei veicoli e quanto quelle in merito al favor probatorio che risulterebbe al danneggiato dal 2054, consentono di accordare una portata "spaziale" più ampia all'operatività dello stesso, ben maggiore di quella prevista per l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante da parte del danneggiato.

Pertanto, la scelta del Giudice di merito nella sentenza in commento, pur non argomentata, appare giustificata alla luce delle considerazioni svolte in questa sede.

¹⁵ Si veda in tal senso Trib. Roma, 19 settembre 1984, in Riv. giur. circ., 1985, 83; App. Roma, 12 settembre 1979, in Riv. giur. Circ., 1980, 328. Recentemente la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 2054 c.c. all'interno di una discarica (Giud. pace Torino 2 maggio 1996, in Il Giud. di Pace, 1998, 145) e all'interno di un circolo di golf (Trib. Milano 26 maggio 1994, in Riv. dir. Sport. 1995, 649). Al contrario il Trib. Palermo (Trib. Palermo, 1° dicembre 1983, in Riv. giur. Circ., 1984, 706) ha negato l'applicabilità dell'art. 2054 c.c. per un sinistro verificatosi all'interno di uno stabilimento industriale.

¹⁶ Si veda in dottrina PERETTI-GRIVA, *La presunzione di colpa e le aree di circolazione*, in Riv. giur. Circ., 1952, 915. Secondo altro orientamento (TRICOLI, *Area equiparata a strada di uso pubblico e "responsabile del danno" tra contraddizione e incertezze*, in Ass., 1988, 177) le officine e i garage sarebbero aree sostanzialmente prive di pericolosità, in quanto la limitata circolazione che vi si svolge deriva dal controllo effettuato per il loro accesso sempre comunque motivato.

¹⁷ Cass. civ., 27 agosto 1999 n. 8997, in Giust. civ. Mass. 1999, 1893; Cass. civ., 31 gennaio 1953 n. 260, in Giust. civ. 1953, I, 364: il proprietario del fondo che non abbia impedito l'accesso all'area e non aver adempiuto l'obbligo di preservare l'incolumità dei passanti, è responsabile ex art. 2043

1.4. Natura della responsabilità per danni da circolazione stradale

L'elemento su cui si sofferma invece il giudice di merito è la presunzione di cui al co.1 del 2054 e in particolare la prova liberatoria, che nel caso di specie non è stata fornita, richiesta dallo stesso. Il 2054 infatti introduce un sistema di presunzione relativa all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, motivato certamente dalla constatazione che alla circolazione dei veicoli consegue un numero elevatissimo di eventi dannosi. Cioè il conducente di un veicolo è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

Come chiarisce F. Agnino¹⁸ “in realtà la natura della responsabilità presunta del conducente (e parimenti del proprietario e dei soggetti equiparati) è ancora piuttosto controversa. Taluni in dottrina sostengono che la norma in esame, ricorrendo al meccanismo della presunzione legale di colpevolezza ricollegabile alla semplice produzione del danno avrebbe il solo effetto processuale di invertire l'onere probatorio. Altri ritengono che la norma imponga al conducente un più elevato grado di diligenza, ricollegando la responsabilità anche alla colpa lievissima. Conseguentemente la prova liberatoria dovrà consistere nella dimostrazione di aver tenuto un comportamento non solo esente da colpa, ma anche particolarmente oculato e prudente, oltre il parametro della normale diligenza.” Il fondamento colposo della responsabilità è invece sostenuto in modo piuttosto uniforme dalla giurisprudenza, secondo cui la presunzione stabilita dall'art. 2054 c.c., non pone a carico del conducente una ipotesi di responsabilità oggettiva, ma una responsabilità presunta da cui il medesimo può liberarsi esclusivamente dando la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. Il carattere di tale presunzione è relativo, infatti il conducente può provare la mancanza di colpa, ma tale prova deve consistere nella dimostrazione di aver adoperato tutti gli accorgimenti e le misure idonei ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso, di modo che risulti spezzato il nesso eziologico fra il danno e la condotta del conducente. La ratio di tale presunzione consiste, com'è evidente, nell'accordare maggior tutela ai terzi estranei all'uso del veicolo contro i rischi derivanti dalla circolazione stradale. Pertanto, per vincere tale presunzione, il conducente del veicolo, pur non essendo tenuto a fornire la prova di una diligenza eccezionale, deve in ogni caso dimostrare di avere osservato tutte le norme della circolazione stradale nonché tutte le precauzioni che una persona di normale avvedutezza avrebbe adottato nelle particolari circostanze della fattispecie concreta. Ma qual è quindi il grado di diligenza richiesto al conducente? La giurisprudenza è per lo più propensa ad esigere dal conducente, sulla falsariga del codice della strada, la diligenza del buon padre di famiglia e non invece una diligenza più severa. Ne deriva la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa quando il comportamento del conducente diverge in modo notevole da quello che, secondo parametri deducibili dalla normale esperienza della circolazione stradale, viene tenuto dal conducente medio. Si afferma, in particolare, che “la prova liberatoria non va intesa nel senso di dover dimostrare l'impossibilità o la diligenza massima, bensì di avere osservato, nei limiti della normale diligenza, un comportamento esente da colpa e conforme alle regole del codice della strada, da valutarsi dal giudice con riferimento alle circostanze del caso concreto”¹⁹.

Nel caso di specie viene in rilievo un particolare aspetto attinente alla prova liberatoria, e cioè la prevedibilità del danno, effetto del comportamento del conducente, e di conseguenza l'evitabilità dello stesso. In altre parole il conducente per potersi liberare

¹⁸F. Agnino, *Questioni varie in tema di danni da circolazione stradale*, in *Corriere Giur.*, 2014, 8-9. 1129

¹⁹ Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2006, n.10031, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

dalla presunzione di colpa, deve dimostrare che l'evento era assolutamente imprevedibile e quindi inevitabile. L'effettiva impossibilità di evitare l'evento di cui all'art. 2054 è stato individuato, da sempre ²⁰, in un movimento del pedone così rapido, inaspettato ed imprevedibile che questi si è trovato improvvisamente e a distanza così breve innanzi al veicolo, da rendere inevitabile l'investimento; sempre che il conducente abbia tenuto un comportamento oculato e prudente, fino ai limiti estremi della diligenza. La prevedibilità, in presenza di bambini che giocano a pallone nel parcheggio condominiale, risulta essere lampante e in ogni caso non è stata fornita alcuna prova liberatoria da parte del conducente, “né può ricavarsi indirettamente tale prova dalla deposizione della madre del conducente, tenuto conto sia del rapporto di stretta parentela col convenuto sia del contrasto insanabile tra le deposizioni testimoniali” come il giudice stesso afferma. Da cui l'affermazione di responsabilità del conducente.

2. Danno morale sì, danno morale no: l'art. 139 cod. ass. fra principio di integrale riparazione del danno e divieto di duplicazioni risarcitorie

2.1 Premessa: litigi in Cassazione

Dopo aver sbrigato in poche righe la questione dell'*an* della responsabilità e giunto al punto di dover determinare i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesioni micropermanenti, il Giudice di merito appare dilaniato, a ragione e con ogni evidenza, da un dubbio di fondamentale importanza ai fini della determinazione del *quantum* risarcitorio: se si debba o meno considerare compresa nella tabella normativa prevista dall'art. 139 cod. ass. “quella voce di danno riguardante la sofferenza psichica, cioè la vecchia figura del danno morale soggettivo” o se al contrario essa vada risarcita per via autonoma.

Tale dubbio trova la sua ragion d'essere nell'evidente contrasto emerso in seno alla Corte Suprema e richiamato dalla stessa sentenza in commento, con riguardo alle due pronunce Cass. n. 19816/10 e Cass. 7.6.2011 n.12408, che propongono in merito a tale questione soluzioni diametralmente opposte. Quanto alla prima, essa ha affermato che la tabella normativa non prevede la liquidazione del danno morale, in quanto il legislatore (in relazione al precedente art. 5 della L. n. 57 del 2001) detta i criteri di liquidazione limitatamente al danno biologico, ma non esclude che il giudice di merito possa integrare quella liquidazione per risarcire anche le sofferenze morali subite dal danneggiato. La seconda si pronuncia nel senso di considerare quei criteri imperativi e tali da precludere la possibilità di una liquidazione autonoma del danno da sofferenza con un aumento dell'importo base in misura superiore al 20%.

Appare quanto mai evidente come una situazione di questo tipo non sia affatto corrispondente alla funzione nomofilattica della suprema corte e presenti ulteriori profili deleteri sul piano della certezza del diritto, valore da considerarsi tutt'altro che secondario nell'ordinamento giuridico.

Il giudice di merito trincerava la propria decisione riportando le argomentazioni che la Corte costituzionale ha addotto per sostenere la legittimità del 139 cod. ass., ritenendo così di doversi conformare all'enunciazione per cui il “danno morale rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza fisica o psichica per sua natura intrinseca costituisce componente”.

Dunque per poter aprire le porte ad una soluzione alternativa, appare necessario

²⁰ Cass. 2 dicembre 1986 n. 7113. in *Foro it.*, 1986, voce Circolazione stradale, n. 160; Cass. 27 aprile 1990, n. 3554 in *Arch. giur. circ. sin.*, 1990, 853; Cass. 16 giugno 1993 n. 6707, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce cit., n. 164.

ripercorrere anche in questa sede il ragionamento della Corte costituzionale, in un'ottica più critica. Si procederà, poi, con considerazioni che vanno ben più a monte nell'analisi della questione, in particolare ci si interrogherà sulla opportunità o meno della stessa concettualizzazione unitaria del danno non patrimoniale, realizzata dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2008.

2.2. La pronuncia di legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.

Con sentenza del 16.10.2014, n° 235, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'art. 139 d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle assicurazioni), respingendo in modo lapidario tutte le censure avanzate dai giudici rimettenti e così sancendone la definitiva conformità alla Carta costituzionale. Le questioni di legittimità sono state poste da quattro differenti ordinanze – formulate, rispettivamente, dal Giudice di pace di Torino²¹, dal Tribunale di Tivoli²², dal Tribunale di Brindisi²³, e dal Giudice di pace di Recanati – in cui si evidenziavano vari profili di illegittimità con riguardo al sistema risarcitorio normativamente previsto a favore delle vittime di micro invalidità provocate da sinistri stradali. A prescindere dai plurimi profili di illegittimità che pur meritano approfondite considerazioni, ciò che in questa sede si vuole porre in maggior rilievo attiene alla questione – che nella sentenza della Corte costituzionale sembra essere relegata allo sfondo – se la disciplina dell'art. 139 cod. ass. sia o meno comprensiva del danno morale²⁴. Ripercorriamo quindi brevemente i primi per poi passare alla seconda.

Il primo profilo di incostituzionalità che qui consideriamo attiene alla violazione dell'art. 3 Cost., a causa di una “disparità di trattamento – che, in presenza di identiche (lievi) lesioni, potrebbe conseguire, in danno delle vittime di incidenti stradali, dalla applicazione della normativa impugnata, in quanto limitativa di una presunta maggiore tutela risarcitoria riconoscibile a soggetti che quelle lesioni abbiano riportato per altra causa”²⁵. A tal proposito i giudici della Consulta negano, in radice, la sussistenza di un regime di sfavore per le vittime della strada, affermando che “la tutela risarcitoria dei danneggiati da sinistro stradale è, viceversa, più incisiva e sicura, rispetto a quella dei danneggiati in conseguenza di eventi diversi”, poiché “solo i primi, e non anche gli altri, possono avvalersi della copertura assicurativa, *ex lege* obbligatoria, del danneggiante – o , in alternativa, direttamente di quella del proprio assicuratore – che si risolve in garanzia dell'*an* stesso del risarcimento”.

Tuttavia non sembra così scontato che un risarcimento certo ma parziale, cui darebbe luogo l'applicazione della disposizione impugnata, possa risultare preferibile a un ristoro magari incerto ma integrale. Infatti certezza e integralità non sembrano fattori atti a compensarsi vicendevolmente. Al contrario, una volta che l'ordinamento ritiene che un danno sia meritevole di essere ristorato, la responsabilità civile tratta certezza e integralità come obiettivi autonomi da realizzare contestualmente.

²¹ V. Giud. Pace Torino, 21 ottobre 2011, (ord.), in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, 570, con nota di Aiello, la predeterminazione legale del danno alla persona verso un nuovo scrutinio della Consulta, in *Danno resp.*, 2012, 439, con nota di Ponzanelli, *L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte costituzionale*.

²² Trib. Tivoli, 21 marzo 2012, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, 1314; in *Danno resp.*, 2012, 997, con nota di Ponzanelli, *Ancora sulla presunta incostituzionalità dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni*.

²³ Trib. Brindisi, Sez. Ostuni, 3 aprile 2012 (ord.), in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, 1294; in *Danno resp.*, 2012, 1002, con nota di Ponzanelli.

²⁴ La querelle nasce dalla formulazione dell'art. 139 cod. ass. che, sulla scorta del precedente art. 5, l. 57/2001, fa riferimento espresso al solo “danno biologico”.

²⁵ Sent. Corte cost. n. 235 del 16/10/2014, par. 9.

Va aggiunto che se è vero che il risarcimento nell'ambito della circolazione stradale è più sicuro nell'*an*, ciò va attribuito alla circostanza per cui, in questo specifico settore, l'ordinamento realizza l'obiettivo di socializzare il costo dei danni imponendo ai titolari di un veicolo a motore il pagamento di un premio come condizione necessaria perché esso sia messo in circolazione. In altre parole se i danneggiati della circolazione possono avvalersi della copertura assicurativa *ex lege* obbligatoria, questo è grazie a un sistema che impone la previa corresponsione di una somma di denaro. Sicché la certezza dell'*an* del risarcimento è conseguenza dell'imposizione della legge del pagamento di un corrispettivo e non si capisce come tale fatto sia idoneo a giustificare la compressione del diritto alla salute cui l'art. 139 cod. ass. finisce per dare luogo.

Sempre con riferimento all'art. 3 Cost, viene evidenziata un'altra violazione, per cui “gli introdotti limiti tabellari non consentirebbero di tenere conto della diversa incidenza che pur identiche lesioni possano avere nei confronti dei singoli soggetti”²⁶. Cioè si censura il fatto che l'art. 139 non consente adeguata personalizzazione del danno. Tale profilo di pretesa violazione viene considerato dalla Corte frutto di una svista, poiché “trascura di dare adeguato rilievo alla disposizione di cui al comma 3 del denunciato art. 139 cod. ass. in virtù della quale è consentito al giudice aumentare fino a un quinto l'importo liquidabile ai sensi del precedente co.1, con equo e motivato apprezzamento, appunto, delle condizioni soggettive del danneggiato”²⁷.

Ma tale affermazione, purtroppo, non consente di superare la disparità di trattamento, poiché ciò che si è messo in rilievo non è il difetto assoluto di personalizzazione, quanto la previsione di un limite, quello del 20%, entro il quale è ingabbiata discrezionalità del giudice²⁸, limite che opera soltanto nello specifico contesto dei danni da circolazione stradale. Risulta cioè innegabile che con l'art. 139 cod. ass. si operi una vera e propria distinzione fra due classi di danneggiati. I primi possono beneficiare del potere valutativo del giudice nella quantificazione del danno, secondo le regole generali di responsabilità civile. I secondi, pur avendo pagato il premio assicurativo, si trovano invece costretti a subirne una determinazione filtrata da regole speciali che, in definitiva, comprimono il loro diritto al risarcimento.

Il secondo nodo essenziale della discussione verte sulla legittimità della determinazione di un tetto invalicabile al risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità²⁹.

²⁶ Corte cost. 16-10-2014 n. 235, par. 9.

²⁷ Corte cost. 16-10-2014 n. 235, par. 9.

²⁸ Chiarisce il Giudice di pace di Torino nell'ordinanza di rimessione 24-10-2011 che, “come... si è appena rilevato il danno patito dall'attore verrebbe valutato con i criteri di cui all'art. 139 in euro 1.450,14 per il danno biologico oltre ad euro 290,02 per l'incremento di cui al comma 3 di detta norma e così in totale euro 1.740,16, contro un importo di euro 2.578,75, solo per il danno biologico e quindi al netto dell'incremento corrispondente alla personalizzazione del danno, laddove si faccia riferimento alle tabelle di Milano”: nelle quali, deve aggiungersi, la percentuale di personalizzazione è più elevata rispetto a quella di cui al co.3 dell'art. 139 cod. ass. e, per di più, essa non preclude al giudice di quantificare il danno anche secondo altri parametri difforni dalle tabelle, ove vi siano prove tali da giustificare lo scostamento (Cfr. i “*Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale*” a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile del tribunale di Milano, reperibili sul sito www.ordineavvocatomilano.it).

²⁹ A tal proposito la Consulta rammenta come già in passato sia stata considerata costituzionalmente compatibile la limitazione prevista in ordine alla responsabilità del vettore aereo con riguardo ai danni alla persona, alla luce della composizione fra le esigenze del danneggiato e il valore dell'iniziativa economica privata. Si tratta della precedente decisione della Corte, la 6-5-1985 n. 132: anche in quel caso, infatti, si discuteva di una norma (l'art. 22 della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 e s.m.) il cui contenuto era reputato dal rimettente in contrasto con gli artt. 2, 32 e 3 della Costituzione; e anche in quel caso si contrapponeva alla necessità di offrire adeguato ristoro al danno alla persona, l'urgenza di non gravare eccessivamente le compagnie aeree di costi, al fine di favorirne il pieno sviluppo e il consolidamento economico. Per ulteriori considerazioni si rimanda a Guffanti Pesenti, *La Corte*

La valutazione circa la costituzionalità di tale limitazione viene operata dai giudici costituzionali evocando il principio secondo cui il diritto all'integrale risarcimento del danno non deve essere considerato come valore assoluto e intangibile, ma verificando la ragionevolezza di un possibile contemperamento che tenga conto di altri valori. Si ripercorre cioè lo schema di ragionamento abituale della Consulta, secondo un necessario bilanciamento tra diritti inviolabili della persona e dovere di solidarietà, in applicazione di un principio reso rilevante dalla Cassazione, in attuazione dell'art. 2 Cost.³⁰. Cioè “l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi”³¹. Alla luce di tale necessità la Corte costituzionale conclude che i criteri di liquidazione del danno previsti dal 139, in quanto riferite al “solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità”, risponde a un criterio di ragionevolezza.

In altri termini, secondo i giudici costituzionali un bilanciamento che sacrifica, da un lato, il diritto all'integrale risarcimento del danno (della cui problematicità con riferimento in particolare al danno non patrimoniale si farà riferimento più tardi) per soddisfare, dall'altro, l'interesse degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi, soddisfa il criterio della ragionevolezza. Si deve osservare che l'effetto auspicato (di avere un livello sostenibile di premi assicurativi) non è affatto garantito, visto che il 139 non prevede alcuno strumento legislativo finalizzato a calmierare i premi assicurativi, tant'è vero che i relativi importi hanno continuato ad aumentare.

Ma soprattutto un bilanciamento di questo tipo è inammissibile dal momento che in realtà su uno dei due piatti della bilancia non vi è il principio all'integrale risarcimento del danno, ma il diritto alla salute. Cioè si sacrifica un interesse costituzionalmente protetto per favorire un interesse di carattere economico, quando invece il primo può essere bilanciato soltanto con un altro valore della medesima caratura.³²

Veniamo adesso alla questione che più rileva ai fini di una soluzione che si discosti da quella condivisa dal Giudice del Tribunale di Pisa nella sentenza in commento: la liquidabilità del danno morale per via autonoma.

Con riguardo alla violazione degli articoli 2 e 32 Cost., i rimettenti avevano sollevato anche la censura inerente alla “non prevista liquidabilità del danno morale”, che quindi a loro avviso era esclusa³³.

Alla luce della giurisprudenza della Cassazione che, nel 2008, ha ridisegnato i rapporti tra le voci di danno non patrimoniale, la Corte costituzionale ha potuto affermare l'infondatezza della questione per erroneità della sua premessa interpretativa. La Consulta infatti rammenta che “ con la sentenza n.26972 del 2008, le sezioni unite della

costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute, Europa e Diritto Privato, fasc. 4, 2014, pag. 1392, par. 2.

³⁰ L. Guffanti Pesenti, *La Corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, Europa e Diritto Privato, fasc. 4, 2014, pag. 1393, par. 2, che “il filtro di tollerabilità non ha ragione di operare in un contesto in cui si discute della (sola) quantificazione di danni che è lo stesso legislatore ad avere reputato degni di risarcimento e che dunque, già per via legislativa, sono stati collocati al di là del limine di sopportabilità imposto dalla Costituzione ai cittadini.”

³¹ Sent. Corte cost. 6-10-2014 n.235, par. 6.

³² Sotto questo profilo, la Corte richiama un ulteriore tipo di bilanciamento, ispirandosi alle indicazioni formulate dalle Sezioni Unite in ordine alla possibilità di procedere a una compressione dei diritti inviolabili fondata sul dovere di solidarietà spettante a ciascun consociato. Esso non si adatta per nessun verso a giustificare il sacrificio imposto alle vittime di microlesioni dall'art. 139 cod. ass., così come illustrato da Ziviv, *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 6, 2014, pag. 1842 par.2.

³³ Corte cost. 16-10-2014 n. 235, par. 10.1

Corte di cassazione hanno ben chiarito come il cosiddetto “danno morale” rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente”. Ma se del 2059 viene data un'interpretazione per cui si prende atto “la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile ... del danno non patrimoniale ... rientra nell'area del danno biologico del quale costituisce componente”, da ciò non consegue che tale nuova tassonomia valga anche retroattivamente per una norma che quando fu posta considerava ancora le due voci di danno separatamente, e che si riferiva espressamente al solo danno biologico³⁴.

La tabella ex 139 cod. ass., anche se riferita a una concezione del pregiudizio non patrimoniale anteriore a quella unitaria affermata dalle Sezioni Unite del 2008, viene ritenuta applicabile non solo alla componente biologica, ma anche a quella morale del danno, accogliendo una tesi anticipata dalla S.C. nella sent. n. 12408/2011³⁵. E tali affermazioni vengono confermate dai giudici costituzionali, attribuendo valenza retroattiva al principio pronunciato dalle SS.UU. nel 2008.

L'assunto secondo cui il danno morale viene assorbito nel danno biologico implica, di conseguenza, che la relativa liquidazione debba aver luogo nell'ambito del sistema tabellare. Il che significa che il pregiudizio morale viene confinato anch'esso, per la relativa liquidazione, entro i limiti della tabella normativa. Si perviene, in tal modo, a una compressione di tale posta che conduce a una sostanziale cancellazione della stessa. Inoltre, a differenza di quanto è avvenuto, in sede giurisprudenziale, a seguito dell'accoglimento della nozione unitaria di danno non patrimoniale, le tabelle ex 139 cod. ass. non sono state aggiornate. Il che significa che lo strumento elaborato per misurare esclusivamente la componente biologica del pregiudizio diviene il riferimento per la liquidazione complessiva del danno non patrimoniale sofferto dalla vittima di lesioni alla salute di lieve entità³⁶.

A prescindere dalle numerose pronunce successive al 2008 da parte dei giudici di legittimità volte a ribadire l'autonomia delle voci di pregiudizio, è sufficiente far riferimento al dato normativo: la nozione di danno biologico cui fa riferimento l'art. 139 cod. ass. esclude qualsiasi richiamo alle ripercussioni di ordine morale, come conferma l'iter legislativo che ha portato a tale definizione³⁷.

Infatti nella prima versione del progetto di legge riguardante le lesioni di lieve entità – sfociato nell'art. 5 della legge 5 marzo 2001, n.57 – si ribadiva la netta distinzione tra danno biologico e danno morale, prevedendo una specifica disposizione con riguardo a quest'ultimo pregiudizio, la quale stabiliva che lo stesso fosse liquidato in una misura massima del 25% rispetto al danno biologico. Tale indicazione venne in seguito

³⁴ Di tale ultimo profilo si è occupata la giurisprudenza della Cassazione già richiamata in premessa al commento, che tuttavia non avendo ancora raggiunto un'opinione unanime, “non sembra avere acquisito la consistenza necessaria per assurgere a “diritto vivente”: quella solidità, cioè, che esso deve avere al fine di fornire appiglio adeguato al giudizio di legittimità costituzionale” Secondo quanto osserva L. Mengoni, *Diritto vivente*, Dig, disc. Priv. Sez. civ. (Torino 1990), 449.

³⁵ V. Cass. Civ., 7 giugno 2011, n. 12408, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2011, 2018, con nota di Ziviz, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*; in Danno resp., 2011, 939, con note di Hazan, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)*; e di Ponzanelli, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*.

³⁶ Secondo Patrizia Ziviz in *Prima furon le cose, e poi i nomi*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc. 6, 2014, pag. 1842, “si smentisce così un'indicazione ben precisa, perorata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui il giudice è tenuto a verificare se le tabelle applicate siano fondate su parametri che tengano conto di tutti i profili del danno, al fine di garantire l'integralità del risarcimento e si finisse per svilire la liquidazione riducendola ad un “frettoloso calcolo ragionieristico del tutto sganciato dalle specificità del caso concreto”.

³⁷ Richiamato in nota 53.

stralciata, con lo specifico intento di sopprimere in sede liquidatoria ogni limitazione con riguardo al patema d'animo, da risarcirsi quale posta autonoma sottratta a calcoli di tipo tabellare. Pertanto deve concludersi che la norma confluita nel Codice delle assicurazioni disciplina esclusivamente il danno biologico come voce distinta del danno morale.

Posto che la Corte costituzionale, deliberatamente ignorando il dato normativo appena illustrato, ha confermato la retroattività del principio di unitarietà del danno non patrimoniale affermato dalle sentenze delle Sezioni unite del 2008, non ci resta che passare ad altro ordine di considerazioni: l'opportunità della stessa concettualizzazione unitaria del danno non patrimoniale.

2.3. Il danno non patrimoniale: in che senso una categoria unitaria?

Il danno non patrimoniale “costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie”³⁸.

La nettezza con cui la Cassazione nel 2008 ha affermato tale *reductio ad unitatem* non ha tuttavia trovato corrispondenza né in seno alla giurisprudenza, né in seno alla dottrina. Per Cass. 2285/2013 il danno morale e il danno “dinamico relazionale” vanno liquidati autonomamente dal danno biologico, mentre per Cass. 21716, 11950, 3290/2013 ciò costituirebbe un’inammissibile “duplicazione risarcitoria”³⁹.

Sarebbe quindi utile ripercorrere il percorso argomentativo svolto dalle sentenze del 2008 riprendendo un ragionamento svolto da C. Salvi⁴⁰. La Cassazione, definendo il danno non patrimoniale come unitario, sovrappone il piano della tipicità dello stesso con la definizione concettuale della categoria. Dal principio di tipicità speciale del danno non patrimoniale consegue che non tutti i danni ingiusti, che sarebbero risarcibili se patrimoniali, in base all'art. 2043, determinano il diritto al risarcimento anche per il danno non patrimoniale; ma solo quelli per cui tale tutela è espressamente prevista dalla legge, o è desunta dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059. Ma non si deve fare l'errore di dedurre da tale principio di tipicità l'implicazione che esista un unico “tipo” di danno non patrimoniale.

Al contrario, i tipi o modelli in seno allo stesso differiscono fra di loro, perché hanno funzioni diverse. Consideriamo le ipotesi principali di danno non patrimoniale risarcibile: il danno biologico e il danno da lesione dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti.

Tra i due esiste una differenza notevole: infatti nel secondo il valore della solidarietà per la vittima, operante per il danno biologico, non può dispiegarsi pienamente, perché devono essere utilizzati altri criteri di valutazione per accertare che l'interesse della vittima prevalga su quello del convenuto: gravità della condotta ed entità dell'offesa, comparazione in concreto degli interessi costituzionali configgenti. E tali elementi servono anche per la determinazione del *quantum* risarcitorio. Le logiche cui rispondono questi due tipi di danno sono diverse: l'una satisfattiva-consolatoria o satisfattiva-

³⁸ Cass. 26972-5 del 2008.

³⁹ Quanto alla dottrina, per tutti F.D. Busnelli, *Non c'è quiete dopo la tempesta*, Riv. Dir. Civ., 2012, I, 129 s.; A. Palmieri e R. Pardolesi, *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale e del danno morale soggettivo*, Foro.it, 2013, I, 3345 s.

⁴⁰ C. Salvi, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in Europa e Diritto Privato, fasc.2, 2014, pag. 517.

solidaristica, l'altra compensativa.

D'altronde la stessa responsabilità civile⁴¹ come tutti gli altri istituti del diritto civile, non può ricostruirsi in termini unitari ma la sua disciplina va rapportata alla natura del danno e degli interessi lesi, oltre che alla qualità dei soggetti coinvolti. Alla responsabilità civile in sostanza non potrà riconoscersi un' unica funzione ma una pluralità di funzioni, quanti sono i criteri di determinazione e imputazione, oltre che i diversi interessi che da un fatto illecito possono essere pregiudicati. Se così è, conseguentemente anche le funzioni del danno non patrimoniale non potranno ricondursi ad unitarietà ma andranno rapportate alla tipologia del danno non patrimoniale, ai criteri di liquidazione utilizzabili, alla considerazione dei soggetti coinvolti. Pertanto una unitaria nozione "ontologica" del danno non patrimoniale non esiste. L'espressione danno non patrimoniale riassume le ipotesi in cui l'ordinamento per ragioni diverse, prevede tutela risarcitoria, indipendentemente da una perdita economica⁴².

La *reductio ad unitatem* di cui qui si discetta è prettamente normativa, e il suo tasso di politicità emerge soprattutto dalle diverse soluzioni adottate in prospettiva tanto diacronica quanto sincronica negli ordinamenti giuridici contemporanei⁴³.

L'unica connotazione unitaria da attribuire all'espressione "danno non patrimoniale" è in senso negativo, *per differentiam* rispetto al danno patrimoniale, nel senso che essa indica semplicemente tutte le ipotesi in cui l'ordinamento giuridico assicura la tutela risarcitoria pur non essendoci una perdita economica in capo all'attore.

Chiarito il senso dell'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale, bisogna ammettere l'esistenza all'interno della stessa di singole fattispecie di danno, (questa volta sì) ontologicamente eterogenee poiché deputate a tutelare differenti situazioni e differenti valori costituzionalmente rilevanti. E una volta ammessa, come si ammette, l'esistenza di una categoria autonoma di danno non patrimoniale come quella del danno biologico, non si capisce perché non si debba poter ammettere la coesistenza del danno morale, come autonoma posta da risarcire perché corrispondente a pregiudizi diversi rispetto a quelli biologici. E a maggior ragione non si capisce perché nell'applicazione del 139 del Codice delle assicurazioni, si debba effettuare un'illogica operazione di assorbimento della categoria del danno morale (di cui quindi si ammette l'esistenza) all'interno del danno biologico, trattandosi di due voci di danno, pur ricomprese in una categoria "unitaria" che è quella del danno non patrimoniale, ontologicamente e

⁴¹ Critico sulla pluralità di funzioni riconosciute alla responsabilità civile M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul "concetto" di danno aquiliano*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2004, 211 ss., il quale rileva che la "tecnica di escogitare sempre nuove funzioni della responsabilità al fine di agevolare un ingresso della responsabilità aquiliana, non sembra proprio un buon metodo" mentre sarebbe preferibile distinguere la "funzione giuridica di un istituto dalla sua efficacia sociale".)

⁴² Ampiamente trattato in C. Salvi, *La responsabilità civile* cit., 59 s.

⁴³ "La diversità di soluzioni deriva probabilmente dal peso diverso che nell'affermazione del capitalismo hanno avuto le diverse classi sociali e le corrispondenti ideologie. Più ampia risarcibilità del danno morale si è affermata là dove la nascita del nuovo sistema giuridico è informata all'egemonia dei valori della borghesia, come in Francia e negli USA (a differenze dell'Inghilterra). Mentre le maggiori ostilità vengono, prima che nascano i sistemi socialisti, nell'esperienza tedesca – dal codice prussiano del 1794 al BGB – per il ruolo dell'ideologia, propria di ceti feudali e aristocratici, del dolore e dell'onore come beni non monetizzabili. Tale ideologia venne poi considerata una caratteristica nazionale germanica [...]. Può così intendersi come la retorica anti borghese del fascismo potesse similmente indicare nell'analoga soluzione accolta dal Codice del 1942 l'espressione di un principio proprio della "civiltà giuridica nazionale", forzando l'effettiva esperienza storica, che non aveva mancato di subire gli influssi, sotto il Codice abrogato, dell'evoluzione, favorevole alla risarcibilità, del sistema francese" da C. Salvi *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in Europa e Diritto Privato, fasc.2, 2014, pag. 517

funzionalmente diverse.

2.4. L'autonomia del danno morale

Prima delle sentenze di San Martino il danno morale era certamente considerata una voce autonoma di danno non patrimoniale, e non una componente del danno biologico. Le sentenze di San Martino, invece, hanno negato la valenza autonoma del danno morale, relegandolo al rango di sottocategoria, specificando che “la limitazione alla tradizionale figura del c.d. Danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c., né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano dell'adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo [...]”⁴⁴

E ancora “Definitivamente accantonata la figura del c.d. danno morale soggettivo, la sofferenza morale, senza ulteriori connotazioni in termini di durata, integra pregiudizio non patrimoniale. Deve tuttavia trattarsi di sofferenza soggettiva in sé considerata, non come componente di un più complesso pregiudizio non patrimoniale. Ricorre il primo caso ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti, ad esempio dalla persona diffamata, o lesa nella identità personale, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente. Determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suindicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo.”⁴⁵

Ma come già detto in precedenza, la stessa Cassazione si è discostata dalle Sezioni Unite di San Martino, e ciò alla luce anche di principi internazionali che tutelano l'integrità morale della persona, specificamente individuati nell'art. 2 Cost, nell'art. 1 della Carta di Nizza⁴⁶ e nel Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia con l. 2 agosto 2008, n.190, che definiscono la dignità umana come la massima espressione della sua integrità morale e biologica. Allo stesso modo, molte altre sentenze successive hanno affermato l'autonomia logica del danno morale, derivante dalla diversità del bene protetto, effettuando un ritorno all'orientamento pre Sez. Unite del novembre 2008 .

Secondo la Suprema Corte ⁴⁷ “la sfera della integrità morale è ontologicamente diversa dalla sfera individuale della salute, ma non è di minor valore risarcitorio, posto che la Costituzione non prevede il maggior valore della salute rispetto alla menomazione della sfera morale”. Tale affermazione da una parte pone un distinguo fra il bene giuridico tutelato dagli artt. 2, 3, 32 cost, e attribuisce a ogni fattispecie una specifica qualificazione, dall'altra parifica le due sfere dell'integrità morale e quella dell'integrità psicofisica, che in tal modo rilevano ciascuna autonomamente e di conseguenza sono necessari risarcimenti che conseguono alle loro lesioni.

Rebus sic stantibus, cosa bisogna farne del c.d. 'danno morale'? Cancellarlo del tutto, ignorando la giurisprudenza che continua ostinatamente a farne uso perché semplicemente incapace di “liberarsi da questa prigionia definitoria”⁴⁸?

⁴⁴ Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, par. 2.10 in banca dati *Dejure*.

⁴⁵ Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, par. 4.8 in banca dati *Dejure*.

⁴⁶ Cass. 12 dicembre 2008, n. 29191 in Resp. Civ., 2009, 811.

⁴⁷ Cass. Civ., 28 ottobre 2010, n.22022, in www.dirittoegiustizia.it

⁴⁸ Ponzanelli, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*, nota a sent. Cass. Civ. Sez. III, 12 sett. 2011, n.18641, in *Danno e Resp.*, 2012, 1, 13.

Parte della dottrina⁴⁹ adotta una soluzione che media fra il principio di integrale riparazione del danno e il divieto di duplicazioni risarcitorie. Si sostiene cioè che la Corte, quando con pronuncia del 2008 ha ribadito la necessità di integrale riparazione del danno non patrimoniale⁵⁰ e al tempo stesso che non debbano esistere tuttavia duplicazioni del ristoro, abbia voluto intendere che queste ultime in concreto rischiano di essere realizzate soltanto quando il danno morale non è più inteso come pregiudizio non patrimoniale di natura transeunte, ma sfocia in una vera e propria deriva patologica e quindi è diventa vero e proprio pregiudizio alla salute, pertanto coincidente col danno biologico. In tal caso esso riceverebbe effettivamente duplice tutela risarcitoria sia attraverso quella tradizionalmente accordata al pregiudizio di natura c.d. biologica, che a quello c.d. morale.

Il rischio di duplicazione, al contrario, non ha ragione di essere paventato quando la tutela susseguente alla lesione del diritto alla salute (danno c.d. biologico, inteso propriamente come lesione dell'integrità psico-fisica del soggetto) sia affiancata da quella accordata al differente e autonomo diritto all'integrità morale, poiché l'evento lesivo ha pregiudicato anche la sfera più propriamente emotiva transeunte, senza però determinare patologie o degenerazioni.

Pertanto in queste ultime ipotesi, se si attribuisce al danneggiato un duplice risarcimento (l'uno per il danno morale *tout court*, non sfociato in patologie o degenerazioni, e l'altro per il danno biologico cioè danno alla salute) non si incorre in duplicazione del ristoro⁵¹. Appare erronea la contemporanea liquidazione del danno biologico e del danno morale solo se “attraverso il ricorso al danno biologico e al danno morale, siano state risarcite due volte le medesime conseguenze pregiudizievoli (ad esempio ricomprendendo al sofferenza psichica sia nel danno “biologico” che in quello “morale”); e se invece facendo riferimento alle tradizionali sottocategorie il giudice abbia avuto riguardo a pregiudizi concretamente diversi, la decisione non può considerarsi erronea in diritto⁵². Tornando alla liquidabilità del danno morale specificamente ex 139, il Codice delle assicurazioni (artt. 138 e 139 d.lgs. n.209/2005) definisce il danno biologico quale “lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da

⁴⁹ S. Celentano, *Autonomia e personalizzazione del danno morale*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.6, 2013, pag. 2009

⁵⁰ V., da ultimo, Cass. Civ., 18 novembre 2014, n.24473, www.dirittifondamentali.it; in generale, sulla necessità di risarcire tutti i profili del pregiudizio e di procedere alla considerazione, in sede di personalizzazione del danno, di quegli aspetti non compresi nelle tabelle v. Cass.civ., 30 giugno 2011, n. 14402, in Resp. Civile e Previdenza, 2011, 2025, con nota di Ziviz.

⁵¹ “Dunque occorre isolare le ipotesi in cui il rischio di duplicazione sussiste, alle meno frequenti circostanze in cui l'originaria sofferenza (valutata sic et simpliciter senza alterazioni patologiche) per effetto di variabili a priori non identificabili, venga assorbita nel pregiudizio alla integrità psicofisica come conseguenza di una sua evoluzione degenerativa in forme patologiche tali da rafforzare in pejus il pregiudizio patito da tale valore costituzionale. In tali rare ipotesi, va dunque accordata al danneggiato un'unica forma risarcitoria, non perché si voglia negare l'autonomia del pregiudizio meramente morale, ma perché tale pregiudizio nello specifico è evoluto in senso degenerativo in lesione all'integrità psicofisica e dunque andrà valutato – a fini risarcitori – quale componente della voce di danno alla salute, proprio per evitare che, affermandone la autonomia nonostante la degenerazione suddetta, il danneggiato ottenga ingiustificate duplicazioni dei meccanismi risarcitori. Qualora invece il pregiudizio dell'integrità morale mantenga a sua autonomia di mera sofferenza transeunte e non degenerata in forme di lesione della integrità psicofisica, ne andrà invece affermata la piena autonomia rispetto a quest'ultima con conseguente autonomo risarcimento.” di S. Celentano, *Autonomia e personalizzazione del danno morale*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.6, 2013, pag. 2009.

⁵² Cass. Civ. 24 marzo 2011, n. 6750, in banca dati *Dejure*.

eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito”.

Appare chiaro che le tabelle normative delle micropermanenti, come già in precedenza evidenziato, non contengono riferimenti al danno morale. Pertanto lo stesso deve ritenersi liquidabile per via autonoma in ossequio al principio generale dell'integrale risarcimento del danno alla persona. Altrimenti si deve ritenere, abrogando però l'art 185 c.p. così come interpretato da una giurisprudenza decennale, che il pregiudizio non patrimoniale in conseguenza di lesioni micropermanenti a seguito di sinistro stradale non comprenda il danno morale.⁵³

2.5. Conclusioni

Alla luce delle ricostruzioni e delle considerazioni fin qui svolte, a prescindere dalla dichiarazione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il 139, il danno morale non può essere aprioristicamente considerato 'assorbito' nel danno biologico, perché si incorrerebbe in una contraddizione logica: una componente descrittiva del pregiudizio (in ossequio alla concettualizzazione unitaria del danno non patrimoniale operata dalle Sezioni Unite del 2008 da cui consegue che ogni denominazione ha valenza meramente descrittiva) verrebbe fatta transitare in un'altra voce, destinata ad accogliere un diverso genere di compromissioni.⁵⁴

In un'ottica generale, le plurime pronunce successive a quelle di San Martino e che dalle stesse si discostano (nonché le innumerevoli elaborazioni dottrinali), rappresentanti un vero e proprio manifesto dell'autonomia del danno morale, non possono essere semplicemente ignorate, trattandosi non solo di sentenze di merito, ma anche di legittimità, seppur non a Sezioni Unite.

Si può poi discutere circa l'effettiva possibilità di liquidazione del danno non patrimoniale *tout court*, e le difficoltà che in merito allo stesso derivano dall'applicazione del principio di integrale risarcimento del danno, e “domandarsi se abbia senso parlare per il danno non patrimoniale di “risarcimento integrale”, adattando a tale figura il principio generale adottato dal Codice Civile per il danno patrimoniale”⁵⁵. Proseguendo poi con considerazioni che guardano più nello specifico alla liquidabilità per via autonoma rispetto al danno biologico del danno morale applicando il 139 cod. ass., le osservazioni fin qui svolte meritano ancora più attenzione. E questo per più ragioni che attengono a un profilo di uguaglianza dei risarcimenti effettuati applicando le tabelle milanesi da un lato e il 139 cod. ass. dall'altro.

Anzitutto, i criteri di liquidazione ex 139 cod. ass. consentono l'attribuzione a titolo di risarcimento di importi inferiori rispetto a quelli riconosciuti generalmente in sede giudiziale per pregiudizi di analoga portata tramite applicazione delle tabelle di Milano. Secondo, la personalizzazione del danno per 139 cod. ass. sarebbe consentita solo nel limite del 20%, mentre per gli altri essa avviene secondo equità del giudice definita

⁵³ Così D. Chindemi in *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in Responsabilità civile e previdenza, fasc. 12, 2011, pag. 2488

⁵⁴ Ziviz, *Prima furon le cose, e poi i nomi*, Responsabilità civile e Previdenza, fasc. 6, 2014, pag. 1842: “Diversamente da quanto ritiene Galileo, secondo il quale i nomi sono condizionati dall'essenza delle cose, qui si giunge a definire un determinato profilo (le ripercussioni di ordine morale) con un'etichetta (danno biologico) che nulla ha a che vedere con lo stesso.”

⁵⁵ “E' di tutta evidenza che le regole giuridiche ora descritte, e nelle quali si sostanzia il principio del risarcimento integrale del danno (patrimoniale), sono inapplicabili, e anzi prive di senso, per il danno non patrimoniale, dove manca – per definizione – il presupposto di quelle regole (e del principio che le riassume), che è la perdita economica subita dalla vittima”, così C. Salvi, in *Il Risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, Europa e Diritto Privato, fasc. 2, 2014, pag. 517.

come “la giustizia del caso singolo”, che consente di attribuire sufficiente peso alle circostanze del caso concreto.

E, in connessione con questo profilo, vi è quello della “natura espropriativa dei criteri di quantificazione dettati dall'art. 139 cod. ass. del potere valutativo del giudice di cui all'art. 2056 c.c.”⁵⁶, il che pone problemi per quanto attiene a quella che si configura come una vera e propria sostituzione del legislatore al giudice nella valutazione del danno⁵⁷. Infatti le tabelle milanesi⁵⁸ rappresentano uno strumento più equilibrato — rispetto alle tabelle legislative — “da un lato perché poggiano sull’« andamento dei precedenti degli uffici giudiziari », e non su un’astratta previsione legislativa; dall’altro perché i valori in esse contenuti costituiscono solo un punto di riferimento, che lascia aperta al giudice ampia possibilità di individualizzazione, e che non dovrebbe comunque precludergli l’autonoma valutazione del danno sulla scorta delle prove fornite in giudizio dal danneggiato, anche in deliberato contrasto con le stesse tabelle”⁵⁹. E proprio per queste ragioni, secondo il parere di chi scrive, dovrebbe con maggior forza respingersi, nell'applicazione del 139 cod. ass., l'assorbimento del danno morale nel danno biologico, attribuendo al primo autonomia risarcitoria e accogliendo quindi una soluzione applicativa che si discosta da quella abbracciata dal giudice della sentenza in commento.

⁵⁶ L. Guffanti Pesenti, *La Corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, in *Europa e Diritto privato*, fasc. 4, 2014, pag. 1393.

⁵⁷ G. Ponzanelli, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, *Riv. Dir. Civ.*, 2010, II, 553 s.

⁵⁸ Anche se “lo si sa, sono di per sé inidonee a dare luogo ad una valutazione equitativa in senso stretto, giacché si fondano su un criterio di valutazione del pregiudizio che contrasta con l’idea stessa di giustizia del singolo caso” L. Guffanti Pesenti, *Le lesioni di lieve identità lungo i binari sghembi di assicurazione e responsabilità civile*, *Europa e Diritto privato*, fasc. 03, 2014.

⁵⁹ L. Guffanti Pesenti, *Le lesioni di lieve identità lungo i binari sghembi di assicurazione e responsabilità civile*, *Europa e Diritto privato*, fasc. 03, 2014.

PRESUNZIONE DI CORRESPONSABILITÀ IN CASO DI INCIDENTE IN ASSENZA DI SCONTRO TRA VEICOLI E LESIONI "MICROPERMANENTI"

di Michele Mazzetti

IL CASO

Una pattuglia, a bordo del veicolo militare Alfa Romeo 156, tg. (OMISSIS), in dotazione alle forze dell'ordine si dirigeva nottetempo, in data 18 giugno 2005, verso il supermercato "Iperlando" di Padova al fine di cooperare con altra ronda militare nella ricerca di due ladri datisi alla fuga.

Gli agenti avevano avuto cura di azionare i segnali luminosi, c.d. lampeggianti, in dotazione alle forze dell'ordine, ma, negligenemente, come da loro stessi ammesso, non avevano attivato, congiuntamente, anche i segnali supplementari d'allarme, contrariamente a quanto previsto in caso di espletamento di servizi urgenti d'istituto dall'art. 117 C.d.S., circostanza che determinerà nel giudice il convincimento dell'esistenza di un concorso di colpa nella causazione del sinistro.

Il mezzo militare procedeva sulla terza corsia di sinistra di Corso Stati Uniti, mentre eseguiva la manovra di sorpasso, si era visto, ex abrupto, tagliare la strada da un'automobile di colore scuro, poi riconosciuta come la Mercedes, assicurata RCA con la compagnia A. S.p.a, di proprietà del Sig. M.F. convenuto.

Per evitare lo scontro con la vettura sopravveniente, il conducente del mezzo militare A.C. aveva deviato verso sinistra e impattato contro un securvia in prossimità di un'aiuola spartitraffico.

I danni lamentati da A.C., attore della causa, sono di lieve entità, tali da rientrare nella categoria delle c.d. lesioni micropermanenti (quantificate, ex lege, in misura non eccedente i 9 punti percentuale d'invalidità). La liquidazione del danno è richiesta alternativamente alla società A.G. S.p.A. quale impresa designata dal Fondo di Garanzia Vittime della Strada, e ad A. S.p.A. in solido con M.F. proprietario dell'autovettura Mercedes.

Dubbi sorgono sin da principio in merito alla possibilità di chiedere il risarcimento alla società A.G. S.p.A. in qualità di Fondo di Garanzia Vittime della Strada, dal momento che tale Fondo interviene solo in caso di sinistri causati da veicoli non identificati o non assicurati.

Nel caso di specie, invece, l'avvocato della società A.G. S.p.A., sostiene che la circostanza che il G.I.P. abbia rigettato la querela sede penale per insufficienza di prove sull'identità del soggetto alla guida del veicolo Mercedes non esclude la possibilità, di per sé, vista l'identificazione del proprietario del veicolo M.F., che, incidentalmente, il Giudice Civile valuti autonomamente la posizione del soggetto M.F. e ritenga di imputare ad esso e alla società assicuratrice, con cui egli ha sottoscritto una polizza, la responsabilità civile del sinistro.

Opportunamente, la difesa del danneggiato richiede condanna alternativa ad A.G. S.p.A., in qualità di Fondo di Garanzia, nonché M.F. ed il suo assicuratore A. S.p.A..

Viene così il più possibile garantito il risarcimento del danno alla parte lesa. L'avvocato, pur sapendo che il Fondo di Garanzia non sarebbe titolato a rispondere nel caso di specie (essendo stato individuato il proprietario dell'autovettura che risponde ai sensi dell'art. 2054, c. III, Cod. Civ.), per maggior tutela del suo assistito, conviene in giudizio entrambe le società assicuratrici ed M.F.

Nel procedimento il Giudice accerta il concorso di colpa e addebita la responsabilità del sinistro per 1/3 al conducente del veicolo militare e per 2/3 al conducente del veicolo che effettuò il cambio di corsia.

Il Giudice al fine di accertare la responsabilità di M.F., in primis, esamina in modo incrociato le dichiarazioni rilasciate alla polizia e quelle rese, invece, in giudizio. Appare evidente la falsità delle affermazioni del convenuto.

É, tuttavia, evidente al giudicante, che sia superfluo compiere un siffatto accertamento della responsabilità poiché non giova, ai fini civilistici, stabilire se l'automobile fosse guidata effettivamente dal suo proprietario, giacché questi risponde comunque in virtù dell'art. 2054, c. III, Cod. Civ.

Determinata, quindi, l'attribuzione della responsabilità, il Giudice, nell'incedere logico della sentenza, si sofferma sull'importante tema della liquidazione del danno: accoglie, in primis, la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, nella specie biologico, e delle spese mediche, mentre, legittimamente, rigetta le pretese risarcitorie patrimoniali da lucro cessante proposte dal danneggiato.

Il danno biologico è liquidato dal Giudice alla luce del disposto dell'art. 139 C.d.A., giacché ci si trova nel campo delle c.d. micropermanenti, tuttavia, con l'applicazione di una riduzione in virtù del concorso di colpa sussistente.

Prendendo spunto dal tema della liquidazione del danno biologico, il Giudice riflette sul tema dell'unitarietà del danno non patrimoniale. Nella sua disamina il magistrato prospetta, giustapponendole, due posizioni: la tesi giurisprudenziale maggioritaria e quella minoritaria.

La prima interpretazione, basata sulle quattro sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2008, sostiene che il danno patrimoniale sia sostanzialmente unico e che all'interno delle previsioni dell'art. 139 C.d.A. siano ricompresi margini per la risarcibilità anche del danno morale, oltre che di quello biologico, grazie alla facoltà d'incrementare il risarcimento lasciata al giudice. La tesi minoritaria afferma, invece, che non sia sostenibile una lettura che non pretenda sussistente la separazione e l'autonoma valutabilità del danno biologico, di quello morale e di quello esistenziale. Gli orientamenti citati, tuttavia, concordano sulla natura del danno non patrimoniale quale danno-conseguenza che richiede un'adeguata allegazione e prova. Avendo sposato la tesi maggioritaria, il Giudice decide di non personalizzare il risarcimento.

Segue, quindi, un'indagine interpretativa sulla L. 24 marzo 2012, n. 27, modificatrice del D.lgs. 07 settembre 2005, n. 209 (Codice delle Assicurazioni Private). Per il magistrato, il fine di impedire risarcimenti in caso di effetti lesivi puramente "soggettivi", non obbiettivamente indagabili dal medico legale è legittimo, tuttavia il dettato dell'art. 32, c. III ter e c. III quater della L. 27/2012, può configurare un contrasto con la normale criteriologia medico legale, richiedendo un riscontro legale eccessivamente gravoso e spesso inutile ai fini medici. Appare, quindi, necessario ricondurre i segni linguistici alla ratio della normativa. Il Giudice, a tal fine, stabilisce che il danno da micropermanenti deve poter essere accertabile dal medico legale conformemente ai normali criteri medico-legali.

La sintesi della sentenza licenziata dal Tribunale di Padova non può chiudersi prima di aver notato un ultimo passaggio logico.

Il Giudice Civile rigetta, infatti, la domanda di risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante. Si sostiene a fondamento di ciò che la lesione alla salute può avere ricadute patrimoniali negative sulla vita lavorativa di un soggetto, tuttavia il danno patrimoniale va precisamente provato e nel caso di specie non vi è alcuna certezza

rispetto a quali emolumenti straordinari non siano stati percepiti dall'agente della forza pubblica convalescente.

Pertanto il Giudice liquida solo le spese mediche ed il danno non patrimoniale decurtato per il concorso di colpa.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PADOVA
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice Unico Dott. Gianluca Bordon ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al ruolo al n. 8221/2010 R.G., promossa da A.C. (C.F. (...)) con il patrocinio dell'avv. PIERLUIGI VINCI con domicilio eletto presso l'avvocato GIULIA IRENE VENTURA, con studio in VIA DEL LIVELLO N. 56, 35100, PADOVA,

- attore -

contro

G.A. S.p.A. (C.F. (...)) con il patrocinio dell'avv. domicil. ROBERTA VIERO, con studio in RIVIERA MAGELLANO, n. 5, 30172, MESTRE

- convenuto -

ALLIANZS.P.A. (C.F. (...)) con il patrocinio dell'avv. domicil.

L.B., con studio in VIA OBERDAN, n. 10, 35100, PADOVA,

- convenuto -

M.F., contumace

- convenuto -

OGGETTO: lesione personale

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. A.C. ha convenuto in giudizio da un lato A.G. S.p.A., quale impresa designata dal Fondo Garanzia Vittime della Strada, e dall'altro M.F. e A. S.p.A., chiedendone la condanna in via alternativa al risarcimento dei danni subiti in un sinistro stradale accaduto la notte del 18 giugno 2005. L'attore ha allegato:

- che si trovava alla guida del veicolo militare Alfa Romeo 156, tg. (...), e si stava dirigendo verso il supermercato "Iperlando" di Padova per cooperare con altra pattuglia nella ricerca di due ladri datisi alla fuga. Aveva azionato i segnali luminosi e procedeva sulla terza corsia di sinistra di Corso Stati Uniti;

- che mentre eseguiva una manovra di sorpasso, si era visto improvvisamente tagliare la strada da un'automobile di colore scuro, forse di marca Mercedes. L'automobile si era spostata dalla corsia centrale alla terza corsia, senza segnalare la manovra. Per evitare l'impatto, C. aveva deviato verso sinistra e impattato contro la securvia in prossimità di un'aiuola spartitraffico;

- che la querela era stata archiviata dal G.I.P. del Tribunale di Padova in data 21.6.07 per insufficienza delle prove volte a identificare il soggetto alla guida del veicolo civile. Il Fondo di Garanzia si era rifiutato di accogliere la richiesta di risarcimento, perché - a suo dire - nel procedimento penale era stato individuato il nominativo dell'autore della condotta colposa. Se invece era "chiaro" che il responsabile del sinistro

non fosse stato identificato, non poteva escludersi che il giudice civile, tenuto conto delle indagini svolte dalla polizia, potesse individuare in M.F. l'autore della condotta colposa; - che dovevano essere risarciti il danno biologico, il danno morale, le spese mediche e il lucro cessante costituito dalla perdita degli straordinari.

2. G.A. S.p.A. ha contestato che il veicolo responsabile del sinistro sia rimasto sconosciuto, perché dal rapporto del corpo della polizia di Padova 18.1.06 risultava che era stato identificato M.F., conducente dell'automobile Mercedes, tg. (...), assicurato per la RCA con A. S.p.A.. La compagnia ha contestato anche la ricostruzione del sinistro, rilevando che a causarlo aveva quantomeno concorso il comportamento imprudente dell'attore, nonché la quantificazione dei danni.

3. Mentre M.F., nonostante la regolarità della notifica perfezionatasi l'8.8.10, è rimasto contumace, A. S.p.A. si è costituita eccependo la prescrizione del diritto al risarcimento ex art. 2947, II co. c.c., perché la prima richiesta di risarcimento era stata inoltrata il 5.2.08. Nel merito ha rilevato che gli elementi emersi nel corso dell'indagine erano insufficienti. L'informatore G.A. aveva dichiarato che il conducente del veicolo rimasto sconosciuto era stato da lui seguito e raggiunto. All'interno vi erano un ragazzo giovane e due ragazze, mentre M.F. era nato nel 1965. A.C. aveva poi ammesso di aver azionato i soli segnali luminosi, difformemente da quanto previsto dall'art. 177 C.D.S.. Anche A. S.p.A. ha contestato la quantificazione dei danni.

4. la causa è stata istruita attraverso le testimonianze di G.A. e A.C.. Gli ulteriori testi escussi non sono stati in grado di riferire nulla sulla meccanica del sinistro. E' stata disposta una c.t.u. medico legale affidata al dott. A.G..

5. L'eccezione di prescrizione è palesemente infondata perché non si applica la prescrizione biennale, ma, come stabilisce l'art. 2947, III co. c.c., quella quinquennale prevista, antecedentemente alla L. 5 dicembre 2005, n. 251, per il delitto di lesione personale colposa di cui all'art. 590 c.p.. L'art. 2947, III co. c.c. dispone: "In ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile

6. La notte del sinistro il teste G.A. stava procedendo a bordo della propria automobile sulla terza corsia. Il testimone ha spiegato che il veicolo dei carabinieri sorpassò la sua automobile sulla sinistra e, subito dopo, un'altra autovettura che li precedeva, si spostò dalla corsia centrale alla terza corsia. Per evitare di tamponarla, il conducente del veicolo militare sterzò a sinistra e impatto contro il guard rail. A. ha precisato di non ricordare segnali luminosi. L'appuntato scelto A.C. sedeva, alla destr dell'attore, sul veicolo dei carabinieri. Il carabiniere ha riferito che i segnali luminosi erano stati azionati, mentre non è stato in grado di confermare che il collega avesse fatto uso degli abbaglianti. La turbativa fu causata da un veicolo che si spostò repentinamente da una corsia all'altra, senza servirsi degli indicatori di direzione.

7. La presunzione di corresponsabilità prevista dall'art. 2054, II co. c.c. è applicabile soltanto in ipotesi di scontro tra veicoli e non quando sia mancata la collisione tra gli stessi (cfr. Cass., sez. III, 24.5.06, n. 12370 e Cass., sez. III, 18.10.01, n. 12750). Nel caso in esame appare comunque individuabile un concorso di responsabilità perché:

- il conducente del veicolo che creò la turbativa, cambiò di corsia non assicurandosi di poter eseguire la manovra senza creare pericolo per gli altri utenti (art. 154, I co. C.d.S.). La circostanza che non segnalò la propria intenzione, non può invece dirsi provata, perché vi è un contrasto non superabile tra la testimonianza di A.C. e le dichiarazioni rilasciate a pochi giorni di distanza dal fatto dall'informatore G.A. (cfr. verbale s.i.t. 8.7.05, doc. 2 A.). L'informatore confermò piuttosto che il cambio di corsia era stato improvviso (cfr. verbale s.i.t. 8.7.05, doc. 2 A.);

- il conducente del veicolo militare non aveva azionato congiuntamente il dispositivo

acustico supplementare di allarme e quello di segnalazione visiva lampeggiante, come richiesto in caso di espletamento di servizi urgenti d'istituto (art. 177 C.d.S.). Nello stesso tempo, non si era assicurato di essere stato visto dal veicolo che lo precedeva. Il solo fatto di essere impegnato in un'attività di servizio non lo autorizzava a non rispettare le regole di comune prudenza nell'avvicinarsi al veicolo che percorreva la corsia adiacente.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che la responsabilità del sinistro sia addebitabile per 1/3 al conducente del veicolo militare e per il 2/3 al conducente del veicolo che effettuò il cambio di corsia.

8. Dalle deposizioni rilasciate da G.A. l'8 luglio 2005 alla polizia municipale e all'udienza 4 dicembre 2012 si desume che il veicolo dei carabinieri si trovò di fronte l'automobile del teste (tg. (...)) e subito dopo quella del veicolo che eseguì il cambio di corsia. Dai fotogrammi acquisiti dalla polizia municipale grazie al sistema ottico di lettura targhe presente sul veicolo militare risulta che a distanza di due secondi dal fotogramma con la targa del veicolo di A. fu fotografata la targa (...) (cfr. informativa 18.1.06 con i relativi allegati). È ragionevole concludere che il veicolo apparentemente rimasto "sconosciuto" sia proprio l'automobile Mercedes E200, tg. (...), di proprietà di M.F.. Nessuno degli ulteriori fotogrammi può aver ripreso la targa del veicolo che interessa, tenuto conto della ricostruzione del sinistro riferita dai testi oculari. Sentito il 7 luglio 2005, M.F. raccontò il falso alla polizia municipale. Confermò di essere stato presente sul luogo dei fatti e di aver visto un'automobile dei carabinieri a una certa distanza, ma sostenne di aver girato in corrispondenza della bretella che conduce in Corso Argentina. Nell'informativa 18.1.06 della polizia municipale è spiegato che la circostanza riferita non può essere vera, perché il luogo ove è stato scattato il fotogramma precedente a quello con la targa (...) riprende anche un segnale, che si trova appena dopo il raccordo dove il convenuto F. - a suo dire - avrebbe svoltato. Risentito l'1 settembre 2005, F. dichiarò di non ricordare la strada percorsa né la presenza di un veicolo dei carabinieri. La dichiarazione falsa (cfr. Cass., sez. II pen., 4.2.04, n. 11840 in ordine al valore indiziante del c.d. alibi falso), la poco verosimile perdita di memoria a distanza di due mesi e l'assenza di successive plausibili spiegazioni costituiscono un importante riscontro, se mai ve ne fosse necessità, dell'esito dei rilievi tecnici. Deve aggiungersi che nella presente causa, a differenza che in un procedimento penale, non interessa stabilire se M.F. fosse l'effettivo conducente del veicolo, perché, quale proprietario del veicolo (v. verbali 7.7.05 e 1.9.05), è comunque civilmente responsabile. Non vi è pertanto alcuna incompatibilità, anche solo logica, tra l'archiviazione del procedimento penale e la conclusione raggiunta nel presente giudizio. Priva di pregio è pertanto l'obiezione, secondo cui M.F. difficilmente potrebbe essere stato scambiato da G.A. per un giovane.

9. Dalla relazione 12.9.13 del dott. A.G. risulta che nel sinistro stradale del 18.06.05 A.C. riportò un trauma distorsivo del rachide cervico-dorsale, sollecitazione distorsiva del I dito della mano sinistra e ferite l.c. all'avambraccio destro. I postumi residui comportano un danno biologico quantificabile in misura del 5% sia in riferimento alle tabelle di cui al D.M. 3 luglio 2003, che in riferimento alla tabella approvata con D.M. 12 luglio 2000 (danno biologico INAIL). Il periodo di malattia e convalescenza comportante danno biologico temporaneo si è protratto per 20 gg. in forma parziale al 75%, per 20 gg. in forma parziale al 50% e per ulteriori 52 gg. in forma minima al 25%. Risultano documentate spese mediche congrue e pertinenti con le necessità del caso per complessivi Euro 555,50. Il consulente ha osservato che fin dal ricorso al P.S. della mattina del 18.06.05 (dopo che in nottata erano state prioritariamente suturate le ferite sanguinanti), venne disposta rx cervicale e per un dito della mano sinistra

(indicato dolente). Il giorno dopo il paziente tornò in P.S. per la naturale diffusione di rachialgia al dorso (disposte rx) e il successivo ricorso alle cure mediche fu motivato solo dal rinnovo della medicazione all'avambraccio. La successiva visita ortopedica del 06.07.05 fu in realtà la "prima visita" di controllo delle varie lesioni, fatta ambulatorialmente, fuori dal P.S. e lo specialista, con un minimo di "tranquillità", immediatamente pose l'accento e descrisse tutte le lesioni riportate. A fronte di un trauma di per sé idoneo a determinare una distorsione cervicale (urto contro ostacolo fisso con danni al mezzo non irrilevanti) che determinò il pronto ricorso a una struttura ospedaliera ove venne posta diagnosi e disposta una Rx che confermava il dato clinico, evidenziando una rettificazione della fisiologica lordosi cervicale, la diagnosi del P.S. appare del tutto attendibile. A fronte poi di ulteriori accertamenti specialistici e cure documentatamente svolte per una "distorsione cervicale" e a fronte di una sintomatologia e di un quadro obiettivo registrato a distanza in sede di operazioni peritali, assolutamente coerente con la riconosciuta diagnosi, non è corretto ipotizzare "preesistenze" o "altri fattori", salvo poterli strettamente dimostrare. Paradossalmente, per rimanere al tenore letterale del novellato art. 139 C.d.A., anche le ampie ferite l.c. descritte non risultano strumentalmente accertate (nonostante la loro sutura, successive medicazioni e depuntazione, nonché personale obiettivazione degli esiti). Simili lesioni potrebbero essere strumentalmente documentate solo attraverso una fotografia, ma oltre alla totale inutilità clinica di un simile "accertamento", non risulta che un apparecchio fotografico rientri tra la dotazione dei P.S., né che i relativi operatori possano occuparsi di tale attività anziché assicurare le cure ai pazienti. Anche per quanto riguarda la sollecitazione distorsiva della MF del pollice sn, solo una rx con applicazione di una forza valgizzante potrebbe documentare la lesione (ove completa e totale) di un legamento collaterale. Trattasi di accertamento che non viene mai praticato in acuto, risultando tanto doloroso quanto inutile per il medico clinico. Nel caso di specie si è trattato di una sollecitazione distorsiva relativamente modesta, tale da non richiedere immobilizzazione, L'obiettività attuale consente "a posteriori" di individuare una sollecitazione distrattiva (non una lacerazione totale) del sottile legamento collaterale ulnare (tipica lesione "da bastoncino" degli sciatori o da sollecitazione del volante fortemente impugnato durante l'urto). A fronte della coerenza clinico-ricostruttivo-visivo-documentale, appare pienamente soddisfatta la classica criteriologia medico legale in tema di nesso di causalità.

10. L'art. 139 C.d.A. disciplina la liquidazione dei danni alla salute che hanno prodotto postumi, come nel caso in esame, in misura non superiore al 9% d'invalidità permanente (c.d. micropermanenti). Deve tenersi presente che a decorrere dal mese di aprile del 2014, ai sensi dell'art. 1 del D.M. 20 giugno 2014, il valore del primo punto di invalidità è pari ad Euro 795,91 e ogni giorno di invalidità assoluta corrisponde ad Euro 46,43. Il valore del punto da porre a base della liquidazione è il valore vigente al momento della liquidazione e non all'epoca del sinistro, giacché il risarcimento deve avvenire secondo le regole attuali. Considerando che A.C. aveva 24 anni all'epoca dell'incidente e che ha patito postumi del 5 % e l'invalidità temporanea evidenziata dal consulente medico legale, il risarcimento da liquidare a titolo di danno biologico, una volta applicati i coefficienti dell'art. 139 cit., è pari a Euro 7.234,54 (Euro 5.551,45 + Euro 1.683,09). Per l'art. 139, III co. C.d.A. l'ammontare del danno biologico risultante dall'applicazione automatica dei criteri legali "può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato". Appare opportuno evidenziare che l'art. 139 è entrato in vigore in un momento storico in cui la giurisprudenza consolidata teneva ben distinti il danno biologico e il danno morale e quindi veniva dato per scontato che i

limiti risarcitori normativamente previsti si riferissero al solo danno biologico in senso stretto (o danno alla salute) e non anche al danno morale. La giurisprudenza maggioritaria afferma che l'art. 139 C.d.A. deve essere applicato in linea con i principi riconosciuti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel novembre 2008 (Cass., S.U., 11.11.08, 26972, 26973, 26974 e 26975), con un aumento dell'importo tabellarmente individuabile non superiore al quinto: il tetto normativo del III comma dell'art. 139 C.d.A. non riguarda la sola componente biologica, ma l'insieme delle conseguenze non patrimoniali (cfr. Cass., sez. III, 7.6.11, n. 12408). Da ultimo, la Corte Costituzionale, con sentenza 6-16 ottobre 2014, n. 235, nel richiamare i principi espressi dalle Sezioni Unite nel novembre 2008, ha ritenuto che l'art. 139 è aperto alla risarcibilità del danno morale, perché, ricorrendone i presupposti, è consentito avvalersi della possibilità d'incremento dell'ammontare del danno biologico "secondo la previsione e nei limiti" del terzo comma. Il Giudice delle Leggi, a fronte di una lamentata violazione dell'art. 3 Cost., ha riconosciuto la legittimità costituzionale del meccanismo standard di quantificazione del danno previsto per le lesioni di lieve entità e ha evidenziato che la tutela risarcitoria dei danneggiati da sinistro stradale è in realtà - grazie alla copertura assicurativa obbligatoria - più incisiva e sicura rispetto a quella prevista per i danneggiati in conseguenza di eventi diversi. Non s'ignora che secondo un diverso orientamento giurisprudenziale le norme di cui agli artt. 138 e 139 C.d.A. non consentono una lettura diversa da quella che predica la separazione tra i criteri di liquidazione del danno biologico in esse codificati e quelli funzionali al riconoscimento del danno morale: in altri termini, le due norme muoverebbero dal presupposto della "non continenza", non soltanto ontologica, nel sintagma "danno biologico" anche del danno morale (Cass., sez. III, 3.10.13, n. 25585). Entrambi gli orientamenti richiamati concordano in ogni caso sulla necessità che il danno non patrimoniale sia da considerare un danno-conseguenza che debba essere adeguatamente allegato e provato. Se la personalizzazione del danno non può mai avvenire in via automatica, deve prendersi atto che l'attore non ha indicato le ragioni per cui nel caso in esame avrebbe dovuto procedersi a una personalizzazione del valore standard tabellare. Il fatto che si discuta di un ragazzo di 24 anni (v. atto di citazione, fg. 6) è irrilevante, perché l'età del danneggiato è già presa in considerazione dal legislatore per stabilire il valore del punto. Nessuna ulteriore circostanza è stata tempestivamente allegata.

11. Le conclusioni del consulente medico legale, congruamente motivate e immuni da vizi logici, sono condivisibili. Appare necessario soffermarsi, tenuto conto delle argomentazioni sviluppate nella comparsa conclusionale dalle compagnie di assicurazione, sulle nuove disposizioni legislative introdotte in tema di lesioni di lieve entità. La L. 24 marzo 2012, n. 27 sulla limitazione alla risarcibilità delle micropermanenti è applicabile anche ai giudizi in corso perché contiene disposizioni di carattere prettamente interpretativo riferibili rispettivamente al danno biologico permanente (art. 139, II co. C.D.A.: "... In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente") e al danno alla persona in genere (art. 32 co. III quater L. n. 27 del 2012.: "Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'articolo 139 del D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione"). Nonostante il diverso tenore letterale, le due norme sono sostanzialmente sovrapponibili e sono dirette a individuare un comune criterio ermeneutico da utilizzare ai fini della prova dell'esistenza delle lesioni.

11.1 L'intento del legislatore, quale risulta anche dalla relazione illustrativa della novella, è evitare risarcimenti in caso di effetti lesivi "meramente soggettivi" e cioè

solo riferiti dal paziente e non obiettivamente constatabili, per contenere le speculazioni ed enfattizzazioni del danneggiato. Il legislatore richiama il medico e il giudice alla necessità di un accertamento rigoroso delle lesioni, ricordando che possono valorizzarsi ai fini risarcitori solo lesioni suscettibile di accertamento medico legale. Non è necessario interpretare la novella nel senso di aver posto la legge contro la scienza medica, e nemmeno nel senso che il legislatore abbia voluto determinare una modalità esclusiva nell'accertamento della lesione del danno alla salute.

11.2 Qualora si ritenesse che le due disposizioni abbiano natura "sostanziale", limitando l'area del danno risarcibile, sarebbe giocoforza concludere per la loro inapplicabilità alla presente causa, perché il fatto generatore del danno e le conseguenze pregiudizievoli si sono verificati prima dell'entrata in vigore delle disposizioni avvenuta in data 24 marzo 2012. Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi nell'ipotesi in cui si trattasse di "norme processuali", che abbiano modificato l'ammissibilità e l'efficacia delle prove civili, mutando la regola di giudizio applicabile, perché sarebbero equiparabili (cfr. Cass., sez. II, 23.2.07, n. 4225) a norme sostanziali.

11.3 Un'interpretazione letterale delle disposizioni porterebbe a risultati non accettabili, perché escluderebbe, senza alcuna giustificazione, la risarcibilità di un danno alla salute anche nei casi in cui esso sia effettivamente sussistente secondo la scienza medica. Una cosa è legiferare intorno alle regole risarcitorie da utilizzare ai fini della quantificazione del danno; un'altra escludere *tour court* la risarcibilità di taluni danni alla persona. Non vale, per sostenere l'opposta soluzione, richiamare Cass., sez. III, 7.6.11, n. 12408, perché con tale decisione la Corte di Cassazione non riconosce affatto la possibilità di escludere la risarcibilità di taluni danni alla persona riconosciuti come tali dalla scienza medica. Nella sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E. 23 gennaio 2014 nella causa C371/12 si afferma che allorché una normativa nazionale non ha l'effetto di escludere d'ufficio o di limitare in maniera sproporzionata il diritto della vittima a beneficiare di un risarcimento, le direttive volte al riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di assicurazione della R.C. non ostano né ad una legislazione che impone ai giudici nazionali criteri vincolanti per la determinazione dei danni morali né a sistemi specifici, adeguati alle particolarità dei sinistri stradali ancorché tali sistemi comportino, per alcuni danni morali causati da sinistri stradali, un metodo di determinazione della portata del diritto al risarcimento meno favorevole rispetto agli altri incidenti. Il presupposto è dunque che la legislazione nazionale non escluda il diritto al risarcimento per talune tipologie di danno e quindi non lasci la vittima priva di tutela. Il 5° considerando della direttiva n. 84/5/CEE dispone che "gli importi a concorrenza dei quali l'assicurazione è obbligatoria devono consentire comunque di garantire alla vittime un indennizzo sufficiente a prescindere dallo Stato membro in cui il sinistro è avvenuto". Il 29° considerando della direttiva 2009/103/CE stabilisce a sua volta che "gli stati membri non dovrebbero permettere alle imprese assicurative di opporre franchigie alle parti lese". L'eventuale introduzione di un' "area di franchigia" nel risarcimento del danno alla salute porrebbe seri problemi di compatibilità non solo con il diritto comunitario, ma con il diritto fondamentale tutelato dall'art. 32 Cost. Al legislatore ordinario va riconosciuto il potere di fissare limiti indennitari - purché il risarcimento non si riduca a una somma irrisoria - in settori che hanno rilevanza macroeconomica e sociale; non di escludere completamente il diritto al risarcimento di un diritto inviolabile. Dei postumi permanenti di lieve entità risultanti da un accertamento medico legale non sono equiparabili a un graffio superficiale e quindi non possono essere ricompresi tra i danni bagatellari a cui fanno riferimento le S.U. della Corte di Cassazione con le già richiamate sentenze del novembre 2008. Non si

tratta di danni consequenziali seri e tuttavia insignificanti o irrilevanti per il livello di pregiudizio raggiunto. Non vi sarebbe alcuna proporzione fra la soppressione totale del diritto al risarcimento del danno alla salute e la tutela d'interessi connessi alla funzione sociale del sistema assicurativo.

11.4 Per il risarcimento del danno alla persona per lesioni di lieve entità l'art. 32, co. III quater L. n. 27 del 2012 richiede un riscontro medico legale da cui risulti "visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione". Quanto al riscontro visivo, non si comprende perché un accertamento visivo dovrebbe essere privilegiato rispetto alla palpazione, percussione, auscultazione ed eventuali altri accertamenti compatibili con la semeiotica. Soccorre l'art. 32 comma 3 co. ter L. n. 27 del 2012 ove, è fatto riferimento a un "accertamento clinico strumentale obiettivo". L'esame obiettivo si compone dell'insieme delle manovre diagnostiche effettuate dal medico per verificare la presenza dei segni indicativi di una deviazione dalla condizione di normalità fisiologica. Del resto, limitandosi a un'interpretazione letterale della disposizione, ci si potrebbe chiedere perché il legislatore abbia ommesso di riferirsi all'anamnesi. "Visivamente" può dunque essere inteso come sinonimo di evidenza scientifica e sono utilizzabili tutti i criteri della semeiotica. Il riscontro strumentale è poi alternativo a quello obiettivo. Una volta interpretata l'espressione "visivamente", diviene agevole concludere che l'art. 32 co. 3 quater L. n. 27 del 2012 richiede che la lesione sia suscettibile di un accertamento medico-legale, requisito peraltro richiesto anche in passato.

11.5 Nonostante il diverso tenore letterale, da una lettura coordinata dei commi 3 ter e 3 quater discende che anche il comma 3 ter relativo in via specifica al danno biologico permanente richiede semplicemente, ai fini del risarcimento, che la lesione sia suscettibile di accertamento medico legale. Non vi è alcuna plausibile ragione per cui un limite alla risarcibilità delle conseguenze della lesione del bene salute debba operare solo per i postumi permanenti e non per l'invalidità temporanea. Opinando diversamente, dovrebbe affermarsi che un pregiudizio permanente incontri maggiori limiti di risarcibilità rispetto a un pregiudizio temporaneo.

11.6 Qualora si ritenesse indispensabile un accertamento strumentale, sussisterebbe un palese contrasto la comune criteriologia medico legale e il contenuto delle nuove disposizioni. Esistono malattie, che si estrinsecano con delle alterazioni strumentali, ma non sono rilevabili clinicamente o obiettivamente: un trauma cranico con microlesione encefalica che dà luogo ad un focolaio epilettogeno, produce sintomatologia di tipo temporale, non crisi generalizzate, che nessuno vede e solo il paziente riferisce. In questo caso la patologia non è dimostrabile né clinicamente, né all'esame obiettivo: è solo dimostrabile strumentalmente attraverso un'alterazione dell'EEG. Vi è poi l'area dei disturbi psico-reattivi, non dimostrabili strumentalmente, ma solo ricorrendo alla clinica. Analogamente le lesioni sensoriali trovano normalmente esclusivo riscontro clinico e, ben difficilmente, tranne indagini estremamente complesse, possono avere un riscontro strumentale. Un'interpretazione letterale porterebbe dunque ad escludere il risarcimento di numerosi danni biologici, prevedendo il riconoscimento esclusivo di danni alla persona con determinate caratteristiche di apprezzamento obiettivo, allorché, al contrario, le conoscenze scientifiche e la corretta applicazione metodologica valutativa medico legale, consentono di individuarne la reale sussistenza. Analoghe sono le considerazioni con riferimento a una lesione che debba essere "visivamente o strumentalmente accertata". Un'interpretazione letterale del termine "visivamente" rapportato esclusivamente al mero apprezzamento visivo, escluderebbe tutte le lesioni che di fatto sono comunque idoneamente accertabili. Non sarebbe visivamente accertabile una lussazione di spalla autoridotta e non lo sarebbe nemmeno

strumentalmente. Un trauma cranico commotivo, se non è stato visto in condizioni di perdita di conoscenza nell'immediatezza dell'evento, non è diagnosticabile né visivamente, né strumentalmente. L'accertamento strumentale può essere decisivo nei casi di dubbia interpretazione ai fini del riconoscimento della lesione biologica. Deve poter comunque essere sufficiente anche un dato clinico obiettivo, purché scientificamente compatibile e adeguatamente connesso all'evento lesivo.

12. La domanda di risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante va rigettata. Non vi è dubbio che una lesione della salute possa determinare sull'attività lavorativa del danneggiato varie conseguenze patrimoniali consistenti nella temporanea perdita o riduzione del reddito e nella definitiva perdita o riduzione del reddito. L'incapacità (o inabilità) lavorativa temporanea costituisce un danno patrimoniale derivante dalla forzata assenza da lavoro per un certo periodo di tempo. Ad essa può aggiungersi un'incapacità produttiva permanente che si verifica quando, una volta ripreso il lavoro, il soggetto non sia più in grado di conservare la medesima produttività e di conseguenza il medesimo reddito. Ad una riduzione della capacità di lavoro potrà infatti corrispondere una riduzione della capacità di guadagno. Il danno patrimoniale va peraltro rigorosamente dimostrato. Nel caso in esame non vi è alcuna certezza su quali emolumenti di natura straordinaria il carabiniere abbia perduto nel periodo di convalescenza. Una prova avrebbe potuto essere data documentando quale retribuzione a titolo di straordinari, in analogo periodo dell'anno, dato che il fatto risale all'inizio della stagione estiva, il dipendente aveva percepito negli anni immediatamente precedenti e successivi al sinistro.

13. Dovuto è invece il rimborso delle spese mediche. L'importo delle spese mediche ritenute necessarie o utili dal consulente medicolegale è pari a Euro 555,50, attualizzabile in base all'indice FOI elaborato dall'ISTAT in Euro 650,00.

14. Il danno patrimoniale e non patrimoniale complessivo risarcibile, tenuto conto della riduzione da operare per l'apprezzabile concorso di colpa, è pari a Euro 5.256,36 [(Euro 7.234,54 + Euro 650,00) X 2/3]. Al creditore di un'obbligazione di valore spetta anche il risarcimento del danno ulteriore causato dal ritardato adempimento. Il principio per cui gli interessi possono essere attribuiti solo su domanda vale per le obbligazioni pecuniarie in senso stretto (v. Cass., sez. I, 17.5.05, n. 10354). Ma anche se si seguisse l'opposto indirizzo giurisprudenziale, nulla cambierebbe, perché nel caso in esame gli interessi sono stati espressamente richiesti. La base del calcolo è costituito non dal credito in moneta attuale (v. Cass., S.U., 17.12.95, n. 1712), ma dal "coacervo" del credito originario via via rivalutato anno per anno. Non è infatti consentito calcolare gli interessi sulle somme integralmente rivalutate dalla data del sinistro. Al momento del deposito della sentenza l'obbligazione di valore si trasforma in obbligazione di valuta e produce altresì interessi legali fino al pagamento.

15. Per le considerazioni svolte in ordine all'individuazione del responsabile civile, la domanda di risarcimento del danno è accoglibile nei confronti di M.F. e del suo assicuratore, mentre va respinta nei confronti della compagnia designata dal Fondo Garanzia Vittime della strada. Le spese di c.t.u., poste provvisoriamente a carico dell'attore, nonché le spese legali, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e vengono liquidate sulla base del D.M. 10 marzo 2014, n. 55. A.C. ha diritto alla rifusione delle spese nei confronti di M.F. e A. S.p.A., ma è obbligato a rifonderle ad A.G. S.p.A.. La richiesta di condanna alternativa non esclude l'attore dall'obbligo di pagamento delle spese nei confronti della compagnia designata dal Fondo. L'archiviazione del procedimento penale non esonerava la difesa attorea da un'attenta valutazione degli atti dell'indagine penale, valorizzando le peculiarità del giudizio civile. Di tale valutazione non vi è traccia negli scritti difensivi attorei. A.C. ha

diritto alla rifusione delle spese sulla base del criterio del decum previsto dall'art. 5 D.M. n. 55 del 2014; G.A. spa, sulla base del valore della domanda non accolta. Le spese di c.t.p. non sono state documentate e pertanto non possono essere rimborsate

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, rigettata ogni diversa domanda ed eccezione, così provvede:

1) condanna M.F. e A. S.P.A. in solido a pagare a titolo di risarcimento del danno ad A.C. la somma di Euro 5.256,36, con gli interessi al tasso legale dalla sentenza fino al saldo, nonché con gli interessi legali sulla predetta somma, come devalutata al mese di giugno 2005 e poi rivalutata annualmente sino alla sentenza;

2) pone le spese della consulenza tecnica d'ufficio in via definitiva a carico di M.F. e A. S.P.A.;

3) condanna M.F. e A. S.P.A. a pagare ad A.C. le spese processuali, liquidate nella somma di Euro 2.550,00 di cui Euro 120,00 per esborsi e il resto per compenso, oltre spese generali (15%), iva e CpA;

4) condanna A.C. a pagare ad A.G. S.P.A. le spese processuali, liquidate nella somma di Euro 4.835,00 per compenso, oltre spese generali (15%), iva e CpA.

Così deciso in Padova, il 23 gennaio 2015.

Depositata in Cancelleria il 23 gennaio 2015.

TRIBUNALE DI PADOVA, sentenza 23 gennaio 2015; Giud. BORDON; A.C. (Avv. P.V.) c. G.A. S.p.A. (Avv. V.R.), A. S.p.A. (Avv. L.B.), M.F. (CONTUMACE).

Responsabilità civile – Circolazione stradale - Turbativa della circolazione - Mancato scontro fra veicoli - Impatto su securvia - Presunzione di corresponsabilità ex art. 2054, II co c.c. – Valutazione del concorso di colpa in concreto (Cod. civ., art. 2054)

Responsabilità civile - Circolazione stradale - Turbativa della circolazione - Mancato scontro fra veicoli - Impatto su securvia - Danno non patrimoniale - Danno Biologico - Danno Morale - Micropermanenti (Cod. civ., art. 2059; D.lgs. 07.09.2005, n. 209, Codice delle Assicurazioni Private, art. 139, II co.; L. 24.03.2012, n. 27, art. 32, commi III *ter* e III *quater*)

La presunzione di corresponsabilità dei conducenti nel caso di scontro fra veicoli ai sensi dell'art. 2054, c. II, Cod. Civ. si applica anche nel caso di mancata collisione tra i medesimi. Tuttavia non si può affermare, a priori, una corresponsabilità paritetica fra i due soggetti, giacché l'interprete è tenuto a indagare l'azione come svoltasi in concreto e ad attribuire addebiti diversi sulla base del grado di compartecipazione effettiva alla causazione del sinistro, ossia sulla base dell'efficacia causativa della condotta dei conducenti (nella specie il Giudice riteneva di applicare la presunzione di corresponsabilità poiché il conducente che creava turbativa con il cambio repentino di corsia, non si scontrava fisicamente, ma costringeva il mezzo militare a svoltare bruscamente impattando il securvia lì dipresso; quest'ultimo, tuttavia, concorreva, comunque, alla causazione del sinistro violando le prescrizioni dell'art. 117 C.d.S. che prevede di azionare congiuntamente segnali luminosi e segnalazioni acustica). (1)

La disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale nell'ambito delle lesioni di lieve entità, c.d. micropermanenti, di cui all'art. 139 C.d.A. mod. con L. 24 marzo 2012, n. 27 si deve intendere come unitaria giacché idonea a includere sia il danno biologico sia quello morale, ciò grazie al margine valutativo lasciato al Giudice per l'aumento del risarcimento entro i limiti legali. La liquidazione delle lesioni di lieve entità deve essere, poi, valutata, nonostante il tenore letterale della novella del 2012, volta a limitare i risarcimenti cd. meramente soggettivi, in modo da non creare contrasto fra la comune criteriologia medico legale e la norma di legge (nel caso di specie il Giudice quantifica il danno e lo liquida affermandone l'idoneità a risarcire sia il danno biologico, sia il danno morale, inoltre interpreta della novella dell'art. 139 C.d.A., nel senso di richiedere ai sanitari esclusivamente accertamenti per essi necessari e null'altro). (2)

(1) In giurisprudenza si rilevano posizioni discordanti in relazione ai precedenti riferibili a tale massima. Nella giurisprudenza di legittimità, a conferma dell'interpretazione analogica del Giudice volta, cioè, a confermare l'applicabilità della fattispecie presuntiva dell'art. 2054 c. II, Cod. Civ. anche in caso di sinistri stradali non causati da scontri, nonché la necessità di una valutazione in concreto della responsabilità, constano i seguenti precedenti: Cass. civ., sez. III 12.10.2011, n. 20982, Repertorio 2012, Circolazione stradale, 384; Cass. civ., sez. III 16.11.2005, n. 23213; Cass. civ., sez. III, 23.07.2002, n. 10751, Repertorio 2002, Circolazione stradale, n. 218; Cass. civ., sez. III, 26.06.1978, n. 3141. A conferma, poi, dell'applicabilità del concorso di colpa a proposito della mancata accensione della segnalazione acustica da parte degli agenti di pubblica sicurezza, Cass. civ., sez. III, 15.10.2009, n. 21907, Repertorio 2010, Circolazione Stradale, n.167, ed in Archivio della circolazione, 2010, 325. A conferma dell'applicabilità del concorso di colpa in caso di fatto colposo del danneggiato vi è precedente anche in Cass. civ., sez. III 17.10.1969, n. 3402, Rivista giuridica Circolazione e Trasporti 1970, n. 472. Si indicano precedenti, in relazione alla verifica in concreto della responsabilità dei concorrenti, a parziale conferma di quanto in massima, in Cass. civ., sez. III, 12.10.2011, n. 20982, in Rv. 619383. Confermativa è anche Cass. civ. sez. III, 28.08.1998, n. 8249, Massimario giurisprudenza italiana 1998; nonché, in relazione al fatto colposo del danneggiato, anche Cass. civ. sez. III, 17.10.1969, 3409, Rivista giuridica Circolazione e Trasporti 1970, n. 472. Nella giurisprudenza di legittimità, tuttavia, si rinvencono anche precedenti in contrapposizione con quanto in massima: Cass. civ., sez. III 09.03.2012, n. 3704 in rivista Ced Cass., rv. 621904 (m), in tale pronuncia si ritiene, tuttavia, applicabile l'art. 2054 nel senso di graduare il concorso di colpa tra i veicoli responsabili; sulla medesima posizione si vedano anche: Cass. civ., sez. III, 24.05.2006, n. 12370, Repertorio 2007, Circolazione Stradale, n. 388; Cass. civ., sez. III 23.07.2002, n. 10751, Rv. 556116. In senso completamente opposto all'applicazione estensiva della nozione di scontro si pongono: Cass. civ., sez. III, 18.10.2001, n. 12750, Repertorio 2001, Circolazione stradale, n. 268; Cass. civ., sez. III 09.10.1998, n. 10026, Repertorio 1998, Circolazione stradale, n. 198; Cass. civ. Sez. III, 15.10.1997, n. 10110, Repertorio 1997, Circolazione stradale, n. 215; Cass. civ. sez. III, 28.08.1995, n. 9051, Repertorio 1996, Circolazione stradale, n. 184; Cass. civ. sez. III, 03.06.1978, n. 2786 Rivista giuridica Circolazione e Trasporti 1978; Cass. civ. sez. III, 01.04.1976 n. 1150, Rivista giuridica Circolazione e Trasporti 1976, 613; Cass. civ. sez. III, 02.12.1969, n. 3859, Foro It. 1970, I, 1768. Nella giurisprudenza di merito a conferma di quanto in massima si indica: Pret. di Salerno, sent. 28.11.1995 (Garofalo c. Stasi et al.), Archivio Giuridico della Circolazione 1996, n. 381. Mentre in contrapposizione con la scelta del Giudice di Padova si individuano precedenti di merito: Trib. di Reggio Emilia, sent. 07.10.2014,

Merito ed Extra 2014.504.1, anche Circolazione stradale (in tale pronuncia, infatti, si afferma che: «l'assenza di scontro impedisce di utilizzare la presunzione di corresponsabilità prevista dall'art. 2054 comma 2 c.c.»), a conferma di tale posizione anche il Trib. di Piacenza, sent.18.05.2010, Foro it. anno 2010, parte I, col. 2553. In dottrina, per un quando completo sulla natura delle presunzioni del 2054, anche in ottica critica rispetto al tribunale di Padova si veda a cura di Agnino, *Questioni varie in tema di danni da circolazione stradale*, Corriere Giurisprudenziale, 2014, n. 8-9, 1129.

(2) In giurisprudenza si rilevano vari precedenti in termini favorevoli alla massima. Nella giurisprudenza di legittimità, con riferimento alla natura unitaria del danno non patrimoniale come in massima, si individuano precedenti: Cass. civ., sez. III, 23.01.2014, n. 1361, Foro it., 2014, I, 719; Cass. civ., sez. III, 22.08.2013, n. 19402, Repertorio 2013, Danni civili, n. 231, ovvero Ced Cass., rv. 627584 (m); Cass. civ., sez. III, 13.05.2011, n. 10527, Foro it., 2011, I, 2709, con nota di Ponzanelli G.; Cass. civ., sez. III, 16.05.2013, n. 11950, Ced Cass., rv. 626348 (m); Cass. [ord.], sez. VI, 13.07.2011, n. 15414, Ced Cass., rv. 619223 (m). A conferma della natura non patrimoniale delle lesioni micropermanenti e dalla liquidazione in modo unitario si veda: Cass., sez. III, 01.06.2010, n. 13431, Repertorio 2011, Danni civili, n. 286, ovvero Archivio circolazione, 2011, 35. Nella giurisprudenza di merito, poi, in riferimento alla prova del danno non patrimoniale nel caso delle c.d. micropermanenti, si rinviene: Trib. di Genova; sent. 28.09.1998, Foro it. anno 1999, parte I, col. 684. In parziale contrasto con la concezione unitaria del danno non patrimoniale in massima si rinviene: Trib. Nocera Inferiore Sez. II, sent. 24.11.2011 (nel senso di ammettere la sussistenza un danno morale ulteriore rispetto a quello biologico per causa di lesioni micropermanenti); nello stesso senso si veda anche Trib. Treviso Sez. I, sent. 11.10.2011.

In dottrina, riguardo al tema delle lesioni c.d. micropermanenti appare utile l'art. di Cannavò, *Lotta alle frodi: priorità economica e morale*, Danno e Responsabilità, 2015, 2, 187; per una disamina coerente con la massima si veda poi Frigerio, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*, Danno e Resp., 2014, n.11, 1021.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La pronuncia del Tribunale di Padova in esame consente di riflettere su due rilevanti aspetti nell'ambito della responsabilità civile e del danno non patrimoniale: la presunzione di corresponsabilità in caso di sinistri stradali e la liquidazione del danno da lesioni c.d. "micropermanenti".

In particolare, il primo tema riguarda l'applicazione estensiva del concetto di scontro, che consente di ampliare il campo di esistenza della presunzione di corresponsabilità dei conducenti nel caso di scontro tra veicoli ai sensi dell'art. 2054, c. II, Cod. Civ., ai casi di mancata collisione. Quest'ultimo argomento è stato ampiamente affrontato in dottrina, risultando al centro di molte riflessioni sin dalla sua introduzione nel 1942.

Sul punto, però, le interpretazioni sono fra loro contrastanti: da un lato vi sono coloro che propendono per una lettura estensiva della norma, affermando che *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, con ciò, come il Giudice di Padova, superando il dato letterale, nonché il significato del, poc'anzi, citato articolo, anche in caso di mancato scontro tra veicoli; dall'altro vi sono coloro che sostengono la non applicabilità del concorso di colpa previsto all'art. 2054, rifacendosi ad una esegesi più coerente con il tenore letterale della norma.

La seconda rilevante tematica affrontata nella sentenza è quella del risarcimento del danno non patrimoniale nell'ambito delle lesioni di lieve entità, c.d. micropermanenti, disciplinate all'art. 139 del Codice delle Assicurazioni Private, modificato con L. 24 marzo 2012, n. 27. In particolare, nella sentenza, ci si pone il problema della natura unitaria o differenziata del risarcimento del danno non patrimoniale in tema di lesioni c.d. micropermanenti, optando per la prima soluzione; nonché si riflette sulla corretta interpretazione da dare alla novella del 2012 stabilendo di non richiedere una modificazione in senso maggiormente obiettivo della normale criteriologia medica. Il Giudice, a nostro avviso, accontentandosi della consolidata criteriologia adottata dai sanitari, ammetterebbe uno svuotamento surrettizio del significato innovativo della L. 24 marzo 2012, n. 27, tanto più erroneo, quanto più si ritenga che la norma non contrasti con la scienza, ma pretenda solo una maggiore accortezza da parte dei medici legali al fine di prevenire frodi assicurative.

2. La presunzione di corresponsabilità dell'articolo 2054 e il mancato scontro tra veicoli

Al fine di contestualizzare opportunamente il primo dei due temi oggetto della sentenza - la presunzione di corresponsabilità applicata nel caso di mancato scontro tra veicoli - è opportuna una breve analisi della natura, della funzione e delle nozioni connesse alla Responsabilità Civile derivante dalla circolazione dei veicoli.

2.1. Natura dell'articolo 2054 c.c.¹

La *ratio* per cui fu introdotto nel Codice Civile l'articolo 2054 risponde allo scopo di garantire una maggior tutela ai terzi in caso di sinistro stradale attraverso una deroga alla regola generale di responsabilità colposa di cui all'articolo 2043. La fattispecie dell'articolo 2054 è, infatti, una species di quella dell'articolo 2050, nel senso che il nostro legislatore considera il danno dalla circolazione di veicoli come derivante da una specifica attività pericolosa. La struttura della norma sulla Responsabilità Civile derivate dalla circolazione dei veicoli, *«tenuto conto dei differenti contesti caratterizzanti la circolazione stradale, ha previsto distinte presunzioni di responsabilità. In particolare, al primo comma, la norma stabilisce che il conducente di un veicolo è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno; al secondo comma dispone che in caso di scontro tra veicoli, ciascun conducente risponde in uguale misura dei danni cagionati se non fornisce prova della diversa incidenza delle serie causali concorrenti e, al terzo comma, prevede la responsabilità, in solido con il conducente, del proprietario o di altri che abbia la disponibilità del veicolo, se non provi che la circolazione è avvenuta contro la sua volontà»*².

¹ Il codice civile all'art. 2054 stabilisce che: "Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno./ Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli./ Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà./ In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivanti dai vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo".

² Agnino, *Questioni varie in tema di danni da circolazione stradale*, Corriere Giurisprudenziale, 2014, n. 8-9, 1129.

La dottrina discute, ampiamente, a proposito della natura della responsabilità prevista all'articolo 2054 Cod. Civ., in particolare tre sono le posizioni: a) responsabilità per colpa aggravata; b) colpa presunta; c) responsabilità oggettiva.

a) La prima afferma che il legislatore, nei primi due commi, abbia voluto prevedere un aggravamento da imporre al conducente, tanto che, in tali norme, si richiederebbe una diligenza maggiore di quella generalmente richiesta (art. 1176 Cod. Civ.³). La giustificazione di quest'aggravamento è di garantire un'adeguata tutela dei terzi contro i pericoli che si accrescono attraverso la partecipazione al traffico stradale con la propria vettura.

b) Secondo un'altra posizione, l'art. 2054 Cod. Civ. imporrebbe una forma di diligenza adeguata ai caratteri e ai pericoli della circolazione dei veicoli, ossia la normale diligenza del conducente; l'innovazione, secondo tale lettura, avrebbe una natura processuale consistendo nell'inversione dell'onere probatorio a carico del danneggiante⁴.

c) L'ultimo orientamento, per vero dominante⁵, ritiene che il criterio di attribuzione della responsabilità civile, del primo e secondo comma dell'articolo 2054 Cod. Civ., sia quello oggettivo, perciò fondato sul mero fatto della circolazione. Una volta realizzati gli elementi costitutivi della fattispecie, quindi, l'assenza di colpa diverrebbe elemento fondante il fatto impeditivo. Inoltre, poiché il danneggiante deve provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, una volta raggiunta tale prova, essendo il danno non evitabile, risulta escluso lo stesso nesso di causalità⁶.

Diametralmente diversa, rispetto alla dottrina, è la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza in merito alla natura della Responsabilità di cui trattasi: i magistrati, infatti, sono concordi nell'individuare il fondamento nella colpa in base al paradigma di negligenza, imprudenza, imperizia. Si è sostenuto in numerose pronunce, infatti, che la natura della responsabilità non sarebbe oggettiva, ma per colpa presunta, per altro solo relativamente, per cui il danneggiante sarebbe ammesso a liberarsi fornendo prova di aver fatto il possibile per evitare l'evento lesivo⁷.

2.2. Funzione sussidiaria della presunzione del c. II: verifica in concreto della colpa

Il criterio d'imputazione della responsabilità, previsto dal secondo comma, non ha, nella visione dominante, natura diversa rispetto a quello di cui al primo comma⁸. Secondo una consolidata giurisprudenza, inoltre, la presunzione di corresponsabilità paritetica deve essere intesa come sussidiaria, giacché va applicata soltanto nel caso in cui sia impossibile un accertamento in concreto del grado della colpa imputabile a ciascuno dei conducenti coinvolti nel sinistro. Bisogna, poi, considerare che, l'avvenuto accertamento dell'intervenuta violazione del dovere di diligenza specifica in capo a uno dei conducenti, non è idonea ad esentare il Giudice da una verifica in concreto del comportamento dell'altro conducente così da stabilire se quest'ultimo abbia

³ Il codice civile all'articolo 1176 c. I stabilisce che: "nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia [...]".

⁴ Ruperto, Sgroi, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile Lib. IX, tom. x, art. 2044-2059*, A cura di Curcuruto, Giuffrè, Milano 1994; Forchielli, *La colpa levissima*, Riv. Dir. Civ. 1963, I, 203; Rovelli, *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino 1964, 467.

⁵ Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011

⁶ Ruperto, Sgroi, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile Lib. IX, tom. x, art. 2044-2059*, a cura di Curcuruto, Giuffrè, Milano 1994; Bernardini, *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza*, Riv.trim. dir. e proc. civ. 1967, 1195.

⁷ Agnino, *Questioni varie in tema di danni da circolazione stradale*, Corriere Giurisprudenziale, 2014, n. 8-9, 1129

⁸ Cian, Trabucchi, *Commentario breve al codice civile, IX ed.*, a cura di Cian, Cedam, Padova 2009.

contravvenuto alle norme sulla circolazione stradale e/o alla necessaria prudenza, con ciò dovendosi individuare un concorso di colpa nella causazione dell'evento lesivo⁹.

Si noti poi che l'accertamento della colpa, anche grave, di uno dei conducenti, non esonera, tuttavia, l'altro conducente dall'onere della prova liberatoria, al fine di consentire al Giudice l'esclusione di un concorso di colpa a suo carico¹⁰. Va, inoltre precisato, anche in considerazione della costante giurisprudenza, che «*la presunzione di concorso di colpa non opera quando uno dei due conducenti abbia determinato lo scontro con dolo*¹¹». «*La rilevanza pratica della presunzione, in sostanza, è quella di far sopportare a ognuno dei due soggetti coinvolti nello scontro la metà del proprio danno, nonché risarcire metà del danno patito dall'altro*¹²».

2.3. Scontro o non scontro

La presunzione di corresponsabilità indicata dal comma secondo del 2054 Cod. Civ. stabilisce che, in caso di sinistro con impatto fra i due veicoli, va presunto un concorso di colpa fra i conducenti fino a prova contraria. Tale presunzione si sostanzia nel ritenere eguale il grado di colpa in capo ai soggetti coinvolti nel sinistro, anche qualora non abbiano riportato danni come chiarito dalla sentenza 205 del 29.12.1972 della Corte Costituzionale¹³.

Ai fini dell'applicazione della presunzione in parola, quindi, come si evince sia dalla giurisprudenza, sia dal dato letterale della norma, appare necessario lo scontro. Tale concetto è ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza ed è definito come: «*collisione materiale tra veicoli coinvolti nell'incidente*»¹⁴. A tale primigenia definizione si è andata sostituendo, col passare del tempo, quella, oggi dominante di: «*urto fisico, coinvolgente due o più veicoli, sia frontalmente, sia lateralmente, sia fra veicoli in marcia (indipendentemente dal senso), sia tra un veicolo in moto e uno fermo*».¹⁵ La base del ragionamento logico che spinge le corti a richiedere una collisione materiale fra veicoli si ritrova nella necessità, nel caso questa non sussistesse, di applicare la presunzione di cui al primo comma dell'articolo 2054.

Accanto a questa, che è una visione nettamente dominante, emergono, significativamente, pronunce della giurisprudenza, anche di legittimità, che prediligono un'interpretazione estensiva della nozione di scontro. A nostro avviso, tali scelte interpretative sostengono sia sufficiente un nesso di causalità tra reciproche manovre e l'evento dannoso¹⁶. A quest'ultimo filone giurisprudenziale appartiene anche la pronuncia del Giudice di Padova in questione.

2.4. I motivi di un'interpretazione estensiva della nozione di scontro

Come visto poc'anzi, la scelta del Giudice di merito, che ha dato la pronuncia in rassegna, è quella di applicare un'interpretazione estensiva di scontro; questa scelta appare, pur non contrastando con la costante giurisprudenza e dottrina, motivata alla luce dei fatti di causa. Il Giudice, infatti, si trova nella spiacevole situazione di doversi discostare dalla consolidata prassi, pertanto motiva, forse un po' sommariamente, le sue scelte, adducendo principalmente due ragioni fattuali: a) «*il conducente del veicolo che*

⁹ Cass. Civ., Sez. III, 12.06.2012, n. 9528.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. III 09.01.2007, n. 195.

¹¹ Cass. Civ., Sez. III 14834/2007.

¹² Monateri, *La Responsabilità Civile*, Utet, Torino 2003.

¹³ vd. 7

¹⁴ Cass. Civ., Sez. III 01.04.1976, n. 1150, *Riv. Giur. circol. e trasp.* 1976, 613; Cass. Civ., Sez. III 02.12.1969, n. 3859, *Foro. It.* 1970, I, 1768.

¹⁵ vd. 14

¹⁶ Cass. Civ., Sez. III 3132/1996; Cass. Civ., Sez. III 1350/1961.

creò turbativa, cambiò corsia non assicurandosi di poter eseguire la manovra senza creare pericolo per gli altri utenti¹⁷» con ciò è patente che il danneggiante violi le previsioni dell'articolo 154 c. I, Codice della Strada¹⁸, mostrando la natura colposa della condotta¹⁹; b) «il conducente del veicolo militare non aveva azionato congiuntamente il dispositivo acustico supplementare di allarme e quello di segnalazione visiva, c.d. lampeggiante²⁰», anche qui, come prima, è manifesta la violazione di una norma di legge, l'articolo 177 del Codice della Strada²¹, con ciò concorrendo il danneggiato alla verifica del danno.

Una siffatta scelta ermeneutica, nonostante la laconica motivazione, è condivisibile in base alla semplice considerazione per cui essa consente di non lasciare vuoti di tutela pericolosi, e di aderire maggiormente alla realtà effettuale. Tale aderenza, come visibile dalla motivazione citata, è ottenuta grazie alla doverosa analisi delle responsabilità, degli apporti causali di ciascun conducente e, anche, attraverso la valorizzazione dei fatti di causa che consente di superare il dato testuale legislativo, ricostruendo il concetto di scontro in modo non formalistico ma sostanziale. In altri termini sarà scontro non solo l'effettivo urto fisico, ma anche la condotta che, pur senza materiale contatto, porti uno o più veicoli a impattare contro altri oggetti e a subire danni, che saranno, quindi, risarcibili in base all'art. 2054, c. II Cod. Civ, previa, ovviamente, una verifica concreta degli apporti causali e della colpa dei conducenti.

A supporto ulteriore della scelta di controllare in concreto gli apporti causali rileva un'importante sentenza della Corte di Cassazione in cui si afferma che: «*in tema di circolazione stradale, la regola posta all'articolo 2054 comma 2 c.c. non impone di considerare uguale l'apporto causale colposo di ciascuno dei conducenti dei mezzi coinvolti [...] ma consente che la colpa [...] di uno dei due possa concorrere con quella accertata dell'altro anche con rapporto percentuale diverso da quello paritetico*²²».

Volendo, poi, cercare nuove giustificazioni rispetto alla scelta del Giudice, possiamo trovare un sensato appiglio nell'articolo 1227 Cod. Civ.²³ (libro IV, capo III,

¹⁷ ved. par. 7 sentenza in esame.

¹⁸ L'articolo 154 c. I C.d.S. prevede che: "1. I conducenti che intendono eseguire una manovra per immettersi nel flusso della circolazione, per cambiare direzione o corsia, per invertire il senso di marcia, per fare retromarcia, per voltare a destra o a sinistra, per impegnare un'altra strada, o per immettersi in un luogo non soggetto a pubblico passaggio, ovvero per fermarsi, devono: a) assicurarsi di poter effettuare la manovra senza creare pericolo o intralcio agli altri utenti della strada, tenendo conto della posizione, distanza, direzione di essi; b) segnalare con sufficiente anticipo la loro intenzione."

¹⁹ È infatti colposa, ai sensi dell'art. 41 del Cod. Pen., la condotta "quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline" La colpa presuppone, infatti, che la condotta sia attribuibile alla volontà soggettiva, che l'evento, pur non voluto, neanche indirettamente, sopravvenga a causa dell'inosservanza delle norme di prudenza, diligenza e perizia, nonché per la violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline. L'accertamento della colpa avviene sulla base del criterio della prevedibilità ed inevitabilità dell'evento (Fiandaca, Musco, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2014).

²⁰ ved. par. 7 sentenza in esame.

²¹ L'articolo 177 C.d.S. prevede che: "1. L'uso del dispositivo acustico supplementare di allarme e, qualora i veicoli ne siano muniti, anche del dispositivo supplementare di segnalazione visiva a luce lampeggiante blu è consentito ai conducenti degli autoveicoli e motoveicoli adibiti a servizi di polizia [...]/2. I conducenti dei veicoli di cui al comma 1, nell'espletamento di servizi urgenti di istituto, qualora usino congiuntamente il dispositivo acustico supplementare di allarme e quello di segnalazione visiva a luce lampeggiante blu, non sono tenuti a osservare gli obblighi, i divieti e le limitazioni relativi alla circolazione [...]"

²² Cass. Civ., Sez. III 12.10.2011, n. 20982.

²³ L'articolo 1227 stabilisce che: "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate". Si noti in tal caso che la diminuzione del risarcimento non è ancorata semplicemente alla

Dell'inadempimento delle obbligazioni²⁴), che disciplina il concorso del fatto colposo del creditore. Volendo rafforzare la sua scelta, infatti, il Giudice di Padova avrebbe potuto applicare un combinato disposto fra l'articolo 2054 c. II e l'articolo 1227 Cod. Civ., attraverso un'interpretazione sistematica - sempre ammessa dalla giurisprudenza - in questo modo avrebbe potuto rafforzare la tesi per la quale sia il danneggiato, sia il danneggiante, rispondono per concorso di colpa nel caso di specie.

Riguardo al tema in parola, infine, il giudizio del Giudice appare sostanzialmente equilibrato e, al contempo, innovativo dal momento che contribuisce al dibattito e alle riflessioni sulla natura della presunzione dell'articolo 2054 c. II Cod. Civ., consentendo, attraverso una lettura sostanziale del concetto di scontro, alla disciplina di adattarsi al contesto sociale in modo dinamico.

3. Lesioni micropermanenti: unitarietà del danno non patrimoniale e criteri valutativi medico-legali

Al fine di inquadrare la natura delle lesioni micropermanenti nell'ambito di un'unitaria valutazione del danno non patrimoniale e passare quindi a una disamina della portata della pronuncia in esame riguardo ai criteri valutativi medico-legali, è, forse, opportuno ricordare brevemente gli elementi fondamentali della disciplina privatistica a proposito del danno e in particolare al danno non patrimoniale.

3.1. Danno

All'interno della categoria dell'obbligazione risarcitoria, ossia quella che sorge prescindendo dall'esistenza di un precedente rapporto obbligatorio, il danno assurge a presupposto fondamentale accanto alle categorie di: fatto, illiceità del fatto, imputabilità al danneggiante, elemento soggettivo e nesso di causalità.

Appare, altresì, opportuno ricordare che, quando la dottrina e la giurisprudenza si riferiscono al concetto di danno non intendono la nozione di danno-evento, ossia la lesione *non iure* di un interesse tutelato dall'ordinamento, ma il pregiudizio concretamente sofferto dalla vittima in conseguenza del verificarsi dell'evento, cioè il danno-conseguenza; quest'ultimo è il vero oggetto del risarcimento.

Sono due i poli del danno: *danno patrimoniale*, cioè quello che si concreta nei termini di una lesione d'interessi connessi alla sfera economico-patrimoniale del soggetto danneggiato, e *danno non patrimoniale*, per tale intendendosi la lesione d'interessi della persona non connotati dall'elemento patrimoniale ed economico. Quest'ultimo nodo è il cuore della riflessione da svolgere per individuare la natura della lesione di lieve entità.

3.2. Danno non patrimoniale

Per comprendere le letture attuali date dalla dottrina, nonché le ultime pronunce della Corte di Cassazione, è opportuno rivolgere brevemente lo sguardo al passato e indagare l'incidenza storica della nozione di danno non patrimoniale.

Per l'articolo 2059²⁵ Cod. Civ. il danno non patrimoniale può essere risarcito solo nei casi disciplinati dalla legge, tale previsione normativa, particolarmente restrittiva, tradizionalmente ha coinciso con la sola risarcibilità dei danni da reato, giacché il solo «caso determinato dalla legge» è stato, per lungo tempo, quello contemplato all'articolo

condotta del creditore, bensì, in tale fattispecie, è chiaro il riferimento alla colpa e quindi ad un profilo soggettivo.

²⁴ Precisazione aggiunta perché mostra le strette relazioni intercorrenti fra i vari articoli del codice, che vanno letti in rapporto fra loro.

²⁵ L'articolo 2059 Cod. Civ. stabilisce che: "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

185, c. II del Cod. Pen.²⁶. Dal punto di vista del legislatore del 1942 questa scelta era perfettamente coerente con l'impianto, anche dottrinale, che premeva per la *patrimonializzazione* del danno²⁷. Accanto alla sola risarcibilità del danno da reato, si accostava la dottrina che tendeva a far coincidere il danno non patrimoniale con il c.d. danno morale soggettivo, ossia quella particolare sofferenza legata a un perturbamento transeunte dell'animo, tanto che il risarcimento del danno veniva inteso come *pretium doloris* o *pecunia doloris*²⁸. Queste letture tradizionali sono state superate, per un lato, dalla proliferazione della normativa speciale, la quale ha ampliato il novero dei casi determinati dalla legge di risarcibilità del danno non patrimoniale²⁹, con ciò contribuendo alla dissoluzione del paradigma tradizionale legato all'articolo 185, c. II del Cod. Pen., d'altra parte la giurisprudenza, attraverso una lettura costituzionalmente orientata del dispositivo dell'articolo 2059 Cod. Civ., è giunta ad affermare la risarcibilità del danno non patrimoniale, non solo nelle ipotesi legalmente previste, ma altresì ogni qualvolta si abbia a che fare con un caso di *«lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla costituzione»*³⁰. *«Il rinvio [infatti] ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona, non aventi natura economica, implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso, determinato dalla legge al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale»*³¹. Inoltre la Corte di Cassazione aggiunge, anche, che: *«La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla costituzione nel presente momento storico, ma [...] deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema indici che siano idonei a valutare se i nuovi interessi [...] attendono a posizioni inviolabili della persona umana»*.³²

Un ulteriore elemento significativo riguarda il carattere tipico della risarcibilità del danno non patrimoniale, ai sensi dell'articolo 2059 Cod. Civ.; in altri termini il risarcimento è ammesso solo qualora rientri nei casi previsti dalla legge, da ciò deriva la non risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali che conseguono a fatti che, però, non si traducono in una lesione di un diritto alla persona costituzionalmente garantito³³.

Quanto al concetto di danno non patrimoniale, la giurisprudenza è unanimemente concorde nel ritenere che esso debba essere inteso come idoneo a ricomprendere ogni danno da lesione di valori inerenti alla persona sempre che non connotati dalla rilevanza economica, viceversa si avrebbe danno patrimoniale³⁴. A partire dagli anni '80 del XX sec., il dibattito giurisprudenziale e dottrinario considerava diverse voci di danno a cui

²⁶ L'articolo 185 c. II Cod. Pen. stabilisce che: *"ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento"*.

²⁷ AA. VV., *Danno non patrimoniale*, Giuffè, Milano 2009.

²⁸ Torrente, Schlessinger, *manuale di diritto privato*, a cura di Anelli di Granelli, Giuffè, Milano, 2011.

²⁹ Si vedano, a titolo d'esempio, il D.Lgs. 25.07.1998, n. 286 a proposito della risarcibilità dei danni cagionati dal comportamento discriminatorio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; l'art. 2, c. I, L. 24.03.2001, n. 89, riguardo al mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo; l'art. 15, c. II D.Lgs. 30.06.2003, n. 196, vertente sui danni cagionati da illegittimo trattamento dei dati personali; l'art. 89, c. II, Cod. Proc. Civ., con riferimento al pregiudizio cagionato da espressioni sconvenienti ed offensive impiegati in atti giudiziari civili, se non attinenti all'oggetto di causa.

³⁰ SS. UU. Cass., 11.11.2008, n. 26972.

³¹ Cass. civ., sez. III, 31.05.2003, nn. 8827 e 8828.

³² SS. UU. Cass., 11.11.2008, n. 26972.

³³ Cass. civ., sez. III, 04.06.2009, n. 12885 e Cass. civ., sez. III, 09.04.2009, n. 8703.

³⁴ Torrente, Schlessinger, *manuale di diritto privato*, a cura di Anelli di Granelli, Giuffè, Milano, 2011 e Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011.

concedeva risarcibilità: in primis il c.d. *danno biologico*, inteso come «la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito»³⁵ a cui si univa il c.d. *danno morale*, inteso come contingente e transeunte perturbamento dell'animo; nonché il c.d. *danno esistenziale*, definibile come la «compromissione della dimensione esistenziale della persona, che deriva dalla necessità di adottare abitudini o stili di vita diversi rispetto al passato, dall'alterazione della vita di relazione, dal peggioramento della qualità della vita». La giurisprudenza di Cassazione, tuttavia, giunge, in tempi recentissimi, ad una visione unitaria di danno non patrimoniale, infatti afferma che: «danno morale, danno biologico e danno esistenziale non vanno intesi come sottocategorie autonome del danno non patrimoniale, giacché costituiscono sintagmi linguistici utilizzabili in modo legittimo solamente quali sintesi descrittiva dei molteplici aspetti che può assumere la categoria unitaria del danno non patrimoniale»³⁶.

La scelta della Corte di Cassazione d'indicare una lettura unitaria del danno non patrimoniale, sposata anche nella pronuncia oggetto della disamina, appare grandemente razionale giacché pone un freno al proliferare di forme di danno (biologico, morale, esistenziale), autonomamente considerabili e liquidabili. Da un punto di vista di analisi economica del diritto, infatti, esse assumono "vita propria" e pongono, pertanto, un grave problema in termini di economicità e di redistribuzione della ricchezza. Se, infatti, si seguono le inclinazioni della dottrina e della giurisprudenza, minoritarie, propense ad una moltiplicazione di figure di danno, tutte autonomamente risarcibili, s'incorre nell'assurda situazione di creare una ricchezza, in termini monetari, che originariamente non sussisteva, e di allocarla presso il danneggiato, rischiando così di arricchirlo illegittimamente, violando i principi che reggono il nostro sistema risarcitorio (infatti, non sono ammessi, nel nostro ordinamento, né danni puramente idonei a arricchire il soggetto leso, né i danni c.d. punitivi).

3.3. Liquidazione del danno non patrimoniale

Definita la natura del danno non patrimoniale, è giunto il momento di affrontare l'annosa questione della sua liquidazione. Il danno non patrimoniale, infatti, è, per sua natura, di difficile liquidazione, giacché presuppone la traduzione in termini monetari di lesioni d'interessi insuscettibili di estimazione economica. Il codice civile³⁷ rimette la liquidazione di tali danni al Giudice, tuttavia, tale scelta, pur garantendo flessibilità al sistema, non consente né l'uniformità applicativa, né la certezza del diritto. Storicamente, al fine di risolvere questo grave problema giuridico, con specifico riguardo alla quantificazione del danno biologico, si sono succedute varie modalità di calcolo.

In un primo momento il Tribunale di Genova, con sentenza 25.11.1974, ha suggerito di adottare il criterio del c.d. *reddito nazionale medio*, secondo tale impostazione il risarcimento del danno biologico andrebbe calcolato moltiplicando il reddito medio annuo nazionale, per i coefficienti di capitalizzazione introdotti nel R.D. 09.10.1922, n. 1403, per la percentuale di invalidità. Tale paradigma presta, però, il fianco a due limiti difficilmente superabili: in primo luogo, appare privo di base normativa, secondariamente, il reddito medio nazionale è di difficile quantificazione e di arduo

³⁵ Art. 139, c. II, D.Lgs. 07.09.2005, n. 209, (Codice delle Assicurazioni Private).

³⁶ SS.UU. Cass., 16.02. 2009, n. 3677; SS.UU. Cass., 14.01.2009, n. 557.

³⁷ Qui ci si riferisce all'articolo 1226, cui rinvia anche l'articolo 2056, che parla di "valutazione equitativa" del Giudice.

accertamento, vista la sua volatilità nel tempo e nello spazio territoriale cui ci si riferisce.

Al fine di superare le difficoltà date da tale primo criterio, il Tribunale di Genova, con sentenza 22.04.1980, individuò lo strumento indicato per il computo in un criterio legislativo già previsto nell'ambito della liquidazione del danno patrimoniale, quello del *triplo della pensione sociale*. In conformità a tale scelta il risarcimento del danno biologico andrebbe calcolato moltiplicando il triplo della pensione sociale per i coefficienti di capitalizzazione previsti nel suddetto Regio Decreto, per la percentuale d'invalidità. Anche questo criterio risultava, però, inficiato dall'utilizzo di un indice collegato al reddito, per stimare una perdita che con esso non ha a che vedere in alcun modo.

Con lo scopo di aggirare tutti i problemi legati a una quantificazione della liquidazione, ancorché uniforme, ma non legittimata da alcun intervento legale, il Tribunale di Firenze, in particolare con la sentenza 20 settembre 1986, mostrava di prediligere l'applicazione del metodo equitativo puro basato sull'articolo 1226 Cod. Civ.; tale criterio tuttavia, non appariva razionale né giustificato dal momento che rischiava grandemente di risultare arbitrario.

Col fine precipuo di risolvere la questione della quantificazione uniforme del danno non patrimoniale di *species* biologico, il Tribunale di Pisa con sentenza, 10 marzo 1979, introdusse il criterio del *punto d'invalidità*. Tale criterio muoveva da una stima del valore del singolo punto d'invalidità permanente sulla base della media delle precedenti liquidazioni dei tribunali. In tal maniera il risarcimento del danno biologico verrebbe a essere calcolato moltiplicando il valore del punto per la percentuale d'invalidità. Tuttavia anche questo criterio poneva alcune problematiche: si basava su una media di giudizi dati in base al criterio equitativo puro e quindi potenzialmente era una «media degli arbitri», nonché non differenziava, in alcun modo, né l'età, né il sesso del lesa.

La risposta ai problemi posti dal criterio del punto d'invalidità fu data dal passaggio, con il Tribunale di Milano, al criterio del *punto variabile d'invalidità*: venne, infatti, introdotto un coefficiente legato all'età del danneggiato, in modo che a parità di lesione il risarcimento fosse inversamente proporzionale all'aumentare dell'età del danneggiato, cioè all'aumentare dell'età del soggetto lesa diminuiva l'entità del risarcimento. Restava, comunque, al Giudice un margine correttivo valutato equitativamente.

Il sistema tabellare assunse il dominio delle liquidazioni, tuttavia, le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, non furono, in un primo momento, dominanti, infatti, pressappoco ogni Tribunale adottò una propria tabella con valori fra loro diversi, ciò diede vigore alla pratica del *forum shopping*. Questo sistema fu scardinato dalla Corte di Cassazione che stabilì che di regola dovessero essere applicate le tabelle del Tribunale di Milano, ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale-biologico, in questo modo garantendo a esse un valore para-normativo³⁸. Accanto a tale importante sentenza contribuì a mettere fine alla questione del *forum shopping*, anche l'introduzione dell'articolo 139 C.d.A. e dell'annessa tabella per la liquidazione delle lesioni di lieve entità, c.d. micropermanenti.

3.4. Le lesioni micropermanenti e il *thema decidendum* della sentenza del Tribunale di Padova

È giunto ora il momento di affrontare il tema delle lesioni micropermanenti. La definizione normalmente data di lesioni di lieve entità le distingue sulla base del grado di invalidità provocato, in sostanza si ha a che fare con lesioni c.d. micropermanenti nel

³⁸ Cass. civ., sez. III, 07.06.2011, n. 12408.

caso in cui l'invalidità cagionata sia compresa fra 1 e 9 punti percentuale. In particolare nel settore della responsabilità civile nella circolazione dei veicoli si applica l'articolo 139 C.d.A. con la tabella allegata. Rispetto alla tabella giurisprudenziale del Tribunale di Milano, quella prevista nel codice delle assicurazioni riduce circa del 30% l'entità del danno liquidabile dal Giudice, tuttavia garantisce anche la possibilità, a quest'ultimo, di aumentare, motivatamente, di un quinto la misura del risarcimento. Il pregio della tabella legislativa, quindi, è quello di ricomprendere in un'unica somma complessiva sia il danno biologico, sia quello morale, garantendo altresì la possibilità all'organo giudicante di modulare il risarcimento tenendo conto delle lesioni della sfera morale del danneggiato.

Oggetto di critica è stata per lungo tempo la costituzionalità, in relazione al diritto alla salute, della disciplina delle micropermanenti nel C.d.A. Tuttavia, ora, la legittimità dell'articolo 139 D.lgs. 07.09.2005, n. 209 non è più in discussione a seguito dell'importantissima sentenza della Corte Costituzionale che 16.10.2014, n. 235. Tale pronuncia assume un valore rilevante rispetto a due profili, il primo: *«Se l'applicazione dell'articolo 139 codice delle assicurazioni è cogente, il danno va liquidato nei soli termini previsti dalla norma [...]. Sarebbe, dunque, preclusa la possibilità di ammettere [...] la liquidazione del danno da sofferenza, anche con un aumento dell'importo base in misura superiore al quinto, sul presupposto che la tabella normativa non aveva previsto la liquidazione del danno da sofferenza. La sentenza smentisce quindi apertamente il precedente enunciato della Cassazione con sentenza n. 19816/2010, che aveva seguito l'opposta tesi»*.³⁹ Il secondo profilo riguarda il fatto: *«Se il danno alla salute è conseguente a sinistri non disciplinati dall'articolo 139 citato, deve farsi applicazione esclusivamente della tabella milanese [...]»*.

A chiarire ulteriormente la liquidazione del danno nell'ambito delle lesioni micropermanenti interviene, in vero, prima della sentenza della Corte Costituzionale che 16.10.2014, n. 235, un'importante novella dell'articolo 139 C.d.A., posta all'articolo 32 commi III ter⁴⁰ e III quater.⁴¹, della L. 24.03.2012, n. 27. Tale disciplina è stata oggetto di forte dibattito, in cui s'iscrive anche la pronuncia in rassegna, secondo, quest'ultima è necessaria un'interpretazione della norma in modo da non creare contrasto fra essa stessa la normale criteriologia medico legale. Così ragionando però si svuota della sua portata innovativa la novella, ma ragionando però con ordine bisogna prima comprendere la ragion d'essere della norma.

Per comprendere la *ratio* della novella del 2012 bisogna guardare la crescita delle frodi e delle truffe nei sinistri stradali con lesioni fisiche, infatti, il fenomeno delle micropermanenti, accertate con dubbie certificazioni, sia delle patologie, sia del periodo della loro durata e dei presunti cicli di fisioterapia, risultava, e tuttora risulta, particolarmente grave (un esempio, per tutti, è il preoccupante fenomeno per cui si tende a far passare per conseguenze di sinistri della strada infortuni riportati in ambito domestico o sui luoghi di lavoro)⁴². Ecco, quindi, che emerge la concreta ragion d'essere della norma: *«favorire una deflazione dei costi dei risarcimenti conseguenti a truffe*

³⁹ Spera, *Tabella milanese tabella milanese cassazione*, Danno e Resp., 2012, n. 2.

⁴⁰ All'articolo 32 comma III ter L. 24.03.2012, n. 27 si prevede: "Al comma 2 dell'articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente»".

⁴¹ All'articolo 32 comma III quater L. 24.03.2012, n. 27 si prevede: "Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione".

⁴² Cannavò, *Lotta alle frodi: priorità economica in morale*, Danno e Resp., 2015, n. 2, 187.

*assicurative attraverso la limitazione dell'entità monetaria liquidabile dai giudici in sede di commisurazione del risarcimento»*⁴³ (in particolare il legislatore, nella relazione che accompagna la legge, fa riferimento ai danni da "colpo di frusta", il quale non essendo radiograficamente accertabile, ma desumibile esclusivamente dalla sintomatologia soggettiva della vittima, è stato il principale strumento per le frodi assicurative).

La scelta del Giudice di Padova è di porsi in un'ottica parzialmente critica di questa novella, sembra voler dimostrare che: *«la ratio legis di porre un freno a prassi risarcitorie senza lesioni effettive, sarebbe smentita dal rilievo che la Medicina legale ha sempre provveduto ad una verifica, con i mezzi consentiti dalla scienza medica, delle affermazioni del soggetto danneggiato tendenti ad evidenziare una menomazione, nel rispetto della Tabella delle menomazioni ex D.M. 3 luglio 2003»*⁴⁴. Ebbene questa impostazione appare criticabile alla luce di tutto quanto detto, infatti, non è razionale contestare la normativa in parola giacché è ormai evidente che il danno da micropermanenti nei sinistri stradali non sia la logica conseguenza *«delle condizioni legate alla circolazione dei veicoli, ovvero dello stato di manutenzione delle strade, o dell'imperizia nella guida, ma appare, ormai, essere un fenomeno sociale»*, nel senso che esso è strettamente legato alla mancanza di un'adeguata diligenza nella redazione delle consulenze tecniche, c.t.u. medico-legali, nonché alle "speculazioni truffaldine", che intendono il risarcimento del danno, in determinati contesti territoriali sociali, non come il riequilibrio a seguito di un illecito, ma come una misura di sostegno al reddito. Ciò considerato, va anche ricordato che la scelta del legislatore è razionale e giustificata, giacché rivolta ad arginare un'imperfetta allocazione delle risorse, che non è dettata dallo scopo, legittimo ed economicamente efficiente, di riequilibrare situazioni di sperequazione per causa di danni, ma da una volontà truffaldina, appunto, lesiva del sistema nel suo complesso.

3.5. Conclusioni

Ritornando alla sentenza in esame, si può, in definitiva, affermare che il Giudice ben fa, nel caso della prima massima, ad applicare in modo estensivo la nozione di scontro, anche in caso di mancata collisione fra veicoli, giacché in tal maniera è possibile una maggiore aderenza alla realtà di verifica dell'evento lesivo, inoltre, grazie al tale giudizio in concreto, si ubbidisce alla giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale afferma, in modo costante, la sussidiarietà della presunzione posta all'articolo 2054 c. II Cod. Civ. e richiede un'indagine rispetto all'apporto causale colposo di ciascuno dei conducenti dei mezzi coinvolti nel sinistro stradale. Un'ulteriore conferma alla scelta della Giudice di Padova viene, poi, da una disamina attenta delle normativa codicistica che, all'articolo 1227 Cod. Civ, disciplina, in senso generalmente applicabile, il concorso di colpa.

Rispetto al profilo inerente al risarcimento del danno da lesioni c.d. micropermanenti non si può pienamente essere concordi col Giudice di Padova, infatti, se egli, a giusto titolo, adeguandosi alla maggioritaria dottrina e giurisprudenza, adotta una visione unitaria del risarcimento del danno non patrimoniale nell'ambito delle lesioni di lieve entità, non altrettanto opportunamente si discosta dalla ratio della L. 24.03.2012, n. 27,

⁴³ Spera, Art. 32, commi 3 ter e 3 quater, della l. 27/2012: problematiche interpretative, Danno e Resp., 2013, n. 2, 213.

⁴⁴ Giudice di pace di Torino l'avv. Alberto Polotti di Zumaglia relazione tenuta al convegno indetto dall'OUA a Torino il 29 giugno 2012, *Il danno alla persona in RC auto: profili medico legali e giuridici*, in Spera, Art. 32, commi 3 ter e 3 quater, della l. 27/2012: problematiche interpretative, Danno e Resp., 2013, n. 2, 213.

criticandola, ed in questo modo, non rendendosi pienamente conto che la portata della novella non va a contrapporsi alla normale criteriologia medico-legale, ma ha lo scopo di arginare e combattere azioni illecite e deleterie sia socialmente, sia da un punto di vista di economia del diritto.

LEZIONE DI EQUITAZIONE E CADUTA DA CAVALLO

di Francesca Rigo

IL CASO

Pochi istanti dopo l'inizio dell'allenamento, il cavallo su cui si sta esercitando C., sotto la sorveglianza dell'istruttore P., si agita e inizia un galoppo a forte velocità che C. non è in grado di controllare nonostante sia un'allieva esperta. Purtroppo, il fatto di non riuscire a contrastare la reazione improvvisa del cavallo provoca la caduta di C. e le conseguenti lesioni fisiche consistenti, in particolare, nella frattura del femore sinistro.

La caduta è sicuramente favorita dalle mancate attività propedeutiche all'allenamento che si sarebbero dovute effettuare dal momento che il cavallo era rimasto fermo nei giorni precedenti a causa del mal tempo. In casi come questi, normalmente si effettua il c.d. "giro di corda" che come principale funzione quella di far sfogare il cavallo agitato in modo da tranquillizzarlo e da poter iniziare l'allenamento in sicurezza.

L'attrice C. agisce in giudizio contro A.S. (il club ippico) e S., ente deputato ad assicurare questa tipologia di eventi, ai fini di vedersi risarcito il danno biologico, il danno morale, le spese supportate, il danno per inabilità temporanea e quello per la mancata retribuzione durante la malattia.

Nella ricostruzione della dinamica dell'evento restano in dubbio alcune circostanze perché ci sono discrepanze fra le dichiarazioni delle parti e dei testimoni sentiti dal giudice.

C. sostiene che la caduta sia derivata dalla perdita della staffa del piede sinistro e che il cavallo non necessitava del "giro di corda" in quanto non si presentava nervoso ed irrequieto.

I teste GAS e GAL sostengono due cose diverse: GAS dice che il cavallo non aveva assunto da subito un'alta velocità ma solo dopo aver effettuato un po' di trotto; GAL (un altro istruttore) attesta che il cavallo aveva iniziato a correre velocemente e ad inarcare la schiena non appena montato. Il teste GAL conferma anche che il cavallo era rimasto fermo nei giorni precedenti a causa del maltempo e che non aveva effettuato le operazioni preliminari per il riscaldamento. GAL aveva inoltre ipotizzato che la reazione dell'animale fosse dovuta allo sbalzo di temperatura fra la sella e l'esterno.

Nonostante le discrepanze emerse, secondo il giudice ciò che conta ai fini della decisione è il fatto che C. sia caduta da cavallo a causa dell'eccessiva velocità assunta dal cavallo nel corso della lezione.

Il giudice non si è soffermato a lungo sulle divergenze emerse dalle diverse descrizioni dell'evento dal momento che, a suo avviso, ciò che permette di spiegare la caduta dal cavallo è il fatto che durante l'allenamento il cavallo abbia raggiunto una velocità eccessiva che la cavallerizza non è riuscita a dominare nonostante la qualifica di abile cavallerizza.

Secondo giurisprudenza consolidata, si deve differenziare la disciplina in base al livello di preparazione dei cavallerizzi: ricadono sotto l'applicazione dell'art 2052 cod. civ. le lezioni di equitazione rivolte a cavallerizzi esperti (come il caso di specie), mentre le lezioni per allievi principianti o minori ricadono sotto la fattispecie del 2050 cod. civ. che disciplina le attività pericolose.

L'applicazione dell'art 2052 cod. civ. in luogo del 2050 cod. civ., implica che, nel caso prospettato, operi la presunzione di responsabilità del proprietario dell'animale che ha cagionato il danno, salvo che questi provi il caso fortuito e l'assenza di sua colpa. Ciò

che rileva ai fini dell'attribuzione della responsabilità sono: la mera relazione fra gestore e l'animale e il nesso eziologico fra comportamento dell'animale e danno.

Il giudice sottolinea come la presunzione di colpa non possa essere superata dando semplicemente prova della diligenza osservata nella custodia dell'animale, essendo invece assolutamente imprescindibile la prova del caso fortuito.

Quest'ultima non può essere rappresentata dal carattere di imprevedibilità del comportamento del cavallo, in quanto l'animale è per natura ontologicamente privo di raziocinio (Cass. Civ., sez. III, n. 7093, 9 aprile 2015).

La convenuta A.S. non fornisce in giudizio la prova del caso fortuito, quindi viene ritenuta responsabile dell'evento dannoso.

La responsabilità della convenuta è altresì prevista in virtù della qualifica di "utilizzatore" individuata dal principio enunciato dal brocardo latino "*cuius commoda, eius et incommoda*" in base al quale esiste una presunzione di colpa a carico del soggetto che trae un utile economico (o di altra natura) dalla mera gestione dell'animale.

Risponde solidalmente, previa declaratoria di solidarietà, anche l'istruttore P. che stava assistendo C. durante la lezione, perché non era riuscito a far fronte alla situazione di pericolo e non aveva adottato accorgimenti stringenti al fine di tutelare l'allieva come per esempio sospendere o posticipare la lezione.

Nonostante i fatti appena esposti, la responsabilità non può essere attribuita integralmente all'istruttore, bensì deve essere spartita fra la convenuta A.S. e quest'ultimo, in quanto essa risulta responsabile ai sensi dell'art 2049 cod. civ. per gli atti lesivi di terzi compiuti da dipendenti del datore di lavoro durante l'esecuzione delle mansioni affidategli dallo stesso. Tale forma di responsabilità troverebbe fondamento nella teoria del rischio d'impresa, secondo la quale i danni causati dal soggetto subordinato sono da intendersi a carico dell'impresa quale parte integrante dei costi della medesima.

Il giudice esclude il concorso della cavallerizza nella causazione dell'evento dannoso, in quanto la sua condotta non può essere qualificata né come causa scatenante la reazione del cavallo né quale causa assorbente l'evento lesivo, dal momento che non era da lei esigibile l'inibizione della vivacità del cavallo.

Per quanto riguarda la liquidazione del danno, il giudice ha affermato la responsabilità per garanzia dell'INAIL (subentrato in tutti i rapporti del ramo assicurativo a Sportass, la Cassa di previdenza per l'assicurazione degli sportivi abolita con l'art 28 del d.l. 159/2007), in forza della stipula di una polizza assicurativa che prevedeva la copertura della RC verso terzi.

Il giudice ha negato il risarcimento patrimoniale che l'attrice contestava per la mancata percezione degli stipendi per i mesi di luglio, agosto, settembre e ottobre 2014 e la riduzione della busta paga di ottobre, motivando che dalla documentazione presentata non emergeva il nesso causale fra il mutamento della retribuzione e le assenze di C. legate all'incidente occorso presso il centro ippico.

Il medico legale ha affermato la compatibilità delle lesioni fisiche riportate da C. alla dinamica dell'incidente e ha quantificato nel seguente modo il periodo di inabilità dell'attrice: 35 giorni di inabilità totale, 30 giorni di parziale al 75%, 45 giorni di parziale al 50%, 77 giorni di parziale al 25% e postumi in misura del 7%.

Dalla lettura della Tabelle di Milano risulta un danno quantificabile nella misura di E 22.581,77 comprensivo delle spese mediche documentate. Computando anche la rivalutazione, gli interessi e gli ulteriori interessi legali, l'ammontare del risarcimento è pari ad E 27.578,37.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di FOGGIA
- PRIMA SEZIONE CIVILE -

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Michele Nardelli ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 1268/2005 promossa da:

C.M.L., con l'avv.to Lea PISANTE

ATTORE

E

A.S., con l'avv.to Ignazio Vito VASCO,
CONVENUTO

I., con gli avv.ti Marco GENTILE e Gerardo VESCI (convenuta a seguito della soppressione della S. , inizialmente citata come terza)

TERZO CHIAMATO

P.M.G., con l'avv.to Giuseppe CORBO

TERZO CHIAMATO

I. 2, con l'avv.to Luigi SIMEOLI (convenuta a seguito della soppressione della S. , inizialmente citata come terza)

TERZO CHIAMATO

All'udienza odierna le parti presenti hanno discusso la causa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c. formulando le conclusioni come in atti. Fatto

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Considerato che parte attrice ha agito in giudizio per vedersi risarcire il danno subito a seguito di una caduta da cavallo, che ha assunto essersi verificata a causa della mancata effettuazione delle operazioni preliminari di cura dello stesso (rimasto fermo per alcuni giorni, e non sottoposto ad una attività propedeutica all'allenamento - il "giro di corda"), che ne aveva provocato una reazione "allegra" subito dopo l'inizio dell'allenamento, e quindi il galoppo a forte velocità, che aveva a sua volta causato la sua caduta e le conseguenze fisiche che aveva patito (frattura del femore);

considerato più in particolare che l'attrice ha chiesto il risarcimento del danno biologico e del danno morale, del danno per inabilità temporanea, del danno patrimoniale per la mancata percezione della retribuzione durante la malattia e per le spese sopportate; considerato che la convenuta principale ha dedotto la cura prestata nell'esercizio dell'attività, la non necessità del "giro di corda", utile solo quando l'animale appare particolarmente nervoso, la capacità tecnica della C. rispetto alle attività che stava svolgendo al momento del sinistro, l'assenza di colpa in capo ad essa convenuta, essendo la caduta derivata dalla perdita della staffa del piede sinistro da parte dell'attrice;

considerato che la convenuta principale ha altresì contestato le voci di danno richieste, e ha chiesto la chiamata in causa dell'istruttore sotto la cui guida la C. si stava esercitando, da ritenere nel caso unico soggetto a carico del quale porre gli obblighi economici, e della S. (N.d.R.: alla quale in corso di causa è subentrato l'I.), che assicurava questo tipo di eventi, e quindi doveva in ogni caso garantire e tenere indenne essa convenuta;

considerato che la S. si è costituita, e ha eccepito la non operatività della polizza (ma

questa eccezione è stata oggetto di rinuncia in corso di causa, esplicitata nella memoria depositata il 28.2.2007), la responsabilità della caduta in capo alla stessa attrice (a causa della perdita della staffa dal piede sinistro), l'eccessività della pretesa risarcitoria; considerato che il P.si è costituito, e ha eccepito la responsabilità della caduta in capo all'attrice, per la perdita della staffa del piede sinistro, il ruolo marginale da lui svolto, atteso che si occupava solo delle lezioni, sicché non era addebitabile a lui quanto accaduto, l'eccessività della pretesa; considerato che la F., dapprima evocata in giudizio sulla base della difesa della S. , è stata in seguito estromessa, sulla base delle posizioni esplicitate dalle parti in corso di causa; considerato che a seguito della soppressione della S. (art. 28 del DL 159/2007), la causa è stata interrotta e poi riassunta nei confronti dell'I. 2 e dell'I., in sostituzione della chiamata originaria; ritenuto che in realtà la normativa richiamata attribuisca all'I. la prosecuzione dei rapporti pendenti inerenti il ramo assicurativo, sicché deve rilevarsi fin d'ora che nessuna decisione potrà essere assunta nei confronti dell'I. 2 (e nel costituirsi quest'ultimo Ente ha comunque eccepito la propria carenza di legittimazione passiva, laddove nel verbale di udienza dell'1.10.2009 la parte attrice ha rinunciato alla domanda nei confronti dello stesso); preso atto che l'I. si è costituito e si è associato alle difese in precedenza svolte dalla S. ; preso atto che il P. ha confermato che in occasione dell'evento il cavallo non aveva eseguito il “giro della corda”, e ha specificato che lo stesso non presentava segni di agitazione, e che la C. non era una principiante; preso atto che in relazione alla dinamica dell'evento, e in particolare in ordine alla reazione del cavallo, dopo che la C. era montata in sella, vi è contraddizione tra la teste GAS. (che ha ricordato come il cavallo non avesse assunto subito una forte velocità, ma solo dopo aver fatto un po' di trotto), e il teste GAL. (altro istruttore, il quale ha ricordato che il cavallo, non appena montato, iniziò a correre velocemente, ad inarcare la schiena e a fare “allegrie”); ritenuto tuttavia che tale divergenza non sia rilevante ai fini della decisione, per quanto si dirà (pur se deve rilevarsi come apparentemente vi sia contraddizione anche tra la prospettazione dell'attrice - che fin dall'atto di citazione ha dedotto che nel corso della cavalcata aveva perso la staffa del piede sinistro -, e la testimonianza del GAL. - che ha negato che prima dell'infortunio la C. avesse perso la staffa del cavallo); preso atto che il teste GAL. ha comunque confermato che il cavallo fosse rimasto fermo nei giorni precedenti l'evento, a causa del brutto tempo, e ha anche confermato che non aveva eseguito le operazioni preliminari di riscaldamento, e ha dichiarato di presumere che la reazione dell'animale fosse dipesa dallo sbalzo di temperatura tra la stalla e l'esterno; ritenuto, sulla base di tanto, che certamente la caduta della C. sia dipesa dalla velocità assunta dal cavallo nel corso della sua esercitazione (non importa se assunta immediatamente dopo che la stessa era montata in sella, ovvero se solo a seguito di una fase di trotto), che l'attrice non è stata evidentemente in grado di controllare, pur se lei stessa si è definita “abile cavallerizza” (cfr. prima memoria ex art. 183 c.p.c. di parte attrice, depositata il 3.3.2007, terzo foglio, lett. h); premesso a questo punto che la giurisprudenza di legittimità (Sez. 3, Sentenza n. 5664 del 09/03/2010, Rv. 611747) ha già affermato che l'attività sportiva consistente nella partecipazione ad una lezione di equitazione da parte di allievi dotati di sufficiente esperienza rientra, ai fini della responsabilità civile, nella fattispecie di cui all'art. 2052 cod. civ., con applicazione della relativa presunzione; spetta, pertanto, al gestore

dell'animale (utilizzatore o proprietario) che ha causato il danno fornire non solo la prova della propria assenza di colpa, ma anche quella che il danno è stato cagionato dal caso fortuito, poiché ciò che rileva è la semplice relazione esistente tra il gestore e l'animale e il nesso di causalità tra il comportamento di questo ed il danno. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione che aveva ritenuto il gestore responsabile del danno causato dal calcio improvviso di un cavallo sferrato mentre il gruppo di allievi, sotto la guida dell'istruttore, stava procedendo in fila indiana;

considerato, d'altra parte, che sempre il giudice di legittimità (Sez. 3, Sentenza n. 12307 del 04/12/1998, Rv. 521402) ha affermato che la responsabilità del proprietario dell'animale, prevista dall'art. 2052 cod. civ., si fonda sul principio "cujus commoda eius et incommoda": ne consegue che, nel caso di danno arrecato da un cavallo durante una lezione di equitazione, la presunzione di colpa prevista dalla norma citata opera a carico non del cavaliere, ma del gestore del maneggio, il quale è il soggetto che ritrae un utile (economico) dalla gestione dell'animale;

considerato altresì che Cass. civ., 23.2.1983, n. 1400, in Resp. Civ. e Prev., 1983, 632, ha affermato come in tema di responsabilità per danni cagionati da animali, l'art. 2052 c. c. stabilisce a carico del proprietario dell'animale una presunzione di colpa a vincere la quale non è sufficiente la prova di avere usato la comune diligenza nella custodia dell'animale, ma occorre la prova del caso fortuito; in questo è riconducibile anche la colpa del danneggiato, che, però, per avere effetti liberatori, deve consistere in un comportamento cosciente che assorba l'intero rapporto causale, e cioè in una condotta che, esponendo il danneggiato al rischio e rendendo questo per ciò stesso possibile in concreto, si inserisca in detto rapporto con forza determinante;

ritenuto che da tanto consegua che nella specie debba essere affermata la responsabilità del convenuto principale, quale gestore del club ippico presso il quale la C. stava effettuando la lezione di equitazione, perché certamente si è verificato un incidente, nel corso della lezione, a causa della reazione dell'animale, che l'attrice non è riuscita a contenere, e altrettanto certamente non è stata fornita la prova del fortuito da parte della stessa associazione;

ritenuto, sotto questo profilo, che non possa essere intesa come fortuita la reazione avuta dal cavallo nel caso in esame, posto che non può affermarsi come imprevedibile che un animale della specie possa assumere un'alta velocità anche solo nel corso della lezione, ed anche contro la volontà dell'allievo, per quanto non principiante ma esperto, senza che questi sia in grado di fronteggiare efficacemente una tale reazione;

ritenuto, nello stesso tempo, che neppure risulta che la condotta della C. possa essere qualificata come causa della reazione del cavallo, ovvero che l'incapacità di fronteggiare la reazione medesima, da parte dell'attrice, possa essere intesa come causa assorbente dell'evento, posto che trattandosi di soggetto in fase di addestramento certo non sarebbe stato esigibile che la stessa fosse in grado di contenere una evenienza come quella che le si era presentata;

ritenuto di conseguenza che debba affermarsi la sicura responsabilità dell'A.S., nella causazione dell'evento e quindi dei danni subiti dalla C.;

ritenuto che nella specie - a fronte della chiamata in causa operata dalla convenuta principale - la responsabilità dell'accaduto debba essere intesa anche in capo al P., che era l'istruttore che seguiva la C., e che non è stato in grado di fronteggiare quanto è accaduto;

considerato, in particolare, che pur non rientrando nella competenza del P. le operazioni di preparazione del cavallo, al punto che l'istruttore arrivava sul posto solo poco prima dell'inizio della lezione (così teste GAS., in risposta al capitolo 3 della difesa del P.), non di meno nel caso in esame il cavallo si presentava agitato (come dichiarato dal teste

GAL., il quale ha specificato che proprio per tale motivo aveva personalmente tolto gli speroni alla C.), ciò che certamente avrebbe imposto proprio al P. l'adozione di accorgimenti più stringenti in vista della tutela dell'allieva, non ultimi quelli di ritardare (in attesa che l'animale si calmasse) o finanche di annullare la lezione (se tanto non fosse stato possibile);

ritenuto tuttavia che ciò non implichi che l'evento debba essere attribuito alla esclusiva responsabilità di quest'ultimo;

considerato infatti che nella specie la figura dell'associazione convenuta debba essere qualificata ai sensi dell'art. 2049 cod. civ.;

considerato che la Suprema Corte (Cass. civ. Sez. III, 24-05-1988, n. 3616, in Giur. It., 1989, I, 1, 99) ha affermato che sussiste a carico dell'imprenditore la responsabilità per gli atti illeciti produttivi di danni a terzi, compiuti da persone che, indipendentemente dall'esistenza di uno stabile rapporto di lavoro subordinato, siano inserite anche se temporaneamente od occasionalmente, nell'organizzazione aziendale ed abbiano agito, in questo contesto, su richiesta, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore (cfr. altresì Trib. Trento, 12.4.2012, in banca dati leggi di Italia);

considerato che la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. Sez. III, 20-06-2001, n. 8381, in Danno e Resp., 2001, 11, 1111) ha altresì affermato che la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2049 c.c., essendo fondata sul presupposto della sussistenza di un rapporto di subordinazione tra l'autore dell'illecito e il proprio datore di lavoro e sul collegamento dell'illecito stesso con le mansioni svolte dal dipendente, prescinde del tutto da una "culpa in eligendo" o "in vigilando" del datore di lavoro ed è quindi insensibile all'eventuale dimostrazione dell'assenza di colpa, con la conseguenza che l'accertamento della non colpevolezza del datore di lavoro compiuto dal giudice penale non vale ad escluderla;

considerato che è stato anche affermato (Trib. Palermo Sez. III, 9.4.2011, in banca dati leggiditalia) che l'articolo 2049 c.c. individua nel nostro ordinamento un'ipotesi di responsabilità oggettiva, (indipendente, cioè, dalla colpa del soggetto responsabile, sicché il dolo o la colpa vanno valutati con riferimento al sol fatto dell'ausiliario e non al comportamento del debitore), ossia di una forma di responsabilità la cui giustificazione si rinviene nella teoria del rischio di impresa e che costituisce espressione di un criterio obiettivo di allocazione dei rischi, per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico dell'impresa, come componente dei costi di questa;

ritenuto che ciò comporti solo una responsabilità solidale tra la convenuta principale e il terzo chiamato da quest'ultima, sicché va affermato il diritto di regresso in favore della convenuta principale, e nei confronti del P.(trattandosi evidentemente di domanda compresa in quella più ampia formulata dalla associazione convenuta nei confronti del terzo chiamato in causa), ma non la esclusiva responsabilità del P.;

ritenuto, sotto altro profilo, che rispetto all'associazione convenuta debba essere affermata la responsabilità per garanzia dell'I. (come detto subentrato alla S.), in virtù della polizza operante tra le parti, che prevedeva anche la copertura della responsabilità civile verso terzi;

ritenuto, quanto ai danni, che l'attrice ha chiesto anche il risarcimento di quello patrimoniale, derivante dalla mancata percezione degli stipendi per i mesi da luglio ad ottobre 2004, pur se le è stato eccepito che lei stessa aveva affermato di aver ripreso il lavoro il 29.7.2004 (ma l'attrice ha dedotto che le erano state corrisposte erroneamente le retribuzioni intere da febbraio a giugno, e poi non le erano state corrisposte quelle successive);

ritenuto che dalla documentazione prodotta (le copie delle buste paga dei mesi interessati) non si evinca in maniera adeguata che le mancate retribuzioni dei mesi da

luglio a settembre, e la ridotta retribuzione di ottobre, siano in nesso causale con le assenze conseguenti all'incidente per cui è causa, sicché nulla può essere riconosciuto a tale titolo;

considerato che le spese documentate ammontano a E 248,77;

considerato che la CTU svolta in corso di causa ha concluso affermando non solo la compatibilità delle lesioni (frattura scomposta della diafisi del femore sinistro, trattata con osteosintesi mediante inchiodamento endomidollare) con la dinamica descritta negli atti, e la congruità delle spese mediche documentate, ma anche che le conseguenze patite dalla C. erano consistite in un periodo di inabilità temporanea totale (30 giorni), parziale al 75% (30 giorni), parziale al 50% (30 giorni), parziale al 25% (77 giorni), un ulteriore periodo di inabilità totale (5 giorni) e parziale al 50% (15 giorni), e in postumi permanenti valutabili al 7-8% (per esiti cicatriziali chirurgici alla coscia sinistra, ipotonotrofia muscolare, modesta riduzione della dorsiflessione della caviglia sinistra, accorciamento di un centimetro dell'arto inferiore sinistro);

ritenuto quindi che gli esiti siano di 35 giorni di inabilità totale, 30 giorni di parziale al 75%, 45 giorni di parziale al 50%, 77 giorni di parziale al 25%, oltre a postumi da quantificare al 7%, tenuto conto in questo senso che le cicatrici sono risultate normocromiche, ciò che comunque riduce l'impatto visivo delle stesse;

considerato che mediante l'applicazione delle tabelle del Tribunale di Milano, in relazione ai postumi indicati, per un soggetto che all'epoca dei fatti aveva 34 anni, risulta un danno all'attualità, comprese le spese mediche documentate, pari a E 22.581,77 (e si consideri che non vi è alcuna dimostrazione di profili specifici di danno non patrimoniale, sicché non può essere operata alcuna personalizzazione del danno, ulteriore rispetto all'ordinario valore derivante dall'applicazione delle richiamate tabelle);

considerato che previa devalutazione di tale importo alla data dell'evento, 13.2.2004 (ne deriva una somma di E 18.802,47), il capitale all'attualità, applicata la rivalutazione e gli interessi, è pari a E 27.578,37, sul quale andranno riconosciuti gli ulteriori interessi legali dalla data della presente decisione e fino al soddisfo;

ritenuto, in conclusione, che debba condannarsi la convenuta al risarcimento del danno in favore dell'attrice, pari a E 27.578,37 complessivi, oltre interessi legali dalla presente sentenza al soddisfo, e che debba affermarsi, previa declaratoria di solidarietà passiva tra la convenuta e il P., il diritto di regresso della prima nei confronti del secondo;

ritenuto che debba altresì condannarsi l'I. a rimborsare alla convenuta le somme che questa dovesse corrispondere in conseguenza della presente sentenza;

ritenuto, quanto alle spese di causa, che le stesse debbano seguire la soccombenza della convenuta nei confronti dell'attrice (fermo l'obbligo dell'I. di rimborsare anche tali somme in favore della convenuta), e dei terzi chiamati, in solido, nei confronti della convenuta, in relazione alla loro chiamata in causa;

ritenuto che nei confronti dell'I. 2 le spese possano essere compensate, tenuto conto che la sua chiamata in causa si è resa necessaria nella fase di prima applicazione della normativa che ha soppresso la S. ;

ritenuto che le spese di CTU debbano essere poste a carico della convenuta e del P., in solido tra loro (fermo l'obbligo dell'I. di rimborsare alla convenuta tali somme, al pari di tutte le altre), con obbligo di rimborso all'attrice di quanto costei avesse anticipato a tale titolo.

Così deciso in Foggia, lì 6.11.2014

Depositata in cancelleria il 06/11/2014.

TRIBUNALE DI FOGGIA, sentenza 6 novembre 2014; Giud. NARDELLI; C.M.L. (Avv. PISANTE) c. A.S. (Avv. VASCO), I. (Avv.ti GENTILE e VESCI, P.M.G. (Avv. CORBO) e I.2 (Avv. SIMEOLI).

Responsabilità civile – Animali - Caduta da cavallo – Prova del caso fortuito – Non sussiste – Fattispecie (Cod. civ. art. 2052)

Responsabilità civile – Associazione – Istruttore di equitazione – Caduta da cavallo dell'allievo – Colpa omissiva – Responsabilità del preponente – Sussiste (Cod. civ. artt. 2043 e 2049)

Il gestore di un maneggio, proprietario del cavallo che abbia cagionato danno alla persona che lo montava, risponde del danno ai sensi dell'art 2052 c.c., salvo che questi riesca a dimostrare la sussistenza del caso fortuito, posto che ciò che rileva per affermare la responsabilità del proprietario è la relazione fra il gestore e l'animale e il nesso di causalità fra il comportamento di quest'ultimo e il danno verificatosi. (1)

L'associazione risponde ai sensi dell'art. 2049 c.c. del danno colposamente cagionato dall'istruttore di cavallo intento a prestare la propria attività per conto dell'associazione ad un allievo impegnato in una lezione di equitazione predisposta dall'associazione. (2)

(1-2) Nel caso di specie il giudice applica la regola di responsabilità oggettiva dell'art. 2052 cc, in base alla quale risponde del danno provocato a terzi il proprietario dell'animale o, in alternativa, l'utilizzatore. Sussiste la responsabilità alternativa di uno dei soggetti anzidetti salvo la prova del caso fortuito. In questi termini si sono pronunciate: Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2014, n. 17091, in Foro It. Rep. 2014, Responsabilità civile [5760], n. 169; Cass. Civ. sen III, 22 marzo 2013, n. 7260, in Foro It. Rep. 2013, Responsabilità civile, n. 168; Cass. Civ., sez III, 7 luglio 2010, n. 16023, in Foro It., Rep. 2010, voce Responsabilità civile 576, n. 514; Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2008, n. 20063, in Foro It., Rep. 2008, voce Responsabilità civile, n. 468; Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 2010, n. 5664, in Foro It., voce Responsabilità civile. Nel caso in cui la lezione di equitazione presso il maneggio sia rivolta ad allievi di poca esperienza, di principianti o di minori, la giurisprudenza applica in luogo dell'art 2052 cc, l'art 2050 cc che si occupa delle attività pericolose. Giurisprudenza in tal senso: Cass. Civ., sez. III, 19 giugno 2008, n. 16637, in Foro It., Rep. 2009, voce Responsabilità civile, n. 473; Cass. Civ., sez. III, 15 luglio 2008, n. 19449, in Foro It., Rep. 2008, voce Responsabilità civile, n. 408; Cass. Civ., sez. III, 4 dicembre 1998, n. 12307, in Foro It. 1999, I, 1939, voce Responsabilità civile; Trib. Nuoro, 22 febbraio 2006, in Foro It., Rep. 2007, voce Responsabilità civile, n. 424; Trib. Perugia, 15 ottobre 1998, in Foro It., Rep. 1999, voce Responsabilità civile, n. 267. La giurisprudenza ha consolidato l'idea secondo la quale la responsabilità prevista dall'art 2052 cc ha carattere oggettivo, in tal senso: Cass. Civ., sez. III, 7 luglio 2010, n. 16023, in Foro It., voce Responsabilità civile; Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7260, in Foro It., voce Responsabilità civile; Cass. Civ., sez III; Cass. Civ., sez III, 28 luglio 2014, n. 17091, in Foro It., voce Responsabilità civile. Sul tema del caso fortuito, inteso come quel fattore esterno idoneo ad interrompere il nesso eziologico fra l'agire dell'animale e l'evento lesivo, si è pronunciata la Cassazione in diverse occasioni: Cass. Civ., sez III, 19 marzo 2007, n. 6454, in Foro It., Rep. 2008, voce Responsabilità . civile, n. 467; Cass. Civ., sez. III, 15 aprile 2010, n. 9037, in Foro It., voce Responsabilità civile; Cass. Civ., sez III, 19

maggio 2009, n. 115770, in Foro It., cove Responsabilità civile; Cass. civ., sez. III, 20 luglio 2011, n. 15895, in Foro It., Rep. 2011, voce responsabilità civile, n. 482.

Non è sufficiente la prova di aver usato la comune diligenza nella custodia dell'animale ai fini della prova del caso fortuito: Cass. Civ., 19 aprile 1983, n. 2717; Cass. Civ., 14 settembre 2000, n. 12161, *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1932. Non costituisce caso fortuito il danno cagionato da un impulso imprevedibile dell'animale e non rileva a tal fine l'abituale mansuetudine o pacificità dell'animale: Cass. Civ. 6 gennaio 1983, n. 75.

Definizione di caso fortuito inteso come "ogni circostanza estranea al proprietario (o all'utente) che si ponga come causa autonoma dell'evento dannoso, non imputabile al responsabile presunto e da lui non evitabile": Cass. Civ., 28 ottobre 1975, n. 3674, *Resp. civ. e prev.*, 1976, p. 686. Sul principio "*cuius commoda, eius et incommoda*": Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2002, n. 14743, in Foro It., Rep. 2002, voce Responsabilità civile, n. 317; Cass. Civ., sez. III, 4 dicembre 1998, n. 12307, in Foro It., Rep. 1998, voce Responsabilità civile, n. 314. Nella copiosissima giurisprudenza di merito, sul carattere oggettivo della responsabilità ex 2052: Trib. Catania, 14 febbraio 2012, in Foro It., Rep. 2012, voce Responsabilità civile, n. 454; Trib. Reggio Calabria, 2 luglio 2003, in Foro It., Rep. 2004, voce Responsabilità civile, n. 464; Trib. Catania, 14 febbraio 2012, Rep. 2012, in Foro It., voce Responsabilità civile, n. 454; Trib. Alberca, 1 aprile 2009, in Foro It., Rep. 2009, voce Responsabilità civile, n. 524.

Sul caso fortuito: Trib. Cagliari, 28 maggio 2001, in Foro It., Rep. 2002, voce Responsabilità civile, n. 169; Trib. Reggio Emilia, 2 luglio 2003, in Foro It., Rep. 2004, voce Responsabilità civile, n. 464; A. Perugia, 15 gennaio 2009, in Foro It., Rep. 2010, voce Responsabilità civile, n. 519. Sul principio "*cuius commoda, eius et incommoda*": Trib. Cagliari, 27 dicembre 2001, in Foro It., Rep. 2003, voce Responsabilità civile, n. 276.

In dottrina: Rivista *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, fasc. 1, p. 147-154 (Paragrafi: il fondamento e la natura della responsabilità per danno da animali; il centro ippico è responsabile per la caduta da cavallo del cliente?); Rivista *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, fasc. 1, p. 266-269 (Paragrafo: art 2049, responsabilità vicaria e oggettiva); Rivista *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fasc. 4, p. 185-195 (Paragrafi: la speciale responsabilità aquiliana ex 2052; i requisiti della fattispecie; il caso fortuito); ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 1991, p. 329 ss.; BALZARETTI, *La responsabilità per il danno cagionato da animali*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1995, p. 468; MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, p. 385. La responsabilità civile modellata sul principio "*cuius commoda eius et incommoda*" è al centro del fondamentale saggio monografico di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 169 ss. Per approfondire l'origine e l'evoluzione della responsabilità per danno da animali a partire dall'*actio de pauperie*, istituto di diritto romano, all'art 1385 cc francese all'art 1154 cc del 1865 antecedente storico del vigente art 2052 cc: LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, I, Milano, 2008, p. 208 ss.; C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, libro IV Delle Obbligazioni (artt. 2028-2059)*, Milano, 2012, Giuffrè editore, p. 441-443; L. CANTAMESSA, G. M. RICCIO, G. SCIANCALEPORE, *Lineamenti di diritto sportivo*, 2008, Giuffrè, p. 401 ss.

IL COMMENTO

1. Introduzione generale sull'art 2052 cod. civ.

La responsabilità del proprietario per i danni causati dal proprio animale domestico

affonda le radici nel diritto romano. In effetti, nella società romana l'utilizzo degli animali era di fondamentale importanza nella vita di tutti i giorni, quindi non era infrequente che si originassero danni dal loro comportamento che è per natura imprevedibile. Per questi motivi si era deciso di introdurre l'*actio de pauperie* che serviva per tutelare quei soggetti che subivano danni a causa del comportamento degli animali domestici e che veniva esperita contro il proprietario o il detentore dell'animale stesso¹.

Attualmente la norma che si occupa del danno cagionato da animali è l'art 2052 cod. civ. che sostituisce l'art 1154 del previgente codice civile che a sua volta si ispirava all'art 1385 del *Code Napoléon*. La norma francese prevedeva la responsabilità alternativa del proprietario dell'animale o di chi se ne serviva, sia che questo fosse sotto la sua custodia, sia che fosse sfuggito o smarrito. Quest'ultima specificazione è molto rilevante perché da essa si desume che il danno comunque causato dall'animale è da imputare al suo padrone senza che sul danneggiato gravi l'onere della prova.

La dottrina aveva interpretato l'art 1154 cod. civ. del 1865 (corrispondente all'art 1385 del *Code Napoléon*) come norma che attribuisce la responsabilità al padrone dell'animale o a chi se ne serve "*pel tempo in cui se ne serve*" sulla base della sola qualità rivestita².

La novità introdotta con il codice del 1942 è la possibilità per il proprietario (o utilizzatore) di esonerarsi dalla responsabilità dando prova del caso fortuito³.

È ormai fatto notorio che l'art 2052 cod. civ. sia un caso di responsabilità oggettiva, in quanto dal dispositivo della norma si evince che sia sufficiente ai fini dell'applicazione della norma la sussistenza di un mero rapporto di fatto del proprietario o utilizzatore con l'animale; di certo la responsabilità non si fonda sulla colpa⁴. Da questo si deduce che la responsabilità del proprietario (o utilizzatore) sussiste in ogni caso, a meno che questi non provi l'intervento di un evento imprevedibile ed inevitabile tale da riuscire ad elidere il nesso causale fra il controllo del soggetto e il fatto dannoso compiuto dall'animale⁵.

1.1 Evoluzione della responsabilità all'interno dei maneggi

Più o meno a partire dagli anni '90 hanno iniziato ad essere più frequenti le cause civili pendenti per la richiesta di risarcimento per i danni subiti durante le lezioni di

¹ LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 208-217.

² Testo originale dell'art 1154 c.c. del 1865: "*Il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se si sia smarrito o sia fuggito*".

³ Cass. Civ., sez. III, 26 febbraio 1994, n. 1947 che definisce il caso fortuito come "fattore esterno imprevedibile, inevitabile e di assoluta eccezionalità".

⁴ A sostenere la natura oggettiva della responsabilità di cui all'art 2052 cc: MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, p. 385; Cass. Civ. sen III, 22 marzo 2013, n. 7260, in Foro It. Rep. 2013, Responsabilità civile 5760, n. 168; Trib. Catania, 14 febbraio 2012, Rep. 2012, in Foro It., voce responsabilità civile 5760, n. 454.

⁵ Definizione del caso fortuito rinvenibile in dottrina: P. G. MONATERI, *le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile*, 1998, UTET; in giurisprudenza: Cass. Civ., sez III, 19 marzo 2007, n. 6454, in Foro It., Rep. 2008, voce Responsabilità . civile 5760, n. 467, che lo definisce come "intervento di un fattore esterno idoneo a interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, comprensivo anche del fatto del terzo o del fatto colposo del danneggiato che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno". Secondo la sentenza Cass. Civ., sez. III, 6 gennaio 1983, n. 75, non si può dare la prova del caso fortuito dimostrando l'uso della normale diligenza nella custodia dell'animale o della sua mansuetudine, in quanto non idonei ad interrompere il nesso eziologico rispetto all'evento dannoso. Stando a ciò che afferma la sentenza Cass. Civ. sez. III, 9 aprile 2015, n. 7093: non può costituire caso fortuito in grado di escludere la responsabilità del custode l'imprevedibilità del comportamento dell'animale che per definizione *sensu caret*.

equitazione o l'esercizio di attività all'interno del maneggio.

In un primo momento la giurisprudenza oscillava fra l'applicazione della disciplina dell'art 2050 cod. civ. nei casi in cui classificava l'attività di maneggio come attività pericolosa e l'art 2052 cod. civ. quando non la si considerava tale. In un secondo momento, si è optato per una soluzione diversa: la pericolosità deve essere valutata in relazione alle caratteristiche del caso concreto e al modo in cui si esplica l'attività specifica, quindi è lasciato al giudice il compito di valutare gli elementi di fatto e applicare la disciplina più idonea.

In generale, la dottrina ha classificato come "pericolosa" l'attività di equitazione esercitata da esperti a livello agonistico; mentre l'attività esercitata all'interno di un centro ippico alla presenza di un istruttore, per mezzo di cavalli adeguatamente addestrati e collaudati e all'interno di percorsi prefissati e segnati è un'attività non pericolosa⁶.

La giurisprudenza ha affermato che si classificano come pericolose anche le esercitazioni di principianti o di giovani cavallerizzi non in grado di avere un efficace controllo del cavallo, eseguite senza il controllo d'istruttori e su percorsi inadeguati alle loro capacità.

Se si verificano rischi tipici in seguito allo svolgimento di normali attività che sono intrinsecamente caratterizzate da un rischio evitabile e prevedibile, non sarà chiamato a rispondere il gestore del maneggio perché chi intende svolgere quell'attività si assume il rischio annesso. Il gestore del maneggio (proprietario o utilizzatore) risponde dei rischi atipici quando questi siano derivati da un suo comportamento inadeguato, come per esempio l'affidamento di cavalli non tranquilli a cavallerizzi inesperti, la scelta di percorsi poco sicuri, lezioni tenute da istruttori poco affidabili ecc. In casi come questi il gestore sarà sempre gravato da responsabilità ai sensi dell'art 2052 cod. civ. perché fatti come quelli detti prima fuoriescono dalla normale assunzione di rischi tipici dell'attività di equitazione⁷.

In sintesi, se i danni derivano da rischi tipici che caratterizzano l'attività dell'equitazione, in virtù del principio dell'accettazione del rischio, non sussiste la responsabilità civile del gestore del maneggio (proprietario o utilizzatore); mentre se i danni verificatisi derivano da rischi atipici o anormali conseguenti ad un suo comportamento inadeguato o non rispettoso degli standard di sicurezza, sarà gravato della responsabilità il gestore del maneggio.

2. Uno sguardo critico alla sentenza

In questo paragrafo proverò ad analizzare in modo critico alcuni passaggi della sentenza che non mi hanno molto convinta e cercherò di ipotizzare brevemente delle soluzioni alternative. Senza ombra di dubbio la mia esperienza di studentessa non è paragonabile a quella di un giudice, quindi cercherò di dare una chiave di lettura diversa sperando di incontrare l'approvazione del lettore.

2.1. Sulle divergenze nelle deposizioni dei testimoni

Il primo punto che mi ha fatto riflettere e che a mio avviso balza subito all'occhio leggendo la sentenza, anche solo distrattamente, è che il giudice non si è soffermato a lungo sulle deposizioni dei testimoni nonostante avesse constatato la loro mancata convergenza.

⁶ ROMANO, *La scuola di equitazione come attività pericolosa*, in *Rass. Giur. Umbra*, in *Nuovo dir.*, 1994, p. 811.

⁷ M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, 2009, Giuffrè, p. 366.

In particolare, sono divergenti la testimonianza di GAL che in giudizio ha dichiarato che il cavallo aveva iniziato a correre velocemente non appena montato da C., rispetto a quella di GAS che sosteneva invece che il cavallo aveva assunto velocità solo dopo una fase di trotto. Ulteriore contraddizione si constata fra la posizione dell'attrice (che sostiene nell'atto di citazione ancor prima che in giudizio) e la deposizione di GAL: mentre C. affermava di essere caduta perché nel corso della cavalcata aveva perso il piede dalla staffa sinistra, GAL asseriva l'esatto contrario, ossia che la cavallerizza non aveva perso la staffa del cavallo. Infine, GAL aveva dichiarato di aver personalmente tolto gli speroni a C. in quanto il cavallo appariva già agitato prima dell'inizio dell'allenamento perché era rimasto fermo nei giorni precedenti a causa del cattivo tempo.

Non riuscendo a ricostruire la precisa successione dei fatti, il giudice ha liquidato in poche righe tali discrepanze e ha deciso di accontentarsi di constatare che la caduta da cavallo era stata causata dall'eccessiva velocità assunta dallo stesso e non si è preoccupato di verificare se l'animale avesse assunto troppa velocità subito dopo che C. era montata in sella o se si era agitato in un secondo momento.

Questo fatto, che in un primo momento può sembrare privo di significato, a mio avviso è molto importante nella ricostruzione degli avvenimenti, perché permette di capire se il comportamento non coscienzioso di C. abbia concorso o meno nella successione eziologica di fatti che ha portato all'infelice verifica del danno fisico da lei subito. Se infatti, come conferma il teste GAL, il cavallo appariva irrequieto ancor prima dell'inizio dell'allenamento e nonostante questo C. avesse iniziato l'allenamento senza effettuare il giro di corda, allora le si potrebbe rimproverare la mancata precauzione ed eventualmente ipotizzare un concorso di colpa e di conseguenza una diminuzione della misura del risarcimento. Altrimenti se si appura che il cavallo si era agitato solo dopo il trotto e quindi in un momento successivo, la decisione del giudice sarebbe condivisibile senza obiezioni.

In definitiva, secondo la mia modesta opinione, il giudice avrebbe dovuto compiere un'istruttoria più accurata o comunque avrebbe dovuto cercare di fare domande più approfondite ai testimoni in modo da ricostruire più puntualmente la corretta scansione di eventi, perché le conseguenze sul piano pratico sono rilevanti.

2.2. Sulla condotta imprudente del danneggiato

Se risultasse valida la versione dei fatti riportata dall'istruttore GAL e quindi risultasse vero che il cavallo si presentava agitato e aveva iniziato da subito ad avere atteggiamenti irrequieti, si potrebbe cambiare l'esito della sentenza, in quanto la condotta imprudente di C. avrebbe concorso, o meglio innescato la sequenza causale che ha portato al danno fisico.

Stando così le cose si potrebbe muovere un rimprovero a C. che troverebbe giustificazione nel fatto che viene considerata un'allieva esperta, quindi si presume che essendo dotata di una certa esperienza sia anche in grado di capire quando un cavallo è agitato e necessita di operazioni preliminari di riscaldamento prima di iniziare l'allenamento (in particolare il c.d. "giro di corda" utilizzato frequentemente per calmare l'animale).

Ad ogni modo, anche se per puro caso non si fosse accorta dell'irrequietezza dell'animale, avrebbe dovuto tenere conto del fatto che un istruttore le aveva tolto gli speroni, il che è un chiaro segnale che il cavallo non è tranquillo. È infatti noto che gli speroni abbiano come principale funzione quella di spronare il cavallo ad aumentare la

velocità⁸, quindi dovrebbe essere un ulteriore campanello d'allarme per capire che il cavallo necessitava di essere calmato.

2.3. (segue) Sul possibile concorso del danneggiato ex art 1227 cod. civ.

L'art 2052 cod. civ. disciplina un caso di responsabilità oggettiva che deve essere intesa in senso restrittivo, quindi la prova liberatoria si ritiene raggiunta qualora si dimostri che il danno in realtà è stato provocato da un elemento esterno caratterizzato da imprevedibilità, inevitabilità e assoluta eccezionalità, il cosiddetto caso fortuito.

Talvolta il comportamento del danneggiato può avere efficacia causale esclusiva nella verifica dell'evento dannoso rientrando in questo modo nella nozione di caso fortuito. Però può anche accadere che il comportamento del danneggiato non sia in grado di spezzare la catena causale che lega la condotta dell'animale al danno, ma che riesca in ogni caso ad incidere sulla sua determinazione. In questo caso, il giudice tenendone conto potrà decidere di ridurre l'entità del risarcimento dovuto al danneggiato in virtù degli art 2056 e 1227 cod. civ. in quanto richiamato dal primo.

Per i motivi riportati nel paragrafo precedente, potrebbe essere prospettato un rimprovero nei confronti di C. vuoi per mancata diligenza o per imprudenza si potrebbe ipotizzare una sua colpa all'interno del decorso causale. Questo chiama in gioco la norma del 1227, 1° comma cod. civ. rubricato "Concorso del fatto colposo del creditore" che prevede che "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

Ci sono altre sentenze in cui viene applicato questo articolo in seguito all'accertamento della sussistenza della colpa del danneggiato. Per esempio è stato applicato con riferimento al caso di una signora che avvicinandosi imprudentemente ad un cavallo con il cane a guinzaglio, ha fatto innervosire il cavallo che le ha sferrato un calcio⁹. È stato applicato altresì al caso di una donna morsa da un pastore tedesco che mentre accarezzava un cane vicino, ha fatto ingelosire il primo che poi ha reagito mordendola. La signora si è vista ridurre il risarcimento in quanto il giudice aveva definito "imprudente" il suo comportamento perché pur trattandosi di animali domestici, ci si dovrebbe approcciare ad essi in modo più prudente visto che potrebbero sempre e comunque reagire in modo imprevedibile¹⁰.

Nel caso di specie possiamo constatare che effettivamente C. aveva tenuto nel concreto una condotta imprudente. L'istruttore durante il giudizio aveva affermato che le attività preliminari all'allenamento non erano di sua competenza perché egli andava al maneggio per tenere la lezione e arrivava solo poco prima del suo inizio. L'attrice vedendosi togliere gli speroni perché il cavallo si presentava agitato e dovendo essere a conoscenza che presumibilmente, visto il cattivo tempo dei giorni precedenti, il cavallo era rimasto fermo, poteva intuire, vista la sua esperienza, che l'animale fosse nervoso.

Questo a mio parere non significa che la responsabilità dell'accaduto ricadesse solo sulla cavallerizza, ma che ha sicuramente quest'ultima agito con colpa, con la conseguenza di imporre al giudice di tenerne conto ai fini della quantificazione del risarcimento: stando alla lettera del secondo comma dell'art 1227 cod. civ. "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

⁸ [http://it.wikipedia.org/wiki/Sperone_\(cavalleria\)](http://it.wikipedia.org/wiki/Sperone_(cavalleria)).

⁹ Trib. Monza, 24 gennaio 2006.

¹⁰ Trib. Bologna, 18 ottobre 2012.

2.4. Sulla responsabilità dell'utilizzatore e sulla responsabilità solidale dell'istruttore

Prima di tutto possiamo osservare come il giudice abbia deciso il caso rifacendosi alla giurisprudenza consolidatasi fino a questo momento in materia di responsabilità per danno cagionato da animali. Normalmente la responsabilità del gestore del maneggio s'inquadra all'interno della fattispecie dell'art 2052 cod. civ. dal momento che in questo campo si è affermata l'idea secondo cui l'attività del gestore è un'attività che acquisisce il carattere di pericolosità in relazione al caso concreto, quindi si devono controllare di volta in volta elementi come: il luogo in cui si svolge l'attività, la presenza o meno di attrezzatura adeguata, la presenza di un istruttore qualificato e il grado di esperienza degli allievi ¹¹. Qualora dall'analisi di questi elementi risulti il carattere pericoloso dell'attività si applicherà in via residuale il 2050 cod. civ.

Nel caso di specie il giudice ha applicato l'art 2052 cod. civ., in quanto l'attività di equitazione svolta all'interno di un maneggio adeguatamente attrezzato, alla presenza di un istruttore qualificato con dei cavalli addestrati per essere montati anche da persone inesperte ma che, essendo allievi, conoscono le nozioni basilari dell'equitazione, in linea di principio deve essere ricollegata alla fattispecie del 2052 e non del 2050 del codice civile ¹². Effettivamente il grado di preparazione di C. era stato definito elevato, quindi non ci sono dubbi in ordine alla mancata qualificazione dell'attività come "pericolosa".

L'applicazione del 2052 cod. civ. comporta la presunzione di responsabilità del proprietario o dell'utilizzatore dell'animale che ha causato il danno. Questa responsabilità in genere viene qualificata come responsabilità oggettiva ¹³; in altri casi viene presunta in forza della mera relazione fra proprietà ed utilizzazione dell'animale e dell'esistenza del nesso eziologico fra condotta dell'animale e danno, infine in aggiunta, ai fini dell'esenzione da responsabilità si richiede la prova del caso fortuito. E' ormai pacifico l'orientamento che considera la responsabilità per danno cagionato da animali in capo all'utilizzatore grazie al principio "*cuius commoda eius et incommoda*" ¹⁴.

La responsabilità viene giustamente fatta ricadere sul gestore del maneggio che è anche l'utilizzatore in quanto egli trae un vantaggio economico dal cavallo, di conseguenza la responsabilità di eventuali danni cagionati dallo stesso ricade su di lui. La responsabilità del proprietario dell'animale può gravare su altri soggetti solo se il proprietario si è spogliato della facoltà di *far uso* dell'animale, cosa che nel caso di specie non è sicuramente avvenuta con riferimento all'istruttore perché a trarre beneficio economico dall'uso del cavallo è sempre il gestore del maneggio, non l'istruttore. Per questi motivi, l'istruttore non è ritenuto responsabile.

In effetti, la giurisprudenza ha affermato che sussiste la responsabilità del gestore del maneggio, in veste di proprietario od utilizzatore, ai sensi dell'art 2052 cod. civ., per i

¹¹ Il carattere della pericolosità non è rinvenibile sempre, ma va valutato ex post in rapporto alle concrete modalità di svolgimento dell'attività. Sentenze: Cass. Civ., Sez. III, 9 marzo 2010, n. 5664; Cass. Civ., sez. III, 19 giugno 2008, n. 16638; Cass. Civ., sez. III, 11 febbraio 1994, n. 1380.

¹² Cass. Civ., sez. III, 23 novembre 1998, n. 11861.

¹³ La responsabilità del proprietario dell'animale è classificata come "*responsabilità oggettiva*" da alcune sentenze fra cui: Trib. Genova, 26 aprile 2012; Trib. Bologna, 18 ottobre 2012 e Trib. Modena 12 gennaio 2012. Queste tre sentenze richiamano l'orientamento giurisprudenziale avviato dalla cassazione: Cass. Civ., sez. III, 4 dicembre 1998, n. 12307, ripresa poi dalla sentenza Cass. Civ., sez. III, 9 gennaio 2002, n. 200.

¹⁴ In giurisprudenza, richiamano il principio *cuius commoda eius et incommoda*: Cass. 30 novembre 1977, n. 5226, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, c. 225; Cass. 4 dicembre 1998, n. 12307, in *Foro It.*, Rep. 1998, voce *responsabilità civile*, n. 314; Trib. Cagliari 27 dicembre 2001, in *Foro It.*, Rep. 2003, voce *responsabilità civile*, n. 276.

danni subiti dagli allievi durante le esercitazioni eseguite sotto la direzione e la sorveglianza di istruttori ed eseguite in condizioni che non permettono al cavallerizzo la disponibilità dell'animale¹⁵.

È sicuramente da escludere la responsabilità dell'istruttore di equitazione ai sensi del 2048 cod. civ., in quanto il secondo comma della norma afferma che i precettori (fra i quali recente giurisprudenza ha annoverato anche gli istruttori sportivi) sono responsabili del fatto *illecito* dei loro allievi *minorenni*¹⁶. Effettivamente “anche una delle poche sentenze che avevano ammesso la responsabilità di detto istruttore (Pret. Firenze 25.6.1957, in RDS, 1957, 427) venne annullata dalla Cassazione (Cass. Pen. 20.1.1960 così Frattatolo, 2005, 460) in considerazione dell'accettazione del rischio da parte dell'allievo. Del resto per poter praticare l'attività equestre, e quindi anche per ricevere lezioni, bisogna essere federati e, all'iscrizione, viene correlata una assicurazione che normalmente copre gli importi per i danni subiti.” (cit.¹⁷).

Il giudice affermando la responsabilità del gestore del maneggio chiama in causa anche l'art 2049 cod. civ., norma che nel nostro ordinamento introduce una forma di responsabilità indiretta perché il preponente è chiamato a rispondere del fatto del soggetto preposto in forza della sola posizione che riveste senza possibilità di prova liberatoria.

La responsabilità di cui al 2049 cod. civ. trova fondamento esclusivamente sulla base di un “fatto illecito” del preposto, ove per fatto illecito deve ritenersi qualsiasi fatto doloso o colposo di cui all'art 2043¹⁸. In ipotesi particolari, come nel caso di applicazione dell'art 2052 cod. civ., può succedere che il preposto incorra in responsabilità. Nel giudizio di responsabilità del preposto non si dovrà tenere conto del criterio d'imputazione della colpa, ma resta salva in ogni caso la possibilità di provare il caso fortuito. Una volta accertata la sussistenza della responsabilità del preposto, in un secondo momento, si potrà risalire anche alla responsabilità del preponente ai sensi del 2049 cod. civ.. In questa situazione è fatta salva la possibilità di regresso da parte del preponente nei confronti del preposto¹⁹.

Per il comportamento dell'istruttore nel caso di specie, non si può trascurare il fatto che egli avrebbe potuto posticipare la lezione o dire esplicitamente a C. che sarebbe stato meglio effettuare il giro di corda prima dell'inizio dell'allenamento. Il suo comportamento quindi è suscettibile di rimprovero e il giudice effettivamente ne ha tenuto conto prevedendo la sua responsabilità in solido con la convenuta A.S. tramite una declaratoria di solidarietà passiva.

Questo era l'unico mezzo per far pagare anche all'istruttore una parte del risarcimento, perché (come già sottolineato) l'art 2049 cod. civ. fa gravare solo sul datore di lavoro la responsabilità dei fatti illeciti dei propri lavoratori compiuti nell'esercizio delle loro mansioni e che provocano danni a terzi. Quindi stando al dispositivo di tale norma l'istruttore non avrebbe dovuto essere punito.

¹⁵ M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, Giuffrè, 2009, p. 363-364.

¹⁶ Il secondo comma dell'art 2048, rispetto al primo, non specifica che la responsabilità grava sul precettore solo in caso di allievi minorenni, ma lo afferma la giurisprudenza: Cass. 30 maggio 2001, n. 7387.

¹⁷ Cit. A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Giuffrè, 2008, p. 470-471.

¹⁸ Secondo l'art 2049 cod. civ. indefettibile presupposto per la configurabilità della responsabilità in capo al padrone o committente è la dimostrazione dell'esistenza di un fatto illecito del dipendente o del commesso sotto il profilo oggettivo e soggettivo: Cass. Civ., sez. III, 4 marzo 2005, n. 4742.

¹⁹ M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, Giuffrè, 2009, p. 92-93

IL COSTO DELLA LIBERTÀ DEI CAPRIOLI: DANNO DA FAUNA SELVATICA E RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

di Giulia Massimo

IL CASO

L'attore chiede alla Provincia di Bologna il risarcimento dei danni fisici, materiali, morali e patrimoniali da lui subiti a seguito di un sinistro stradale occorso in data 09/04/2010, quando l'improvviso attraversamento della strada da parte di un capriolo, che ha urtato la sua moto, ne ha provocato la caduta e un conseguente danno indicato complessivamente nella somma di euro 34.980,01. Presupposto della richiesta di risarcimento è l'art. 2051 c.c. (o in alternativa gli artt. 2043, 2052 o 2054 c.c.).

La Provincia di Bologna sostiene la propria carenza di legittimazione passiva, spettante alla Regione Emilia Romagna ai sensi dell'art. 1 della L. n. 157/1992, che attribuisce alle regioni un potere generale di indirizzo, programmazione e coordinamento in materia faunistico-venatoria, riservando alle province, che dovranno seguire le linee guida poste dalla Regione, le relative attività amministrative e gestionali.

La parte convenuta chiede inoltre il rigetto di ogni domanda formulata dall'attore, eccependo la mancanza di prove necessarie ad affermare una forma di responsabilità della Provincia, nonché l'impossibilità di affermare una forma di responsabilità ex art. 2052 c.c., non potendo configurarsi alcun rapporto di custodia dell'ente in relazione alla fauna selvatica. Si nega infine una condotta colposa dell'ente convenuto, escludendo dunque che possa essere integrata una responsabilità ex art. 2043 c.c.

Il giudice rileva innanzitutto l'infondatezza dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva mossa dalla Provincia di Bologna. Infatti, con la Legge Regionale n. 8/1994, la Regione Emilia Romagna ha delegato alle province le funzioni di controllo della fauna selvatica, nonché il potere di emanare disposizioni in materia di prevenzione e risarcimento dei danni. Il giudice ripercorre poi la più recente giurisprudenza in merito, ed in particolare Cass. Civ., n. 4202 del 21/02/2011: la l. n. 157, 11 febbraio 1992, attribuendo alle regioni a statuto ordinario il potere di emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie appartenenti alla fauna selvatica, riserva alle province le relative funzioni amministrative e gestionali. Nella sentenza citata la Regione viene considerata responsabile del danno cagionato nonostante la concessione di funzioni in merito alla Provincia tramite delega, a meno che tale delega che non abbia garantito alle Province "un'autonomia decisionale ed operativa sufficiente a consentire loro di svolgere l'attività in modo tale da poter efficientemente amministrare i rischi di danni a terzi e da poter adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare tali danni".

In relazione al caso di specie, il giudice rileva come la Provincia di Bologna abbia emanato il Piano di controllo degli ungulati e dei cervidi per il quinquennio 1997-2001, in attuazione della citata Legge Regionale n. 8/1994; come previsto dal Piano, nella zona dove è avvenuto l'incidente sono stati soppressi 88 capi, sono stati posti dei cartelli di pericolo "animali vaganti" lungo tutta la Fondovalle Savena ed è stato stabilito un limite di 50 km/h lungo tutto il percorso della strada in questione. Questi elementi vengono considerati sufficienti dal giudice per poter eccepire una sufficiente autonomia della provincia convenuta, la cui eccezione di legittimazione passiva viene ritenuta infondata.

Quanto alla responsabilità della Provincia, il giudice, in linea con i recenti sviluppi giurisprudenziali, rileva come al danno cagionato da fauna selvatica non siano

applicabili gli artt. 2051 e 2052 c.c., in quanto, proprio in relazione alle caratteristiche degli animali selvatici (per definizione liberi), non è possibile prospettare un rapporto di custodia tra essi la pubblica amministrazione.

Si ravvisa invece un profilo di colpa sufficiente ad integrare una responsabilità dell'ente convenuto ex art. 2043 c.c.; i testi addotti, infatti, hanno negato la presenza di cartelli di pericolo che potessero segnalare l'improvviso attraversamento della carreggiata da parte di fauna selvatica, nonché di presidi atti ad evitare tali incursioni di animali sul percorso stradale. Emerge dunque come l'ente provincia non abbia messo in atto quelle misure che sono esigibili per evitare qualsiasi danno che possa essere cagionato dalla fauna selvatica che attraversi improvvisamente la carreggiata, costituendo un pericolo per automobilisti e motociclisti. In questo senso, la Corte ravvisa come il comportamento tenuto dalla Provincia di Bologna non abbia rispettato i canoni di diligenza necessari nell'amministrazione di un bene, quale la fauna selvatica, facente parte del demanio dello Stato, cagionando un danno all'attore.

Viene dunque stabilito a favore dell'attore un risarcimento complessivamente pari a euro 28.180,00, somma all'interno della quale sono ricompresi il risarcimento del danno biologico puro, stimato nella percentuale dell'8%, e dell'invalidità temporanea totale di 10 giorni, dell'invalidità parziale al 75% di 20 giorni, al 50% di 20 giorni, e al 25% in 20 giorni, tenendo conto delle spese mediche così come valutate dalla Corte. Quanto al danno patrimoniale subito dall'attore in relazione ai danni cagionati alla sua motocicletta dalla caduta, la Corte procede valutando l'effettivo valore del mezzo, che viene stimato di circa in euro 10.000, e delle spese per le riparazioni, liquidando il danno in una somma di euro 9.000.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
TERZA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Alessandra Arceri
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 4850/2011 promossa da:

PIERLUIGI BENI (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. CINOTTI ROBERTA
elettivamente domiciliato in PIAZZA DELLA LIBERTÀ 57 40046 PORRETTA
TERME presso il difensore

ATTORE

contro

PROVINCIA BOLOGNA (C.F.***), con il patrocinio dell'avv. COLIVA,
elettivamente domiciliato in VIA GALLIERA 19 40121 BOLOGNA presso il difensore
CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come segue:

per l'attore:

" Piaccia all'Ill.mo Giudice adito, contrariis reiectis,

- Accertare e dichiarare la responsabilità della Provincia di Bologna nella persona del Presidente pro tempore per il sinistro occorso al sig. Beni Pierluigi in data 09/04/2010 causato dall'improvviso attraversamento della strada sita in Via Fondovalle Savena (Pianoro) da parte di un capriolo che, urtando la moto di proprietà dell'attore, ne determinava la caduta e per l'effetto udire condannare la convenuta al risarcimento di

tutti i danni fisici, materiali, morali e patrimoniali subiti in occasione del fatto illecito da parte del sig. Beni che si indicano nella somma complessiva di €. 34.980,01 (di cui €. 23.775,48 per macropermanenti ed invalidità temporanea, €. 2.524,73 per danno non patrimoniale (biologico + morale), €.866,09 per spese mediche ed €. 7.813,71 per danni materiali alla moto TG. BW78380) o in quella misura ed ammontare che risulteranno in corso di causa esperita attività istruttoria, oltre a rivalutazione monetaria, interessi sulla somma rivalutata dalla data del sinistro al saldo. Con vittoria di spese, diritti ed onorari oltre ad iva, CpA e rimborso spese. Dichiaro altresì di non accettare il contraddittorio su domande o eccezioni nuove avanzate da controparte."

Per la Provincia convenuta:

Voglia il Tribunale adito, ogni contraria istanza disattesa, accogliere le seguenti conclusioni:

in via preliminare, accertare e dichiarare la carenza di legittimazione passiva della convenuta Provincia di Bologna, con ogni conseguente effetto e statuizione;

in ogni caso: rigettare ogni domanda formulata nei confronti della conchiudente, perché infondata in fatto ed in diritto e comunque perché non provata.

Vinte le spese.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato, BENI PIERLUIGI conveniva in lite la PROVINCIA DI BOLOGNA al fine di essere integralmente risarcito – sul presupposto della configurabilità della responsabilità dell'ente convenuto ai sensi dell'art. 2051 c.c. (o in alternativa, in applicazione degli artt. 2043, 2052, o 2054 c.c., invocati da parte di giurisprudenza) - dei pregiudizi tutti, fisici e patrimoniali, derivatigli in seguito all'incidente del 9 aprile 2010, ad ore 12 circa, allorquando, percorrendo la via Fondovalle di Savena a bordo della propria moto BMW, veniva colpito da un capriolo che, balzando dal lato monte, invadeva improvvisamente la sede stradale, e lo faceva cadere rovinosamente la suola.

Nel giudizio così radicato si costituiva la Provincia di Bologna, eccependo, in via preliminare, la propria carenza di legittimazione passiva, per essere passivamente legittimata la Regione Emilia Romagna, ai sensi dell'art. 1 della L. n. 157/1992 e della successiva Legge Regionale n. 8/1994, ed in particolare, dell'art. 5 di detta legge, che attribuisce alle Regioni un potere generale di indirizzo, ovvero di programmazione e di coordinamento, in materia faunistico-venatoria, cui le Province sono tenute ad attenersi nell'approvazione dei propri piani faunistico venatori (art.7 comma 1 L.R citata).

In applicazione di tale normativa, la Corte di Cassazione aveva ripetutamente riconosciuto la spettanza in via esclusiva alla Regione del dovere di porre in essere misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danno a persone o cose, riconoscendone la legittimazione passiva in relazione alla conseguente responsabilità civile (Cass. 13 gennaio 2009, n. 467).

In via subordinata, comunque, parte convenuta eccepiva la mancanza di ogni prova necessaria ad affermare l'invocata responsabilità per quanto accaduto, sicuramente non affermabile né ai sensi dell'art. 2051, né ai sensi dell'art. 2052 c.c., non potendo evidentemente configurarsi nessun rapporto di custodia della provincia in relazione agli animali selvatici (cfr. Cass. 4 marzo 2010, n. 5202). Né si era fornita dimostrazione alcuna di colpe addebitabili all'ente convenuto, così come esige l'art. 2043 c.c. (Cass. 20 maggio 2010, n. 12437).

La causa veniva istruita con ammissione ed espletamento di prove orali (venivano in particolare escussi i testi Nascetti Gianclaudio, Panzacchi Alessandro, Cappellini Daniela e Naldi Paolo), indi, mediante CTU medico legale sulla persona dell'attore.

Precisate le conclusioni come in epigrafe ritrascritte, la causa veniva rimessa in decisione, con i termini di legge per lo scambio di conclusioni e repliche.

Preliminarmente, deve rilevarsi l'infondatezza dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dalla parte convenuta. Vero è, infatti, che la L. n. 157/1992 attribuisce alle Regioni un potere di indirizzo generale in materia faunistico venatoria, esercitando il quale la Regione elabora le linee guida cui dovranno attenersi le Province nell'attività amministrativa e gestionale riguardanti tali attività. Ma è altrettanto vero che proprio sulla scorta delle previsioni contenute nella predetta legge statale, la Regione Emilia Romagna, con la Legge Regionale n. 8/1994, ha delegato alle Province una serie di funzioni, implicanti, soprattutto, il controllo della fauna selvatica, ed il potere di emanare disposizioni relative alla gestione delle riserve, agli interventi, e soprattutto, in materia di prevenzione e risarcimento dei danni (art. 6).

Di più, l'art. 34 prevede che le Province stipulino apposite polizze assicurative per il risarcimento dei danni: tale disposizione, indubbiamente, presuppone implicitamente che sia la Provincia a dover rispondere dei danni provocati dagli animali selvatici.

Dunque, non può esservi alcun dubbio in ordine alla corretta evocazione in giudizio dell'ente convenuto, come del resto si desume anche da recenti pronunciamenti di legittimità in merito agli effetti della delega regionale in subiecta materia: l'ente delegato, salvo che provi l'assenza di qualsivoglia autonomia decisionale (ma come si è visto e si vedrà, non è il caso di specie), risponde di tutto ciò che inerisce alle funzioni delegate (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 4202 del 21/02/2011 (Rv. 616849) secondo la quale: Sebbene la fauna selvatica rientri nel patrimonio indisponibile dello Stato, la legge 11 febbraio 1992, n. 157 attribuisce alle Regioni a statuto ordinario il potere di emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica (art. 1, comma 3) ed affida alle medesime i poteri di gestione, tutela e controllo, riservando invece alle Province le relative funzioni amministrative ad esse delegate ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142 (art. 9, comma 1). Ne consegue che la Regione, anche in caso di delega di funzioni alle Province, è responsabile, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., dei danni provocati da animali selvatici a persone o a cose, il cui risarcimento non sia previsto da specifiche norme, a meno che la delega non attribuisca alle Province un'autonomia decisionale ed operativa sufficiente a consentire loro di svolgere l'attività in modo da poter efficientemente amministrare i rischi di danni a terzi e da poter adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare tali danni.).

E nel caso che occupa, la stessa Provincia convenuta afferma di aver proceduto ad emanare ed approvare con delibera consiliare del 27 dicembre 2007, n. 101, in attuazione delle previsioni contenute nella predetta Legge Regionale, il Piano di controllo degli ungulati e dei cervidi per il quinquennio 1997-2002, in esecuzione del quale sono stati soppressi 5220 capi (di cui 88 soltanto nella zona in cui si è verificato l'incidente per cui è causa), sono stati collocati cartelli di pericolo "animali vaganti" in tutta la Fondovalle Savena, è stato imposto, lungo tutto il percorso di detta strada, interessato dal transito di animali, anche il limite dei 50 km/h.

Tanto premesso, va osservato che l'istruttoria espletata consente di ricondurre senz'altro ad omissioni e negligenze dell'ente convenuto quanto occorso al BENI, con ciò integrandosi quel profilo di colpa sufficiente all'affermazione di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. (posto che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, è questo il titolo da invocarsi nel caso di danno provocato dall'incursione di animali sulla sede stradale, non rispondendo l'ente convenuto né ai sensi degli artt. 2050 e 2052 c.c. – Cass. N. 12347/2010), né ai sensi dell'art. 2051 c.c., non trattandosi di dinamismo proprio della strada sulla quale l'animale si è improvvisamente parato).

Infatti le testimonianze assunte consentono di affermare che la strada sulla quale è avvenuto l'incidente è costeggiata da alberi e tratti in discesa, e più volte, in passato, i testi escussi avevano notato la presenza di animali selvatici, uno di essi, addirittura, incappando nel medesimo incidente occorso al BENI, fortunatamente con un furgone, urtando un animale di più modeste dimensioni.

La Provincia convenuta sostiene di aver adottato tutte le misure adottabili nel caso di specie, affermando di aver abbattuto molti capi nella zona, e di aver apposto cartelli segnaletici.

Ma si è trattato evidentemente di misure insufficienti, visto quando emerso dall'istruttoria.

Il BENI, infatti, nel mentre procedeva su strada assai frequentata da automobilisti, centauri e ciclisti, a bassa velocità, si è visto invadere la carreggiata, improvvisamente, da un grosso capriolo, che scendendo dalla latitante collina, correndo in mezzo agli alberi, aveva tagliato longitudinalmente la corsia opposta (teste NASCETTI), per poi finire impattando, superata la mezzeria, contro la motocicletta condotta dal BENI, il quale, stante la repentinità dell'arrivo dell'animale, non aveva il tempo di reazione sufficiente per porre in essere efficaci manovre di emergenza, riportando i consistenti danni esposti in atto di citazione.

I testi escussi non rammentano di aver notato, a lato strada, cartelli che segnalassero il pericolo di attraversamento da parte di animali, o segnalazioni di sorta circa la necessità di prestare attenzione a tale evenienza, procedendo lentamente (cosa che il BENI, comunque, stava già facendo).

Né esistevano, lungo il percorso, presidi atti a scongiurare le incursioni di animali, quanto meno di grossa taglia, sulla sede stradale.

Infatti, l'apposizione di reti o di semplici dissuasori con corrente a bassa tensione, quanto meno nei tratti boschivi, dove la presenza di alberi (come era nel tratto in questione) può ostacolare la visibilità di eventuali grossi animali che, provenienti dalle selve latitanti, stiano per invadere la sede stradale, ponendo l'utente della strada in posizione defedata, sarebbe stata cautela esigibile.

Infine, la Provincia non ha affatto dimostrato che il numero di capi abbattuti fosse sufficiente ad abbassare, statisticamente, il fenomeno della incontrollata invasione degli spazi di percorrenza veicolare nella zona in questione, in relazione al presumibile numero delle nascite.

Conclusivamente, va affermata la responsabilità ex art. 2043 c.c. dell'ente convenuto per non aver adottato le cautele esigibili ad evitare il danno.

Il danno non patrimoniale subito dall'attore consiste, essenzialmente, nel complesso di postumi residuati dall'incidente, cui è del pari seguito un consistente periodo di invalidità temporanea.

Più precisamente, il CTU dott.sa LORENZA BOCCIA, dopo aver visitato il BENI, ed esaminato la documentazione clinica relativa al ricovero ed alle cure successive, ha affermato che il BENI ha subito in data 9 aprile 2010, un consistente trauma contusivo, con frattura scomposta del collo dell'omero destro, distacco del trochite, trattato conservativamente con bendaggio DESAULT, lesioni dalle quali sono esistite limitazione dolorosa della spalla destra, con acutizzazione spontanea durante le ore notturne, perdita di forza, impaccio funzionale.

Sebbene tali postumi non abbiano alcun riflesso invalidante a fini lavorativi (pag. 9 della consulenza BOCCIA), il danno biologico puro è stato stimato nella percentuale dell'8%, l'invalidità temporanea totale in giorni 10, l'invalidità temporanea parziale al 75% in giorni venti, al 50% in giorni venti, al 25% in giorni venti. Spese documentate ritenute congrue per € 865,69, riferite all'epoca dei fatti.

Tale danno, trattandosi di responsabilità non derivante da circolazione stradale, viene liquidato sulla scorta delle tabelle del Tribunale di Milano relative all'anno 2014. Senza alcuna maggiorazione o personalizzazione non essendovi prova di circostanze tali da legittimare il riconoscimento di più ampie voci di danno non patrimoniale.

Si avrà pertanto

Tabella di riferimento: Tribunale di Milano 2014

Età del danneggiato alla data del sinistro 51 anni

Percentuale di invalidità permanente 8%

Punto base danno non patrimoniale € 2.373,25

Punto base I.T.T. € 96,00

Giorni di invalidità temporanea totale 10

Giorni di invalidità temporanea parziale al 75% 20

Giorni di invalidità temporanea parziale al 50% 20

Giorni di invalidità temporanea parziale al 25% 20

Danno risarcibile € 14.240,00

Invalidità temporanea totale € 960,00

Invalidità temporanea parziale al 75% € 1.440,00

Invalidità temporanea parziale al 50% € 960,00

Invalidità temporanea parziale al 25% € 480,00

Danno biologico temporaneo € 3.840,00

Spese mediche ad oggi equitativamente rivalutate € 1.100,00

TOTALE: € 19.180,00

Quanto al danno patrimoniale, parte attrice ha prodotto un preventivo di riparazione che è stato confermato, in sede di escussione testimoniale, da CAPPELLINI DANIELA. Sicuramente, tale preventivo appare antieconomico se si pone mente al valore della motocicletta in questione all'epoca del fatto.

Attualmente, infatti, se immatricolata nel 2006 come quella di cui si discute, la moto in questione vale, come da quotazioni ufficiali dell'usato BMW, tra i 6 ed i 7.000 euro.

Se immatricolata nell'anno 2014, il valore dell'usato si aggira verso i 16.000 euro.

Occorre tuttavia considerare che il danno si è verificato nell'anno 2010, quando la motocicletta aveva circa quattro anni, ed il suo valore presumibilmente si collocava ad un livello intermedio tra i precedenti, ovvero circa 10.000 euro.

Liquidare riparazioni per 7.813 euro, ovvero per un valore che si avvicina all'80% del valore della motocicletta, e dunque, pare francamente antieconomico, come del resto attestato dal comportamento dell'attore, che non ha fatto riparare la motocicletta.

Dunque, il danno può essere liquidato come richiesto, discutendosi, comunque, di una cifra inferiore al valore della moto, i cui consistenti danneggiamenti non sono mai stati posti in contestazione.

Detta somma viene ad oggi, equitativamente, rivalutata in € 9.000.

Il totale del risarcimento dovuto ammonta dunque ad € 28.180,00 all'attualità.

Trattandosi di debito di valore determinato all'attualità, sullo stesso vanno riconosciuti gli interessi compensativi in misura legale, decorrenti, in ossequio a quanto previsto da Cass. SS. UU. N. 1712/1995, anziché sulla somma devalutata alla data del sinistro e poi via via rivalutata, a decorrere da una data intermedia tra sinistro e pubblicazione della presente sentenza, equitativamente fissata al 1 settembre 2012, e fino al saldo.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo, tenendo conto dei parametri di cui al decreto n. 55/2014.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

dichiara tenuta e condanna la Provincia di Bologna al pagamento, in favore dell'attore, della somma di € 28.180,00 oltre interessi legali a fare tempo dal 1 settembre 2012 fino al saldo;

condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice le spese di lite, che si liquidano in €, € 382 per esborsi, € 6.000 per compensi, oltre i.v.a., c.p.a. e 15 % per spese generali.

Bologna, 29 dicembre 2014

Il Giudice dott. Alessandra Arceri

Pubblicazione il 09/01/2015

TRIBUNALE DI BOLOGNA, sentenza 9 gennaio 2015, n. 52; Giud. ARCERI; Beni Pierluigi (Avv. CINOTTI) c. Provincia di Bologna (Avv. COLIVA).

Responsabilità civile – Fauna selvatica – Sinistro stradale - Legittimazione passiva della Provincia di Bologna – Sussiste (art. 34 Cost.; art. 1 L. n. 157/1992; art. 5 L.R. Emilia-Romagna, n. 8/1994)

Responsabilità civile – Fauna selvatica - Sinistro stradale – Responsabilità della P.A. – Sussiste (c.c. 2043, l. 27 dicembre 1977, n. 968, *Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia*; l. 8 giugno 1990, n. 142, ordinamento delle autonomie locali: l. 11 febbraio 1992, n. 157, *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*)

Sussiste la legittimazione passiva della Provincia di Bologna nell'azione promossa da un cittadino vittima di un sinistro stradale determinato dalla fauna selvatica, posto che la L. n. 157/1992 ha attribuito alle regioni a statuto ordinario il potere di emanare norme relative alla gestione ed alla tutela della fauna selvatica, riservando le relative funzioni amministrative alle province, e che la Regione Emilia-Romagna ha delegato alle Provincie un'autonomia decisionale ed operativa sufficiente a consentire loro di svolgere l'attività diretta ad amministrare i rischi che la fauna selvatica può determinare a terzi. (1)

L'ente delegato a gestire i rischi posti a terzi dalla fauna selvatica che non abbia posto in essere tutte le misure esigibili al fine di evitare danni a cose e/o persone cagionati dalla fauna selvatica risponde a titolo di colpa per i danni lamentati da un cittadino in esito a un sinistro stradale determinato dalla fauna selvatica (nella specie, la provincia di Bologna non ha adottato né cartelli volti a segnalare il pericolo di attraversamento della sede stradale da parte di animali, né presidi atti a contrastare l'attraversamento di animali di grossa taglia sulla sede stradale). (2)

(1) In relazione all'attribuzione di responsabilità in capo alla provincia piuttosto che alla regione, è possibile confrontare la pronuncia in esame con una serie di riferimenti giurisprudenziali di legittimità. Con la pronuncia dell'8 gennaio 2010, n. 80, la Cassazione civile afferma la responsabilità della provincia, in quanto la disciplina applicabile deve essere ricostruita sulla base dei principi generali in tema di responsabilità civile, che individuano il responsabile dei danni ingiustamente cagionati ai terzi nell'ente a cui siano concretamente affidati, con adeguato margine di *autonomia*,

i poteri di gestione controllo del territorio e della fauna ivi insediata. In questo senso, la legge 11 febbraio 1992, n. 157 attribuisce alle regioni a statuto ordinario il compito di emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie di fauna selvatica (art. 1 comma 1), e dispone che le province attuano la disciplina regionale. La regione ha dunque una competenza sostanzialmente normativa, mentre alle province spettano le concrete funzioni amministrative e di gestione. In secondo luogo, si riconosce come l'esercizio di funzioni o di attività per delega di altri non esclude la responsabilità del delegato per i danni arrecati ai terzi, ove il delegato goda di autonomia sufficiente a ricondurre alla sua personale decisione il comportamento produttivo di danno. Per ravvisare una responsabilità esclusiva della regione, dunque, occorre dare prova che il comportamento della provincia è stato interamente vincolato dalle direttive della prima. A questa pronuncia si adeguano una serie successive pronunce di legittimità, tra cui Cass. civ., sez. III, 21 febbraio 2011, n. 4202, in *italgiure*, in cui si ravvisa una responsabilità per danni cagionati da fauna selvatica in capo alla regione proprio in mancanza di prova di un sufficiente spazio di autonomia decisionale e operativa garantito alla provincia in materia di gestione della fauna selvatica; Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2012, n. 19356, in *italgiure*, e Cass. civ. sez. VI, 4 marzo 2013, n. 5321, in *italgiure*, in cui si afferma la responsabilità della regione, anche caso di delega di funzioni alle province, in virtù della l. n. 142/1990 e successiva l. n. 157/1992, e si ribadisce la necessità di una istruttoria approfondita sull'effettività dell'autonomia concessa con delega dalla regione alla provincia, al fine di poter ravvisare una responsabilità della prima o della seconda; in Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 4806, e Cass. civ., sez. VI, 28 febbraio 2014, n. 4788, in *italgiure*, nella quale, in conformità con la citata sentenza n.80/2010, si afferma che la responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente a cui siano stati concretamente affidati, nel caso di specie, i poteri di amministrazione e controllo degli stessi, sia che tali poteri derivino dalla legge, sia che trovino fonte in una delega di altro ente; in questo caso, è necessario procedere con indagine al fine di verificare l'effettivo spazio di autonomia decisionale e operativa concessa all'ente delegato. Sempre nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, la sent. 12 marzo 2010, n. 6129, in *italgiure*, ravvisa invece una responsabilità della regione in quanto, sebbene la fauna selvatica rientri nel demanio dello Stato, la legge 11 febbraio 1992, n. 157 attribuisce alle regioni a statuto ordinario il potere di emanare norme relative alla gestione ed alla tutela della fauna selvatica, affidando invece alle province le relative funzioni amministrative. In questo senso, il giudice riconosce la responsabilità esclusiva della regione per il danno cagionato dalla fauna selvatica ai terzi, qualora si ravvisabile un condotta colposa dell'ente delegante, responsabile dunque ex art. 2043 c.c.; anche in Cass. civ., sez. III, 16 novembre 2010, n. 23095, in *italgiure*, si ravvisa una responsabilità esclusiva della regione, a cui compete l'obbligo di predisporre tutte le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone o a cose. La responsabilità viene attribuita in capo alla regione in virtù del principio, consolidato in giurisprudenza, secondo cui la regione, in quanto obbligata ad adottare tutte le misure idonee ad evitare che la fauna selvatica cagioni danni a terzi, è responsabile ex art. 2043 c.c. dei danni cagionati il cui risarcimento non sia previsto da specifiche norme. Con la sentenza 6 ottobre 2010, n. 20758, la Cassazione ha invece riconosciuto la responsabilità del Consorzio Parco Nazionale dello Stelvio in relazione al danno cagionato ad un'autovettura dall'improvvisa invasione della carreggiata da parte di due ungulati, in quanto Ente Parco a cui sono stati concretamente affidati, i poteri di amministrazione del territorio e della fauna ivi insediata. Viene invece riconosciuta una responsabilità in solido di

regione e provincia in Cass. civ., sez. III, 16 novembre 2010, n. 23095, in *italgiure*, in quanto, se è vero che alle province spettano le funzioni amministrative in materia di caccia e di protezione della fauna secondo quanto previsto dalla l. 8 giugno 1990, n. 142, alle Regioni rimane l'obbligo di predisporre tutte le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone o a cose. Nell'ambito della giurisprudenza di merito: Tribunale di Roma, 26 giugno 2009, n. 14141, in *DeJure* (viene considerato fondato il rilievo avanzato dall'appellante in ordine alla carenza della legittimazione passiva della Regione Lazio ritenuta dal Tribunale; tale legittimazione sussiste piena in quanto la Regione Lazio risulta ben individuata quale soggetto, nella specie, legittimato a contraddire, esclusivamente in base alla domanda che evoca nei confronti di essa una responsabilità ex lege); Tribunale di Roma, 25 giugno 2009, n. 14141 in *DeJure* (la l. 11 febbraio 1992, n. 157, art. 1, dispone che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale. Le regioni a statuto ordinario provvedono ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica ed esercitano le funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento ai fini della pianificazione faunistico - venatoria di cui alla L. 11 febbraio 1992, n. 157, art. 10, svolgendo i compiti di orientamento, di controllo e sostitutivi previsti dalla stessa legge e dagli statuti regionali. Alle Regioni, quindi, compete l'obbligo di predisporre tutte le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone o a cose e può essere chiamata a rispondere dei danni provocati dalla fauna selvatica in forza della disposizione generale contenuta nell'art. 2043 cod. civ.); Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, n. 9060, in *DeJure* (l'art. 24 della legge regionale n. 30 del 31/12/99, attribuendo alla Provincia le "attività in materia della gestione della fauna", nonché le competenze in materia di "risarcimento dei danni cagionati dalla fauna", ha conferito alla stessa quell'autonomia gestionale ed operativa comprensiva dell'amministrazione dei "rischi di danni a terzi, inerenti all'esercizio dell'attività stessa" e del potere di "adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare tali danni"; quella disposizione è significativa per dimostrare che l'ente gestore del territorio in materia fauna è la Provincia, di Trieste); Tribunale di Savona, 3 novembre 2011, in *DeJure* ("l'ente delegato o concessionario potrà considerarsi responsabile, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ, per i suddetti danni a condizione che gli sia stata conferita autonomia decisionale e operativa sufficiente a consentirgli di svolgere l'attività in modo da poter efficientemente amministrare i rischi di danni a terzi, inerenti all'esercizio dell'attività stessa, e da poter adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare tali danni"); Tribunale di Campobasso, 22 gennaio 2014, n. 57, in *DeJure* (la legge affida alle Regioni funzioni di programmazione e di coordinamento dell'attività faunistico e venatoria, con ulteriori compiti sostitutivi, di orientamento e di controllo rispetto alle funzioni di carattere amministrativo che, nella medesima materia, sono affidate alla Provincia; ne consegue che alla Regione spetta un generalizzato obbligo di controllo della fauna per evitare che il bene da controllare possa essere fonte di pericolo per i terzi).

In dottrina sul punto, Liliana Felletti, *Danni cagionati da animali: responsabilità del proprietario anche in aree non aperte al pubblico, doveri istituzionali dell'amministrazione in relazione alla fauna selvatica e ai cani randagi vaganti sul territorio* (articolo pubblicato in *Responsabilità civile e previdenza*, Volume 77/II, 2012) l'Autrice sposa l'orientamento giurisprudenziale secondo cui tale soggetto è in via principale la Regione, mentre la Provincia "potrà essere chiamata a rispondere nelle ipotesi in cui il pregiudizio sia riconducibile al non corretto o mancato esercizio di funzioni proprie, ovvero di funzioni delegate dalla Regione qualora la delega abbia

comportato l'attribuzione di autonomia nel senso poco sopra indicato; oppure in quanto gestisca il Centro di protezione selvaggina nella cui area è accaduto l'incidente; o, ancora, se sia proprietaria della strada sulla quale si è verificato lo scontro". Sulla possibilità di imputare il danno esclusivamente all'ente regione, Giampaolo Miotto, in *L'amletico dubbio sull'identità dell'ente obbligato al risarcimento dei danni provocati dalla fauna selvatica in relazione alla circolazione stradale* (nota a Cass. civ., sez. III, 8 gennaio 2010, n. 80), scrive che "è discutibile che, anche sul piano del diritto amministrativo, il fenomeno della delega di funzioni lasci inalterata la titolarità della funzione delegata e non venga a costituire, invece, una situazione di titolarità condivisa dal delegante e dal delegato (...) Secondariamente, non può che condividersi quanto affermato dalla sentenza annotata quando sostiene che in tema di responsabilità civile l'evento dannoso deve comunque imputarsi all'autore della condotta (commissiva o omissiva) illecita, poiché, in caso di delega, la responsabilità del suo delegante potrebbe semmai aggiungersi alla sua, ma non escluderla. In tal caso, tuttavia, quando l'esercizio della delega abbia ad oggetto, ad esempio, la mera attuazione, su una parte del territorio regionale, di più generali piani faunistico-venatori di competenza dell'ente delegante, e cioè della regione, occorrerà chiedersi se tale attività attuativa, di contenuto meramente materiale possa effettivamente aver integrato, nel caso specifico, un'azione o omissione causalmente rilevante ai fini della produzione di un evento dannoso connesso alla circolazione stradale

(2) Per quanto concerne l'imputabilità del danno, non vi sono dubbi circa l'orientamento maggioritario in giurisprudenza, che imputa il danno cagionato dalla fauna selvatica ex art. 2043 c.c.; Cass. civ. sent. n. 1638 del 14.2.2000, in *Foro it.* ("il danno cagionato dalla fauna selvatica, che ai sensi della L. 27 dicembre 1977, n. 968 appartiene alla categoria dei beni patrimoniali indisponibili dello Stato, non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall'art. 2052 c.c., inapplicabile con riguardo alla selvaggina, il cui stato di libertà è incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia da parte della pubblica amministrazione, ma solamente alla stregua dei principi generali della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 cod. civ. anche in tema di onere della prova"); orientamento confermato con sentenza del 24 giugno 2003 n. 10008, in *Foro it.*, in cui la Cassazione civile ha affermato anche la necessità di l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico al fine di sostenerne la responsabilità; Cass. civ., sez. III, 28 marzo 2006, sentenza n. 7080, in *Foro it.*: ("la danneggiata non ha dimostrato la riconducibilità del sinistro a comportamenti imputabili alla Regione e all'ANAS. Infatti costei (...) imputa alla Regione di non avere adottato, nell'ambito di quell'attività di indirizzo e di pianificazione cui è legislativamente tenuta, le cautele necessarie per la salvaguardia degli utenti delle strade. Ma in tal modo la ricorrente finisce con il reintrodurre una costruzione giuridica inquadrata nella previsione dell'art. 2052 cc, in quanto fa discendere dai detti poteri di gestione, tutela e controllo della fauna selvatica una sorta di responsabilità automatica dell'Ente ogni volta che si verifichi un qualsiasi incidente con coinvolgimento della fauna selvatica. Invece la relativa verifica deve incentrarsi sulla considerazione che la responsabilità della Regione è configurabile solo ex art. 2043 cc, con le note implicazioni circa l'onere probatorio. Pertanto, sarebbe stato onere dell'attrice dimostrare che il luogo del sinistro fosse abitualmente frequentato da animali selvatici ovvero fosse stato teatro di precedenti incidenti tali da allertare le autorità preposte"); Cass. Civ., sez. III, sentenza 21 novembre 2008, n. 2767, in *DeJure* (la Corte Costituzionale ha escluso la sussistenza di una irragionevole disparità di

trattamento tra il privato proprietario di un animale domestico e la p.a., nel cui patrimonio sono ricompresi gli animali selvatici, considerando che gli eventuali pregiudizi provocati da essi costituiscono un *“evento puramente naturale di cui la comunità intera deve farsi carico”*, secondo il regime di imputazione ex art. 2043 c.c.); Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2010, n. 5202, in *italgiure* (la presunzione stabilita dall’art. 2052 c.c. è inapplicabile alla fauna selvatica, il cui stato di libertà è incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia da parte della p.a.); e Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2010, n. 12437, in *italgiure* (si esclude che l’attività di gestione di una riserva naturale possa costituire attività pericolosa; inoltre, essendo la responsabilità per danno tali danni imputabile solo ai sensi dell’art. 2043 c.c., occorre fornire la specifica dimostrazione della colpa dell’ente, non essendo ravvisabile una colpa in re ipsa). Quanto alle misure esigibili al fine di poter riscontrare o meno una condotta colposa dell’ente, in Cass. civ., sez. III, sentenza n. 7080 del 28/03/2006, in *DeJure*, si afferma che *“non possono essere pretese dall’Ente pubblico la recinzione e la segnalazione generalizzate di tutti i perimetri boschivi indipendentemente dalle loro peculiarità concrete e che, pertanto, sarebbe stato onere dell’attrice - appellata dimostrare che il luogo del sinistro fosse abitualmente frequentato da animali selvatici ovvero fosse stato teatro di precedenti incidenti tali da allertare le autorità preposte”*; inoltre in Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24121, in *italgiure* (la Corte non condivide quanto sostenuto dal ricorrente, e cioè che la mancanza di cartelli segnaletici della presenza di fauna selvatica possa costituire prova significativa della colpa nel comportamento dell’ente pubblico); Cass. civ., sez. I, 24 aprile 2014, n. 9276, *italgiure* (secondo la Corte, la segnaletica della fauna selvatica libera spetterebbe all’ANAS e non, nel caso di specie, alla Regione Abruzzo; il ricorso si limita a prospettare che la negligenza della Regione sarebbe consistita nella omessa apposizione di segnalazioni di possibile attraversamento di animali, senza valutare che la condotta omissiva in concreto predicabile sarebbe stata, semmai, quella legata ad una inadeguata gestione della fauna, a cui invece l’attore non ha fatto riferimento). Nell’ambito della giurisprudenza di merito, la sentenza n. 278, 8 febbraio 2012, del Tribunale di Modena, in *DeJure*, rileva come la dinamica del sinistro occorso assuma caratteri statisticamente marcatamente improbabili ed imprevedibili, così che non possa essere ascritta alcuna responsabilità ex art. 2043 c.c. alla pubblica amministrazione (nel caso di specie, l’esame delle immagini fotografiche relative allo stato dei luoghi aveva evidenziato come il contesto fosse di aperta campagna, assolutamente diverso dall’ambiente montano e boschivo tipico della zona appenninica della Provincia di Modena in cui la fauna selvatica è abbondante e non infrequente il suo attraversamento della sede stradale). Risulta particolarmente rilevante la sentenza n. 7 del Tribunale di Campobasso del 7 gennaio 2014, in *DeJure*: in essa, oltre ad affermarsi che non è possibile una mera responsabilità di posizione della pubblica amministrazione derivante dalla semplice proprietà della fauna selvatica, ma risulta necessaria la prova della condotta colposa dell’ente, vengono indicati come possibile profili di responsabilità il mancato esercizio dei poteri sostitutivi in caso in inerzia dell’ente provinciale nella redazione dei piani faunistico-venatori e dei piani di miglioramento ambientale; l’omessa segnalazione della presenza di determinata fauna selvatica in area interessata dal traffico veicolare, affinché si provveda all’apposizione della segnaletica stradale occorrente; la mancata effettuazione degli abbattimenti mirati (cd. caccia di selezione) laddove la presenza della fauna selvatica sia divenuta eccessiva ed abbia già recato ripetuto nocumento a terzi; l’esercizio della delega di funzioni alle province in maniera tale che il delegato non possa utilmente esercitarla. Si afferma inoltre che non è invece pensabile che la Regione quale soggetto deputato al controllo della fauna selvatica, debba essere obbligato alla recinzione di tutte le strade aperte al

traffico veicolare o anche soltanto di quelle in cui sia stato segnalato il passaggio di cinghiali o di altra fauna selvatica potenzialmente nociva per l'uomo ed i beni di sua proprietà.

In dottrina sull'an della responsabilità della P.A: Liliana Felletti, *Danni cagionati da animali: responsabilità del proprietario anche in aree non aperte al pubblico, doveri istituzionali dell'amministrazione in relazione alla fauna selvatica e ai cani randagi vaganti sul territorio* (articolo pubblicato in *Responsabilità civile e previdenza*, Volume 77/II, 2012); in merito all'applicabilità al caso di specie dell'art. 2052 c.c., l'Autrice afferma che "alla Pubblica amministrazione è inapplicabile, con riferimento alla selvaggina, la presunzione di responsabilità oggettiva del proprietario dell'animale posta dall'art. 2052 c.c., anche se la fauna selvatica rientra nel patrimonio indisponibile dello Stato ai sensi della legge 11 febbraio 1992, n. 157. Lo Stato, infatti, è privo di quella disponibilità materiale della bestia che si riscontra normalmente nel dominus per gli animali domestici o in cattività: il capo selvatico, proprio per il suo trovarsi in stato di completa libertà, non può, per sua natura, essere nella disponibilità di alcuno, e, dunque, non è ipotizzabile una potestà di governo sullo stesso da parte della P.A". Sempre in relazione all'applicabilità dell'art. 2052 c.c., Paolo Guarda, in *Automobilisti danneggiati dalla fauna selvatica: regole di responsabilità e piani di indennizzo* no-fault

(http://eprints.biblio.unitn.it/1412/1/FaunaSelvatica_CircolazioneStradale_Guarda2.pdf)

"Dall'entrata in vigore della legge sulla caccia in poi, la dottrina prevalente ha sostenuto l'applicabilità della responsabilità prevista dall'art. 2052 c.c. in capo alla p.a. per gli incidenti stradali causati da animali selvatici (statisticamente rappresentati in modo prevalente da ungulati) che attraversino la rete stradale; e ciò sulla base del principio cuius commoda eius et incommoda (...) La tesi è stata, però, fortemente contrastata dalla giurisprudenza di legittimità. Si è, infatti, sostenuto che il tipo di responsabilità delineato dall'art. 2052 c.c. abbia come ragion d'essere l'esigenza di far gravare la responsabilità sul soggetto che dall'animale trae un'utilità e che a tale scopo lo sorveglia e lo custodisce; mentre, nel caso della fauna selvatica, la ratio dell'attribuzione del dominio allo Stato non sarebbe affatto quella di consentire a quest'ultimo il godimento o lo sfruttamento economico della fauna, quanto, piuttosto, di gravarlo di compiti di salvaguardia e di tutela di un patrimonio naturale suscettibile di venir gravemente danneggiato dall'incuria dei singoli." Roberto Foffa, in *Danno e responsabilità*, n. 11/2009, "l'art. 2052 c.c. riguarda gli animali domestici o comunque ammansiti, rispetto ai quali sussiste un rapporto immediato e rispetto ai quali si dispone di concreti ed immediati poteri d'intervento. Il 2052 c.c. è stato creato per i casi in cui un animale costantemente sotto controllo causa danni a cose o persone, mentre le Amministrazioni competenti hanno piuttosto il compito di tutelare al massimo la libertà degli animali ed evitare, per converso, che siano le persone a causare loro danni." In senso opposto, invece, si è espresso Giorgio Rispoli, in *Danno cagionato da animali e circolazione stradale* (articolo pubblicato in *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*, 2013): l'Autore sostiene che al caso di specie sia preferibile applicare l'art. 2052 c.c. rispetto al 2043 c.c., in quanto "le argomentazioni sostenute dal filone che esclude l'applicazione dell'art. 2052 c.c. al danno cagionato da fauna selvatica sembrerebbero francamente poco condivisibili nonché destituite di fondamento (...) la Cassazione ha recentemente individuato il legittimato passivo rispetto alle pretese risarcitorie riguardanti i danni cagionati dalla fauna selvatica nell'ente alla cui cura gli animali risultano in concreto affidati. Orbene mentre da un lato il potere di controllo costituirebbe il presupposto su cui fondare la legittimazione passiva degli preposti alla cura della fauna selvatica, dall'altro l'applicabilità dell'art.

2052 c.c. alla medesima fattispecie sarebbe invece negata proprio in virtù della mancanza di potere di controllo sulla fauna da parte della P.A.”; quindi, secondo l'autore, “le argomentazioni proposte a sostegno della tesi contraria all'applicabilità dell'art. 2052 c.c. in materia di danni cagionati dalla fauna selvatica sembrerebbero risolversi in un corto circuito logico.”

IL COMMENTO

1. Introduzione

Con riferimento alla polimorfa materia dei sinistri stradali, la casistica relativa al danno cagionato dalla fauna selvatica ai terzi in relazione alla circolazione stradale, contempla casi di assoluta frequenza; nello specifico, l'attraversamento o l'invasione della carreggiata da parte di animali selvatici presenta notevoli profili di criticità.

In primo luogo, è rilevante constatare come dottrina e giurisprudenza siano divise nel riconoscere l'imputabilità del danno così cagionato ad una responsabilità ai sensi dell'art. 2043 ovvero dell'art. 2052 del Codice civile, con relative ripercussioni in termini di onere probatorio. Un ulteriore profilo di criticità guarda invece al soggetto legittimato passivo alla richiesta risarcitoria de quo: posto che la fauna selvatica rientra tra i beni demaniali dello Stato, dottrina e giurisprudenza non concordano nella individuazione di tale soggetto, che viene alternativamente identificato nella Regione, nella Provincia, o in entrambi gli enti.

La seguente analisi si ripromette di ripercorrere la frastagliata costruzione giurisprudenziale e dottrinale in materia, alla luce di una visione generale che guardi alla miglior tutela dei terzi e della fauna stessa.

2. L'appartenenza della fauna selvatica al demanio dello Stato: tutela degli animali selvatici e imputazione dei danni cagionati da questi ultimi

Non vi è oggi dubbio circa l'appartenenza della fauna selvatica al demanio dello Stato. Mentre infatti con l'art. 2, comma 1°, del R.D. 5 giugno 1939, n. 1016 (“Approvazione del Testo Unico sulle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia”) gli animali selvatici venivano considerati *res nullius* e dunque di fatto sottratti al controllo della pubblica amministrazione, con la conseguenza che non era prevista alcuna forma di risarcimento per il danno (ingiustamente) subito da terzi, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della successiva l. n. 157 del 1992¹, la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è come tale tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale². Costituisce uno dei tanti strumenti che lo Stato ha a disposizione per perseguire un interesse collettivo (con finalità esclusivamente protezionistiche e di tutela), la cui soddisfazione è incompatibile con forme di controllo coercitive dello stato di libertà degli animali selvatici³. La proprietà esercitata dallo Stato è caratterizzata

¹ l. n. 155/1992, art. 1, c. 1: *La fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale.*

² GdP Perugia 27 Aprile 1999, Rgu, 1999, n. 788 “con l'entrata in vigore della l. n. 969 del 1977 non è più possibile fare distinzione, per quanto riguarda la loro appartenenza, tra animali selvatici e animali non selvatici, in quanto tutti gli animali hanno ormai un proprietario e si può solo distinguere tra la proprietà dello Stato per i danni arrecati ai privati della fauna selvatica, trovando fondamento nel principio *cuius commoda eius et incommoda*, deve essere inquadrata nell'ambito dell'art. 2052, in quanto lo Stato, collocando la fauna selvatica nel proprio patrimonio indisponibile, ne è divenuto il proprietario”

³ Come affermato da G. Miotto in *L'amletico dubbio sull'identità dell'ente obbligato al risarcimento di danni provocati dalla fauna selvatica in relazione alla circolazione stradale*, “L'acquisizione della fauna

dalla mancanza di possesso sul bene in questione, e ha dunque ad oggetto un bene pubblico in senso oggettivo, destinato alla fruizione collettiva, del quale lo Stato è proprietario affinché la collettività tutta possa fruirne. Se dunque è pacifico che la fauna selvatica, in quanto bene demaniale dello Stato, sia stato posto sotto il controllo e la custodia della pubblica amministrazione, resta da capire se il danno da essa cagionato in relazione alla circolazione stradale possa essere imputato secondo la presunzione generale del *neminem laedere* contenuta all'art. 2043, con il conseguente odioso, e gravoso, onere della prova in capo al danneggiato, o per responsabilità oggettiva ai sensi dell'art. 2052 del Codice.

La Corte costituzionale è stata chiamata proprio a giudicare della legittimità dell'art. 2052 c.c. in relazione alla sua inapplicabilità ai danni cagionati dalla fauna selvatica; tali dubbi di costituzionalità sono stati repentinamente dipanati dalla Corte, che, con pronuncia del 4 gennaio 2001, n. 4, ha enunciato la manifesta infondatezza, con riferimento all'art. 3 cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2052 c.c., nella parte in cui, così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, esclude dall'ambito della sua applicazione la responsabilità dello Stato per i danni causati dalla fauna selvatica, in quanto l'irragionevolezza e la disparità di trattamento lamentata non sussiste, poiché la disposizione impugnata è applicabile solo in presenza di danni provocati da animali domestici, mentre per quelli cagionati da animali selvatici si applica invece l'art. 2043 c.c.: infatti, nel caso in cui il danno è arrecato da un animale domestico (o in cattività), è naturale conseguenza che il soggetto nella cui sfera giuridica rientra la disponibilità e la custodia di questo si faccia carico dei pregiudizi subiti da terzi secondo il criterio di imputazione ex art. 2052 c.c.⁴.

Riflettendo poi sulla natura stessa della fauna selvatica, appare evidente come l'art. 2052 c.c. risulti inapplicabile al caso di specie, in quanto, ponendo a carico del proprietario dell'animale, ovvero della persona che se ne serve (limitatamente al tempo di utilizzo), la responsabilità per il danno cagionato dall'animale, fatto salvo il caso in cui venga fornita prova del c.d. caso fortuito, il criterio di imputabilità in esso espresso viene individuato nel rapporto giuridico (la proprietà) e/o di mero fatto (l'uso), in via alternativa tra loro, tra l'animale che ha causato il danno e la persona, sia che l'animale al momento dell'evento dannoso fosse sotto la loro custodia, sia che fosse smarrito o fuggito.

selvatica alla proprietà pubblica è stata disposta con finalità esclusivamente protezionistiche e di tutela. Tant'è che lo stesso art. 1 comma 1, della l. N. 157/21992, laddove stabilisce tale acquisizione, inequivocabilmente afferma che la fauna "*è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale*", e che, dunque, la sua protezione è prevista non già nell'interesse dello Stato-organizzazione, bensì dello Stato-comunità."

⁴ Corte Costituzionale, 4 gennaio 2001, n.4 "*È manifestamente infondata, con riferimento all'art. 3 Cost., la q.l.c. dell'art. 2052 c.c., nella parte in cui, così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, esclude dall'ambito della sua applicazione la responsabilità dello Stato per i danni causati dalla fauna selvatica, in quanto l'irragionevolezza e la disparità di trattamento lamentata non sussiste, poiché la disposizione impugnata è applicabile solo in presenza di danni provocati da animali domestici, mentre per quelli cagionati da animali selvatici si applica l'art. 2043 c.c.: infatti, nel caso in cui il danno è arrecato da un animale domestico (o in cattività), è naturale conseguenza che il soggetto nella cui sfera giuridica rientra la disponibilità e la custodia di questo si faccia carico dei pregiudizi subiti da terzi secondo il criterio di imputazione ex art. 2052 c.c., laddove i danni prodotti dalla fauna selvatica, e quindi da animali che soddisfano il godimento dell'intera collettività, costituiscono un evento puramente naturale di cui la comunità intera deve farsi carico secondo il regime ordinario e solidaristico di imputazione della responsabilità civile ex art. 2043 c.c.; né la norma impugnata crea disparità di trattamento tra gli agricoltori (i quali nel caso di danni alla produzione agricola possono beneficiare dell'indennizzo erogato da un fondo regionale costituito ad hoc) e tutti gli altri soggetti danneggiati, non essendo irrazionale una disciplina che, in considerazione della sua specificità, preveda una maggiore tutela per l'attività agricola.*"

Tale rapporto giudico non può essere ravvisato nel collegamento che intercorre tra lo Stato e la fauna selvatica. Infatti, pacifico che l'attribuzione della fauna selvatica al dominio pubblico sia una conseguenza della tutela e preservazione della stessa, e non abbia come scopo ultimo la sua utilizzazione e/o godimento da parte dello Stato, bisogna considerare che fauna selvatica è inadatta, per sua stessa natura, ad una forma di stretto controllo o di custodia da parte dello Stato, che sarebbe invece ravvisabile in una ipotesi di risarcibilità ex art. 2052 c.c.⁵; la pubblica amministrazione, pertanto, può essere chiamato a rispondere di eventuali danni provocati dalla fauna selvatica solo ed esclusivamente secondo il principio generale del *neminem laedere* ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁶.

Parte della dottrina concorda con questa visione, ritenendo che l'applicazione dell'art. 2052 c.c. sia da escludersi *"laddove non risulti una vera e propria situazione di custodia, ossia di disponibilità giuridica e di fatto, con relativo potere/dovere di controllo e vigilanza sull'animale"*. Secondo altra parte della dottrina, invece, la responsabilità dell'Amministrazione si colloca nell'alveo dell'art. 2052 c.c. in quanto *"lo Stato, in quanto proprietario della fauna, deve rispondere dei danni da essa provocati, in base al comune principio ubi commodum, ibi incommodum"*⁷.

Tale principio sembra tuttavia poco indicato a delineare il rapporto tra Stato e la fauna selvatica: il fine ultimo della pubblica amministrazione in materia, infatti, non è quello di trarne uno specifico godimento e dunque un qualsivoglia vantaggio, ma di proteggere e tutelare la fauna a favore dell'intera comunità.

Anche una forma di controllo più stringente da parte della pubblica amministrazione sulla fauna selvatica si troverebbe in contrasto con lo scopo a cui ha guardato il legislatore nel suo operato, in quanto, con riferimento alle anzidette finalità di tutela poste dalla legge, il rispetto della libertà degli animali selvatici si presenta come assolutamente necessario, tanto più se si considera che forme di controllo più stringenti o coercitive, sicuramente di efficacia maggiore rispetto all'apposizione di cartelli segnaletici di pericolo, quali per esempio la soppressione di capi, o la riduzione in cattività, appaiono evidentemente in profondo contrasto con quello che è stato l'intento normativo stesso del legislatore, e non sono dunque prospettabili (sebbene non sia discutibile l'efficacia che avrebbero in termini causali)⁸.

⁵ Cass. Civ., sez. III, 25 novembre 2005, n. 24865 *"in tema di responsabilità extracontrattuale, il danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall'art. 2052 c.c., inapplicabile per la natura stessa degli animali selvatici, ma soltanto alla stregua dei principi generali sanciti dall'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico"* (nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rinvenuto detto comportamento nella circostanza che nella zona, densamente popolata di animali selvatici, non fosse stato installato alcun avvertimento per segnalare il pericolo, inducendo così l'utente della strada a prestare la massima attenzione, onde procedere con la necessaria prudenza);

Cass. n. 14241/2014 *"il danno cagionato dalla fauna selvatica (...) non è risarcibile in base alla presunzione di responsabilità stabilita dall'art. 2052 c.c. (...), ma solamente alla stregua dei principi generali della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova"*; Cass. 10008/2003 *"La selvaggina, proprio perché vive (...) in stato di naturale libertà nel territorio nazionale, non è insomma suscettiva di alcuna forma di soggezione di fatto, né ad integrare un simile rapporto valgono le varie attività di protezione, di incremento e di salvaguardia della specie in via di estinzione e di controllo della caccia"*

⁶ in tal senso si è pronunciata anche la Corte Costituzionale (Corte Cost., 29 dicembre 2000, n. 4)

⁷ Roberto Foffa, in *Danno e responsabilità*, n. 11/2009

⁸ G. Miotto, *L'amletico dubbio sull'identità dell'ente obbligato al risarcimento di danni provocati dalla fauna selvatica in relazione alla circolazione stradale*: *"Come si è già avuto modo di osservare, infatti, dal complesso normativo sin qui illustrato emerge chiaramente che l'acquisizione della fauna selvatica alla proprietà pubblica è stata disposta con finalità esclusivamente protezionistiche e di tutela (...) Sotto*

Questo orientamento è rilevante anche e soprattutto, in relazione al caso in esame, in termini di onere della prova. Se infatti l'art. 2052 c.c. stabilisce che la presunzione di colpa può essere superata fornendo la prova del caso fortuito, non essendo in ogni caso sufficiente dimostrare di aver usato la comune diligenza necessaria ad evitare il danno, nel caso di un sinistro stradale cagionato da fauna selvatica, considerando una forma di responsabilità ex art. 2043, tale *probatio diabolica* viene invece posta in carico al danneggiato, che dovrà dare prova della colpa specifica della pubblica amministrazione, e nello specifico dell'ente a cui spettava, per contro, di usare tutta la diligenza possibile al fine di evitare danni a cose e/o persone. L'ente preposto risponderà così dei danni provocati dalla selvaggina, alla stregua dei principi generali sanciti dall'art. 2043 c.c., solo in relazione ad una individuazione di un concreto comportamento colposo ad esso ascrivibile (si confronti, ad esempio, Cass. 28 marzo 2006, n. 7080, laddove la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, che aveva rigettato la domanda proposta nei confronti di una Regione per il risarcimento dei danni conseguenti alla collisione tra una vettura e un cinghiale, ritenendo non fossero emerse prove dell'addebitabilità del sinistro a comportamenti imputabili alla Regione o all'Anas, non potendo costruire oggetto di obbligo giuridico per entrambe la recinzione e la segnalazione generalizzate di tutti i perimetri boschivi⁹).

In relazione alla applicabilità dell'art. 2052 c.c. al caso in esame, parte della dottrina individua la ratio su cui fondare l'imputazione della responsabilità della pubblica amministrazione ai sensi di tale articolo nell'aumento del rischio¹⁰. Infatti, è proprio la pubblica amministrazione che, con la sua attività di tutela e protezione della fauna, compresa dunque la misura del ripopolamento di talune aree, aumenta i rischi di danno a cose e/o persone. Tale orientamento non è però mai stato accolto dalla giurisprudenza, che è ferma nel ravvisare una responsabilità della pubblica amministrazione esclusivamente ai sensi dell'art. 2043.

Minoritario è infine l'orientamento che riconduce una forma di responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati dalla fauna selvatica all'art. 2051 c.c.¹¹: la responsabilità da cosa in custodia, infatti, presuppone che il soggetto al quale si imputa il fatto dannoso sia in grado di esplicitare, riguardo alla cosa stessa, un effettivo

questo profilo è particolarmente significativo il fatto che il più volte citato art. 14 della l. n. 142/1990 designi le funzioni amministrative affidate alle province proprio (ed esclusivamente) con riguardo alla "protezione... della fauna", constatazione questa che appare difficilmente compatibile con l'importanza che la sentenza annotata, ai fini dell'imputazione dei danni di cui si discute, ha inteso attribuire a tali funzioni. Non a caso le precitate finalità protezionistiche e le loro inevitabili conseguenze pratiche sono state colte, invece, dalla Corte costituzionale quando, chiamata a giudicare la legittimità costituzionale dell'art. 2052 c.c. in relazione alla sua inapplicabilità ai danni cagionati dalla fauna selvatica, ha ravvisato il fondamento razionale di tale inapplicabilità nello "stato di naturale libertà che caratterizza la fauna selvatica", sicché i danni in questione sono provocati "da animali che soddisfano il godimento dell'intera collettività" e dunque rappresentano degli eventi "di cui la comunità intera deve farsi carico secondo il regime ordinario e solidaristico di imputazione della responsabilità civile ex art. 2043 c.c."

⁹ Cass. Sez. III, 28 Marzo 2006, n. 7080 "in tema di responsabilità extracontrattuale, il danno cagionato dalla fauna selvatica ai veicoli in circolazione non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall'art. 2052 c.c., inapplicabile per la natura stessa degli animali selvatici, ma soltanto alla stregua dei principi generali sanciti dall'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico"

¹⁰ P. Guarda, *Automobilisti danneggiati dalla fauna selvatica: regola di responsabilità e piani di indennizzo no-fault*

¹¹ Cass. Civ., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 488

potere di sorveglianza, di modificarne lo stato e di escludere che altri¹², e tale potere non può essere ravvisato nel rapporto tra pubblica amministrazione e fauna selvatica.

3. Imputabilità della responsabilità aquiliana: regione o provincia?

Al fine di provare di aver subito un danno ingiusto cagionato dalla imperizia della pubblica amministrazione, da cui invece tale diligenza era esigibile, è necessario individuare l'ente preposto a norma di legge all'esercizio delle funzioni di controllo e custodia della fauna selvatica, nonché di prevenzione dei danni ai terzi, ed è proprio in relazione a tale imputazione di responsabilità che si evidenziano i maggiori problemi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, divise fra la tesi che individua il soggetto giuridico obbligato al risarcimento nella Regione, quella opposta, che lo identifica nella Provincia e quella che, invece, ritiene entrambi gli enti concorsualmente obbligati.

Se da un lato non vi è dubbio sul fatto che la responsabilità civile vada imputata all'ente cui in concreto possa attribuirsi un atto illecito, commissivo od omissivo, postosi in relazione causale con l'evento danno verificatosi, dall'altro è difficile stabilire quale sia l'ente responsabile dell'illecito tenendo conto del concreto contesto normativo e delle sue specifiche finalità, e non è sempre pacifico stabilire a quale dei due soggetti vada attribuita l'imputabilità aquilana.

Volgendo lo sguardo al quadro normativo, l'art. 14 della l. 8 giugno 1990, n. 142 sulle autonomie locali attribuisce alle province le funzioni amministrative che attengano a talune materie, tra cui la protezione della fauna selvatica. La successiva l. 11 febbraio 1992, n. 157 ha attribuito alle Regioni la competenza ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela della fauna selvatica e ad esercitare le funzioni di programmazione e pianificazione al riguardo, per cui compete ad esse l'obbligo di predisporre le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone o a cose, affidando invece alle Province le relative funzioni amministrative ad esse delegate ai sensi della citata l. n. 142/1990¹³.

Da tali disposizioni, osserva la Corte di cassazione con sentenza n.80, 8 gennaio 2010 *"si desume che la regione ha una competenza essenzialmente normativa, mentre alle province spetta l'applicazione delle concrete funzioni amministrative"*. Con riferimento al testo di G. Miotto precedentemente citato, pubblicato in nota a questa sentenza, l'Autore riporta i precedenti della giurisprudenza di legittimità, che aveva affermato la responsabilità esclusiva delle Regioni essenzialmente per due ragioni. La prima deriva dal tenore letterale dell'art. 1 della l. n. 157 del 1992, con riguardo alla "gestione" della fauna selvatica ed anche sui poter di pianificazione faunistico-venatoria loro conferiti dal successivo art. 10, ricavandone a suo carico l'onere di adottare le cautele di prevenire danno a terzi, e la seconda relativa al fatto che le funzioni amministrative attribuite alle Province costituirebbero oggetto di delega da parte delle Regioni, che dunque ne rimarrebbero titolari alla stregua dei principi propri del diritto amministrativo.

Più recentemente, secondo Cass. civ., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 20758 *"la responsabilità per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente (sia esso Regione, Provincia, Ente parco, federazione o*

¹² Con riferimento ai beni demaniali, sussiste una responsabilità dell'ente custode del demanio stradale, ai sensi dell'art. 2051 c.c., sono in relazione a situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada (Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2009, n. 9560)

¹³ Cass., sez. III, 10 ottobre 2007, n. 21282 *"È obbligo delle Regioni provvedere ad approntare misure idonee per evitare che la fauna selvatica arrechi danni a cose o persone, con la conseguenza che è il suddetto ente obbligato a risarcire i danni causati da un cinghiale a un automobilista di passaggio, a nulla rilevando che l'animale provenisse dall'area di un parco naturale, affidato alla gestione di un apposito ente"*

associazione) a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, anche in attuazione della l. n. 157 del 1992, i poteri di Amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata”. Bisognerà dunque, in relazione al caso di specie, valutare quale sia l'ente a cui siano stati concretamente affidati i poteri gestionali del territorio e della fauna ivi insediata¹⁴.

È condivisibile, peraltro, la giurisprudenza che non ravvisa, nell'esercizio di funzioni o di attività per delega di altri, la possibilità di escludere la responsabilità del delegato per i danni ingiustamente cagionati ai terzi, ove il delegato goda di autonomia decisionale e gestionale sufficiente a ricondurre alla sua decisione il comportamento produttivo di danno¹⁵. Accolta dunque la tesi che non vede una esclusione della responsabilità del soggetto delegato né tantomeno di quello delegante, in presenza di delega di funzioni dalla Regione alla Provincia, al fine di individuare il soggetto effettivamente responsabile in caso di una condotta colposa che abbia cagionato a terzi un danno ingiusto, sarà necessario valutare quale sia l'effettivo spazio di autonomia garantito dalla delega stessa: sono numerose infatti le pronunce di legittimità all'interno delle quali la Corte si trova ad assumere una decisione proprio in virtù di una analisi circa l'effettivo spazio di autonomia di cui abbia eventualmente goduto l'ente delegato.

Quanto alla sentenza oggetto di questa analisi, il giudice di merito ravvisa uno sufficiente spazio di autonomia nel fatto che la Provincia convenuta affermi di aver proceduto ad emanare ed approvare, con delibera consiliare del 27 dicembre 2007, n. 101, in attuazione proprio delle previsioni regionali, il Piano di controllo degli ungulati e dei cervidi per il quinquennio 1997-2001, in esecuzione del quale sono state poste in essere varie misure, tra le quali la soppressione di 5220 capi, la collocazione di cartelli di pericolo "animali vaganti" sul territorio circostante e l'apposito e di un limite di velocità di 50 km/h lungo tutto il percorso di detta strada.

4. Pubblica amministrazione e precauzioni esigibili

Un ulteriore profilo di necessaria analisi riguarda la concreta condotta posta in essere dall'ente in relazione alle precauzioni esigibili al fine di evitare danni cagionati dalla fauna selvatica a terzi in relazione alla circolazione stradale. Sotto il profilo dell'operato dell'ente, è necessario, al fine di provarne la responsabilità, che ad esso sia ascrivibile una concreta condotta colposa, non essendo tra l'altro prospettabile l'individuazione una colpa *in re ipsa*, che costituirebbe di fatto una applicazione della presunzione di colpa di cui all'art. 2052 c.c., ed individuare, in caso favorevole, quali sarebbero state le cautele esigibili dall'ente preposto al fine di evitare di cagionare danni ingiusti ai terzi.

Fermo restando che la pubblica amministrazione ha potere discrezionale nella scelta di strumenti, criteri e modalità per implementare i pubblici interessi ad essa affidati, nel rispetto delle comuni regole di diligenza, legalità e imparzialità, in relazione al caso di specie è necessario valutare quali siano le misure preventive che regione e provincia possono e devono mettere in atto al fine di meglio controllare e custodire la fauna selvatica che risiede nel territorio.

¹⁴ Cass. Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 20758 “la responsabilità per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente (sia esso regione, provincia, ente parco, federazione o associazione) a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso anche in attuazione della l. 157/1992, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata”

¹⁵ Così in Cass. Civ., sez. III, 8 gennaio 2010, n.80; Cass. Sez. III, 21 Febbraio 2011, n. 4202 “è responsabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., dei danni provocati da animali selvatici a persone o a cose, il cui risarcimento non sia previsto da specifiche norme, a meno che la delega non attribuisca alle Province un'autonomia decisionale ed operativa sufficiente a consentire loro di svolgere l'attività in modo da poter efficientemente amministrare i rischi di danni a terzi e da poter adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare i danni”

La giurisprudenza non è unanime nel delineare le cautele di fatto esigibili¹⁶; se da un lato è sicuramente ravvisabile l'elemento della colpa nella condotta dell'ente che ponga in essere un eccessivo incremento e ripopolamento di animali selvatici, la mera apposizione di cartelli di pericolo "attraversamento animali" non è stato sempre ritenuto una cautela utile ad evitare il danno ingiustamente cagionato ai terzi e dunque esigibile. Ai sensi dell'art. 95 d.p.r. n. 495/1992, i segnali verticali "animali selvatici" devono essere usati per "*presegnalare la vicinanza di un tratto di strada con probabile attraversamento di animali*". La giurisprudenza ha inteso questa norma nel senso di apporre un obbligo di apposizione di tali cartelli solo relativamente alle zone in cui gli attraversamenti da parte della fauna selvatica della carreggiata sono, appunto, frequenti. Secondo autorevole dottrina, "la predisposizione della suddetta segnaletica verticale nei tratti stradali abitualmente frequentati da animali selvatici, indubbiamente costituisce una misura di prevenzione per gli incidenti stradali provocati dalla fauna selvatica, la cui omissione può fondare la responsabilità civile della P.A. specificatamente competente"¹⁷.

Facendo riferimento alla giurisprudenza di legittimità, la Corte di Cassazione ha invece più volte ribadito come la omessa apposizione di cartelli segnaletici non sia sufficiente, di per sé, a scongiurare l'attraversamento *repentino* o l'invasione della carreggiata di animali selvatici, evitando dunque il danno ingiustamente cagionato ai terzi¹⁸.

Nella sentenza in esame tale omissione viene considerata di per sé sufficiente ad integrare un primo profilo di colpa, in quanto, in presenza di tale cartello, l'attore avrebbe quanto meno potuto aspettarsi un improvviso attraversamento di animali selvatici. Considerando tuttavia, come si evince dalla ricostruzione della vicenda, che, nonostante l'attore procedesse a velocità moderata, l'attraversamento dell'animale selvatico che si è scontrato contro la sua moto è stato così repentino da non garantirgli un tempo di reazione sufficiente ad evitare l'animale, vi è una alta probabilità che, pur in presenza di un cartello di pericolo, lo scontro si sarebbe ugualmente verificato. Pertanto, l'apposizione del cartello, se esigibile da parte della provincia, non costituisce di per sé misura sufficiente ad evitare l'attraversamento di fauna selvatica, anche di grossa taglia. Sembra quindi poco ravvisabile una responsabilità della Provincia, considerando inoltre che lungo la strada in cui si è verificato il sinistro la stessa provincia aveva apposto limite di velocità di 50 km/h e cartelli di pericolo "animali selvatici" in tutta la

¹⁶ A tal proposito, Liliana Ferretti, in *Danni cagionati da animali: responsabilità del proprietario anche in aree non aperte al pubblico, doveri istituzionali dell'amministrazione in relazione alla fauna selvatica e ai cani randagi vaganti sul territorio*, ravvisa, quanto a condotte colpose ascrivibili all'ente preposto al controllo della fauna selvatica "(...) ripopolamenti in numero eccessivo o in aree manifestamente inidonee; omessa adozione di adeguate misure finalizzate a contenere il numero degli esemplari, o per omessa effettuazione degli abbattimenti mirati di capi in sovrannumero (c.d. caccia di selezione), laddove le bestie selvatiche si siano eccessivamente riprodotte".

¹⁷ G. Miotto, *L'amletico dubbio sull'identità dell'ente obbligato al risarcimento di danni provocati dalla fauna selvatica in relazione alla circolazione stradale*

¹⁸ in questo senso, Cass. Civ., sez. III, 4 marzo 2010, n. 5202 "(...) certo che nella specie il giudice di appello con un accertamento di fatto insindacabile in questa sede, ha escluso che la attrice abbia dato - in concreto - la prova che la Regione ha posto in essere una condotta - ancorché colposa - causativa del danno patito dalla stessa attrice (certo essendo da un lato che non era stata fornita alcuna prova dell'eccessiva incremento e ripopolamento di animali selvatici imputabile alla Regione, dall'altro, che la Regione, non essendo lente preposta alla gestione della strada sulla quale si è verificato l'incidente non aveva alcun obbligo di apporre segnaletica idonea a indicare una situazione di pericolo per la sicurezza della circolazione, da ultimo che erano assolutamente generiche tutte le altre carenze denunciate è che giusta la stessa prospettata one dell'attrice l'incidente si sarebbe verificato anche in presenza di adeguata segnalazione, certo essendo che il cinghiale aveva attraversato la strada repentinamente"

Fondovalle Savena, ove è sita la strada luogo dell'incidente, nonché la scarsa efficacia in termini causali di cartelli che costituiscano un mero segnale di avvertimento¹⁹.

In ogni caso, la stessa Cassazione, con sentenza del 24 aprile 2014, n. 9276, ha ribadito la necessaria ricollegabilità del danno ad una concreta condotta omissiva posta in essere dall'ente, nonché la scarsa efficacia che i cartelli segnaletici di pericoli hanno sul piano causale in relazione al caso di specie²⁰. Una adeguata misura di prevenzione, quanto se non più di relativi cartelli segnaletici, sarebbe stata forse il posizionamento di presidi atti a scongiurare le incursioni di animali di grossa taglia; è forse solo in questo senso ravvisabile una condotta colposa della Provincia.

In conclusione, al di là di quelle che sono le misure realmente e concretamente efficaci per prevenire i danni che la fauna selvatica può arrecare ai terzi in relazione alla circolazione stradale, certo è che spetta alla Regione, ai sensi della l. N. 157/1992", "predisporre tutte le misure idonee per evitare che gli animali selvatici arrechino danni ai terzi"; è inevitabile affermare dunque che gli enti territoriali, regioni e province concorsualmente, pur non avendo una effettiva proprietà sugli animali selvatici ne sono, di fatto, custodi, e rispondono dei danni da essi cagionati qualora sia ravvisabile una omissione nella messa in atto delle cautele quantomeno auspicabili al fine di evitare tali eventi causativi di danno.

¹⁹ Cass. Civ., sez. III, 24 ottobre 201, n. 24121 "(...) non può condividersi quel che sostiene il ricorrente, con il secondo motivo, in relazione alla mancanza di cartelli segnaletici della presenza di fauna selvatica, significativa di per se stessa della colpa nel comportamento dell'ente pubblico";

²⁰ Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 2014, n.9276 "la gestione della fauna incombente sulla regione (alla stregua della legge 157 del 1992 che all'art. 26 prevede la costituzione di fondo per il risarcimento dei danni alle coltivazioni cagionati da detta fauna) non comporta ex se che qualunque danno a vetture circolanti cagionato da essa sia addebitabile alla regione, occorrendo la allegazione o quantomeno la specifica indicazione di una condotta omissiva efficiente sul piano della presumibile ricollegabilità del danno (...)". Il ricorso si limita a prospettare che la negligenza della regione sarebbe consistita nella omessa apposizione di segnalazioni di possibile attraversamento di animali né considerando come tal obbligo gravava sull'Ente tenuto ad apprestare la segnaletica su strada statale né valutando che la condotta omissiva in concreto predicabile sarebbe stata, semmai, quella afferente la inadeguata gestione della fauna, sulla quale nulla l'azione prospettava, e non l'adozione di mezzi di mero avvertimento, certamente di assai scarsa efficacia causale"

IL BALCONE PERICOLANTE E LA MOTO NUOVA: LA RESPONSABILITÀ DA ROVINA DI EDIFICI

di Carlo Alberto Pulejo

IL CASO

Un motociclista parcheggiava il suo motoveicolo sotto un balcone. Malauguratamente, si verificava un crollo. I calcinacci finivano sul mezzo, determinandone la totale distruzione. Il motociclista decideva di convenire in giudizio la proprietaria dell'edificio, chiedendo il risarcimento del danno patrimoniale patito. La convenuta resisteva invocando l'esclusiva responsabilità dell'attore che non avrebbe dovuto posteggiare la propria moto nello spazio privato di pertinenza condominiale, delimitato da un cancello. Riteneva dunque che la responsabilità per il verificarsi del crollo dovrebbe essere esclusa o perlomeno limitata ex art. 1227c.c. per il comportamento inosservante dell'attore. Contestava inoltre l'ammontare del risarcimento richiesto perché, a suo dire, eccessivo e spropositato in relazione al valore di mercato del mezzo danneggiato.

Le attese risarcitorie dell'attore muovono dalla constatazione del crollo effettivamente avvenuto conseguente alla disgregazione dell'immobile. Facendo leva su una giurisprudenza consolidata, il tribunale sussume il crollo all'interno della fattispecie di danno da rovina d'edificio (2053 c.c.). Essa integra un'ipotesi speciale del più generico danno da custodia ex art.2051, e rende responsabile la persona del proprietario dei danni occorsi ai terzi in conseguenza della rovina dell'immobile. Il 2053 infatti configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva fondata dunque sul mero riscontro del nesso causale tra res ed evento dannoso. Quest'impostazione trova un forte riscontro in giurisprudenza sebbene con qualche anomalia. Frequente è infatti il ricorso alla formula "responsabilità per colpa presunta" che, nonostante il riferimento alla colpa, finisce per celare l'utilizzo di un criterio d'imputazione oggettivo della responsabilità.

Di ciò è testimone il pesante onere probatorio gravante sulla persona del proprietario/convenuto tenuto ad attestare in giudizio il ricorrere del fortuito. La prova liberatoria è insomma indipendente da qualsiasi colpevolezza.

Quanto al contenuto della prova, esso è in parte circoscritto dal legislatore in negativo, sulla base di un'interpretazione letterale che consente di ritenerlo integrato in presenza di danno non conseguente a difetto o vizio, ed in positivo in forza di un collegamento sistematico con il 2051. Insomma, è sufficiente che l'evento trovi origine in un elemento causale del tutto autonomo ed indipendente dal danno. (si dirà più avanti circa le prospettive sulle basi delle quali ritenere interrotto il nesso di causalità).

Conseguentemente a quest'impostazione, sarà esclusa la responsabilità del proprietario, ed integrato il fortuito, allorché il danneggiato si sia autonomamente procurato il danno, ponendo in essere una condotta da sola idonea a cagionarlo. Per contro, integrerà la fattispecie del concorso di colpa del danneggiato il fatto di questo che abbia agevolato o contribuito al verificarsi dell'evento lesivo.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

Il Tribunale di Palermo - terza sezione civile- in composizione monocratica, in persona del G.O.T. Maria Luisa Montalto, ha pronunciato, la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. 15111 del Ruolo Generale Affari Civili Contenziosi dell'anno 2009, promossa

DA

G.S. elettivamente domiciliato in Palermo, Via Mariano Stabile n. 250, presso lo studio dell'Avv. Francesco Bono e dell'Avv. Giulia Galati che lo rappresentano e difendono giusta mandato a margine dell'atto di citazione

ATTORE

CONTRO

M. PROVVIDENZA elettivamente domiciliata in Palermo, Via Giuseppe Puglisi Bertolino n. 2 presso lo studio degli Avv.ti Alessandro Agueci e Monica Vitale che la rappresentano e difendono giusta procura a margine della comparsa di costituzione e risposta

CONVENUTA

E NEI COFRONTI DI

M.A. elettivamente domiciliata in Palermo, Via Terrasanta n. 24 presso lo studio dell'Avv. Daniele Dalfino che la rappresenta e difende giusta procura a margine della comparsa di costituzione e risposta

M.G.A. elettivamente domiciliata in Palermo, Via Tintoretto n. 4 presso lo studio dell'Avv. Daniele Fazio che la rappresenta e difende giusta procura a margine dell'atto di citazione per chiamata di terzo

TERZI CHIAMATI IN CAUSA

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Il giudizio che ci occupa si origina dalla richiesta risarcitoria avanzata da G.S. per i danni patrimoniali subiti in conseguenza dei fatti verificatisi il 12.05.2009.

Espone l'attore di essere proprietario del motoveicolo Kawasaki Ninja tg. (...) e che alla data indicata, verso le h. 10,00 circa, si verificava il crollo della soletta del balcone del secondo piano del fabbricato per civile abitazione sito in Via Levanzo n. 21 di proprietà della convenuta, M. Provvidenza; che al momento del crollo, il proprio motoveicolo si trovava posteggiato al di sotto del balcone e pertanto veniva investito dalla caduta dei calcinacci di notevole grandezza riportando ingenti danni.

Tanto esposto chiedeva la condanna della convenuta M. Provvidenza, proprietaria dell'appartamento cui apparteneva il sotto balcone crollato, al risarcimento dei danni patrimoniali subiti dal proprio motoveicolo e causati dal crollo della porzione di edificio di sua proprietà.

Si costituiva M. Provvidenza la quale contestava le avverse difese invocando l'esclusiva responsabilità dell'attore che non avrebbe dovuto posteggiare la propria moto nello spazio privato di pertinenza condominiale e delimitato da un cancello. Riteneva pertanto che la responsabilità per il verificarsi del crollo doveva essere esclusa o quanto meno limitata ex art. 1227 c.c. per il comportamento inosservante dell'attore.

Contestava inoltre l'ammontare del risarcimento richiesto perché eccessivo e spropositato in relazione al valore di mercato del mezzo danneggiato.

In linea gradata chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa le comproprietarie dell'appartamento, ovvero M.A. e M.G.A. quali corresponsabili in solido dell'evento dannoso.

Autorizzata la vocatio in ius si costituivano infine anche M.A. e M.G.A. le quali contestavano le pretese attoree in punto di an debeatur sull'assunto della responsabilità esclusiva o concorrente del G., per aver parchato la propria moto in uno spazio privato condominiale, in ordine al quantum perché eccessive.

Disposta CTU al fine di accertare e quantificare i danni riportati dal motoveicolo attoreo e riconducibili all'evento dannoso denunciato, e precisare le conclusioni come in epigrafe, la causa veniva trattenuta per la decisione previa assegnazione dei termini per il deposito di comparse conclusionali.

Va preliminarmente rilevato che non vi è contestazione tra le parti in causa del verificarsi del fatto storico dedotto da parte attrice - crollo della soletta del balcone del secondo piano dell'appartamento sito in Via Levanzo n. 21 di proprietà delle convenute, attese le argomentazioni sostenute negli scritti difensivi delle stesse parti.

Costituisce infatti un arresto giurisprudenziale il principio secondo cui i fatti allegati da una parte possono ritenersi pacifici in quanto siano stati esplicitamente ammessi dall'altra parte onero quando quest'ultima abbia impostato le proprie difese su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti stessi, oppure si sia limitata a contestarne esplicitamente taluni soltanto, evidenziando in tal modo il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri (Cass. civ. 28.10.04 n. 20916).

Si aggiunga inoltre che il verificarsi del crollo è comprovato sia dalle fotografie prodotte in atti, in ordine alle quali non vi è stata alcuna contestazione, e dalle quali è possibile evincere la presenza dei calcinacci sparsi nello spazio condominiale e sulla stessa moto di parte attrice, sia dalla ordinanza sindacale n. 208 del 13.05.2009 che richiamando il verbale di sopralluogo, redatto dai tecnici preposti di pronta reperibilità recatisi sul luogo il giorno stesso dell'evento, ha diffidato proprietari ed inquilini dall'uso dei balconi delle unità immobiliari e dello stesso cortile condominiale ed ordinato l'esecuzione degli interventi urgenti per la messa in sicurezza dell'intero fabbricato, onde salvaguardare la privata e pubblica incolumità.

L'evento dannoso può dunque ritenersi dimostrato senza che all'uopo sia stato necessario assumere altri mezzi di prova.

Tanto premesso si osserva, in punto di diritto, che la fattispecie assunta in citazione e sussumibile nell'ambito del disposto di cui all'art. 2053 c.c..

In particolare, la responsabilità del proprietario per i danni cagionati a terzi dalla rovina dell'edificio sussiste, ai sensi dell'art. 2053 c.c., in dipendenza di ogni disgregazione, sia pure limitata, degli elementi strutturali della costruzione, ovvero degli elementi accessori in essa stabilmente incorporati; essa integra un'ipotesi particolare di danno da cose in custodia, che impedisce l'applicazione dell'art. 2051 c.c., per il principio di specialità, e può essere esclusa ove il proprietario fornisca la prova che la rovina non fu dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione.

Benché la norma non ne faccia menzione, ai fini dell'esonero dalla responsabilità è consentita anche la prova del caso fortuito, ovvero di un fatto dotato di efficacia causale autonoma rispetto alla condotta del proprietario medesimo, ivi compreso il fatto del terzo o dello stesso danneggiato. E' inoltre configurabile il concorso tra la colpa presunta del proprietario e quella accertata in concreto del danneggiato, che con la propria condotta abbia agevolato o accelerato la rovina dell'immobile o di parte di esso.

Nel caso di specie non vi è dubbio che il crollo di che trattasi sia stato determinato dalla vetustà dell'immobile e quindi dall'omessa manutenzione delle parti strutturali dello stesso, omissione interamente imputabili alle comproprietarie che nella dedotta qualità avrebbero dovuto provvedere alla esecuzione delle opere necessarie alla eliminazione dei pericoli onde salvaguardare la pubblica e privata incolumità.

La condizione dell'immobile di proprietà delle convenute così come accertato dai tecnici della edilizia percolante porta inoltre ad escludere il concorso colposo dello stesso attore per aver parchato la proprio moto nell'atrio condominiale, atteso che il crollo ben avrebbe potuto interessare il passaggio occasionale di passanti, e tanto più che nello stesso atrio si poteva accedere alla sede della ditta -La Elettroclima - presso cui lavorava l'attore.

Né vi è prova inoltre che l'uso del predetto atrio fosse stato interdetto ai privati in presenza del transito dei veicoli della ditta suddetta.

Ne deriva che l'evento dannoso va interamente imputato alla condotta omissiva dei proprietari per non aver provveduto alla manutenzione del detto immobile e non evitato quindi la rovinosa caduta. Conseguenzialmente deve essere altresì esclusa l'ipotesi del caso fortuito o dello stesso concorso di colpa dell'attore dedotto dai convenuti nelle proprie difese.

Passando ad esaminare le richieste risarcitrici avanzate dall'attore in ordine ai danni subiti dalla propria moto il CTU con indagine tecnica che qui si condivide integralmente perché priva di errori o vizi logici, tenendo conto del valore di mercato del veicolo ante sinistro, del valore del relitto ed aggiungendo il F.R.A.M. ha valutato in complessivi Euro 7.003,10 il danno patrimoniale subito dal motoveicolo dell'attore.

Va di contro ritenuto antieconomico procedere alle riparazioni della moto atteso che per l'esecuzione degli interventi sarebbe stato necessario sostenere una spesa pari ad Euro 7.654,62 di gran lunga superiore al valore di mercato del motoveicolo alla data del sinistro e pari ad Euro 5.850,00

Per tutto quanto sopra argomentato le convenute M. Provvidenza, M.A. e M.G.A. vanno condannate al pagamento in favore di G.S. della somma di Euro 7.003,10. Le spese, incluse le spese di CTU, seguono la soccombenza, sono poste a carico delle convenute e si liquidano in favore dell'attore come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo, Terza Sezione Civile in composizione monocratica, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, così provvede:

Condanna M. Provvidenza, M.A. e M.G.A. al pagamento in favore di G.S. della somma di Euro 7.003,10 oltre interessi legali dalla decisione al saldo.

Condanna M. Provvidenza, M.A. e M.G. al pagamento delle spese di lite in favore di G.S. che si liquidano in complessivi Euro 1.686,66 di cui Euro 186,66 per esborsi oltre Iva e CpA.

Pone a carico delle parti convenute, in solido tra loro, le spese della CTU liquidate in complessivi Euro 733,14 come da decreto in atti.

Così deciso in Palermo, il 6 luglio 2013.

Depositata in Cancelleria il 9 luglio 2013.

TRIBUNALE DI PALERMO, sentenza 9 luglio 2013; Giud. Montalto; G.S (Avv.ti BONO e GALATI) contro M. provvidenza (Avv.ti AGUECI e VITALE); e nei confronti di M.A (Avv. DELFINO) e M.G.A (Avv. FAZIO).

Responsabilità civile – Rovina di edifici – Crollo di balcone – Prova liberatoria – Non fornita – Fattispecie (Cod. civ. art. 2053)

La responsabilità del proprietario per i danni cagionati a terzi dalla rovina dell'edificio sussiste, ai sensi dell'art. 2053 c.c., in dipendenza di ogni disaggregazione, sia pure limitata, degli elementi strutturali della costruzione, ovvero degli elementi accessori in essa stabilmente incorporati; essa integra un'ipotesi particolare di danno da cose in custodia, che impedisce l'applicazione dell'art. 2051 c.c., per il principio di specialità, e può essere esclusa ove il proprietario fornisca la prova che la rovina non fu dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione. (1)

In giurisprudenza constano numerosi precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass. 20608/2012; Cass. 1002/2010; Cass. 8876/1998 Cass.; 1666/2005; Cass. 2481/2009; Cass. 11053/2008; Cass. 557/2008; Cass. 7755/2007; Cass. 19974/2005; Cass. 5127/2004; Cass. civ. Sez. III Sent., 6 maggio 2008, n. 11053, Cass. civ. Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19974, Cass. civ. Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19974, Cass. civ. Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19975, Cass. civ. Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19975, Cass. civ. Sez. III, 18 febbraio 2005, n. 3385, Cass. civ. Sez. III, 27 gennaio 2005, n. 1666, Cass. civ. Sez. III, 27 gennaio 2005, n. 1666, Cass. civ. Sez. III, 20 agosto 2003, n. 12219, Cass. civ. Sez. III, 8 settembre 1998, n. 8876, Cass. civ. Sez. III, 8 settembre 1998, n. 8876, Cass. civ. Sez. III, 3 dicembre 1997, n. 12251, Cass. civ. Sez. III, 14 gennaio 1988, n. 212, Cass. civ., 3 dicembre 1985, n. 6044, Cass. civ., 17 novembre 1984, n. 5868, Cass. civ., 29 gennaio 1981, n. 693, Cass. civ., 29 gennaio 1981, n. 693, Cass. civ. Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19974, Cass. civ. Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19975, Cass. civ. Sez. III, 18 febbraio 2005, n. 3385, Cass. civ. Sez. III, 12 marzo 2004, n. 5127, Cass. civ. Sez. III, 12 marzo 2004, n. 5127, Cass. civ. Sez. III, 20 agosto 2003, n. 12219. In quella di merito: Trib. Ivrea, 16 maggio 2012, Trib. Roma Sez. V, 26 aprile 2011, Trib. Padova Sez. II, 25 ottobre 2010, Trib. Busto Arsizio, 20 gennaio 2010, Trib. Ruvo di Puglia, 8 gennaio 2010, Trib. Roma, 7 luglio 1999, Bari Sez. III, 2 maggio 2013, Trib. Padova, 25 luglio 2005, Trib. Padova, 25 luglio 2005, Trib. Padova, 25 luglio 2005, Trib. Milano, 29 settembre 2004, Trib. Trieste, 11 luglio 2002, App. Roma, 28 giugno 2011, in Banca dati Corti di merito, Milano, App. Napoli, in Banca dati Corti di merito, Milano, App. Napoli, 1 marzo 2011, in Banca dati Corti di merito, Milano, App. Lecce Taranto, 21 gennaio 2013, in Banca dati Corti di merito, Milano, App. Napoli, 9 novembre 2011, in Banca dati Corti di merito, Milano, Trib. Milano, 15 maggio 2013, in Banca dati Corti di merito, Milano, App. Lecce-Taranto, 13 marzo 2013, in Banca dati Corti di merito, Milano.

In dottrina si veda: Trimarchi Pietro, 1961, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, Giuffrè; Astone Antonino, responsabilità da cose in custodia: in tema di gita scolastica e danno da autolesione, in DeJure banche dati; Torresani Marco, La responsabilità oggettiva da cose in custodia per dissesti stradali, in leggi d'Italia banche dati; Toppetti Francesca, 2008, La responsabilità presunta <<fino a prova contraria>>, Milano, Giuffrè; Bussani Mauro, 1988, La rovina dell'edificio, Milano, Giuffrè; Franzoni, 1993, Dei fatti illeciti, 1993, in comm. Cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna, Zanichelli; Sapone Natalino, 2007, Il concorso di colpa del danneggiato, Milano, Giuffrè.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Sul principio di diritto enunciato dalla corte; 2. Colpa e responsabilità oggettiva. Presupposti e finalità; 3. La responsabilità del proprietario. Elementi costitutivi del danno da rovina d'edificio; 4. Nesso causale: il problema dell'immediata successione cronologica tra rovina ed evento. Un panorama giurisprudenziale; 5. Rapporti tra responsabilità oggettiva e colpa presunta. Una "maschera" giurisprudenziale; 6. Sul difficile rapporto tra 1227 primo comma e responsabilità oggettiva.

1. Sul principio di diritto enunciato dalla corte

Nella sentenza in epigrafe, il tribunale riprende un orientamento piuttosto consolidato in seno alla giurisprudenza, enunciando il principio di diritto secondo cui il proprietario di un immobile è responsabile dei danni da esso derivanti, *“in occorrenza di ogni disgregazione, sia pure limitata, degli elementi strutturali della costruzione, ovvero degli elementi accessori in essa stabilmente incorporati”*. Al contempo specifica: *“la disgregazione integra un'ipotesi particolare di danno da cose in custodia, che impedisce l'applicazione dell'art.2051 c.c., per il principio di specialità, e può essere esclusa ove il proprietario fornisca la prova che la rovina non fu dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione”*; *“Benché la norma non ne faccia menzione, ai fini dell'esonero dalla responsabilità è consentita anche la prova del caso fortuito, ovvero di un fatto dotato di efficacia causale autonoma rispetto alla condotta del proprietario medesimo, ivi compreso il fatto del terzo o dello stesso danneggiato. è inoltre configurabile il concorso tra la colpa presunta del proprietario e quella accertata in concreto del danneggiato, che con la propria condotta abbia agevolato o accelerato la rovina dell'immobile o di parte di esso”*.

I problemi posti dalla sentenza *de qua* appaiono rilevanti sotto molteplici profili, offrendoci il destro per dibattere su uno dei problemi più discussi sul palcoscenico dottrinale della RC contemporanea, quello relativo al paradigma interpretativo della responsabilità oggettiva. L'analisi sarà svolta in relazione alla fattispecie del danno da rovina d'edificio ex 2053. Nei paragrafi successivi, senza alcuna pretesa di esaustività, si ripercorreranno le tappe fondamentali di questo percorso, con un'analisi dei principali snodi critici intorno ai quali si è sviluppato il dibattito.

2. Colpa e responsabilità oggettiva. Presupposti e finalità

L'evoluzione storico-sociologica gioca un ruolo fondamentale nell'individuazione delle funzioni che la responsabilità civile è chiamata a svolgere nel nostro tempo. In poco più di un secolo si è infatti passati, da un sistema interamente incentrato sulla colpa, ad uno che, pur mantenendo la colpa al centro del sistema, finisce per concedere ampio spazio ad un criterio d'imputazione oggettivo della responsabilità.¹ Sotto la spinta della rivoluzione industriale, si aprono nuovi scenari che mettono in crisi il principio di stampo ottocentesco *nessuna responsabilità senza colpa* che da solo non è più sufficiente a coprire i rischi derivanti da attività pericolose ma necessarie al progresso scientifico-tecnologico. Il risultato di questa evoluzione è l'attuazione di un sistema che nega qualsiasi misura di carattere protezionistico: la finalità fondamentale diventa quella di risarcire le vittime indipendentemente dalla repressione di una data condotta². Si giunge all'elaborazione di criteri di allocazione del costo del danno che viene imputato ai soggetti più idonei a ridistribuirlo sulla collettività.

Nella fattispecie del danno da rovina d'edificio, al fine di giustificare l'imputazione obiettiva della responsabilità, la giurisprudenza ha invocato a più riprese il principio *cuius commodum eius et incommodum*. Si giunge in questo modo a far ricadere il gravame in capo al soggetto che trae un'utilità dal bene: il proprietario.

3. La Responsabilità del proprietario per danni derivanti da rovina d'edificio. Elementi costitutivi

1 Per una panoramica dei modelli della responsabilità civile in un'ottica comparatistica v. Ponzanelli Giulio, 1992, *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*, Bologna, Mulino;

2 Trimarchi Pietro, 1961, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 16 *“Il danno non si cancella più dalla società: col risarcimento non lo si annulla, ma semplicemente lo si trasferisce da chi lo ha subito immediatamente a chi lo risarcisce”*;

Sulla scorta di una consolidata giurisprudenza, la responsabilità per danno da rovina d'edificio si pone in un rapporto di specialità con la fattispecie di danno da cose in custodia ex 2051. Il *discrimen* tra queste due ipotesi trova fondamento nel concetto di "Rovina". Pertanto, verrà in rilievo la fattispecie di cui all'art. 2051 in tutti i casi in cui il danno, pur derivando da un edificio, non sia ascrivibile ad una rovina.³

Occorre dunque fornire una seppur approssimativa descrizione della nozione di rovina nonché degli altri elementi essenziali che concorrono alla sua configurazione. Si noti che il problema assume una rilevanza cruciale ove si osservi che, dalla corretta determinazione di questi fattori, passa l'identificazione della persona del responsabile, atteso che, mentre nel 2051 gli obblighi risarcitori sono interamente rimessi alla sussistenza di una relazione meramente fattuale avente ad oggetto la custodia del bene, nell'ipotesi delineata dall'art. 2053 essi derivano da una relazione giuridica.

Peraltro la responsabilità del proprietario dell'edificio non viene meno financo nell'ipotesi in cui il danno derivi dal comportamento di un terzo immesso nel godimento dell'immobile.⁴

Premesso ciò, passiamo all'analisi dei principali elementi costitutivi dell'art.2053.

Nozione di edificio.

E' necessario fornire un' interpretazione estensiva del termine *edificio* la quale consenta di ricomprendervi *"qualsiasi opera umana artificiale o naturale, connessa al suolo anche in via provvisoria, nonché qualsiasi singola parte incorporata materialmente e stabilmente alla cosa principale tale da costituirne parte integrante"*.⁵ Accanto a ciò, si specifica la necessità che la costruzione si elevi da terra. Non sembra poi rilevi la funzione della costruzione o il tipo di materiale utilizzato per la sua costruzione.⁶ In conseguenza di ciò, dovrebbero essere esclusi, dal novero del 2053, i ruderi intesi come semplici cumuli di macerie, i quali sarebbero a loro volta assoggettati alla disciplina generale del danno da cose in custodia. Il fautore di quest'impostazione argomenta nel senso di ritenere incompatibile la finalità di conservazione del bene con l'estremo livello di deterioramento e rovina che un rudere presenta⁷. Sempre dallo stesso autore promana la tesi per cui nel 2053 bisognerebbe invece ricondurre le ipotesi di edificio in corso di costruzione, giacché, in quest'ultimo caso, essendo il pericolo di crollo maggiore, al pari lo dovrebbe essere il dovere di vigilanza del proprietario. Queste argomentazioni non sono, a me pare, sufficientemente precise e convincenti. La funzione del 2053, infatti,

3 "In relazione al danno da cose in custodia, la prevalente giurisprudenza ritiene che esso si fondi su due elementi: a) nell'essersi il danno verificato nell'ambito del dinamismo connaturato alla cosa o dallo sviluppo di un agente dannoso sorto nella cosa b) nell'esistenza di un effettivo potere fisico del soggetto sulla cosa, al quale potere fisico inerisce il dovere di custodire la cosa stessa, cioè di vigilarla e di mantenerne il controllo, evitando che produca danni a terzi. La sussistenza di questi due elementi porrebbe a carico del proprietario una presunzione iuris tantum di colpa, vincibile dal ricorrere del "Caso Fortuito". Quest'ultimo potrebbe in se ricomprendere sia la colpa del danneggiato che il fatto del terzo. Le cause ignote restano a carico del custode". (Toppetti Francesca, La responsabilità presunta fino a prova contraria, 143). In senso contrario "Trimarchi Pietro, Rischio e responsabilità oggettiva, pag. 169 ss."

4 "La locazione, in particolare, poiché costituisce una delle possibili modalità di godimento dell'immobile, dalla quale il proprietario trae vantaggio economico, giustifica, a titolo oggettivo, ovvero a prescindere dalla sua colpa per omessa sorveglianza, la responsabilità del proprietario ai sensi del citato art. 2053 verso i terzi, i quali, pertanto, possono sempre invocare a loro tutela l'imputabilità al proprietario degli eventi dannosi. Peraltro il conduttore, nei confronti del quale il proprietario potrà rivalersi, nei rapporti interni, per i danni addebitatigli ai sensi del suddetto articolo a causa del suo comportamento, non può certo compiere nell'immobile locato interventi e modifiche senza il consenso del proprietario che, anche per questa via ne assume la responsabilità verso i terzi danneggiati". (Cass. Civ. 557/2008).

5 Franzoni, 1993, Dei fatti illeciti, 1993, in comm. Cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna, Zanichelli, 629;

6 Ivi, Franzoni.

7 Bussani Mauro, 1988, La rovina dell'edificio, Milano, Giuffrè;

non dovrebbe tanto essere quella di far leva sulle finalità conservative e sulla diligenza che il proprietario è tenuto ad impiegare nella manutenzione e nella salvaguardia dell'immobile, ma quella di impedire che l'immobile cagioni danni a terzi⁸. Se assumiamo come vera questa tesi, allora non esiste alcun valido motivo per porre gli edifici in corso di costruzione sotto l'ombrello del 2053, escludendo di farvi rientrare i ruderi, atteso l'elevato grado di pericolosità che essi presentano nei confronti del bene dell'incolumità pubblica.

Rovina.

Rilevante ai fini del 2053 è altresì la nozione di “Rovina” che viene generalmente estesa nei confronti di qualsiasi disgregazione che coinvolga, non soltanto l'edificio in quanto tale, ma anche ogni *elemento accessorio* in esso stabilmente incorporato.⁹ Ciò consente di rivestire il 2053 di un'elasticità straordinaria, consentendo la sua applicazione in riferimento ad ipotesi che non implicano il crollo degli elementi strutturali dell'edificio. Sono così sussumibili nell'ambito del 2053 varie casistiche: a titolo esemplificativo se ne elencano alcune tratte dalla giurisprudenza di merito: il tubo che ha cagionato infiltrazioni; la lastra di vetro staccatasi da una finestra; l'intonaco di un cornicione; la trave del solaio; la ringhiera di protezione del pianerottolo; le tegole dei tetti.

L'ambito applicativo della nozione di rovina è stato successivamente esteso di modo da ricomprendere i casi in cui essa risulti parziale, non coinvolgendo l'immobile nella sua totalità¹⁰.

Facendo seguito a questa giurisprudenza, il tribunale di Palermo sussume, correttamente a mio parere, il crollo della soletta del balcone all'interno del 2053, richiamando nella motivazione la suddetta interpretazione.

3. Nesso causale: il problema dell'immediata successione cronologica tra rovina ed evento. Una panoramica giurisprudenziale.

Secondo un precedente arresto giurisprudenziale, la relazione intercorrente tra il fatto di rovina e l'evento lesivo dovrebbe essere di immediata successione cronologica¹¹. Il crollo dovrebbe altresì svolgersi in maniera violenta e repentina. A sostegno di questa tesi, tal dottrina argomentava sulla scorta di due dati giurisprudenziali che in quel tempo si ritenevano pressoché pacifici.

Nel primo caso malauguratamente una bambina cadeva da un ballatoio sprovvisto di bacchette orizzontali di sostegno. La Corte di Cassazione sosteneva l'inapplicabilità del 2053. La *ratio* di questa scelta veniva ascritta alla presenza di una soluzione di continuità temporale tra il distacco delle bacchette protettive e la caduta¹². Nel secondo caso, la corte d'appello di Napoli negava il ricorrere del 2053, nel caso di un bimbo caduto nel vuoto presente al di sotto di una ringhiera protettiva non delimitata da apposite aste¹³. La totale comprensione di questa scelta passa per un'attenta lettura del 1223, riferibile al tema della responsabile aquiliana grazie al richiamo operato dall'art. 2056, e dall'interpretazione restrittiva che si era soliti dare alla nozione di “*conseguenza diretta ed immediata del danno*”.

Sennonché, già da tempo, cospicua parte della dottrina si era opposta a quest'argomentazione, ritenendo sussistere la responsabilità oggettiva del proprietario

8 Izzo Umberto, comunità online.

9 Cass. 8876/1988; Cass. 4694/1976;

10 Cass. 2172/1957;

11 Pogliani 1964 e Rovelli in Commentario al codice civile, fatti illeciti, a cura di Cendon Paolo.

12 Cass. Civ. Sez. III, 14 giugno 1962, GC, 1962, 1650.

13 App. Napoli, 4 dicembre 1950.

anche in presenza di una soluzione di continuità temporale intercorrente tra la rovina e l'evento dannoso, in tutti i casi in cui il danno non potesse dirsi cagionato dalla riparazione di un guasto.

Tuttavia, per certi versi, rimane l'impressione che una simile impostazione pecchi di formalismo. Si assiste in questo modo ad un eccessivo restringimento dell'ambito applicativo dell'art.2053 e della sua rigorosa disciplina che apre la strada a pericolosi vuoti di tutela i quali finiscono per porsi in netto contrasto con lo scopo di tutela dei terzi e della pubblica incolumità perseguito dalla norma.

Ancora una volta, il merito di un'apertura in tal senso la si deve ai tribunali di merito. In particolare s'intende qui segnalare una sentenza della corte d'appello di Torino, la 361 del 1965. Nel caso di specie, il crollo di un balcone finisce per travolgere una donna; una seconda donna, in seguito alle grida d'aiuto della prima, interviene e cade nel vuoto. La posizione del giudice è delicatissima. Fermo restando la sussunzione del danno cagionato alla prima donna nell'ambito della fattispecie di cui all'art.2053, rimanevano dubbi relativi all'ammissibilità della seconda richiesta risarcitoria. L'appellante, in particolare, argomentava nel senso di negare il risarcimento, partendo dal noto insegnamento della suprema corte esplicito nella sentenza del 16 ottobre del 1956 n° 3656, il quale, sulla base del *principio di simultaneità*, negava il risarcimento in tutti i casi in cui sia riscontrabile una notevole soluzione di continuità temporale intercorrente tra il fatto di rovina ed il danno. La corte d'Appello coglie l'occasione per declinare questo principio in maniera sostanzialmente differente, specificando come l'insegnamento della SC non miri tanto a richiedere un'assoluta identità temporale tra fatto e danno, quanto alla necessità che “*nei momenti in cui si verifica il danno non sia esaurita la fase dinamica della trasformazione dell'ambiente esterno provocata dalla rovina; che cioè non sia stata raggiunta la cd. Fase statica*”. Il nesso causale appare così mediato, o perlomeno, indiretto, e si finisce attribuire maggior credito alle finalità sopra delineate¹⁴. Quanto poi ai criteri necessari a distinguere le suddette ipotesi, la sentenza prima richiamata ne propone uno che si fonda sulla sussistenza di due elementi: l'impossibilità per i terzi di cautelarsi dai danni conseguenti alla rovina; la nascita del dovere del proprietario di apprestare le dovute misure cautelative.

Insomma, l'applicabilità del 2053 deve esser valutata caso per caso partendo dalla necessità che il danno sia derivato, non dal crollo dell'edificio o di quanto in esso stabilmente incorporato, ma dalla mancata riparazione del guasto. In quest'ultimo caso, verrà in rilievo il 2051.¹⁵

Per concludere, anche nel 2053, la possibilità di ricollegare il danno alla rovina deve seguire gli stessi criteri in base ai quali si ricollega il cd. Danno conseguenza all'evento dannoso.

4. Colpa presunta e responsabilità oggettiva. Una “maschera” giurisprudenziale

Il danno da rovina d'edificio configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva che consente di ritenere responsabile il proprietario unicamente sulla base del nesso causale intercorrente tra la rovina ed il danno. Sennonché, tradizionalmente, la fattispecie ex art.2053 è stata ricostruita dalla giurisprudenza e dalla dottrina più risalente in termini di colpa. In conseguenza di ciò, la responsabilità deriverebbe da una condotta omissiva del

14 Monateri G., Illecito e responsabilità civile, in Trattato di Diritto privato diretto da Mario Bessone, Vol. X, t. II, Torino, Utet, 2002, 159.

15 Ivi, Monateri.

soggetto, il quale, in virtù del potere giuridico esercitabile sulla cosa, dovrebbe porre in essere tutte le misure necessarie ad evitare il danno.¹⁶

Da quest'impostazione inoltre deriverebbe un ulteriore corollario. Si intende alludere all'impossibilità di dissociare, in questa fattispecie come pure in quella relativa al danno da cose in custodia, il compimento di un illecito dall'insorgere della responsabilità. In altri termini, la responsabilità ex 2053 deriverebbe sempre da una condotta omissiva del proprietario avente ad oggetto la mancata manutenzione dell'immobile.¹⁷

Questa tesi presta il fianco ad una serie di critiche decisive, che si avrà a breve modo di esporre. Per il momento è doveroso segnalare come l'insorgere di responsabilità in capo alla persona del proprietario prescinda da una sua condotta colposa, ben potendosi configurare in tutti i casi in cui abbia prestato la massima cura in ordine al mantenimento dell'immobile ed alla sua manutenzione.

Inoltre, è proprio dalla concreta ricostruzione del modello di responsabilità in esame che discende la determinazione concettuale del cd. *Caso fortuito*.

La giurisprudenza asserisce al riguardo che il proprietario può andare esente da responsabilità o con una prova negativa avente ad oggetto l'assenza di vizio costruzione o difetto di manutenzione, oppure con una prova positiva avente ad oggetto la ricorrenza del fortuito. Ed è proprio ponendo l'accento sulla fase probatoria che nascono le maggiori perplessità in ordine alla presa in considerazione di un criterio soggettivo d'imputazione della responsabilità. Anche infatti per i suoi sostenitori sembra un dato del tutto assodato che *“la prova della mancanza di colpa non possa equivalere alla prova del fortuito”*.¹⁸

Ciononostante, in quest'ordine d'idee, il 2053 viene ad oggi ricostruito in termini di presunzione di *colpa*. In conseguenza di ciò la sussistenza del caso fortuito o il riscontro di un concorso di colpa da parte del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 comma 1 dovrebbe essere effettuata in chiave rigorosamente soggettiva, sulla scorta di una valutazione che tenga conto degli obblighi di diligenza gravanti sul proprietario.

Queste asserzioni non meritano accoglimento alla luce di una serie di considerazioni decisive.

In primo luogo è necessario mettere in luce come non sempre il soggetto identificato dalla legge come responsabile coincida con quello che pone in essere il comportamento negligente o imprudente.¹⁹

In secondo luogo, la responsabilità per colpa presunta, o quella per colpa in generale, può essere criticata alla luce di una considerazione di carattere sistematico, in ragione della funzione che la RC è chiamata a svolgere nella c.d. *“Società del rischio”*. A tal fine, si intende mettere in luce la funzione compensativa o integrativa svolta dal modello di responsabilità in esame, il cui scopo trascende qualsiasi intento di ordine repressivo, mirando invece alla riparazione di un danno attraverso un'equa distribuzione

16 Così Astone, in una prospettiva critica con riferimento alla responsabilità del custode. “La responsabilità ex art. 2051 c.c. scaturirebbe, in termini più espliciti, dalla violazione dell'obbligo di impedire la produzione di conseguenze dannose, connesso al potere esercitato sulla cosa, e tale violazione qualificherebbe illecito il comportamento omissivo ed antigiusuristico il danno. (Antonino Astone, responsabilità da cose in custodia: in tema di gita scolastica e danno da autolesione, in *dejure banche dati*).

17 Ivi, Astone: “In questa prospettiva l'effetto risarcitorio sarebbe, dunque, riconducibile a un atto illecito e non si verserebbe in un'ipotesi di scissione tra illecito e responsabilità: l'obbligo di risarcire il danno deriverebbe da una condotta umana negativa. E questo collegamento tra comportamento causativo del danno e responsabilità sarebbe privo di anomalie rispetto a quello descritto dalla previsione contenente la clausola generale della responsabilità civile.”

18 v. Trimarchi Pietro, 1961, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè;

19 Ivi, Trimarchi;

del rischio. Ciò non deve, in ogni caso, indurci a pensare che la funzione svolta dalla RC sia unicamente di tipo compensativo, atteso che la traslazione di ricchezza che la stessa comporta, implica una giustificazione che dev'essere rinvenuta nell'esigenza di prevenire il danno. Sotto questo profilo, pertanto, prevenzione e compensazione non costituiscono due momenti inconciliabili ma, al contrario, sono tra loro intrinsecamente collegati.

Abbozzata una sommaria analisi del paradigma della responsabilità per colpa presunta e criticatene le fondamenta, si passerà ad un'analisi maggiormente accurata del modello di responsabilità oggettiva fondata sul rischio.

Occorre qui sottolineare come tal modello miri a qualificare come risarcibile il danno unicamente facendo leva sulla sussistenza del nesso causale e prescindendo da qualsiasi valutazione di carattere soggettivo o comportamentale.

Sulla scorta di ciò, il proprietario sarà responsabile anche in relazione a quel danno inevitabile, purché esso sia *pertinente* al rischio realizzato dalla cosa, mentre andrebbe giudicato esente da responsabilità "*per quei fatti atipici estranei a quel rischio che può prevedere e contro il quale può premunirsi*".²⁰²¹

5. Sul difficile rapporto tra responsabilità oggettiva e art.1227, comma 1, c.c. Un "corto circuito concettuale"?

Così concepita, la nozione di responsabilità per danno da cose entra in serio contrasto con il dato ermeneutico ricavabile dall'art. 1227 primo comma. Questa norma impone infatti la necessità di valutare il comportamento dell'attore/danneggiato in termini di colpa/esigibilità. Ciò contravviene tuttavia ad una delle principali chiavi di lettura di un'impostazione oggettiva della responsabilità, ossia alla necessità di valutare il fatto del danneggiato in maniera del tutto indipendente da considerazioni come l'impudenza, la negligenza, l'imperizia, o la trascuratezza. Si è così proposto l'utilizzo di un registro concettuale che tenga conto della valutazione della causalità in termini rigorosamente giuridici e che quindi consenta di non imputare il danno unicamente nell'ipotesi in cui il comportamento del danneggiato sia stato del tutto estraneo alle capacità di computo del custode.²²

Ma andiamo con ordine.

20 "La responsabilità per rischio trova il suo fondamento nella possibilità di prevedere per premunirsi attraverso l'assicurazione, frazionando il danno considerato nella sua dimensione statistica di costo sociale." destinato inevitabilmente a verificarsi - va interpretato in base a quattro elementi: 1) il carattere relativo dell'imprevedibilità, perché la valutazione su ciò che costituisce un rischio prevedibile varia necessariamente da attività ad attività; 2) la determinazione dell'imprevedibilità con riguardo alla tipologia astratta di attività implicata dalla custodia, e non con riferimento ad un singolo atto connotato da circostanze specifiche soggettive, di tempo e di luogo; 3) le conoscenze offerte dalla scienza e dalla tecnica del tempo in un determinato settore, onde calcolare quali rischi siano effettivamente prevedibili; e infine, 4) l'estraneità del custode dal rischio creato ed economicamente amministrabile.) (Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva)

21 In definitiva, il caso fortuito viene così a identificarsi esclusivamente nel rischio non preventivabile, perché estraneo alla capacità di computo (in base alla legge dei grandi numeri) effettuabile da quanti si pongono in rapporto con la cosa attraverso una relazione di custodia, che implica la possibilità di servirsi di quest'ultima. Si riscontra il fortuito, quale limite estremo della responsabilità oggettiva del custode, solo nella misura in cui ciò appaia coerente con l'idea che "la funzione della responsabilità oggettiva non è quella di punire, bensì quella di attribuire a chiunque il rischio oggettivamente creato dalla sua attività, nella misura in cui esso sia traducibile in costo ed economicamente amministrabile con le conoscenze e con i mezzi che un buon amministratore ha a propria disposizione. (Torresani Marco, responsabilità oggettiva da cose in custodia per dissesti stradali, Leggi d'Italia banche dati).

22 A questo riguardo, si veda "Izzo Umberto, Allocare il costo sociale degli incidenti sui campi da sci: alla ricerca di un senso, cit., 48-52; Torresani Marco, La responsabilità oggettiva da cose in custodia per dissesti stradali.

La condotta del danneggiato può essere valutata in due direzioni del tutto differenti. Può cioè accadere o che il comportamento posto in essere determini l'interruzione del nesso eziologico – facendo dunque venir meno la responsabilità del convenuto – oppure che esso contribuisca alla formazione di un nesso di causalità giuridica tra la disregolazione ed il danno.

In questi termini, una parte della dottrina propone di valutare il concetto di colpa, in termini rigorosamente oggettivi, prescindendo pertanto da qualsiasi valutazione di stampo soggettivistico²³.

La giurisprudenza per contro non ravvisa nessun ostacolo all'applicazione del 1227 nelle ipotesi di responsabilità oggettiva sulla scorta del principio che esclude la possibilità di considerare danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso.²⁴ Ciò sul presupposto che, se il comportamento colposo del danneggiato non è in sé idoneo ad interrompere il nesso causale tra *res* e danno, esso può integrare il concorso colposo nella produzione dell'evento ai sensi del 1227 primo comma. Il fatto del danneggiato integrerà dunque gli estremi del fortuito unicamente quando raggiunga una soglia tale da costituire causa esclusiva del danno.²⁵

Permangono ad ogni modo forti perplessità circa l'operatività reale ed effettiva di questi assunti, data la notevole difficoltà di conciliare dei criteri marcatamente soggettivistici di valutazione del fatto del danneggiato con un modo di procedere che deve o dovrebbe trovare fondamento in un registro eziologico puro. Ad ogni modo la dottrina e la giurisprudenza prevalente ne continuano a sostenere la validità. Sono stati a tal fine proposti degli indici di compatibilità di diritto positivo²⁶.

E tale compatibilità è stata altresì avanzata da quella parte della dottrina che ravvisa il fondamento della norma in esame nel principio di *autoresponsabilità* del danneggiato, ritenendo che esso costituisca lo strumento più rapido ed efficace per prevenire i danni potenziali che potrebbero colpirlo. L'autoresponsabilità della vittima avrebbe dunque l'effetto di ampliare la sfera di libertà del danneggiante concedendo un risparmio sui rischi economici complessivi posti a suo carico dalla legge. Si giungerebbe per questa strada ad una riduzione delle probabilità di verificazione del danno.²⁷ In realtà, una più attenta analisi suggerisce la scarsa veridicità di questa conclusione, in special modo ove si osservi che spesso l'asimmetria in cui si trovano le parti rispetto al prodursi dell'evento è tale da lasciare poco spazio alla sfera di libertà dei potenziali danneggiati in ordine alle possibili precauzioni da adottare.

Così il potenziale danneggiato potrà fare poco o nulla per evitare che il rischio insito nell'attività si concretizzi non avendo lo stesso un controllo diretto sulla fonte del danno.²⁸ Ed è evidente che in questo modo l'ambito di operatività del concorso si restringe in maniera notevole, ridimensionando ulteriormente i termini del problema.

23 La nozione di diligenza tiene conto della valutazione di una data condotta. Ma la valutazione presuppone una comparazione, intesa in termini di omogeneità o di disomogeneità rispetto alla condotta che ne sta alla base. (Orlandi Mauro, in Izzo Umberto comunità online)

24 Cass. N. 26.4.1994, n. 3957.

25 Ivi, Cass.

26 L'art. 966 del cod. nav. disciplina i danni causati da un aeromobile a terzi sulla superficie, danni sottoposti alla responsabilità oggettiva, dal momento che l'art. 965 dello stesso codice prevede la responsabilità dell'esercente quand'anche il danno sia dovuto a forza maggiore. In particolare l'art. 966 dispone che "se il fatto del danneggiato ha concorso a cagionare il danno, l'ammontare del risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle sue conseguenze".

27 Cattaneo, 1990, 460.

28 Così Gabrielli, 1998, 514 che opera una distinzione tra misure che implicano una determinata capacità tecnologica, di competenza esclusiva del potenziale danneggiante, e precauzioni di ordine "minimalistico, quotidiano e biologico" di pertinenza esclusiva del danneggiato.

Questo assunto trova un'ulteriore conferma in seno alla giurisprudenza che valuta il concorso di colpa del danneggiato in caso di responsabilità oggettiva del danneggiante con una certa diffidenza. In particolare si desidera rilevare la rarità delle pronunce che tendono a ridurre il risarcimento nelle ipotesi di responsabilità oggettiva. Si tende dunque ad attribuire autonoma rilevanza al fatto del danneggiato unicamente nell'ipotesi in cui lo stesso sia da solo sufficiente ad integrare il fortuito interrompendo per questa via il nesso causale.²⁹

Una possibile deroga a questo assunto la si riscontra proprio nell'ambito della responsabilità da rovina d'edificio. La giurisprudenza ha infatti in più pronunce riconosciuto l'ammissibilità del concorso *“tra la colpa presunta del proprietario e quella accertata in concreto del danneggiato, il quale abbia agevolato o accelerato la rovina dell'immobile o parte di esso”*.³⁰

Al riguardo centra il segno quella parte della dottrina che asserisce come in questa fattispecie la colpa del danneggiato operi quasi sempre nel senso di diminuire il risarcimento del danno dovuto all'autore dell'illecito.³¹

Tutto ciò si spiega alla luce della rilevanza che queste decisioni attribuiscono allo stato manifesto di rovina e vetustà dell'immobile, da cui il potenziale danneggiato potrebbe agevolmente premurarsi, con una maggiore attenzione. Così ad esempio il motociclista avrebbe dovuto potuto evitare il danno non parcheggiando il mezzo al di sotto del balcone, dovendo prevederne il crollo.³²

Non è ad ogni modo possibile non avanzare delle riserve critiche rispetto questo modo di procedere che finisce per restringere l'ambito d'operatività effettivo del principio di affidamento.

29 Franzoni, 1996, 88

30 v. massime relative.

31 “La discordanza nasce dal fatto che difficilmente la condotta della vittima è ritenuta idonea ad escludere il nesso di causalità tra illecito del proprietario e danno”. v. Sapone che richiama Gabrielli, 1998, 527.

32 v. Cass 365/1965 che riconosce la colpa del danneggiato nell'essersi appoggiato alla balaustra del terrazzo, sporgendosi in avanti. Tal riconoscimento è stato giustificato dallo stato manifesto di dissesto del terrazzo.

DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA E DIRITTO DI CRONACA: BALUARDO DI DEMOCRAZIA O FILTRO TIRANNICO DEL PENSIERO?

di Anna Polito

IL CASO

I coniugi C.G. e R.G. hanno convenuto in giudizio la giornalista R.T., il direttore responsabile del quotidiano “Ciociara Oggi” e l’editore Nuova editoriale oggi s.r.l. perché in data 17 febbraio 2001 viene pubblicato sul quotidiano “Ciociara oggi” un articolo riguardante l’arresto di tre giovani per un furto avvenuto nel comune di Pontecorvo e nel delineare i profili dei tre malviventi, il giornalista richiama il precedente arresto per spaccio di sostanze stupefacenti di uno di essi, figlio degli attori. L’articolo indicava precisamente cognome, nome e indirizzo dei coniugi e descrive la loro abitazione come un luogo di spaccio di sostanze stupefacenti. Poco dopo la pubblicazione la dimora dei coniugi diventa crocevia di un continuo andirivieni di tossicodipendenti. Dato che secondo i coniugi parte del pezzo scritto dal giornalista ha contenuto diffamatorio in quanto non corrisponde a verità, non è correlata alla vicenda del furto ed offende la reputazione degli stessi, essi hanno proposto querela per diffamazione a mezzo stampa a carico del giornalista e del direttore responsabile del quotidiano.

Il giudice penale di prima istanza ha condannato i convenuti, ma successivamente è seguita la prescrizione.

Essi propongono l’azione in sede civile pretendendo un risarcimento in solido a carico del giornalista, direttore responsabile ed editore.

La Corte argomentando la sua decisione fa riferimento ai principi sanciti più volte dalla Cassazione secondo cui è legittimo il diritto di cronaca e di critica quando sussistono i principi di pertinenza, continenza e verità anche solo putativa dei fatti riferiti. Infatti la non piena corrispondenza al vero degli elementi collaterali può costituire da solo, in determinate circostanze, un elemento inidoneo ad aggredire efficacemente l’altrui reputazione e inidoneo quindi a configurare la condotta come penalmente rilevante.

La domanda è accolta perché nella parte dell’articolo evidenziata dagli attori è palese l’intento diffamatorio in quanto sono state pubblicate le credenziali degli attori e l’indirizzo di residenza. Non pago il giornalista ha perfino descritto l’abitazione dei coniugi come una “centrale di spaccio” coinvolgendo anche gli attori, i quali vengono indirettamente percepiti dal lettore come persone dedite al malaffare o comunque silenti testimoni dell’attività illecita del figlio.

Il giudice penale stesso aveva sottolineato che le modalità con cui è stato posto in essere il richiamo al precedente arresto per droga del figlio dei coniugi non solo violavano il principio di pertinenza, ma soprattutto avevano manifesto intento diffamatorio.

La Corte ricorda che né in sede penale né in sede civile vi è stato un riscontro alla descrizione dell’abitazione degli attori come luogo di spaccio. Pertanto, gli attori meritano il risarcimento del danno da determinarsi in solido a carico del giornalista del direttore ed dell’editore.

Entrano quindi in gioco due articoli: l’articolo 11 della legge n. 47/1948 che prevede che per i reati commessi a mezzo stampa sono civilmente responsabili in solido con l’autore del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l’editore. Ai sensi dell’articolo 11 quindi, l’editore è responsabile quando si è al cospetto di un reato commesso a mezzo stampa.

Il danno effettivo consta sia della circostanza per la quale l'abitazione dei coniugi diventa punto d'incontro dei tossicodipendenti della zona sia nel richiamo al referto del medico di base di R.G.

che attesta una nevrosi ansiosa che però richiederebbe una visita specialistica di cui non si ha riscontro negli atti e a cui viene dato da molto peso. Inoltre si valuta l'ambito territoriale di operatività e quello di diffusione del quotidiano e, a fronte di ciò, viene quantificato il danno morale di ciascun attore per un valore di 4.000,00 euro, il cui ammontare è ricavato in via equitativa, oltre agli interessi ai sensi dell'articolo 1284 c.c. dal momento della decisione al saldo.

Una volta dimostrata la sussistenza della diffamazione è applicabile il dispositivo contenuto nell'art. 12 della legge n. 47/1948 che prevede che la persona offesa possa chiedere, oltre al risarcimento ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma di denaro a titolo di riparazione. A tale riparazione non è tenuto solo l'autore dello scritto diffamatorio, ma chiunque abbia contribuito a cagionare l'evento tipico del reato, dunque anche l'autore. La somma è poi determinata in base alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato. Pertanto, il giudice condanna il giornalista e il direttore responsabile al pagamento di euro 4.000,00 a titolo di riparazione e dei relativi interessi ex art. 1284 c.c.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI CASSINO

Il Giudice del Tribunale di Cassino, nella persona del dr. Salvatore Scalera, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 367 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2010 trattenuta in decisione all'udienza del 30.10.2013 con i termini di cui all'art 190 c.p.c.

TRA

C.G. (c.f.: (...))

R.G. (c.f.: (...))

rapp.ti e difesi dall'Avv. Elio Raviele per delega a margine dell'atto di citazione, elett.te dom.ti presso lo studio del legale, in Cassino, via Boccaccio, n. 2

attori

E

C.L., n. a S. (L.) in data (...), res. a L. NUOVA EDITORIALE OGGI S.r.l. (P.IVA: (...)) corrente in Roma, nella persona del legale rappresentante p.t.

rapp.ti e difesi dall'Avv. Giacomo Mignano per delega a margine dell'atto di costituzione, elett.te dom.ti presso lo studio dell'Avv. Massimo Di Sotto, in Cassino, p.zza Labriola, n. 32

convenuti costituiti

E

R.T., n. a C. il (...), res. a P.

convenuta contumace

Oggetto: risarcimento danni per diffamazione a mezzo stampa.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione datato 21.6.2010 regolarmente notificato i coniugi C.G. e R.G. hanno convenuto in giudizio la giornalista R.T., il direttore responsabile del quotidiano

"Ciociaria Oggi" e l'editore Nuova editoriale Oggi s.r.l. per chiedere la loro condanna in solido al risarcimento dei danni loro cagionati dall'articolo diffamatorio pubblicato su tale quotidiano in data 17.2.1001, nonché al pagamento di una riparazione ai termini dell'art 12 L. n. 47 del 1948 ed alla pubblicazione della sentenza. Rappresentavano di aver proposto querela per diffamazione a mezzo stampa a carico della giornalista e del direttore responsabile del quotidiano "Ciociaria Oggi" in quanto nell'articolo de quo dopo aver dato risalto all'arresto di tre giovani per furto avvenuto in Pontecorvo, era richiamato un precedente arresto di uno di essi, C.M., figlio degli attori, per spaccio di sostanze stupefacenti.

L'abitazione dei C. - addirittura ubicata nell'articolo con l'annotazione precisa della via - era divenuta in quel frangente il crocevia di un continuo andirivieni di tossicodipendenti. Chiedevano, dunque, nel giudizio civile - anche nei confronti dell'editore - il risarcimento danni in quanto tali illazioni, non corrispondenti a verità, e non collegati con la vicenda del furto, offendevano la loro reputazione essendo stati subito identificati dalla comunità di Pontecorvo, con evidenti riflessi negativi nella loro vita di relazione.

Costituiti in giudizio, il direttore e la società editrice del quotidiano hanno contestato l'infondatezza della domanda stante la non ricorrenza del carattere diffamatorio dell'articolo e comunque per l'esimente del diritto di cronaca.

Deve dichiararsi la contumacia di R.T., autrice dell'articolo incriminato.

Al deposito di documenti è seguita la prova per testi indicati da parte attrice.

Già trattenuta in decisione, la causa è stata nuovamente posta sul ruolo per il trasferimento del magistrato titolare ed all'udienza del 30.10.2013 le parti hanno rassegnato le rispettive conclusioni come da relativo verbale qui da ritenersi trascritto.

Principi guida nella valutazione dei fatti di causa sono quelli ribaditi più volte dalla Cassazione secondo cui costituiscono presupposti per il legittimo esercizio del diritto di cronaca e di quello di critica (che rispetto al primo consente l'uso di un linguaggio più pungente ed incisivo):

a) l'interesse al racconto, ravvisabile quando non si tratti di interesse della generalità dei cittadini, ma di quello generale della categoria di soggetti ai quali, in particolare, si indirizza la pubblicazione di stampa;

b) la correttezza formale e sostanziale dell'esposizione dei fatti, nel che propriamente si sostanzia la c.d. continenza, nel senso che l'informazione di stampa non deve trasmodare in argomenta ad nomine né assumere contenuto lesivo dell'immagine e del decoro;

c) la corrispondenza tra la narrazione dei fatti realmente accaduti, nel senso che deve essere assicurata l'oggettiva verità del racconto, la quale tollera, perciò, le inesattezze considerate irrilevanti se riferite a particolari di scarso rilievo e privi di valore informativo (cfr. ex plurimis Cass. Civile, sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22600; cfr. anche Cass. Civile, sez. III, 22 marzo 2013, n. 7274)

Pertanto, la lesione dell'onore e della reputazione altrui non si verifica quando la diffusione a mezzo stampa delle notizie costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca, condizionato all'esistenza dei seguenti presupposti: la verità oggettiva o anche solo putativa dei fatti riferiti, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca, tenuto conto della gravità della notizia pubblicata; l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (c.d. pertinenza); la correttezza formale dell'esposizione (c.d. continenza) (Cassazione Civile, sez., III, 20 ottobre 2009).

Sempre in tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa la Corte ha ribadito che il diritto di cronaca soggiace al limite della continenza, che comporta moderazione, misura, proporzione nelle modalità espressive, le quali non

devono trascendere in attacchi personali diretti a colpire l'altrui dignità morale e professionale, con riferimento non solo al contenuto dell'articolo ma all'intero contesto espressivo in cui questi è inserito, compresi titoli, sottotitoli, presentazione grafica, fotografie, trattandosi di elementi tutti che rendono esplicito,

nell'immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un articolo, e quindi idonei, di per sé, a fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi. Quanto precede, comunque, non esclude che la non corrispondenza al vero dei fatti narrati deve essere valutata in rapporto al nucleo fondamentale della notizia, oggetto della informazione e dell'esercizio del diritto di critica, mentre la non piena corrispondenza al vero degli elementi collaterali può costituire solo elemento indiziario, inidoneo, ad aggredire effettivamente l'altrui reputazione e a giustificare di per sé la sussistenza dell'illecito (Cass. Civile, sez. III, 5 maggio 2013, n. 2661).

Gli attori hanno chiesto l'accertamento incidentale del reato di diffamazione, prescritto in sede penale dopo la condanna di primo grado.

La domanda merita accoglimento in quanto nell'articolo di cui è processo seppur vi sono inizialmente riferimenti a fatti di oggettivo interesse pubblico con corredo di espressioni costituenti manifestazione del diritto di cronaca, nella parte evidenziata dagli attori, invece, emerge una evidente aggressione di natura diffamatoria in quanto profondamente lesiva della reputazione degli stessi, di cui è stata offerta ai lettori la pubblicazione del cognome ed, addirittura, dell'indirizzo di residenza. In spregio ai limiti sopraindicati della verità storica della notizia, della preminenza e della continenza l'articolo in questione, in modo del tutto gratuito, senza alcuna neanche superficiale indagine sulla corrispondenza al vero, ha fornito ai lettori la descrizione dell'abitazione degli attori come luogo di spaccio di sostanze stupefacenti, frequentato dai consumatori acquirenti della zona in "un continuo via vai di tossicodipendenti". Come il Giudice penale di prima istanza ha efficacemente rilevato nella sentenza di condanna (cui successivamente è seguita la prescrizione) ... altro è riportare, in maniera del tutto legittima un fatto obiettivamente verificatosi, ossia l'arresto del M.C. per furto e, a tutto voler concedere, anche operare un richiamo (magari anche superfluo) al precedente arresto per droga; altro è, invece, indugiare (del tutto immotivatamente) nella improvvida descrizione dell'abitazione di questi, tratteggiata come una vera e propria "centrale di spaccio", così inevitabilmente coinvolgendo anche soggetti, quali i genitori, del tutto estranei a qualsivoglia fatto criminoso"

Non è stato rispettato il principio di verità in quanto né nel processo penale né in quello civile è stato trovato un benché minimo riscontro alla descrizione dell'abitazione degli attori come luogo di spaccio. Anche il principio della continenza è stato violato attraverso espressioni che rappresentano gli attori come persone dedite al malaffare o comunque silenti testimoni della fiorente attività di spaccio effettuata dal figlio all'interno delle mura domestiche.

Essendo dunque l'articolo de quo lesivo dell'immagine degli attori, costoro meritano risarcimento del danno da determinarsi in solido a carico della giornalista, del direttore responsabile della testata giornalistica, dell'editore.

La ratio alla base dell'art. 11 L. n. 47 del 1949, che chiama a rispondere insieme al giornalista ed al direttore responsabile l'editore nonché lo stesso proprietario della testata richiama quella che è alla base dell'art. 2049 c.c., che delinea una responsabilità oggettiva a carico del datore di lavoro-imprenditore per gli illeciti commessi dai dipendenti dell'impresa. In altri termini, perché possa essere affermata la responsabilità civile dell'editore ai sensi dell'art. 11 L. n. 47 del 1948 è sufficiente che si sia al cospetto di un fatto di reato commesso con il mezzo della stampa. L'accertamento del fatto di reato, nell'ambito della valutazione incidentale in sede civile, deve essere fatta in

astratto e non in concreto, anche se nel caso specifico deve rilevarsi l'avvenuta declaratoria anche in sede penale della commissione di un fatto di reato a carico dell'autrice della pubblicazione e del direttore responsabile del quotidiano, basato sulla cognizione piena, sia pur inidoneo a costituire titolo esecutivo a causa dell'intervenuta prescrizione del reato.

Per la giurisprudenza di legittimità, la liquidazione del danno morale non può essere compiuta se non con criteri equitativi (ex plurimis: Cass. Civile, sez. III, 11 agosto 2004; Cass. Civile, sez. III,

14 novembre 2000, n. 14752). Il giudice di merito, al cui prudente apprezzamento è rimessa la valutazione equitativa del danno morale, è tenuto a rispettare il criterio della correlazione tra entità oggettiva del danno e suo equivalente pecuniario in modo che questo rispecchi l'entità e la natura del danno e non costituisca un simulacro o una parvenza di risarcimento (Cass. 21.5.1996, n. 4671).

In difetto di allegazioni di più gravi conseguenze (alquanto generico appare il referto medico datato 21.2.2001 di nevrosi ansiosa diagnosticata a R.G. dal medico generico che, peraltro, aveva consigliato una visita specialistica di cui non si ha riscontro in atti), tenuto conto, da un lato, dell'ambito territoriale di operatività e quello di diffusione del quotidiano, stimasi equo liquidare il danno morale di ciascun attore in Euro 4.000,00 da porsi a carico, in solido, della giornalista R.T., del direttore responsabile C.L., dell'editore Nuova Editoriale Oggi s.r.l. nella persona del legale rappresentante p.t., oltre gli interessi al tasso ex art. 1284 c.c. dal momento della decisione al saldo

Si ritiene di aderire alla interpretazione maggioritaria e più recente, secondo cui in tema di diffamazione con il mezzo della stampa la persona offesa può richiedere anche al direttore del giornale, ancorché ritenuto responsabile del delitto di omesso controllo, ai sensi dell'art. 57 c.p. e non di concorrente ex art. 110 c.p., la riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 L. n. 47 del 1948 in quanto a detta riparazione è tenuto non solo l'autore dello scritto diffamatorio, ma chiunque abbia contribuito a cagionare l'evento tipico del reato, sia in concorso, sia per aver omesso di impedire l'evento (Sez. 5, n. 13198 del 05/03/2010 - dep. 08/04/2010, Belpietro, Rv. 246904; conf. Sez. 5, n. 15114 del 15/03/2002 - dep. 22/04/2002, Battista, Rv. 221318). Va rilevato, infatti, che la normativa in questione non contiene alcuna limitazione di natura soggettiva ("nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni a sensi dell'art. 185 c.p. una somma a titolo di riparazione") e che la somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato, elementi che sono addebitabili sia al giornalista che al direttore (Cass. Civile, sez. V, 6 dicembre 2012, n. 17348)

Conseguentemente, in accoglimento della relativa istanza, la giornalista R.T. e il direttore responsabile C.L. sono condannati a corrispondere, tenuto conto della già descritta gravità dell'offesa e diffusione dello stampato, a ciascuno dei due attori l'ulteriore pari somma di Euro 4.000,00, oltre gli interessi al tasso ex art. 1284 c.c. dal momento della decisione al saldo.

Segue per legge alla soccombenza dei convenuti la condanna di essi convenuti al rimborso delle spese anticipate dalle parti attrici per la lite come si liquidano in dispositivo nel rispetto del DMG n. 55/2014.

P.Q.M.

il Giudice, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe riportata, ogni ulteriore istanza ed eccezione per quanto illustrato di ragione disatteso:

- accertata la natura diffamatoria della pubblicazione oggetto di causa condanna in solido fra loro R.T., C.L., Nuova Editoriale Oggi s.r.l. nella persona del legale rappresentante p.t., a risarcire a

C.G. e R.G. i danni che si liquidano nella somma di Euro 4.000,00 a favore di ciascuno degli attori, nonché, in solido, R.T. e C.L., in applicazione del disposto dell'art. 12 della L. n. 47 del 1948, all'ulteriore importo di Euro 4.000,00 a favore di ciascuno degli attori, oltre gli interessi al tasso ex art. 1284 c.c. dal momento della decisione al saldo;

- condanna altresì R.T., C.L., Nuova Editoriale Oggi s.r.l. nella persona del legale rappresentante p.t., a rimborsare agli attori le spese anticipate per la lite che liquida ai sensi del D.M.G.55/2014 in complessivi Euro 4.529,00, di cui Euro 177,00 per esborsi ed Euro 4.352,00 per compensi (tabella

IV, con valori medi diminuiti al 50% ex art. 12, co. 1 D.M.G. cit. con successivo aumento del 20% per la difesa plurima ex art. 12, co. 2 D.M.G. cit.) oltre Iva e Cpa, spese forfettarie come per legge;

Così deciso in Cassino, il 29 aprile 2014.

Depositata in Cancelleria il 22 maggio 2014.

TRIBUNALE DI CASSINO, sentenza 22 maggio 2014; Giud. Scalera; C.G. e R.G. (avv. Raviele c. C.L. e NUOVA EDITORIALE OGGI S.r.l. (Avv. Mignano) e R.T.

Responsabilità civile - Diffamazione a mezzo stampa- Esercizio del diritto di cronaca – Limiti - Responsabilità in solido dell'autore dello scritto, del direttore e dell'editore - Responsabilità dell'editore - Sussiste (Cod. pen., art. 595; l. 8 febbraio 1948 n. 47, Legge sulla stampa, art. 11)

Responsabilità civile - Diffamazione a mezzo stampa- Esercizio del diritto di cronaca – Limiti - Omissione colposa del dovere di controllo da parte del direttore responsabile - Riparazione pecuniaria - Sussiste (Cod. pen., art. 57; l. 8 febbraio 1948 n. 47, Legge sulla stampa, art. 12)

Responsabilità civile – Diffamazione a mezzo stampa - Danno morale - Valutazione e liquidazione con criteri equitativi (Cod. civ., artt. 1226, 2059)

Posto che in tema di diffamazione a mezzo stampa l'esercizio del diritto di critica giornalistica è legittimo ove sia assicurata l'oggettiva verità del racconto, l'interesse della categoria di soggetti a cui si indirizza la pubblicazione e la correttezza formale e sostanziale dell'esposizione, senza trascendere in attacchi e aggressioni personali diretti a colpire, sul piano individuale, la figura morale del soggetto criticato, l'autore di uno scritto giudicato diffamatorio è civilmente responsabile in solido con il direttore e l'editore per i reati commessi a mezzo stampa (nella fattispecie in esame, a subire il danno a causa di un articolo diffamatorio erano due coniugi che hanno visto pubblicate le loro credenziali e il loro indirizzo su un quotidiano locale e, a seguito della descrizione della loro casa come una centrale di spaccio, la loro abitazione è diventata punto di incontro dei tossicodipendenti della zona. Il giudice una volta accertato il danno ha dichiarato fondata la domanda degli attori e ha pertanto accordato il risarcimento). (1)

La responsabilità in capo al direttore, nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, si delinea non in quanto soggetto concorrente ai sensi dell'articolo 110 c.p., ma per delitto di omesso controllo ai sensi dell'articolo 57 c.p., con la conseguenza che costui è tenuto a corrispondere alla persona offesa una somma di denaro a titolo di riparazione pecuniaria, che va quantificata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato, fermo restando che alla riparazione è tenuto ovviamente anche l'autore dello scritto diffamatorio in quanto la norma che prevede tale riparazione è applicabile a chiunque abbia contribuito a cagionare l'evento tipico di reato (nella specie, il giudice dispone il pagamento di un ulteriore somma a titolo di riparazione, oltre a quella dovuta sotto forma di risarcimento del danno morale, che devono corrispondere l'autore dello scritto e il direttore responsabile). (2)

Posto che, sebbene la valutazione del danno in via equitativa sfugga ad una precisa quantificazione, onde la sua determinazione è rimessa al prudente criterio del giudice di merito, il quale dovrà comunque rapportarla alla gravità del reato e all'entità del patema d'animo subito dalla vittima, tale liquidazione deve rispettare l'esigenza di una razionale correlazione tra entità oggettiva del danno ed equivalente pecuniario, in modo che questo, tenuto conto del potere di acquisto della moneta, mantenga la sua connessione con l'entità e la natura del danno da risarcire e non rappresenti solo un "simulacro" o una parvenza di risarcimento, è possibile censurare l'esercizio del potere equitativo da parte del giudice di merito tutte le volte in cui la liquidazione del danno morale appaia manifestamente, se non addirittura simbolica, senza essere correlata con le stesse premesse di fatto in ordine alla natura e all'entità del danno accertate dal medesimo giudice (nel caso di specie, nel determinare equitativamente il risarcimento del danno morale, il giudice considera l'ambito territoriale di operatività e di diffusione del quotidiano, fa riferimento al referto del medico di base di R.C che attesta una nevrosi ansiosa causata dallo stress dovuto alla consapevolezza di sapere che la propria abitazione è stata dipinta quale luogo di incontro di tossicodipendenti). (3)

(1) La giurisprudenza di legittimità è ferma riguardo ai principi di continenza, pertinenza e verità e responsabilità in solido dell'autore dello scritto, del direttore e dell'editore: Cass. Civile, 18 ottobre 1984, n. 5259 "sentenza decalogo dei giornalisti"; Cass. Civile, sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22600; Cass. Civile, sez. III, 22 marzo 2013, n. 7274; Cass. Civile, sez. III, 20 ottobre 2009; Cass. Civile, sez. III, 5 maggio 2013, n. 2661; Cass. Civile, 28 agosto 1998, n. 8574; Cass. Penale, Sez. Un., 30 giugno 1984; in merito a differenze diritto di critica e di cronaca Cass. Civile, 13 giugno 2006, n. 13646; Cass. Civile, 25 luglio 2000, n. 9746; Cass. Penale, 24 novembre 1993, n. 11211; specifico riferimento alla verità putativa Cass. Civile, 19 gennaio 2007; Cass. Civile, 22 marzo 2007, n. 6973; in merito al diritto all'oblio Cass. Civile, n. 16111/2013 e Cass. n. 5255/2012. Nella sterminata giurisprudenza di merito: Tribunale di Milano, sez. I, 23 marzo 2015, n. 3747, in *DeJure, Diffamazione a mezzo stampa*, nel caso specifico si faceva riferimento all'intervista posta in essere da una giornalista e successivamente pubblicata. L'intervista era rivolta a un esponente dell' U.C.O.I.I. e il giudice di merito argomenta dicendo che nel caso concreto non sono contenute espressioni offensive dell'associazione e che il giudizio severo espresso dalla giornalista, è opinabile, ma comunque riconducibile a legittima critica. Nella frase che si supponeva diffamatoria si attribuiva all'associazione la "colpa" di essersi espressa tramite i suoi esponenti, a nulla rileva che fossero dotati o meno di potere rappresentativo dell'associazione, in favore della poligamia. La giornalista, afferma il giudice, ha condotto un serio e diligente

lavoro di ricerca e verifica, dalle cui fonti reperite sono emerse numerose dichiarazioni pubbliche fatte da esponenti rappresentative dell'U.C.O.I.I. in favore della poligamia. Pertanto la condotta della giornalista, direttore responsabile e editore (ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 47/1948) è riconducibile nell'esimente del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero. Vediamo dunque un caso, di segno opposto a quello in esame, per cui viene riconosciuta la scriminante del diritto di critica. Tribunale di Genova, 19 novembre 2014, n. 5254, in *DeJure, Diffamazione a mezzo stampa*, si tratta di un caso molto simile a quello che vede coinvolti i due coniugi. La fattispecie riguarda un articolo che appella un determinato soggetto con gli aggettivi "killer" e "assassino" quando all'epoca della pubblicazione dell'articolo non era ancora diventata definitiva la sentenza del processo in cui egli era ritenuto responsabile di un omicidio. Per tale motivo gli appellativi utilizzati dal giornalista nei confronti di colui che all'epoca dei fatti era semplicemente imputato sono da ritenersi di carattere diffamatorio. Il tenore letterale, infatti, non è suscettibile di interpretazioni ambigue e non si hanno dubbi in merito all'efficacia lesiva dell'altrui reputazione di tali espressioni. Inoltre, se il termine "omicida" ha carattere tecnico e neutro, il termine "assassino" è un'espressione che indica un giudizio di profondo disvalore. Il parallelismo con la sentenza in esame è d'obbligo, nella parte di articolo ritenuta diffamatoria il giornalista oltre a fornire l'indirizzo dell'abitazione dei coniugi l'ha descritta come "centrale di spaccio" termine che sottolinea un giudizio di disvalore ed è espressione offensiva e ingiuriosa. Tribunale di Milano, sez. I, 16 novembre 2014, n. 10978, in *DeJure, Diffamazione a mezzo stampa*, nel bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca, viene riconosciuto il diritto all'oblio, ovvero il diritto di non essere ricordati per fatti riguardanti la propria storia personale in assenza di un interesse pubblico all'informazione. Specie nel tema della diffamazione a mezzo stampa il diritto all'oblio può essere legittimamente disconosciuto quando esiste un interesse effettivo e attuale alla diffusione delle notizie a mezzo stampa, nel senso che quanto recentemente accaduto (si pensi nel nostro caso al soggetto arrestato per furto) trovi diretto collegamento con vicende passate e ne rinnovi l'attualità. Diversamente, non si può eccepire il diritto di cronaca in quanto verrebbe in essere un collegamento improprio tra le due informazioni producendo un'illecita lesione del diritto alla riservatezza. Nel nostro caso a nulla rilevava il richiamo al precedente arresto del soggetto per spaccio di sostanze stupefacenti, dato che il soggetto era stato nuovamente fermato per furto e quindi si sta trattando di due titoli di reato completamente differenti senza un reale collegamento. Pertanto si viola il diritto dell'interessato a che l'informazione sul suo conto risponda ai criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza allo scopo, esattezza e coerenza con la sua attuale ed effettiva identità personale o morale. Si tornerà sul punto in sede di analisi critica.

(2) Si pone l'accento sulla riparazione pecuniaria (ai sensi art. 12 legge n. 47/48), su cui nella giurisprudenza di legittimità: Cass. Civile, sez. V, 8 aprile 2010, n. 13198; Cass. Civile, sez. V, 22 aprile 2002, n. 15114; Cass. Civile, sez. V, 6 dicembre 2012, n. 17348; con specifico riferimento a delitto di omesso controllo del direttore responsabile Corte Cost., 1956, n. 3. In quella di merito Tribunale Trento, 6 agosto 2014, n. 903; Tribunale sez. II Firenze, 18 marzo 2014, 867; Tribunale sez. I Milano 07 giugno 2012 n. 6854; Tribunale sez. I Milano, 27 luglio 2011, n.10103. In dottrina con riguardo all'applicazione della riparazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 47/1948 si può fare riferimento a C. GRANELLI, *Danni punitivi*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, pag. 1760B, fasc. 6. Tutt'altro che rare sono le ipotesi in cui il legislatore italiano ha contemplato a fronte di un medesimo illecito una prestazione

risarcitoria e cumulativamente una sanzionatoria, entrambe a carico dell'autore dell'illecito e a favore della vittima di esso. L'articolo 12, l. 18 febbraio 1948, n. 47 (c.d. legge sulla stampa) prevede che, ove l'autore dell'articolo incorra nel reato di diffamazione a mezzo stampa, la persona offesa possa chiedere, oltre al risarcimento dei danni, anche una somma a titolo di riparazione commisurata alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato. Responsabilità del direttore del giornale per omesso controllo: L. DIOTALLEVI, *Il caso Sallusti tra responsabilità del direttore di giornale, reati di opinione e prospettive di riforma in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Giur. cost.* 2012, pag. 4947, fasc. 6. Sul punto occorre approfondire la peculiare configurazione dell'impresa giornalistica come struttura produttiva gerarchicamente organizzata avente ad oggetto la diffusione di notizie e commenti. Il direttore responsabile si presenta come anello di congiunzione tra l'editore e il corpo redazionale, la sua è una posizione di preminenza nella gerarchia aziendale e pertanto sono giustificati gli obblighi e le responsabilità che gli vengono attribuiti. In particolare l'attenzione è posta sull'articolo 57 c.p., molti hanno sostenuto si tratti di una responsabilità oggettiva per fatto altrui, ma è tale concezione è errata. La Corte Costituzionale nella sentenza n.3/1956 stabiliva che il direttore dovesse essere ritenuto colpevole in quanto "risponde di fatto proprio per lo meno perché tra la sua omissione e l'evento c'è un nesso di causalità materiale al quale si accompagna sempre un certo nesso psichico, sufficiente a conferire alla responsabilità il connotato della personalità". Opinioni contrarie sono di coloro che sostengono l'inesigibilità dell'obbligo di controllo a carico del direttore per la complessità organizzativa e funzionale delle attuali strutture di informazione giornalistica. In merito è intervenuta la Corte Costituzionale nel 1982 sentenza n. 198 in cui si afferma che il rilievo dimensionale dell'impresa giornalistica non rappresenta altro che mera "circostanza di fatto", ciò può giustificare la ricerca di adeguate soluzioni organizzative interne ma non può consentire in linea di principio l'individuazione di "zone franche" sottratte a qualsivoglia forma di responsabilità.

(3) Riguardo alla valutazione e liquidazione del danno morale in termini equitativi, in giurisprudenza di legittimità: Cass. Civile, sez. III, 11 agosto 2014; Cass. Civile, sez. III, 14 novembre 2000, n. 14752; Cass. Civile, 21 maggio 1996, n. 4671. In quella di merito: Tribunale L'Aquila, 27 marzo 2015, n. 308; Tribunale sez. I Milano, 19 marzo 2013, n.3808; Tribunale sez. I Milano 16 settembre 2014, n. 10978; Tribunale sez. II Firenze, 4 agosto 2014, n.2515. In dottrina: la valutazione del danno non patrimoniale in via equitativa reca problemi in ordine alla propria liquidazione, il tema è affrontato da E. SERANI, *Persona fisica e diritti della personalità*, *Riv. it. medicina legale*, 2013, pag. 1072, fasc. 2. La difficoltà nella quantificazione del danno deriva dall'essenza stessa di questa tipologia di danni che implicano la necessità di convertire i patimenti d'animo in denaro sulla base di un'equazione che non sarà mai esatta. L'incapacità dello strumento pecuniario di ricostruire la situazione antecedente la lesione fa sì che a differenza del danno patrimoniale, il risarcimento abbia sempre una funzione consolatoria ma non riparatoria. In alcuni settori, come quello del danno biologico, si è scelto di predisporre le note tabelle che individuano sulla base di alcuni parametri una somma di denaro, tuttavia in assenza di qualsivoglia parametro oggettivo cui ancorare il risarcimento, non pare rimanere altra scelta se non quella di affidarsi al criterio equitativo ex art. 1226 cod. civ. Tratta l'argomento anche L. GAUDINO, F. RANDI, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pag. 946, fasc. 3. La Corte di Cassazione ha già da diversi anni preso coscienza delle insidie che questo tipo di operazione ermeneutica pone e ha cercato di arginare la discrezionalità dei giudici, per esempio, obbligando i giudici a

motivare esplicitando i parametri utilizzati nella liquidazione. Tuttavia a volte l'obbligo di motivazione si risolve in mere formule di stile, da cui non è possibile risalire all'operazione interpretativa e contabile che ha portato all'individuazione di una somma piuttosto che un'altra. Sono stati elaborati degli indici standard (ripresi nella sezione: Analisi critica) e da non trascurare è il contributo che alla riparazione della posizione lesa viene offerto dagli altri rimedi messi in campo dall'ordinamento la cui disponibilità può incidere sulla determinazione del quantum risarcitorio. Si tratta di: 1) istituto della rettifica (art 8, l. n. 47/1948); 2) riparazione pecuniaria prevista dalla legge sulla stampa (art. 12, l. n. 47/1948; 3) pubblicazione della sentenza (art 186 c.p.; 120 c.p.). Inoltre, rileva la condotta della vittima ai sensi dell'articolo 1227 c.c. che impone alla vittima di adottare misure idonee a evitare l'aggravarsi del danno e la condotta effettivamente tenuta dal danneggiato può essere valorizzata al momento di stabilire l'entità del risarcimento che egli potrà pretendere dal responsabile. Il tema sarà elaborato anche nell'analisi critica che segue.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in esame permette l'elaborazione di riflessioni già ampiamente affrontate in dottrina e in giurisprudenza. Il dibattito si ripropone in numerose occasioni di rilievo pubblico rinviando a "mai sopite polemiche".

Il tema di cui si tratta è il risarcimento per diffamazione a mezzo stampa. Nello specifico entrano in gioco due principi nettamente contrastanti l'art 21 della Costituzione che garantisce a ciascuno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parole, scritti e ogni altro mezzo di diffusione. Libertà di espressione dunque ripreso anche dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con il solo limite del rispetto dei diritti fondamentali della persona, intesa sia come singolo sia come gruppo sociale. Tra i diritti fondamentali attribuiti dal nostro ordinamento e non solo, vi sono anche il diritto alla reputazione, onore e decoro. Il diritto all'onore si ricava da una lettura sistematica dell'articolo 3, comma 1 Cost. e dell'articolo 42, comma 2 Cost. per cui la disciplina ordinaria posta a tutela della dimensione sociale dell'uomo (tra cui art. 595c.p.: diffamazione) troverebbe aggancio nelle formule di "pari dignità sociale" e "funzione sociale" che si declinerebbero nella tutela del decoro, prestigio, reputazione e simili. Quanto segue è un breve approfondimento in materia di diffamazione a mezzo stampa ripercorrendo la fattispecie in senso penalistico, civilistico, comparatistico. Si analizzeranno inoltre i punti cruciali di un caso celebre e si elencheranno le proposte di riforma al vaglio del Senato. Si concluderà con uno sguardo alla libertà di stampa a livello internazionale e con una breve riflessione.

2. Aspetti penalistici

L'articolo 595 del codice penale prevede il reato di diffamazione contemplando come circostanza aggravante l'uso della stampa o di ogni altro mezzo di pubblicità. Dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritengono sufficiente il dolo generico, come consapevolezza e volontà di compiere atti lesivi dell'altrui reputazione, a prescindere da qualsiasi indagine in merito alle motivazioni perseguite dal soggetto agente, c.d. dolo

specifico¹. La Corte di Cassazione ha precisato che oggetto della tutela penale del delitto di diffamazione è l'interesse dello Stato all'integrità morale della persona, il bene giuridico specifico è da identificarsi nella tutela della reputazione della persona, nella stima diffusa nell'ambiente sociale, nell'opinione che altri hanno del suo onore e decoro. La reputazione non si concretizza in uno stato d'animo intellettuale, ma è un sentimento limitato all'idea di ciò che per la comune opinione, è socialmente esigibile da tutti in un dato momento storico.

L'art. 57 c.p.² individua un'autonoma figura di reato omissivo improprio relativo al direttore o vicedirettore di un'azienda giornalistica, in quanto si tratta di soggetti che ricoprono un ruolo

apicale, assimilabile a una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 del c.p., comma 2. A tale proposito è necessario distinguere il caso in cui il reato è stato commesso dolosamente da quello in cui è commesso colposamente. Se, infatti, il direttore/vicedirettore si mostra dolosamente inadempiente rispetto all'obbligo di garanzia cui è sottoposto risponde a titolo di concorso ex art. 110 c.p. nello specifico reato commesso, mentre se agisce colposamente, il suo comportamento sarà sussumibile nell'articolo in esame³. E' opportuno specificare che la colpa non è qui genericamente ravvisabile nelle generiche forme di negligenza o imperizia, ma è espressamente individuata dalla legge, nell'inosservanza della regola di controllo sul contenuto della pubblicazione, al fine di impedire la perpetrazione di reati a mezzo stampa. Nel nostro caso il giudice afferma espressamente che il direttore del giornale è ritenuto responsabile del delitto di omesso controllo ai sensi dell'articolo 57 c.p. e non di concorrente ex 110 c.p.

3. Genesi e sviluppo della normativa sulla stampa e posizioni minoritarie

L'art. 57 c.p. ,nella sua originaria formulazione, chiamava a rispondere di omesso impedimento dei reati commessi a mezzo stampa il direttore o vicedirettore di giornale e ciò sulla base del ruolo di garanzia rivestito da tali soggetti. Bastava l'oggettiva omissione di controllo da parte dei soggetti indicati, a prescindere dalla prova del carattere colposo del comportamento omissivo medesimo, dunque rispondeva per responsabilità oggettiva. La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'articolo 57 c.p. nella formulazione originaria e con la sentenza n. 3/1956 dichiarava respinta l'eccezione di incostituzionalità, ma nonostante ciò, sollecitava il legislatore a riformare la materia. La legge del 4 marzo 1958, n. 127 riforma la materia e formula l'articolo 57 c.p. come noi oggi lo conosciamo. Nonostante l'intervenuta modifica legislativa parte della dottrina ritiene che l'articolo 57 c.p. continui a configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva. A sostegno di tale tesi si argomenta che l'inciso "a titolo di colpa" all'interno della disposizione si riferisce non già al fondamento della responsabilità e quindi alla colpa come effettivo elemento di struttura

¹ *Diritto civile*, Trattato diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, Vol. IV/III, *Attuazione e tutela dei diritti*. III. *La Responsabilità e il danno*, Giuffrè, 2009, pag.124 e ss. (con contributi di: A. DI MAJO, U. RUFFOLO, E. NAVARRETTA, D. POLETTI, D. CARUSO, C. MICARELLI).

² L'articolo 57 c.p.: "*Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dai casi di concorso, il direttore o vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario a impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo.*"

³ Si veda per la differenza reato commesso dal direttore colposamente o dolosamente FIANDACA-MUSCO, 582; in *Giuri it.*, 2005, 2385; Cass.pen. 31 marzo 2000, n. 5611; in *Riv.pen.*, 2000, 1026 e Cass. pen., 3 ottobre 1997, n. 9672.

della fattispecie, bensì alla disciplina del fatto come se fosse colposo⁴. Rimane comunque una tesi minoritaria posto che dottrina e giurisprudenza prevalente considerano la fattispecie penale ex art. 57 c.p. colposa a tutti gli effetti. Secondo quest'ultima interpretazione non basta accertare che il direttore abbia obiettivamente violato l'obbligo di controllo, ma è necessario verificare se l'omissione sia dovuta a negligenza⁵. Più precisamente si configura suddetta negligenza sia quando il direttore non ha controllato il contenuto di un articolo sia quando ha valutato superficialmente la liceità penale dello stesso. Onde evitare che la responsabilità penale diventi di fatto una "responsabilità di posizione" e quindi connessa semplicemente alla titolarità del ruolo, occorre precisare al massimo la portata e i limiti dell'obbligo di controllo. Affermando che il direttore è tenuto a fare tutto il possibile per evitare che con il mezzo stampa si commettano reati si corre il rischio di sovraccaricare il direttore di un onere di diligenza eccessiva in contrasto con il bilanciamento tra il dovere controllo e la necessità di non comprimere troppo gli spazi di libertà garantiti alla professione giornalistica. Si vede dunque circoscritto l'obbligo di diligenza dalla necessità di tenere conto delle modalità di funzionamento, della struttura e dell'articolazione dei ruoli all'interno delle moderne aziende giornalistiche, perciò tanto più complessa risulta la struttura organizzativa tanto meno esigibile appare un capillare e personale controllo del direttore. Inoltre, il controllo va modulato in base a che si tratti di un articolo di cronaca o critica, in quanto esso dovrà essere più rigoroso rispetto alla veridicità delle notizie e delle relative fonti e meno penetrante rispetto alle valutazioni che l'autore dell'articolo aggiunge a commento dei fatti. È discusso se la responsabilità omissiva del direttore dia luogo a una forma autonoma di responsabilità o a un'ipotesi di concorso colposo nel fatto doloso direttamente commesso dall'autore dell'illecito. Si preferisce la prima tesi sia perché lo stesso articolo 57 c.p. dice espressamente "fuori dai casi di concorso" sia perché mentre l'art. 58 bis stabilisce che la querela presentata contro il direttore ha effetto anche per l'autore dello scritto, esso non prevede un'analoga estensione nei confronti del direttore responsabile.

4. Aspetti civilistici

Sussiste la responsabilità civile del giornalista, a prescindere da quella penale, quando i fatti non siano stati correttamente ed integralmente riferiti. In merito è doveroso ricordare la celebre sentenza di Cassazione n. 5259 del 18 ottobre 1984 conosciuta con l'appellativo: "Decalogo dei giornalisti". La Cassazione ripercorre la giurisprudenza ormai sedimentatasi sia in sede penale che civile e afferma che il diritto di stampa sancito in linea di principio nell'articolo 21 Cost. e regolato nello specifico dalle legge dell'8 febbraio 1948 n. 47 è legittimo quando sussistono tre condizioni:

1. Verità oggettiva dei fatti esposti o anche solo putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca. Sussiste responsabilità del giornalista anche quando pur avendo riportato i fatti esatti, ha redatto la pubblicazione ponendo l'accento, dolosamente o colposamente, solo su alcune notizie, tentando di mascherarne altre con accadimenti più suggestivi ma poco attinenti. L'attenzione del lettore viene dunque

⁴ Dottrina minoritaria: PISAPIA, *La nuova disciplina per i reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 321; PAGLIARO, *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa periodica secondo il nuovo testo dell'art.57 cp.*, in *Scritti De Marsico*, II, Milano, 1960, 241.

⁵ Dottrina maggioritaria: DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore del giornale per reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 544; C.F.GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, 1969, 88; MUSCO, voce *Stampa*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 577. In giurisprudenza Cass. 7 luglio 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, 699; MAGRO, *La responsabilità del direttore di stampa periodica e il problema della determinazione della condotta tipica nei reati omissivi*, in *Cass. pen.*, 1992, 1235.

carpita da chissà quali iperboli descrittive mentre si lascia poco spazio all'oggettività dei fatti. Ciò che rileva è anche la modalità di stesura del testo, la punteggiatura, l'impostazione della pagina, l'allegazione di documentazione fotografica e tutto ciò che se predisposto e organizzato in un certo modo può indurre il lettore, dal più frettoloso al più meticoloso, a travisare il senso del testo nel complesso, ledendo quindi non solo al dovere di cronaca che fa capo al giornalista ma soprattutto ai diritti fondamentali delle persone brutalmente distorte dalla narrazione⁶.

Questo principio è stato ripreso nella sentenza della Corte di Cassazione del 28 agosto 1998 n. 8574, ove la Corte sostiene che è il contenuto complessivo emergente dalla lettura del testo a farne dedurre il suo significato e le eventuali potenzialità lesive dei diritti del terzo. Inoltre aggiunge che non si deve prendere in considerazione solo il rispetto della veridicità dei singoli fatti, ma valutare nel complesso il peso che si dà a questi e considerare il risultato finale.

Occorre poi approfondire il tema della verità putativa: la Corte di Cassazione ha riconosciuto la possibilità di invocare l'esimente del diritto di cronaca anche al giornalista il quale, pur avendo assolto a tutti gli obblighi e gli oneri destinatigli dall'ordinamento, abbia esercitato la sua attività sulla base di una percezione della realtà non corrispondente a quella effettiva. Tuttavia la Suprema Corte, pur avendo riconosciuto validità alla scriminante della verità putativa, ha ristretto

decisamente i limiti entro i quali il diritto di cronaca si ritiene esercitato legittimamente⁷. Ai canoni fondamentali della verità, della pertinenza e continenza riassunti egregiamente nella sentenza "decalogo", si aggiunge una rigorosa disciplina sull'attendibilità delle fonti. Non esistendo, secondo la sentenza, fonti informative privilegiate, il cronista non può ritenersi svincolato dall'onere di:

- a) verificare i fatti oggetto della sua narrazione, in funzione dell'assolvimento, da parte sua, dell'obbligo inderogabile di rispettare la verità sostanziale degli stessi;
- b) dare prova della cura da lui posta negli accertamenti per vincere ogni dubbio ed incertezza prospettabili relativamente quella verità.

Riguardo alla fattispecie in esame seppur l'articolo contenesse riferimenti a fatti di oggettivo interesse pubblico, nella parte evidenziata dagli attori emerge un intento palesemente diffamatorio nella pubblicazione del nome e cognome degli attori e addirittura dell'indirizzo di residenza. Tutto ciò esula sia dal diritto di cronaca sia dal obbligo di verità della notizia in senso stretto, in quanto né nel processo penale né nel processo civile è stato trovato un riscontro alla descrizione dell'abitazione come luogo di spaccio. Si potrebbe ritenere legittimo, sebbene superfluo, imputare al figlio dei coniugi una responsabilità, oltre che penale, "sociale" a causa dei suoi trascorsi. Da intendersi nel senso in cui il soggetto già arrestato per droga è costretto a accettare l'opinione che la società si è formata nei suoi confronti. Altro discorso è invece etichettare brutalmente la sua abitazione come "centrale di spaccio", seguendo una causalità del tutto illogica e priva di riscontri nel reale, senza contare che ciò non travolge solo il ragazzo ma anche i genitori.

2. Pertinenza intesa nel senso di utilità sociale dell'informazione. Secondo la Suprema Corte⁸ il parametro di riferimento che deve considerare il giudice nel valutare la potenzialità dannosa del fatto giornalistico non è sempre uguale a se stesso come sarebbe impossibile sostenere che il messaggio giornalistico fosse a sua volta sempre di analogo contenuto e si rivolgesse ad una platea immutabile. Infatti se una certa

⁶ In merito all'obbligo di veridicità delle informazioni Cass, 28 agosto 1998, n. 8574, in *Corr. Giur.*, 1999, 462.

⁷ Riguardo il tema della verità putativa: Cass. Sez. Un. Pen., 30 giugno 1984; c.d. *caso Ansaloni*.

⁸ Cass. n. 8574/1998, in *DeJure*, voce *Diffamazione a mezzo stampa*.

omogeneità di valutazione può sussistere quando si tratta di stabilire se un fatto, in astratto, è lesivo di posizioni soggettive tutelate, l'idoneità della divulgazione della notizia a porre in essere siffatto illecito deve tener conto dello specifico tipo di messaggio e dei suoi destinatari.

Nella sentenza di condanna in sede penale, cui successivamente è seguita la prescrizione, il giudice afferma che il precedente arresto del giovane per spaccio di sostanze stupefacenti non era un elemento indispensabile nella narrazione operata dal giornalista. A sostegno di questa tesi si può argomentare che l'arresto subito dal giovane nulla aveva a che fare con tale modalità di ottenere "profitto" e quindi inutile ai fini di tracciare un identikit del ragazzo. Legittimo, ampiamente sufficiente e perfettamente pertinente sarebbe stato sottolineare che il ragazzo non era nuovo alle forze dell'ordine e alla giustizia in generale.

3. c.d. continenza: serena obiettività nell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente lo scopo informativo e con la più assoluta esclusione di qualsivoglia intento denigratorio anzi, rispettosa di quel minimo di dignità cui ha diritto anche la più riprovevole delle persone. A tal proposito, il "Decalogo" della Suprema Corte ha specificato quali "subdoli espedienti" possono difettare il diritto di cronaca e quello di critica della loro necessaria e leale chiarezza⁹. Si nega

rigorosamente la validità dell'esimente costituita dall'esercizio di diritto putativo di cronaca nei casi in cui il giornalista ricorra all'uso di:

a) sottinteso sapiente: un esempio è racchiudere determinate parole tra virgolette all'evidente scopo far comprendere al lettore che sono da interpretarsi in ben altro senso rispetto a quello che avrebbero senza virgolette;

b) accostamenti suggestionanti di fatti che si riferiscono alla persona che si vuole mettere in cattiva luce;

c) tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato: sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre al fine di suggestionare il lettore;

d) insinuazioni più o meno velate: pur senza esprimere giudizi, si articola il discorso in modo tale che il lettore le prenda ugualmente in considerazione a scapito della reputazione di un determinato soggetto.

Nell'articolo diffamatorio l'abitazione del pregiudicato viene descritta come "centrale di spaccio" e i genitori vengono indirettamente dipinti come silenti testimoni della fiorente attività di spaccio effettuata dal figlio nelle mura domestiche. Tali espressioni e tale visione dei fatti calzerebbero meglio a un romanziere piuttosto che ad una giornalista dedita alla cronaca.

Si differenzia dal diritto di cronaca il diritto di critica, il quale si esplica nella formulazione di valutazioni sui fatti esposti. In merito è interessante l'argomentazione della Corte di Cassazione¹⁰ secondo cui il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca in quanto non si concretizza nella narrazione di fatti, ma nell'espressione di un giudizio o di un'opinione che, come tale, non può essere rigorosamente obiettiva. La critica non può ritenersi sempre vietata, pur se idonea ad incidere sulla reputazione individuale, richiedendosi un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con quello alla libera manifestazione del pensiero. I limiti dell'esimente sono costituiti dalla rilevanza sociale dell'argomento e dalla correttezza formale di espressione. È da ritenersi illecita la critica che miri a attaccare gratuitamente la persona, che metta in luce

⁹ Celeberrima sentenza "Decalogo dei giornalisti", Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *DeJure*, voce *Diffamazione a mezzo stampa*; U.IZZO, *Il "decalogo" del giornalista (o i limiti del diritto di cronaca)*, Trento, 2014, in rete: <https://didatticaonline.univr.it/dol/mod/page/view.php?id=15142>

¹⁰ Differenze diritto cronaca e diritto di critica: Cass., 13 giugno 2006, n. 13646, in *DeJure*, *Diffamazione a mezzo stampa*; Cass. 16 aprile 1994, in *DeJure*, *Diffamazione a mezzo stampa*.

profili della personalità morale svincolati dal fatto trattato e non rilevanti per l'interesse pubblico¹¹.

Una piccola trattazione merita anche la satira¹²: essendo una forma d'arte, il diritto di satira trova riconoscimento nell'art. 33 Cost. Essa esalta i difetti dell'uomo pubblico ponendolo sullo stesso piano dell'uomo medio e pertanto si considera come un formidabile veicolo di democrazia, perché diventa applicazione del principio di uguaglianza. La satira è lecita quando sussistono i seguenti presupposti:

1) qualità della dimensione pubblica del personaggio da intendersi come un contenitore in cui sono raccolte tutte le informazioni di sé che il personaggio, volente o nolente, ha visto fornire al pubblico. E' irrilevante che alcune delle informazioni che confluiscono nel contenitore del personaggio pubblico siano false: la satira interviene sulla dimensione pubblica acquisita da un personaggio, che potrebbe non corrispondere a quella reale;

2) contenuto artistico espressivo del messaggio satirico: la satira restituisce al pubblico quelle informazioni, dopo averle interpretate, enfatizzate e distorte;

3) nesso di coerenza causale che colleghi i primi due presupposti: l'intensità del nesso dipenderà dal grado di "lavorazione" delle informazioni. Più l'autore interverrà sulle informazioni tratte dal contenitore deformandole sul personaggio, più debole sarà il nesso, mentre ad una minore lavorazione corrisponderà un rafforzamento del nesso, che tenderà a far aderire il contenuto del messaggio satirico alla realtà. Un'eccessiva lavorazione potrebbe non essere compresa dal pubblico, ma soprattutto dal giudice, che potrebbe non cogliere il nesso di coerenza causale, scambiando le informazioni prelevate dal contenitore e lavorate dall'autore per informazioni estranee, rinvenendo così gli estremi della diffamazione. Così come una lavorazione minima potrebbe essere percepita come una riproduzione attendibile di un fatto di cronaca e quindi come un intervento che deve essere valutato secondo i criteri di contenenza, pertinenza e veridicità sfociando così in possibili illeciti. L'autore deve quindi essere bravo nel selezionare alcune informazioni e scolpirle ad hoc nel rispetto del giusto bilanciamento, è proprio questa attività artistica e artigianale ad essere tutelata dall'art. 33 Cost.

Sono numerose le differenze tra i limiti al diritto di critica espresso tramite i giornali, precedentemente approfondito, e il diritto di critica espresso attraverso l'espedito cinematografico¹³. È utile ricordare il caso cui è stato chiamato a decidere il Tribunale di Roma il 2 febbraio 1994, il tribunale ha dichiarato inammissibile il reclamo proposto dal regista e dai produttori del film "Giovanni Falcone" avverso un provvedimento volto a eliminare le scene di un'opera cinematografica aventi carattere denigratorio della reputazione di un componente del CSM. Il giudice ha argomentato la decisione sostenendo che il diritto di cronaca non consente all'autore dell'opera di rappresentare come realmente avvenuti episodi della vita quotidiana dei soggetti rappresentati che si rivelino lesivi dei diritti della personalità di quest'ultimi, stante l'impossibilità di provarne l'effettiva verifica storica. Il principio di verità si pone come criterio di bilanciamento nello scontro fra diritti della personalità e libertà di espressione cinematografica, nel caso specifico l'insufficiente sedimentazione storica degli avvenimenti comprimono l'ambito di esercizio del diritto di critica e la rendono

¹¹ Limiti al diritto di critica Cass., 825 luglio 2000, n. 9746, in *DeJure, Diffamazione a mezzo stampa*; Cass. pen., 24 novembre 1993, n. 11211, in *DeJure, Diffamazione a mezzo stampa*.

¹² Come esercitare il diritto di satira: Cass., 8 novembre 2007, n. 23314, in *DeJure, Diffamazione a mezzo stampa*, In rete: <http://www.difesadellinformazione.com/57/il-diritto-di-satira/>

¹³ U. IZZO, *Diritto di critica, La critica per immagini: un diritto virtuale?*
In rete: <https://didatticaonline.unitn.it/dol/mod/page/view.php?id=15143>.

sensibile alle censure di illiceità promosse da chi sostiene di essere rappresentato in modo denigratorio.

Questo principio vale dunque per fatti di ancora viva attualità e si ricordi che il diritto di critica si differenzia dal diritto di cronaca, il primo è infatti da intendersi come interpretazione soggettiva di fatti e comportamenti nel rispetto dei limiti elencati dalla Corte di Cassazione in una sentenza del 16 aprile 1994 e precedentemente esposti, ponendo alla base della trattazione la sentenza della Corte di Cassazione n.13646/2006. Rilevanza sociale dell'argomento e correttezza formale di espressione dunque fungono da limiti per colui che scrive e, condividendo una concezione monistica, si potrebbe dedurre che tali limiti valgano anche per chi imbracci una cinepresa. Tuttavia si tratta pur sempre di due mezzi espressivi differenti ed è necessario determinare quanto questo incida sulla possibilità di esprimere un giudizio critico e soprattutto se la legittimità espressiva varia a seconda si utilizzi una penna o una cinepresa. La cinepresa coinvolge lo spettatore a tal punto da innescare un processo insieme percettivo e affettivo di partecipazione che incontra di primo acchito una sorta di credito, mai totale ma più forte che altrove¹⁴, processo che avviene in maniera notevolmente ridotta nella narrazione tramite carta stampata. Da ciò l'impossibilità di distinguere la

critica dal fatto rappresentato. Dunque, una potenzialità lesiva esponenziale che comporta una conseguenza inevitabile: l'immagine è ontologicamente cronaca e come tale è sottoposta ai principi limitativi ricavati in via giurisprudenziale e non. Si pensi al caso realmente accaduto per cui il giudice, nel tentativo di bilanciare l'esigenza narrativa con la verità giudizialmente accertata dei fatti, si è improvvisato co-regista e ha ordinato alla produzione dello sceneggiato di inserire alcune scene nella trama narrativa del film¹⁵.

Art. 11 della legge n. 47/1948, c.d. "legge sulla stampa", sancisce la responsabilità civile del proprietario della pubblicazione e dell'editore per illeciti compiuti a mezzo stampa, in solido con l'autore del reato e indipendentemente dalla responsabilità del direttore e vicedirettore. Secondo la giurisprudenza¹⁶, tale norma ha natura speciale rispetto alla disciplina generale dell'art. 2043 cod. civ. e dell'art. 2049 cod. civ. e prevede una responsabilità oggettiva autonoma da "rischio d'impresa". Tale responsabilità è strettamente legata alle particolari caratteristiche dell'impresa editoriale e insuscettibile di applicazione analogica alla diffamazione commessa con mezzo televisivo. Dunque, è errato considerare i due mezzi di comunicazione principali come equipollenti¹⁷. Di recente, a seguito di una trasmissione televisiva, in cui il conduttore aveva utilizzato toni diffamanti, l'emittente è stata condannata¹⁸ al pagamento di un risarcimento quale responsabile ai sensi del art. 2049 cod. civ.

Art 12 della legge n. 47/1948 prevede che la persona offesa possa richiedere oltre al risarcimento danni ai sensi dell'articolo 185 c.p., comprensivo sia del danno patrimoniale che non patrimoniale, una somma a titolo di riparazione a carico del

¹⁴ Come afferma C. METZ: "Esso (il film) mette in moto nello spettatore un processo insieme percettivo e affettivo di partecipazione..., incontra di primo acchito una sorta di credito -- mai totale, evidentemente, ma più forte che altrove, talvolta vivissimo in assoluto --, trova il mezzo di rivolgersi a noi col tono dell'evidenza, nei modi persuasivi dell'«E' così»...", in *Semiologia del cinema*, Milano, 1989, 24.

¹⁵ "Pupetta Maresca", Pret. Roma, ord. 7 novembre 1986, in *Giur. merito*, 1987, 1190, con nota di FARAONE, *Tutela della personalità e principio di "verità legale"*; commentate da CIAURI, *I diritti della persona e la tutela contro la cronaca giornalistica*, id., 1988, 40; commentate da PERFETTI, *Limiti alla censura giudiziaria della rappresentazione scenica di persona vera*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 92.

¹⁶ Si veda a proposito: Trib. Torino, 25 marzo 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 1130.

¹⁷ Riguardo alla non equipollenza del mezzo televisivo rispetto alla carta stampata si veda: App. Milano, 17 novembre 1989, 969; Trib. Roma, 22 maggio 1997, in *Giur. Merito*, 1997, 915.

¹⁸ Cass. pen., 22 febbraio 2006, n. 6700, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1556.

giornalista e del direttore, determinata in base alla gravità dell'offesa e diffusione dello stampato. Tale riparazione non rientra nel risarcimento del danno, né costituisce duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma integra un'ipotesi eccezionale di pena pecuniaria contemplata dalla legge sulla stampa e come tale va ad aggiungersi al risarcimento del danno autonomamente liquidabile in favore del danneggiato. Nel nostro caso la giornalista e il direttore responsabile sono condannati a corrispondere a ciascuno dei due attori la somma di euro 4.000,00 a titolo di riparazione pecuniaria.

5. Profili risarcitori

E' ipotizzabile il risarcimento del danno da diffamazione tramite mass media tutte le volte in cui, come nel nostro caso, sono state accertate situazioni di turbamento d'animo e di dolore intimo sofferti dalla persona diffamata o lesa nell'identità personale¹⁹, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Il danno non patrimoniale è risarcibile ex art. 2059 codice civile e deve essere conseguenza della lesione del bene salute o di altro diritto inviolabile, ovvero di un fatto illecito integrante una fattispecie di reato oppure un'altra ipotesi espressamente prevista dalla legge. La lesione, come già approfondito, va valutata utilizzando un parametro astratto ovvero la reputazione formata nella comune coscienza sociale in un determinato momento storico e non in relazione alla considerazione che ciascuno ha della sua reputazione in questo caso infatti si tratta di amor proprio. Alla liquidazione del danno morale si provvede in termini equitativi, ai sensi degli

articoli 1226 e 2056 cc., è infatti impossibile provarne l'esatto ammontare perché la lesione attiene a beni personali,

come diremo in seguito, che non si prestano di essere convertiti in valori monetari. Il giudizio pur essendo in via equitativa può basarsi su alcuni parametri determinati²⁰:

a) effettive sofferenze patite dalla persona offesa in rapporto alla sua personalità;

Nella sentenza si fa riferimento a un referto medico datato il 21 febbraio 2001 di nevrosi ansiosa diagnosticata a R.G. dal medico generico, che però aveva consigliato una visita specifica che non risulta allegata negli atti. Pertanto si evince che il giudice non abbia dato eccessivo peso a tale circostanza dato che a quanto risulta dal complesso di atti non sono sorte patologie gravi a seguito della diffamazione. Senza nulla togliere ovviamente alla sofferenza patita dai coniugi che ricomprende: da un lato la delusione per il comportamento del figlio scriteriato e dunque il "fallimento", se così può essere chiamato, del compito educativo tipico dei genitori e dall'altro il vedersi etichettati, in fin dei conti, come concorrenti omissivi nel reato di spaccio di sostanze stupefacenti.

b) la gravità dell'illecito di rilievo penale in relazione a tutte le peculiarità del caso concreto, considerando anche l'intensità del dolo o della colpa del soggetto agente;

c) il contesto in cui si è verificata l'offesa;

d) la spiccata "vis" polemica nel diritto di cronaca esercitato, in particolar modo quando il soggetto viene accusato di fatti di rilevanza penale e si operano accostamenti dell'operato dell'offeso ad altri episodi che lo circondano di luce negativa;

Come già ricordato nell'analizzare i limiti del diritto di cronaca, la giornalista autrice dell'articolo diffamatorio al fine di accentuare il profilo negativo, già inevitabilmente tracciato del soggetto arrestato per furto, accosta a questo accadimento quello dell'arresto precedente e non contenta di ciò descrive la sua abitazione come centrale di

¹⁹ Risarcimento ai sensi dell'art. 11 legge n. 47/48: Cass. 9430/87; Cass. 7642/91; Cass. 2491/93.

²⁰ Criteri di liquidazione equitativa del danno: Cass. Civile, sez. III, 11 agosto 2014, in *DeJure, Liquidazione equitativa del danno*; Cass. Civile, sez. III, 14 novembre 2000, n. 14752, in *DeJure, Liquidazione equitativa del danno*; Cass. Civile, 21 maggio 1996, n. 4671, in *DeJure, Liquidazione equitativa del danno*.

spaccio coinvolgendo indirettamente anche i genitori. Abbiamo dunque un primo accostamento che avviene tra l'arresto e i precedenti penali del ragazzo e un secondo accostamento più sibillino che congiunge l'abitazione e i genitori, che quindi subiscono la luce negativa propria del ragazzo.

e) l'estensione dell'ambito di diffusione della notizia,

Nel caso di specie il giudice afferma di tenere conto dell'ambito territoriale di operatività e di diffusione del quotidiano nel quantificare il danno liquidandolo a 4.000,00 euro a carico del giornalista, direttore responsabile e editore.

f) la protrazione, in modo intermittente e non, della diffusione e della risonanza di tali notizie per un arco temporale significativo;

g) la reale efficacia sanatoria della rettifica o l'eventuale omessa rettifica da parte del giornale;

h) il ruolo e la notorietà della vittima;

Si può ritenere che nel nostro caso, l'attacco ai due genitori sia stato maggiormente lesivo di un attacco che potrebbe dover fronteggiare un esponente politico. In primo luogo chi fa politica subisce una sorta di assuefazione alle critiche, primeggia infatti la satira televisiva, in secondo luogo,

l'apparire di frequente in stazioni radiotelevisive quanto sulla carta stampata fa "comodo" a questa tipologia professionale perché concede quella visibilità necessaria per fare propaganda e quant'altro. L'attacco mirato alla "persona qualunque", al contrario, è un attacco decisamente più lesivo perché il soggetto privato sicuramente non gode delle possibilità di replica delle quali gode l'uomo pubblico e non è abituato ad avere un elevato grado di visibilità. Inoltre è utile evidenziare il fenomeno per il quale all'assuefazione tipica dell'uomo pubblico alla critica e satira che lo coinvolgono si pone l'assuefazione del pubblico ormai saturo di scandali e terremoti politici, quando invece "l'infamia" coinvolge l'uomo comune, il pubblico è maggiormente recettivo e ricorda più facilmente l'accadimento.

Nel nostro caso la Corte, nel quantificare in via equitativa il risarcimento, fa espresso richiamo alla sentenza della Corte di Cassazione del 21 maggio 1996 n. 4671: "la valutazione del danno morale è essenzialmente equitativa, sfuggendo, dato il suo contenuto etico, ad una precisa quantificazione, onde la sua determinazione è rimessa al prudente criterio del giudice di merito, il quale dovrà comunque rapportarla alla gravità del reato e all'entità del patema d'animo subito dalla vittima²¹". La liquidazione deve essere determinata in base all'entità oggettiva del danno e all'equivalente pecuniario, in modo che questo, tenuto conto del potere di acquisto della moneta, mantenga la sua funzione riparatoria di un danno subito e non rappresenti solo un "simulacro" o una parvenza di risarcimento.

6. Un caso celebre

Il caso Sallusti ci offre lo spunto per approfondire l'altra faccia della medaglia: si tratta di una ragazzina che rinuncia di diventare madre, probabilmente lei non vorrebbe abortire ma la circostanza non è chiara. In ogni caso la madre la convince e lei firma i moduli per la richiesta. Dopo l'intervento subisce un crollo psicologico e viene ricoverata in Neurologia per esaurimento nervoso. Alcune ricostruzioni insinuano che la ragazzina era contraria, ma poi il giudice tutelare di Torino chiarisce che il tribunale è intervenuto perché i genitori sono separati e il padre non era informato. Sul piano legale il caso è equiparabile a qualsiasi minorenne che voglia interrompere la gravidanza in assenza del consenso dei genitori. Il tribunale quindi valuta i motivi, prende atto della

²¹ Riguardo alla valutazione equitativa del danno morale sulla base della gravità del reato e del patema d'animo subito dalla vittima si veda: Cass. 9430/87; Cass. 7642/91; Cass. 2491/93.

decisione di madre e figlia e sostituisce il padre per quanto concerne l'autorizzazione. Differente approccio è quello del giornale "Libero", allora diretto da Alessandro Sallusti, per l'autore dell'articolo, forse Renato Farina, il magistrato ha ordinato un aborto coattivo e ha concluso il pezzo con un augurio: "se ci fosse la pena di morte, se mai fosse applicabile, questo sarebbe il caso. Al padre, alla madre, al dottore e al giudice". Giuseppe Cocilovo, il magistrato che si è occupato del caso ha subito reagito alle accuse presentando denuncia di diffamazione cui è seguita la condanna di primo grado e il sigillo della Cassazione²². Tuttavia qualcosa stona: il divario clamoroso tra due gradi di giudizio, si passa da 5.000,00 euro a 14 mesi di detenzione senza condizionale per il direttore responsabile di un giornale, che non ha neanche scritto l'articolo ma comunque ritenuto "soggetto pericoloso". L'abisso che attraversa le due sentenze è indice di incertezza giurisprudenziale e a pagarne le conseguenze sono le persone direttamente coinvolte dal caso e non solo. Ecco l'altra faccia della medaglia, l'applicazione di una pena così rigida incide sicuramente sul giornalismo italiano e non è da escludere che esso si presenti più intimidito, più vicino al modello inglese di cui parleremo in seguito. Ovviamente chi sbaglia deve pagare e risarcire chi ha danneggiato ma un giornalista in galera, nel caso di specie, è una garanzia che si incrina, una remora in più a dire ciò che si pensa. Ecco quindi che si presenta il dubbio amletico: "Diritto di cronaca: baluardo di democrazia o filtro tirannico del pensiero?". Labile è il confine tra l'essere arma di distruzione della reputazione dei cittadini e l'essere censura della libertà di espressione, diritto conquistato dai nostri avi.

7. La riforma in cantiere

La sentenza in esame è datata 22 maggio 2014, all'epoca e tutt'ora molte sono le proposte di riforma della disciplina di diffamazione a mezzo stampa.

Il disegno di legge del 29 ottobre 2014 n. 1119 del Senato riguarda alcune modifiche alla legge n. 47 del 8 febbraio del 1948, al codice penale, al codice di procedura penale e al codice di procedura civile per quel che concerne la diffamazione mezzo stampa. Si richiamano qui i punti principali riferiti al caso in esame²³:

- 1) la nuova normativa si estende espressamente alle testate giornalistiche on line registrate e alle testate giornalistiche radiotelevisive;
- 2) si positivizzano i criteri che il giudice dovrà seguire nel determinare la misura del risarcimento del danno conseguente a diffamazione a mezzo stampa, ancorandoli a parametri già diffusamente accolti in giurisprudenza, accogliendo inoltre l'idea che il

²² Il caso Sallusti, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti, Diritto Penale Contemporaneo*.
In rete: http://www.penalecontemporaneo.it/novita_legislative_e_giurisprudenziali/3-/1801-sulle_motivazioni_della_cassazione_nel_caso_sallusti/

In giurisprudenza: Cass., pen., sez. V, 23 ottobre 2012, n. 41249.

²³ "Attesto che il Senato della Repubblica, il 29 ottobre 2014, ha approvato, con modificazioni, il seguente disegno di legge d'iniziativa del deputato Costa, già approvato dalla Camera dei deputati." I punti focali: Art1: "Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle testate giornalistiche on line registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, nonché alle testate giornalistiche radiotelevisive". Art. 11-bis.: "Nella determinazione del danno derivante da diffamazione commessa con il mezzo della stampa o della radiotelevisione, il giudice tiene conto della diffusione quantitativa e della rilevanza nazionale o locale del mezzo di comunicazione usato per compiere il reato, della gravità dell'offesa, nonché dell'effetto riparatorio della pubblicazione e della diffusione della rettifica. Nei casi previsti dalla presente legge, l'azione civile per il risarcimento del danno alla reputazione si prescrive in due anni dalla pubblicazione". Art. 12: interamente abrogato.

In rete: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLMESS/807521/index.html>.

giudice dovrà valutare “l’effetto riparatore” conseguente alla pubblicazione o diffusione della rettifica;

3) abrogazione dell’istituto della riparazione pecuniaria;

4) si puntualizza che il giudice può condannare al pagamento di una somma equitativamente determinata chi abbia agito in giudizio per il risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa o radiotelevisione con dolo o colpa grave, ovvero abbia proposto querela temeraria, a tutela e beneficio del convenuto o del querelato;

5) si inaspriscono le pene pecuniarie previste per l’autore del reato di diffamazione a mezzo stampa, abrogando la pena della reclusione prevista nella disciplina vigente;

6) il direttore, con modalità formali, potrà delegare un giornalista professionista a svolgere le proprie funzioni di controllo sui contenuti prodotti dalla redazione, con l’effetto di trasferire a quest’ultimo il rischio della responsabilità penale.

8. Cenni comparatistici: civil law e common law a confronto²⁴

L’illecito civile “defamation” si concretizza quando una persona mette in dubbio la rispettabilità di un’altra o influisce negativamente sulla sua reputazione nei confronti della comunità. Questo tort si divide in due categorie: “libel” che si riferisce a modalità di divulgazione in forma stabile e lo “slander” che riguarda tutte le forme di diffusione di notizie che hanno carattere maggiormente precario. Focalizzando l’attenzione sugli Stati Uniti, si può notare che i diritti di libera manifestazione del pensiero e libertà di stampa hanno carattere costituzionale in quanto trattati nel Primo Emendamento. La ratio di tutto ciò è che solo un’opinione pubblica informata e consapevole può garantire una democrazia realmente operante. Nell’operare il bilanciamento tra diritto di espressione e diritto all’onore è opinione diffusa si possa proporre, con buone chance di successo, un’azione sulla base di un tort of defamation se si dimostri:

a) false and defamatory statement concerning the plaintiff;

b) un unprivileged publication to a third party;

c) fault amounting to at least negligence on the part of the publisher;

d) either actionability of the statement irrespective of special harm or the existence of special harm caused by publication.

Questi sono da considerarsi elementi comuni che declinati in modo diverso appartengono a tutti gli Stati, tuttavia non è da trascurare il fenomeno per cui ogni Stato adotti una differente disciplina. Si assumono a presupposti per la sussistenza dell’illecito diffamatorio: falsa riproposizione dei fatti, pubblicazione del contenuto diffamatorio, colpa e infine danno. Lo standard di colpevolezza applicato al convenuto in una causa di diffamazione dipende dal fatto che l’attore sia un pubblico ufficiale, una persona pubblica o un privato cittadino. Per quanto riguarda il danno, nei paesi di common law, una volta che l’attore abbia provato di essere stato diffamato i danni si presumono. Tuttavia la Corte Suprema statunitense ha limitato l’interpretazione dei danni presunti stabilendo che questi non sono ammessi fino a che l’attore non abbia provato che il convenuto si sia comportato con dolo. Il richiamo ai principi sanciti dalla sentenza “decalogo” è d’obbligo ed, effettuando un confronto, notiamo che questi principi non si discostano tanto da quelli di verità, pertinenza e continenza applicati nel nostro ordinamento.

In Inghilterra²⁵, al contrario, l’onere di provare la veridicità delle presunte dichiarazioni diffamatorie grava sul convenuto in quanto in un’azione legale per diffamazione le sue

²⁴ Con riferimento al saggio pubblicato in A. MELCHIONDA, G. PASCUZZI, *Diritto di cronaca e tutela dell’onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 18 marzo 2005, Trento, 2005, 335-362.

parole si presumono false. Questa regola ha fortemente inciso e condizionato l'attività dei mass-media inglesi. La paura di azioni legali porta a "legalizzare" i nuovi racconti pubblicati e spinge alla totale soppressione di certi tipi di notizie. Questo timore induce gli editori a espungere dai loro racconti parti, che sebbene veritiere, sarebbero però difficilmente dimostrabili in tribunale con testimoni o documenti. D'altra parte, è senz'altro vero che tale impostazione potrebbe avere il vantaggio di rendere maggiormente responsabili i professionisti del settore e produrre un giornalismo di qualità. Tuttavia si considera tale impostazione, che vede i convenuti svantaggiati rispetto agli omologhi americani, eccessivamente conservatrice e si auspicano cambiamenti di stampo liberale. Il Defamation Act del 1996 con uno spirito innovatore e liberale introduce la "offer to make amends"²⁶, una nuova difesa giudiziale che consiste nell'offerta di rettificare l'informazione diffamatoria a favore di tutti i media che si dichiarino pronti a correggere e scusarsi di una diffamazione non voluta. Altra possibile difesa resa più efficace dal Defamation Act è il c.d. "innocent dissemination"²⁷ che può utilizzare un editore quando ha venduto un libro diffamatorio senza averne consapevolezza. Tale azione è concessa a chiunque non abbia una responsabilità diretta nei confronti della pubblicazione, ad esempio l'annunciatore televisivo. Al contrario si pone l'articolo 11 della legge n. 47/1948 nel prevedere la responsabilità in solido dell'autore del reato, del direttore responsabile e dell'editore. Qualificando quest'ultima come un oggettivo rischio d'impresa.

Una breve trattazione merita il "tort of false light in public eye" che nel common law statunitense si concretizza in una errata rappresentazione del soggetto agli occhi della collettività²⁸. Mentre la defamation deve ledere gravemente la reputazione di una persona, un'azione giudiziaria basata sul tort of false light richiede solo che la raffigurazione data della persona sia "highly offensive to a reasonable person". Quindi, mentre il primo tutela l'interesse della persona ad avere una buona reputazione, il secondo invece, tutela l'interesse a "essere lasciato solo", la c.d. privacy in sostanza. Elementi per un'azione basata sul tort of false light sono: a) divulgazione da parte del convenuto di fatti inerenti la persona dell'attore che inducono una falsa rappresentazione del soggetto agli occhi della collettività; b) la falsa rappresentazione deve essere ritenuta tale da una persona ragionevole; c) il dolo del convenuto se la materia divulgata è di interesse pubblico.

²⁵ Per approfondimenti riguardo il tort of defamation inglese si veda M. LUNNEY, K. OLIPHANT, *Tort Law. Text and Material*, Oxford, 2000, 581-674; P. GILIKER, S. BECKWITH, *Tort*, London, 2000, 285-325; E. BARENDT, *Libel and the Media: The Chilling Effect*, Oxford, 1997, 68.

²⁶ Defamation Act, 1996, c. 2: "(1) A person who has published a statement alleged to be defamatory of another may offer to make amends under this section. (2) The offer may be in relation to the statement generally or in relation to a specific defamatory meaning which the person making the offer accepts that the statement conveys ("a qualified offer"). (3) An offer to make amends: (a) must be in writing, (b) must be expressed to be an offer to make amends under section 2 of the Defamation Act 1996, and (c) must state whether it is a qualified offer and, if so, set out the defamatory meaning in relation to which it is made."

²⁷ Questo è il caso di divulgazione incolpevole disciplinato all'art 1 del Defamation Act che così recita: "(1) In defamation proceedings a person has a defence if he shows that: (a) he was not the author, editor or publisher of the statement complained of, (b) he took reasonable care in relation to its publication, and (c) he did not know, and had no reason to believe, that what he did caused or contributed to the publication of a defamatory statement."

²⁸ Alcuni autori italiani si sono occupati del tema: V.Z. ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, op. cit., 353-361; A. GAMBARO, *Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Quadrimestre*, 1988, 301; M. L. RUFFINI GANDOLFI, *Il diritto all'identità personale di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti (il tort di false light)*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, II, 237.

Dall'analisi di recenti casi italiani relativi ad azioni di diffamazione ha manifestato il passaggio delle azioni dei soggetti lesi dalla sede penale a quella civile, tale passaggio è sicuramente premiante per i danneggiati che nella maggior parte dei casi ottengono un risarcimento²⁹. La comparazione tra ordinamenti di common law e civil law presenta delle difficoltà iniziali causate dalla presenza della giuria cui è affidata la liquidazione del danno nelle sedi di common law, i giudici popolari non hanno l'obbligo di motivare la loro decisione, che risulta contestabile solo sulla base delle istruzioni ricevute dal giudice togato.

Mentre negli Stati Uniti si è passati da quello che era un illecito colposo a un illecito sostanzialmente doloso, nelle esperienze dell'Europa continentale in cui la diffamazione costituisce illecito penale (595 c.p.) e quindi doloso, l'ordinamento si sta progressivamente orientando verso il rafforzamento delle sanzioni civili punitive e verso nuove forme di tutela civile.

Tuttavia, quando si tratta di dare valutazioni a entità ontologicamente imponderabili (si veda tutta la discussione in ambito italiano riguardo il danno non patrimoniale; il danno da morte; ecc...) tutti gli ordinamenti giuridici vengono messi in difficoltà. Il valore della reputazione è fissato fuori dal mercato e al giudice spetta l'onere di valutare in via equitativa, svolgendo il ruolo di arbitro. Egli purtroppo, per disorganizzazione nell'esperienza italiana e per espresso divieto cui deve sottostare la giuria di common law, ignora il valore di mercato operando ogni volta in base alla sua sensibilità e completamente svincolato da indici che lo colleghino a casi precedenti.

9. Uno sguardo a livello internazionale

Freedom House, organizzazione non governativa internazionale, che conduce attività di ricerca e sensibilizzazione su democrazia, libertà politiche e diritti umani, ogni anno pubblica un rapporto dal titolo "Freedom in the world" che misura il grado di libertà civili e diritti politici garantiti in ciascun paese. Secondo l'ultimo rapporto la libertà di stampa nel mondo ha raggiunto il record negativo degli ultimi dieci anni, i giornalisti si trovano ad affrontare sempre più pressioni e restrizioni da parte di governi ed editori con interessi politici ed economici. Nel rapporto Freedom of the press 2015³⁰, si denuncia che nel 2014 i giornalisti hanno dovuto affrontare pressioni sempre più intense da tutte le parti. La coordinatrice del rapporto, Jennifer Dunham, ha spiegato che i governi hanno sfruttato le leggi per la sicurezza e per la lotta al terrorismo come pretesto per mettere a tacere tutte le voci critiche, mentre i gruppi di pressione e le gang criminali impiegano tattiche sempre più meschine per intimidazioni ai danni di giornalisti e i proprietari dei media. Dei 199 paesi passati in rassegna, 63 sono ritenuti "liberi" sul piano dell'informazione (tra questi vi sono Spagna, Francia, Inghilterra, e Germania), 71 vengono descritti come "parzialmente liberi" (tra cui Italia, Grecia, America Latina e India) e i rimanenti 65 "non liberi" (tra cui Russia, Africa del nord e Medio Oriente). Questo equivale a dire che soltanto il 14 per cento degli abitanti del pianeta vive in un contesto di libertà di stampa, il 42 per cento con una stampa parzialmente libera e il 44 per cento con una stampa non libera.

10. Conclusioni

²⁹ Si veda V. Z. ZENCOVICH, *Profili comparatistici dell'alchimia: la liquidazione dell'impalpabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 1145; V. RICCIUTO, V. Z. ZENCOVICH, *Il danno da mass-media*, Padova, 1990.

³⁰ Coordinatrice del rapporto Jennifer Dunham, *Freedom of the press*, 2015.

In rete: <http://www.internazionale.it/notizie/2015/04/29/rapporto-giornalisti-freedom-house>.

Per concludere cito due casi recenti di cronaca: l'inaugurazione di EXPO a Milano il 1 maggio 2015 e la contestazione a Renzi avvenuta a Bologna il 3 maggio 2015. Da una lettura superficiale degli articoli relativi questi accadimenti sembra di essere cittadini di due Stati differenti. A Milano lo Stato e di conseguenza le forze dell'ordine vengono etichettate eccessivamente permissive e garantiste di quello che travalica il diritto di manifestazione del pensiero e diventa reato di distruzione e saccheggio. Nel bolognese viviamo invece in una sottospecie di dittatura dove i poliziotti in massa caricano insegnanti disarmati. Ecco che alla carta stampata si deve frapporre la capacità critica dell'individuo che non deve mai essere appagato da un solo pezzo, inevitabilmente filtro di pensiero, ma deve confrontare più testate e formulare il proprio parere, opinione e conoscenza.

Disse forse con un po' di pessimismo Raymond Chandler :“Le incessanti vociferazioni sulla libertà di stampa significano, tranne poche onorevoli eccezioni, la libertà di speculare sugli scandali, sui delitti, sul sesso, sul sensazionale, sull'odio, sulla diffamazione, la libertà di usare la propaganda a fini politici e finanziari. Un giornale è un'impresa che vuole guadagnare soldi con la pubblicità. La pubblicità dipende dalla tiratura, e lei sa da cosa dipende la tiratura.”

Sta a noi dunque imporre il “nostro filtro” e non essere semplici pedine che subiscono passivamente il vortice mediatico dei nostri tempi.

I CONFINI DEL DIRITTO DI CRONACA E LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO NELLA DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA

di Bianca Stelzer

IL CASO

L'attore, impiegato presso un istituto di vigilanza, era imputato, in concorso con altri soggetti, del reato di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici ex art. 615 quater Cod. pen., per aver riprodotto il codice del badge che assicurava la possibilità di accedere indisturbati alle casseforti della società offesa, suo luogo di lavoro. L'attore in principio era stato imputato anche per il reato di furto di cinque milioni di euro, commesso proprio utilizzando il badge riprodotto, e per il reato di intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche. Da queste altre accuse era stato poi proscioltto.

L'attore si dichiara offeso dal reato di diffamazione che un giornalista avrebbe commesso nei suoi confronti scrivendo un articolo per il giornale il Resto del Carlino, in cui il convenuto, per mezzo del termine dispregiativo "banda", avrebbe accomunato l'attore agli altri soggetti convenuti nel giudizio pendente avanti il Tribunale di Foggia. Inoltre lamenta la "diffusione di notizie non vere e fuorvianti, che ingenerano l'idea di partecipazione ad un fatto illecito non più contestato (il furto)".

Da parte loro i convenuti, il giornalista autore dell'articolo che l'attore dichiara diffamatorio e il direttore del giornale, chiamato in processo in quanto responsabile dei controlli obbligatori da portare avanti sia ex ante sia ex post alla pubblicazione di un articolo di giornale, si difendono argomentando che l'impiegato sia effettivamente imputato nel processo, notizia che, sottolineano, è "inconfutabilmente vera". Per quanto riguarda poi il termine "banda", sostengono si tratti di un termine atecnico, utilizzato nel linguaggio giornalistico e "priv[o] di qualsiasi attitudine diffamatoria".

La Corte argomenta la decisione ricordando anzitutto come sia necessario bilanciare i principi fondamentali, riconosciuti costituzionalmente, del diritto all'informazione, del diritto di cronaca, del diritto alla manifestazione del pensiero, anche a mezzo stampa, e dei diritti della personalità.

Il giudice ricorda come i giornalisti nei loro articoli possano ammissibilmente riportare notizie lesive dell'onore e della reputazione di un soggetto, ma i requisiti che la notizia deve presentare per non risultare diffamatoria sono rigidi: utilità sociale, verità e continenza espositiva.

L'utilità sociale, prosegue il magistrato, risiede nell'importanza che la notizia può avere per i cittadini, rispetto soprattutto a temi politici, economici, pubblici.

Il criterio della verità si esplicita nella "corrispondenza tra i fatti accaduti e i fatti narrati", mentre il principio della continenza espositiva riguarda il modo in cui i fatti vengono, appunto, riprodotti: si deve aver riguardo in questo caso alla collocazione della notizia nel giornale, così come al linguaggio utilizzato, e soprattutto si fa riferimento all'uso di espressioni che possono sviare il lettore.

Per quanto concerne il requisito della utilità sociale, la Corte non ha problemi a rilevarlo nel caso in questione, tenendo presente che si tratta di un furto di una somma cospicua commesso mediante la clonazione di un badge per l'accesso alla società colpita.

Ritiene quindi di doversi soffermare sugli altri due criteri esposti precedentemente.

Il giudice richiama diverse sentenze della Cassazione per dare un quadro ampio e preciso degli orientamenti giurisprudenziali a proposito. Riguardo al diritto di cronaca giudiziaria evidenzia come il diritto di libertà di informazione e manifestazione del

pensiero debba anche bilanciarsi con il principio costituzionale della presunzione di innocenza, requisito che rende quindi il terreno molto scivoloso. Le informazioni che riguardano l'ambito processuale devono avere una corrispondenza piena con gli atti del giudizio. In particolare, e in questa sede viene ad assumere grande importanza, è fondamentale ricordare che il porre sullo stesso piano, senza compiere alcun distinguo, soggetti che avevano preso parte allo stesso processo, dimenticando di mettere in evidenza il fatto che uno di questi soggetti è stato successivamente proscioltto, va a ledere il principio di verità, e si apre quindi la possibilità di rilevare il reato di diffamazione.

L'attore nello specifico ritiene diffamatorio l'utilizzo del termine "banda", che porta il lettore ad accomunare il suo comportamento a quello degli altri soggetti, senza fare distinzioni tra chi è stato imputato per furto e chi poi è stato proscioltto. Fra l'altro l'attore lamenta anche il significato diffamatorio del titolo dell'articolo, che recita "Colpo da 5 milioni al caveau, un tecnico nei guai" sostenendo che la menzione della parola "tecnico" vada a ledere la sua reputazione, in quanto risulta ancora più immediata l'associazione tra il furto e la sua persona.

Nonostante il magistrato sia scettico riguardo a quest'ultima annotazione da parte dell'attore, ritiene comunque che l'uso dell'espressione "banda" sia effettivamente diffamatorio. Il giornalista avrebbe dovuto diligentemente studiare gli atti del processo, dai quali avrebbe compreso che l'impiegato in questione non poteva essere accomunato agli altri soggetti che avevano commesso il furto, in quanto un provvedimento giurisdizionale lo aveva proscioltto dall'accusa.

A conclusione di queste premesse la Corte dichiara accolta la domanda di risarcimento richiesta dall'impiegato dell'istituto di vigilanza nei confronti del giornalista e del direttore del giornale, responsabile anch'egli per non aver effettuato i dovuti controlli sull'elaborato. Premessa quindi la possibilità per l'attore di ricevere una somma a titolo di danno da risarcimento, il giudice ha ricordato come, trattandosi di un danno non patrimoniale, questo debba essere allegato e provato dalla parte, non dimenticando di precisare che sussistono requisiti, da analizzare d'ufficio, che vanno ad integrare la prova da parte dell'attore. Il riferimento a questo proposito è ai criteri oggettivi e soggettivi che devono essere valutati per quantificare il danno: i criteri oggettivi riguardano la diffusione del quotidiano, la reputazione che vanta il giornale e la posizione delle informazioni diffamatorie tra le notizie riportate. I criteri soggettivi invece attengono alla persona del soggetto, e riguardano in particolare la sua statura sociale e l'eventuale carica pubblica rivestita.

Il magistrato, ponendo attenzione ai requisiti oggettivi, non riscontra un grave pregiudizio per l'attore, in quanto la diffusione del giornale, e quindi della notizia recante l'informazione diffamatoria, è stata circoscritta. Avendo riguardo ai criteri soggettivi, la Corte non constata precise allegazioni da parte dell'attore per quanto concerne le qualità morali che ritiene lese. Per questo motivo conclude affermando che il risarcimento, dovuto all'attore da parte dei due convenuti, avrà il fine di compensare l'attore per "il patimento interiore, il disagio, il disappunto provato nel leggere una notizia idonea a porl[o] in cattiva luce nella comunità sociale di riferimento".

Per addivenire ad una somma di denaro precisa, poste queste premesse, il giudice richiama alcuni precedenti, che gli daranno la possibilità di muoversi meglio al fine di quantificare il risarcimento. La sua conclusione lo vedrà orientarsi verso una stima inferiore rispetto alle somme di denaro riportate nelle varie sentenze, proprio in ragione del fatto che la diffusione del quotidiano, e quindi della notizia diffamatoria, era stata circoscritta, e in ragione del fatto che l'attore non aveva una caratura sociale tale che la notizia riportata potesse compromettergli la possibilità di condurre una vita normale. I

convenuti sono condannati a corrispondere all'attore una somma di € 10.000,00 a titolo di risarcimento del danno.

Viene poi riportato l'art. 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, che prevede, in connessione con il risarcimento del danno, anche la possibilità di aggiungere, qualora la parte la richieda, una somma di denaro a titolo di riparazione. A questo proposito la Corte effettua un breve excursus che ricorda gli aggiustamenti dati a questa legge da parte dell'evoluzione giurisprudenziale, aggiustamenti che attengono alla figura del direttore del giornale, per valutarne la co-responsabilità o meno rispetto all'istituto della riparazione pecuniaria. L'ultimo intervento, proprio dato dal Tribunale di Roma il 18 febbraio 2013, sostiene che sia responsabile della suddetta riparazione anche il direttore del giornale, in quanto soggetto che, anche solo con un'omissione di controllo ex ante o ex post sull'articolo del giornalista, ha contribuito alla verifica dell'evento.

Poste queste premesse, la Corte condanna i convenuti all'ulteriore esborso di una somma di € 2.000,00 a titolo di riparazione pecuniaria.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO RIMINI
Sezione Unica Civile

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Luigi La Battaglia ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa civile di 1° Grado iscritta al n. r.g. 3787/2010

promossa da

XX, con il patrocinio dell'avv. Fuzzi Raffaella, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in piazza Mercato 1, 47841 Cattolica (*attore*)

contro

CC e RR, con il patrocinio dell'avv. Mancini Astorre, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in via G. Bruno 47, 47921 Rimini (*convenuti*).

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza del 9 dicembre 2014.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

1. L'attore ritiene lesivo del proprio onore e della propria reputazione l'articolo apparso il giugno 2010 sul quotidiano *il Resto del Carlino*, relativo al processo (allora) in corso dinanzi al Tribunale di Foggia, nel quale egli era imputato (insieme ad altre persone) del reato di cui all'art. 615-quater c.p., per avere abusivamente riprodotto "*il codice univoco (n. 0F009457E7) del badge costituente mezzo idoneo all'accesso al sistema telematico protetto da misure di sicurezza della persona offesa e destinato ad assicurare l'accesso presso alcune stanze della sede della società solo al personale abilitato*" (così il capo d'imputazione, come riportato nella sentenza del G.U.P. di Foggia prodotta dall'attore sub doc. 3 del proprio fascicolo). Originariamente, il XX risultava indagato anche per l'ingente furto che era stato commesso utilizzando il *badge* clonato, nonché per il reato di cui all'art. 617-quater c.p. L'accusa di (concorso nel) furto era "caduta", però, già nel corso delle indagini; mentre, per il reato da ultimo menzionato, il XX era stato prosciolto con sentenza del Giudice per l'Udienza preliminare di Foggia del 27.4.2010 (doc. 3 citato). Alla data di pubblicazione dell'articolo in questione, dunque, l'attore risultava ancora imputato per il solo reato di detenzione e diffusione abusiva di codici d'accesso a sistemi informativi o telematici, per il quale era stato rinviato a giudizio con decreto del 21.4.2010. Secondo la

prospettazione dell'attore, l'articolo del 2 giugno 2010, accomunandolo agli autori del "colpo" ai danni di un istituto di vigilanza privata, non avrebbe adeguatamente differenziato la sua posizione rispetto agli altri soggetti (due dei quali erano stati rinviati a giudizio, ed uno dei quali giudicato con giudizio abbreviato, in relazione a tutti e tre i reati sopra menzionati). Si duole, il XX, dell'utilizzo, nello scritto, del sostantivo "banda", *"termine spregiativo che usualmente viene utilizzato per indicare il concorso, ove non l'associazione, di individui che si uniscono per commettere fatti illeciti o comunque disdicevoli nel sentire"* (pag. 5 dell'atto di citazione); censura, altresì, la diffusione di *"notizie non vere e fuorvianti, che ingenerano l'idea di partecipazione ad un fatto illecito non più contestato (il furto) per il XX"*. Ribattono i convenuti che, *"seppur con un capo di imputazione meno grave, non può negarsi che l'odierno attore sia imputato - in concorso con gli altri sospettati - nel processo per il furto realizzato ai danni della NP Service e che, la notizia, sia inconfutabilmente vera"* (pag. 9 delle due comparse di risposta). Quanto all'uso del termine "banda", sottolineano che *"si tratta di una terminologia giornalistica e/o atecnica priva di qualsiasi attitudine diffamatoria, soprattutto tenendo conto che il signor XX è, effettivamente, parte del processo, in concorso con gli altri ritenuti responsabili, ognuno per i propri capi di imputazione"* (pag. 10 delle comparse di risposta).

2. La fattispecie s'inscrive nel tema dei limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca giornalistica, nel bilanciamento con i diritti della personalità del soggetto protagonista delle vicende narrate. Come è noto, il comportamento astrattamente illecito di colui che divulghi notizie lesive dell'altrui onore o reputazione è considerato "scriminato" dall'esercizio del diritto di informazione allorché i fatti narrati posseggano i requisiti dell'utilità sociale, della verità e della c.d. continenza espositiva. È questo il c.d. "decalogo" del giornalista, fissato per la prima volta dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 5259/84, e divenuto - se pur con qualche oscillazione terminologica - *ius receptum* anche nella giurisprudenza delle corti di merito. In presenza di tali condizioni, il diritto di cronaca (o di critica), riconducibile al diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., prevale sui diritti della personalità (onore, reputazione, immagine) ascrivibili al "catalogo aperto" dell'art. 2 della Carta Fondamentale, impedendo il configurarsi della fattispecie ex art. 595 c.p., nonché - sul versante civilistico - fattispecie risarcitoria di cui all'art. 2043 (e 2059) c.c. (in tal senso, v. Cass., n. 4068/14; n. 22600/13; n. 14822/12; n. 20285/11; n. 1205/07; n. 7605/06; n. 23366/04; n. 13346/04; n. 2066/02; n. 15022/00; n. 6877/00; n. 747/00; n. 7747/97; n. 6041/97; n. 8284/96; n. 982/96; App. Napoli, 10.2.1998; Trib. Roma, 12.7.1999; Trib. Torino, 21.4.1998; Trib. Roma, 18.6.1997; 19.4.1997; 8.7.1996; 28.9.1993). L'utilità sociale della notizia si concreta nell'interesse della collettività alla conoscenza di fatti utili per la formazione dell'opinione pubblica: sono considerati tali gli avvenimenti rilevanti dal punto di vista politico, economico e sociale (v. Trib. Lecce, 22.9.1993), nonché, secondo alcune pronunce, i fatti relativi alla vita privata degli uomini pubblici (entro i limiti richiesti dalla necessità del temperamento col diritto alla riservatezza: v. App. Roma, 16.1.1991; Trib. Roma, 8.9.1993). Il requisito della verità viene inteso come sostanziale corrispondenza tra i fatti accaduti e i fatti narrati, e non è rispettato - ad esempio - quando si raccontano fatti singolarmente veri, ma si tralasciano altri fatti così strettamente collegati ai primi che, se fossero riferiti, muterebbero il significato dell'intera narrazione (v. Cass., n. 982/96 e n. 5259/84); ovvero quando, in aggiunta a fatti veri, si diffondono ulteriori notizie false, o anche semplicemente di incerta rispondenza al vero (Trib. Roma, 2.11.1994). D'altra parte, è irrilevante l'eventuale imprecisione in ordine a dati superflui ed insignificanti rispetto all'essenza della notizia riportata (Cass., n. 8284/96). La verità *"può anche essere solo*

putativa, purché risulti da un serio e diligente lavoro di ricerca" (Cass., n. 2066/02). Allorché, dunque, il giornalista, dopo averla accuratamente verificata, ritenga in buona fede vera una notizia poi rivelatasi falsa, opererà la scriminante putativa ex art. 59, comma 4, c.p. La giurisprudenza è particolarmente rigorosa nel verificare la diligenza con la quale l'agente abbia esaminato e controllato i fatti selezionati o reperito la fonte d'informazione, tanto da rendere di fatto assai labile il confine tra scriminante "semplice" e scriminante putativa, relegando quest'ultima all'ipotesi di percezione erronea di una realtà che, a monte, è stata meticolosamente accertata (Cass., n. 9391/97). Naturalmente, la verità dello scritto va apprezzata in correlazione con gli altri due requisiti, per cui il fatto narrato può essere vero, ma le modalità di presentazione della notizia possono essere tali da vanificare sostanzialmente la verità stessa (v. Cass., n. 8574/98, ove l'illecito civile viene riconosciuto in relazione ad *"un articolo giornalistico che, pur riferendo notizie in sé esatte, sia però redatto in maniera tale da ingenerare confusione nel lettore perché, dolosamente o colposamente, le notizie essenziali alla correttezza e completezza dell'informazione, pur contenute nel testo, non sono in esso adeguatamente valorizzate, né, al contrario, vi sono inserite in modo da restare 'assorbite' da altri contrastanti e più suggestivi elementi di informazione"*) requisito della continenza viene definito dalla sentenza del 1984 come *"forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione"*, evincibile sia dalle caratteristiche tipografiche della notizia - in relazione alla sua collocazione e alla presenza di titoli, occhielli, fotografie, ecc. (c.d. continenza formale) -, sia, sotto il profilo contenutistico, dall'adeguatezza del registro espositivo, dalle tecniche di narrazione, dall'ordine in cui i fatti raccontati vengono giustapposti (c.d. continenza sostanziale: v. Cass., n. 9746/00 e n. 46/96). Per verificare se sia stato superato il limite del diritto di cronaca è necessario guardare al complesso dello scritto, avendo come criterio guida il risultato finale, lo scopo ultimo della comunicazione (Cass., n. 9743197): a far venir meno la forma civile dell'esposizione potrà essere l'accostamento, ad una notizia diffamatoria, del nome o della fotografia di una persona che non vi sia in alcun modo coinvolta (Trib. Milano, 13 aprile 2000; Trib. Roma, 30.1.1997); o il carattere tendenzioso o suggestionante del titolo (Trib. Torino, 18.5.1996); ovvero l'uso di espressioni insinuanti o capziose, subdole o allusive (Cass. pen., n. 8848/92); d'altra parte, *"una determinata espressione, in sé e per sé potenzialmente offensiva, può perdere la sua offensività in relazione al contesto entro cui è proferita"* (Trib. Milano, 7.11.1996). La continenza formale deve essere verificata, dunque, in stretta aderenza al contesto nel quale deve operare, non potendosi utilizzare parametri universali e oggettivi. La continenza implica, in sintesi, *"moderazione, misura, proporzione nelle modalità espressive, le quali non devono trascendere in attacchi personali diretti a colpire l'altrui dignità morale e professionale, con riferimento non solo al contenuto dell'articolo ma all'intero contesto espressivo in cui l'articolo è inserito, compresi titoli, sottotitoli, presentazione grafica, fotografie, trattandosi di elementi tutti che rendono esplicito, nell'immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un articolo, e quindi idonei, di per sé, a fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi"* (Cass., n. 2661113; n. 20608/11).

3. Per quanto concerne, più specificamente, la cronaca giudiziaria, in linea generale sussiste l'interesse pubblico alla conoscenza delle notizie sussiste, vieppiù con riferimento a casi rilevanti quali quello in discorso, nel quale un furto di valori pari a cinque milioni di euro era stato possibile grazie alla donazione di un *badge* per l'accesso alla cassaforte di un istituto di vigilanza, e alla disattivazione dei relativi sistemi elettronici di sicurezza. L'indagine deve concentrarsi, dunque, intorno agli altri

due presupposti della verità e della continenza (si veda Cass., n. 4197/11, secondo cui, *"attesa che costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca giudiziaria dare conto delle indagini disposte dalla magistratura inquirente per soddisfare l'interesse pubblico alla informazione prevalente sulla posizione dei soggetti coinvolti avuto riguardo alle pubbliche funzioni da essi esercitate che maggiormente giustificano tale interesse - indicazione della fase processuale a cui si riferisce la notizia consente al lettore di percepire la necessità di provare la fondatezza nelle successive fasi. Nella specie la sentenza impugnata, confermata dal Supremo Collegio, aveva rigettato la domanda risarcitoria proposta da un magistrato nei confronti di un periodico atteso che in realtà detto magistrato era stato indicato per abuso di ufficio e falso in atto pubblico e che il procedimento che lo riguardava era stato riunito ad altri concernenti giudici delle esecuzioni e delegati al fallimento e quindi il cronista aveva divulgato notizie vere"*). La corrispondenza al vero di quanto riferito dal giornalista è particolarmente sentita in tale campo, ove il diritto di libertà di informazione e di pensiero deve *"confrontarsi anche con il presidio costituzionale della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 cost. La verità di una notizia mutuata da un provvedimento giudiziario sussiste ogniqualvolta essa sia fedele al contenuto del provvedimento stesso, senza alterazioni o travisamenti di sorta, dovendo il limite della verità essere restrittivamente inteso. L'esimente, anche putativa, del diritto di cronaca giudiziaria di cui all'art. 51 c.p., va, dunque, esclusa allorché manchi la necessaria correlazione tra fatto narrato e fatto accaduto, il che implica l'assolvimento dell'obbligo di verifica della notizia e, quindi, l'assoluto rispetto del limite interno della verità oggettiva di quanto esposto, nonché il rigoroso obbligo di rappresentare gli avvenimenti quali sono, senza alterazioni o travisamenti di sorta, risultando inaccettabili i valori sostitutivi, quale quello della verosimiglianza, in quanto il sacrificio della presunzione di innocenza richiede che non si esorbi da ciò che è strettamente necessario ai fini informativi"* (Cass., n. 16917/10; si veda anche Cass., n. 21190/09). Esprimendo un principio di diritto che potrebbe attagliarsi, in senso lato, alla fattispecie in esame, la Corte di Cassazione ha affermato che *"l'accostamento, sia pure a scopo esemplificativo, del nome di un soggetto, coinvolto in un procedimento giudiziario, con quello di altri soggetti, la cui responsabilità sia stata giudizialmente accertata, omettendo la circostanza dell'avvenuto proscioglimento del primo, è suscettibile di fondare la responsabilità per diffamazione"* (Cass., n. 8065/07). Si deve dar conto, d'altro canto, dell'orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale *"non ogni inesattezza conferisce carattere diffamatorio a un articolo giornalistico, essendo sempre necessario che il giudice accerti se la discrasia tra la realtà oggettiva e i fatti esposti abbia effettivamente la capacità di offendere l'altrui reputazione (in applicazione di detto principio, la S.C. ha confermato le sentenze di merito, che avevano escluso il carattere diffamatorio di un resoconto giornalistico ove era inesattamente scritto che un soggetto, titolare di elevate cariche istituzionali e indagato per rilevanti delitti, era stato rinviato a giudizio per fatti gravi"* (Cass., n. 23468/10).

4. Venendo, quindi, ad esaminare il caso che in questa sede viene in rilievo, la valenza diffamatoria dell'articolo viene ricondotta dall'attore all'utilizzo del termine *"banda"*, che finiva per accomunarla, in un contesto dispregiativo, alla sorte giudiziaria degli altri tre soggetti, imputati del reato di furto aggravato in concorso, mentre tale accusa era *"caduta"*, nei suoi confronti, già nel corso delle indagini preliminari. Il XX, in realtà, si duole anche del titolo, il quale recita: *"Colpo da 5 milioni al caveau, un tecnico nei guai"*. Afferma, al riguardo, l'attore: *"quale colpo, prego?! È dal novembre del 2009 che l'accusa di concorso in furto è caduta!"* (pag. 8 dell'atto di citazione).

Ora, posto che l'articolo non riguarda il solo XX, bensì tutti i soggetti coinvolti nella vicenda, quest'ultima è correttamente identificata attraverso il riferimento al "colpo da 5 milioni", che è esattamente quello per il quale si stava svolgendo il processo del quale si parla nel testo. Quanto all'espressione *"un tecnico nei guai"*, anzitutto essa non pare immediatamente (e necessariamente) riferibile al XX, posto che, nel testo, il termine viene riferito anche a Marco Muratori (definito, per l'appunto, *"tecnico informatico di San Marino"*). In secondo luogo, non si può negare che (anche) il XX, in effetti, "nei guai" c'era finito a causa di quel "colpo", sebbene con una posizione processuale notevolmente "alleggerita" rispetto agli altri soggetti (pur sempre concorrenti con lui nel reato ex art. 615-quater c.p.). Nel corpo dell'articolo, tuttavia, il XX viene effettivamente accomunato ai membri della *"banda che aveva messo a segno il colpo ai danni di un istituto di trasporto valori di Foggia"*: il suo nome segue infatti la menzione di *"due persone di Fermo"*, e precede quello del Muratori, definito *"quarto componente della banda"*. Cosicché il brano in questione sembra realmente ingenerare la suggestione che anche il XX fosse coinvolto (come gli altri componenti della "banda") nel furto al caveau. I convenuti sottolineano la rispondenza al vero delle circostanze riferite nell'articolo. Ma se è vera - di per sé - la circostanza che il XX era comparso dinanzi al Tribunale di Foggia insieme alle altre persone menzionate, non lo era quella che egli aveva partecipato al "colpo" insieme a quelli. Non lo era non perché, sulla base del "senso comune", egli non si sarebbe potuto considerare come - in qualche modo compartecipe del "colpo" (avendo pur sempre contribuito a creare le condizioni per cui esso s'era realizzato); ma perché uno specifico provvedimento giurisdizionale (verosimilmente, un decreto di archiviazione) era intervenuto a sancire formalmente la sua estraneità al reato (grave) evocato nell'articolo in esame. Questo elemento imponeva al giornalista di differenziare la posizione del XX, specificando che egli si trovava a processo con gli altri imputati per il solo reato di cui all'art. 615-quater c.p. Ecco, dunque, che il termine "banda" viene ad assumere efficacia lesiva della reputazione dell'attore, non essendovi alcun indice, nel testo, idonee a circoscriverne la portata al concorso nel reato (minore) di detenzione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici, ed incentrandosi, anzi, il discorso sul furto (il secondo paragrafo del pezzo inizia con **"IL FURTO"**, in grassetto maiuscolo, e continua con *"era stato messo a segno nel maggio 2009 ..."*). Si tenga conto, del resto, che lo stesso giornale, nel precedente articolo del 25.4.2010 (doc. 1 di parte attrice), aveva compiutamente dato atto che il XX era *"stato prosciolto dall'accusa di interruzione illecita di comunicazioni"*, e che la *"accusa di concorso in furto, per la quale [era stato] arrestato nel novembre scorso con Bonalumi e Orlando, era già caduta nel corso delle indagini"*. Se si pone mente all'impostazione "restrittiva" della giurisprudenza sopra citata, circa i presupposti di operatività della scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca giudiziaria, non è difficile comprendere come sul giornalista incombesse l'onere di accertarsi dello sviluppo della vicenda giudiziaria che intendeva riferire, guardandosi conseguentemente dall'accomunare tutti i suoi protagonisti mediante un indistinto riferimento alla "banda" che aveva messo a segno il furto. Ciò a maggior ragione, se si considera che il giornalista non è "giustificato" neppure se attribuisce erroneamente ad un soggetto un reato punito con pena edittale meno grave di quello per il quale egli sia stato rinviato a giudizio, *"occorre[ndo] che l'attribuzione sia percepita come meno grave dal comune lettore, che non conosce nemmeno che cosa s'intende per pena edittale e non necessariamente percepisce il disvalore di un fatto di reato piuttosto che di un altro sulla base della pena con cui è punito"* (Cass., n. 3340/09).

5. La domanda risarcitoria merita, pertanto, accoglimento, nei confronti di entrambi i

convenuti, quali autore dell'articolo (il CC) e direttore del quotidiano (il RR) sul quale esso venne pubblicato (*"la responsabilità del direttore del giornale per i danni conseguenti alla diffamazione a mezzo stampa trova fondamento nella sua posizione di preminenza, che si estrinseca nell'obbligo di controllo e nella facoltà di sostituzione. Tali attività non si esauriscono nell'esercizio di un adeguato controllo preventivo, consistente nella scelta oculata di un giornalista idoneo alla redazione di una determinata inchiesta ma richiede altresì la vigilanza ex post sui contenuti e sulle modalità di esposizione, mediante la verifica della verità dei fatti o dell'attendibilità delle fonti, al fine di evitare di esporre un terzo ad un ingiustificato discredito, anche con l'assunzione di iniziative volte ad elidere eventuali profili penalmente rilevanti"*: Cass., 12.5.2014, n. 10252). Per quanto concerne il pregiudizio da liquidarsi in favore dell'attore, *"- in adesione a principi affermati dalle note sentenze di S. Martino - va ribadito che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come nel caso di lesione al diritto alla reputazione, non è in re ipsa, ma costituisce un danno conseguenza, che deve essere allegato e provato da chi ne domandi il risarcimento (Cass. 24 settembre 2013, n. 21865); fermo restando che la prova di tale danno può essere data con ricorso al notorio e tramite presunzioni (cfr. Cass. 28 settembre 2012, n. 16543), assumendo, a tal fine, come idonei parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della persona colpita, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale"* (Cass., 25.8.2014, n. 18174). In effetti, nella materia della diffamazione a mezzo stampa i danni non patrimoniali sono tradizionalmente liquidati in via equitativa, secondo criteri indicati in modo variabile dalla giurisprudenza, che di volta in volta prende a riferimento alcuni indici presuntivi di danno, quale ad esempio la tiratura del giornale, la sua diffusione (nazionale o locale), il risalto dato alla notizia, la qualità della persona offesa e la sua eventuale carica pubblica o collocazione professionale, il patema d'animo sofferto in relazione al contesto sociale in cui il soggetto leso vive, l'obiettivo gravità delle affermazioni diffamatorie pubblicate in relazione al momento storico in cui esse si situano, l'intensità del dolo, la presenza di azioni risarcitorie promosse verso altri giornali ed infine il complessivo comportamento tenuto dai giornalisti. I criteri summenzionati possono essere ricondotti, schematicamente, a due categorie: oggettivi e soggettivi. I primi sono stati, a loro volta, suddivisi in criteri quantitativo, qualitativo e strutturale. Il primo attiene alla diffusione del veicolo d'informazione (copie vendute o indice d'ascolto); il secondo riguarda il "credito" di cui godono le pubblicazioni che hanno ospitato la notizia lesiva; il terzo, infine, è relativo alle modalità espressive, al rilievo ed alla collocazione della notizia incriminata. Sono invece soggettivi i criteri, che attengono ad una o più caratteristiche personali del soggetto leso (qualità morali, cariche pubbliche rivestite, ecc.), che si assumano colpite dall'informazione lesiva. Nella fattispecie in esame, l'attore non ha allegato la benché minima circostanza idonea a "lumeggiare" la consistenza e le modalità di manifestazione dei pregiudizi patiti a seguito della diffusione dell'articolo in discorso, in relazione alle sue abitudini di vita pregresse. S'è limitato, in alcuni brani dell'atto di citazione, ad accennare (per vero, anche in questo caso, fuggacemente) alle ripercussioni sulla propria sfera emotiva interiore dell'onta dell'arresto subito, ciò che però - all'evidenza - non ha una diretta interrelazione con il profilo che si sta in questa sede esaminando. Ora, dal punto di vista "oggettivo" la notizia non appare avere avuto consistente eco: è riportata a pagina 15 del quotidiano, nella parte dedicata alla cronaca di Cattolica e Valconca, ed è dunque rivolta ad una cerchia limitata di potenziali lettori della provincia di Rimini). Dal punto di vista soggettivo, nulla essendo stato allegato - come detto - dall'attore, in

merito alla modificazione *in pejus* del modo di estrinsecarsi della sua vita di relazione, il risarcimento dovrà indirizzarsi a compensare il patimento interiore, il disagio, il disappunto provato nel leggere una notizia idonea a porle in cattiva luce nella comunità sociale di riferimento, non "recidendo giustizia" della sua accertata estraneità al reato più grave del quale nell'articolo si parlava. Ebbene, l'unico criterio per sfuggire all'arbitrio nella liquidazione è quello della comparazione con i precedenti giurisprudenziali relativi alla lesione di interessi omologhi, perpetrata attraverso modalità dell'offesa simili per esempio, a fronte di un articolo del *Corriere della Sera* il quale, riportando la notizia dell'arresto dell'attore nell'ambito di un'indagine relativa ad un traffico di droga (al quale lo stesso era poi risultato del tutto estraneo), lo presentava come la mente organizzativa di tale traffico (pubblicando altresì la sua fotografia), il Tribunale di Roma (sent. 6 aprile 1988) liquidò la somma di venti milioni di lire dell'epoca; la Corte d'Appello della stessa città (sent. 12.12.1988) condannò a pagare L. 16.500.000 i responsabili di un articolo apparso su *Repubblica*, nel quale si riportava la notizia dell'arresto di un avvocato con l'imputazione di associazione per delinquere di stampo mafioso, attribuendo alla sua figura connotazioni negative attraverso insinuazioni sulla sua attività e riferendo circostanze non vere; ancora, il Tribunale di Roma (sent. 16.7.1991) risarcì con venti milioni di lire un avvocato, a seguito della divulgazione (sull'edizione umbra del quotidiano *Paese Sera*) della notizia di una perquisizione eseguita nel suo studio legale, nel contesto di indagini su casi di usura, che avrebbero visto coinvolti altri professionisti della stessa città, e a cui l'attore era invece estraneo; venticinque milioni furono riconosciuti dalla medesima corte (Trib. Roma, 18.7.1991) per un articolo (pubblicato sulla cronaca di Teramo del quotidiano *il Tempo -Abruzzo*) contenente la notizia, a seguito di un errore causato da omonimia, del coinvolgimento dell'attore in indagini relative al reato di sfruttamento della prostituzione. In un altro caso, il *Giornale di Napoli*, nel riportare la notizia di indagini per usura cui era sottoposto un soggetto, gestore di un noto ristorante, intitolò l'articolo "*da Gigino, pizza e usura*": il Trib. Napoli (sent. 16.3.1996) liquidò in favore dell'attore trenta milioni di lire. Ancora, in due articoli pubblicati nell'inserto economico del quotidiano napoletano *Il Mattino*, l'attore viene descritto come un personaggio senza scrupoli del mondo finanziario, del quale diffidare; gli vengono attribuiti legami fraudolenti e trucchi contabili ed altri addebiti specifici, senza viceversa riportare la richiesta di proscioglimento proveniente dal pubblico ministero in una vicenda che l'aveva visto coinvolto: la Corte d'Appello di Napoli (sent. 10.12.1997) quantifica il risarcimento di quaranta milioni di lire. La stessa somma venne riconosciuta dal Tribunale di Venezia (sent. 29.2.2000) ad un erede di Casa Savoia, con riferimento alla notizia (apparsa sul *Gazzettino di Venezia*) dell'uccisione di un turista tedesco da parte dell'attore, priva della menzione della sentenza francese di assoluzione dell'attore stesso. Ebbene, nella fattispecie in esame la quantificazione del danno può accostarsi a valori medi tra quelli sopra elencati, tenuto conto del limitato contesto di diffusione dell'effetto diffamatorio del fatto; del fatto che non è emerso che l'attore fosse un personaggio noto nell'ambiente sociale di riferimento; infine, della circostanza che egli non era del tutto estraneo alla vicenda di cui l'articolo si occupava, essendo anch'egli stato tratto a giudizio (come già visto) per una fattispecie di reato relativa ad un comportamento che s'era rivelato comunque idoneo ad agevolare la commissione del furto. In conclusione, appare congruo liquidare, in favore del XX, la somma di € 10.000,00 (calcolata all'attualità).

6. L'art. 12 L. n. 47/48 recita: "*nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in*

*relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato". La Corte di Cassazione ha affermato, in argomento, che, "in tema di risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, premesso che il danno morale non può che essere liquidato con criteri equitativi, sicché la ragione del ricorso a tali criteri è insita nella natura del danno e nella funzione del risarcimento realizzato mediante la dazione di una somma di denaro, che non è reintegratrice di una diminuzione patrimoniale, ma compensativa di un pregiudizio non economico, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 12 legge n. 47 del 1948, aggiuntiva e non sostitutiva del risarcimento del danno stesso, presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del delitto di diffamazione, sicché non può essere comminata alla società editrice e può essere irrogata nei confronti del direttore responsabile, purché la sua responsabilità sia dichiarata per concorso doloso nel reato di diffamazione e non per omesso controllo colposo della pubblicazione diffamatoria" (Cass., 8.8.2007, n. 17395). Nel 2009 la Corte di Cassazione penale ha, però, statuito che "l'istituto della riparazione pecuniaria previsto dall'art. 12 della L. 8 febbraio 1948, n. 47 è applicabile al direttore del giornale responsabile del delitto di omesso controllo nel caso in cui non sia stato individuato l'autore dell'articolo diffamatorio" (Cass. pen., 13.1.2009, n. 9297). Quest'ultimo arresto sembra maggiormente coerente con la natura civilistica della sanzione in discorso, testimoniata dalla definizione datane nella relazione al disegno di legge e negli atti parlamentari. Una sanzione pecuniaria privata che si aggiunge al risarcimento del danno (prescindendo dall'accertamento dello stesso); non può essere disposta d'ufficio, ma solo su istanza di parte (ciò che cozza contro una sua qualificazione penalistica, come pena accessoria); è complementare al risarcimento del danno (cui può essere condannato non soltanto l'autore della condotta, ma anche il responsabile civile). In tal senso s'è espresso, di recente il Tribunale di Roma, affermando che "la persona offesa diffamata con il mezzo della stampa può richiedere anche al direttore del giornale, ritenuto responsabile del delitto di omesso controllo ex art. 57 c.p., la riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 della legge n. 47 del 1948. Alla riparazione predetta, invero, è tenuto non solo l'autore dello scritto diffamatorio, ma anche chiunque abbia contribuito a cagionare l'evento tipico del reato, sia in concorso, sia per aver omesso di impedire l'evento" (Trib. Roma, 18.2.2013). Nel caso in esame, non v'è dubbio che nel contegno del giornalista sia possibile rintracciare, *incidenter tantum*, gli estremi del reato di diffamazione, valendo, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, proprio quanto dedotto dal convenuto, e cioè che egli si basò sul contenuto della sentenza del Tribunale di Foggia (doc. 3 del fascicolo dell'attore), dalla quale è, però, chiaramente evincibile la mancata contestazione del concorso nel furto a carico del XX. Sulla scorta delle considerazioni sopra illustrate (ridotta diffusione del giornale e non eccessiva gravità dell' "addebito"), appare congruo quantificare la sanzione in € 2.000,00.*

7. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, in applicazione dei parametri di cui al d.m. n. 55/14 (nel cui vigore ha avuto termine l'attività dei difensori).

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) condanna i convenuti, in solido tra loro, a corrispondere all'attore, a titolo di risarcimento del danno, la somma di € 10.000,00 (calcolata all'attualità);
- 2) condanna i convenuti, in solido tra loro, a corrispondere all'attore, ai sensi dell'art. 12 L. n. 47/48, la somma di € 2.000,00;
- 3) condanna i convenuti, in solido tra loro, a rifondere le spese processuali, che si

liquidano in € 366,75 per spese ed € 4.000,00 per compensi professionali, oltre a spese generali, iva e c.p.a. di legge.

Rimini, 9 dicembre 2014.

IL GIUDICE Luigi La Battaglia

Depositato in Cancelleria il 9 dicembre 2014

TRIBUNALE DI RIMINI, sentenza 9 dicembre 2014, n. 1438; Giud. LA BATTAGLIA; XX (Avv. FUZZI) c. CC e RR (Avv. MANCINI).

Responsabilità civile – Diffamazione a mezzo stampa – Diritto di cronaca – Bilanciamento – Requisito della continenza – Non sussiste – Responsabilità dell'autore dell'articolo – Sussiste (Cost., art. 21; Cod. civ., art. 2043)

Responsabilità civile – Diffamazione a mezzo stampa – Responsabilità del direttore del giornale in solido con l'autore dell'articolo – Mancato esercizio dei poteri di controllo – Sussiste (Cost., art. 21; Cod. civ., artt. 2043, 2055; Legge 8 febbraio 1948, n. 47: Disposizioni sulla stampa, art. 3)

Responsabilità civile – Diffamazione a mezzo stampa – Danno non patrimoniale – Liquidazione equitativa – Parametri (Cod. civ., art. 2059)

Responsabilità civile – Diffamazione a mezzo stampa – Riparazione pecuniaria – Fattispecie (Legge 8 febbraio 1948, n. 47: Disposizioni sulla stampa, art. 12)

Risponde di diffamazione a mezzo stampa l'autore di un articolo giornalistico che, pur riferendo notizie in sé esatte, sia però redatto in maniera tale da ingenerare confusione nel lettore perché, dolosamente o colposamente, le notizie essenziali alla correttezza e completezza dell'informazione, pur contenute nel testo, non sono in esso adeguatamente valorizzate, né, al contrario, vi sono inserite in modo da restare 'assorbite' da altri contrastanti e più suggestivi elementi di informazione, e laddove l'accostamento del nome di un soggetto, coinvolto in un procedimento giudiziario, con quello di altri soggetti, coinvolti nel medesimo procedimento ma con imputazioni più gravi, non sia adeguatamente differenziato (nella specie, pur essendo vera la circostanza riportata nell'articolo che l'attore era comparso in un procedimento giudiziario assieme ad altri imputati responsabili di una rapina ai danni di un istituto di credito, l'articolo aveva omesso differenziare la posizione dell'attore, imputato di un reato informatico, da quella degli altri imputati che rispondevano di un reato più grave, ingenerando nel lettore dell'articolo il falso convincimento che l'attore si fosse reso responsabile dei più gravi reati contestati al resto della banda). (1)

La responsabilità del direttore del giornale per i danni conseguenti alla diffamazione a mezzo stampa trova fondamento nella sua posizione di preminenza, che si estrinseca nell'obbligo di controllo e nella facoltà di sostituzione. Tali attività non si esauriscono nell'esercizio di un adeguato controllo preventivo, consistente nella scelta oculata di un giornalista idoneo alla redazione di una determinata inchiesta ma richiede altresì la vigilanza ex post sui contenuti e sulle modalità di esposizione, mediante la verifica

della verità dei fatti o dell'attendibilità delle fonti, al fine di evitare di esporre un terzo ad un ingiustificato discredito, anche con l'assunzione di iniziative volte ad elidere eventuali profili penalmente rilevanti. (2)

Posto che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come nel caso di lesione al diritto alla reputazione, non è in re ipsa, ma costituisce un danno conseguenza, che deve essere allegato e provato da chi ne domandi il risarcimento e fermo restando che la prova di tale danno può essere data con ricorso al notorio e tramite presunzioni, nella liquidazione del danno non patrimoniale da diffamazione possono costituire idonei parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della persona colpita, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale. (3)

La persona offesa diffamata con il mezzo della stampa può richiedere anche al direttore del giornale, ritenuto responsabile del delitto di omesso controllo ex art. 57 c.p., la riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 della legge n. 47 del 1948, posto che alla riparazione predetta, è tenuto non solo l'autore dello scritto diffamatorio, ma anche chiunque abbia contribuito a cagionare l'evento tipico del reato, sia in concorso, sia per aver omesso di impedire l'evento. (4)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. La Corte riporta numerose sentenze delle Corte di Cassazione che ripercorrono i passaggi fondamentali per addivenire alla sua decisione del caso specifico, decisione che si inserisce nel solco scavato dalla giurisprudenza più recente, frutto di un lungo percorso di aggiunte e precisazioni al tema del bilanciamento dei diritti della personalità e del diritto di cronaca, costituzionalmente garantiti. La giurisprudenza di legittimità infatti si è pronunciata innanzitutto con la sentenza Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259 in *Foro it.*, che ha identificato il cosiddetto "decalogo" del giornalista, contenente i principi cui i giornalisti devono attenersi per non incorrere nel reato di diffamazione ex art. 595 c.p. e nella conseguente fattispecie civilistica risarcitoria ex artt. 2043 e 2059 c.c. Vengono a questo proposito ricordate le sentenze della Suprema Corte 20 febbraio 2014, n.4068; Cass. Civ., 3 ottobre 2013, n. 22600; Cass. Civ., Sez. III, 4 settembre 2012, n. 14822; Cass. Civ., Sez. III, 4 ottobre 2011, n. 20285; Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1205; Cass. Civ., Sez. III, 31 marzo 2006, n. 7605; Cass. Civ., Sez. III, 15 dicembre 2004, n. 23366; Cass. Civ., Sez. III, 19 luglio 2004, n. 13346; Cass. Civ., Sez. III, 13 febbraio 2002, n. 2066; Cass. Civ., Sez. III, 21 novembre 2000, n. 15022; Cass. Civ., Sez. III 25 maggio 2000, n. 6877; Cass. Civ., Sez. III 24 gennaio 2000, n. 747; Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 1997 n. 7747; Cass. Civ., Sez. III, 4 luglio 1997, n. 6041; Cass. Civ., Sez. III, 16 settembre 1996, n. 8284; Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 1996 n. 982 (tutte consultabili in *Foro it.*). Riguardo al requisito della verità della notizia riportata, necessario per la non configurazione del reato di diffamazione, il magistrato si riferisce alle sentenze della Corte di Cassazione 7 febbraio 1996 n. 982, *Foro it.* e Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, *Foro it.* Il mancato rilievo dell'imprecisione di fatti non realmente necessari e quindi semplicemente allegati all'informazione riportata dal giornalista è rilevabile nella sentenza n. 16 settembre 1996, n. 8284, *Foro it.*, della Corte Suprema di Cassazione. Il richiamo che il giudice fa al concetto della verità putativa come scriminante è riscontrabile in Cass. Civ., Sez. III, 13 febbraio 2002, *Foro it.*, nozione che è stata precisata da Cass. Civ., Sez. I, 24 settembre 1997 n. 9391, *Foro it.* Con riguardo poi alla continenza espositiva, altro criterio richiamato dalla sentenza

Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259 *Foro it.*, vengono citate le sentenze: Cass. Civ., Sez. I, 28 agosto 1998, n. 8574; Cass. Civ., Sez. III, 25 luglio 2000, n. 9746; Cass. Civ., 5 gennaio 1996, n. 46; Cass. Civ., 28 novembre 2013, n. 26611 e Cass. Civ., Sez. III, 7 ottobre 2011 n. 20608, *Foro it.*, nonché la sentenza di Cassazione penale, 8 giugno 1992, n. 8848, in leggiditalia.it *banca dati*. L'attenersi al requisito di verità risulta ancora più importante quando siamo in presenza di un procedimento giudiziario, come ricordato da Cass. Civ., 21 febbraio 2011, n. 4197; Cass. Civ., Sez. III, 20 luglio 2010, n. 16917; Cass. [Ord.], 2 ottobre 2009, n. 21190 e Cass. Civ., Sez. III, 31 marzo 2007, n. 8065, *Foro it.* Questo principio risulta attenuato qualora la non corrispondenza tra i fatti accaduti e quelli esposti non ledano effettivamente il soggetto attore (Cass. Civ., Sez. III, 19 novembre 2010, n. 23468, *Foro it.*). Il giornalista, come sancito da Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3340 *Foro it.*, incorre in diffamazione anche quando riporti la notizia fallace di un soggetto per il quale è prevista una pena editale inferiore a quella relativa all'effettivo reato per cui è stato imputato. Ciò a conferma del fatto che il fine ultimo di questa disposizione è volto a circoscrivere i danni che subirebbe il soggetto reo a causa dei tecnicismi della materia, che potrebbero risultare oscuri al lettore dell'articolo. Anche nella giurisprudenza di merito troviamo precedenti in termini. Sempre per seguire il ragionamento operato dal giudice per addivenire alla sua decisione di risarcire l'attore leso dal reato di diffamazione, sono richiamate le sentenze App. Napoli, 10 febbraio 1998 *ined.*; Trib. Roma, 12 luglio 1999 *ined.*; Trib. Torino, 21 aprile 1998 *ined.*; Trib. Roma 18 giugno 1997 *ined.*; 19 aprile 1997 *ined.*; 8 luglio 1996, *ined.*, e 28 settembre 1993, *ined.*, con riguardo ai principi che devono ispirare l'operato dei giornalisti, cosicché questi non incorrano nel reato di diffamazione. Il requisito dell'utilità sociale è ricordato in Trib. Lecce, 22 settembre 1993, *ined.*; App. Roma, 16 gennaio 1991, *ined.*, e Trib. Roma, 8 settembre 1993, *ined.* Per quanto riguarda il criterio della verità, a questo proposito è citata la sentenza Trib. Roma, 2 novembre 1994, *ined.*; in connessione invece al principio della continenza espositiva sono richiamate le sentenze Trib. Milano, 13 aprile 2000, *ined.*; Trib. Roma, 30 gennaio 1997, *ined.*; Trib. Torino, 18 maggio 1996, *ined.*, e Trib. Milano 7 novembre 1996, *ined.*

In generale questa sentenza si inserisce in un quadro dottrinale piuttosto omogeneo. Per quanto riguarda il riferimento al cosiddetto "decalogo" del giornalista si vedano CARBONE PAOLO L., *Responsabilità civile da diffamazione in Danno e Resp.*, 2002, 2, 207; LUCA BALLERINI, *Diffamazione a mezzo stampa e diritto di cronaca fra verità putativa e falsità sostanziale della notizia*, in *Resp. civ.*, 2011, 6, 442 e NOTARO DOMENICO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2001, 8, 1007. In tema di bilanciamento tra i diritti della personalità e diritto di cronaca sono rilevabili diverse note a sentenza, fra cui MARIA LUISA TAMPONI, *Nota in tema di diffamazione a mezzo stampa*, nota alla sentenza Cass. Pen. Sez. I, 16 novembre 2005, n. 44395, in *Giur. It.*, 2006, 11; SARA MANTOVANI, *Nota in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Giur. It.*, 2005, 12 e ROBERTO GUARINO e PAOLA PETTI, *Nota sul principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Giur. It.*, 1998, 12. In particolare sul principio di verità ricordiamo in questa sede CARBONE PAOLO L., *Diffamazione a mezzo stampa*, in *Danno e Resp.*, 2004, 4, 443, mentre per la continenza da vedere la nota a sentenza di VINCENZO CARBONE e IVANA NASTI, *Nota in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Corriere Giur.*, 2003, 10, 1274. Cenni più specifici al giornalismo d'inchiesta si trovano in BATÀ ANTONELLA, SPIRITO ANGELO, *Diffamazione a mezzo stampa*, in *Danno e Resp.*, 2010, 11, 1075.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Con riguardo alla co-responsabilità da parte del direttore del giornale per omesso controllo ex ante ed ex post, il giudice riporta la sentenza della Suprema Corte 12 maggio 2014 n.10252 *Foro it.* È qui possibile anche richiamare le sentenze Cass. civ. Sez. III, 14-10-2008, n. 25157 e Cass. civ. Sez. III, Sent., 14-11-2013, n. 25627, in *leggiditalia.it banca dati*. Anche nella giurisprudenza di merito sono ravvisabili precedenti, si guardino ad esempio le sentenze Trib. Bari Sez. I, Sent., 28-01-2013; Trib. Genova, Sent., 19-11-2014; Trib. Firenze Sez. I, Sent., 03-10-2014 e Trib. Firenze Sez. II, Sent., 04-08-2014 (tutte consultabili su *leggiditalia.it banca dati*). Da un punto di vista dottrinale, la dottrina risulta concorde nel prevedere co-responsabilità del direttore del giornale in caso di omesso controllo ex ante o ex post sugli elaborati dei giornalisti. In particolare sono da richiamare LEO GUGLIELMO, *Querela per diffamazione a mezzo stampa e procedibilità dell'azione contro il direttore responsabile*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2002, 6, 726; PANETTI FRANCESCO, *L'azione civile contro le discriminazioni collettive: l'elemento soggettivo e il risarcimento del danno*, in *Danno e Resp.*, 2010, 12, 1167 e la nota a sentenza GIUSEPPE DEBERNARDI, *Sulla diffamazione commessa pubblicando la foto di un accattone* in *Giur. It.* 2012, 11.

(3) In giurisprudenza constano precedenti in termini. In riferimento al danno non patrimoniale come danno liquidabile in via equitativa mediante indici presuntivi di danno sono richiamate le sentenze di S. Martino, così come le sentenze di Cass. Civ., 24 settembre 2013, n. 21865; Cass. Civ., 28 settembre 2012, n. 16543; Cass. Civ., 25 agosto 2014, n. 18174, in *Foro it.* Al momento di ricercare precedenti giurisprudenziali che lo orientassero per una quantificazione precisa del risarcimento del danno da corrispondere all'attore, il magistrato ha evocato le sentenze della giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 6 aprile 1988, *ined.*; App. Roma, 12 dicembre 1988, *ined.*; Trib. Roma, 16 luglio 1991, *ined.*; 18 luglio 1991, *ined.*; Trib. Napoli, 16 marzo 1996, *ined.*; App. Napoli 10 dicembre 1997, *ined.*; Trib. Venezia, 29 febbraio 2000, *ined.*

In dottrina, con specifico riferimento alla liquidazione in via equitativa del danno da reato di diffamazione si veda MAURO GRONDONA, *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2010, 12 (l'autore rileva in particolare i criteri della diffusione delle notizie, della gravità dell'ingiusta accusa e del dolo del giornalista su cui il giudice baserà la sua decisione in tema di quantificazione del danno). Per quanto attiene all'incertezza e alla indefinità del danno, così come al concetto di equità come principio che completa la norma giuridica, si richiama GIUSEPPE GRISI, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, in *Contratto e Impr.*, 2014, 6, 1171. Una precisazione in tema di possibile sindacato in sede di legittimità dell'esercizio del potere discrezionale accordato al giudice di merito viene fatta affiorare da VINCENZO CARBONE, *Controllo del giudice di legittimità sulla liquidazione equitativa del danno*, in *Corriere Giur.*, 2004, 6, 720: la sentenza Cass. Civ., Sez. III, 30 marzo 2004, n. 6285, in *Foro it.*, ribadisce il principio secondo il quale ben potrà la Suprema Corte sindacare sul potere discrezionale del giudice nel corrispondere un risarcimento in via equitativa, qualora il giudice non motivi in maniera adeguata la sua decisione rendendo edotte le parti del percorso logico seguito.

(4) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Anche in questa sezione, il giudice richiama le principali sentenze che l'hanno condotto alla decisione in merito alla condanna dei convenuti al pagamento di una somma di 2.000,00 € a titolo di riparazione pecuniaria da corrispondere all'attore. Nella giurisprudenza di legittimità, la sentenza

Cass. Civ., 8 agosto 2007, n. 17395, *Foro it.*, stabilisce che possa essere condannato a pagare la sanzione pecuniaria il direttore responsabile "purché la sua responsabilità sia dichiarata per concorso doloso nel reato di diffamazione e non per omesso controllo della pubblicazione diffamatoria". Questo principio viene meno con la sentenza Cass. Pen., 13 gennaio 2009, n. 9297, *Foro it.*, che ritiene l'istituto applicabile al direttore responsabile qualora l'effettivo giornalista, reo di aver scritto l'articolo, risulti ignoto. La giurisprudenza di merito, in particolare il Trib. Roma, 18 febbraio 2013, *ined.*, risolve la questione ponendo l'accento sul fatto che rileva la responsabilità del direttore del giornale, qualora colpevole di omesso controllo, perché è comunque soggetto che ha contribuito alla causazione del danno. Da evidenziare l'orientamento di alcuni giudici di merito, orientamento che contrasta con quello della giurisprudenza maggioritaria. Secondo questi magistrati, infatti, la condanna ex art. 12, L. 47/48, andrebbe attribuita solo all'autore del reato, escludendo quindi la possibilità per il direttore del giornale di essere tenuto a rispondere a titolo di riparazione pecuniaria. (Trib. Milano Sez. I, 17 febbraio 2012, *ined.*; Trib. Milano Sez. I, 17 settembre 2009, *ined.*)

In dottrina si veda ancora MAURO GRONDONA, *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2010, 12, che pone l'accento sulla fattispecie dolo nella diffusione di notizie false. Del tema dell'art. 12, L. 47/48 si sono anche occupati FRANCESCO VERRI – VINCENZO CARDONE in *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno: online, blog e social forum*, Giuffrè 2013, 450 e ss. (qui è anche stato posto in luce l'orientamento contrario della giurisprudenza di merito per quanto riguarda la responsabilità del direttore del giornale).

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza del Tribunale ordinario di Rimini, 9 dicembre 2014, n. 1438, in merito al risarcimento del danno da corrispondere al soggetto leso nell'onore e nella reputazione per diffamazione, si inserisce in un solco ben delineato, scavato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel corso degli ultimi trent'anni. Dagli apporti giurisprudenziali e dottrinali rinvenuti sull'argomento la sentenza in questione pare da considerarsi come un'importante occasione per ribadire i principi attorno ai quali si è venuto a costruire il sistema del risarcimento per diffamazione così come lo conosciamo oggi.

I temi centrali della sentenza, pronunciata in favore dell'attore, che lamentava il danno morale provocatogli da un articolo apparso nel 2010 sul giornale *il Resto del Carlino*, riguardano appunto innanzitutto l'an della responsabilità del convenuto, nonché la quantificazione del danno, da effettuarsi discrezionalmente da parte del giudice mediante il ricorso a parametri evidenziati da numerose sentenze della Suprema Corte. Nel caso di specie, l'attore, impiegato presso un istituto di vigilanza, era imputato del reato di clonazione di un badge identificativo¹ che dava la possibilità di accedere ad un istituto di vigilanza dove poi era stato effettuato un furto. Dal reato di furto l'attore era stato conseguentemente proscioltto. Davanti alla Corte si doleva l'impiegato dell'operato

1 Art. 615 quater Cod. Pen., Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici. "Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa sino a euro 5.164. La pena è della reclusione da uno a due anni e della multa da euro 5.164 a euro 10.329 se ricorre taluna delle circostanze di cui ai numeri 1) e 2) del quarto comma dell'articolo 617-quater."

del giornalista, in quanto costui aveva scritto l'articolo incriminato non ponendo accento sulle differenze tra l'attore e i correi imputati anche per furto, accostamento che era secondo l'attore da attribuire soprattutto al termine "banda" utilizzato nel quotidiano, espressione che andava a creare una situazione di generalizzazione tale da ledere il suo onore e la sua reputazione.

Infine, altro tema trattato dal giudice riguarda la possibilità di corrispondere all'attore una somma a titolo di riparazione pecuniaria², prevista dalla cosiddetta "Legge sulla stampa", che va ad affiancarsi alla somma corrisposta per il risarcimento del danno, e per la liquidazione della quale il giudice dovrà riferirsi ai criteri della "gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato".

Tenendo presenti questi temi sarà anche necessario puntualizzare come e quando la giurisprudenza, e con essa il magistrato, abbia ritenuto possibile ravvisare la corresponsabilità del direttore del giornale.

L'analisi critica qui di seguito si suddividerà proprio in tre paragrafi, ognuno teso ad esplicitare un tema focale individuato nella sentenza.

2. Il danno da diffamazione a mezzo stampa

Il nostro ordinamento giuridico si struttura secondo i dettami della fonte del diritto più alta nel nostro sistema, cioè la Carta Costituzionale. I principi che sono previsti nella Costituzione sono infatti assoluti, e fanno capo ad ogni cittadino. Rientrano fra questi diritti sia quelli espressamente ricordati dalla Carta, come ad esempio il diritto alla libera manifestazione del pensiero, ex art. 21³, cui è assimilabile anche il diritto di informazione dei giornalisti, pure denominato diritto di cronaca, ma anche i cosiddetti "nuovi diritti", cioè diritti non ancorati in maniera ferrea ad una disposizione della Costituzione, che però hanno comunque una valenza piena e riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Parliamo quindi di quei principi, come ad esempio il diritto all'onore e il diritto a non vedere lesa la propria reputazione, che vengono fatti rientrare fra i "diritti inviolabili" che la Carta pone in rilievo all'art. 24⁴. I principi di cui ci stiamo occupando sono astrattamente assoluti e mai incompatibili⁵, ma risulta subito chiaro che nella pratica ben potranno venire a scontrarsi. Nel nostro caso, infatti, l'attore lamenta una lesione del suo diritto inviolabile all'onore e alla reputazione nei confronti di un giornalista, che afferma però di aver agito nel contesto del suo diritto di cronaca,

2 Ex art. 12, Legge 8 febbraio 1948, n. 47: "Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato."

3 L'art. 21 della Costituzione recita: "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'Autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'Autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo di ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni."

4 Costituzione, art. 2: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

5 ROBERTO BIN – GIOVANNI PITRUZZELLA in *Diritto Costituzionale*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2011

protetto perciò dal principio della libera manifestazione del pensiero, riconosciuto costituzionalmente. In questi non rari casi di contrasto sarà compito della Corte operare un bilanciamento, si troverà quindi a soppesare i diritti e ponderarli, di modo da capire quale prevalga nel caso concreto.

La giurisprudenza si è spesso occupata di dettare parametri entro i quali i soggetti potessero muoversi, così da essere in grado di conoscere ex ante quale comportamento fosse ritenuto legittimo costituzionalmente. Nel nostro caso specifico, la Corte di Cassazione nel 1984⁶ ha precisato il cosiddetto "decalogo del giornalista", cioè si è occupata di delineare quelli che sono i principi cui si deve attenere il giornalista per non incorrere nel reato di diffamazione⁷, divulgando notizie ed informazioni lesive dell'onore di un soggetto. Al reato si potrà accompagnare anche la fattispecie civilistica risarcitoria ex art. 2043 e 2059 Cod. Civ.

I principi richiamati a questo proposito sono tre: l'utilità sociale, la verità e la continenza espositiva.

Per quanto concerne il requisito dell'utilità sociale, si intende in questo senso l'interesse che i cittadini possano ottenere dal conoscere determinate notizie ed informazioni lesive dell'altrui onore, interesse che viene in rilievo quando i soggetti di cui si tratti spicchino per caratura sociale o politica, e il comportamento dei quali ben deve essere conosciuto dai cittadini nel formarsi una precisa opinione circa l'operato del suddetto soggetto. Viene anche in rilievo quando la notizia acquisti un peso particolare per via del fatto che si è verificato e dell'evidente interesse collettivo⁸. Non scrimina il giornalista un attacco meramente offensivo nei confronti di un soggetto: nella sentenza del 1984 si è sottolineato come ad ogni essere umano deve essere riconosciuto un livello almeno minimo di dignità, senza che rilevinò a questo proposito le azioni che ha compiuto.

Nel caso di specie la Corte ha rilevato il parametro dell'utilità sociale per via dell'ingente somma che era stata prelevata dall'istituto di vigilanza, nonché per la modalità del furto, avvenuto grazie all'abusiva riproduzione del codice d'accesso.

Più problematici da valutare risultano i requisiti della verità e della continenza espositiva.

Per quanto attiene al principio della verità, infatti, si intende in questo contesto la "corrispondenza tra i fatti accaduti e i fatti narrati"^{9 10}. La giurisprudenza successiva al 1984 ha lavorato su questo parametro finendo per riconoscere qualità di scriminante anche alla verità cosiddetta putativa: non sarà colpevole di diffamazione il giornalista che pubblichi una notizia dopo che un'adeguata ricerca ed un accurato controllo lo hanno convinto della veridicità di questa, nonostante un esame successivo ne rilevi la

6 Cass. Civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in leggiditalia.it banca dati

7 Art. 595 Cod. Pen.: "Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1032. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a euro 2065. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore ad euro 516. Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate."

8 Tra le ultime sentenze di legittimità che richiamano il parametro dell'utilità sociale per valutare la presenza o meno della diffamazione a mezzo stampa ricordiamo Cass. Civ., Sez. III, 20 gennaio 2015, n. 839 in *Foro it.* e la sentenza Cass. Civ., Sez. III, 19 settembre 2014, n. 19746 in *Foro it.*

9 Definizione data dal giudice La Battaglia rinvenibile nella sentenza in esame.

10 Già nel primo secolo a.C. il drammaturgo romano Publilio Siro sosteneva: "La maldicenza senza fondamento è una menzogna odiosa".

falsità¹¹. Altro importante passaggio: non sarà scriminato il giornalista che riporti nel suo articolo fatti veri solo se valutati separatamente, ossia fatti che per essere letti in maniera corretta abbisognano di un contesto. In mancanza di questo, il principio di verità si trova a vacillare ed è ravvisabile la responsabilità per diffamazione.¹²

Nel caso concreto, il fatto che il giornalista non abbia operato un controllo adeguatamente approfondito per quanto riguarda il provvedimento giudiziario che proscioglieva l'attore dal reato di furto, ha condotto inevitabilmente a ingenerare nel lettore l'idea che l'impiegato fosse effettivamente in processo anche per rispondere del reato di furto e non solo del reato di clonazione del badge utilizzato per accedere ai locali dell'istituto di vigilanza dove era avvenuto il colpo.

Il requisito della continenza espositiva¹³ allude invece alla modalità con cui la notizia viene, appunto, esposta, presentata, e riguarda i requisiti minimi di forma, infatti viene anche chiamata forma "civile" di esposizione dei fatti e delle opinioni. La continenza espositiva attiene all'interezza dell'articolo incriminato. Innanzitutto ci si riferisce all'uso di un registro linguistico appropriato, adeguato, non eccessivo, che non cerchi subdolamente di instillare nei lettori giudizi negativi sulla persona in oggetto. Il giudice dovrà quindi valutare la proporzione, la misura della notizia, ma questo principio è naturalmente da bilanciare con il diritto di cronaca, che prevede la possibilità di utilizzare toni forti nell'esercizio del diritto di informazione, toni che risultano precisamente connaturati al metodo di scrittura del giornalismo.

Oltre al registro stilistico sarà da tenere in considerazione anche il posizionamento vero e proprio della notizia nel giornale, per andare a valutare qual è lo spazio che le è stato riservato, e rilevare la eventuale presenza di fotografie od immagini che corredano le informazioni: non sarà scriminato il giornalista che avvicini ad una notizia lesiva della reputazione la fotografia di un soggetto che non è minimamente implicato nell'accaduto. Nel nostro caso di specie l'attore punta l'accento sull'utilizzo da parte del giornalista del termine "banda", termine non solo dispregiativo, ma effettivamente generalizzante, in quanto dopo averlo usato il convenuto non sottolinea l'estraneità al furto dell'impiegato, facendo nascere nel lettore l'idea che il comportamento e le azioni dell'attore non fossero in alcun modo differenti da quelle dei correi. L'attore sostiene anche che il titolo dell'articolo sia altrettanto diffamatorio: "Colpo da 5 milioni al caveau, un tecnico nei guai", sostenendo innanzitutto che il proscioglimento dal reato di furto è incompatibile con il vocabolo "colpo", e conseguentemente anche che il riferimento al "tecnico nei guai" fosse facilmente attribuibile all'impiegato in questione.

Anche in questo caso concordo con il ragionamento che la Corte ha condotto per giungere alla sua conclusione. Mentre per quanto attiene al termine "banda" è effettivamente riscontrabile la gravità dell'utilizzo di un termine collettivo per accomunare le situazioni di più soggetti, situazioni che invece si sarebbero dovute differenziare¹⁴, il titolo dell'articolo incriminato non pone eccessive problematiche.

11 Fra le ultime sentenze che richiamano il concetto di verità putativa, si veda Cass. Civ. Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 1436, in leggiditalia.it: "(omissis) verità oggettiva, o anche solo putativa, purchè frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca (omissis)"

12 Si veda la nota di CASABURI GEREMIA, CASTELLI LUCIANO, CHINÉ GIUSEPPE, CRISCUOLO MAURO, GANDOLFI LUCA, MAGNI FRANCESCO A., SCARANTINO EMILIANO, TOMARCHIO VALENTINA, *Liguria – Diffamazione*, alla sentenza del Tribunale di Genova, 12 marzo 2012, in *Corriere Merito*, 2012, 10, 871.

13 Si rivolga l'attenzione ad esempio a FRATA LAURA, *Critica e satira: la diffamazione tra giurisprudenza e legislatore* in *Danno e Resp.*, 2013, 6, 623.

14 A poco rileva la difesa eccepita dal giornalista, che sostiene che il termine "banda" sia da leggere con accezione atecnica e "priva di qualsiasi attitudine diffamatoria" (così si legge nella comparsa di risposta depositata dal convenuto). D'altra parte, per dare fondamento alla scarsa importanza di questa difesa basta forse riferirsi alla ratio che sottende alla protezione dei cittadini dalla diffamazione a mezzo stampa: con

Come rileva il giudice, il trafiletto non riguardava soltanto l'attore, ma anche i soggetti imputati del furto, quindi appare giustificabile la scelta di tale espressione stilistica. Inoltre, appunta il giudice, il riferimento al "tecnico" non è di subitanea riferibilità all'attore, in quanto anche un altro dei soggetti colpevoli ricopriva questa qualifica. Comunque sia, conclude il magistrato, non è da dimenticare che l'impiegato è effettivamente finito nei "guai" a causa proprio del colpo, perciò non è su questo riferimento al titolo che si andranno a basare le conclusioni della Corte.

Come ultimo rilievo prima di dedicarsi alla motivazione delle sue decisioni il giudice sottolinea un elemento attinente alla continenza (in questo caso mancata): il trafiletto inizia con l'espressione "**IL FURTO**" in maiuscolo e neretto e poi prosegue nelle forme tradizionali degli articoli di cronaca, senza però, viene ribadito ancora una volta, differenziare tra i comportamenti dei soggetti che vengono nominati nell'articolo, accomunando quindi l'attore agli altri correi, colpevoli anche di furto.

Il giudice conclude qui l'illustrazione del percorso logico che lo ha portato ad affermare nel caso in questione l'esistenza del danno da diffamazione, che andrà poi a liquidare.

Per quanto riguarda il tema della co-responsabilità del direttore del giornale¹⁵, il giudice richiama il principio secondo il quale la preminenza della posizione di direttore lo costringe ad un controllo ex ante (ma anche ex post, in quanto è suo compito, qualora riscontri l'essenza diffamatoria di un'informazione, sostituirsi al giornalista)¹⁶, divenendo quindi solidalmente responsabile con il giornalista nell'ipotesi in cui il controllo non sia avvenuto o si sia rivelato insufficiente.¹⁷

3. La quantificazione del danno: la liquidazione equitativa

Quando parliamo di danno non risulta immediata l'interpretazione del concetto, proprio perché manca una definizione normativa che ci aiuti in questo compito. Se in epoca risalente in Italia era accolta la concezione di risarcimento del danno subito come reazione alla lesione di un bene della vita, con l'avvento della *Differenztheorie* di Mommsen protagonista in tema di danno diventa il patrimonio: si va quindi a valutare la capienza di un patrimonio prima e dopo il danno, ponendo l'accento sul fattore tempo. Il nostro Codice civile ha tratto notevole ispirazione dal diritto di matrice tedesca, e ben si può affermare che le norme del Codice celebrino l'idea del patrimonio. Accanto a questa nozione troviamo l'art. 2059 del Codice civile, rubricato "Danni non patrimoniali", che

queste misure si vuole cercare di difendere i cittadini dal patimento e dal disagio cui andrebbero incontro qualora la collettività leggesse determinate notizie attinenti alla loro persona. Il fine cui bisogna guardare è cosa i soggetti leggono, e soprattutto come interpretano le informazioni che trovano. E nel far ciò sarà bene riferirsi al cosiddetto uomo della strada, l'uomo comune, che non ha un'adeguata preparazione giuridica o giornalistica per comprendere che si sta confrontando con un articolo diffamatorio. Con lo stesso spirito è da leggere la sentenza Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3340, *Foro it.*, che risolve in modo negativo il problema della scriminante quando il giornalista, confondendosi, riporta la notizia di un soggetto punito con una pena edittale minore a quella effettivamente relativa al reato per il quale è stato imputato. Nello specifico, "occorre[ndo] che l'attribuzione sia percepita come meno grave dal comune lettore, che non conosce nemmeno che cosa s'intende per pena edittale e non necessariamente percepisce il disvalore di un fatto di reato piuttosto che di un altro sulla base della pena con cui è punito."

15 In tema di responsabilità penale si rimanda all'art. 57 Cod. Pen., Reati commessi col mezzo della stampa periodica: "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo."

16 DEBORAH BIANCHI, *DDL Diffamazione e danno da mass media alla luce della giurisprudenza UE nell'editoria cartacea e on line*, 20 novembre 2013, in rete: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/responsabilita/primiPiani/2013/11/>

17 Il magistrato richiama espressamente la sentenza Cass. Civ., 12 maggio 2014, n. 10252, *Foro it.*

in principio si riteneva rimandasse all'art. 185 del Codice penale: il danno non patrimoniale, quindi, risultava di rilievo solo quando derivante da un fatto che integrava un reato.

È solo con l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza che si è giunti a scindere la concezione di danno non patrimoniale dalla concezione di reato, in quanto si è ritenuto che anche, o soprattutto, quei principi inviolabili richiamati dalla nostra Carta Costituzionale andassero rispettati e tutelati, e in caso di violazione, venissero risarciti, alla luce del più generale principio del *neminem laedere*.

Quando il danno non patrimoniale si estrinseca nel danno biologico, cioè lesione del bene salute, è oggi possibile utilizzare il sistema tabellare, che altro non è che una convenzione elaborata dal Tribunale di Milano per la liquidazione del danno mediante criteri uniformi ed oggettivi, che rendono possibile una certa omogeneità nelle decisioni dei giudici che si trovano davanti all'arduo compito di dover risarcire i danneggiati.¹⁸

I problemi sorgono quando vengono in gioco i danni morali, quindi danni non patrimoniali non definibili come biologici. Parliamo appunto di quei pregiudizi relativi ai diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti costituzionalmente: la liquidazione del danno, non potendosi fondare su criteri ferrei decisi dal legislatore, non potrà che concedersi in via equitativa, cioè basandosi sull'*aequitas* del giudice¹⁹. Non si tratta naturalmente di appellarsi al libero arbitrio delle Corti, perché ci si rivolge al prudente apprezzamento ed alla accorta discrezionalità del magistrato²⁰.

Innanzitutto, per quanto attiene alla lesione del diritto alla reputazione che si ritiene sussistente, necessaria sarà la prova del danno subito da parte del danneggiato, ex art. 2697 Cod. Civ.²¹, tenendo però presente che la prova del danno non deve necessariamente sussistere qualora risultino evidenti altri parametri, o indici presuntivi di danno, che la sentenza Cass. Civ., 25 agosto 2014, n. 18174, in *Foro it*, individua in questo modo: “(omissis) come idonei parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della persona colpita, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale”.²²

18 Per quanto attiene alla giurisprudenza contraria all'utilizzo delle Tabelle, da ricordare è l'impostazione del giudice SCARANO, che rivendica la possibilità per il magistrato di agire in via equitativa nella quantificazione del danno nella sentenza Cass. Civ., Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in [leggiditalia.it banca dati](http://leggiditalia.it/banca dati)

19 Si veda a questo proposito la nota a sentenza CASABURI GEREMIA, CASTELLI LUCIANO, CHINÉ GIUSEPPE, CRISCUOLO MAURO, GANDOLFI LUCA, MAGNI FRANCESCO A., SCARANTINO EMILIANO, TOMARCHIO VALENTINA, *Campania – Risarcimento del danno*, Trib. Nola, 12 gennaio 2012, in *Corriere Merito*, 2012, 8-9, 768.

20 Da sottolineare il fatto che l'incertezza, che caratterizza l'effettiva quantificazione del risarcimento spettante all'attore, si debba estrinsecare soltanto sul quantum e non sull'an del risarcimento. A tal proposito si veda anche MEINERI PIETRO, “*Pigiami e Camici*”: *an e quantum del danno da diffamazione*, in *Danno e Resp.*, 2014, 3, 247.

21 Sempre per quanto riguarda la prova del danno da parte del danneggiato, prova che può darsi anche mediante presunzioni semplici, si veda Cass. Civ., Sez. III, 24 febbraio 2015, n. 3592 e Cass. Civ., Sez. III, 5 dicembre 2014, n. 25739, *Foro it*. In quest'ultima sentenza si esprime anche in modo chiaro il principio secondo il quale qualora la liquidazione equitativa sia motivata in maniera precisa e piena dal giudice della Corte d'Appello nella sentenza che si è portata dinanzi alla Corte di legittimità, la Corte di Cassazione non potrà ingerirsi nell'ambito dell'*aequitas*, cioè nell'ambito di discrezionalità entro il quale il giudice del grado precedente ha operato.

22 Si vedano anche PAOLO CENDON (a cura di), *Il quantum nel danno esistenziale – Giurisprudenza e tabelle*, pagg. 439 e ss e la sentenza Trib. Bari, 14 ottobre 2014, *ined*, in cui per quanto attiene alla gravità del danno emerge il fatto che l'intera famiglia del soggetto in questione fosse stata travolta dalle notizie diffamatorie contenute nell'articolo. Non solo, trova anche spazio, come requisito per valutare la portata del danno, il clamore che le informazioni avevano riscontrato nella cerchia di persone vicine al soggetto attore.

Prima di dedicarsi all'applicazione del principio di liquidazione equitativa al caso concreto, il giudice opera una distinzione, a mio avviso chiara e pertinente, fra i criteri che, da fonti giurisprudenziali e dottrinali, sono stati indicati come requisiti che orientino il giudice per la quantificazione del risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa²³.

La *summa divisio* prevede da una parte criteri oggettivi e dall'altra criteri soggettivi.

Fra i criteri oggettivi rientrano i requisiti che attengono alla diffusione dell'articolo, avendo cura di valutare se si tratti di un giornale che ha tiratura solamente locale o addirittura nazionale, nonché di calcolare la quantità di copie del quotidiano vendute e di valutare l'importanza effettiva che è riconosciuta a quella particolare testata giornalistica. Da ultimo sarà necessario riferirsi nuovamente ai criteri, che sono già stati citati, concernenti la continenza espositiva: si guarderà ad esempio non solo al registro linguistico adoperato, ma anche al posizionamento vero e proprio della notizia, al numero della pagina in cui sia stata inserita, alla presenza di foto, allo spazio attribuito alle informazioni giudicate diffamatorie.²⁴

Tra i criteri soggettivi invece rientra la posizione sociale della persona danneggiata: ci si chiede quali siano le peculiarità del soggetto che avrebbero condotto ad un maggiore o minor danno, quindi si valuta il mestiere esercitato, il fatto che il danneggiato ricopra o meno cariche pubbliche, e via dicendo.²⁵

Con riferimento al caso concreto, il giudice lamenta la mancanza di qualsivoglia indicazione da parte dell'attore di concreti pregiudizi, dovuti alla pubblicazione delle notizie diffamatorie, alla sua persona. È appena accennato invero, secondo la Corte, il fatto che l'attore abbia sofferto una lesione alla sua reputazione e alla sua dignità personale. Questo copre il criterio soggettivo che viene utilizzato per quantificare il danno da liquidare.

Anche dal punto di vista del criterio oggettivo, comunque, il danno reale appare non ingente: il quotidiano ha una tiratura limitata, solo un numero esiguo di persone quindi ha avuto conoscenza delle informazioni diffamatorie nei riguardi dell'attore.

Detto questo, il giudice scrive che liquiderà il danno in ragione del “patimento interiore, il disagio, il disappunto provato nel leggere una notizia idonea a porl[o] in cattiva luce nella comunità sociale di riferimento” e procede all'analisi di sentenze di merito precedenti per comparare le situazioni tra i danneggiati e calcolare nel caso specifico a quanto ammonta il danno che dovrà risarcire all'impiegato, che misurerà in € 10.000,00. C'è da chiedersi, avuto riguardo alle sentenze che il magistrato richiama, e avuto riguardo alla sua motivazione in generale, se la somma prospettata sia effettivamente corretta, o non sia invece troppo cospicua, e se la sua pronuncia, che denota naturalmente un alto grado di discrezionalità,²⁶ avendo dovuto il giudice liquidare il danno in via equitativa, non possa essere attaccata ed impugnata.

23 È bene ricordare che la quantificazione equitativa del danno è un procedimento particolarmente delicato, e per questo motivo il costante evolversi di giurisprudenza e dottrina ha portato, e sta ancora portando, alla formazione di principi e requisiti uniformi, che possano aiutare le Corti nel loro compito. A questo proposito si veda anche GASPARRO TOMMASO E SERANI ELISA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona per lesione di diritti diversi dalla salute*, in *Danno e Resp.*, 2013, 12, 1169.

24 Ripetizione doverosa: ho richiamato il criterio della continenza espositiva, ma bisogna ricordare che quando il giudice arriva a questo punto -al dover valutare diffusione dello scritto, rilevanza dell'offesa e posizione sociale della persona colpita- ha già statuito sul fatto che la diffamazione si è realizzata. La questione verte soltanto sul quantum del risarcimento, non più sull'an di quest'ultimo.

25 Si ricorda anche qui la sentenza Trib. Bari, 14 ottobre 2014, *ined.*

26 Teniamo comunque sempre presente che la prudente ed accorta discrezionalità che sorge in capo al giudice si differenzia dal mero libero arbitrio.

Se rammentiamo i casi cui la Corte si riferisce per trovare un fondamento su cui basare la quantificazione del caso in esame, si tratta di sentenze -che naturalmente hanno ad oggetto ipotesi di diffamazione a mezzo stampa- che sono andate a trattare casi più clamorosi di quello esaminato in questa sede. Ad esempio, il Tribunale di Venezia, con sentenza 29 febbraio 2000, andava a statuire il danno da diffamazione sofferto da un erede di Casa Savoia che vedeva riportata nell'articolo la notizia di un omicidio, senza che il lettore fosse anche reso edotto della presenza di una sentenza straniera che lo dichiarava innocente. Essendo la notizia apparsa sul *Gazzettino di Venezia*, la diffusione dell'articolo è da considerarsi piuttosto elevata, poiché questo quotidiano viene letto non solo in Veneto, ma anche in zone del Trentino e del Friuli. Tenuta quindi presente la tiratura del giornale, essendo il danneggiato persona molto nota e vista l'alta gravità del fatto riportato nell'articolo, appare congruo il risarcimento previsto di quaranta milioni di lire. Sempre di quaranta milioni di lire è il risarcimento operato a favore di un soggetto, che lavorava nel mondo della finanza, che si è visto gravemente danneggiato da una rappresentazione sprezzante e violenta inserita in un articolo del quotidiano napoletano *il Mattino*. La descrizione del soggetto in questione, come un uomo amorale dal quale era bene tenersi a distanza, non era stata poi accompagnata dalla menzione del fatto che il Pubblico Ministero ne avesse chiesto il proscioglimento da un'accusa cui era incorso. Essendo riportate le somme che sono state corrisposte agli attori in questi contesti, si può facilmente apprezzare come la liquidazione del giudice La Battaglia sia notevolmente inferiore. Questa decisione del magistrato è motivata dai seguenti fatti: comparando il caso in questione con quelli riportati, l'attore non aveva una caratura sociale tale che la divulgazione di notizie diffamatorie potesse sconvolgere la sua vita in maniera totale. Non soltanto, ma anche la diffusione della notizia appare molto più ristretta nel caso specifico rispetto agli altri casi prospettati. A questo si aggiunga il fatto che l'impiegato non abbia motivato in maniera precisa e puntigliosa il grave pregiudizio che effettivamente l'aveva leso.

Per tutte queste ragioni la liquidazione effettuata dalla Corte appare congrua, e la motivazione data nella sentenza in questione ampia ed articolata, e che non possa quindi essere oggetto di riforma in sede di impugnazione: è da rammentare infatti il principio secondo il quale il giudice dell'impugnazione non possa ingerirsi nell'ambito di discrezionalità del giudice del grado inferiore, qualora la decisione discrezionale sia stata adeguatamente motivata.²⁷

4. La riparazione pecuniaria ex art. 12, Legge 8 febbraio 1948, n. 47

Dopo essersi pronunciato sull'an e sul quantum del risarcimento per responsabilità civile da diffamazione a mezzo stampa, l'ultimo tassello cui si dedica la Corte riguarda la somma a titolo di riparazione pecuniaria richiesta dalla parte attrice ex art. 12, Legge 8 febbraio 1948, n. 47²⁸.

L'istituto della riparazione pecuniaria, che troviamo appunto in quella che è anche denominata "Legge sulla stampa", si presenta come una liquidazione ulteriore, che può essere concessa dal giudice qualora l'attore danneggiato ne faccia richiesta, e che si va quindi ad affiancare al risarcimento del danno. Si tratta anche in questo caso di una liquidazione equitativa, essendo l'oggetto sempre il danno morale dato dalla diffamazione a mezzo stampa, e i criteri previsti dalla norma per orientare il giudice

²⁷ Si richiama ancora Cass. Civ., Sez. III, 5 dicembre 2014, n. 25739, *Foro it.*

²⁸ Art. 12, Legge 8 febbraio 1948, n. 47, Riparazione pecuniaria: "Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato."

nella decisione del quantum da risarcire sono la gravità dell'offesa e la diffusione dello stampato.

Alcune precisazioni al riguardo: innanzitutto è da notare il fatto che la riparazione pecuniaria, misura di tutela ulteriore rispetto al risarcimento del danno, sia prevista solo per quanto attiene alla diffamazione *a mezzo stampa*, a nulla rilevando le altre modalità di diffamazione che il nostro sistema giuridico conosce, basti pensare alla diffamazione esercitata tramite trasmissioni televisive. Ciò si giustifica²⁹ in base alle peculiarità insite nella diffamazione a mezzo stampa, che la differenziano appunto dalla diffamazione tramite emittenti televisive, ad esempio.³⁰

Proseguendo poi con l'analisi della norma, la giurisprudenza ha identificato il principio secondo il quale il requisito della diffusione dello scritto, da valutare per quantificare la riparazione pecuniaria, non si riferisce al numero dei quotidiani venduti nel giorno in cui si è avuta la notizia diffamatoria, ma in generale alla tendente divulgazione delle notizie, in quanto essenziale ai fini della presenza del pregiudizio è la anche mera possibilità che un numero elevato di persone possa aver avuto accesso alle informazioni diffamatorie.³¹

Infine è da sottolineare come in questo caso la prova del danno sia da considerarsi implicita, essendo la riparazione pecuniaria ex art. 12, Legge 8 febbraio 1948, n. 47 una riparazione aggiuntiva, eventuale, la cui richiesta spetta alla parte in processo, riparazione connessa strettamente al risarcimento del danno per diffamazione, che deve quindi già essere provato in precedenza. Qualora il giudice rilevi la mancanza dei presupposti per concedere il risarcimento del danno non andrà nemmeno a valutare la possibilità di corrispondere all'attore la riparazione pecuniaria, definendo come assorbita quest'ultima questione.

Altro punto focale riguarda la possibilità per l'attore di richiedere la riparazione pecuniaria non solo al giornalista che materialmente ha scritto l'articolo, ma anche al direttore del giornale, che sarà quindi co-obbligato in solido per la corresponsione di questa. L'evoluzione che il magistrato ripercorre prevede innanzitutto la menzione di una sentenza della Suprema Corte³² che considera la possibilità di richiedere anche al direttore del giornale la riparazione pecuniaria, ma fonda questo potere dell'attore sulla base di una pronuncia penale che abbia dichiarato il direttore colpevole del reato di diffamazione per concorso doloso, non essendo sufficiente la mera mancanza, fra l'altro colposa, di un controllo sull'operato del giornalista.³³ Nonostante questa pronuncia, però, la giurisprudenza da allora ha cambiato orientamento, ampliando la possibilità per l'attore di richiedere la riparazione pecuniaria anche al direttore del giornale, qualora l'identità del giornalista, materiale autore dell'articolo contenente informazioni diffamatorie, sia sconosciuto.³⁴ Infine, per arrivare a quella che oggi si ritiene essere la disciplina da privilegiare in questo ambito, è da richiamare una pronuncia del Tribunale di Roma³⁵, che ha esteso in maniera ancora più lata il potere del giornalista di vedersi corrisposta la riparazione pecuniaria anche dal direttore, ricordando che il direttore,

29 O forse è meglio dire giustificava, dando atto della proposta di modifica a questa legge di cui si tratterà in seguito

30 Si veda ad esempio: Cass. Civ., Sez. III, 10 maggio 2011, n. 10214, *Foro it.*

31 Principio richiamato dalla sentenza Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2002, n. 1188, in *Foro it.*

32 Cass. Civ., Sez. III, 8 agosto 2007, n. 17395, in *Foro it.*

33 Si vedano anche le sentenze Cass. Civ., Sez. III, 3 ottobre 1997, n. 9672 e Trib. Bari, Sez. III, Sent., 5 dicembre 2014, *Foro.it*.

34 Cass. Pen., 13 gennaio 2009, n. 9297 *Foro it.*

35 Sentenza del Tribunale di Roma, 18 febbraio 2013, *ined.*

qualora non abbia esercitato un controllo coerente ed adeguato, sia ex ante sia ex post, sul lavoro del giornalista, ha certamente partecipato nella causazione del fatto.³⁶

Nel nostro caso specifico, il giudice ravvisa la "ridotta diffusione del giornale e non eccessiva gravità dell' "addebito" ", oltre a precisare nuovamente il fatto che è riscontrabile il danno da diffamazione derivato all'attore a causa dell'articolo contenente informazioni che lo pregiudicavano. Constata inoltre la responsabilità anche del direttore del giornale per omissione di controllo. Motivando in questo senso, ordina ad entrambi i convenuti la corresponsione di € 2.000,00 all'attore.

5. La riforma in cantiere

Per concludere la trattazione riguardante la riparazione pecuniaria ex art. 12, legge 8 febbraio 1948, n. 47, è bene richiamare il fatto che il 17 ottobre 2013 alla Camera dei Deputati è stato approvato il ddl. C. 925-A, intitolato "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948 n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante".

Rispetto a quanto finora ricordato è da notare principalmente il fatto che la tendenza sia quella di ampliare in maniera cospicua il raggio di validità della legge sulla stampa, tanto da ricomprendere non solo le testate giornalistiche *on line*, ma anche le testate giornalistiche radio-televisive, che andrebbero quindi ad aggiungersi all'area della stampa.

Fra l'altro, uno degli articoli che si mira a modificare, abrogandolo completamente, è proprio l'art. 12 della Legge 8 febbraio 1948, n. 47, qui in esame. Questa modifica è da leggere in combinato disposto con la proposizione dell'art. 11 *bis*: si parla non più di riparazione pecuniaria, ma di risarcimento del danno, che il giudice dovrà quantificare seguendo i criteri della diffusione dello scritto, della gravità dell'offesa e della eventuale pubblicazione della rettifica.³⁷

36 Si richiamano in questa sede anche le più recenti sentenze: Trib. Cassino, 22 maggio 2014 e Cass. Pen., Sez V, 16 aprile 2013, n. 17348, *Foro it.*

37 Per quanto attiene alle modifiche riguardanti la pubblicazione della rettifica, che non si presentano di essenziale rilevanza in questa sede, si rimanda alla modifica prevista dal ddl: "2. All'articolo 8 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il primo comma è sostituito dal seguente: «Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a pubblicare gratuitamente e senza commento, senza risposta e senza titolo, con la seguente indicazione: "Rettifica dell'articolo (TITOLO) del (DATA) a firma (AUTORE)", nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia di stampa o nella testata giornalistica *on line* registrata ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale o non siano documentalmente false. Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a informare l'autore dell'articolo o del servizio, ove sia firmato, della richiesta di rettifica»; b) al secondo comma sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «Per le testate giornalistiche *on line* registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, le dichiarazioni o le rettifiche sono pubblicate non oltre due giorni dalla ricezione della richiesta, con la stessa metodologia, visibilità e rilevanza della notizia cui si riferiscono, nonché all'inizio dell'articolo contenente la notizia cui si riferiscono, senza modificarne la URL, e in modo da rendere evidente l'avvenuta modifica. Nel caso in cui la testata giornalistica *on line* di cui al periodo precedente fornisca un servizio personalizzato, le dichiarazioni o le rettifiche sono inviate agli utenti che hanno avuto accesso alla notizia cui si riferiscono»; c) al terzo comma, dopo le parole: «che ha riportato la notizia cui si riferisce» sono aggiunte, in fine, le seguenti: «, purché non siano documentalmente false»; d) dopo il terzo comma è inserito il seguente: «Per le trasmissioni radiofoniche o televisive, le dichiarazioni o le rettifiche sono effettuate ai sensi dell'articolo 32-*quinquies* del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177»; e) dopo il quarto comma è inserito il seguente: «Per la stampa non periodica,

Dopo l'approvazione da parte della Camera, il disegno di legge, seguendo il normale *iter legis*, è passato al Senato per la seconda fase, cioè appunto la prima lettura da parte del Senato, che ha approvato il ddl proponendo alcune modifiche e ri-inviando l'atto in formazione alla Camera dei Deputati per la seconda lettura. L'esame in Commissione alla Camera dei Deputati è iniziato il 18 novembre 2014, c'è da attendere ora il passaggio del disegno di legge all'Assemblea per vedere come verrà modificato, e quindi inviato ancora una volta al Senato, oppure approvato in maniera definitiva, concludendosi in questo modo la fase deliberativa.³⁸

Sembra superfluo ricordare che, aspettando di conoscere i risvolti del procedimento legislativo, e quindi, nel concreto, aspettando di vedere se e come sarà approvato il disegno di legge, i giudici ben dovranno operare come ha fatto il magistrato La Battaglia, ed attenersi alla disciplina vigente al momento dello svolgersi del processo³⁹.

6. Brevi osservazioni conclusive

l'autore dello scritto ovvero i soggetti di cui all'articolo 57-bis del codice penale provvedono, in caso di ristampa o nuova diffusione, anche in versione elettronica, e, in ogni caso, nel proprio sito *internet* ufficiale, alla pubblicazione delle dichiarazioni o delle rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini o ai quali siano stati attribuiti fatti o atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro reputazione o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale o non siano documentalmente false. La pubblicazione in rettifica deve essere effettuata nel sito *internet* e nelle nuove pubblicazioni elettroniche entro due giorni dalla richiesta e nella prima ristampa utile con idonea collocazione e caratteristica grafica e deve inoltre fare chiaro riferimento allo scritto che l'ha determinata. Nel caso in cui non sia possibile la ristampa o una nuova diffusione dello stampato o la pubblicazione nel sito *internet*, la pubblicazione in rettifica deve essere effettuata su un quotidiano a diffusione nazionale»; f) al quinto comma, le parole: «trascorso il termine di cui al secondo e terzo comma» sono sostituite dalle seguenti: «trascorso il termine di cui al secondo, terzo, quarto e sesto comma», le parole: «in violazione di quanto disposto dal secondo, terzo e quarto comma» sono sostituite dalle seguenti: «in violazione di quanto disposto dal secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma», le parole: «al pretore» sono sostituite dalle seguenti: «al giudice» ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Il giudice accoglie in ogni caso la richiesta quando è stato falsamente attribuito un fatto determinato che costituisce reato»; g) dopo il quinto comma sono inseriti i seguenti: «Della stessa procedura può avvalersi l'autore dell'offesa, qualora il direttore responsabile del giornale o del periodico o della testata giornalistica *on line* registrata ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, ovvero il responsabile della trasmissione radiofonica o televisiva non pubblici la smentita o la rettifica richiesta. Nel caso di richiesta dell'autore, il direttore o comunque il responsabile è obbligato a pubblicare o ad effettuare la dichiarazione o la rettifica ai sensi del presente articolo. Il giudice, qualora accolga la richiesta di cui ai commi precedenti, comunica il relativo provvedimento al prefetto per l'irrogazione della sanzione amministrativa di cui al comma seguente in caso di mancata o incompleta ottemperanza all'ordine di pubblicazione. Il giudice dispone altresì la trasmissione degli atti al competente ordine professionale per le determinazioni di competenza»; h) al sesto comma, le parole: «da lire 15.000.000 a lire 25.000.000» sono sostituite dalle seguenti: «da euro 8.000 a euro 16.000».

38 Il ddl si presenta quindi alla Camera dei Deputati, limitatamente a quanto attiene alle norme che risultano fondamentali in questa sede, in questa veste: "1. All'articolo 1 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle testate giornalistiche *on line* registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, nonché alle testate giornalistiche radiotelevisive». 3. Dopo l'articolo 11 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, è inserito il seguente: «Art. 11-bis. - (*Risarcimento del danno*). -- 1. Nella determinazione del danno derivante da diffamazione commessa con il mezzo della stampa o della radiotelevisione, il giudice tiene conto della diffusione quantitativa e della rilevanza nazionale o locale del mezzo di comunicazione usato per compiere il reato, della gravità dell'offesa, nonché dell'effetto riparatorio della pubblicazione e della diffusione della rettifica. 4. L'articolo 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, è abrogato."

39 Si veda anche U. IZZO, *Diffamazione e ingiuria al tempo di Internet e Social Networks: cosa potrebbe cambiare*, in rete: <http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Il tema della diffamazione a mezzo stampa pare essere un ottimo esempio quando si voglia evidenziare l'importanza dei ruoli della giurisprudenza e della dottrina nel nostro sistema giuridico. Se è vero che la Repubblica italiana rientra in un sistema di Civil Law e i punti di riferimento sono sempre, naturalmente, le leggi -ed *in primis* le norme contenute nella Carta costituzionale- non è meno vero che l'apporto giurisprudenziale in questa materia è risultato essenziale.

Basti pensare alla sentenza della Corte Suprema n. 5259 del 1984, che ha dettato il cosiddetto "decalogo" del giornalista, andando ad illustrare in maniera precisa i requisiti per un articolo di giornale recante informazioni lesive dell'onore e della reputazione, requisiti necessari perché la notizia possa non essere considerata diffamatoria, ma mero esercizio del dovere di informazione del giornalista.

A parte questo caso paradigmatico, comunque, anche le altre sentenze, non soltanto della Corte di Cassazione, ma pure delle Corti di merito, possano assumere in questo ambito un'influenza non indifferente. Se non si può dire abbiano dettato principi basilari, sono comunque andate a cesellare le norme di legge, proponendo interpretazioni valide, che hanno contribuito a indicare a dottrina e giurisprudenza la preferibile via da seguire per affrontare questa delicata materia.

IL MANUBRIO DIFETTOSO: RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO E RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA

di Silvia Riccamboni

IL CASO

Due ciclisti, padre e figlio, avanzavano rispettivamente l'uno davanti all'altro lungo un tratto stradale pubblico. In prossimità di due sconnessioni del manto stradale, l'attacco del manubrio del primo cedeva determinandone così la caduta, a seguito della quale rovinava a terra anche il secondo ciclista, non essendo riuscito a evitare il padre che lo precedeva. A seguito dell'incidente i due riportano lesioni personali, nonché danni materiali ai propri velocipedi. Dalla dinamica dei fatti emerge che il secondo ciclista rovinava sul padre senza essere in grado di evitarlo, perché procedeva ad una distanza di sicurezza insufficiente.

I due agiscono in giudizio per il risarcimento del danno sia nei confronti del proprietario del tratto stradale, il quale, a seguito dell'emanazione della sentenza del 10 luglio 2007 in cui il Tribunale rigettava le pretese attoree nei confronti della ANAS S.p.A. e della regione Emilia-Romagna (compensando le spese di lite), risultava essere la Provincia di Modena; sia nei confronti del produttore dell'attacco del manubrio, la società Alfa Elementi S.r.l., manlevata in giudizio dalla Zurich Insurance Plc - Rappresentanza Generale per l'Italia.

Il giudice analizza in prima battuta la pretesa attorea nei confronti della Provincia di Modena, la quale, risultando proprietaria del tratto stradale in cui è avvenuto il sinistro, nonché in grado di esercitare "un effettivo potere fisico" (Cass. civ. sez. II, 11.3.1995, n. 2861) su di esso, integra la figura di custode idonea all'applicazione dell'art 2051 c.c. (danno cagionato da cose in custodia).

Il giudice ritiene che tale tipologia di responsabilità sia basata sulla "presunzione di colpa nei confronti di colui che ha il dovere di custodia sulla cosa e può riguardare anche i danni che dipendono dall'insorgere nella cosa in custodia di un agente dannoso", richiamando la pronuncia della Cass. civ., sez. III, 25.5.1993, n. 5925. (L'identificazione di una presunzione di colpa in capo al custode appare decisamente superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, che identificano nell'art 2051 c.c. un'ipotesi di responsabilità oggettiva e il richiamo ad una sentenza così risalente non è che una dimostrazione dell'evoluzione avvenuta in tal senso).

Il giudice procede quindi alla valutazione dell'adempimento dei rispettivi oneri probatori: da parte del danneggiato la dimostrazione della relazione tra la cosa in custodia e l'evento, nonché dell'esistenza di un effettivo potere fisico su di essa in capo al custode (Cass. civ. sez. II, 11.3.1995, n. 2861); mentre da parte del custode, per andare esente da responsabilità, la dimostrazione che l'evento lesivo è stato determinato da caso fortuito.

Il giudice ritiene indifferente considerare valida o meno la prova attorea della relazione tra la conformazione stradale e la caduta (che appare assai debole nel caso di specie), in quanto anche se la si ritenesse valida, bisognerebbe concludere che nel caso di specie l'evento è stato determinato unicamente per fatto del terzo, come tale integrante la fattispecie di caso fortuito.

Viene così respinta la pretesa attorea nei confronti della provincia di Modena.

Il giudice passa così ad analizzare la domanda risarcitoria nei confronti della casa produttrice del manubrio, ritenuto difettoso dalla parte attorea.

Dalle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio appare indubbia la presenza di un difetto di fabbricazione insito nel componente, difetto che consiste nella presenza di alterazioni dovute ad agenti corrosivi utilizzati nella fase precedente alla verniciatura, dalle quali ha avuto origine un innesco, la cui propagazione ha alterato le prestazioni del prodotto sottoposto a fatica meccanica, determinandone la rottura. Viene così esclusa anche la responsabilità del danneggiato per l'erroneo assemblaggio del pezzo.

La società Alfa Elementi s.r.l., in qualità di produttore del componente difettoso, presenta i requisiti per l'applicazione della disciplina dettata dal D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (ora trasfuso nel D. lgs. n. 206 del 2005).

Tale disciplina normativa prevede la sussistenza in capo al produttore di una responsabilità di natura presunta (da non confondere con la responsabilità per colpa presunta), "poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dell'esistenza di un difetto del prodotto." (Cass. civ., sez. III, 29.5.2013, n. 13548).

Sul danneggiato incombe l'onere probatorio della dimostrazione del difetto, del danno e della connessione causale tra difetto e danno, ai sensi dell'art. 120 del codice del consumo (prima art. 8 D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224), mentre il produttore per liberarsi deve dimostrare la sussistenza di una delle circostanze esimenti tassativamente elencate nell'art. 118 del codice del consumo.

Il giudice ritiene adempiuto l'onere probatorio da parte del danneggiato, anche a seguito delle risultanze della ctu espletata, mentre la società produttrice non è stata in grado di dimostrare l'esistenza di nessuna delle ipotesi liberatorie previste dal codice del consumo, ossia: se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione; se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione; se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale; se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante; se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso; nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata.

I danni subiti da N.R. risultano, per le ragioni suddette, risarcibili dalla società Alfa Elementi S.r.l.

La pretese attoree avanzate da R.R. (figlio di N.R.) vanno, invece, respinte a fronte della constatazione che egli percorreva il tratto stradale a bordo del suo velocipede seguendo il padre "a ruota", senza rispettare il dettato dell'art 149 del codice della strada, che così dispone: durante la marcia i veicoli devono tenere, rispetto al veicolo che precede, una distanza di sicurezza tale che sia garantito in ogni caso l'arresto tempestivo e siano evitate collisioni con i veicoli che precedono.

Si deduce quindi che le lesioni riportate e i danni materiali subiti dal proprio velocipede vadano imputati alla condotta illecita di R.R. e come tali non suscettibili di risarcimento.

Nonostante sia stato accertato il responsabile del sinistro, il giudice rimette la causa in istruttoria al fine dell'espletamento di una consulenza medico-legale in grado di quantificare i danni subiti da N.R., deducendone quelli subiti a causa del comportamento improvvido del figlio, il quale viaggiando ad una distanza insufficiente

a garantirgli il tempestivo arresto del mezzo, ne aggravava le condizioni rovinandogli addosso.

Preso atto dell'art 91 c.p.c. che impone al giudice di pronunciare la statuizione sulle spese "con la sentenza che chiude il processo davanti a lui" e dell'entrata in vigore, in corso di causa, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dalla L. di conversione 24 marzo 2012, n. 27, il giudice afferma che le spese di liquidazione debbano seguire i nuovi parametri introdotti dalla legge del 2012.

Le spese di lite seguono così la soccombenza, mentre la regolazione dei rapporti tra N.R, la Alfa Elementi S.r.l e la Zurich Insurance Plc viene rimandata a seguito dell'espletamento dell'istruttoria al fine della determinazione del quantum del risarcimento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MODENA
PRIMA SEZIONE CIVILE

in persona del Giudice Antonella Rimondini ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile RG n. 8659/2005, promossa da:

R.R.

R.N.

Rappresentati e difesi dall'avv. Tiziano Solignani

- attori

contro

ALFA ELEMENTI s.r.l. in persona dell'amministratore pro tempore pro tempore

Rappresentata e difesa dall'avv. Guglielmo Bonuomo del foro di Milano e dagli avv. Gianfranco Martinelli e Emanuela Iannantuoni

- convenuta

e

ZURICH INSCURANCE COMPANY PLC - Rappresentanza Generale per l'Italia in persona del legale rappresentante pro tempore

Rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Negro

- terza chiamata

e

PROVINCIA DI MODENA in persona del Presidente pro tempore

Rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Seidenari

- terza chiamata

In punto a: risarcimento danni.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

N. e R.R. hanno agito in giudizio nei confronti della Alfa Elementi s.r.l. e dell'ANAS S.p.A. per ottenere il risarcimento dei danni patiti a seguito della caduta, avvenuta in data 20 aprile 2003, mentre si trovavano alla guida delle loro biciclette sulla SS 569, nel Comune di Savignano Sul Panaro. Gli attori, in particolare, hanno dedotto che, a causa di due irregolarità e/o buche nell'asfalto, si era rotto l'attacco del manubrio della bicicletta di proprietà di N.R. che era caduto a terra; che il supporto piega manubrio

modello Magoo, fabbricato dalla Alfa Elementi s.r.l., si era rotto in modo anomalo; che, a causa della caduta del padre, anche R.R. era caduto a terra; che entrambi gli attori avevano riportato lesioni personali, nonché danni materiali ai loro velocipedi.

Si è costituita in giudizio l'ANAS S.p.A. eccependo che la strada nella quale era avvenuto in sinistro non rientrava nelle sue competenze.

Anche la Alfa Elementi s.r.l. ha resistito al giudizio, eccependo che: la rottura del pezzo dalla stessa prodotto era dipesa dall'errato assemblaggio di attacco, manubrio e forcella compiuto dallo stesso N.R.; la rottura del pezzo si era verosimilmente verificata a seguito della caduta, della quale - in ogni caso - N.R. doveva essere ritenuto responsabile, avendo percorso con una bicicletta da corsa una strada accidentata; il danno risarcibile, in ogni caso, doveva essere ridotto per effetto del concorso colposo del figlio che, a causa del mancato rispetto dell'art. 149 C.d.S., non era stato in grado di arrestarsi e lo aveva investito; la violazione dell'art. 149 C.d.S. comportava l'infondatezza della domanda di R.R.. La Alfa Elementi s.r.l. ha quindi chiesto rigettarsi la domanda e, in subordine, di ridurla ex art. 1227 c.c.. Ha inoltre domandato di essere manlevata dalla Zurich International S.p.A. per la cui chiamata ha chiesto differirsi la prima udienza.

Compiuta la chiamata, si è costituita in giudizio la Zurich Insurance Company s.a. - Rappresentanza Generale per l'Italia (ora Zurich Insurance Plc - Rappresentanza Generale per l'Italia), contestando la domanda attorea, anche sotto il profilo del quantum.

All'udienza del 10 ottobre 2006, a richiesta di parte attrice, è stata autorizzata la chiamata in giudizio della Regione Emilia Romagna, la quale si costituita in giudizio eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva.

Con ordinanza del 30 gennaio 2007 è stata quindi autorizzata la chiamata in causa, su richiesta di parte attrice, della Provincia di Modena che si è costituita eccependo l'infondatezza della domanda.

Con sentenza del 10 luglio 2007 il Tribunale ha rigettato la domanda proposta da R. e N.R. nei confronti dell'ANAS S.p.A. e della Regione Emilia Romagna, compensando tra le parti le spese di lite. Il giudizio è quindi proseguito tra gli attori, la Alfa Elementi s.r.l., la Zurich Insurance Plc e la Provincia di Modena.

Premesse tali brevi indicazioni in ordine alle domande ed allegazioni delle parti, va osservato che R. e N.R. hanno agito in giudizio nei confronti della Alfa Elementi s.r.l., in qualità di produttrice di uno dei componenti della bicicletta condotta da N.R., e della Provincia di Modena, proprietaria della strada nella quale è avvenuto il sinistro.

Gli attori, pur non avendo qualificato espressamente la domanda, hanno enunciato situazioni di fatto suscettibili di essere valutate come idonee, in quanto compiutamente precisate, ad integrare la responsabilità della Provincia di Modena sotto il profilo dell'art. 2051 c.c., norma espressamente richiamata nella memoria ex art. 183, V comma, c.p.c.. La stessa Provincia di Modena, del resto, ha ampiamente argomentato circa l'applicabilità di tale disposizione nei propri confronti.

Ai fini della decisione appare pertanto possibile esaminare anzitutto la domanda attorea proposta nei confronti della Provincia di Modena con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 2051 c.c., che disciplina la responsabilità del custode. Al riguardo va rilevato che per accertare della responsabilità ex art. 2051 c.c. è sufficiente che il danneggiato fornisca la prova di una relazione tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, nonché dell'esistenza di un effettivo potere fisico su di essa da parte del custode, sul quale incombe il dovere di vigilare onde evitare che la cosa produca danni a terzi (Cass., sez. II, 11.3.1995, n. 2861). Ed invero, la responsabilità ex art. 2051 c.c. è basata sulla presunzione di colpa nei confronti di colui che ha il dovere di custodia sulla cosa e "può

riguardare anche i danni che dipendono dall'insorgere nella cosa in custodia di un agente dannoso" (Cass., sez. III, 25.5.1993, n. 5925).

Per escludere la propria responsabilità, pertanto, il custode deve dimostrare di aver svolto "tutta la normale attività di vigilanza e manutenzione, esigibile in relazione alla specificità della cosa, di modo che tale dimostrazione possa anche in via indiretta, cioè per presunzione, giustificare la conclusione che la situazione pericolosa si sia originata in modo assolutamente imprevedibile ed inevitabile attraverso il corretto e compiuto assolvimento della custodia e, dunque, per un caso fortuito, ancorché lo specifico evento ricollegabile a tale nozione risulti non identificato" (cfr., in motivazione, Cass.19653/2004). In relazione alle situazioni nelle quali la situazione pericolosa è stata determinata dagli utenti o da un'alterazione della cosa assolutamente repentina ed imprevedibile, invece, l'assolvimento della prova liberatoria si fonda sulla "verifica della esigibilità o della inesigibilità di un intervento dell'ente, nell'espletamento della custodia, volto a rimuovere la situazione pericolosa o a segnalare agli utenti, nel lasso di tempo fra il verificarsi della situazione pericolosa e l'evento dannoso, si che possa concludersi che quest'ultimo è dipeso da caso fortuito, nel senso che il bene sia stato solo occasione e non concausa dell'evento, perché esso ha contribuito a determinarlo senza assumere alcun rilievo, in dipendenza dell'indicato fattore temporale, in quanto bene soggetto a relazione di custodia".

Ciò premesso, si deve pertanto accertare se - nella fattispecie in esame - le parti abbiano assolto i rispettivi oneri probatori.

R. e N.R. hanno dedotto di essere caduti in data 20 aprile 2003, verso le ore 8.35, mentre percorrevano in bicicletta la strada statale 569 nel Comune di Savignano Sul Panaro. N.R., in particolare, sarebbe caduto in prossimità di due "irregolarità e/o buche" nell'asfalto per la rottura dell'attacco manubrio della bicicletta, mentre il figlio R., che seguiva il padre, sarebbe stato urtato dal velocipede del padre nella caduta, finendo a propria volta a terra. Dal rapporto dei Carabinieri intervenuti dopo il sinistro, emerge che sull'asfalto erano presenti due "piccole-leggere buche" (cfr. doc. n. 1 di parte attrice); in sede di escussione, il teste M.F., comandante della Stazione Carabinieri, ha precisato di non aver visto delle buche, ma appena due irregolarità nell'asfalto. Anche Simone Sergio, in compagnia degli attori al momento del fatto, ha precisato che nel punto in cui è avvenuta la caduta "c'erano delle sconnessioni", ma non si trattava di buche. Tali dichiarazioni appaiono sufficienti per escludere la responsabilità della Provincia di Modena, non apparendo il fondo stradale - se pur non uniforme - in condizioni tali da favorire la caduta di N.R..

Peraltro, anche a voler ritenere che la caduta dell'attore possa porsi in relazione con la strada, si deve ritenere che l'evento si sia verificato unicamente per fatto del terzo, integrante il caso fortuito, consistito nella rottura di uno dei componenti della bicicletta di N.R., che ha interrotto il nesso causale esistente tra le condizioni della strada ed evento dannoso.

Dal verbale degli operanti risulta il manubrio della bicicletta di N.R. era spezzato e parte attrice ha sostenuto che si fosse rotto il supporto piega manubrio modello Magoo prodotto dalla Alfa Elementi s.r.l.. Quest'ultima e la Zurich Insurance Plc non hanno contestato la circostanza, pur sostenendo che la componente si era rotta a causa del non corretto assemblaggio e, in ogni caso, solo a seguito della caduta.

Alla luce di tali contestazioni si è reso necessario espletare una consulenza tecnica d'ufficio, affidata all'ing. P.V., dalla quale - a seguito di analisi di laboratorio - è emerso che: il componente attacco manubrio Magoo è realizzato in lega di magnesio AZ80A allo stato T5; l'attacco manubrio è stato interessato dalla rottura in due posizioni, nella sede canotto, che non presentano deformazioni di lembi o eclatanti alterazioni delle

superfici in prossimità dei lembi di frattura; la rottura si ascrive in modo chiaro all'innescò e propagazione di una rottura per fatica meccanica; tale innescò è attribuibile alla presenza di alterazioni localizzate sottostanti la verniciatura ed è plausibile che le alterazioni siano derivate da fenomeni corrosivi generati dalle operazioni di decapaggio/fosfatazione preparatorie alla verniciatura; le alterazioni hanno agito da intensificatori di sforzo e, di fatto, hanno alterato le prestazioni a fatica del componente rispetto a quelle progettate. Sulla base di tali valutazioni, il consulente ha concluso che la rottura dell'attacco del manubrio Magoo è dipesa da un difetto di fabbricazione preesistente all'utilizzo ed occulto, in quanto mascherato dal rivestimento finale.

Il supporto prodotto dalla Alfa Elementi s.r.l., dunque, non si è rotto a causa di eventuali problemi di assemblaggio ed accoppiamento con altri particolari meccanici, ma a causa di un difetto originario (innescò e propagazione di una rottura per fatica meccanica), dipendente da fenomeni corrosivi. Tale vizio, inoltre, non era visibile da parte dell'utilizzatore e/o di coloro che hanno assemblato il manubrio, poiché mascherato dal rivestimento finale.

L'attacco del manubrio, dunque, si è spezzato prima della caduta (rottura per fatica meccanica) e non per il colpo derivante dalla caduta della biciletta al suolo.

Va quindi escluso che le lievi sconnessioni della strada sulla quale N.R. procedeva possano aver avuto una qualche incidenza causale nell'evento lesivo. Parimenti irrilevanti sono le modalità con cui N.R., direttamente o tramite terzi, ha provveduto all'assemblaggio delle componenti del manubrio, atteso che anche se lo stesso fosse stato compiuto secondo le modalità indicate dalla convenuta, l'attacco del manubrio si sarebbe comunque spezzato.

Ne deriva che alcuna responsabilità per la caduta di N.R. e del figlio R. può essere attribuita alla Provincia di Modena, nei cui confronti la domanda va respinta. Parimenti alcuna responsabilità può essere ravvisata in capo al medesimo N.R. per l'assemblaggio del manubrio.

Con riguardo all'azione esperita nei confronti della Alfa Elementi s.r.l., va osservato che la società convenuta è stata evocata in giudizio in qualità di produttore dell'attacco per manubrio spezzatosi.

La materia della responsabilità del produttore era disciplinata dal D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (di recepimento della direttiva comunitaria del 25.7.1985 n. 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi), poi trasfusa, con poche modifiche, nel D.lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo).

Dalla lettura dell'art. 8 del citato d.p.r. (ora art. 120 del codice del consumo) ai sensi del quale "il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale fra difetto e danno" si ricava che la responsabilità imposta al produttore per i danni da difetti di fabbricazione prescinde dalla prova della colpa. Si tratta di responsabilità di natura presunta "poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato - ai sensi dell'art. 8 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 (trasfuso nell'art. 120 del cd. codice del consumo) - la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno" (cfr. Cass., sez. III, 29.5.2013, n. 13548).

In ordine alla sussistenza del difetto va rilevato che la vittima non è tenuta a dimostrare l'intrinseco vizio di fabbricazione del bene, essendo sufficiente dimostrare che il prodotto è insicuro. L'art. 5 del D.P.R. n. 224 del 1988 (ora 117 del codice del consumo) dispone infatti che "un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze". La seconda parte di tale disposizione individua inoltre alcuni criteri obiettivi (non tassativi) ai quali ricorrere per

verificare le condizioni di sicurezza offerte da un prodotto e, particolare: il modo in cui è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite, l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere, il tempo in cui è stato messo in circolazione.

Nella fattispecie in esame, peraltro, parte attrice ha dimostrato l'esistenza stessa dell'originario difetto di fabbricazione dell'attacco del manubrio, tenuto conto che dalla ctu è espletata è emerso che il componente prodotto dalla convenuta presentava un difetto originario (innesco e propagazione di una rottura per fatica meccanica), non visibile dall'utilizzatore.

E' stata inoltre dimostrata la ricorrenza di un collegamento causale tra il difetto presente nell'attacco del manubrio e l'evento lesivo patito da N.R., tenuto conto che - come già rilevato - per effetto della rottura dell'attacco del manubrio, avvenuta improvvisamente mentre l'attore era alla guida del velocipede, N.R. ha perso il controllo della bicicletta ed è caduto.

Spettava dunque alla convenuta dimostrare l'esistenza di fatti idonei ad escludere la propria responsabilità (non aver messo in circolazione il bene; insussistenza del difetto al momento della messa in circolazione e le altre ipotesi previste nell'art. 118 codice consumo), ma tale prova non è stata offerta.

Ne deriva che la Alfa Elementi s.r.l. deve essere riconosciuta responsabile del sinistro occorso a N.R..

Compiuto tale accertamento, va rilevato che N.R. ha chiesto il risarcimento dei danni derivanti dal sinistro per lesioni personali riportate e per i danni materiali subiti dal velocipede. Tenuto conto che la convenuta ha espressamente contestato la riferibilità di una parte delle lesioni alla caduta (essendo l'attore stato travolto, come si dirà più avanti, dal figlio che lo seguiva) e che la terza chiamata ha criticato l'ammontare del risarcimento preteso a titolo di danno biologico, basato unicamente su una relazione medico legale di parte, si rende necessario rimettere la causa in istruttoria al fine di svolgere una ctu medico-legale sulla persona di N.R..

Va invece respinta la domanda proposta da R.R.. Dall'istruttoria espletata, infatti, è emerso che egli seguiva il padre in bicicletta e che, al momento della caduta di quest'ultimo, non è stato in grado di arrestare la propria marcia, né di evitarlo e l'ha investito (cfr. dep. Simone Sergio il quale ha dichiarato: "ho visto N. cadere e il figlio cadergli addosso").

Tali elementi probatori inducono a ritenere che R.R. abbia violato il disposto dell'art. 149, I comma, C.d.S., per il quale conducente di un veicolo deve essere sempre in grado di garantire l'arresto tempestivo del mezzo, evitando collisioni con quello che lo precede. L'impatto con il padre è verosimilmente frutto dell'inosservanza della distanza di sicurezza. Se è vero infatti che la caduta di N.R. non era prevedibile, non essendovi ostacoli sulla strada o altre situazioni di pericolo in atto, è anche vero R.R., una volta avvedutosi della caduta del padre, avrebbe potuto arrestarsi o evitarlo se avesse tenuto una distanza di sicurezza congrua rispetto alla velocità (35 km/h) che stava sostenendo.

Con la presente decisione vengono definitivamente regolati i rapporti tra gli attori e la Provincia di Modena, nonché tra R.R., la Alfa Elementi s.r.l. e la Zurich Insurance Plc. E' quindi necessario, rispetto a queste parti, disciplinare le spese di lite.

Le spese seguono la soccombenza e gli attori in solido vanno condannati a rifondere le spese processuali nei confronti della Provincia di Modena. R.R. va inoltre condannato a rimborsare le spese di lite sostenute dalla convenuta e dalla Zurich Insurance Plc, evocata in giudizio in garanzia a seguito dell'azione promossa dall'attore, rivelatasi infondata.

Per la liquidazione delle spese va considerato che l'art. 9 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dalla L. di conversione 24 marzo 2012, n. 27, sopravvenuto in corso di causa, ha determinato l'abrogazione delle tariffe professionali, stabilendone l'applicazione, limitatamente alla liquidazione delle spese giudiziali, unicamente fino alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali previsti dal comma 2 del medesimo articolo, e, comunque, non oltre il centovesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione. Con il successivo decreto del Ministro per la Giustizia 20 luglio 2012, n. 140, entrato in vigore il 23 agosto 2012, sono stati determinati i parametri per la liquidazione da parte degli organi giurisdizionali dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ed ai sensi dell'art. 41 del medesimo decreto le nuove disposizioni devono trovare applicazione alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore.

Al fine di individuare i parametri concretamente applicabili in sede di liquidazione delle spese giudiziali, va considerato che liquidazione definitiva delle spese deve avvenire necessariamente all'esito del giudizio, come evidenziato dall'espressa dizione dell'art. 91 c.p.c. che impone al giudice di pronunciare la statuizione sulle spese "con la sentenza che chiude il processo davanti a lui". Da tale principio deriva anche il corollario secondo cui la misura della condanna alle spese deve tendere quanto più possibile a garantire alla parte vittoriosa il pieno ristoro di tutti gli esborsi che ha sostenuto per far valere il proprio diritto, ivi compreso il compenso spettante al difensore che l'ordinamento processuale impone di incaricare, in virtù dell'obbligo della difesa tecnica, salvo che tali esborsi non siano manifestamente eccessivi e sproporzionati rispetto al valore della controversia. A ciò deve aggiungersi che già nella vigenza del precedente regime tariffario, la Corte Cassazione, in occasione della successione nel tempo delle tariffe professionali, aveva stabilito che, in caso di successione di tariffe professionali forensi, gli onorari di avvocato dovessero essere liquidati in riferimento alla normativa vigente nel momento in cui l'opera complessiva è stata condotta a termine, con l'esaurimento o con la cessazione dell'incarico professionale (così Cass. sez. 3, 19 dicembre 2008, n. 29880, Cass. sez. 3, 11 marzo 2005, n. 5426), e ciò in considerazione del carattere unitario dell'attività difensiva, che non è parcellizzabile nei singoli atti o nelle singole fasi pur previste dalla tariffa professionale, ma rappresenta un'unica ininterrotta e continuativa prestazione professionale. Ne deriva che il credito vantato a titolo di corrispettivo per l'attività professionale svolta diviene concretamente liquidabile unicamente al termine dell'esecuzione del mandato difensivo e tale liquidazione va compiuta sulla base dei parametri vigenti nel momento in cui il mandato difensivo ha il suo termine, anche tenuto conto del venir meno della distinzione tra diritti ed onorari di avvocato.

Tali considerazioni inducono, dunque, a ritenere che anche nell'ambito del presente giudizio, seppur abbia introdotto in epoca antecedente all'entrata in vigore del citato art. 9 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dalla L. di conversione 24 marzo 2012, n. 27, la liquidazione delle spese processuali debba avvenire integralmente sulla base dei nuovi parametri introdotti dal citato dm 20 luglio 2012, n. 140, sopravvenuto in corso di causa. Non va infine trascurato che i nuovi criteri di liquidazione sono regolati per fasi e non costituiscono semplice adeguamento periodico delle tariffe precedenti (ora abrogate). L'eventuale operazione di applicazione dei nuovi criteri solo per le prestazioni eseguite dopo la loro entrata in vigore, pertanto, appare complessa e di difficile attuazione.

La causa è rimessa in istruttoria, come da separata ordinanza, per l'espletamento di una ctu medico-legale, necessaria per definire compiutamente i rapporti tra N.R., la Alfa Elementi s.r.l. e la Zurich Insurance Plc.

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, non definitivamente pronunciando nel giudizio promosso da R.N. e R.R. nei confronti della Alfa Elementi s.r.l., con la chiamata in causa della Zurich Insurance Plc e della Provincia di Modena, con atto di citazione notificato in data 16 novembre 2005, ogni altra domande e eccezione disattesa, così provvede:

1. accerta la responsabilità della Alfa Elementi s.r.l. per il sinistro accaduto a N.R. in data 20.4.2003;
2. respinge le domande proposte da N.R. nei confronti della Provincia di Modena;
3. respinge le domande proposte da R.R.;
4. condanna gli attori in solido al pagamento a favore della Provincia di Modena delle spese processuali, che si liquidano in Euro 5.000,00 per compensi, oltre a IVA e CPA come per legge;
5. condanna R.R. al pagamento delle spese di lite nei confronti della Alfa Elementi s.r.l. che liquida in Euro 4.000,00 per compensi, oltre iva e CpA come per legge;
6. condanna R.R. al pagamento delle spese di lite nei confronti della Zurich Insurance Plc - Rappresentanza Generale per l'Italia che liquida in Euro 4.000,00 per compensi e in Euro 45,13 per anticipazioni, oltre iva e CpA come per legge;
7. rimette la causa in istruttoria come da separata ordinanza.

Così deciso in Modena, il 24 febbraio 2014.

Depositata in Cancelleria il 5 marzo 2014.

TRIBUNALE DI MODENA, sentenza 5 marzo 2014; Giud. RIMONDINI; R.R. e N.R. (Avv. Solignani) c. ALFA ELEMENTI S.r.l. (Avv. BONUOMO, MARTINELLI e IANNANTUONI), ZURICH INSCURANCE COMPANY PLC (Avv. NEGRO) e PROVINCIA DI MODENA (Avv. SEIDENARI).

Responsabilità civile – Circolazione stradale – Caduta ciclista - Ente proprietario della strada – Fatto del terzo – Responsabilità del custode – Non sussiste (Cod. civ. art. 2051; decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 e successive modificazioni, art. 14)

Responsabilità civile – Prodotto difettoso – Prova del difetto – Sussiste - Prova liberatoria ex art. 118 codice del consumo – Non sussiste – Responsabilità del produttore – Sussiste (D. Lgs. 2005, n° 206, art. 118 e art. 120)

L'ente pubblico proprietario della strada non risponde del danno sofferto da un soggetto durante la percorrenza del tratto in custodia, se questo si è verificato per fatto del terzo, in quanto tale situazione, interrompendo il nesso eziologico tra condizioni della strada ed evento dannoso, integra la fattispecie di caso fortuito, come tale intendendosi il fatto estraneo alla sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità. Il bene oggetto della custodia assume in questo caso la veste di mera occasione e non anche di concausa dell'evento. (Nella specie, il danno occorreva a un ciclista a seguito di una caduta durante la percorrenza di un tratto stradale di proprietà della Provincia di Modena, che l'istruttoria dimostrava essere dipesa dal difetto di fabbricazione attinente al manubrio del suo velocipede, e dunque da un fatto del terzo suscettibile di esonerare il custode dalla responsabilità) (1)

Nella responsabilità da prodotto difettoso spetta al danneggiato fornire la prova della sussistenza del difetto, del danno e della connessione causale che li lega, mentre compete al produttore, in capo al quale opera una forma di responsabilità presunta, fornire, per andare esente da responsabilità la prova liberatoria consistente nella dimostrazione dell'esistenza dei fatti tassativamente elencati nell'art 118 del codice del consumo. (Nella specie il danno occorre ad un ciclista a seguito di una caduta provocata dalla rottura del manubrio del suo velocipede, imputata ad un difetto di fabbricazione dello stesso, determinando così la responsabilità della società produttrice).

(2)

(1) Appare ormai consolidata l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui l'art 2051 c.c. risulta applicabile anche nei confronti della p.a., la quale trae le sue origini dalla pronuncia della Corte Costituzionale del 10 maggio 1999, n. 156. Tale pronuncia nonostante rigetti la questione, conferma l'allora nascente orientamento giurisprudenziale a favore dell'applicabilità della responsabilità del custode alla p.a., pur con la presenza di alcuni accorgimenti, affermando che: "alla pubblica amministrazione non è applicabile il citato articolo, allorché sul bene di sua proprietà non sia possibile - per la notevole estensione di esso e le modalità d'uso, diretto e generale, da parte dei terzi - un continuo, efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti". La Corte Costituzionale, probabilmente rendendosi immediatamente conto delle possibili derive cui avrebbe potuto portare tale affermazione, precisa che: "S'intende che la "notevole estensione del bene" e "l'uso generale e diretto" da parte dei terzi costituiscono meri indici dell'impossibilità d'un concreto esercizio del potere di controllo e vigilanza sul bene medesimo; la quale dunque potrebbe essere ritenuta, non già in virtù d'un puro e semplice riferimento alla natura demaniale e all'estensione del bene, ma solo a seguito di un'indagine condotta dal giudice con riferimento al caso singolo, e secondo criteri di normalità." Aderendo a questa interpretazione: Cass. civ. Sez. III, 01 dicembre 2004, n. 22592, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Responsabilità civile*, n.441 e in *Resp. civ. e prev.* 2005, 376 (nota di: BONA); Cass. civ. Sez. III, 06 luglio 2006, n. 15383, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 444; Cass. civ. sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 476; Cass. civ. sez. III, 19 novembre 2007, n. 23924; Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2009, n. 1691, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 492. Nelle pronunce più recenti può ravvisarsi un'evoluzione da parte della giurisprudenza di legittimità volta a prendere in considerazione, quali elementi fondanti la responsabilità ex 2051 c.c. della p.a. quelle "situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione", così Cass. civ. sez. III, 18 ottobre 2011, n. 21508, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità civile*, n. 443 e in CED, 2011. Così anche: Cass. civ. sez. III, 06 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 439; Cass. civ. sez. III, 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 440; Cass. civ. sez. III, 22 marzo 2011, n. 6537; Cass. civ. sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2562, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 426. In merito al profilo riguardante la natura della responsabilità in questione, ormai pacificamente ritenuta oggettiva e non come in precedenza una fattispecie di presunzione di colpa, si veda: Cass. civ. sez. III, 07 aprile 2010, n. 8229, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 463; Cass. civ. sez. III, 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 440. Appare pacifica, invece, l'interpretazione giurisprudenziale riguardo la possibilità del fatto del terzo di integrare il caso fortuito, come tale intendendosi un fattore estraneo in

grado di interrompere il nesso eziologico tra il bene oggetto della custodia e l'evento dannoso, “*fattore che attiene, non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante), bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile, non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità*”, così Cass. civ. sez. III, 09 aprile 2014, n. 8282, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità civile*, n. 182. Si vedano anche: Cass. civ. sez. III, 13 maggio 1999, n. 4757, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Responsabilità civile*, n. 314; Cass. civ. sez. II, 26 marzo 2002, n. 4308, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 294.; Cass. civ. sez. III, 30 ottobre 2007, n. 22882; Cass. civ. sez. III, 19 giugno 2008, n. 16607; Cass. civ. sez. III, 10 marzo 2009, n. 5741, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 484 e Cass. civ. sez. III, 13 dicembre 2012, n. 22914 (esempi di caso fortuito integrato dal comportamento dei danneggiati); Cass. civ. sez. III, 13 luglio 2011, n. 15389, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità civile*, n. 448; Cass. civ. sez. III, 27 aprile 2015, n. 8481 (p.3.1.).

Riguardo alla giurisprudenza di merito, si vedano: Trib. Torino Sez. IV, 19 dicembre 2007, n. 14679/2005 di R.G., Giud. R. Garibaldi; Trib. Monza, 05 novembre 2007, Giud. M. Laub; Trib. Bologna sez. III, 30 dicembre 2008, Giud. E. Candidi Tommasi; Trib. L'Aquila, 29 dicembre 2008, Giud. A. Camilli; Trib. Milano sez. X, 03 novembre 2009, Caterina Spinnler; Trib. Salerno sez. II, 5 novembre 2012; Trib. L'Aquila, 24 settembre 2009, Giud. Bianca Maria Serafini; Trib. Piacenza, Ord., 21 dicembre 2010, G. Morlini; App. Napoli sez. I, 25 novembre 2008, Pres. L. Martone (caso fortuito integrato da fatto del terzo); Trib. Roma sez. II, 16 dicembre 2010, Giud. E. Curatola; Trib. Monza sez. I, 15 febbraio 2012, Giud. L. L. Modignani; Trib. Roma sez. XII, 21 novembre 2011, Giud. C. Cartoni; si noti come in queste sentenze vi sia la tendenza ad accogliere i criteri di applicabilità dell'art 2051 c.c. enunciati dalla corte costituzionale nel 1999, anziché l'orientamento giurisprudenziale delle corti di legittimità sviluppatosi a partire dal 2007, secondo il quale l'applicabilità di detta disciplina alla p.a. dipende dalla presenza di situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione. Contro la tendenza sopracitata troviamo la sentenza della corte di appello di Napoli, la quale aderisce tempestivamente all'evoluzione interpretativa promossa dalle corti di legittimità, affermando che: “In tema di responsabilità, e in particolare della pubblica amministrazione per danni subiti nell'utilizzo di strade aperte al traffico, deve sempre in via preliminare essere accertato che il fatto dannoso si sia verificato a causa di una anomalia della strada stessa.” App. Napoli sez. I, 06 dicembre 2011, Pres. V. Frallicciardi. Tale tendenza a partire dal 2011 sembra essere accolta più diffusamente dalle diverse corti di merito, così: Trib. Genova sez. II, 30 novembre 2012, Giud. Valeria Albino, Trib. Milano Sez. X, 12.06.2013, Giud. R. Filippi; Trib. Modena Sez. I, 17 giugno 2013, Giud. R. Di Pasquale; Trib. Vicenza, 16 giugno 2014, Giud. E. Sollazzo; Trib. Trento, 02 febbraio 2015, Giud. A. Giuliani.

In dottrina, riguardo il profilo dell'applicabilità dell'art 2051 c.c. alla p.a., meritano di essere richiamati i seguenti lavori: G.VANACORE, *La responsabilità civile per danni subiti dall'utente dell'autostrada*, in Resp. civ. 2011, 6, 463, Cose in custodia; S. SCIACCA *La responsabilità civile della p.a. per il danno causato dalle cose in custodia*, in Resp. civ. 2011, 4, 301, Cose in custodia; A. LEPRE, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità?*, in Giur. merito, fasc.11, 2007, pag. 3063B (per quanto qui interessa si veda il terzo tema affrontato dall'autore); A. MEROLA *La responsabilità della p.a. per danni da “insidie e trabocchetti”*, in Riv. Giur. Edilizia, fasc.3, 2010, pag. 157. In merito alla natura oggettiva della responsabilità per danno cagionato da cose in custodia: G. BELLÌ *La responsabilità oggettiva*, in Resp. civ. 2011, 5, 373 Responsabilità civile; U. IZZO, *Le*

due anime del 2051: capire le differenze, in rete:
https://didatticaonline.unitn.it/dol/pluginfile.php/35652/mod_resource/content/0/course_files/Il_2051_fra_colpa_e_resp_oggettiva.pdf

(2) A seguito dell’emanazione del d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224, la cui disciplina è ora confluita nel D.lgs. 206 del 2005 (codice del consumo), nonostante l’iniziale scarsa applicazione della disciplina, negli ultimi tempi può ravvisarsi un’inversione di tendenza che vede la disciplina della responsabilità da prodotto difettoso affermarsi in maniera prevalente rispetto alla disciplina codicistica in materia di responsabilità. Nonostante si collochi prima dell’emanazione della legge sopracitata, appare utile e interessante richiamare la prima pronuncia della Cassazione civile in cui la responsabilità del produttore veniva configurata in modo diverso da quella extracontrattuale ex art 2043: Cass. civ. sez. III, 1964, n. 1270, in *Foro it.*, Rep. 1965, I, 2098. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, successiva al 24 maggio del 1988, appare utile richiamare, sempre riguardo al tema dell’onere della prova, la sentenza Cass. civ. sez. VI, 23 maggio 2013, n. 12665, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Responsabilità civile*, n. 230, Pres. M. Finocchiaro, Est. G. Giacalone, che afferma: “*in materia di responsabilità del produttore, la formulazione letterale del D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 1, nel far dipendere la speciale responsabilità del produttore per prodotti difettosi dal nesso di causalità tra il danno ed il difetto del prodotto, pone un prerequisito della responsabilità stessa, con funzione delimitativa dell’ambito di applicabilità di essa. Pertanto incombe sul danneggiato che chiede il risarcimento provare gli elementi costitutivi di tale diritto, senza che si possa affermare che la prova semplice del nesso di causalità fra il danno ed il prodotto sia sufficiente a trasferire sul produttore l’onere di dimostrare che il prodotto non era difettoso o che sussistono altre cause di esclusione della responsabilità*”. Si vedano anche: Cass. civ. sez. III, 29 settembre 1995, n. 10274, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Responsabilità civile*, n. 159, Pres. A. Iannotta, Est. P. Vittoria; Cass. civ. sez. III, 29 aprile 2005, n. 8981, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 435 Pres. Fiduccia, Est. Fantacchiotti; Cass. civ. sez. III, 08 ottobre 2007, n. 20985, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 278, Pres. G. Nicastro, Pres. G. Travaglino; Cass. civ. sez. III, 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 322, Pres. M. Varrone, Est. C. Filadoro; Cass. civ. sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458. Riguardo la giurisprudenza di merito, assume particolare rilievo una pronuncia del tribunale di Monza che presenta numerose affinità con il caso esaminato, anche in riferimento alla dinamica dei fatti. La pronuncia in questione, stante la sua collocazione temporale a ridosso dell’emanazione del d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224 (recepimento della direttiva europea Cee 25 luglio 1985) costituisce un punto di riferimento importante per tutta la giurisprudenza successiva, affermando per quanto qui interessa sotto il profilo dell’onere della prova che “*incombeva conseguentemente all’attore l’onere di provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno*”, così Trib. Monza, 20.07.1993, Pres. Franco, Est. Calabrò, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Responsabilità civile*, n. 79, (si veda la nota a sentenza di G.PONZANELLI, *Dal biscotto alla «mountain bike»: la responsabilità da prodotto difettoso in Italia*). Si vedano anche i numerosi casi riguardanti la responsabilità da prodotto difettoso concordanti con tale impostazione dell’onere della prova: Trib. Firenze, 5 aprile 2000, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità civile*, n. 210; Trib. Massa Carrara, 20 marzo 2000, in *Responsabilità civile*, Rep. 2002, n. 21; Trib. Ascoli Piceno, 5 marzo 2002, in *Resp. Civ.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 216; Trib. Cesena –Forlì, 25 novembre 2003, *Foro it.*, Rep. 2004, I, 1631, Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Foro it.*, I, 1631;

Corte di appello di Bologna, sez. II, 10 ottobre 2005, n. 1097; Trib. Benevento, 24 febbraio 2006, Giud. G. Cinque; Trib. Napoli sez. II, 21 marzo 2006, Giud. M. Criscuolo; Trib. sez. civile, Novara 27 aprile 2010, Giud. R. Riccio; Trib. Modena, 12 agosto 2010, Giud. R. Di Pasquale; Trib. Benevento, 24 settembre 2010, Giud. A. Genovese; Trib. Arezzo, 01 ottobre 2010, sezione distaccata di Sansepolcro, Giud. A. Picardi; Trib. Pisa-Pontedera, 28 febbraio 2011, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità civile*, n° 304; Giudice di pace di Palermo, 04 aprile 2011, Giud. Vitale, *Foro it.*, Rep. 2012, parte I, col. 577; Trib. Trento, 03 maggio 2012, Giud. V. Manfroni; Trib. Salerno Sez. II, 01 febbraio 2013; Giud. M. Pagano; Trib. sez. II Genova, 25 giugno 2014, Giud. P. Gibelli.

In dottrina G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, Resp. civ. e prev., fasc.10, 2006, pag. 1589; E. VISENTINI, *L'esimente del rischio di sviluppo come criterio della responsabilità del produttore (l'esperienza italiana e tedesca e la direttiva comunitaria)*, Resp. civ. e prev., fasc. 4-5, 2004, pag. 1267; S. BASTIANON, *Prime osservazioni sul libro verde della commissione in materia di responsabilità civile per danno da prodotti difettosi*, Resp. civ. e prev., fasc.3, 2000, pag. 807; L. NIVARRA, V. RICCIUTO, C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Torino, 2013.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Dalla mountain bike alla bici da corsa: cos'è cambiato? 3. La natura della responsabilità del produttore; 4. Il caso; 5. L'onere della prova: il ruolo delle presunzioni giurisprudenziali; 6. Il caso; 7. Conclusioni

1. Introduzione

“Considerando che solo la responsabilità del produttore, indipendente dalla sua colpa, costituisce un'adeguata soluzione del problema, specifico di un'epoca caratterizzata dal progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna; considerando che una giusta ripartizione dei rischi tra il danneggiato e il produttore implica che quest'ultimo possa esimersi dalla responsabilità se prova l'esistenza di alcuni fatti che lo liberano.”

Così recita parte del preambolo della direttiva europea del 1985, pietra d'angolo della tutela del consumatore, attuata nel nostro Paese con il D.P.R. 24 maggio 1988, n° 224, oggi trasfuso pressoché immutato nel D.lgs. n° 206 del 2005.

Nonostante siano passati molti anni dall'emanazione della direttiva europea e della legge di recepimento, i pilastri della disciplina della responsabilità del produttore rimangono i medesimi: la natura oggettiva della responsabilità ovvero, secondo diversa interpretazione, la presunzione di colpa e la ripartizione dell'onere probatorio. È infatti riguardo a questi due profili che il dibattito giurisprudenziale e dottrinale ha preso vigore al fine di raggiungere un'interpretazione della norma il quanto più possibile fedele alla sua *extrema ratio*: la tutela del consumatore. ⁽¹⁾

Sebbene consapevoli della vastità della materia e di conseguenza della vastità della letteratura e delle interpretazioni giurisprudenziali in merito, il ragionamento sviluppato

⁽¹⁾ Non è dello stesso avviso Giannantonio BENACCHIO, il quale nel suo volume *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, CEDAM, 2013, IV EDIZIONE, pag. 357-360, ritiene che la direttiva in questione più che ad esigenze di tutela del consumatore risponda ad esigenze di compromesso tra l'attività imprenditoriale e la tutela del consumatore.

nelle righe che seguono mira a mettere in luce quali siano stati e continuino ad essere i profili critici della materia, prendendo come spunto il caso analizzato in queste pagine. Quest'ultimo affronta infatti, entrambi i profili suddetti, intesi come punti nevralgici della disciplina della responsabilità del produttore, evidenziando come le posizioni giurisprudenziali e dottrinali riguardo la loro interpretazione siano ancora in cerca di un equilibrio stabile. Appare opportuno partire da un'analisi storica, adottando una prospettiva diacronica che ci permetta di cogliere le diversità e le affinità dell'interpretazione giurisprudenziale in merito alla responsabilità del produttore.

2. Dalla mountain bike alla bici da corsa: cos'è cambiato?

Il caso preso in esame presenta numerosi punti in comune, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche da un punto di vista prettamente fattuale, con il *leading case* italiano in materia di responsabilità del produttore in applicazione della direttiva comunitaria CEE n. 85/374, ossia il caso deciso dal tribunale di Monza nel 1993.⁽²⁾

Il caso sopracitato vede protagonista un soggetto (sig. Tentori), rimasto vittima di un incidente, causa di lesioni personali di non lieve entità, provocato dalla rottura della forcella anteriore della mountain bike a bordo della quale stava percorrendo un percorso fuoristradistico. Si tratta del primo caso in cui trova applicazione la disciplina comunitaria in materia, così come recepita nel nostro ordinamento.

Nello sviluppare la decisione, il giudice del tribunale di Monza, così come quello del tribunale di Modena comincia con la verifica dell'adempimento degli oneri probatori: da una parte, in capo al danneggiato, la prova del difetto del danno e del nesso causale tra i due dall'altra, in capo al produttore, la prova liberatoria ex art. 118 del codice del consumo. Il produttore non risulta però in grado di fornire l'esistenza di una delle circostanze esimenti in quest'ultimo previste, incorrendo così nell'obbligo risarcitorio a favore del Tentori.

Similmente a quanto accade nell'analisi del caso oggetto di commento, si noti come, nonostante venga compiuta una consulenza tecnica di ufficio in grado di dimostrare l'esistenza di un difetto (cricca nella saldatura longitudinale del canotto, nonché spessore e consistenza di quest'ultimo inadeguati), il giudice possa giungere alla medesima conclusione per via presuntiva, verificando che il prodotto non offra la sicurezza che il soggetto si possa legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra le quali assume particolare rilievo l'uso al quale il prodotto possa essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possano ragionevolmente prevedere. *“La massiccia diffusione della «mountain bike» e l'uso fuoristradistico da tale prodotto pubblicizzato e consentito, non possono in effetti non ingenerare nell'utilizzatore aspettative di particolare robustezza, anche in relazione alle diverse insidie che un tracciato «fuoristrada» oggettivamente presenta rispetto ad un qualsivoglia percorso stradale”*, così Trib. Monza, 20 luglio 1993. Per la vittima è quindi risultata sufficiente la dimostrazione che il danno è avvenuto mentre il prodotto veniva utilizzato per lo scopo al quale questo era destinato⁽³⁾; nei medesimi termini il caso del tribunale di Modena: qui l'onere probatorio risulta adempiuto dalla semplice dimostrazione da parte del danneggiato che il danno è occorso durante la percorrenza di un tratto stradale adeguatamente asfaltato (può infatti ritenersi che l'utilizzo al quale è ragionevolmente destinata una bici da corsa, sia proprio la percorrenza di tratti stradali asfaltati e che l'aspettativa dell'utilizzatore sia la particolare stabilità del velocipede

⁽²⁾ Trib. Monza, 20 luglio 1993, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Responsabilità civile*, I, 251.

⁽³⁾ *“Nel senso che detto danneggiato deve dimostrare (oltre al danno ed alla commissione causale) che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative”*, così Cass. civ. sez. III, 08 ottobre 2007, n. 20985.

anche ad elevate velocità). In entrambi i casi le consulenze tecniche d'ufficio svolgono dunque la funzione di rafforzare l'iter logico seguito dal giudice, non quello di ritenere adempiuta o meno la prova della difettosità fornita dal danneggiato, la quale come già affermato può ritenersi adempiuta anche da indici presuntivi.⁽⁴⁾ Il dettato dell'art 8 del D.P.R. 24 maggio 1988, n° 224⁽⁵⁾ risulta quindi interpretato in modo non rigoroso già dal primo periodo di applicazione della disciplina, offrendo la possibilità di giungere alla prova della difettosità per via presuntiva, per un'analisi più completa del meccanismo presuntivo si veda il paragrafo 3.1.

Un ulteriore punto comune alle due sentenze può essere rintracciato nel modo di intendere la prova del nesso causale tra il difetto e il danno. Entrambi i giudici, ritengono infatti adempiuto da parte dei rispettivi danneggiati tale onere probatorio semplicemente dal fatto che il danno sia occorso in concomitanza con l'uso "normale" del prodotto⁽⁶⁾. Sarà quindi sufficiente la dimostrazione che gli effetti materiali derivanti dal difetto (rottura della forcella o del manubrio) abbiano causato un danno affinché possa considerarsi esistente un nesso causale tra i due momenti; si badi bene però che tale dimostrazione tiene in considerazione solamente le cause prossime del danno (effetti materiali), non anche, come richiede la teoria generale del nesso di causalità, quelle remote (difetto)⁽⁷⁾. Ancora una volta l'interpretazione non rigorosa di tale prova, persegue lo scopo di una tutela del consumatore quanto più possibile libera da oneri probatori troppo difficoltosi che rendano la disciplina poco efficace.⁽⁸⁾ Nonostante sporadici tentativi da parte delle corti di merito⁽⁹⁾ di adottare un'interpretazione della prova della difettosità in maniera rigorosa, fino ad affermare che spetti al danneggiato la dimostrazione dell'esistenza del difetto fin dall'origine della messa in circolazione del prodotto⁽¹⁰⁾, prontamente cassati dal Supremo Collegio⁽¹¹⁾, l'atteggiamento

⁽⁴⁾ "La qualificazione del prodotto come difettoso è frutto di una valutazione, che come tale non può essere oggetto di prova diretta da parte del danneggiato, il quale può solo provare quei fatti materiali, storicamente accertabili, che autorizzano il giudizio di difettosità del prodotto", così U. CARNEVALI, *"Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato"*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc.2, 2008, pag. 354.

⁽⁵⁾ Art. 8 D.P.R. 224, 1988: Il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'art. 6. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'art. 6, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. Se appare verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore. (oggi art. 120 d.lgs. 206, 2005, codice del consumo)

⁽⁶⁾ "Può dirsi, altresì, incontestabilmente accertata anche la sussistenza del nesso causale tra difetto e danno. Il teste, che al momento del sinistro si trovava sul luogo dell'accadimento, ha confermato che il Tentori, mentre percorreva un tratto di sentiero in località Ello, cadde a terra riportando lesioni personali a causa dell'improvviso cedimento del piantone della forcella anteriore e del distacco della ruota (anch'essa anteriore) della «mountain bike» modello Mistral prodotta dalla ditta Rossin s.n.c.", Trib. Monza 20 luglio 1993, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Responsabilità civile*, n. 79.

⁽⁷⁾ U. CARNEVALI, *"Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato"*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc.2, 2008, pag. 354.

⁽⁸⁾ *"La tecnica della dimostrazione della colpa mediante presunzioni, per quanto si presti a discutibili forzature, era stata sperimentata con successo dalla giurisprudenza, che continua tranquillamente a servirsene."*, così A. PALMIERI, *Dalla «mountain bike» alla bottiglia d'acqua minerale: un nuovo capitolo per un'opera incompiuta*, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Responsabilità civile*, I, n.3661.

⁽⁹⁾ Corte d'Appello di Brescia, 20 maggio 2003, inedita. Tale sentenza, riformando la decisione del giudice di primo grado, rigettava la domanda risarcitoria di una donna nei confronti della casa produttrice della protesi mammaria che le era stata inserita a seguito di un intervento chirurgico e che, a distanza di soli 2 anni e 4 mesi, si era danneggiata, causando la fuoriuscita della soluzione salina che vi era all'interno, provocando alla ricorrente danni alla salute.

⁽¹⁰⁾ Interpretazione che si scontra con il dettato normativo dell'art. 120 cod. cons., comma 2 che prevede che la prova che il difetto non sussistesse al momento della messa in circolazione del prodotto

giurisprudenziale volto ad una maggior tutela del consumatore appare ormai consolidato.

3. La natura della responsabilità del produttore

La lettura del considerando in apertura di questo lavoro, con particolare riguardo alla formulazione “indipendente dalla colpa”, sembra non suscitare alcun dubbio riguardo la configurazione della responsabilità del produttore in termini oggettivi. A seguito di una lettura approfondita dell’intera direttiva CEE n. 85/374, però, la chiarezza della visione suddetta viene offuscata da alcune disposizioni che sembrano dare importanza all’elemento soggettivo della diligenza del produttore.

L’art 7 della direttiva, corrispondente all’attuale art 118 del codice del consumo, prevede che “Il produttore non è responsabile ai sensi della presente direttiva se prova: a) che non ha messo il prodotto in circolazione ; b) che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando l’aveva messo in circolazione o sia sorto successivamente; c) che non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l’ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale ; d) che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici ; e) che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l’esistenza del difetto ; f) nel caso del produttore di una parte componente, che il difetto è dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o alle istruzioni date dal produttore del prodotto”.

Se si analizzano le ipotesi di cui alle lettere b), d) ed e) non si può trascurare il fatto che tali ipotesi di esclusione della responsabilità del produttore rimandino ad una valutazione che tiene necessariamente in considerazione l’elemento soggettivo. Si noti infatti, come il produttore potrebbe esentarsi da responsabilità dimostrando di aver osservato tutte le norme di diligenza al momento della produzione del bene, ovvero la conformità del prodotto a norme di legge imperative, ovvero che non poteva essere in grado di venire a conoscenza dei rischi derivanti dal prodotto.

Alla luce di queste considerazioni vi è chi configura la responsabilità disciplinata dalla direttiva, e di conseguenza dalla normativa di recepimento, nell’ambito di una presunzione di colpa, frutto di un’inversione dell’onere probatorio effettuato dal legislatore che sposta la prova dell’elemento soggettivo in capo al produttore.⁽¹²⁾

È chiaro che la responsabilità in questione non possa essere inquadrata nella categoria della responsabilità oggettiva assoluta, qual è la responsabilità per rischio di impresa, però è noto vi siano diverse regole di responsabilità oggettiva, tra le quali alcune che ammettono la possibilità di una rilevanza della diligenza del danneggiante.⁽¹³⁾

Le perplessità sulla natura della responsabilità del produttore emerge anche, o meglio soprattutto, in relazione alle diverse tipologie di difetto riscontrabili in un prodotto alla luce del D.lgs 206 del 2005, art. 117. In base a quest’ultimo infatti, un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l’uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il

⁽¹¹⁾ Cass. civ. sez. III, 08 ottobre 2007, n. 20985.

⁽¹²⁾ KELLY P., ATTREE R, *European contract liability*, Butterworths, 1992; G. BENACCHIO, *diritto privato dell’Unione Europea*. Fonti, modelli, regole, Ed. IV, CEDAM, 2013.

⁽¹³⁾ PONZANELLI, in BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1998, Ed. III, 452.

tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. 2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio. 3. Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.

I difetti riscontrabili all'interno della definizione fornita dalla norma possono essere riassunti in tre categorie principali: difetti di fabbricazione in senso stretto, difetti di progettazione (o di costruzione) e difetti di informazione.

La prima tipologia riguarda i difetti che interessano uno o più esemplari di prodotto, ma che non riguardano l'intera serie di produzione, tali difetti appaiono connaturati alla produzione industriale di massa. In merito a questa categoria gran parte della dottrina e della giurisprudenza non trova difficoltà nel ritenere che si trovi di fronte ad una forma di responsabilità oggettiva, sebbene intesa non in termini rigidi e assoluti.⁽¹⁴⁾

La seconda tipologia attiene invece ai difetti riscontrabili nei prodotti dell'intera serie di produzione, a causa di un errore riscontrabile ad un livello precedente a quello della materiale produzione del bene, ossia alla fase di progettazione.

Infine i difetti di informazione riguardano la possibilità che un prodotto, seppur non presenti alcun difetto al suo interno, non contenga le informazioni necessarie per permettere al consumatore di farne un uso appropriato e sicuro. All'interno della categoria delle informazioni si distinguono il concetto di avvertenza e quello di istruzione. Il primo tipo di comunicazione informa il consumatore circa la probabilità ed il tipo di danno che potrebbero derivare dall'uso del prodotto. Il secondo tipo di comunicazione informa il consumatore delle modalità di utilizzo sicuro del bene.⁽¹⁵⁾

In merito alle ultime due categorie di difetti, la dottrina fatica ad accettare la configurazione della responsabilità in capo al produttore in termini oggettivi, ritenendo che simili valutazioni di difettosità non possano prescindere dall'applicazione dell'elemento soggettivo, in termini di diligenza in concreto richiesta al produttore.⁽¹⁶⁾

Nonostante il comportamento ancora, almeno in parte, recalcitrante della dottrina la giurisprudenza appare ormai consolidata intorno alla possibilità di sussumere la responsabilità del produttore sotto la categoria della responsabilità presunta, intesa in termini di responsabilità oggettiva.⁽¹⁷⁾

La distinzione tra le due tipologie di responsabilità ha perso gran parte del proprio rilievo pratico a fronte della sentenza della Corte di Cassazione per la quale in tutti i casi in cui si verifichi la lesione di un valore della persona costituzionalmente garantito, risulta risarcibile il danno morale soggettivo in senso più ampio il danno non

⁽¹⁴⁾ G. ALPA, *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, Resp. civ. e prev., fasc.1, 1999, pag. 5, che sostiene che la direttiva "indica chiaramente in questa fattispecie un'ipotesi di responsabilità oggettiva, pur attenuata con riguardo alle aree escluse dalla responsabilità"; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, cit., 397; Trib. Vercelli, 7 aprile 2003, in *Danno resp.*, 2003, 1001, "Quella del produttore è una responsabilità oggettiva, poiché l'art. 1 e l'art. 6 del d.P.R. del 1988 non prevedono la colpa quale criterio di imputazione e neppure quale prova liberatoria per il produttore".

⁽¹⁵⁾ S. DELLA BELLA, *La responsabilità del produttore di tute sportive*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.1, 2005, pag. 217.

⁽¹⁶⁾ L. GUERRINI *La responsabilità del produttore tra la nozione di prodotto difettoso e il danno risarcibile*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.6, 2005, pag. 1447.

⁽¹⁷⁾ Cass. civ., 1 giugno 2004, n. 10482, in *Danno resp.*, 2004, 10, 953, nota di BITETTO; Trib. Ascoli Piceno, 5 marzo 2002, cit., in *Dir. e lav. Marche*, 2002, 75; Trib. Bologna Sez. III, 28-03-2011, Giud. E. CANDIDI TOMMASI; Trib. Trento, 03-05-2012, Massima redazionale, 2012; Trib. Cassino, 20-12-2007, Giud. I. LOGOLUSO.

patrimoniale, anche se il fatto non sia configurabile come reato e quindi indipendentemente dai limiti posti dall'art. 2059 c.c.⁽¹⁸⁾

In conclusione, nonostante non si sia ancora giunti ad un risultato pienamente condiviso, ritengo possa ritenersi raggiunto un risultato pienamente condivisibile, ossia la configurazione della responsabilità del produttore in termini di responsabilità oggettiva, intesa come responsabilità che nonostante prescindendo dall'elemento soggettivo quale criterio di imputabilità, ammette la rilevanza della diligenza del danneggiante.

4. Il caso

Nel caso oggetto di commento nel presente lavoro il difetto riscontrato all'interno dell'attacco del manubrio risulta rientrare nella categoria suddetta dei difetti di fabbricazione. L'innescò di propagazione causato dall'alterazione del materiale è infatti dipeso da un fenomeno corrosivo avvenuto nella fase precedente alla verniciatura, interessando solamente il componente utilizzato dall'attore.

La tipologia del difetto non pone particolari problemi riguardo al qualificazione della responsabilità in termini oggettivi, il giudice cita in proposito un passo della sentenza della Corte di Cassazione, la numero 13458 del 2013: "Si tratta di responsabilità di natura presunta poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dell'esistenza di un difetto del prodotto."

Viene quindi confermata, anche nel caso di specie, la tendenza, ormai consolidata, della giurisprudenza a configurare la responsabilità in termini oggettivi, dimostrando come in tali ambiti una responsabilità che prescinde dalla colpa sia necessaria per una tutela efficace del consumatore.

5. Onere della prova: il ruolo delle presunzioni giurisprudenziali

Per adempiere all'obiettivo di tutela del singolo consumatore a fronte della sua debolezza nei confronti di chi produce i beni destinati al consumo di massa, il legislatore ha imposto una struttura probatoria atta ad attenuare l'ampio divario conoscitivo tra le parti.

L'art 120 del codice del consumo dispone infatti, che al danneggiato spetti la prova del difetto, del danno e del nesso causale che li lega, facendo così venire meno la prova dell'elemento soggettivo prevista nei casi in cui un soggetto agisca per il risarcimento ai sensi dell'art 2043 cod. civ. (È pacifica infatti la configurazione della responsabilità del produttore come responsabilità extracontrattuale, tenuto conto del fatto che tra produttore e consumatore non intercorre alcuna relazione contrattuale).

L'interpretazione letterale del dato normativo non sembra però corrispondere totalmente ai fini della disciplina nazionale, e ancor prima europea, di tutela del consumatore, in quanto pur se astrattamente idonea a sgravare il soggetto dall'onerosa prova dell'elemento soggettivo, di contro non lo libera dalla prova dell'esistenza del difetto.

Si tenga presente che la nozione di difetto a cui si riferisce la normativa non coincide con quella di vizio contenuta nel codice civile, bensì con la formulazione fornita dall'art 117 del codice del consumo.

La produzione industriale ha infatti raggiunto livelli di specializzazione, di tecnologia e di complessità tali per cui appare quantomeno inverosimile che un singolo consumatore disponga delle risorse finanziarie e conoscitive tali da rendere possibile una tale dimostrazione.

⁽¹⁸⁾ G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, Resp. Civile e Previdenza 2006, 10, 1589.

La giurisprudenza non ha però tardato ad intervenire tramite il meccanismo, tanto potente quanto discusso, delle presunzioni giurisprudenziali. Tali particolari presunzioni, create dal giudice nel corso del processo, rispondono ad un'esigenza di giustizia sostanziale, come tale intendendosi un'esigenza di razionalità del processo che trascenda le regole giuridiche positive.

Le presunzioni giurisprudenziali agiscono sul profilo della tutela dei diritti, ossia sulla ripartizione dell'onere probatorio, invertendolo o modificandolo.⁽¹⁹⁾

La critica sorta intorno a tali figure muove i propri passi da due ordini di problemi: il primo è dato dal fatto che il nostro ordinamento giuridico non attribuisce alcun potere in tal senso ai giudici; il secondo, invece, tiene conto dell'effetto che produce un siffatto meccanismo sull'esito del processo. Il primo ordine di problemi evidenzia come l'esercizio di tale potere da parte dei giudici deroghi a disposizioni di legge, assumendo così le vesti di una violazione delle medesime.⁽²⁰⁾ Il secondo profilo critico mostra, invece, come da un lato tale meccanismo risponda ad esigenze di giustizia sostanziale, mentre dall'altro come questa venga negata alla parte che, facendo affidamento sull'applicazione delle regole di diritto positivo, prepara la propria difesa; quest'ultima può risultare, infatti, inidonea nel caso in cui il giudice, applicando (o creando) una presunzione giurisprudenziale, modifichi la ripartizione degli oneri probatori determinando così una lesione, o quantomeno una minaccia concreta, al principio del contraddittorio.

Nonostante le critiche mosse dalla dottrina siano ragionevoli e fondate in diritto, l'esercizio di tale potere da parte del giudice ovvia di sovente a problematiche di altrimenti difficile soluzione. Una possibile, e probabilmente efficace, soluzione per placare il dibattito intorno alla liceità delle presunzioni giurisprudenziali sarebbe quella, già adottata da altri paesi, come ad esempio la Spagna⁽²¹⁾, di codificare e regolarne l'esercizio. Non manca chi ha prospettato come possibile soluzione la predisposizione di ordini di esibizione di documenti adeguatamente sanzionati in caso di inottemperanza, eliminando il problema alla radice, facendo così venire meno l'esigenza di una diversa ripartizione dell'onere probatorio.⁽²²⁾

Le considerazioni sin qui svolte aiutano a fornire un'immagine generale e costituiscono il punto di partenza per il prosieguo del ragionamento, che prevede l'applicazione di quanto sopraesposto alla materia della responsabilità del produttore e la verificabilità in concreto di quanto affermato.

⁽¹⁹⁾ SALVATORE PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, Rivista trimestrale diritto processuale civile, fasc.1, 2013, pag. 1 “*Ed infine occorre segnalare il ruolo crescente delle c.d. presunzioni «giurisprudenziali», cioè delle presunzioni create dal giudice nel corso del processo, che incidono sulla tutela dei diritti, cioè sulle posizioni sostanziali, finendo per modificare la disciplina dettata dal diritto sostanziale.*”

⁽²⁰⁾ M. FACCIOI, “*Presunzioni giurisprudenziali*” e responsabilità sanitaria, in *Contratto e Impresa*, 2014, 1, 79. L'autore fornisce un'analisi completa in merito all'argomento, mettendo in luce punti critici e punti forti di queste particolari presunzioni.

⁽²¹⁾ l'art. 217.6 della Ley de Enjuiciamiento Civil spagnola prevede il criterio di “*facilidad*” della prova.

⁽²²⁾ M.TARUFFO, *Il regime probatorio: i principi generali*. Contratto e Impresa, 2014, 1, 1. “*si può rilevare che se – come pare nella maggior parte dei casi – il problema è di acquisire al giudizio un mezzo di prova (di regola si tratta di documenti) di cui non dispone la parte che avrebbe l'onere di provare un fatto perché il mezzo di prova è nella disponibilità dell'altra parte (o di un terzo), lo strumento processuale adeguato per raggiungere questo scopo non è affatto l'inversione dell'onere della prova (che comunque non riguarderebbe il terzo), ma è piuttosto un ordine di esibizione, adeguatamente sanzionato nel caso di inottemperanza. In tal caso non sorgerebbero problemi di contraddittorio, non si pregiudicherebbe l'esito della causa, e si lascerebbe intatta la funzione della regola fondamentale dell'art. 2697, che è quella di fornire una regola di giudizio per l'ipotesi in cui fatti giuridicamente rilevanti risultino sforniti di prova.*”

6. Il caso

Dopo aver analizzato le presunzioni giurisprudenziali in un'ottica generale, appare utile ricondurre il ragionamento nelle maglie della sentenza in questione.

In quest'ultima viene ribadito che l'onere probatorio gravante in capo al danneggiato sia quello di provare il difetto, il danno e la connessione causale tra difetto e danno, richiamando la legislazione e la consolidata giurisprudenza di legittimità.

A ben vedere però, il difetto di fabbricazione insito nel componente del velocipede del danneggiato è emerso a seguito della consulenza tecnica d'ufficio, mentre il soggetto danneggiato si è limitato a dimostrare che vi è stata un'anomalia durante l'utilizzo "normale" del prodotto.⁽²³⁾

Tale attenuazione dell'onere probatorio gravante sul danneggiato risulta ormai diffusa sia nelle corti di merito sia in quelle di legittimità, configurando quindi una presunzione giurisprudenziale atta non ad invertire, bensì a modificare l'onere probatorio, rendendolo meno oneroso per l'utilizzatore del bene.

La Cassazione esprime tale interpretazione nella sentenza del 8 luglio 2007, n° 20985 affermando che "Il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno, va interpretato nel senso che detto danneggiato deve provare che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto."⁽²⁴⁾

L'applicazione di questa presunzione di difettosità del prodotto è facilmente riscontrabile anche all'interno delle corti di merito. Si prenda in considerazione la sentenza del tribunale di Pisa, avente ad oggetto la richiesta di risarcimento da parte di due soggetti nei confronti della società produttrice del motoveicolo su cui viaggiavano, il quale prendeva fuoco apparentemente senza alcun motivo. Il giudice fa espresso riferimento alla difficoltà che incontra il danneggiato nella dimostrazione dell'esistenza del difetto, prevedendo che egli si possa limitare alla dimostrazione provare quei fatti materiali, storicamente accertabili, che autorizzino il giudizio di difettosità del prodotto".⁽²⁵⁾

In ordine alle ipotesi di responsabilità per fatto illecito, ed in particolar modo, nell'ipotesi di responsabilità per danno da prodotto difettoso, spetta al danneggiato provare che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto, nonché il danno subito e la connessione causale tra questo ed il difetto riscontrato, così la corte d'appello di Roma, riguardo al caso di una donna che accusava la società produttrice di formaggio di essere responsabile per i danni da lei subiti a seguito della consumazione del prodotto.⁽²⁶⁾

Constata dunque la diffusa applicazione della presunzione di difettosità in tema di responsabilità da prodotto difettoso, sembra si possa affermare che nonostante la

⁽²³⁾ E. DALMOTTO, *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2005, 3, 131.

⁽²⁴⁾ Rimanendo nell'ambito della giurisprudenza di legittimità si veda la pronuncia Cass. civ. Sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458, Pres. G.M. BERRUTI, Est. A.AMBROSIO "il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno", mentre "il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'art. 6". Il che significa che spetta innanzitutto al soggetto danneggiato di dimostrare che il prodotto ha evidenziato il difetto durante l'uso, che ha subito un danno e che quest'ultimo è in connessione causale con detto difetto e che, una volta che il danneggiato ha fornito tale prova, grava sul produttore l'onere della prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che il difetto riscontrato non esisteva quando ha posto il prodotto in circolazione ovvero che all'epoca non era riconoscibile come tale a causa dello stato delle conoscenze scientifiche e tecniche."

⁽²⁵⁾ Trib. Pisa, 7 gennaio 2015, Giud. A. DE DURANTE.

⁽²⁶⁾ App. Roma Sez. III, 15 ottobre 2013.

discussa liceità di questa tipologia di presunzioni, queste si dimostrino particolarmente utili a rafforzare e valorizzare la ratio della disciplina volta alla tutela del consumatore. La fattispecie analizzata in queste pagine mostra come la prova della difettosità del prodotto abbia raggiunto livelli di complessità e sofisticatezza tali da non poter essere trascurati in sede di applicazione del diritto. Il difetto riscontrato nel componente è risultato nel caso di specie essere il frutto di un alterazione del materiale causata dal processo precedente alla verniciatura, mettendo in luce come l'evoluzione del processo produttivo abbia raggiunto livelli elevatissimi di specializzazione anche nell'industria dei prodotti tradizionalmente ritenuti più elementari.

Sebbene preferibile sotto il profilo della legalità e della coerenza interna del sistema giuridico, un intervento del legislatore volto a supplire a tale difficoltà probatoria, la giurisprudenza ha ancora una volta dimostrato come la sua attività abbia raggiunto notevole importanza sia come correttivo dell'incompetenza e dell'ipertrofia legislativa caratteristica costante degli ultimi anni, sia come strumento di razionalità e di coesione interna del sistema giuridico.

Le considerazioni fin qui svolte non devono far pensare, però, che l'approdo giurisprudenziale della presunzione di difettosità non debba essere tenuto sotto controllo affinché non si cada nell'interpretazione, adottata da alcune corti di merito⁽²⁷⁾, per cui il difetto si possa considerare in re ipsa a fronte della verifica di un danno in capo al soggetto utilizzatore del bene.²⁸

Di tale deriva, se ne è prontamente accorta la Corte di Cassazione, individuando l'errore dell'interpretazione sopraesposta nel ritenere che "il danno sia l'inequivoco elemento di prova indiretta dell'esistenza del difetto del prodotto secondo una sequenza deduttiva che, considerando difettoso ogni prodotto che presenti un'attitudine a produrre danno, trae la certezza dell'esistenza del difetto dalla mera circostanza che un danno è temporalmente conseguito alla utilizzazione del prodotto".⁽²⁹⁾

Tirando le fila del ragionamento fin qui svolto, ritengo si possa affermare l'assoluta utilità delle presunzioni giurisprudenziali, in particolare della presunzione di difettosità venutasi a creare nell'ambito della responsabilità da prodotto difettoso come risposta all'esigenza di una tutela più efficace del consumatore; ferma restando l'importanza e la necessità di un continuo controllo da parte della giurisprudenza di legittimità sull'operato delle corti di merito volto a scongiurare le derive aberranti alle quali potrebbe portare un simile potere nelle mani di un giudice poco accorto.

8. Conclusioni

Giunti alla conclusione del breve, ma denso, ragionamento in merito ai profili critici della disciplina della responsabilità per danno da prodotti difettosi desidero fare una

⁽²⁷⁾ Trib. Roma, 14 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1632 con nota di A.L. BITETTO; Trib. Napoli, 21 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2006, 2667.

⁽²⁸⁾ BALDASSARRE CAMILLA, "Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica", in *Danno e Resp.*, 2014, 5, 489. "Esse appaiono, invece, più motivate dalla volontà di porre un freno alla tendenza, mostrata in particolare dalle corti di merito, ad elidere uno degli elementi oggetto di prova, ossia il difetto, ritenendola in re ipsa, raggiunta con il semplice verificarsi del fatto dannoso, svincolata dalle reali caratteristiche del prodotto incriminato. Tale ultimo orientamento si è affermato in seno alle corti di merito quale variazione qualitativa, sulla scia dell'opinione maggioritaria in dottrina secondo cui la prova del difetto rappresenterebbe una probatio diabolica per il consumatore, non in grado di provare lo specifico od intrinseco vizio di fabbricazione, assumendosi, all'opposto, che il suo onere probatorio si esaurisca nella prova che il prodotto non offra la sicurezza che ci si può ragionevolmente attendere in relazione alle circostanze".

⁽²⁹⁾ Cass. civ. Sez. III, 29 maggio 2013, n° 13458, Pres. G.M. BERRUTI, Est. A. AMBROSIO.

breve considerazione in merito al ruolo della giurisprudenza all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Sebbene l'Italia appartenga allo schieramento dei paesi di civil law (per quanto la distinzione tra common law e civil law conservi ancora una valenza sostanziale), il formante giurisprudenziale nel nostro Paese ha assunto un ruolo fondamentale non solo in merito all'interpretazione del diritto, bensì anche alla correzione di esso, riconducendolo, ove possibile, nelle maglie della razionalità e della logicità in un universo di tante "piccole" leggi scoordinate tra loro. Nonostante la discutibilità delle presunzioni giurisprudenziali, occorre quindi non limitare l'operare delle corti, soprattutto di quelle di legittimità, bensì di augurarsi che venga effettuato un intervento legislativo in tal senso.

In queste pagine, infatti, credo di aver dimostrato come la giurisprudenza (che alle volte si fa dottrina), si sia dimostrata lo strumento più pronto, idoneo ed efficace per supplire alle carenze manifestate dalla disciplina della responsabilità del produttore.

LO SCOOTER IN FIAMME: LA RESPONSABILITÀ PRESUNTA DEL PRODUTTORE COME IPOTESI DI RESPONSABILITÀ IBRIDA

di Giulia Visentini

IL CASO

Padre e figlia percorrono a velocità moderata l'autostrada A 14 in direzione sud a bordo di un motoveicolo; quando all'improvviso lo scooter prende fuoco, senza che si fosse verificato alcun urto o incidente. Le fiamme si erano per lo più sprigionate dalla parte inferiore dell'avantreno dello scooter, causando così ustioni di 1,2,3 grado alle mani e agli arti inferiori di entrambi gli attori.

I danni che padre e figlia lamentano erano ingenti; si chiede il risarcimento del danno biologico, sia temporaneo che permanente, di entrambi gli attori, il danno morale e in più il risarcimento del danno da perdita della capacità lavorativa specifica del padre che, sommozzatore professionista, ha vista ridotta la sua capacità. In merito invece, ai danni patrimoniali; oltre al danno conseguente la distruzione dello scooter, viene chiesto il rimborso delle spese mediche, comprendenti anche quelle per l'avvenuta esecuzione di un intervento chirurgico, dei costi di trasferta e di redazione delle perizie tecniche.

Le attese risarcitorie delle vittime muovono dal presupposto che, il sinistro, e quindi i conseguenti danni, siano imputabili al produttore dello scooter; facendo leva su due tipi di imputazione diversi, quello della normativa ad hoc del D.lgs. 206/2005 art 112 e ss., e quello che si basa sulle norme codicistiche, di cui agli art. 2043, 2049, 2050, 2059.

La parte attrice richiama uno specifico paradigma: l'art. 120 del Codice del consumo, relativo al regime probatorio, che dispone come debba essere il danneggiato a dover provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno; ritenendo però, che proprio per la difficoltà di provare il difetto possa operare una presunzione di difettosità, visto che il comportamento di quello scooter, era risultato diverso rispetto a ciò che ci si attendeva dai motoveicoli della medesima serie.

La società produttrice, di contro, dimostra come, vista la mancanza di prova di questo, ex art. 120, non si possa affermare l'esistenza di un difetto di fabbricazione del motoveicolo. Infatti, l'incendio potrebbe essere stato causato da qualsiasi fattore diverso da un difetto originario.

Così prospettata la situazione, si poteva sostenere l'operare di una presunzione di sicurezza del prodotto, che sia stato sottoposto a controlli e sia conforme alla normativa europea e nazionale, ex art. 105, dato che il motoveicolo era regolarmente mantenuto, come dimostrato dai tagliandi. Dall'analisi di questi elementi si era escluso il difetto di fabbricazione del singolo esemplare visto che esso non presentava particolari anomalie, così come quello di progettazione del modello, anche se non allegato, tramite una valutazione di tipo probabilistico, dato che il sinistro di specie è l'unico che abbia coinvolto quel tipo di scooter su 40000 prodotti.

Quindi, con riferimento all'imputazione fondata sugli art. 112 e ss. del Codice di consumo, il giudice rileva come non possa riscontrarsi alcuna responsabilità della società produttrice, posto che il danneggiato non ha allegato la prova del difetto; il che equivarrebbe all'insussistenza del nesso di causalità tra difetto e danno. Infatti, se si ammettesse provato il nesso, si farebbe applicazione del criterio del "più probabile che non"; che, mancando la prova del difetto, non può essere applicato nel caso di specie; poiché altrimenti si finirebbe per qualificare la responsabilità del produttore come oggettiva, quando invece è presunta (prescinde dall'accertamento dell'effettiva colpevolezza del produttore, ma non dalla prova del difetto).

Il giudice non nega, che la prova del difetto possa anche basarsi su presunzioni semplici, a patto che la presunzione abbia il requisito della gravità, precisione e concordanza. Tuttavia nel caso specifico non sembra corretto far derivare con logica meramente probabilistica il difetto di fabbricazione dall'assenza di altri fattori causali rispetto all'incendio; poiché sarebbe una *praesumptio de praesumptio*, e come tale inammissibile.

Infine si è anche esclusa la possibilità di imputare la responsabilità al produttore sulla base degli articoli 2043, 2049 e 2050 c.c.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PISA

Il Giudice, dott. Alessia De Durante, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 62086/2010 R.G.,

promossa da

G.F. e C.F. (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. SANTUCCI GIAN MATTEO E BERNARDINI ROBERTA, elettivamente domiciliato in PIAZZA DELLA CONCORDIA 6 56025 PONTEDERA presso il difensore avv. BERNARDINI ROBERTA

PARTE ATTRICE

contro

P. & C. SPA (C.F. (...)), con il patrocinio dell'avv. LUCA MASTROMATTEO, CASIGLIANI ROBERTA e dell'avv. BECHINI DOMENICO ((...)) VICOLO TOSCANELLI 4 56127 PISA, elettivamente domiciliato in VICOLO TOSCANELLI N.4 56127 PISA, presso il difensore avv. CASIGLIANI ROBERTA

PARTE CONVENUTA

e con

A.G. S.P.A., con il patrocinio di avv. BRUNI CARLO ,

TERZO CHIAMATO

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Rilevato che:

- G.F. e C.F., sua figlia, hanno chiesto la condanna della società P. S.p.A. al risarcimento dei danni, non patrimoniali e patrimoniali, patiti a seguito del sinistro occorso in data 8 agosto 2009, alle ore 12.00, quando, mentre gli attori, a bordo del motoveicolo P. MP3 400, targato (...) telaio numero (...), percorrevano a velocità

moderata l'autostrada A 14 in direzione sud, all'altezza del km 359 + 900 circa, all'improvviso lo scooter aveva preso fuoco, in assenza di alcun urto o incidente, con fiamme in particolare sprigionatesi dalla parte inferiore dell'avantreno dello scooter; le fiamme avevano causato ustioni di 1, 2 e 3 grado alle mani ed agli arti inferiori di entrambi gli attori, oltre alla distruzione dello scooter; oltre al danno biologico, di natura temporanea (assoluta per giorni 21, parziale al 50% per giorni 45, parziale al 25% per giorni 90) e permanente (in misura non inferiore ad una riduzione della integrità psicofisica del 13%), e morale, l'attore G.F. (anni 42 al momento del sinistro) aveva visto ridotta la sua capacità di lavoro specifica (sommizzatore professionista), in misura non inferiore al 5%, quantificabile nella somma di Euro 10.000,00; inoltre, sotto il profilo patrimoniale, l'attore avrebbe riportato, oltre al danno conseguente alla distruzione dello scooter (di recente immatricolazione) pari a Euro 6.000,00, un danno costituito dalla sommatoria delle spese mediche, costi e spese di trasferta (Euro 2.000,00); spese per la redazione delle perizie tecniche di parte (Euro 5.000,00); spese per l'avvenuta esecuzione di un intervento chirurgico (pari a Euro 10.000,00), in data 17 agosto 2009 (doc. 13), un danno emergente, costituito dalla perdita del guadagno relativo ad ogni giorno di lavoro perso, per una somma pari a Euro 350,00 al giorno, per un totale di Euro 61.950,00; l'attrice C.F. aveva riportato un danno biologico quantificabile in una riduzione della integrità psicofisica permanente pari ad una percentuale del 5%, temporanea pari a 15 giorni di invalidità assoluta, parziale nella misura del 50% per 30 giorni, parziale nella misura del 25% per 60 giorni;

- Hanno dedotto che il sinistro sarebbe imputabile esclusivamente al produttore dello scooter, ai sensi della normativa di cui al codice del consumo, D.lgs. n. 206 del 2005, ed in particolare ai sensi del disposto degli artt. 112 e ss.; la società convenuta, poi, risponderebbe del danno anche in ossequio alla normativa codicistica, ed in particolare per il combinato disposto di cui agli artt. 2043, 2049, 2050 e 2059 c.c.; del resto, se è vero che sul danneggiato incombe, come chiarito dalla giurisprudenza, anche di merito, più recente, la prova del difetto, del danno e del collegamento causale fra gli stessi, (art. 120 codice del consumo), è anche vero che, proprio in ragione della estrema difficoltà di provare il difetto di fabbricazione del prodotto, sussiste sul punto una presunzione di difettosità, operante in tutte le ipotesi in cui il comportamento del prodotto si discosti da quello degli altri prodotti della medesima specie, determinando con ciò l'insicurezza del singolo prodotto rispetto agli altri esemplari della medesima specie;

- la società P. S.p.A. ha chiesto il rigetto della domanda, perché infondata;

- ha dedotto che non vi sarebbe prova della sussistenza di un difetto di fabbricazione del prodotto, e che l'incendio potrebbe essere stato causato da qualsiasi fattore diverso da un difetto originario, sia interno allo scooter, e, in particolare, coincidente con una elaborazione o sostituzione del motore, degli impianti elettrici ed elettronici e/o della ciclistica, sia esterno, e, pertanto, riconducibile ad un urto, o alla presenza di borse sullo scooter; tale conclusione, del resto, discende dall'assunto, incontestato, che, al momento dello sviluppo dell'incendio, il motore non aveva presentato anomalie funzionali, anche con riferimento all'alimentazione carburante del sistema di iniezione; anche il perito della controparte, poi, aveva riconosciuto che la regolarità di propulsione del mezzo può ricondursi soltanto ad una altrettanto regolare alimentazione del carburante all'interno del corpo farfallato; in ogni caso, il c.t.u., anche in considerazione della circostanza che il sinistro per cui è causa è l'unico che abbia coinvolto un MP3 400 P., su 40.000 esemplari prodotti, aveva escluso la possibilità di un difetto di progettazione o costruzione; le conclusioni della c.t.u. volta in corso di causa, inoltre, indicano l'impossibilità di riscontrare un difetto di fabbricazione del singolo esemplare; il perito, infatti, aveva dapprima analizzato l'eventualità di un difetto relativo all'impianto

elettrico, escludendolo, in quanto lo stesso era funzionante al momento dell'incendio, avendo parte attrice, con l'incendio in corso, inserito il blocco anti-rollio; quanto ad un difetto del corpo farfallato, esso può escludersi, sia perché una sua eventuale rottura, con distacco dal lato motore, avrebbe implicato, oltre alla perdita di carburante, anche una irregolare trazione del motoveicolo, smentita dall'attore G.F.; un distacco del corpo farfallato non dal lato motore ma a valle, del resto, non è ipotesi confortata dall'analisi del reperto; a ciò, si aggiunga che, da un lato, l'art. 105 del codice di consumo prevede una presunzione di sicurezza del prodotto che sia stato sottoposto ai controlli e sia comunque conforme sul piano sanitario e della sicurezza alla normativa europea e nazionale, dall'altro che in ogni caso, a mente dell'art. 120 del medesimo codice, il danneggiato deve provare il difetto di conformità;

- ha chiamato in causa, per essere tenuta indenne dalle conseguenze economiche della condanna, la società A.G. S.p.A., la quale ha chiesto il rigetto della domanda articolata dalla parte attrice, perché infondata; in caso di accoglimento della domanda articolata nei confronti della parte attrice, ha chiesto che la domanda di manleva sia accolta tenendo conto della franchigia e del massimale di polizza;

- Il processo è stato istruito attraverso le produzioni documentali delle parti, prova per testi, c.t.u.;

ritenuto che:

- Il teste escusso, indifferente e, data la sua qualità (teste oculare, dipendente della S.A. S.p.A., giunto presso il luogo del sinistro dopo circa tre minuti dall'accaduto), particolarmente attendibile, ha dichiarato che vi erano delle borse trasportate sullo scooter, ma si trovavano nella parte posteriore ed avevano preso fuoco solo in un secondo momento, e che l'incendio interessava il motore, ed in particolare la zona posta subito dietro la ruota davanti dello scooter;

- D'altra parte, in considerazione della documentazione prodotta dalla parte attrice (tagliandi), anche in assenza della escussione testimoniale, deve ritenersi che lo scooter fosse regolarmente mantenuto;

- Se è vero, perciò, che, anche in ragione dello stato dei reperti, il c.t.u. non ha rinvenuto la prova della sussistenza di un difetto di fabbricazione del singolo prodotto - per le ragioni brevemente esposte escludendo altresì un difetto di progettazione o di costruzione del modello -, è anche vero che, per quanto possibile, sono state escluse possibilità di decorso causale alternative rispetto alla eziologia dell'incendio derivante da difetto endogeno del prodotto;

- Tutto ciò premesso, a parere del giudicante non risulta fondata la pretesa articolata dalla parte attrice;

- Deve osservarsi, infatti, quanto segue;

- In base al disposto normativo di cui all'art. 120 del codice del consumo, incombe sul soggetto danneggiato l'onere di dar prova del difetto di conformità del prodotto;

- Nel caso di specie, non vi è prova che lo scooter sul quale viaggiavano gli attori fosse caratterizzato da un difetto di fabbricazione, per quanto già riportato anche a proposito delle conclusioni raggiunte dal consulente; il difetto di progettazione, o comunque riferito al modello di scooter, non è stato oggetto di allegazione, e, comunque, deve allo stato escluso, in ragione dei - pacifici - dati statistici, relativi al numero dei sinistri occorsi, comparato con il numero di scooter in circolazione e già prodotti;

- Di conseguenza, sebbene sia consolidata e del tutto condivisibile la giurisprudenza di legittimità in punto di prova del nesso di causalità in ambito civilistico e, specificamente, in punto di sufficienza della maggiore probabilità di un determinato decorso causale rispetto ad un altro (da ultimo, si confronti, benché riferita a diversa fattispecie, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 22225 del 20/10/2014 (Rv. 632945)), nel caso di

specie, a ben vedere, si tratterebbe, in assenza di prova del difetto di conformità e, quindi, dal fatto allegato come causale, di applicare detto criterio probabilistico in assenza di prova di uno dei termini del rapporto, e cioè del difetto di conformità;

- In altri termini, pur nella consapevolezza della difficoltà riferita alla prova della esistenza del difetto di fabbricazione, tenuta in conto dalla giurisprudenza di merito indicata dalla parte attrice, non si può non tenere parimenti conto della circostanza che, di fatto, nonostante le approfondite indagini condotte (del tutto condivisibili) anche dall'ausiliario, non vi è la prova della esistenza di detto difetto; ritenere provato il nesso di causa fra difetto e danno, effettivamente, equivarrebbe ad applicare il criterio del più probabile che non alla esistenza di un fatto (difetto), da cui, applicando il medesimo criterio, si farebbe discendere il danno; a sua volta, un ragionamento di questo tipo equivarrebbe ad imputare al produttore una responsabilità di tipo oggettivo che non sembra quella introdotta dalla norma richiamata (art. 120 codice del consumo);

- Tale interpretazione, del resto, trova conforto nella giurisprudenza di legittimità più recente, in tema di responsabilità del produttore (Cass. 12665/2013; Cass. 13458/2013; citate da parte convenuta), la quale ha chiarito che La responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato - ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (trasfuso nell'art. 120 del cd. "codice del consumo") - la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno (Cass. 13458/2013);

- Del resto, come si legge nella medesima pronuncia, se è vero che nulla esclude che si possa fare riferimento al ragionamento presuntivo, onde risalire da un fatto noto ad un fatto ignoto (Tutto quanto sin qui detto non esclude, ovviamente, che la prova della difettosità del prodotto possa basarsi su presunzioni semplici, ergo che il giudice, una volta acquisita, tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un "fatto secondario" deduca, in via indiretta, l'esistenza del "fatto principale" ignorato (nella specie "il difetto" del prodotto), purché le presunzioni abbiano il requisito della gravità (il che significa che l'esistenza del fatto ignoto deve essere desunta con ragionevole certezza, anche probabilistica), della precisione (il che impone che il fatto noto, da cui muove il ragionamento probabilistico, e il percorso che si segue non siano vaghi ma ben determinati nella loro realtà storica), della concordanza (il che postula che la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto)), ed anche con riferimento, quale fatto ignoto, al difetto, è anche vero che, tuttavia, non è possibile (È inoltre sicuramente inammissibile la cd. *praesumptio de praesumptio*, non potendosi valorizzare una presunzione come fatto noto, per derivarne da essa un'altra presunzione (ex plurimis Cass. 9 aprile 2002, n. 5045)) far derivare, con logica, peraltro, come detto, meramente probabilistica (priva dei caratteri della univocità, tenuto conto che, se è vero che la manutenzione e i conseguenti tagliandi appaiono escludere interventi sullo scooter, è anche vero che gli stessi appaiono parimenti escludere un difetto di produzione), un fatto ignoto (difetto di fabbricazione) da uno noto (assenza di ricorrenza di altri fattori causali rispetto all'incendio);

- Da ultimo, si deve osservare come la fattispecie non appaia sussumibile nell'ambito delle norme codicistiche richiamate dalla parte attrice, artt. 2043, 2049 e 2050, tenuto conto della circostanza che l'attività di produzione di motoveicoli, non può di per sé, essere qualificata alla stregua di attività pericolosa, né appare, per quanto chiarito, ravvisabile una condotta dolosa o colposa in capo alla parte convenuta;

- La difficoltà in fatto e diritto della controversia fonda l'integrale compensazione delle spese di lite;
- Per gli stessi motivi, le spese di c.t.u. devono essere poste definitivamente a carico di tutte le parti del giudizio;

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda o eccezione assorbita, così statuisce:

rigetta la domanda perché infondata;

dichiara integralmente compensate le spese di lite, e pone definitivamente a carico di tutte le parti le spese di c.t.u., già liquidate in atti.

Così deciso in Pisa, il 18 dicembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 7 gennaio 2015.

TRIBUNALE DI PISA, sentenza 7 gennaio 2015; Giud. De Durante, G.F. e C.F. (Avv.ti SANTUCCI, BERNARDINI) c. P. & C. SPA (Avv.ti MASTROMATTEO, CASIGLIANI, BECHINI), A.G. S.P.A. (Avv. BRUNI).

Responsabilità civile – Responsabilità da prodotto difettoso – Onere della prova del difetto – Impossibilità di presumere il difetto in assenza di prova della non conformità del prodotto - Fattispecie (D.lgs. n 206/2005, Codice del consumo, art. 112 e ss. e art. 120)

Responsabilità civile – Responsabilità da prodotto difettoso – Prova del difetto di progettazione – Non sussiste (D.lgs. n 206/2005, Codice del consumo, Art. 120)

Responsabilità civile – Incendio di motoveicolo – Produzione di motocicli – Esercizio di attività pericolose – Non sussiste (Cod. civ. art. 2050)

Responsabilità civile – Incendio di motoveicolo – Colpa del produttore – Non sussiste (Cod. Civ. art. 2043)

Se è vero che in tema di danno da prodotto difettoso incombe sul danneggiato l'onere di provare il difetto del prodotto, il danno subito e la connessione causale tra questo e il difetto riscontrato, non è concesso ricavare la prova del difetto in via presentiva da un'altra circostanza avvalorata da presunzioni; infatti, posto che la responsabilità da prodotto difettoso non è oggettiva, ma presunta, non si può prescindere dall'accertamento del difetto del prodotto, dovendo provarsi non il nesso causale tra prodotto e danno, ma tra difetto e danno (nella specie si esclude che il danneggiato possa provare l'esistenza del difetto la responsabilità del produttore, per inadempimento della parte attrice agli oneri della prova; dal momento che dalla presunzione di esistenza del difetto non si può far derivare il nesso eziologico tra difetto e danno, in virtù dell'inammissibilità della presumptio de presumptio.). (1)

In tema di danno da prodotto difettoso incombe sul danneggiato l'onere di provare il difetto di conformità (art. 120 D.lgs. 206/2005), e come tale, così il difetto di progettazione deve essere oggetto di allegazione e prova davanti al giudice. (nella specie il difetto di progettazione riferito al modello di scooter e non al singolo esemplare, non era stato oggetto di allegazione; ma comunque era da escludersi in ragione di una comparazione tra numero dei sinistri occorsi e scooter in circolazione di quel modello). (2)

Il produttore di bene difettoso non risponde in base all' art. 2050, qualora l'attività di produzione di un bene (nella specie: la produzione di motoveicoli) non possa essere qualificata come attività pericolosa né per sua natura, né per la natura dei mezzi adoperati. (3)

Il produttore di un motoveicolo non risponde del danno occorso al passeggero di un motoveicolo incendiatosi in base all'art. 2043 ove non sia provata dal danneggiato la condotta dolosa o colposa del produttore. (4)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini, in particolare nella giurisprudenza di legittimità con Cass., sez VI, n. 12665, 23 Maggio 2013, in *Foro it.*, Rep. 2013, in voce *Responsabilità civile*, n. 230, che conferma la sentenza di merito del Tribunale di Cremona. Anche in tale frangente il caso era quello di un motociclista, che aveva domandato nei confronti del fabbricante il risarcimento dei danni causati - a suo dire - dall'improvviso blocco di una ruota, provocato da un difetto di fabbricazione; il giudice di merito, rilevando che al momento del giudizio il mezzo era andato distrutto e non era possibile accertare l'esistenza del difetto aveva rigettato la domanda. La S.C. ha confermato tale decisione, vista l'impossibilità della parte attrice di adempiere agli oneri probatori e ribadisce come il danneggiato, che invochi la responsabilità del produttore non si possa limitare a provare il nesso di causa tra l'uso del prodotto ed il danno, ma deve provare in modo specifico il nesso di causa tra il difetto del prodotto ed il danno.

Il Tribunale di Pisa rileva come la responsabilità speciale del produttore per danni derivanti da un difetto del prodotto, debba essere qualificata non come responsabilità oggettiva, ma piuttosto come responsabilità presunta, poiché non prescinde dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto; incombe, sul danneggiato la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno. Tale orientamento si deve anche a delle pronunce molto recenti come, Cass., sez. III, 29 Maggio 2013, n. 13458, in *Foro it.*, Rep. 2013, in voce *Obbligazioni in genere*, n. 76; nella specie, un chirurgo denunciava le lesioni derivanti da una pinza a ultrasuoni, in tal caso la S.C. cassa la sentenza di secondo grado con rinvio alla Corte d'Appello affinché valuti se è stata raggiunta la prova della difettosità del prodotto. Ne deriva che, per riconoscere la difettosità del prodotto non basta accertare il danno, in quanto quest'ultimo non prova indirettamente, di per sé, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, così si era anche espressa la S.C. in Cass. 13 dicembre 2010 n. 25116, in *Foro it.*, Rep. 2010, in voce *Responsabilità civile*, n. 322, in *estenso* in *Danno resp.*, 2011, 975, con nota di L. FRATA. Per la possibilità di ricorrere a criteri di prova presuntiva, ai fini della ricostruzione del nesso di causalità fra difetto del prodotto e danno subito dall'utente vedi, App. Roma 21 novembre 2006, *Foro it.*, Rep. 2008, in voce *Responsabilità civile*, n. 279 (e *Rass. dir. farmaceutico*, 2007, 602). Qualora, invece, manchi la prova del difetto, non si può presumere l'esistenza, poiché il ragionamento presuntivo è inammissibile se si traduce in una doppia presunzione (*praesumptio de praesumptio*), in tema Cass. 9 aprile 2002 n. 5045, in *Foro it.*,

Rep.2002, in voce *impugnazioni civili*, n.113; circa la più generale inammissibilità di praesumptio de praesumptio in materia civile, Cass., Sez. II, 22 febbraio 2001 n. 2612, in *Foro it.*, Rep. 2001, in voce *Contratto in genere*, n. 299; Cass., sez. II, 28 gennaio 2000 n. 988, in *Foro it.*, Rep. 2000, in voce *Simulazione civile*, n. 16; Cass., sez. II, 28 gennaio 1995 n. 1044, in *Foro it.*, Rep.1995, in voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 20; Cass., sez. lav., 20 giugno 2006 n. 14115, in *Foro it.*, Rep. 2006, in voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1095. L'art. 120 del D.lgs. 206/2005, nel far dipendere la speciale responsabilità del produttore per prodotti difettosi dal nesso di causalità tra il danno e il difetto del prodotto, pone l'onere sul danneggiato, che chiede il risarcimento, di provare gli elementi costitutivi di tale diritto: il danneggiato deve provare, oltre al danno, l'esistenza di un difetto nel prodotto e il nesso causale tra difetto e danno; così Cass., sez. III, 6 agosto 2013, n.18654, in *Foro it.*, Rep. 2014, in voce *Responsabilità civile*, n. 214; Cass., sez. III 15 marzo 2007, n. 6007; in *Foro it.*, Rep. 2007, in voce *Responsabilità civile*, n. 251, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2007, 1216; Cass.; sez. III 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Foro it.*, Rep. 2008, in voce *Responsabilità civile*, n. 278, in *estenso* in *Resp. civ.*, 2008, 350, cassa App. Brescia 20 maggio 2003; Cass., sez. III, 04 Gennaio 2010, n. 14, 2012, *Foro.it*, in voce *Responsabilità civile*, n. 283 (secondo cui la casa automobilistica risponde dei danni subiti dal conducente del veicolo in conseguenza del mancato funzionamento dell'airbag nel corso di un incidente stradale); Cass., Sez III, 13 Dicembre 2010, n. 25116, in *Foro it.*, Rep. 2012, in voce *Responsabilità civile*, n. 284, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2012, 67; Trib. Roma 27 aprile 1988, in *Foro it.*, Rep. 1989, in voce *Responsabilità civile*, n. 110; Trib. Monza, sez. IV, 18 Ottobre 2007, n. 2973, in *Guida al diritto*, 2008, 1, 48 (s.m); Trib. La Spezia sentenza 26 ottobre 2005, in *Resp. Civ. prev.*, 2006, 3, 465, con nota di M. GORGONI. Prima della sentenza della Cass. civ., sez. III, 29 Maggio 2013, n. 13458, che specifica la natura della responsabilità da prodotto, qualificandola come presunta; già alcune sentenze di merito si erano pronunciate sulla complessità di tale tema richiamandosi, invece alla responsabilità oggettiva, che prescinde da qualunque accertamento in termini di colpa del produttore; così T. Pisa-Pontedera, 16 Marzo 2011, in *Foro it.*, 2012, parte I, col. 577; Trib. Benevento 24 febbraio 2006 n.433, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. G. PONZANELLI (Prodotto: confezione plastica porta bottiglie); Trib. Roma 17 marzo 1998, *Foro it.*, 1998, I, 3660, con nota di A. PALMIERI, (afferma la responsabilità del produttore di una bottiglia d'acqua minerale scoppiata fra le mani di un acquirente, ritenendo espressamente che tale responsabilità fosse da qualificarsi "obiettiva"). Sul tema più generale della responsabilità da prodotto si veda anche: Cass., sez. III, 1 Giugno 2010 n.13433, in *Foro it.*, Rep. 2011, in voce *Responsabilità civile*, n. 301; Cass. sez. III, 14 giugno 2005, n. 12750, in *Foro it.*, Rep. 2006, in voce *Responsabilità civile*, n. 434, in *estenso* in *Resp. civ.*, 2006, 129. Conferma App. Bolzano 20 dicembre 2001 (Prodotto: fuoco d'artificio); Cass., Sez. III, 20 aprile 1995, n. 4473, in *Foro it.*, Rep. 1998, in voce *Responsabilità civile (attività pericolose)*, n. 268; Cass., 29 settembre 1995, n. 10274, in *Danno e resp.*, 1996, 87 n. C. COSSU ; Trib. Roma 14 novembre 2003, *Foro it.* 2004, I, 1632 n. A.L. BITETTO (Prodotto: moto); Trib. Vercelli 7 aprile 2003, in *Danno e resp.*, 2003, 1011, con nota di G. PONZANELLI (Prodotto: caffettiera); Trib. Torino 17 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2003, 81, con nota di A. GIUSSANI (Prodotto: autovetture); Trib. Ascoli Piceno 5 marzo 2002, *Foro it.*, Rep. 2002, in voce *Responsabilità civile*, n. 216, e in *estenso* in *Dir e lav. Marche*, 2002, 75 (Prodotto: autoveicolo); Trib. Viterbo- Castellana, 17 gennaio 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, in voce *Responsabilità civile*, n. 215, e, in *estenso* in *Rass. giur. umbra*, 2001, 206, con nota di L. MEZZASOMA (Prodotto: autoveicolo); Trib. Brindisi- Ostuni 12 gennaio 2001, *Corti, Bari, Lecce e Potenza*, 2001, I, 331, con nota di M. CAVALLO

(Prodotto: trampolino); Trib. Massa Carrara 20 marzo 2000, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità civile*, n. 210, e, per esteso *Arch. civ.*, 2002, 343 (Prodotto: frullatore); Giud. pace Monza 20 marzo 1997, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Danni civili*, n. 139, e, in *estenso* in *Arch. civile*, 1997, 876, con nota di V. SANTARSIERE (Prodotto: condimento per riso); Trib. Monza 11 settembre 1995, *Foro it.* Rep. 1998, voce *Danni civili*, n. 276, e, in *estenso* in *Resp. civ.*, 1996, con nota di C. MARTORANA (Prodotto: orditoio); Trib. Milano 13 aprile 1995, *Foro it.*, Rep. 1996, in voce *Danni civili*, n. 179, in *estenso* in *Danno e resp.*, 1996, 381, con nota di G. PONZANELLI (Prodotto: letto a castello); Trib. Forlì-Cesena, 25 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1631, n. A.L. BITETTO (la struttura refrigerante di un camion frigorifero era crollata, provocando la perdita del carico); Trib. Monza 20 luglio 1993, *Foro it.*, 1994, I, 215, con nota di G. PONZANELLI (Prodotto mountain-bike); Trib. Roma 17 settembre 1987, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1988, I, 494.; Trib. Roma, 14 novembre 2003, in *Danno e resp.* 2004, p. 529 con nota di G. PONZANELLI (cedimento dello sterzo di un motociclo Aprilia per insufficiente serraggio di un bullone); Trib. Rimini, 31 Dicembre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, con nota di A. MASTRORILLI.

In dottrina invece, con riferimento all'onere della prova come prova del danno, del difetto, nonché del nesso di causalità tra difetto e danno si veda; U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e onere probatori del danneggiato*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc.2, 2008, pag. 354 (Nota a Cass., sez. III, 08 ottobre 2007, n.20985); C. BALDASSARRE, *responsabilità del produttore, danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica* (nota a Cass. Sez. III, 29 Maggio 2013, n 13458, in *danno e resp*, 2014, p. 493). Sullo specifico tema di accertamento del nesso di causalità tra difetto e danno si veda; R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 114 e ss.; B. TASSONE, *Responsabilità da prodotto e nesso di causa*, in *Danno e responsabilità*, Speciale 2012 ; M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 7/2008, pag. 1592 (nota a Cass., sez. III, 15 marzo 2007 n. 6007); in particolare in relazione alla prova per presunzioni; S. PATTI, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705; U. CARNEVALI, *Responsabilità del produttore e prova per presunzioni*, in *Rass. civ.*, 1996, I, 481. Sullo specifico punto della natura della responsabilità del produttore, a favore di un'ipotesi di responsabilità oggettiva limitata; G. PONZANELLI, R. PARDOLESI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, commentario, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 1989, p. 502; nel senso, invece di una responsabilità presunta differente da una forma di responsabilità oggettiva assoluta, G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, *Resp. civ. e prev.*, fasc.10, 2006, pag. 1589.

Tra i principali contributi dottrinali in materia di responsabilità da prodotto difettoso in generale vedi, G. ALPA, U. CARNEVALI, F. DI GIOVANNI, G. GHIDINI, U. RUFFOLO, C.M. VERARDI, *La responsabilità da prodotti difettosi*, Milano, 1990; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999; S. D'ARRIGO, *La responsabilità del produttore. Profili dottrinali e giurisprudenziali dell'esperienza italiana*, Milano, 2006; A. SATURNO, G. M. MARENGHI, *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006; G. M. SANTUCCI, *La responsabilità per danno da prodotto difettoso nella recente esperienza italiana*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 987 ss.

(2) Non constano precedenti in termini. Sul difetto di progettazione in genere con riguardo alla giurisprudenza di legittimità, Cass., 29 aprile 2005, n. 8981, in *Foro it.*, Rep. 2006, in voce *Responsabilità civile*, n. 435. Conferma App. Torino 26 ottobre 2000 (la S.C. accerta un difetto di progettazione dell'impianto di alimentazione, che aveva

provocato l'incendio dell'autovettura e ritiene il produttore responsabile ex art. 2043 dei danni cagionati dal vizio di progettazione, qualora siano provati la sua colpa ed il nesso causale tra difetto e pregiudizio); il difetto di progettazione era stato rinvenuto anche in Cass. n. 4004, 21 ottobre 1957, in *Foro It.*, 1958, I, 46 (si trattava di una pistola giocattolo, concepita come pericolosa per i bambini); Cass. Civ., 10 novembre 1970, n. 2337, in *Giur. It.*, 1958, I, 1, 187 (vizio di progettazione di un tagliacarte); con riguardo invece alla giurisprudenza di legittimità, si veda Trib. Monza, 20 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 215, con nota di G. PONZANELLI (il tribunale riscontrando il difetto di progettazione, provato ed allegato dalla controparte, ha ritenuto il fabbricante della mountain-bike responsabile per i danni sofferti dall'attore sulla base del D.P.R. 224/88); Trib. Milano 13 aprile 1995, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Danni civili*, n.179, e, in *estenso* in *Danno e resp.*, 1996, 381, con nota di G. PONZANELLI (difetto di concezione del letto a castello); Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1631, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2004, p. 527; Trib. Monza 11 settembre 1995, *Foro it.* Rep. 1998, voce *Danni civili.*, n. 276, e, in *estenso* in *Resp. civ.*, 1996, con nota di C.MARTORANA (era stato dimostrato che la macchina presentava un difetto di progettazione, dal momento che non disponeva dei dispositivi di sicurezza).

In dottrina sul tema generale del difetto di progettazione, U. CARNEVALI, *Il difetto di progettazione negli autoveicoli* (Nota a Trib. Pisa 16 marzo 2011) in *Resp. civ. e prev.*, 2011, fasc. 10, p. 2108-2112. Si veda poi la dottrina maggiormente completa sul più generale difetto di conformità, già richiamata in precedenza.

(3) Non constano precedenti in termini. Posto che per l'applicazione dell'art. 2050 c.c. è necessario che l'attività di produzione di uno specifico bene sia qualificata come pericolosa, nella giurisprudenza sia di merito che di legittimità, i giudici si sono trovati ad affrontare casi di applicabilità del 2050 c.c. alla responsabilità del produttore. In particolare con riferimento alla giurisprudenza di legittimità l'attività di produzione di bombole a gas è stata qualificata come pericolosa ed in caso di difetto si è imputata la responsabilità del produttore sulla base dell'art. 2050 c.c. (esercizio di attività pericolosa), così Cass., 26 luglio 2012, n. 13214, in *Foro it.*, Rep. 2013, in voce *Responsabilità civile*, n. 177; Cass., sez. III, 19 luglio 2008, n. 20062, in *Foro it.*, Rep. 2009, in voce *Responsabilità civile*, n. 472, in senso conforme Cass. civ., 4 giugno 1998, n. 5484, in *Foro it.*, Rep. 2009, in voce *Responsabilità civile*, n. 472, in *estenso* in *Resp. civ.*, 1999, 115; Cass. civ., 19 gennaio 1995, n. 567, in *Foro it.*, Rep. 1996, in voce *Responsabilità civile*, n. 173; Cass. sez. III 27 luglio 2012, n. 13397, in *Foro it.*, Rep. 2013, in voce *Responsabilità civile*, n. 376; Cass. 20 luglio 1979, n. 4352, in *Resp. Civ. e prev.*, 1980, 84; nel senso che il produttore di bombole di gas può essere chiamato a rispondere ex art. 2050 dei danni che abbiano diretta derivazione causale in attività in precedenza esplicate dal produttore. In tal senso nella giurisprudenza di merito invece; Trib. Forlì, 12 marzo 1981, in *Foro it.* Rep. 1982, in voce *Responsabilità civile*, n. 109; Trib. Milano, sez. X, 21 Maggio 2013, n. 6471, in *Redazione Giuffrè 2013*, (il tribunale ha condannato la società al risarcimento dei danni ex art. 2050 per l'incendio del frigorifero); Trib. Napoli, sez. VIII, 04 Novembre 2010, in *Redazione Giuffrè 2013*, (era stato ritenuto responsabile ex art. 2050 il produttore di un prodotto disgorgante liquido, che nelle avvertenze apposte sulla confezione non conteneva il divieto di utilizzare imbuti). Oltre alla produzione di bombole a gas, anche l'attività di produzione e vendita di sigarette è stata ritenuta attività pericolosa (in senso conforme vedi Cass, Sez. III, 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Foro it.* Rep. 2010, in voce *Danni civili* , n. 269; Trib. Milano, sez. X, 11 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2014, n. G. PONZANELLI; in senso contrario Trib. Napoli, 15 Dicembre 2004, in *Danno e resp.* 2005, 645, n. D'ANTONIO,

GIACCHERO , dove il giudice oltre a negare la pericolosità dell'attività di produzione di sigarette non riconosceva neanche un difetto del prodotto). L'attività di importazione e distribuzione di farmaci costituisce attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.; così Cass. Civ., 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.*, Rep. 1988, in voce *Responsabilità civile*, n. 141. Conferma App. Venezia; Trib. Roma 20 Aprile 2002, in *Danno e resp.*, 2002,10,p.986 ; Trib. Milano 19 Novembre 1987, in *Foro it.*, Rep.1988,in voce *Responsabilità civile*, n. 144, in *estenso* in *Resp. civ.*, 1988, 407; invece, nel senso che l'attività di produzione e commercializzazione di farmaci non è intrinsecamente pericolosa Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in *Foro it.*, Rep. 1988, in voce *Responsabilità civile*, n.143.

In dottrina si segnalano sul rapporto difettosità- pericolosità: per la bombola a gas, A. MAIETTA, *Scoppio di bombola a gas: esercizio di attività pericolosa o danni da prodotto difettoso?*,2009, in *Danno e resp.*, 6, 657.; in relazione ai farmaci, si veda U. CARNEVALI, *Nuove frontiere della responsabilità del produttore : farmaci difettosi e prevenzione del rischio*, *Resp. Civ.*, 1989, 225; A. QUERCI, *La responsabilità da farmaci nell'ordinamento statunitense: cronaca di una realtà che cambia*, in *Danno e resp.*, 2009; relativamente invece, al prodotto delle sigarette, basti segnalare, P. G. MONATERI, *Responsabilità del produttore di sigarette per danni da fumo attivo*, *Danno e resp.*, 2005, 1210.

(4) Trattandosi in questo caso di una massima che afferma un principio generale, ossia il necessario accertamento della colpa del produttore per potergli attribuire responsabilità ex art. 2043; si segnalano precedenti in termini per quanto riguarda i difetti di conformità, che colpiscono anche prodotti diversi dai motoveicoli; poiché in tal caso irrilevante il prodotto specifico. Nella giurisprudenza di legittimità, è d'esempio, Cass., sez. III,29 aprile 2005, n. 8981,in *Foro it.*, Rep. 2006,in voce *Responsabilità civile*, n. 435,in *estenso* in *Danno e resp.*, 2006, 261; nella specie si trattava di un difetto di progettazione dell'impianto di alimentazione, a causa del quale l'autovettura aveva preso fuoco. L'attore, facendo leva su un esile onere probatorio, aveva agito ex art. 2043 c.c. per ottenere il ristoro dei danni. Posto che la disciplina della responsabilità da prodotti difettosi si affianca e non si sostituisce alla disciplina codicistica sulla responsabilità, il produttore risponde dei danni cagionati dal vizio del suo prodotto qualora siano provati la colpa e il nesso tra vizio e pregiudizio. Con riferimento alla giurisprudenza di merito, invece; Trib. Brescia 31 marzo 2003,in *Foro it.*, Rep. 2004,in voce *Responsabilità civile*, n. 261, in *estenso* in *Danno e resp.*, 2004, 666; qui è stata configurata la responsabilità ex art. 2043 di un'azienda produttrice di emoderivati; per aver omesso di adottare nel trattamento una tecnica specifica che riducesse il rischio di contaminazione; Trib. Napoli, sez. VIII 04 Novembre 2010, in *Redazione Giuffrè 2013*; afferma responsabilità ex art. 2043 del produttore e distributore di un liquido disgorgante per difetto di informazione; ad una soluzione contraria perviene il Trib. Milano 31 gennaio 2003,in *Foro it.*, Rep. 2003, in *Danni civili*, n. 251,in *estenso* in *Danno e resp.*, 2003, 634; il produttore di scala in alluminio che abbia procurato lesioni personali all'utente, salitovi per lavoro, risponde dei danni patiti dal lavoratore a norma delle disposizioni sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, non essendo applicabili l'art. 2043.

In questo senso la dottrina più ampia sul tema si ha in riferimento ai difetti di progettazione che colpiscono un prodotto, in particolare, nota a Tribunale Milano, 31 gennaio 2003, S. DELLA BELLA, *Cedimento di scala estensibile e responsabilità del produttore-progettista: la nozione di danneggiato nella disciplina sulla responsabilità del produttore*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.4-5, 2003, pag. 1153; S. DELLA BELLA, *La*

responsabilità del produttore di tute sportive, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.1, 2005, pag. 217 (nota a: Tribunale Roma, 12 maggio 2004).

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Responsabilità da prodotto tra recepimento della direttiva e Codice del consumo. La normativa comunitaria...“armatura” del consumatore; 3. Responsabilità presunta. Una soluzione intermedia; 4. Le implicazioni della responsabilità (oggettiva) assoluta. Il rischio di “ultraresponsabilizzare” il produttore; 5. Art. 120 del Codice del consumo e autonomia della prova del difetto; 6. (Segue) Tendenza delle corti alla semplificazione dell’onere della prova con ricorso alle presunzioni. Ragionamento presuntivo e inammissibilità di *praesumptio de praesumptio*; 7. Il difetto. Il confine labile tra difettosità e insicurezza; 8. Doppio binario di tutela. La sopravvivenza delle norme di diritto comune; 9. Ammissibilità del caso fortuito come ipotesi di prova liberatoria; 10. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza offre ampi spunti per sviluppare riflessioni circa uno dei problemi che sta maggiormente affliggendo il rapporto produttore-consumatore, ossia i contenziosi per i difetti del prodotto, che arrecano danni al consumatore e a chiunque entri in contatto col prodotto stesso; questo perché il fenomeno di produzione e di distribuzione di massa ha comportato l'immissione sul mercato di merci di bassa qualità e anche pericolose¹, esponendo il pubblico a rischi sempre più elevati, dovuti spesso ad errori imputabili all'organizzazione produttiva. Tale tema per lungo tempo, ha occupato gli interpreti e ha subito varie e diverse applicazioni giurisprudenziali.

Ma affinché si possano affrontare i problemi che il danno da prodotto pone, è necessario, prima, effettuare una breve “carrellata” dei fondamentali passaggi all'interno della disciplina, che hanno influenzato le decisioni che oggi, vengono prese sul tema. Si procederà poi, ad un'analisi della natura della responsabilità da prodotto, per poter meglio comprendere il ragionamento seguito dal giudice nella sentenza; si farà riferimento alle chances di tutela del consumatore date dall'applicazione delle norme codicistiche di natura aquiliana; e infine si prenderà in considerazione una particolare ipotesi di prova liberatoria.

2. Responsabilità da prodotto tra Direttiva e Codice del consumo. La normativa comunitaria...“armatura” del consumatore

Prima dell'entrata in vigore della disciplina specifica in tema di prodotti difettosi, di cui al D.P.R. 224/88, poi confluito nel d.lgs. 206/2005, con il quale si è recepita la direttiva 85/374/CEE nell'ordinamento italiano, ci si affidava completamente all'applicazione delle norme del codice sul contratto di compravendita; disciplina che limitava la possibilità di azione per danni al solo caso di soggetti legati da contratto e quindi, non si poteva far valere nei confronti dei cosiddetti bystanders², cioè soggetti terzi che subiscono il danno.

¹ A titolo di esempio si veda Trib. Napoli 5.12.1969 (in materia di benzina la cui composizione si era rivelata difettosa); Trib. Savona 31.12.1971 (scoppio di una bottiglia di Coca Cola); Trib. Forlì 7.5.1976 (scoppio di una bottiglia di aerosol); Cass. 13.1.1982 (scoppio di bombola a gas difettosa).

² Solo successivamente verrà estesa, anche in Italia, a tutti i soggetti che siano “so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation”, così come enunciato nel caso *Donoghue vs Stevenson* dalle corti inglesi.

Successivamente si è fatto riferimento anche alle norme di diritto comune di stampo aquiliano³ contenute nel codice, richiamando a volte l'art 2049 c.c., relativo alla responsabilità dei preponenti per l'attività dei preposti; altre volte il 2050 c.c. circa l'attività pericolosa; anche se nella maggior parte delle ipotesi si prediligeva la clausola generale del 2043 c.c., che comportava che il danneggiato dovesse provare la colpa del danneggiante.

Ma in Italia il sistema di tutela vera e propria del consumatore, muove i suoi passi da un famoso leading case: il caso Saiwa⁴; il quale ribaltando l'onere probatorio di cui all'art. 2043 c.c. affermava due principi: il primo era il carattere extracontrattuale della responsabilità, facendo in modo che il consumatore si potesse rivalere sul produttore, indipendentemente dall'esistenza o meno del contratto; il secondo consisteva nell'introduzione di un criterio di imputazione della responsabilità basato su una presunzione di colpa, che riteneva il produttore responsabile in modo automatico, risolvendo il problema del difficile onere probatorio in capo al danneggiato. Anche se, anche questo tipo di responsabilità finiva per diventare una forma di responsabilità oggettiva assoluta, data la estrema difficoltà per il produttore di dar prova liberatoria di avere usato la diligenza e la massima efficienza nel processo produttivo.

Con lo sviluppo della disciplina in materia di danni da prodotto, si evince un'evoluzione della figura del consumatore e il costante ampliamento di tale categoria. Il consumatore viene normalmente qualificato come soggetto più debole della "catena economica"; suo tallone d'Achille è proprio il mancato inserimento nel sistema produttivo, che gli impedisce di avere le informazioni necessarie per potere valutare la qualità dei prodotti e la convenienza dell'acquisto; infatti le ristrette conoscenze di cui egli gode rispetto al produttore lo limitano nell'effettuare scelte di acquisto consapevoli e razionali; tipiche invece, del soggetto perfettamente informato⁵.

Anche quando gli obblighi di informazione vengono adempiuti, è comunque difficile, per il consumatore tutelarsi dalle insidie di un mercato in espansione, che mette in circolazione prodotti sempre più sofisticati e meno penetrabili da una valutazione dell'uomo comune.

Proprio in ragione della debolezza del consumatore, la normativa comunitaria ha rappresentato una novità, che ha portato ad un'inversione di rotta della disciplina; poiché in sede europea si è deciso di prediligere una politica di protezione, che ritiene il produttore responsabile, poiché nella condizione migliore per poter valutare e conoscere la sicurezza della cosa e dunque, per prevenire eventuali difetti. La responsabilità accolta dalla direttiva, oltre ad essere una forma di responsabilità extracontrattuale⁶, è anche inquadrabile nel tipo oggettivo, basata su un criterio di imputazione diverso dalla colpa. La conferma del fatto che la responsabilità disegnata dalle autorità europee e recepita nel sistema italiano sia da qualificarsi sostanzialmente come oggettiva, deriva

³ Anche i sistemi di common law avevano superato l'applicazione del rimedio contrattuale della privity of contract.

⁴ Cass. 25 Maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, 2098.

⁵ In questo senso grava sul produttore l'obbligo di informazione del consumatore collocato nel titolo II, parte II del codice del consumo circa gli obblighi di informazione, in particolare l'art 5 commi 2 - 3 "Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi. Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore."

⁶ Tribunale di Trapani 23 settembre 2005 *De Jure*. "Il DPR 24 maggio 2008 n 224 recependo nell'ordinamento nazionale la disciplina di matrice comunitaria (Direttiva CEE 25/07/1985 n.374), ha introdotto in Italia una forma di responsabilità extracontrattuale che prescinde dalla esistenza di un rapporto negoziale tra produttore e consumatore"

direttamente dalla lettura dell'art. 4 della direttiva comunitaria e dall'art. 8 del D.P.R.; dove viene, infatti, affermato che il consumatore può ottenere il risarcimento se dimostra la sussistenza del difetto nel prodotto, il nocumento patito ed il nesso causale fra danno e vizio del bene; senza dover dar prova del dolo o della colpa del produttore.

La direttiva introduceva quindi, una forma di responsabilità che rientrava nella sfera della responsabilità oggettiva, e che lasciava spazio agli stati membri di poterla configurare come assoluta; il legislatore comunitario, infatti dopo aver previsto la possibilità di escludere la responsabilità del produttore; lasciava agli stati membri la scelta di derogare a ciò⁷, prevedendo all'interno del proprio ordinamento che il produttore potesse rispondere in modo assoluto.

Il legislatore italiano, tuttavia, non si è avvalso di tale facoltà, rifiutando una forma di responsabilità assoluta, come viene confermato dal Codice del consumo (D.lgs. 206/2005), nel quale è confluito il D.P.R. Infatti la responsabilità oggettiva assoluta, che sembra introdursi con l'art. 114 del codice del consumo, "Il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto", è smentita dalla previsione di cui all'art. 118 dove si prevedono le ipotesi di esclusione della responsabilità del produttore. E' chiaro quindi, il rifiuto di una forma di responsabilità oggettiva assoluta, che troverebbe il suo fondamento nel principio cuius commoda eius et incommoda, dal momento che il legislatore italiano ha preferito optare per una forma di responsabilità oggettiva ma più "mitigata".

Dalla nascita del codice del consumo, con il quale si è voluta offrire una protezione unitaria e specifica al consumatore, la responsabilità del prodotto in Italia si è configurata come una forma ibrida. Il codice si occupa di disciplinare quella macro-area della responsabilità civile che è la responsabilità del produttore, ossia di colui che mette in circolazione sul mercato beni o prodotti, in grado di cagionare danni agli acquirenti, o a terzi occasionali.

Con la sua introduzione si è sviluppato, dunque, un doppio binario di tutela extracontrattuale; quello apportato dalle norme codicistiche e quello del codice del consumo. Si tratta di due sistemi paralleli di tutela che convivono tra loro senza che una disciplina possa escludere l'altra⁸.

3. Responsabilità presunta. Una soluzione intermedia

Si è a lungo dibattuto in giurisprudenza e in dottrina sull'attribuzione di un preciso criterio di imputazione in capo al produttore per i danni da prodotto, senza arrivare però, ad una soluzione univoca, visto che ancora in molte sentenze appaiono pareri contrastanti e anche contraddittori. Nella sentenza in analisi, in particolare, si è fatto riferimento ad uno specifico tipo di responsabilità qualificata dal giudice come presunta. Ma prima di procedere si tenga presente che, il fatto riguarda l'acquirente di un motoveicolo (scooter) che con la figlia stava viaggiando in autostrada, quando improvvisamente il mezzo ha preso fuoco, arrecando danni di tipo patrimoniali e non patrimoniali ai due soggetti. Anche se a primo impatto, la responsabilità di ciò potrebbe sembrare da attribuire al produttore (questa era infatti la richiesta dei danneggiati), dal momento che lo scooter ha preso fuoco dal nulla durante il suo normale utilizzo; tale

⁷ Ciascuno stato membro può ex art. 15 lett.b) in deroga all'articolo 7 lettera e), mantenere o, fatta salva la procedura di cui al paragrafo 2 del presente articolo, prevedere nella propria legislazione che il produttore è responsabile anche se prova che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto.

⁸ Una dicotomia di legislazioni che alcuni autori identificano svantaggiosa in quanto a creazione di una frammentazione del diritto, dovuta a regole create ad hoc a tutela di specifici interessi di una categoria (così in *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione* di D.CERINI e V.GORLA, 2011, p 38).

soluzione non è quella preferita dal giudice, che dopo un complesso ragionamento nega il risarcimento.

La questione, infatti, è stata immediatamente condotta nella sfera della responsabilità presunta, escludendo che la responsabilità del produttore fosse ascrivibile all'ambito della responsabilità oggettiva; questo ha permesso al giudice di affermare la necessaria prova del difetto da parte del danneggiato, poiché "la responsabilità presunta prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dall'esistenza di un difetto del prodotto"; dovendosi provare il nesso causale non tra prodotto e danno, ma tra difetto e danno⁹.

Alcuni studiosi per lungo tempo hanno sostenuto che la responsabilità da prodotto fosse una responsabilità oggettiva assoluta¹⁰, che troverebbe fondamento nel criterio del rischio; nel senso che il produttore sarebbe sempre responsabile a causa del suo ruolo e dell'attività svolta (intendendola come responsabilità gravante sul produttore in quanto tale, ossia una forma di responsabilità simile a quella del 2049 c.c.), senza che fosse ammessa la prova contraria. Ma applicando una responsabilità così rigida, che ricomprendesse anche tutti i rischi imprevedibili, si arrivava alla triste conseguenza di scoraggiare l'attività del produttore, che sarebbe stato portato a rispondere per qualunque cosa accadesse al consumatore.

La responsabilità oggettiva così intesa ha, allora, subito dei temperamenti da parte di una dottrina più recente, si è proceduto con l'intendere il rischio di impresa, non più in senso ampio, ma come rischio tipico; ossia accadimenti dell'attività di produzione, che normalmente si verificano, e che abbiano provocato un difetto nel prodotto; perché solo un rischio prevedibile può essere valutato e distribuito dal produttore tra tutti gli acquirenti, ricomprendendolo nel prezzo del bene¹¹.

La responsabilità oggettiva prescinde dall'accertamento della colpevolezza e dunque dall'elemento soggettivo e si basa sull'esistenza del nesso causale, da ciò deriva che il danneggiante risponde del danno cagionato come conseguenza immediata e diretta della propria condotta. Il fondamento dell'applicazione di un regime di responsabilità, che va oltre la valutazione della diligenza usata dal produttore, nasce dalla pretesa di tutela completa del consumatore e riposa sulla constatazione che, in qualsiasi tipo di sistema industriale, i prodotti possono presentare difetti di fabbricazione o più in generale di conformità, che esistono indipendentemente dal fatto che il produttore abbia impiegato ogni forma di normale diligenza per prevenire la messa in commercio di prodotti difettosi. Da qui, la necessità che il produttore si assuma l'obbligo del risarcimento dei consumatori; in quanto soggetto più forte che fa rientrare nei rischi della sua attività di impresa, anche i rischi legati alla possibilità di danni da prodotto difettoso, rischi, come detto, che siano prevedibili e dunque, evitabili.

La responsabilità presunta, che invece, viene prediletta dal Tribunale di Pisa e che, nella specie, impedisce al danneggiato di ottenere il risarcimento; è una forma di responsabilità, più correttamente definibile come oggettivata, in quanto è da intendersi come una responsabilità che prescinde dall'accertamento della colpevolezza, quindi ha in sé un'origine oggettiva, ma non anche dalla prova del difetto; nel senso che per

⁹ In tal senso il riferimento va anche alla sentenza Cass. 13458/2013.

¹⁰ Il dibattito in dottrina e giurisprudenza è ancora acceso, per cercare di chiarire la situazione potrebbe essere utile rifarsi alla direttiva all'art. 1: "il produttore risponde senza colpa per tutti i danni derivanti dai difetti dei suoi prodotti, sia che si tratti di difetti di costruzione e fabbricazione, sia che si tratti di difetti di progettazione relativi, cioè, alla ideazione e concezione del prodotto". A primo impatto sembra attribuirsi una responsabilità assoluta, ma poi la direttiva si smentisce prevedendo, come anche il DPR del 1998, ipotesi di esclusione della imputabilità; ipotesi di prova contraria che un modello di responsabilità oggettiva assoluta non potrebbe contemplare.

¹¹ Così P.TRIMARCHI in *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961.

potersi presumere il nesso di causalità tra danno e difetto, è necessaria la prova di questo, non bastando la semplice prova del danno. Nel caso di specie infatti, non avendo il danneggiato adempiuto agli oneri probatori, il produttore non risponde, non potendosi basare la sua responsabilità solo sulla prova (spesso palese) del danno manifestatosi nel momento di contatto col prodotto. La responsabilità presunta finisce per configurarsi come una forma terza e intermedia tra la responsabilità oggettiva e quella per colpa presunta, perfettamente in riga con il codice del consumo. Si afferma, così un *tertium genus* della responsabilità del produttore; una forma di responsabilità che rappresenta una novità piuttosto recente in giurisprudenza.

Utile in tal senso, è una comparazione fra le due forme di responsabilità molto diverse tra loro, nell'alveo delle quali più volte si è tentato di far rientrare la responsabilità del produttore: colpa presunta e responsabilità oggettiva. La colpa presunta, trova il suo successo con il caso Saiwa, già riportato in precedenza; essa dà vita ad un'inversione dell'onere della prova rispetto all'art. 2043 c.c.; non è più il danneggiato che deve provare la colpa del danneggiante, ma la colpa si presume, spetterà cioè al danneggiante provare di aver usato tutta la diligenza necessaria. Ma in realtà, l'applicazione di questo tipo di responsabilità si presta a delle critiche, soprattutto perché nella responsabilità da prodotto difettoso più che per colpa il produttore risponde sulla base del nesso causale, e sulla base della circostanza di avere messo in commercio un prodotto difettoso.

Così la responsabilità da prodotto si allontana dal concetto di colpa presunta; non rientrando però, completamente neanche nella sfera della responsabilità oggettiva. Quindi è chiaro come la specifica responsabilità presunta¹² non si possa ascrivere completamente, né alla categoria della responsabilità oggettiva; né di colpa presunta. La responsabilità presunta è dunque, una responsabilità ibrida, che si potrebbe meglio qualificare come oggettivata, che si pone al confine con la responsabilità oggettiva, senza però, che vi sia un'equivalenza tra le due: la differenza sostanziale sarebbe nell'onere della prova del difetto dal quale, in una concezione di responsabilità presunta, non si può prescindere.

La responsabilità presunta basa la sua esistenza su uno specifico e spesso male interpretato elemento di prova: il nesso di causalità. L'art 120 del Codice del consumo elenca gli elementi rientranti nell'onere probatorio del danneggiato, tra questi proprio il nesso causale; il quale riguarda due diversi aspetti: il primo relativo alla connessione causale tra uso del prodotto e il danno; il secondo riguarda, più propriamente, la connessione tra difetto e danno. Per cui una volta accertato il nesso tra prodotto e danno, generalmente di facile prova, si valuta l'esistenza del nesso di causalità tra difetto e danno, la cui prova non è sempre agevole, ma per cui si può far ricorso all'uso delle presunzioni; infatti nella responsabilità presunta il nesso di causalità si può presumere

¹² Per la qualifica della responsabilità da prodotto in termini di responsabilità presunta si veda anche, Cass., Sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458, in *Danno e resp.*, 2014, p. 493. con nota di C. BALDASSARRE. *Responsabilità del produttore : danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*. Sulla necessaria prova del difetto, Cass., Sez. III, 6 agosto 2013, n. 18654 e ss. e Cass., sez. VI, n. 12665, 23 Maggio 2013; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, Giuffrè, p. 687 precisa che, la responsabilità da prodotto difettoso non si tratta di una responsabilità assoluta, dal momento che è richiesta la prova che il prodotto è difettoso per la mancanza dei requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza in relazione alle normali condizioni di impiego, per tale intendendosi "quello corrispondente alle caratteristiche del prodotto ed alle istruzioni fornite dal produttore" (in questi termini in giurisprudenza; Cass. Sez. III, 13 dicembre 2010 n. 25116 in *Danno e resp.*, 2011, pag. 975 con i commenti di L. FRATA, *la responsabilità da prodotto cosmetico difettoso: l'onere della prova e le "normali condizioni di impiego"*, di M. ASTORE, E. LOCURATOLO, *difetto di informazione e natura della responsabilità da prodotto*, 2012, pag. 67 e ss., con nota di A.I. BITETTO, *dal biscotto al pan carrè: il tortuoso percorso della responsabilità da prodotto*).

ricorrendo al “criterio del più probabile che non”; applicabile solo se risultano provati entrambi i termini del rapporto.

Al contrario, se si fosse accettata la configurazione della responsabilità del produttore come oggettiva sarebbe bastata la prova semplice che dal prodotto si era verificato un danno (nesso causale tra prodotto e danno e non tra difetto e danno), questo sarebbe stato sufficiente a gravare il produttore di una responsabilità praticamente equivalente a quella assoluta, posta la facilità con cui si può provare che il danno sia derivato dall'utilizzo del prodotto e la conseguente attribuzione di responsabilità al produttore, a cui poi eventualmente spetterà la più difficile prova liberatoria.

Il ragionamento condivisibile del giudice è da ricondurre alla ipotesi che la responsabilità presunta prenda origine dal “ceppo” complesso della responsabilità oggettiva, ma per certi versi se ne discosti ampiamente; configurandosi come species del genus responsabilità oggettiva¹³. Altri studiosi preferiscono parlare di responsabilità oggettiva limitata¹⁴; oggettiva poiché non è necessario provare la colpa del produttore; limitata, perché rispetto a quella oggettiva ha dei limiti. Il limite principale starebbe nel fatto di non essere una forma di responsabilità oggettiva assoluta, essendo possibile la prova liberatoria; altro limite, fondamentale ai fini della nostra analisi, è quello che risiede nella necessità di un tassello fondamentale: la prova del difetto.

Indipendentemente dal nome che le si vuole attribuire, resta chiaro il tentativo delle corti e della dottrina di allontanarsi dalla responsabilità oggettiva.

La sentenza in commento, durante la sua esaustiva ma complessa argomentazione ha un obiettivo fondamentale, ossia quello di porre un freno alla tendenza, oggi tipica di molte corti di merito¹⁵, di attenuare la prova del difetto, ritenendolo presunto con il semplice verificarsi del fatto dannoso.

Ma nonostante questo c'è chi rimane ancorato e fedele ad una responsabilità oggettiva del produttore. Tale predilezione ancora costante in alcuni casi, trova riscontro nella constatazione, che la prova della difettosità del prodotto sarebbe una sorta di “probatio diabolica” per il consumatore, che difficilmente sarebbe in grado di provare il difetto, proprio per il suo ruolo esterno al processo produttivo; ma allora l'unico onere del consumatore sarebbe quello di provare il danno, sviluppatosi a causa del prodotto e da qui presumersi la difettosità. Idea che viene ampiamente superata dal giudice di Pisa anche con il richiamo alla sentenza della Cassazione n. 13458 del 2013, e che sarebbe in netto contrasto con l'onere della prova sancito in termini più che precisi nell'art. 120 del codice del consumo.

4. Le implicazioni della responsabilità (oggettiva) assoluta. Il rischio di “ultraresponsabilizzare” il produttore

Partendo dal presupposto che “lo scopo della responsabilità è di ricoprire ogni aspetto compromesso della persona umana, fragile e bisognosa di tutela, e di garantire ad essa, su sua richiesta, un adeguato risarcimento ove essa abbia patito, o stia per patire, un danno significativo, cioè quando appaia certamente meritevole di risarcimento”¹⁶; la responsabilità si è evoluta verso la tutela della persona nella sua interezza. La forma di

¹³ G. STELLA, *la responsabilità del produttore per il danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in Resp.civ.prev.,2006,p.1610)

¹⁴ G. PONZANELLI, R. PARDOLES, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi, commentario*, in nuove leggi civ. comm., 1989,p.502.

¹⁵ A volte la giurisprudenza è anche giunta a ritenere responsabile il produttore, attraverso l'impiego di criteri di natura presuntiva persino nell'ipotesi in cui l'accertamento causale non sia riuscito a superare il livello della probabilità: Trib. Roma 3 novembre 2003; Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in Danno e resp., 2004, 5, 527; Trib. Roma, 17 marzo 1998, in Foro it., 1998, I, 3660.

¹⁶ *Responsabilità civile da atti leciti dannosi* di M.A. MAZZOLA, 2007, Giuffrè.

responsabilità che si adatterebbe maggiormente ad una tutela completa ed esaustiva della persona, è la responsabilità oggettiva; ma lo scopo perseguito dal diritto civile non è quello di garantire la persona in qualsiasi momento, per qualsiasi cosa gli accada; piuttosto di farlo quando si accerti che essa meriti effettivamente di essere tutelata.

La configurazione della responsabilità da prodotto come responsabilità oggettiva, anche a causa della maggiore flessibilità dell'onere della prova (prescindendo dalla prova del difetto), ha implicazioni notevoli; tra queste, un'eccessiva responsabilizzazione del produttore. L'attribuzione di una super responsabilità in capo al produttore, sarebbe la soluzione per fare in modo che, egli utilizzi tutte le precauzioni necessarie durante la fase della produzione; incentivandolo ad effettuare sempre più investimenti sulla sicurezza del prodotto e del processo produttivo; con il rischio però, di incrementare la pressione del produttore nello svolgimento del suo lavoro.

In altri termini ciò potrebbe sortire un effetto contrario; configurandosi la possibilità che si giunga ad un abbassamento dello standard di attenzioni e della diligenza tenuto nella fase della fabbricazione, dovendo comunque rispondere il produttore di qualsiasi danno. Quindi in un sistema di imputazione oggettiva, si riscontrerebbe un'errata e controproducente ultrasensibilizzazione del produttore.

Vero è che il consumatore va tutelato, ma occorre ricordare, a scanso di equivoci, come la tutela assoluta non possa giungere all'erosione dell'autoresponsabilità del consumatore. I rischi che non rientrano nella previsione¹⁷ del produttore, non gli si imputano, né tanto meno se il danno è derivato da colpa del consumatore; poiché lo scopo della responsabilità civile è valutare fino a che punto un determinato costo sociale è lasciato in capo al danneggiato o viene trasferito in capo ad altri soggetti.

Quindi, lungi ormai dall'approvare una responsabilità (oggettiva) assoluta, i rischi di danni connessi al difetto da prodotto vanno ripartiti tra produttore e consumatore, sulla base del fatto che il rischio imprevedibile o ignoto (rischio da sviluppo) non ricade sul produttore. A tal proposito addossare la responsabilità per rischi imprevedibili o da sviluppo al produttore, sarebbe in contraddizione con la direttiva e con la normativa del codice del consumo; in particolare la direttiva all'art. 6 definisce il prodotto difettoso come quel prodotto che non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto soprattutto del tempo in cui il bene è stato messo in commercio; è evidente allora come non si possano attribuire al produttore quei rischi, che non rientrano nelle legittime aspettative dei consumatori, nel momento in cui questi acquistano il prodotto. A tal proposito si predilige una disciplina di maggior favore per il produttore.

Infatti, in sede di attuazione della direttiva¹⁸, l'Italia non si è avvalsa della facoltà di deroga, lasciando i rischi da sviluppo o comunque quelli imprevedibili fuori dalla sfera del produttore; configurandoli come ipotesi di prova liberatoria. Poiché è vero che il

¹⁷ circa la prevedibilità si pronuncia la sentenza della Cassazione del 21/10/1957 n. 4004. La Corte esclude la responsabilità dei genitori per la mancata sorveglianza del figlio e afferma la negligenza del fabbricante che, dovendo prevedere l'uso anormale del prodotto (nella specie una pistola giocattolo) da parte dei piccoli utenti, non aveva adottato i meccanismi opportuni per impedire l'estrazione del copritamburo. La motivazione è la seguente : " (...) trattandosi di un'arma giocattolo, destinata perciò al divertimento e all'uso, con relative esplosioni di capsule metalliche, tanto che aveva provveduto all'applicazione del copritamburo, (...) avrebbero dovuto prevedere che i bambini facessero uso della pistola anche senza copritamburo, essendo questo un fatto prevedibile e rientrante nella normalità degli avvenimenti umani. In tale possibilità e mancata previsione (...) esattamente la corte di merito ha fatto consistere la colpa"

¹⁸ Solo Lussemburgo e Finlandia hanno derogato alla direttiva sul punto, mentre altri stati come Spagna, Francia e Germania, hanno derogato la direttiva solo in relazione a specifici prodotti; mentre la maggior parte degli stati ha optato per recepire la direttiva senza ipotesi di deroga. Per un maggior approfondimento sul recepimento della direttiva da parte dei vari stati. ALPA e BRESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999, p.273 ss.

produttore si può assicurare, ma generalmente lo può fare per tutti quei rischi che possono derivare dall'attività produttiva, senza, però, potersi ad esempio assicurare nei confronti di quei rischi incalcolabili, come i rischi da sviluppo. Poiché tali rischi così come sono incalcolabili per il produttore che non è in grado di distribuirli, sono incalcolabili anche per le compagnie assicurative che avrebbero difficoltà nello stabilire un'adeguata polizza di assicurazione a copertura di questi.

5. Art. 120 del Codice del consumo e autonomia della prova del difetto

L'art 120 del Codice del consumo, come già visto, al primo comma impone di provare il danno, il difetto e il nesso causale tra i due. Per sfuggire ad un onere della prova troppo rigido, nella sentenza in esame si è tentata di affermare la presunzione di difettosità; una scappatoia cercata dalla parte attrice, ma per niente condivisa dal giudice.

I danneggiati affermando tale presunzione; avevano ritenuto di considerare il prodotto come difettoso, proprio in virtù del comportamento inusuale dello scooter. . Ovvio che, se si accettasse la presunzione di difettosità, nel momento in cui si accerta il danno dovuto all'incendio del motoveicolo, anche l'onere della prova del nesso causale risulterebbe per i danneggiati, già adempiuto, ritenendolo provato in termini probabilistici da una presunzione di difetto.

Il tentativo della parte attrice di ovviare al problema dell'onere della prova, traeva origine da un'erronea interpretazione del nesso causale di cui all'art. 120; che lo qualificava, non come collegamento tra difetto e danno, ma come semplice e unica prova della connessione tra prodotto e danno. L'errore, anche per gran parte della giurisprudenza di legittimità, sta nel fatto che il difetto debba essere accertato in concreto, per poi dar prova della connessione tra difetto e danno, non potendosi prescindere dalla prova del difetto.

Ad un'osservazione più accurata dell'art. 120¹⁹, si nota come da un primo comma nel quale pone gli elementi costitutivi dell'onere della prova in capo al danneggiato, passa ad un secondo comma che sottolinea il recepimento in Italia di un'imputazione per responsabilità oggettiva "mitigata" o oggettivata (il giudice la chiama presunta), che permette la prova liberatoria. E' utile sottolineare, ai fini della nostra analisi, come di fronte l'affermazione della responsabilità oggettiva del produttore, vi siano interpretazioni, molto sottili e contrastanti, che contribuiscono a creare incertezza circa il criterio di imputazione applicabile. Ma nonostante il costante dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla configurazione della responsabilità come oggettiva o per colpa presunta; la responsabilità del produttore sarebbe da configurare come una species del genus responsabilità oggettiva. Trattasi di una responsabilità che trae le proprie origini dalla responsabilità oggettiva ma che da questa mantiene le distanze per il rifiuto di presumere l'esistenza del difetto.

Si sa che, quando si parla di danni non patrimoniali e soprattutto di danno alla salute e all'integrità fisica l'uomo comune, preso da afflato di solidarietà per il danneggiato, vorrebbe poter affermare sempre la risarcibilità, sulla base del principio della piena tutela del consumatore e soprattutto per preservare il diritto alla salute costituzionalmente garantito; ma non il giudice, il quale deve valutare fino a che punto i

¹⁹ Si riporta il testo dell'art. 120 del Codice del Consumo:

1. Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno. 2. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'articolo 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'articolo 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, e' probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. 3. Se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore.

rischi possano ricadere sul produttore e quali debbano, invece essere sopportati dal consumatore. Seguendo questa impostazione, era difficile assicurare il risarcimento dei danni alla parte attrice, mancando l'onere della prova e non potendosi basare l'imputazione su una *presumptio de presunto*.

La responsabilità presunta non rinuncia alla prova concreta del difetto, poiché il danno non può essere considerato come elemento di prova indiretta dello stesso. Rifiutata è dunque la presunzione di difettosità, invocata per far fronte alla difficoltà, che la parte ha riscontrato nel provare la non conformità del prodotto. Si afferma così l'autonomia della prova del difetto, che deve essere accertato in concreto, indipendentemente dalla prova del danno.

6. (Segue) Tendenza delle corti alla semplificazione dell'onere della prova con ricorso alle presunzioni. Ragionamento presuntivo e inammissibilità di *praesumptio de praesumptio*

Il ragionamento del giudice, confermando la più recente giurisprudenza di legittimità, parte dall'affermazione dell'ammissibilità della prova per presunzione nel giudizio civile, così come confermata dall'art. 2729 c.c., che al primo comma, cita testualmente "le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti". La norma conferma che il giudice nel corso di un procedimento civile può far discendere il proprio convincimento esclusivamente da presunzioni semplici.

Il libero apprezzamento del giudice può ritenere provato il fatto sulla base di presunzioni, solo se queste abbiano il carattere della gravità (l'esistenza del fatto ignoto deve essere desunta con ragionevole certezza, anche probabilistica), precisione (il fatto noto e il percorso che si segue non devono essere vaghi ma piuttosto ben determinati) e concordanza (la prova deve essere fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), solo allora la prova per presunzione sarà equiparata, in valore probatorio, alle altre modalità di prova. Una volta che la presunzione presenta le caratteristiche- presupposto può essere utilizzata come prova nel giudizio civile; ma non quando ad essere ignoto è il difetto.

Due sono le presunzioni che nel caso specifico vengono rifiutate: la prima relativa al fatto che non sia possibile far derivare con logica probabilistica il difetto ignoto, dall'assenza di ricorrenza di altri fattori causali, assunti come fatto noto; la seconda si rifà alla necessità di cui all'art. 120 del Codice del consumo di provare il nesso tra difetto e danno ed è relativa all'impossibilità di presumere il nesso di causalità sempre con logica meramente probabilistica, mancandosi la prova del difetto, che a sua volta risulterebbe essere oggetto di presunzione. Il tutto si tradurrebbe allora in una *presumptio de presunto*, ossia una presunzione derivante da un'altra, ritenuta inammissibile, poiché, creando una catena di presunzioni, si abbandonerebbe quel necessario grado di certezza richiesto.

Nel caso di specie infatti il difetto di fabbricazione non era stato provato, così come non erano stati provati altri fattori causali, rispetto all'incendio del motoveicolo, che avrebbero potuto essere ragione esclusiva del verificarsi di questo. Non potendo cadere nella banale ed errata ipotesi del "*post hoc ergo propter hoc*" (nesso di causa tra danno e utilizzo del prodotto), frutto di una eccessiva semplificazione del rapporto di causalità; il giudice afferma che il nesso causale di cui si parla nell'art. 120 del codice del consumo è quello tra danno e difetto, che va appositamente provato.

Il problema, quindi, si pone quando ad essere ignoto sia il difetto stesso, in assenza del quale non si può provare in termini di probabilità l'esistenza di un altro elemento fondamentale nella prova del danneggiato, ossia il nesso eziologico tra difetto e danno.

Infatti, essendo il danno subito l'unico dato certo e incontestato, mancherebbe uno dei due termini del rapporto eziologico. Sempre nel corso dell'argomentazione il giudice fa, poi, riferimento a uno specifico criterio, già richiamato in questa sede e spesso usato, soprattutto dalla giurisprudenza di legittimità, per la prova del nesso di causalità in ambito civilistico: il criterio del "più probabile che non"²⁰; la cui applicazione era stata negata dall'estensore, poiché mancante uno dei termini del rapporto causale.

In definitiva il ragionamento presuntivo ha dei limiti, tra questi l'impossibilità di presumere il difetto, poiché da tale presunzione si farebbe discendere l'accertamento del nesso di causalità, configurandosi una *praesumptio de praesumpto*²¹, e come tale inammissibile.

7. Il difetto. Il confine labile tra difettosità e insicurezza

Dopo aver ampiamente affermato il carattere autonomo e concreto della prova del difetto, occorre definire la difettosità del prodotto; partendo dal sesto "considerando" della direttiva comunitaria 85/ 374/CEE, che introduce la necessità di protezione del consumatore nella sua integrità fisica, ma anche nella sua sfera patrimoniale, si prende atto del fatto che il carattere difettoso del prodotto vada valutato come mancanza di sicurezza che il grande pubblico possa legittimamente attendersi. In altri termini il produttore deve garantire la sicurezza del prodotto con riferimento al suo ragionevole e prevedibile utilizzo da parte del consumatore; la valutazione della sicurezza del prodotto non va fatta, quindi, considerando l'aspettativa del singolo ma, piuttosto, considerando la legittima aspettativa della pluralità dei consumatori, tanto che l'uso anomalo del prodotto interrompe il nesso causale ed esclude la responsabilità del produttore. Sulla base di questa considerazione la S.C. ha esclusa la responsabilità del produttore per il danno subito da un dodicenne che, oscillando in piedi sui braccioli del sediolino di una altalena, si era appoggiato alla parte superiore di una delle due sbarre di sostegno, subendo l'amputazione di un dito introdotto, per disattenzione, nel punto di frizione delle lamiere²².

La giurisprudenza e la dottrina si sono più volte trovate a discutere la definizione di prodotto difettoso e per farlo ci si serve da un lato della nozione data dalla lettura dell'art 5 D.P.R. n. 224 del 1988, trasposto nell'art 117 del D.lgs. n. 206/2005; dall'altro della nozione di prodotto sicuro di cui all'art 103 del codice del consumo²³.

²⁰ In ambito civilistico per la prova del nesso causale si può usare il criterio del "più probabile che non", bastando anche la presunzione in termini di probabilità dell'esistenza nesso causale (Cass. sez. III n. 23933 del 22 ottobre 2013).

²¹ Cass. 9 Aprile 2002, n. 5045, in *De Jure*.

²² Cass., 29 settembre 1992, n. 10274, in *Danno e resp.*, 1996, 87, «il danno deve essere considerato come prodotto da un difetto della cosa, se questa è usata secondo la destinazione che il produttore (o il custode) poteva ragionevolmente prevedere ed il comportamento tenuto dall'utente rientrava nella classe dei comportamenti ragionevolmente prevedibili, a meno che l'utente non fosse stato posto in grado di rappresentarsi che taluni di quei modi di uso anomalo andavano in concreto evitati perché si sarebbe potuto determinare una situazione foriera di danno».

²³ Si riporta letteralmente il testo dell'art. 103: "E' sicuro il prodotto che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone, tenendo conto dei seguenti elementi:

1) delle caratteristiche del prodotto, in particolare la sua composizione, il suo imballaggio, le modalità del suo assemblaggio e, se del caso, della sua installazione e manutenzione; 2) dell'effetto del prodotto su altri prodotti, qualora sia ragionevolmente prevedibile l'utilizzazione del primo con i secondi; 3) della presentazione del prodotto, della sua etichettatura, delle eventuali avvertenze e istruzioni per il suo uso e la sua eliminazione, nonché di qualsiasi altra indicazione o informazione relativa al prodotto; 4) delle

Si definisce "difettoso", ex art. 117, non ogni prodotto insicuro, ma quel prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, in virtù del modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi, alle istruzioni o alle avvertenze fornite, all'uso per il quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, e ai comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere, nonché al tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

Ma l'art. 117 con il secondo e terzo comma va oltre, non può essere considerato difettoso il prodotto per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio; in più si può qualificare come difettoso il prodotto qualora non offra la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie. La difettosità del prodotto è, quindi riconducibile sia ad un difetto di progettazione (inteso come difformità di concezione del prodotto, che si traduce in un difetto dell'intera linea di produzione), di fabbricazione (difformità di un singolo prodotto dagli altri esemplari della stessa linea di produzione), sia all' assenza o la carenza di istruzioni(immissione del prodotto in commercio senza che siano riportate le istruzioni necessarie per il suo uso sicuro); questo in particolare è accaduto nel caso del produttore di una caffettiera, condannato al risarcimento dei danni da esplosione del prodotto, per la scarsità delle informazioni allegate²⁴.

Anche in relazione al caso nello specifico occorre distinguere tra difetto di fabbricazione e di progettazione; il primo riguarda il processo di produzione, generalmente dovuto o ad un errore umano o ad una disfunzione momentanea delle macchine; che rendono il prodotto ipotetica fonte di danno. Sono difetti che colpiscono uno o alcuni esemplari della serie; ed è proprio a tale forma di difetto a cui si fa riferimento all'ultimo comma dell'art.117 "un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie".

Il difetto di progettazione²⁵ riguarda una insicurezza implicita nella concezione del prodotto, che colpisce tutti gli esemplari della serie; a tale tipo di difetto fa riferimento il secondo comma dell'art. 117, che esclude che possa ritenersi difettoso un prodotto solo per il fatto che sia immesso sul mercato un altro prodotto più avanzato.

Anche il difetto di progettazione così come quello di fabbricazione deve essere allegato e provato da parte di chi lo vuole far valere in giudizio; nel caso concreto il difetto di progettazione non è stato oggetto di allegazione, ma comunque si è ritenuto di doverlo escludere sulla base della comparazione tra il numero di scooter di quello stesso modello prodotti e il numero di sinistri occorsi. Da tale confronto è emerso che solo quello specifico esemplare aveva mostrato anomalie; per cui, escludendo l'ipotesi di difetto di progettazione, si poteva eventualmente solo affermare il difetto di fabbricazione (che però non è stato poi, oggetto di prova). Il danno subito da padre e

categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani".

²⁴ Trib. Vercelli 7 aprile 2003, in *Danno e resp.*, 2003, 1011, con nota di G. PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore e obbligo d'informazione*.

²⁵ Ampi sono i riferimenti giurisprudenziali relativi a questa tipologia di difetto. Cass. Civ. 14 giugno 2005, n. 12750, in *Resp. Civ. e prev.*, 2006, 259 ss., con nota di BITETTO, si riconosce al soggetto il diritto al risarcimento dei danni sofferti a causa dell'esplosione a terra di un fuoco d'artificio, dovuta ad un difetto, anche se questo era stato utilizzato in mancanza di idonea licenza; perché indipendentemente dalle caratteristiche dei singoli utilizzatori, il difetto era presente e si sarebbe comunque manifestato; Trib. La Spezia, 27 ottobre 2005, in *Resp. Civ. e prev.*, 2006, 465 ss., con nota di GORGONI, in *Foro it.*, 2005, I, 3500: nella specie, un produttore di calzature è stato ritenuto responsabile per le lesioni personali subite dall'utilizzatrice che era caduta a causa della rottura del tacco, qualificato dal giudice come difetto di fabbricazione.

figlia era sicuramente dovuto ad un comportamento anomalo del prodotto, lo scooter ha infatti preso fuoco da un momento all'altro, mentre il prodotto era normalmente utilizzato; tale circostanza anomala, aveva convinto gli attori dell'esistenza di un difetto, visto che il danno si era manifestato chiaramente dopo l'utilizzo del prodotto. Ma tale pretesa attorea non regge al ragionamento del giudice.

L'accertamento della difettosità del prodotto può solo avvenire tramite una valutazione ex post, dal momento che la sua potenzialità dannosa dipende dal tipo di utilizzo che il consumatore fa del prodotto e se questo utilizzo possa essere stato da solo la causa del verificarsi del danno²⁶.

Ma il punto è che l'affermazione dell'esistenza del difetto di conformità, deve sempre scontrarsi con l'art. 120, che funge da monito della necessità di prova concreta del difetto stesso. Non è difettoso, infatti, ogni prodotto dalla cui utilizzazione è derivato un danno o che di potenzialmente potrebbe produrlo; poiché per affermare il difetto non basta la mancanza di una certezza assoluta o una situazione di insicurezza generale, ma l'insicurezza va sempre valutata in relazione ai requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza²⁷. Con un giro di parole si può efficacemente sostenere che, tutti i prodotti difettosi sono insicuri, ma non tutti quelli insicuri, possono al tempo stesso definirsi difettosi.

Così assunto, il concetto di difetto non è da confondere alla nozione di vizio, contenuta nell'articolo 1490 cc. poiché quest'ultimo, che identifica più propriamente un'imperfezione del bene, può anche non comportare un'insicurezza del prodotto, una sua pericolosità ed un conseguente danno. La difettosità si lega, dunque, all'insicurezza ed è il confine sempre più sottile tra le due che arricchisce di complessità la materia.

8. Doppio binario di tutela. Le norme di diritto comune

Come già detto, la nuova disciplina dei danni da prodotto si affianca e non si sostituisce alla disciplina codicistica. L'inapplicabilità in taluni casi della disciplina speciale sulla responsabilità del produttore può porre il problema di quali norme codicistiche sempre in tema di responsabilità aquiliana possano trovare applicazione in caso di difetti di informazione, fabbricazione e progettazione.

Il consumatore sfortunato ha a propria disposizione due forme di tutela²⁸: quella aquiliana fissata nel codice e quella speciale contenuta nel decreto attuativo della direttiva. In dottrina, alcuni hanno sostenuto l'ipotesi, visto il carattere supplementare della disciplina della direttiva, di sopravvivenza dei diritti nazionali quando più favorevoli al consumatore. Ma la convivenza di queste forme di tutela è anche affermata dall'art 127 comma 1 del Codice di consumo; dove appare chiaro che la disciplina

²⁶ Trib. Pisa sez. dist. Pontedera 28 febbraio 2011, nella fattispecie di responsabilità del produttore, la qualificazione del prodotto come difettoso è frutto di una valutazione, che in quanto tale non può essere oggetto di prova diretta da parte del danneggiato, il quale può solo trovare quei fatti materiali che autorizzino il giudizio di difettosità del prodotto. Tra questi fatti rientra in primo luogo la prova di un uso normale del prodotto durante il verificarsi del sinistro, e conforme alle istruzioni.

²⁷ Vedi Cassazione Civile, sez. III, 15 marzo 2007, n. 6007.

²⁸ Vi è anche la posizione, che spesso viene ritenuta più corretta, di chi individua la relazione tra le due discipline attraverso la forcella generale-speciale vedi F. D. BUSNELLI - G. PONZANELLI, *La responsabilità del produttore tra legge speciale e codice civile*, in *Il danno da prodotti* a cura di S. Patti, Padova, 1990, 2155. Per una posizione simile R. PARDOLESI, in *Responsabilità da prodotti difettosi*, Commentario, diretto da PARDOLESI - PONZANELLI, in nuove leggi civ. comm., 1989 p. 497 ss.; e A. FUSARO, *La responsabilità secondo altre leggi*, in ALPA, BIN, CENDON, *La responsabilità del produttore*, Padova, 1989, 266.

codicistica sopravviva e si possa applicare anche in merito al prodotto difettoso, nonostante per questo viga anche una disciplina più specifica²⁹.

Nella sentenza in rilievo la parte attrice chiedeva che il danno potesse venire imputato al produttore non solo sulla base delle norme del codice di consumo già richiamate, ma anche sulla base delle norme di diritto civile comune e tra queste il 2043, 2049 e 2050 c.c. L'art. 2043 c.c., attorno al quale si costruisce la responsabilità extracontrattuale, costituisce una "clausola generale", applicabile qualora sussistano i requisiti del collegamento tra azione del danneggiante ed evento, il danno ingiusto e l'elemento soggettivo caratterizzato da colpa o dolo del danneggiante; il danneggiante deve essersi reso autore dell'evento dannoso in modo intenzionale o legato a negligenza, imprudenza, imperizia od inosservanza di norme. Prima dell'entrata in vigore della disciplina ad hoc si prediligeva la tutela del consumatore sulla base delle norme codicistiche. Ma presto tale forma di tutela si è rivelata insufficiente ed inefficace in relazione alla difficoltà per i danneggiati, di dar prova e dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Nel caso specifico della sentenza, il giudice molto poco si sofferma sulla giustificazione dell'inapplicabilità sia dell'art. 2043 c.c., (lo stesso vale per l'art. 2050 c.c.), si limita semplicemente a rilevare come la scelta di risoluzione del caso non sia ricaduta sull'applicabilità dell'art. 2043 c.c., per la mancanza di un comportamento del produttore che fosse inquadrabile nel dolo o nella colpa. Non essendosi il giudice soffermato su questo punto; sembra che l'esclusione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. sia da ritenersi sottintesa nel fatto di ricondurre la responsabilità del produttore per prodotto difettoso nella responsabilità presunta; che prescinde dalla colpevolezza del danneggiante; venendo meno l'onere della prova, in capo al danneggiato, del dolo o della colpa dell'azione o omissione, dovendo egli provare il difetto.

Prima dell'entrata in vigore della normativa comunitaria, le cause che venivano decise in tema di prodotto difettoso, vedevano tutelato il consumatore, un po' grazie al regime generale di responsabilità aquiliana ex 2043 c.c., un po' per l'applicazione dell'art. 2050 c.c., circa la responsabilità da attività pericolose, o ancora tramite il 2049³⁰ c.c., che porta alla responsabilità del produttore per danni derivanti da fatto dei dipendenti. In un noto caso la S.C. esclude la responsabilità dei genitori per la mancata sorveglianza del figlio e rileva la negligenza del fabbricante³¹ che, dovendo prevedere l'uso normale del prodotto da parte dei piccoli utenti, non aveva predisposto i meccanismi opportuni tali da impedire l'estrazione del copritamburo.

Anche l'articolo 2050 c.c. continua a reggere al confronto con la normativa speciale e la sua applicabilità è fatta salva nei casi in cui l'attività di produzione si estrinsechi in un'attività pericolosa; esso, anzi ha via via assunto un ruolo sempre più di rilievo, proprio per l'evoluzione della tecnologia e delle nuove attività qualificate come pericolose.

²⁹ Art. 127. Comma 1: Le disposizioni del presente titolo non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi.

³⁰ App. Roma 24 Febbraio 1976

³¹ Cass. 21 Ottobre 1957 n. 4004, in Foro.it., 1958, I, 46. "...trattandosi di un'arma giocattolo, destinata perciò al divertimento e all'uso, con relative esplosioni di capsule metalliche, da parte di bambini e conoscendo il costruttore la possibilità dell'avveramento di un sinistro per lo sfrangiamento delle capsule metalliche, tanto che aveva provveduto all'applicazione del copritamburo, ...avrebbe dovuto prevedere che i bambini facessero uso della pistola anche senza copritamburo, essendo questo un fatto prevedibile e rientrante nella normalità degli avvenimenti umani. In tale possibilità e mancata previsione ... esattamente la corte di merito ha fatto consistere la colpa".

Tra i casi più discussi di applicazione dell' art. 2050³² c.c., ci si limiti ad accennare, in quanto meriterebbero una trattazione a parte, il caso del prodotto farmaceutico, più volte portato all' attenzione dei giudici italiani, soprattutto in relazione al Trilergan, un farmaco emoderivato, confezionato con gammaglobuline rivelatesi infette dal virus dell'epatite B.

Nonostante tutte le attività umane contengano in sé un grado più o meno elevato di pericolosità; si devono prendere, però in considerazione solo quelle attività che possono essere potenzialmente dannose, in ragione della loro pericolosità intrinseca o per la natura dei mezzi adoperati, questo allo scopo di chiarire il significato del 2050 c.c. e delimitarne l' area di applicazione. La pericolosità di un prodotto, non coincide con la nozione di difettosità del prodotto; un prodotto difettoso è senza dubbio pericoloso per chi ne fa uso; ma non è altresì detto che, i prodotti pericolosi siano necessariamente difettosi. L'art 2050 c.c. in tema di prodotto difettoso conferma la sua applicabilità, quando il difetto si manifesta in un bene, la cui produzione costituisce attività pericolosa. Ma ciò non poteva affermarsi per la produzione di motoveicoli.

Con riferimento all'art 2049 c.c., l'applicazione è stata esclusa dal giudice di Pisa nel momento stesso in cui ha affermato l'operatività della responsabilità presunta e non oggettiva; che portava ad escludere a priori una norma della portata dell'art. 2049; poiché è l'unica disposizione all'interno dell'ordinamento rappresentativa al massimo di una forma di responsabilità oggettiva vera e propria, che non prevede possibilità di prova liberatoria.

9. Ammissibilità del caso fortuito come ipotesi di prova liberatoria

Merita un breve accenno anche il problema del caso fortuito come causa esimente della responsabilità del produttore. Proprio considerando l'intenzione del legislatore italiano di recepire la direttiva prevedendo alcune cause di esclusione di responsabilità del produttore, per evitare di farlo rispondere per qualsiasi accadimento dannoso derivante dal prodotto; sembra da accogliere la tesi molto dibattuta in dottrina sulla esclusione della responsabilità del produttore per caso fortuito, "accadimento imprevedibile ed inevitabile, di per sé sufficiente a produrre l'evento ed estraneo alla sfera di azione del produttore", quando interviene nel rapporto di causalità, per cui si provi che l'evento dannoso sia stato da esso autonomamente determinato.

Dibattuta è la sua configurabilità come causa di esclusione, posta l'inderogabilità dell'art.118 e quindi l'impossibilità di prevedere cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle tipizzate e previste nel codice del consumo. Ma tesi da condividere è, sicuramente, quella che considera il caso fortuito una causa di esclusione anche se non espressamente prevista³³.

³² Le decisioni rilevanti in materia sono: App. Venezia 26 gennaio 1983, poi confermata da Cass. Civ., 15 luglio 1987, n° 6241 In Foro it., 1988, I, 144, con nota di D. CARUSO, *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*; Trib. Milano, 19 novembre 1987[14]; Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in Foro it., Rep. 1988, voce Responsabilità civile, n.143 e Resp.Civ., 1988,407, con nota di G. TASSONI, *La produzione di farmaci tra l'art 2050.c.c. e i cosiddetti development risks*, in questa, in particolare è stata dichiarata l'inapplicabilità dell'art.2050 c.c. all'attività di produzione e commercializzazione di farmaci, poiché trattasi di attività non intrinsecamente pericolosa. In senso opposto si sono pronunciati, invece, la Cassazione e il Tribunale di Milano, che, in analoghi casi di danni provocati dal Trilergan, hanno ritenuto applicabile all'attività di produzione di farmaci l'art.2050 c.c.

³³ Così T. MUSUMECI, *Aspetti legali della responsabilità del produttore: vantaggi della certificazione*, in Giur. Piem., 1989, 669

Il tentativo di affermare l'operatività del caso fortuito nella responsabilità del produttore è rinvenibile nell'art. 118³⁴ e in particolare nella lettera b) dell'articolo: "se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo in circolazione il prodotto". L'art. 118 lett. b) si verificherebbe con il fatto di un terzo o con il comportamento improprio e imprevedibile del consumatore³⁵, o per l'ipotesi di caso fortuito.

La qualificazione del caso fortuito come causa di esclusione, permette, quindi, di non tradire quelli che era gli obiettivi del legislatore italiano durante il recepimento della direttiva, tra i quali l'evitare di responsabilizzare il produttore per danni derivanti da fattori casuali. Nella sentenza in commento il giudice non affronta sotto nessun punto di vista la questione del caso fortuito, da un lato perché non essendoci prova del difetto, il produttore è esente da responsabilità e quindi a nulla rilevano le ipotesi di prova liberatoria; ma si potrebbe rilevare anche come il giudice, implicitamente nel suo ragionamento, escluda che in tal caso si possa trattare di ipotesi di caso fortuito, posta l'assenza di ricorrenza di altri fattori causali rispetto all'incendio (tra questi ricomprendendovi il caso fortuito)

10. Conclusioni

Dall'analisi fin qui svolta occorre evidenziare come la responsabilità civile abbia avuto molto rilievo nell'ambito dell'analisi economica del diritto in quanto valida a promuovere il valore dell'efficienza economica; per questo il legislatore italiano, nel dare attuazione alle direttive comunitarie, ha voluto dar vita ad una giusta distribuzione e ripartizione dei rischi tra produttore e consumatore. Essendo il danno un costo sociale, è chiaro che vada fatto gravare su colui che meglio di chiunque altro sia in grado di prevenirlo³⁶; non potendosi accollare a questo le ipotesi imprevedibili.

La principale novità della disciplina è rappresentata dall'introduzione, nel nostro ordinamento giuridico, di una forma di responsabilità extracontrattuale indipendente da ogni rapporto negoziale tra produttore e consumatore. Si superano gli angusti limiti dell'applicazione della disciplina precedente, che imponevano una non più praticabile responsabilità contrattuale e si introduce una responsabilità extracontrattuale da qualificarsi come presunta, altresì rinominata da chi scrive, oggettivata, che pretende la prova del difetto e che porta ad un ribilanciamento di posizioni tra consumatore e produttore.

Nonostante l'affermazione di una responsabilità presunta, appare palese come a livello giurisprudenziale a dottrinale la questione non sia tutt'ora risolta, posti i diversi orientamenti riscontrati.

³⁴Per un'ampia trattazione delle cause esimenti di cui all'art 118 si rimanda a Cass. Civ. sez III, 8 ottobre 2007, n. 20985 con nota a sentenza di U. CARNEVALI, *prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.2, 2008, pag. 354. In dottrina, nota a sentenza a Cass. civ., 15 marzo 2007, n.6007, sez. III, di M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso. Alla ricerca della prova nella causa del danno*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.7-8, 2007, pag. 1592; G. STELLA, *Responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in Resp. Civ. e prev., fasc.10, 2006, pag. 1589B; A. STOPPA, *Responsabilità del produttore*, in Digesto civile, vol. XVII, Torino, 1998, pag.133

³⁵ Cass., 29 settembre 1992, n. 10274, in Danno e resp., 1996; il produttore non è responsabile dal momento che il consumatore usava il prodotto, nella specie un'altalena, in modo anormale.

³⁶ "al soggetto che trae vantaggio dal bene (cuius commoda eius et incommoda), ovvero al soggetto che può prevenire il danno meglio di altri, ovvero al soggetto che può distribuire il danno meglio di altri", così G. ALPA, *Dove va la responsabilità civile*, Roma 2010.

NECROSI EPIDERMICA TOSSICA DA FARMACO: QUALE TUTELA RISARCITORIA PER IL CONSUMATORE?

di Eleonora Rotola

IL CASO

L'attore, dietro prescrizione medica, assume il farmaco commercializzato con il nome di Neoduplamox, antibiotico contenente Amoxicillina e Acido Clavulanico. Prodotto che aveva già utilizzato in passato, senza che vi fosse l'insorgenza di particolari effetti indesiderati.

Nel luglio 2004 però, proprio a seguito dell'utilizzo del suddetto farmaco, egli sviluppa una gravissima patologia cutanea, quale la necrosi epidermica tossica, più comunemente conosciuta con il nome di "Sindrome di Lyell". Il manifestarsi di tale malattia, che cagiona una necrosi cutanea pressoché totale, accompagnata da distacco dell'epidermide e delle mucose (in altre parole, ustioni spesso fatali), è conseguenza diretta e comprovata dell'assunzione del Neoduplamox.

Il malcapitato decide dunque di intentare una causa contro la Procter & Gamble s.r.l., quale responsabile della commercializzazione del prodotto in questione, al fine di ottenere un integrale risarcimento dei danni conseguiti. La società distributrice coinvolge poi in giudizio anche la Smith Kline Beckham PLC, casa farmaceutica produttrice e titolare del principio attivo dell'antibiotico, come garanzia in caso di soccombenza nella lite processuale. La domanda attorea assume come fondamento della presunta responsabilità della Procter & Gamble la disciplina di cui all'articolo 2050 c.c., riconducendo dunque la produzione e vendita di farmaci nell'alveo dell'esercizio di "attività pericolose". Sul foglietto illustrativo sono però chiaramente ed esaustivamente illustrati tutti gli effetti indesiderati del Neoduplamox, tra cui la malattia insorta nel ricorrente; ed è proprio questo rilievo che permette al colosso industriale di uscire indenne e vittorioso dalla vicenda.

La sentenza in esame si caratterizza per il suo porsi in netto contrasto con le precedenti decisioni giudiziali in materia, per ciò che concerne la qualificazione giuridica del caso concreto. Procedendo nell'analisi del caso di specie, è possibile individuare due passaggi fondamentali nel testo prodotto dal giudice di merito: il primo, la sussunzione della fattispecie concreta nella normativa ad essa applicabile. Il secondo, la decisione concernente la fondatezza del ricorso e dunque la sussistenza della presunta responsabilità. Procediamo con ordine.

La domanda di risarcimento della parte attrice, come su esposto, si basa sulla responsabilità per attività pericolose ex art. 2050 c.c., e segue in tal modo l'orientamento di consolidata giurisprudenza. Il Tribunale di Bergamo però precisa, ed è qui la novità, come alla fattispecie del danno da prodotto farmaceutico sia più opportuno applicare, in luogo della disciplina generale del Codice Civile, quella dettata in tema di responsabilità extracontrattuale del produttore dal d.p.r. 224/1998, attuazione della Direttiva del Consiglio 85/374/CEE (relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotto difettoso), successivamente trasfusa nel Codice del Consumo (D. Lgs. 206/2005) agli artt. 114 e ss. Disciplina senza dubbio più favorevole e vantaggiosa per il produttore sotto diversi profili.

Innanzitutto, si evidenzia come la Direttiva sopra citata, ed il d.p.r. della stessa attuativo, riconoscano al consumatore danneggiato il diritto al risarcimento sulla base dei differenti regimi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale previsti nei vari Stati membri. Inoltre, proprio il dodicesimo considerando della Direttiva prevede l'estensione

della disciplina comunitaria al settore della produzione farmaceutica, facendo salvi eventuali regimi speciali di responsabilità. Dunque, essendovi due regimi di responsabilità extracontrattuale in concorrenza tra loro, quali l'art. 2050 c.c. e d.p.r. 224/1988, è necessario avvalersi del criterio di specialità per individuare la norma da applicare nel caso concreto, ovverossia la seconda tra le due. Primo punto cardine della sentenza in parola. A seguito di tale interpretazione normativa, il giudice s'inoltra nella valutazione del merito della questione. Egli rileva come, volendo analizzare entrambi gli inquadramenti possibili della vicenda, in nessuno dei due casi sussisterebbe la responsabilità della Procter & Gamble. Secondo l'art. 4 del d.p.r. 224/1988, "*Quando il produttore non sia individuato, è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale [...]*". La società convenuta è però *distributrice* del farmaco, ed il produttore soggetto altro ben identificato; venendo meno il presupposto della mancata individuazione del produttore, non è possibile estendere la responsabilità al fornitore.

Il fuoco del discorso si sposta ora sull'art 2050 c.c. La norma sancisce una presunzione di responsabilità a carico dell'esercente attività pericolose, da cui consegue che in capo al soggetto danneggiato sorge il solo onere di dimostrare la sussistenza di un nesso eziologico tra attività pericolosa e preteso danno. La controparte è invece gravata dall'incombenza di dar prova di avere adottato ogni cautela idonea e necessaria a prevenire il danno.

Il giudice, per far chiarezza sulla natura della malattia e dunque sulle cause che hanno portato allo sviluppo della stessa, si è avvalso della consulenza medico-legale fornita da un collegio di esperti in materia (al quale prendevano parte un professore ordinario di scienze farmacologiche e un professore associato di dermatologia presso l'università degli studi di Milano). Secondo quanto affermato dall'equipe di tecnici, la Sindrome di Lyell insorta nell'attore è stata causata, oltre ogni ragionevole dubbio, proprio dalla somministrazione dell'antibiotico Neoduplamox. Gli esperti rilevano inoltre come le terapie aventi ad oggetto il Neoduplamox, seguite precedentemente dal ricorrente, non avessero in lui indotto particolari conseguenze nocive; non si poteva pertanto prevedere ciò che sfortunatamente si è verificato in danno dello stesso. La patologia è poi tra le altre annoverata, con le sue caratteristiche peculiari, tra i possibili effetti indesiderati conseguenti all'assunzione del farmaco, i quali sono "*disponibili e di facile lettura*" nel foglietto illustrativo predisposto dall'azienda distributrice.

Proprio tale accortezza viene qualificata dal giudice come prova liberatoria positiva di aver assunto ogni misura atta ad impedire l'evento dannoso. Non è infatti sufficiente, secondo la portata dell'art. 2050, la prova negativa di non aver violato la legge o non aver seguito gli standard di prudenza e diligenza necessari.

Nonostante la comprovata esistenza del nesso di causalità tra assunzione dell'antibiotico e insorgenza della sindrome, quest'ultima costituisce complicanza *nota*, seppur *non prevedibile né prevenibile*; non è neppure provocata dalla difettosità del prodotto. Data poi la rarità con la quale essa si manifesta, non rappresenta motivo sufficiente ad impedire la commercializzazione e diffusione del farmaco. E poiché lo stato delle conoscenze scientifiche non permette la comprensione del processo biologico a causa del quale amoxicillina associata ad acido clavulanico innesca una tal reazione, la sola cautela obiettivamente adottabile dall'impresa fornitrice per non incorrere in responsabilità è quella di una precisa ed esaustiva informazione. Per questi motivi il giudice del Tribunale di Bologna rigetta la domanda di risarcimento proposta dall'attore, compensa per intero le spese processuali tra le parti e pone quelle di c.t.u. a carico del ricorrente.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Bergamo

sezione prima civile

in composizione monocratica, nella persona del
dott. Costantino Ippolito, ha pronunciato la se-
guente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al nu-
mero 7037 del ruolo generale degli affari conten-
ziosi dell'anno 2012 promossa

da

, rappresentato e

difeso dagli avvocati

per

procura in calce all'atto di citazione.

- attore -

contro

PROCTER & GAMBLE SRL (05858891004), rappresentata
e difesa dagli avvocati ^

per procura in calce alla comparsa di
costituzione e risposta

- convenuta -

con la chiamata di

Firma del Ippolito Costantino Emissione da: POSTECOM CAZ Busseto 07/12/13 - Firmato da: PASTORELLI MARIA MADDALENA Emissione da: POSTECOM CAZ Busseto 07/12/13



GERLING - KONZERN ALLGEMEINE VERSICHERUNGS - AG
(03295070159), rappresentata e difesa dagli avvocati e

per procura a margine della comparsa di costituzione e risposta

- terza chiamata -

nonché di

SMITHKLINE BEECHAM PLC, rappresentata e difesa dagli avvocati David Maria Santoro per procura in atti e dall'avv. I per procura in calce alla comparsa di costituzione

- terza chiamata -

e di

rappresen-

tato e difeso dall'avvocato per procura in calce alla copia notificata dell'atto di citazione per chiamata di terzo

- terzo chiamato -

avente ad OGGETTO: responsabilità per l'esercizio di attività pericolose;
sulle CONCLUSIONI precisate dalle parti come da verbale dell'udienza del 7.5.2013.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

ha chiesto la condanna di Procter & Gamble s.r.l., quale distributrice del farmaco



commercializzato con il nome Neoduplamox,
all'integrale risarcimento dei danni conseguiti
alla necrolisi epidermica tossica, nota anche come
sindrome di Lyell, in lui insorta nel luglio 2004
in seguito all'assunzione del suddetto farmaco.

La domanda è infondata.

L'attore ha chiesto l'accertamento della responsa-
bilità di Procter & Gamble s.r.l. sulla base della
disciplina di cui all'art. 2050 c.c..

Tuttavia, la fattispecie del danno da prodotto
farmaceutico appare più correttamente inquadrabile
all'interno della generale disciplina della re-
sponsabilità extracontrattuale del produttore ex
d.P.R. 224/1998, nella specie applicabile *ratione
temporis*, poi trasfusa negli artt. 114 e ss. del
Codice del Consumo (D.Lgs. 206/2005).

È vero che la Direttiva del Consiglio 85/374/CEE
ed il d.P.R. sopra citato fanno salvi i diritti
dei consumatori in base a differenti regimi di re-
sponsabilità contrattuale ed extracontrattuale
previsti dagli Stati membri, ma tra due regimi di
responsabilità extracontrattuale concorrenti deve
essere individuata la *lex specialis* che nel caso
di specie è il d.P.R. n. 224/1998.

L'estensione della normativa comunitaria recepita

dal d.P.R. al settore dei prodotti farmaceutici, inoltre, è espressamente prevista dal dodicesimo considerando della direttiva che fa salvi solo gli eventuali regimi speciali di responsabilità previsti dagli Stati membri.

Siffatto inquadramento implica nel caso di specie l'assenza di responsabilità di Procter & Gamble s.r.l. se non altro perché, essendo identificato il produttore, difetta il presupposto stesso per l'estensione della responsabilità al fornitore che abbia distribuito il prodotto (art. 4 d.P.R. 224/1988).

Ad ogni modo, anche a voler ritenere applicabile l'art. 2050 c.c., va comunque esclusa la responsabilità di Procter & Gamble s.r.l..

In tema di responsabilità presunta per l'esercizio di attività pericolosa, ex art. 2050 c.c., il danneggiato ha il solo onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'attività pericolosa ed il danno subito, mentre incombe sull'esercente l'attività pericolosa l'onere di provare di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno.

Con riferimento al caso di specie, all'esito di un'approfondita discussione medico-legale, il col-



legio di consulenti composto dal dott.

„ rispettivamente

professore ordinario di scienze farmacologiche e
professore associato di dermatologia presso
l'Università degli Studi di Milano, è pervenuto
alle seguenti conclusioni: Il giovane

ha sviluppato una sindrome di Lyell a segui-
to della somministrazione del farmaco Neoduplamox.
È dimostrato un sicuro rapporto di causalità fra
l'assunzione del Neoduplamox e la sindrome di
Lyell manifestata dall'Attore. Gli effetti indesi-
derati di Neoduplamox sono descritti in modo det-
tagliato ed esaustivo nel foglietto illustrativo.
Sia la frequenza di eventi avversi sia le caratte-
ristiche degli effetti indesiderati più gravi qua-
li ad esempio epatiti e patologie della cute e del
sottocutaneo, incluso SJS e TEN, sono riportati
dall'Azienda distributrice nel foglietto illustra-
tivo. Le informazioni sulle avvertenze e sugli ef-
fetti indesiderati della terapia con
l'associazione amoxicillina-acido clavulanico so-
no quindi disponibili e di facile lettura. Il re-
gistro aveva già assunto in passato l'antibiotico
contenente Amoxicillina ed Acido Clavulanico, sen-
za manifestare reazioni particolari. Non esisteva-



no pertanto controindicazioni particolari alla somministrazione del Neoduplamox da parte del dott. (si è detto anche che la dose prescritta non andava oltre la consuetudine d'uso normale), né poteva essere prevista la reazione patologica poi manifestatasi con quella intensità. Nella storia clinica evolutiva del caso in esame si può concludere che esiste rapporto causale tra assunzione di Neoduplamox e comparsa della sindrome di Lyell presentata dall'attore: la quale costituisce complicità nota della terapia ma non prevedibile né prevenibile. Non è comprovabile un ritardo diagnostico per la complessità clinica e la rarità della malattia.

Tali conclusioni sono pienamente condivisibili in quanto fondate sulla consultazione della più accreditata letteratura scientifica in tema di rischi connessi all'uso dell'amoxicillina nonché su elementi di valutazione conformi ai dati riscontrati ed esaustivamente motivate con osservazioni pertinenti, logiche e corrispondenti ai risultati peritali d'ufficio ed alle risultanze processuali. Sulla base delle richiamate conclusioni, se da un lato va affermata l'esistenza del nesso causale tra l'assunzione del farmaco e la sindrome insorta



nell'attore, dall'altro va altresì riconosciuta la ricorrenza di una situazione idonea ad integrare la prova liberatoria posta a carico dell'esercente l'attività pericolosa dall'art. 2050 c.c..

La presunzione di responsabilità prevista dal citato articolo può essere vinta solo dalla prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

A tal fine non basta la prova negativa di non avere commesso alcuna violazione di legge o di comune prudenza, ma occorre quella positiva di avere impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso.

Tutte le possibili cautele sono state assunte da Procter & Gamble S.r.l..

Nel caso di specie non si tratta di effetti indesiderati dipesi da difformità presenti nel farmaco assunto dall'attore rispetto a quello normalmente prodotto né di effetti nocivi sconosciuti al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione, bensì di effetti indesiderati noti, la cui rara possibilità di insorgenza, all'esito della valutazione comparativa di rischi e benefici, non impedisce la distribuzione del prodotto. Rispetto a siffatti effetti, l'unica misura ogget-



tivamente adottabile è quella dell'adeguata informativa ai potenziali danneggiati.

È Procter & Gamble s.r.l., quale titolare di regolare autorizzazione al commercio del Neoduplamox, ha evidenziato in modo chiaro le caratteristiche del prodotto nel foglietto illustrativo, ove sono indicate in modo preciso le peculiarità, le avvertenze, le caratteristiche ed i possibili effetti indesiderati, tra cui anche la sindrome in concreto insorta nell'attore.

Le informazioni e le avvertenze presenti nel foglietto illustrativo risultano adeguate tenuto conto che, essendo allo stato delle conoscenze scientifiche ancora ignoto l'esatto meccanismo che porta allo sviluppo nell'organismo della necrosi epidermica tossica a seguito dell'assunzione dell'amoxicillina, nessuna indicazione oggettivamente idonea ad evitare la sindrome poteva essere fornita in aggiunta alla mera segnalazione della pur remota possibilità di insorgenza della stessa. Deve quindi concludersi per l'insussistenza della responsabilità di Procter & Gamble s.r.l. per i danni derivati dagli effetti collaterali insorti nell'attore a seguito dell'assunzione del Neoduplamox.



La domanda di risarcimento danni proposta dall'attore, quindi, va rigettata.

Il rigetto della domanda di risarcimento danni proposta dall'attore implica l'assorbimento delle altre domande di merito proposte a vario titolo dalle altre parti per l'ipotesi di accoglimento della domanda dell'attore.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione nei vari rapporti processuali delle spese processuali per intero, salvo le spese di c.t.u. che, nella misura già liquidata, vengono poste definitivamente a carico dell'attore.

P.Q.M.

il Tribunale di Bergamo, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda o eccezione respinta o assorbita, così provvede:

- rigetta la domanda proposta dall'attore;
- pone a carico dell'attore le spese di c.t.u. nella misura già liquidata e compensa per intero le altre spese di lite tra tutte le parti nei rispettivi rapporti processuali.

Così deciso in Bergamo in data 23/11/2013.

IL GIUDICE

dott. Costantino Ippolito



TRIBUNALE DI BERGAMO, sentenza 23 novembre 2013, n. 7037; Giud. Ippolito; Tizio (Avv. OMISSIS) c. Procter & Gamble S.r.l. (Avv. OMISSIS), Gerling-Konzern Allgemein Versicherungs-Ag (Avv. OMISSIS), Smith Kline Beckham Plc (Avv. OMISSIS).

Responsabilità civile – Danno da prodotto farmaceutico – Esercizio di attività pericolose – Responsabilità da prodotto difettoso – Regimi di responsabilità concorrenti – Criterio di specialità – Applicazione della responsabilità da prodotto difettoso (Cod. civ., art. 2050; Direttiva del Consiglio 85/374/CEE; d.p.r. 224/1988; Codice del Consumo, artt. 114 e ss.)

Responsabilità extracontrattuale – Danno da prodotto farmaceutico – Esercizio di attività pericolosa – Adeguata informativa – Situazione idonea ad integrare la prova liberatoria – Non sussiste (Cod. Civ., art. 2050)

All'attività di produzione e distribuzione di farmaci appare correttamente applicabile la normativa predisposta in materia di Responsabilità del Produttore, regolata dal d.p.r. 224/1988, di attuazione della Direttiva CEE n.85/374, poi confluita nel Codice del Consumo, in luogo dell'art 2050 c.c., con conseguente disciplina in relazione alla responsabilità per il danno occorso al consumatore e relativo onere probatorio (1)

In tema di responsabilità presunta per l'esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c., il danno che colpisca un soggetto consumatore a seguito dell'utilizzo di un prodotto distribuito nell'ambito di un'attività ritenuta pericolosa non comporta la responsabilità dell'esercente ove quest'ultimo fornisca la prova positiva di aver adottato ogni cura o misura necessarie ad evitare il danno stesso (nella specie, viene respinta la domanda risarcitoria promossa da un soggetto che ha lamentato l'insorgere di una grave e rara patologia a seguito dell'assunzione di un farmaco, posto che il rapporto eziologico tra la somministrazione dell'antibiotico ed il manifestarsi della malattia viene attestato da un collegio di consulenti esperti in materia, ma le informazioni contenute nel foglietto illustrativo, chiare ed esaustive, sono considerate dal giudice quale unica misura oggettivamente adottabile dalla società distributrice del farmaco, e dunque idonee a liberare la stessa da responsabilità). (2)

(1) Come rilevato, la sentenza in analisi non si allinea alle non numerose precedenti decisioni giudiziali in materia. Si pronunciano difatti in senso contrario alla massima, e dunque a favore della qualificazione dell'attività di produzione di farmaci come “attività pericolosa” ai sensi dell'art. 2050 c.c. (in relazione alla vicenda concernente il farmaco emoderivato Trilergran): Cass. Civ., sez. III, 15 luglio 1987, n. 6241, in Foro it., 1988, I, 144, con nota di Caruso D., *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile.*, a conferma della sentenza pronunciata dalla Corte d'Appello di Venezia del 26 gennaio 1983; Cass. Civ., sez. III, 27 luglio 1991, n. 8395, in dejure.it; Cass. Civ., sez. III, 20 luglio 1993, n. 8069, in dejure.it; Cass. Civ., sez. III, 1 febbraio 1995, n. 1138; Cass. Civ., sez. III, 27 gennaio 1997 n. 814. Anche le corti di merito hanno seguito il medesimo orientamento; tra le altre: Tribunale di Milano, 19 novembre 1987; App. Trieste, 16 giugno 1987; Trib. Roma, 27 giugno 1987; App. Roma, 29 luglio 1994. In termini conformi alla massima, nel senso di considerare applicabile alla produzione e distribuzione di farmaci il d.p.r. 224/1998: Corte Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, su www.utetgiuridica.it, segnalata in A. Genovese, *Il mercato dei dispositivi medici. Precauzione, sicurezza, responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 321 ss.:

in occasione di un caso concernente la rottura di una protesi mammaria (prescindendo dalla decisione di merito, che in questa sede non è rilevante), la Corte di Cassazione ha senza esitazione riconosciuto l'applicabilità della disciplina che concerne il danno da prodotto difettoso, interpretandola però in senso più favorevole al soggetto danneggiato per quanto attiene alla distribuzione dell'onere probatorio. Per la negazione dell'applicabilità dell'art. 2050 c.c. all'attività di produzione e commercializzazione di farmaci, sempre in relazione alla vicenda dei prodotti emoderivati infetti: Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in Foro it., Rep. 1988, voce Responsabilità civile, con nota di Tassoni G., *La produzione di farmaci tra l'art 2050.c.c. e i c.d. "development risks"*. Vi è poi un caso pressoché isolato in cui viene invocato dalla difesa il decreto in parola piuttosto che l'art. 2050 c.c., in relazione ad un farmaco antiobesità, il quale aveva causato gravi disfunzioni cardiache al paziente. La strategia difensiva si era però limitata a convenire in giudizio la società italiana importatrice del farmaco, il quale era però prodotto in Francia: cfr. Trib. Roma, 20 aprile 2002, in *RicercaGiuridica.com*. Come rileva il giudice del Tribunale di Bergamo nella sentenza in analisi, allo stesso modo il Tribunale di Roma nella sentenza da ultimo citata esclude la responsabilità della società distributrice ex artt. 1 e 4 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224: "Non si applica la presunzione di cui all'art. 1 d.p.r. cit., in quanto la società convenuta ha negato di essere produttore del farmaco "Isomeride", né parte attrice - sulla quale incombeva il relativo onere - ha provato il contrario. Non si applica, altresì, la presunzione di cui all'art. 4 d.p.r. 224/88, in quanto quest'ultima opera soltanto nella ricorrenza di due condizioni: (a) che il danneggiato ignori le generalità del produttore; (b) che il fornitore, richiesto per iscritto, abbia omesso di indicare tali generalità al danneggiato. Nel caso di specie, la prima di tali circostanze non sussiste: è stata infatti la stessa attrice a produrre una confezione del prodotto asseritamente dannoso, sulla quale si legge: "Officina di produzione: Les Laboratoires S..., , ..., Francia (cfr. all. 6 alle note ex art. 184 c.p.c. dep. il 18 dicembre 1999). L'attrice, quindi, conosceva bene quale fosse il produttore del farmaco. In ogni caso, nella corrispondenza intercorsa tra il legale dell'attrice e la convenuta non risulta che il primo abbia mai chiesto formalmente alla seconda di indicare espressamente le generalità complete del produttore. Né ha rilievo, nel presente giudizio, l'indicazione (anch'essa stampata sulla confezione del prodotto e sul foglio illustrativo) della S... Italia S.p.A. quale "rappresentante" del produttore. Dal contesto letterale dell'atto di citazione, infatti, appare chiaro che l'attrice ha inteso citare la società convenuta in proprio, e non quale rappresentante della Les Laboratoires S."

In generale, sul concetto di attività pericolosa: sent. Corte Cass., sez. III, 24 luglio 2012, n. 12900, secondo la cui massima "la qualifica di un'attività come "pericolosa" ai sensi dell'art. 2050 c.c., dipende unicamente dal contenuto intrinseco di essa, a nulla rilevando né che alcuna norma di legge la qualifichi come pericolosa, né che sia svolta senza fine di lucro o per fini filantropici (in applicazione del suddetto principio, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva qualificato come "pericolosa" l'attività svolta da una scuola di alpinismo senza fini di lucro, e, conseguentemente, condannato ex art. 2050 la scuola al risarcimento del danno, patito da un allievo caduto durante un'arrampicata)" in Foro.it, 2012, I, 2999, con osservaz. di A. Palmieri. Pronunce più risalenti sono invece: Cass. Civ., sez. III, 8 gennaio 1969 n. 3227; Cass. Civ., sez. III, 24 novembre 1971, n. 3415; Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 1991 n. 4710; in *dejure.it*.

Dottrina concorde all'applicazione del d.p.r. in luogo dell'art. 2050 c.c.: M. Franzoni, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in AA.VV.; Scritti in onore di Marco Comporti, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, Giuffrè, 2008, in part. p. 1322, dove si osserva: "non nego che sia affascinante la soluzione proposta da

chi ritiene necessario far fronte al rischio da sviluppo nel settore farmaceutico in modo diverso dal ricorso al criterio della responsabilità. E' ben vero che in tale settore sia da privilegiare il rischio introdotto dalla sperimentazione rispetto al pericolo di danni con esso creato. Tuttavia la soluzione va trovata nella corretta applicazione della norme vigenti, e nel caso in esame ritengo che il produttore di farmaci o di prodotti chimici debba essere considerato un produttore assoggettato al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206". Allo stesso modo: Francesca Caroccia, *La Responsabilità per danno da prodotto farmaceutico*, relazione al Convegno su "La Responsabilità degli operatori sanitari", Università degli Studi di Camerino, Camerino-Osimo 9-10 maggio 2013 (in *Annali della Facoltà giuridica, Università di Camerino*).

(2) Non vi sono precedenti giurisprudenziali in termini. Numerose sono però le pronunce in tema di definizione della prova liberatoria richiesta dall'art. 2050 c.c., tra le quali: Cass. Civ., Sez. III, 23/07/03, n. 11454; Cass. Civ., Sez. III, 02/03/01, n. 3022; Cass. Civ., Sez. III, 11/06/99, n. 5744; Cass. Civ., Sez. III, 04/06/98, n. 5484; Cass. Civ., Sez. III, 29/04/91, n. 4710; Cass. Civ., 21/11/84, n. 5960; Tribunale di Brescia, Sez. I, 31/03/03; Tribunale di Genova, 06/06/90. (in *dejure.it*). La Cassazione civile, sez. III, con la sentenza del 30 agosto 2004 n. 17369, si è inoltre pronunciata riguardo alla possibilità di classificare un'attività come "pericolosa" in ragione delle potenzialità lesive dei prodotti che tale attività produce: "La responsabilità per esercizio di attività pericolosa ex art. 2050 c.c. ben può prescindere dall'attività in sé e per sé considerata, il che si verifica quando il pericolo si sia materializzato e trasfuso negli oggetti dell'attività medesima (ad es., materie infiammabili, proiettili di arma da fuoco, gas in bombole, ecc.), i quali, anche per un'imperfetta costruzione, a livello progettuale o di confezione, conservino un'intrinseca potenzialità lesiva collegata allo svolgimento dell'attività di cui costituiscono il risultato, anche quando il danno si produca in una fase successiva, purché ne dipenda in modo sufficientemente mediato" (massima rinvenuta in *dejure.it*). In dottrina, dello stesso argomento si è occupato Daniele Calcaterra in "*Danno derivante da attività pericolose e distribuzione di beni pericolosi*", in *La responsabilità civile*, 2005.

In dottrina il tema è trattato da L. La Battaglia nella trattazione "*Danno da prodotto farmaceutico difettoso e prova liberatoria*" in *Danno e responsabilità*, 2002. Si è occupata più in generale della questione della prova liberatoria richiesta per l'esenzione da responsabilità in ragione dell'esercizio di attività pericolosa Camilla Fin in "*Responsabilità per esercizio di attività pericolose: prova liberatoria e concorso di colpa del danneggiato*" in *La responsabilità civile*, 2012. (su *infoLEGES.it*). Ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sono citati nel corso dell'analisi critica od inseriti nelle note a piè pagina.

IL COMMENTO

1. Introduzione

Dal leggero e fastidioso mal di testa alla più grave ed incurabile patologia, dall'influenza al mal di vivere.. La soluzione più semplice per tutti i nostri dolori, al giorno d'oggi, sono le medicine. Del resto, perché soffrire inutilmente se con il semplice deglutire di una pastiglia possiamo tornare ad essere sereni e felici? "Con un poco di zucchero la pillola va giù!", diceva un grande saggio in tempi non lontani. Continue ricerche e scoperte, innovazione tecnologica e progresso scientifico contribuiscono a migliorare la qualità delle nostre vite. Ma non è tutto oro quel che luccica, e tale

discorso risulta essere eccessivamente semplicistico. Spesso anche volentieri confidiamo in ciò che auspicabilmente ci farà star meglio, come per l'appunto un farmaco, trascurando di valutare i rischi che si accompagnano ai benefici desiderati. Lungi da me voler apparire scettica o disfattista: non dobbiamo certo vivere con l'angosciante convinzione che una spada di Damocle penda inesorabile sulle nostre teste, ma non possiamo nemmeno cullarci nella aprioristica convinzione che la scienza tutto può: ciò che *prima facie* sembra mezzo di giovamento o addirittura salvezza, in qualche caso, ancorché raro, può ritorcersi contro di noi. Questo è esattamente ciò che è toccato in sorte al protagonista della vicenda in rassegna, che credeva di curare il suo malanno con un banale antibiotico e si è all'improvviso ritrovato (presumibilmente, considerati i consueti effetti che provoca la sindrome di Lyell da cui è risultato affetto) con simil-ustioni ad invadere il suo corpo, ed il giudice cui si rivolge perché sia fatta giustizia gli nega qualsivoglia risarcimento. Come è possibile che ciò avvenga? Il consumatore non dovrebbe essere oggetto di una stringente tutela, tale da permettergli di scegliere serenamente come agire sul mercato in base ai suoi bisogni e preferenze? La giurisprudenza ha intrapreso diversi mutamenti di rotta in merito, di pari passo con l'evoluzione legislativa, interna e comunitaria; conviene dunque analizzarli con ordine per comprendere appieno la decisione del Tribunale di Bergamo.

2. Responsabilità extracontrattuale, presunzione di colpa ed inversione dell'onere probatorio. *Leading cases in USA ed Italia*

I prodotti farmaceutici possono rivelarsi causa di danni per numerosi motivi: errori di progettazione dovuti a negligenza o alla limitatezza delle conoscenze scientifiche del tempo; difetti di produzione o conservazione; informazioni scorrette fornite ai consumatori od omissione delle stesse; diversa metabolizzazione da parte del singolo consumatore, data la peculiarità di ciascun organismo. In tutti questi casi è sempre individuabile un responsabile che dovrà farsi carico delle conseguenze delle proprie azioni, produttore, distributore o rivenditore che sia. Ed in ognuno di questi casi si applicherà la disciplina più opportuna, volta a tutelare esigenze produttive e di libera circolazione dei prodotti da un lato, e diritti del consumatore¹ all'opposto, secondo una logica di bilanciamento tra interessi contrapposti. Eccezion fatta per la circostanza in cui, come pocanzi riportato, nessun rimprovero possa essere mosso ad alcuno, poiché il danno occorso è stato ad esempio cagionato da una particolare predisposizione genetica di colui che ha assunto il medicinale.

In primo luogo occorre far chiarezza sul tipo di responsabilità da far valere con un ipotetico ricorso giudiziale: contrattuale o extracontrattuale? Difatti, in linea di principio, si potrebbero applicare entrambe le discipline. La prima ipotesi citata è stata però poco praticata; volendo estendere le garanzie previste per il contatto di vendita ai prodotti (nello specifico, ai farmaci), si finiva per assimilare la figura del produttore a quella del venditore, in modo da considerarlo responsabile per i vizi dei prodotti venduti al compratore²; equiparazione che ha destato perplessità data l'evidente differenza di ruoli svolti dalle due figure. Per questo e altri motivi si è preferita la soluzione extracontrattuale, declinata come di seguito illustrato.

Si rende però necessaria una ulteriore precisazione su di un presupposto alla base del discorso che segue, ovvero in merito alla possibilità di considerare il farmaco come un prodotto alla stregua di tutti gli altri. Prima dell'entrata in vigore dell'attuale normativa

¹ Fra gli altri, in relazione ai farmaci, esigenze di tutela della salute e della sicurezza.

² In tal senso: C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, spec. p. 942 ss.

in materia³, difatti, in assenza di specifica disciplina i farmaci erano equiparati ad ogni altra specie di prodotti. Nonostante ciò, è sorta già in tempi piuttosto risalenti una vivace *querelle* dottrinaria, soprattutto in territorio tedesco e americano. Nel secondo caso, quello statunitense, il riferimento è volto alla celebre pronuncia *Thomas v. Winchester*, Court of Appeals of New York, 6 N.Y. 397 (1852)⁴; la vicenda concerne la morte di una donna a seguito dell'ingestione di un farmaco contenente una eccessiva percentuale di veleno. Farmaco preparato da un dipendente del farmacista e venduto al marito della paziente. La Corte, interrogandosi sulla possibilità di applicare la comune normativa dettata in materia di responsabilità per difetti della cosa venduta, formula il principio di “*imminent danger to human life*”: afferma che chiunque, parte di un contratto, ponga a rischio la vita o l'integrità fisica di un soggetto anche terzo rispetto al contratto stesso, è responsabile dei danni subiti dalla persona. Si presume in tal modo la responsabilità del produttore-venditore, e ne consegue l'inversione dell'onere della prova. Da questa e altre pronunce emerge il carattere affatto peculiare dei prodotti farmaceutici.

Ciò premesso, si può ora ricondurre l'attenzione alla questione in analisi. Il giudice di merito ha ritenuto più opportuno far rientrare la fattispecie di danno da prodotto farmaceutico nella disciplina dettata per la responsabilità del produttore, discostandosi in tal modo da una, seppur esigua, consolidata giurisprudenza. Difatti, precedentemente rispetto all'entrata in vigore della specifica disciplina dettata dal d.p.r. 224/1988 più volte citato, il consumatore che aveva subito un danno a causa della difettosità di un prodotto, aveva come strumento per far valere i propri diritti e far dichiarare civilmente responsabile il produttore il solo strumento codicistico; in un primo momento storico, facendo ricorso all'art. 2043 c.c., in un secondo momento per mezzo dell'art. 2050 c.c., se l'attività poteva qualificarsi come “pericolosa”. Ma l'articolo da ultimo menzionato è quasi sempre risultato il perno sul quale fondare la strategie difensive in giudizio, anche successivamente al 1988.

Per comprendere a fondo il tema trattato, e di conseguenza la decisione del Tribunale di Bergamo, si rende indispensabile un excursus normativo e giurisprudenziale in materia di danno da prodotto. L'obbligo di dimostrare la sussistenza della colpa, elemento sul quale tradizionalmente risulta imperniata la responsabilità extracontrattuale⁵, ha fatto sì che ove il consumatore subisse un danno a causa della difettosità di un prodotto industriale, difficilmente riuscisse ad ottenere il dovuto risarcimento in giudizio. Per questo motivo è stato introdotto il principio di inversione di onere della prova. Doveroso in tal senso è il riferimento alla celebre sentenza della Corte di Cassazione n. 1270 del 25/5/1964, meglio nota come “caso Saiwa”, la quale rappresenta una svolta decisiva in materia di responsabilità extracontrattuale⁶. Essa introduce infatti (seppur circa un decennio in ritardo rispetto alla Corte americana sopra citata) il principio della presunzione di colpa in capo al produttore per l'immissione in commercio di prodotti

³ L'art. 1 del d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, attuazione della Direttiva 2003/63/ CE, dispone: “*Ai fini del presente decreto, valgono le seguenti definizioni: a) prodotto medicinale o medicinale, di seguito indicato con il termine «medicinale»: 1) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; 2) ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica[...]*”.

⁴ Testo integrale della sentenza in: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/thomas_winchester.htm

⁵ Principio ora in realtà fortemente messo in discussione, a causa dell'introduzione di criteri oggettivi d'imputazione, come messo in luce più avanti nella trattazione.

⁶ Come sottolineato in: “*la Responsabilità del produttore di sigarette in Italia, Francia e Stati Uniti d'America*”, di Luisa Nava, in *Diritto & Diritti*, rivista giuridica on line, settembre 2002.

difettosi. A fronte di una precedente giurisprudenza oscillante ed incerta, che ha risolto casi pressoché analoghi con pronunce tra loro contrastanti (emblematico l'esempio delle sentenze della Corte d'Appello di Genova del 5/6/1964 e della Cassazione del 21/10/1957 n. 4004 citate poco più avanti nel presente elaborato), tale sentenza affronta il problema della difficoltà probatoria gravante sui consumatori danneggiati, risolvendolo in favore degli stessi.⁷

La vicenda da cui scaturisce la questione giuridica vedeva protagonisti due coniugi i quali, dopo aver ingerito dei biscotti avariati, lamentavano in giudizio di aver sofferto un danno a causa di disturbi gastrointestinali. La Suprema Corte, dopo aver escluso la sussistenza di colpa del rivenditore citato in solido con il produttore, attraverso un procedimento logico-deduttivo riconduce la difettosità del prodotto alla negligenza del fabbricante, provocando inevitabilmente un'inversione dell'onere probatorio (che, in termini di colpa, dovrebbe teoricamente ricadere sull'attore). Il produttore convenuto ha sì la possibilità di dimostrare di aver agito con diligenza, ma stante l'estrema problematicità dell'attestazione di assoluta efficienza del sistema produttivo, la responsabilità per colpa si traduce in una configurazione giuridica differente, quella della responsabilità oggettiva. Difatti, citando autorevole dottrina, "Si tratta di un tipico esempio di decisione ispirata ad esigenze di interesse pubblico (...); più che a canoni di rigore logico, essa risponde ad un'esigenza equitativa di distribuzione dei rischi, derivante dal fatto che il fabbricante, con il porre il prodotto in commercio in involucri sigillati, determina nel pubblico dei consumatori un affidamento sulla integrità del contenuto (e quindi resta su di lui addossato l'onere di una successiva alterazione)"⁸.

3. Artt. 2043 e 2050 c.c.: come destreggiarsi tra rischio e pericolo. L'esercizio di attività pericolosa

Quanto detto, per ciò che concerne i difetti del singolo prodotto (c.d. di fabbricazione). Nei casi in cui si è data una problematica riscontrata in un'intera categoria produttiva (difetti c.d. di progettazione), la giurisprudenza si è spesso avvalsa della clausola generale, fondamento della responsabilità extracontrattuale, rappresentata dall'art. 2043 c.c.⁹. La Corte di Cassazione¹⁰, nel condannare ex art. 2043 l'impresa responsabile della vendita di armi giocattolo per danni occorsi ad un bambino, ha invero fatto leva sul concetto di "diligenza oggettiva", da valutare avendo riguardo alla natura dell'attività esercitata. Ma in un successivo caso analogo la Corte d'Appello di Genova¹¹ ha risolto la questione in modo diametralmente opposto: le avvertenze poste sulla confezione dell'arma giocattolo valevano ad escludere il nesso di causalità tra il fatto imputato al fabbricante, ossia l'aver commercializzato il prodotto, ed il danno subito dal bimbo (nella vicenda in analisi, invece, applicandosi l'art. 2050, le informazioni non escludono il legame eziologico, anzi costituiscono prova liberatoria).

Ma quali sono le differenze intercorrenti tra artt. 2043 e 2050?¹² E perché il nostro danneggiato, come del resto la dominante giurisprudenza, ha preferito agire ex art. 2050 piuttosto che presentare ricorso in base all'art. 2043? Oltre alla indubbia maggior difficoltà di provare in giudizio la colpa del produttore ex art. 2043, elemento non

⁷ "La responsabilità per prodotti difettosi", in Diritto & Diritti, luglio 2001.

⁸ Martorano F., "Sulla responsabilità del produttore per la messa in commercio di prodotti difettosi", in Foro it., 1966, IV, 13.

⁹ L'articolo prevede che: "Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

¹⁰ Sent. 21/10/1957 n. 4004, in *dejure.it*.

¹¹ Cfr. App. Genova 5 Giugno 1964, in Foro it., Rep. 1964, voce Responsabilità civile, n°373.

¹² Tema affrontato durante la lezione tenuta il giorno 17/03/2015 dal professor Umberto Izzo, durante il corso di Diritto Civile.

richiesto nei casi disciplinati dall'art. 2050, la risposta può essere individuata nella diversa natura e funzione delle due norme. La prima menzionata è quella deputata a gestire il *rischio*, concepito come qualcosa che è possibile computare, e dunque permette di prevedere un'eventualità dannosa; si lega alla opportunità di adottare le misure adeguate ad evitare il danno, tenendo conto del fatto che il contegno da tenere è dettato da una regola ben definita (colpa specifica) o in base ad assunti non codificati (colpa generica). In altri termini, l'informazione precauzionale era già stata dettata dalla società prima del verificarsi dell'evento lesivo, dunque la norma si espande con l'ampliarsi delle conoscenze della società stessa poiché la colpa si relaziona a quanto il soggetto avrebbe dovuto conoscere. Solo se si ha a che fare con ciò che è noto è possibile stimare il rischio annesso, attribuendogli un preciso coefficiente.

L'art. 2050, al contrario, è norma che attiene a situazioni di *pericolo*, il quale per sua natura si accompagna ad uno stato di incertezza: è una condizione a cui si è inevitabilmente esposti, e l'eventualità del verificarsi di un danno non è in questo caso né calcolabile né prevedibile (come non lo è per l'appunto il manifestarsi di effetti indesiderati a seguito dell'assunzione di un farmaco non difettoso). E' però prevenibile, attraverso l'adozione di tutte le cautele possibili e necessarie a tal fine. L'articolo dispone infatti quanto segue: *“Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”*.

Innanzitutto bisogna precisare cosa s'intenda per attività “pericolosa”, poiché in linea di principio qualsiasi attività umana potrebbe definirsi tale, a livelli più o meno elevati¹³. La Corte di Cassazione si è pronunciata a riguardo in modo piuttosto chiaro: “La pericolosità di un'attività va pertanto apprezzata in relazione alla probabilità delle conseguenze dannose che possano derivarne, e non anche in riferimento alle modalità con le quali viene comunemente esercitata, che ben potrebbero essere tutte e sempre inadeguate, senza per questo elidere i presupposti per l'applicazione della norma”¹⁴. Sono di conseguenza da ricomprendersi nel concetto sia le attività espressamente qualificate come pericolose ai sensi del Testo Unico di Pubblica Sicurezza, sia quelle potenzialmente dannose per la loro intrinseca natura o per le caratteristiche dei mezzi utilizzati nel loro esercizio, data l'elevata probabilità del verificarsi di un evento lesivo.

Elementi caratterizzanti la norma sono la presunzione di responsabilità, di cui si è detto in relazione al caso Saiwa; il nesso causale e la prova liberatoria. Il secondo citato, la cui verifica è presupposto fondamentale per l'accertamento della responsabilità, consiste nella relazione diretta che lega attività pericolosa e danno per il quale si chiede il risarcimento. Il rapporto eziologico può venir meno al ricorrere di determinati fattori: per il fatto del terzo o dello stesso danneggiato, nel momento in cui la condotta posta in essere dal soggetto sia tale da escludere in modo certo il nesso di causalità tra attività ed evento dannoso, per la sua incidenza sul verificarsi dello stesso; o ancora qualora sopraggiunga una causa efficiente che presenti le caratteristiche (proprie del caso fortuito) di oggettiva imprevedibilità ed eccezionalità, essendo la stessa idonea a cagionare da sola l'evento. Ciò anche quando in linea teorica vi sarebbe stata una situazione atta a fondare la responsabilità dell'esercente, poiché questi non aveva adottato le precauzioni necessarie ad integrare la prova liberatoria¹⁵.

¹³ Come precisato in: Cass. Civ., Sez. III, 21/10/05, n. 20357, in *dejure.it*. In senso sostanzialmente conforme: Cass. Civ. 15 ottobre 2004, n. 20334; Cass. Civ. 26 aprile 2004, n. 7916 (sempre in *dejure.it*)

¹⁴ Cass. Civ., Sez. III, 26/04/04, n. 7916, in *dejure.it*.

¹⁵ Come chiarito dalla Corte di Cassazione, Sez. III, 04/05/04, n.8457: “In tema di illecito aquiliano, perché rilevi il nesso di causalità tra un antecedente e l'evento lesivo deve ricorrere la duplice condizione che si tratti di un antecedente necessario dell'evento (nel senso che questo rientri tra le conseguenze

4. Onere probatorio e prova liberatoria. Il caso dei prodotti emoderivati

Incombe sul danneggiato l'onere circa l'accertamento della sussistenza del nesso eziologico, e questo spesso è demandato a tecnici od esperti, com'è del resto avvenuto nel caso trattato dal Tribunale di Bergamo. I soggetti a cui è stato affidato tal incarico hanno affermato con certezza l'evidente legame causale tra l'assunzione del farmaco e l'insorgenza dell'effetto indesiderato quale la Sindrome di Lyell. Ma questo non è valso a fondare la responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa in quanto la società ha dimostrato, con ugual certezza, di aver adempiuto a tutti gli accorgimenti necessari ad integrare la prova liberatoria posta a suo carico. La peculiarità caratterizzante l'art. 2050 c.c. è per l'appunto l'onere probatorio gravante sul convenuto: non è sufficiente la prova "negativa" di non aver violato leggi, regolamenti o regole di comune diligenza; anzi deve essere fornita in giudizio la prova positiva di aver adottato *tutte le misure idonee ad evitare il danno*, ovverosia ogni cura o disposizione nell'organizzazione e messa in atto dell'attività pericolosa, tali da prevenire il verificarsi di un evento dannoso. L'attività deve dunque essere esercitata impiegando tutte le misure conosciute o conoscibili offerte dalla tecnica. Ciò si rende possibile in quanto l'attività pericolosa, postulando una successione ripetuta e continua di atti che rivelano una potenzialità dannosa precedentemente rispetto al verificarsi dell'evento lesivo, permette di predisporre le cautele necessarie e dunque individuare il parametro di commisurazione della dovuta diligenza¹⁶.

La formula utilizzata dal legislatore ha spesso portato la giurisprudenza a ricercare, al verificarsi di un danno, la c.d. precauzione mancata, ovvero quel *quid* che, controfattualmente valutando, avrebbe verosimilmente evitato il verificarsi del danno medesimo; ricomprendendo così nell'alveo del concetto le tecniche note più avanzate e tutte le misure astrattamente possibili, a prescindere dal loro costo o dalla effettiva prassi applicativa.

Quanto accaduto in tema di prodotti emoderivati è certamente caso emblematico. E' difatti in relazione a questo che la giurisprudenza ha ritenuto di applicare all'attività di produzione e commercializzazione di farmaci l'art. 2050 c.c., deducendo la pericolosità dell'attività che ha ad oggetto il farmaco, dalla pericolosità intrinseca del prodotto stesso, dal momento in cui questo conserva notevole potenzialità lesiva.

Leading case in materia è rappresentato dalla vicenda che ha avuto luogo in occasione della diffusione sul mercato del farmaco per curare la cefalea "Trilergeran", creato con gammaglobuline importate dagli Stati Uniti poi rivelatesi infette dal virus dell'epatite B; ritirato per questo dal commercio dal Ministero della Sanità dopo alcuni mesi. La distribuzione di lotti di prodotto infetti, il cui impiego ha causato l'insorgenza della patologia in molti soggetti che ne hanno fatto uso, e la conseguente necessità di garantire agli stessi un adeguato risarcimento, ha portato la giurisprudenza di merito

normali e ordinarie del fatto) e che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato sul piano eziologico dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento. Ne consegue che anche nell'ipotesi in cui l'esercente dell'attività pericolosa non abbia adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, realizzando quindi una situazione astrattamente idonea a fondare la sua responsabilità ex art. 2050 c.c., la causa efficiente sopravvenuta che abbia i requisiti del caso fortuito (eccezionalità ed oggettiva imprevedibilità) e sia idonea, da sola, a causare l'evento, recide il nesso eziologico tra quest'ultimo e l'attività pericolosa, producendo effetti liberatori anche quando sia attribuibile al fatto del danneggiato stesso o di un terzo", massima rinvenuta in *dejure.it*

¹⁶ Come rilevato ne: "La Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose" di Walter Giacardi, articolo del 19/02/2007, sul web in *Altalex.com*, il quale cita la sent. Cass. Civ., 24/02/83, n. 1425, in *Mass Giur. It.*, 1983.

prima¹⁷ e di legittimità in seguito¹⁸ a ritenere sussistente la responsabilità della Crinos S.p.A., la quale aveva prodotto il medicinale in questione, nelle numerose pronunce che si sono susseguite in merito. E' stata ritenuta insufficiente l'eccezione presentata dalla società, fondata sullo *state of art* dell'epoca, poiché era al tempo ben disponibile il test di controllo per verificare la presenza del virus dell'epatite B; a nulla rilevando la circostanza che lo stesso non fu eseguito sulle gammaglobuline poiché si riteneva che non fossero veicolo di diffusione del virus¹⁹, tanto che il test era di consueto eseguito solo su plasma e siero.

La pronuncia della Corte mostra la sua portata in relazione al c.d. *rischio da sviluppo*: questo viene addossato alla società convenuta, in veste di esercente attività pericolosa; nelle successive decisioni giudiziali²⁰, allo stesso modo, si considera non integrata la prova liberatoria qualora all'epoca della produzione e commercializzazione ci fosse una seppur minima possibilità di individuare, attraverso strumenti scientifici anche di ultimissima scoperta, l'ipotetica contaminazione del plasma. Dunque la norma viene letta dai giudici in chiave di tutela dei danneggiati.

Voce isolata si leva dal Tribunale di Napoli²¹, il quale si pone in contrasto con siffatto orientamento; esclude la possibilità di applicare alla produzione di farmaci l'art. 2050 c.c., e giustifica la ritenuta insussistenza della responsabilità della società produttrice sostenendo che lo stato delle conoscenze al momento della produzione del farmaco non permetteva al produttore di conoscere il difetto di questo. Non fa riferimenti il d.p.r. dell' '88 poiché il recepimento della Direttiva europea non era ancora avvenuto, ma la pronuncia si rivela perfettamente in linea con quanto disposto dall'art. 6 lettera e)²² del decreto citato, e appunto per questa ragione mostra di precorrere i tempi; la sentenza non ha però avuto gran seguito, in quanto la giurisprudenza successiva si è allineata con l'orientamento dominante.

Ritengo opportuno non addentrarsi più del dovuto nella questione poiché il caso dei prodotti emoderivati, come del resto quello delle trasfusioni, aventi anch'esse ad oggetto il sangue umano, è affatto particolare, considerato che la pericolosità (o difettosità, a seconda della disciplina cui si fa riferimento) non dipende dalle varie fasi della vita del prodotto, ma si origina col prodotto stesso in quanto insita nel medesimo. Non come ad esempio farmaci che al momento dell'immissione in commercio non possono considerarsi difettosi, secondo le conoscenze tecniche e scientifiche del momento, ma rivelano di esserlo in un secondo momento a causa di nuovi ritrovati. Il riferimento si è però reso indispensabile per comprendere come la giurisprudenza italiana ha ritenuto opportuno pronunciarsi²³ in merito alla qualificazione giuridica del danno da farmaci ed al rischio da sviluppo, fondamentali questioni che ci riportano alla relazione intercorrente tra art 2050 c.c. e d.p.r. 224/88 e di conseguenza al caso in esame.

¹⁷ App. Venezia, 26 gennaio 1983; Trib. Milano, 19 novembre 1987, in Foro it., 1988.

¹⁸ Cass. Civ., 15 luglio 1987, n. 6241, in Foro it., 1988, I, 144, con nota di Caruso D., *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*.

¹⁹ La Corte di Cassazione, nella sentenza di cui alla nota precedente, evidenzia però come fosse risaputo che esisteva la possibilità di inquinamento delle gammaglobuline in caso di estrazione scorretta delle stesse.

²⁰ Ad es, Trib. Milano, 19 novembre 1987, Foro it., 1988.

²¹ In Foro it., Rep. 1988, voce Responsabilità civile, n.143 e Resp.Civ., 1988,407, con nota di Tassoni G., *La produzione di farmaci tra l'art 2050.c.c. e i c.d. "development risks"*

²² La quale dispone che la responsabilità del produttore è esclusa "se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso". (Testo integrale del decreto rinvenuto in www.normattiva.it)

²³ Le sentenze citate costituiscono un esempio rappresentativo; per l'indicazione di ulteriori pronunce si veda la sezione " rassegna" del presente elaborato.

5. Il *duty to warn*

L'antibiotico Neoduplamox, come constatato a mezzo dell'analisi medico-legale svoltasi in corso di processo, è perfettamente funzionante ed in regola dal punto di vista della sicurezza che ci si può legittimamente attendere. Sfortuna (se così la si può chiamare) vuole che, pur se in rarissimi casi, comporti effetti collaterali decisamente gravi, anche fatali. Può ritenersi dunque sufficiente ad elidere i presupposti di responsabilità un'adeguata informativa, come reputa il giudice di merito?

Il concetto di *duty to warn* è in verità piuttosto risalente, e numerosi sono i casi giurisprudenziali in cui viene in luce l'adempimento del dovere d'informativa quale prova scagionante²⁴, o al contrario, come causa di fondamento della responsabilità se non rispettato o non preciso²⁵. L'informazione fornita dal produttore agli utenti sulle modalità d'utilizzo del prodotto e sulle plausibili conseguenze che ne possono derivare, costituisce senza dubbio un modo per rendere il prodotto più sicuro e mettersi al riparo da eventuali recriminazioni da parte dei consumatori. Ma è questo un ambito piuttosto delicato, in quanto sorge in merito anche la difficoltà di bilanciare gli accorgimenti che il produttore deve adottare con le cautele che l'utente stesso deve rispettare nell'utilizzo dei prodotti²⁶.

Ambito applicativo del principio in parola è ad esempio quello della produzione di tabacchi, la quale rientra secondo consolidata giurisprudenza²⁷ nella definizione di "attività pericolosa"; con la legge n.428 del 1990 è stato difatti introdotto nel nostro ordinamento l'obbligo di dotare le confezioni di tali prodotti del c.d. *warning*, il quale avrebbe la funzione di rendere i consumatori edotti riguardo la natura del tabacco ed i rischi connessi al suo utilizzo.

Il collegio di esperti che fornisce il suo ausilio per le indagini del giudice del Tribunale di Bergamo, definisce le informazioni contenute nel foglietto illustrativo del Neoduplamox "*disponibili e di facile lettura*", com'è opportuno che sia trattandosi di avvertenze destinate ad un così vasto bacino d'utenza, data l'ampia diffusione e consumo di prodotti quali i medicinali, in particolar modo quello in questione. La constatazione delle caratteristiche di tali indicazioni, riguardanti gli effetti collaterali del medicinale, a mio parere, non valgono però a dimostrare l'assunzione del rischio *consapevole* da parte del consumatore: come ha sagacemente messo in luce il Professor Trimarchi²⁸, l'obbligo di informazione²⁹ può avere effetti anche distorsivi; in altri termini, dovendo il

²⁴ Un esempio è quello su riportato della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Genova (si veda per precisi riferimenti la nota11)

²⁵ Per tal motivo è stata ad esempio intentata un'azione contro l'AIFA per aver autorizzato la commercializzazione di un medicinale, senza imporre al produttore di segnalare che il prodotto bloccava le inibizioni della dipendenza da gioco.

²⁶ Il danno può difatti verificarsi a causa del comportamento colposo del consumatore, come sostenuto in Cass. Civ., Sez. III, 04/05/04, n.8457: "*La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose rientra nelle ipotesi di responsabilità oggettiva e prrscinde dalla colpa di chi ha posto in essere l'attività; tuttavia, pur in caso di mancata adozione delle misure previste dalla legge o, in ogni caso, idonee ad evitare l'evento dannoso, la responsabilità va esclusa ove si accerti che il comportamento del danneggiato sia stato idoneo a interrompere il nesso eziologico tra attività pericolosa ed evento dannoso*", massima rinvenuta in *dejure.it*

²⁷ Cfr Cass. Civ., sez. III, 17/12/2009, n. 26516.; Tribunale di Milano, 2014, n. 9235; Corte d'Appello di Roma, marzo 2015, n. 1015; in *dejure.it*. Con la pronuncia citata, la Cassazione ha condannato il produttore in quanto la scritta "light" apposta sul pacchetto di sigarette era da considerarsi ingannevole, tanto da causare l'aumento del consumo del prodotto da parte dell'attore che ha agito in giusizio per ottenere il risarcimento del danno subito.

²⁸ In occasione della *lectio magistralis* tenuta il giorno 15/04/2015 nell'ambito del corso di Diritto Civile dell'Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

²⁹ Il professore faceva riferimento ai rapporti contrattuali, ma il discorso può agevolmente estendersi al caso in questione.

consumatore considerare troppe informazioni finisce per non curarsene affatto. Ritengo che ben pochi, prima di assumere un medicinale, si prendano la briga di studiare il foglietto illustrativo nella sua integrità, sino a porre effettivamente sul piatto della bilancia la guarigione da una parte e la remota possibilità di sviluppare gravi patologie derivanti da effetti collaterali, dall'altra. Se così fosse, le soluzioni prospettabili porrebbero davanti ad un bivio: lasciarsi turbare dalle avvertenze, in preda ad ingiustificato (?) timore, o non angustiarsi e procedere con la terapia? Almeno nel caso dei prodotti di cui si fa quotidianamente largo uso, la risposta al quesito appare pressoché scontata. Ma non sono prospettabili, nel caso di specie secondo il giudice di merito, soluzioni alternative; il meccanismo d'insorgenza della Sindrome è al giorno d'oggi ignoto, di conseguenza tutto ciò che poteva venir posto in essere dalla Procter & Gamble s.r.l. per esentarsi preventivamente da ogni responsabilità era mettere in guardia il consumatore.

Appare corretto (e senza dubbio lo è, prospettando la questione secondo un'ottica d'impresa), sulla base di un calcolo che tenga conto di rischi e benefici derivanti dall'immissione del farmaco in commercio, valutare se effettivamente l'utilità che da questa derivi alla società nel suo complesso sia maggiore rispetto ai pericoli corsi dai singoli componenti della stessa; dando ovviamente per presupposta la non difettosità del prodotto e la corretta ed esauriente informazione fornita ai consumatori. Evidentemente tale bilanciamento posto in essere prima della commercializzazione dell'antibiotico in questione ha portato al prevalere dell'interesse e collettivo, e dell'industria farmaceutica. Sorge però spontaneo un dubbio: è giusto, giuridicamente ed economicamente discorrendo, far ricadere i costi di tal valutazione sul singolo individuo?

6. L'art. 2050 c.c. tra colpa e responsabilità oggettiva

Per rispondere all'interrogativo posto bisogna discernere quale sia la vera “anima” dell'art. 2050 c.c. Come emerge dall'analisi della giurisprudenza su citata, esso è stato interpretato come norma rispondente al criterio della responsabilità oggettiva; ma in relazione a ciò la dottrina ha avuto modo di pronunciarsi, nel contesto di un dibattito piuttosto acceso, in senso sia conforme che contrario. Il dibattito concernente l'operatività dell'articolo si polarizza difatti su una duplice possibilità: colpa o responsabilità oggettiva?³⁰

In generale, il criterio d'imputazione obiettivo accollerebbe all'esercente attività pericolose la responsabilità per il verificarsi di un danno sulla base del mero nesso di causalità, per il sol fatto di aver intrapreso quel tipo di attività; egli potrebbe infatti scagionarsi solo provando l'eventualità del caso fortuito. Ciò presenta come risolto positivo quello di lanciare un particolare incentivo ai suddetti esercenti i quali, coscienti di incorrere in responsabilità sempre e comunque, si preoccuperebbero di far in modo che i benefici sopravanzino i costi innalzando lo standard precauzionale tenuto; sarebbe poi riconosciuto un sicuro risarcimento in favore del danneggiato ogni qualvolta si verifici un evento lesivo: il danno verrebbe internalizzato e dunque computato nel calcolo dei costi necessari all'esercizio dell'attività. Al contrario, se si inquadra la norma nell'alveo della colpa, il giudizio di responsabilità si fonda sullo scarto intercorrente tra comportamento tenuto dal danneggiante e modello ideale di condotta a cui lo stesso si sarebbe dovuto attenere; ma in tal caso il rischio da sviluppo graverebbe tutto sui consociati. Altra parte della dottrina ha invece vagliato la validità di una soluzione intermedia tra le due, un *tertium datus*: l'art. 2050 c.c. configurerebbe un'ipotesi di

³⁰ Il riferimento corre qui allo scritto “Una lettura alternativa al dilemma colpa/responsabilità oggettiva, con riferimento all'art. 2050 c.c. e all'art. 2054 c.c.”, del Professor Umberto Izzo.

responsabilità oggettiva per danno evitabile attraverso l'adozione di determinate misure di prevenzione che creano una soglia d'esonero da responsabilità.

Volendo però tirare le somme, come evidenziato nella trattazione menzionata in nota, ciò che davvero caratterizza la norma in questione è il concetto di *prevenzione*; considerato che, come su detto, essa attiene alla dimensione dell'incertezza, essa importa la necessità di sperimentare continuamente nuove misure precauzionali, augurandosi che quella personalmente adottata sia sufficiente ed adeguata ad esonerare da responsabilità.

Il Tribunale di Bergamo, tornando ora al punto di partenza della presente trattazione, ha difatti considerato ligia ai suoi doveri la società Procter & Gamble in base a quanto disposto dall'art. 2050 c.c., giacché ha “indovinato” quale fosse la misura da adottarsi nel caso concreto, in conformità con la vigente normativa.

7. Direttiva 374/88/CEE, d.p.r. 224/1998 e art. 2050 c.c. Il c.d. rischio da sviluppo. Norme a confronto

Non si è però ancora giunti con tale disquisizione teorica alla risposta circa il problema da ultimo prospettato, che concerne la (in)giustizia di far gravare sullo sfortunato consumatore il peso della mancata conoscenza scientifica riguardo i meccanismi sottesi allo sviluppo dell'effetto collaterale verificatosi. Ampliando lo sguardo alla disciplina comunitaria, più precisamente alla Direttiva 374/88/CEE, poi attuata dal d.p.r. 224/1998, di seguito trasfuso nel Codice del consumo, si diviene consapevoli di come l'applicazione della stessa (se ne fossero ricorsi i presupposti) in realtà non avrebbe cambiato poi molto la decisione del giudice. Il quesito appare dunque esser seguito da risposta affermativa.

Si rendono indispensabili alcune delucidazioni. Innanzitutto, la normativa ha come obiettivo l'armonizzazione delle discipline statali in materia di responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso. In base al dettato normativo, si può agevolmente estendere la sua applicazione al danno da prodotto farmaceutico poiché la definizione che la stessa offre di “prodotto” ricomprende genericamente *ogni bene mobile*, non sussistendo perciò alcuna ragionevole motivazione per l'esclusione dei medicinali da tale categoria³¹.

Inoltre, la Direttiva proprio in materia di informazione è piuttosto chiara; difatti il decreto attuativo della stessa, riprendendo e specificando quanto dalla stessa prescritto all'art. 6, lettera a), dispone che “*un prodotto è difettoso, quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze*” tra cui “*il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite*”. Il farmaco assunto dall'attore non poteva pertanto definirsi difettoso secondo quanto dettato da tale disciplina.

Particolarità della Direttiva in questione è che, a dispetto delle finalità di armonizzazione delle norme dettate a tutela del consumatore, del commercio e della libera circolazione delle merci, lascia agli Stati membri il diritto di opzione in merito alla possibilità di escludere la responsabilità del produttore con l'invocazione della *state of art defence*, in altre parole la possibilità di includere o meno i rischi da sviluppo³². L'eccezione è stata accolta dalla quasi totalità degli stati membri, tra cui anche l'Italia,

³¹Art. 2: “Ai fini della presente direttiva per “prodotto” si intende ogni bene mobilead eccezione dei prodotti agricoli naturali e dei prodotti della caccia, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile [...]”

³² Prevista, questa, all'art.7 lett. e), in base al quale il produttore è esonerato da responsabilità se prova che “lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto”.

sulla base dell'ovvia considerazione che un singolo Stato, non avvalendosi di tale diritto d'opzione e dunque facendo gravare il rischio da sviluppo sul consumatore, avrebbe posto le imprese interne in un posizione di svantaggio, penalizzando la circolazione dei propri prodotti in concorrenza con altre imprese che invece avevano adottato l'opposta soluzione. Inoltre, ragionando in termini di spesa, dovendo le imprese assicurarsi anche tenendo conto di rischi atipici ed imprevedibili, ciò avrebbe comportato costi altissimi e difficilmente sostenibili; senza contare i conseguenti ostacoli e ritardi nella ricerca per ciò che concerne in particolar modo le industrie farmaceutiche³³.

E' proprio questo l'elemento di maggior dissomiglianza del d. P.R. 224/1988 rispetto all'art. 2050 c.c.; in posizioni diametralmente opposte si collocano le soluzioni riguardo la ripartizione dei rischi: nel primo caso la Direttiva è stata attuata nel senso di farlo gravare sul consumatore, nel secondo invece ricade sul produttore. Altra diversità si ha in relazione ai termini prescrizionali; nel decreto, 3 anni dal momento cognitivo, in base al 2050 c.c. la prescrizione ha durata quinquennale. Alla luce di quanto esposto, può ritenersi per ciò solo giustificata la prassi giurisprudenziale italiana prevalente che persevera nell'applicare la disciplina codicistica in luogo di quella comunitaria, considerando che la stessa è effettivamente operante su territorio nazionale per mezzo del decreto citato e del Codice del Consumo? Nel caso degli emoderivati la scelta applicativa era in un certo senso obbligata poiché non era ancora entrato in vigore il d.p.r. Ma successivamente al 1988 il costante prevalere dell'art. 2050 c.c., palesemente mirato alla massimizzazione della tutela del consumatore-paziente, giuridicamente parlando non giustifica l'ostinazione della giurisprudenza.

Aprondo una breve parentesi, questo è ancora più vero se si considera che, con il D. lgs. n.115 del 17 marzo 1995 sulla sicurezza dei prodotti, attuativo della Direttiva 92/59/CEE, si è introdotta una disciplina che sposta la tutela concernente il danno da prodotto da un momento *ex post* di natura risarcitoria a quello *ex ante* di tipo preventivo³⁴, volta ad evitare (più che a risolvere il problema causato da) la produzione del danno. La stessa potrebbe indurre ad una reinterpretazione dell'art.6 lettera e) della Direttiva precedente³⁵, in quanto il produttore, a seguito dell'immissione sul mercato del prodotto, ne diventa garante *ex lege* in relazione alla sua difettosità; secondo quanto disposto dall'art. 3³⁶ co.4, infatti, egli deve "adottare le iniziative necessarie a garantire l'immissione e la presenza sul mercato di prodotti sicuri", imponendogli stringenti

³³ C. Castronovo, voce *Danno da prodotti (diritto italiano e stranieri)*, in *Enc Giur.* Treccani, X, Roma, 1995.

³⁴ Come sottolineato nell'articolo "*La responsabilità per prodotti difettosi*", di Alessandro Palmigiano e Alessandra Alaimo, su web in *diritto.it*

³⁵ Si veda in questo senso ad esempio Caruso A., *D.lg. n.115/1995. I nuovi obblighi di sicurezza a carico del produttore*, in *Danno e Responsabilità*, n.4/1997.

³⁶ L'art. 3 dispone quanto segue: "1. I produttori sono tenuti ad immettere sul mercato soltanto prodotti sicuri; 2. I produttori devono, nei limiti delle rispettive attività:- fornire al consumatore le informazioni pertinenti che gli consentano di valutare i rischi inerenti ad un prodotto durante la durata di utilizzazione normale o ragionevolmente prevedibile del medesimo, allorché questi ultimi non siano immediatamente percettibili senza adeguate avvertenze e di premunirsi contro detti rischi.[...]; - adottare misure proporzionate, in funzione delle caratteristiche dei prodotti da essi forniti, onde essere informati sui rischi che tali prodotti potrebbero presentare, e intraprendere le azioni opportune, compreso, se necessario, il ritiro del prodotto in causa dal mercato per evitare tali rischi. [...] 3. I distributori sono tenuti ad agire con diligenza per contribuire all'osservanza dell'obbligo generale di sicurezza, in particolare sono tenuti a non fornire prodotti che sappiano oppure che avrebbero dovuto ritenere, in base ad informazioni in loro possesso ed in quanto operatori professionali, non conformi a tale obbligo. In particolare essi devono, nei limiti delle rispettive attività, partecipare ai controlli della sicurezza dei prodotti immessi sul mercato, in particolare trasmettendo le informazioni concernenti i rischi dei prodotti e collaborando alle azioni intraprese per evitare tali rischi [...]."

obblighi relativi sia al processo produttivo che alla successiva informazione da fornire ai consumatori, e obbligandolo a ritirare il prodotto dal commercio qualora scopra la dannosità del bene da lui fabbricato. Il rischio da sviluppo gravante sui consumatori sarebbe di conseguenza decisamente ridimensionato.

In ambito di prodotti farmaceutici entrano in gioco diritti fondamentali della persona quali quello alla salute, all'integrità fisica e alla vita (e la disciplina del 2050 c.c. come detto meglio si presta a tutelare i soggetti danneggiati) e la Direttiva 85/374/CE, richiamata dal giudice di merito nella sentenza in esame, all'art. 13 fa salvi i regimi speciali di responsabilità esercitabili in base alle leggi statali. Ma è altrettanto vero che incasellare le norme in rigidi schemi potrebbe essere, come in questo caso, controproducente (ovviamente, a seconda dell'ottica da cui si guarda) : l'obiettivo di ravvicinamento delle legislazioni statali viene infatti così frustrato, ed il 2050 c.c. appare come un cantuccio sicuro nel quale i giudici si rifugiano, tenendo in poco conto il fatto che la giurisprudenza europea, seppur avendo un riguardo particolare per gli interessi dei produttori e del mercato in generale, non è del tutto sorda a necessità e diritti del consumatore³⁷.

Affermando quanto precede non intendo schierarmi contro il consumatore, anzi questo è senza dubbio la parte più debole nel rapporto oppositivo con produttori ed industrie, ed in quanto tale va protetto allo strenuo delle forze; ma se si sono concordate determinate scelte di politica legislativa, bisogna mantenersi con esse coerenti. I dovuti temperamenti si possono d'altro canto concretizzare attraverso un'apertura interpretativa volta a garantire la miglior tutela a favore del danneggiato, e ciò a mio parere non presenta eccessive difficoltà data la scioltezza con cui spesso i giudici si prestano a far emergere determinati orientamenti piuttosto che altri.

Attualmente è stata poi introdotta una disciplina più dettagliata e specifica che regola direttamente l'ambito di produzione farmaceutica, ovverosia la Direttiva 2001/ 83/ CEE, come integrata dalla Direttiva 2003/ 63/ CE, che ha portato all'introduzione nel nostro ordinamento del Codice dei medicinali per uso umano, al quale si affianca il *Regolamento sui prodotti umani per terapie avanzate* n. 1394/2007/CE, necessario ad innalzare gli standard di sicurezza e qualità. Per il consumatore-paziente è stato dunque apprestato un complesso normativo a sua protezione più che notevole, che obbliga i produttori e l'industria a conformarsi alle più evolute tecnologie farmacologiche. A questo punto, appare ancor più paradossale che il nostro soggetto ammalatosi di necrosi epidermica tossica abbia dovuto subire passivamente le conseguenze nefaste della terapia medica seguita..

8. Un gioco di pesi e contrappesi. Conclusioni

Per quanto possa sembrare moralmente iniqua la decisione del giudice di merito, ed empaticamente noi tutti saremmo portati a schierarci dalla parte del malcapitato attore, la stessa appare più che condivisibile da un punto di vista strettamente giuridico. La Procter & Gamble s.r.l. doveva fornire in giudizio una prova liberatori e l'ha fatto, dunque *nulla quaestio*; potrebbe questo apparire come il banale caso del singolo individuo che decide di far causa alla multinazionale più grande al mondo risultando soccombente, ma in realtà esso s'inserisce negli ingranaggi della macchina del Diritto: è necessario tener conto del gioco di continua astrazione e concretezza che la muove. Il giudice non poteva certo prescindere dal tener conto di leggi, pronunce precedenti e dottrina nel valutare la questione a lui sottoposta (anzi, in merito alla qualificazione giuridica ha mostrato di mantenersi al passo coi tempi, ponendosi controcorrente). Non

³⁷ Ne costituisce esempio la pronuncia della Corte di Giustizia del 10 maggio 2001, causa C-203/99, riguardante un trapianto di rene la cui procedura di conservazione si era rivelata non corretta.

si risolve tutto nel singolo caso concreto; una decisione giudiziale, per quanto in un sistema di Civil Law quale quello italiano non abbia la funzione di precedente vincolante, costituisce pur sempre un precedente. Ciò non è senza conseguenze: se avesse accordato un risarcimento al ricorrente, secondo una logica di imitazione vi sarebbe stato il rischio della proliferazione di istanze giudiziali per casi con caratteristiche analoghe. Questo sarebbe quanto di più deleterio per l'industria farmaceutica, e il discorso potrebbe facilmente estendersi ad ogni ambito produttivo. Compare ancora una volta la necessità di *checks and balances* tra interessi contrastanti, l'esigenza di trovare un equilibrio ed un contemperamento di diritti ed interessi in gioco: esigenze di produzione e ricerca da un lato, diritti fondamentali delle *persone* dall'altro. In conclusione, per quanto possa essere condivisibile la decisione in punta di diritto, potrebbero essere vagliate in un futuro soluzioni alternative per far fronte al problema prospettato dalla sentenza in analisi: ad esempio ricorrere alla farmacogenetica, la quale studia la risposta dell'individuo ai farmaci in base alle sue caratteristiche genetiche, prescrivendo test specifici prima dell'assunzione di determinati medicinali; oppure stabilire casi limite di particolare gravità, come quello in questione, al ricorrere dei quali può accordarsi il risarcimento del danno, magari con la previsione di un tetto massimo e relativa riassicurazione. Infine, considerato che riempire ogni interstizio normativo sarebbe una pretesa sovrumana, elementare ma doveroso è il ricorso al concetto di Autoresponsabilità: ciascuno deve assumersi i rischi delle proprie azioni ed accettarne le conseguenze.

L'INCENDIO DEL CAMPER TRASPORTATO: RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO E DANNO A COSE NON DESTINATE ALL'USO PERSONALE DEL DANNEGGIATO

di Giulia Sakezi

IL CASO

La società assicuratrice Zurich Insurance Company aveva assicurato le spedizioni di una società la quale aveva a sua volta ricevuto incarico di trasportare due camper. Durante il trasporto su un autoarticolato costituito da rimorchio e trattore, quest'ultimo aveva preso improvvisamente fuoco, provocando così la distruzione completa dei due camper. La Zurich era quindi stata costretta a indennizzare la propria assicurata versando un'ingente somma di denaro. In un secondo momento però, si era surrogata nei diritti alla propria assicurata, chiedendo il risarcimento del danno alla società produttrice del mezzo, la Daf Trucks, la quale veniva chiamata in giudizio ai sensi della legge in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi così come prevista dal D.lgs. n. 205 del 2006.

La pretesa della parte attrice fa valere quale causa dell'incendio il difetto di costruzione del trattore, invocando la responsabilità del produttore.

La Daf convenuta in giudizio fa preliminarmente valere la prescrizione del diritto al risarcimento, rilevando invece nel merito la mancata prova del difetto di costruzione che avrebbe causato il sinistro e chiedendo quindi il rigetto della domanda.

Il giudice esamina in primo luogo l'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto. Il giudice rileva che le diverse lettere di risarcimento inviate dall'attore, prima al rivenditore dell'autoarticolato e poi al costruttore, inducono a considerare interrotto il termine prescrizione di 3 anni.

Con riferimento alla questione relativa al difetto di funzionamento della motrice dell'autoarticolato il giudice ritiene che la responsabilità del produttore, non trovi applicazione al caso in esame. Tale conclusione è sostenuta dal giudice attraverso esplicito richiamo all'art 123 del D.lgs. n. 205/2006, la cui disciplina prevede il risarcimento dei danni solo nel caso di morte o lesioni personali e di distruzione o deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso purché destinata a uso o consumo privato e principalmente utilizzata dal danneggiato. L'attività interpretativa del giudice giunge a delimitare la risarcibilità per prodotto difettoso sulla base di due criteri: uno oggettivo per cui la cosa di cui si chiede il risarcimento deve essere adibita a uso o consumo privato e non professionale; uno soggettivo per cui deve essere prevalente, in caso di dubbio, l'uso privato del danneggiato.

Sulla base di questi due criteri il giudice sottolinea come il dante causa della Zurich trasportava i due camper non per uso imprenditoriale, ma nell'esercizio dell'attività di vettore. Perciò, non potrà qualificarsi come risarcibile il danno in questione.

La parte attrice fa quindi, valere la forma di responsabilità ordinaria ex art 2043 c.c. chiedendo la condanna del convenuto sulla base del principio del "neminem laedere".

La convenuta eccepisce però l'inammissibilità di tale domanda in quanto nuova. Il giudice osserva che la responsabilità per prodotti difettosi trattandosi di responsabilità di tipo oggettivo, pur essendo assimilabile ad altre forme di responsabilità oggettiva, si fonda su presupposti diversi, anche sotto il profilo probatorio, rispetto alla responsabilità per colpa prevista dall'art 2043 c.c. In virtù di queste considerazioni il giudice afferma che la parte attrice ha basato sin dall'inizio le proprie pretese solo sulla responsabilità oggettiva del produttore senza quindi fare riferimento a eventuali forme

di responsabilità per colpa. Pur volendo prendere in considerazione la domanda dell'attore, il giudice afferma che la parte non ha provato né la sussistenza di vizi o di difetti del mezzo, né il nesso eziologico tra questi e l'incendio verificatosi, né il dolo o la colpa del danneggiante.

Alla luce di ciò l'unico fatto incontrovertibile è che il veicolo ha preso improvvisamente fuoco ma ciò non è sufficiente a dimostrare che l'evento dannoso è in realtà conseguenza diretta di un difetto di funzionamento.

Per tali motivi il giudice giunge a rigettare la domanda in questione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE
Terza sezione CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Dania Mori
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 7268/2008, trattenuta in decisione alla udienza del 6.3.2013, decorsi i termini concessi per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica, vertente

TRA

Zurich Insurance Company S.A., in persona del procuratore speciale P.C., elettivamente domiciliata in Firenze Via Salvestrina nr 12 presso lo studio dell'avvocato Elena Mott, che unitamente all'avvocato Claudio Perrella del foro di Venezia, la rappresenta e difende giusta mandato a margine dell'atto di citazione;

ATTRICE

E

Daf Trucks N.V., in persona del legale rappresentante H.V.D.G., elettivamente domiciliata in Firenze Via Spartaco Lavagnini nr. 13, presso lo studio dell'avv.to Andrea Del Poggetto, che unitamente agli avv.ti Stefano Gramellini e Luciano Castelli del foro di Milano la rappresenta e difende giusta procura in atti;

CONVENUTA

OGGETTO: azione di restituzione di somme versate in conseguenza del contratto di assicurazione.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Zurich International Italia spa, successivamente divenuta Zurich Insurance Company S.A. (di seguito denominata per brevità semplicemente "Zurich"), premettendo: a) di assicurare le spedizioni della T.I. s.n.c. di B.M. e B.A., che in data 22.5.2003 aveva ricevuto incarico dalla soc. Laika Caravans spa di trasportare n. 2 camper; b) di essere stata costretta ad indennizzare la propria assicurata col versamento della somma di Euro 75.206,47, per l'evento sinistro verificatosi in località San Casciano il 23.5.2003, costituito dalla distruzione completa dei camper trasportati sull'autoarticolato, composto dal trattore marca Daf, modello 95XF tg. (...) e dal rimorchio marca Miele tg. (...), a causa di un incendio sviluppatosi per un difetto di fabbricazione del trattore; c) di essersi surrogata ex art 1916 c.c. nei diritti della propria assicurata e di aver richiesto, senza esito alcuno, la refusione del danno alla società produttrice del mezzo ex art. 4 L. n. 224 del 1988, ha chiesto che Daf Trucks N.V. (di seguito indicata per brevità

semplicemente come "Daf") fosse condannata al pagamento in proprio favore della somma di Euro 75.206,47, ai sensi della legge citata in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

Si è costituita in giudizio Daf eccependo, in via preliminare, la prescrizione del diritto al risarcimento; nel merito la convenuta ha rilevato l'assoluta carenza probatoria dell'asserito difetto di costruzione che avrebbe causato l'incendio del mezzo e la mancata risarcibilità del danno; ha concluso Daf per il rigetto della domanda e la refusione delle spese processuali.

Va preliminarmente esaminata, stante il suo carattere assorbente, l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Daf del diritto fatto valere in giudizio da Zurich.

Dalla documentazione versata in atti dall'attrice risulta che sin dal 5 maggio 2004 la Zurich, tramite il proprio legale, ha provveduto ad inviare al rivenditore dell'autoarticolato (Inter Trucks S.r.l. di Anzola dell'Emilia) una lettera con la quale si chiedeva la refusione della somma indennizzata al danneggiato (vedi doc. 5).

Successivamente il legale della Zurich ha inviato, in data 23.6.2004, formale richiesta di danni alla Daf Veicoli Industriali spa con sede in Trezzano sul Naviglio (vedi doc. n. 7), riscontrata dalla Daf V.I. spa, la quale, contestando ogni responsabilità del costruttore, lo ha indicato nella società olandese Daf Truck N.V., attuale convenuta in giudizio (vedi doc. nn. 6 e 9).

A ciò ha fatto seguito la lettera di risarcimento danni del 15.6.2006 inviata alla Daf Truck N.V. (vedi doc. n. 10) e, successivamente, in data 13.3.2007, la notifica dell'atto di citazione davanti al Tribunale di Milano, dichiaratosi incompetente.

Ritiene il giudicante che il termine prescrizionale di tre anni previsto dall'art. 125 D.lgs. n. 206 del 2005 (normativa questa che ha abrogato il D.P.R. n. 224 del 1988 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi), se pur lo si volesse far decorrere dalla data del sinistro (23 maggio 2003), è stato validamente interrotto prima del suo decorso dalle lettere citate, dall'indubbia valenza di atti di costituzione in mora, succedutesi negli anni.

Venendo al merito del processo, la domanda proposta dalla Zurich è infondata e va rigettata.

La pretesa creditoria fatta valere dall'istituto assicurativo nel libello introduttivo trova fondamento nell'asserito difetto di funzionamento della motrice dell'autoarticolato, prodotta dalla Daf, che avrebbe causato l'incendio del veicolo, che avrebbe provocato la distruzione del rimorchio e del carico costituito da due camper trasportati dalla ditta assicurata con la Zurich.

Viene quindi espressamente dedotta la figura di responsabilità speciale del produttore che, come è noto, è oggetto di apposita disciplina normativa di derivazione comunitaria (D.P.R. n. 224 del 1988, sostituito dal D.lgs. n. 206 del 2005).

Conformemente a quanto assunto dalla Daf, ritiene questo giudice che il regime della responsabilità (aggravata e/o oggettiva) del produttore previsto dalla citata normativa non trovi applicazione nella fattispecie oggetto di causa.

L'art. 11 del D.P.R. n. 224 del 1988 (ora art. 123 D.lgs. n. 205 del 2006) prevede che il danneggiato ha diritto al risarcimento del danno "cagionato da morte o lesioni personali" o a quello derivante dalla "distruzione o deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso", purché di tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e così principalmente utilizzato dal danneggiato".

Dal chiaro tenore letterale della norma è possibile enucleare due criteri che concorrono a delimitare l'ambito della risarcibilità per prodotto difettoso: il primo di natura oggettiva (la cosa di cui si chiede il risarcimento, diversa dal prodotto difettoso, deve essere adibita ad uso o consumo privato e non professionale) e il secondo di carattere

soggettivo (in caso di uso bivalente della cosa, deve essere prevalente l'uso privato del danneggiato).

Ciò premesso in punto di diritto, è pacifico che il dante causa della Zurich, T. s.n.c., trasportava i due camper, di proprietà di terzi, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale di vettore e non per uso personale.

Il danno patito dalla T. s.n.c. - corrispondente al danno preteso dai proprietari dei due camper ed indennizzato dalla Compagnia - non può quindi qualificarsi come danno risarcibile ai sensi e per gli effetti della normativa vigente sulla responsabilità del produttore.

Nella memoria ex art 183, VI comma, nr 1 c.p.c. Zurich, a fronte di tale deduzione della convenuta, ha fatto valere la forma di responsabilità ordinaria ex art. 2043 c.c., chiedendo la condanna di Daf oltre che "ai sensi e per gli effetti di cui all'art 224/1988" anche ai sensi "e/o del generale principio del *neminem laedere*".

La convenuta, nella prima difesa utile, ha eccepito l'inammissibilità di tale domanda in quanto nuova e, pertanto, attività processuale non consentita nella memoria ex art 183 VI comma nr 1 c.p.c., con la quale è possibile solo precisare e modificare le domande già svolte.

Osserva il giudicante come la responsabilità per prodotti difettosi, introdotta recentemente dal legislatore, può essere assimilata alle altre forme di responsabilità oggettiva ed aggravata previste dal codice (cfr. artt. 2047-2052 c.c.) e dunque è fondata su presupposti diversi, sia sotto l'aspetto eziologico che sotto il profilo probatorio, rispetto alla responsabilità per colpa prevista dall'art 2043 c.c..

Nell'atto introduttivo del giudizio l'attore ha impostato le proprie allegazioni facendo esclusivo riferimento ai criteri di responsabilità del produttore, senza minimamente enunciare situazioni di fatto suscettibili di essere valutate ed interpretate entro forme della responsabilità per colpa.

Ad ogni buon conto, anche a voler considerare la richiesta di condanna a titolo di responsabilità per violazione del principio del "*neminem ledere*" alla stregua di una consentita facoltà di precisazione della domanda già svolta in citazione, ritiene il giudicante che l'attrice non abbia in alcun modo assolto all'onere di provare né la sussistenza di vizi e difetti nel mezzo, né il nesso eziologico tra gli stessi e l'incendio che distrusse il veicolo, né infine l'esistenza del dolo o della colpa del soggetto danneggiante.

I fatti che possono ritenersi processualmente accertati sono semplicemente che l'autoarticolato, di recente immatricolazione, prese improvvisamente fuoco mentre circolava senza essere coinvolto in alcun sinistro.

Trattasi di circostanze insufficienti (non essendo stato possibile alcun serio ed approfondito accertamento tecnico sul veicolo) a dimostrare che l'evento dannoso fosse ascrivibile ad un difettoso funzionamento dell'autoarticolato, imputabile a negligenza o imperizia nel processo produttivo.

Invero non si può astrattamente escludere che l'incendio si possa essere sviluppato in ragione di cause del tutto diverse (anche, per esempio, una manomissione del mezzo ad opera di ignoti).

La domanda deve quindi essere rigettata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale - in funzione monocratica - in persona del Giudice dr.ssa Dania Mori, definitivamente pronunciando nel procedimento di cui in epigrafe, ogni contraria

domanda, eccezione e deduzione respinta, così provvede:

- 1) rigetta la domanda proposta da Zurich Insurance Company S.A.;
- 2) condanna Zurich Insurance Company S.A. alla refusione delle spese di giudizio nei confronti della convenuta, che liquida in complessive Euro 5.050, di cui Euro 5.000 per compensi di avvocato, oltre Iva e Cap come per legge.

Così deciso in Firenze, il 24 marzo 2014.

Depositata in Cancelleria il 26 marzo 2014.

TRIBUNALE DI FIRENZE, sentenza 24 marzo 2014, n. 7268; Giud. Mori; Zurich Insurance Company S.A. (Avv. MOTT, PERELLA) c. Daf Trucks N.V. (Avv. DEL POGGETTO, GRAMELLINI, CASTELLI).

Responsabilità civile – Prodotto difettoso – Danno determinato a cosa non destinata all’uso personale del danneggiato – Disciplina della responsabilità da prodotto – Inapplicabilità (d.lgs. 6 Settembre 2005 n. 206, Codice del Consumo, art.123)

Responsabilità civile – Prodotto difettoso – Vizio del prodotto – Responsabilità in base all’art. 2043 c.c. – Necessità di provare la colpa e il nesso di causalità (Cod. civ., art 2043)

Il produttore di un veicolo non è tenuto a risarcire i danni che siano derivati dalla distruzione o dal deterioramento di un prodotto diverso da quello difettoso, quante volte il prodotto in questione non appaia destinato ad un uso o consumo privato del danneggiato (nella specie, si trattava della distruzione di due camper trasportati su un autoarticolato, che aveva all’improvviso preso fuoco, da una società nell’esercizio dell’attività imprenditoriale di vettore e tale perciò da escludere l’uso privato) (1)

Il danneggiato da un vizio del prodotto che invochi l’art. 2043 c.c. in subordine alla disciplina della responsabilità da prodotto difettoso prevista dall’art 123 del Codice del Consumo, pur nella diversità che contraddistingue sia sotto l’aspetto eziologico che sotto quello probatorio queste due forme di responsabilità, è tenuto a provare il dolo o la colpa del convenuto, nonché il nesso causale fra la condotta del convenuto e il danno lamentato (2)

(1) Un precedente in termini si riscontra in Cass. Civ., sez. III, 21 Giugno 2013, n. 19414, in *Leggi d’Italia*, Il giudice del rinvio dovrà attenersi al seguente principio di diritto: "La norma di cui al *D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 11, comma 1, lett. b)*, limita la risarcibilità del danno alle cose, diverse dal prodotto difettoso, normalmente destinate all'uso o consumo privato e come tali utilizzate dal danneggiato, escludendo, quindi, che possano essere risarcite le cose destinate ad un uso professionale. Anche in Trib. Trento, 03 Maggio 2012, in *Massima Redazionale*, 2012. Nella giurisprudenza di legittimità il *leading case* in materia generale di danno da prodotto difettoso è invece rappresentato da Cass. civ. 25 maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, 2098 ss. avente ad oggetto una confezione contenente dei biscotti Saiwa avariati che avevano cagionato un’enterocolite febbrile agli sfortunati acquirenti. In tempi recenti anche Cass. civ. Sez. III Sentenza, 29 maggio 2013, n. 13458 in *Foro It.*, 2013, 2118; Cass. civ. Sez. III, 06 agosto 2013, n. 18654, *Danno e Resp.*, 2014; Cass. civ. Sez. III Sentenza, 22 agosto

2013, n. 19414 2014,5. Nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Cagliari 5 febbraio 2008, n. 409, in *Rivista giuridica sarda*, 2010, fasc. 1 con nota di Fadda Rossella, Trib. Brindisi-Ostuni 12 gennaio 2001, in Corti, Bari, Lecce e Potenza, 2001, I, 331, con nota di M. Cavallo; Trib. Firenze 5 aprile 2000, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce Responsabilità civile, n. 210; Trib. Massa Carrara 20 marzo 2000, in *Arch. civ.*, 2002, 343; Trib. Roma 17 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 3660, Trib. Monza 11 settembre 1995, *id. Rep.*, 1998, voce cit., n. 276, e, per esteso in *Resp. civ.*, 1996, con nota di Martorana; Trib. Milano 13 aprile 1995.

In dottrina si veda Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; Castronovo, *Problema e sistema del danno da prodotto*, Milano, 1979; Carnevali, in AA.VV. *La responsabilità da prodotti difettosi*, Milano, 1990. E ancora L. Frata, *La responsabilità per prodotto cosmetico difettoso: l'onere della prova e le "normali condizioni di impiego*, in questa *Rivista*, 2011, 978; M. Astore-E. Locuratolo, *Difetto d'informazione e natura della responsabilità da prodotto*, *Ibid.*, 982; A.L. Bitetto, *Dal biscotto al pan carré: il tortuoso percorso della responsabilità da prodotto*, *id.*, 2012, 67. G.F. Simonini, *La responsabilità del produttore: l'onere probatorio a carico delle parti*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2012, 285; L. Di Donna, *La ripartizione dell'onere probatorio nella disciplina della responsabilità del produttore*, in *Rass. forense*, 2008, 196.

(2) Un precedente in termini si ritrova Trib. Alessandria, 12 Febbraio 2009, *Corriere del merito*, Rep. 2009, 4. In tale sentenza il giudice afferma che per ottenere il risarcimento dei danni cagionati a cose destinate all'uso professionale, il danneggiato non può invocare la responsabilità obiettiva del produttore. In tal caso continua il giudice, il danneggiato potrà agire ex art. 2043 c.c. ma graverà su di lui l'onere della prova della colpa del produttore, non essendo sufficiente la mera allegazione del difetto di produzione. E anche in Trib. Trento, 3 Maggio 2012, in *Massima Redazionale* 2012. Nella giurisprudenza italiana di legittimità, il contenuto dell'onere probatorio gravante sull'attore è stato analizzato in Cass., 15.3.2007, n. 6007, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1592, con nota di Gorgoni, Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno. E anche in Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985, *Foro it.*, 2008, I, 143; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Foro it.*, 2012, I, 576. Nella giurisprudenza di merito Trib. Monza 20 luglio 1993; Trib. Pisa 16 marzo 2011; Trib. La Spezia 27 ottobre 2005; Trib. Pisa-sez. dist. Pontedera, 28 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2011, 2560; anche in *Foro it.*, 2012, I, 577 ed in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, 2094. In dottrina M. Tuozzo, *Responsabilità da prodotto ed onere della prova: il supremo collegio, fortunatamente, ci ripensa!*, in *La responsabilità civile*, 2007, 1014; A. Mastrorilli, *Danno da prodotto e difetti di informazione*, in questa *Rivista*, 2009, 432; A. Pera, *Il rogo di una Laguna: la responsabilità da prodotto difettoso della Renault SA*, 2009, 315; R. Catalano, *Il percorso evolutivo del danno morale: il caso di un incidente mortale cagionato dall'uso di un prodotto difettoso*, in *Dir. e giur.*, 2008, 564; L. Frata, *Ambito applicativo della direttiva 85/374 - Il danno da prodotto difettoso nelle prestazioni sanitarie: la Corte di giustizia e l'armonizzazione "totale"*, *Danno e resp.*, 2012, 957.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in commento ci offre la possibilità di affrontare la disciplina del danno da prodotto difettoso. Prima di addentrarci nell'analisi specifica della causa in esame è però bene richiamare alcuni punti fermi in materia, esaminando l'introduzione della disciplina e la sua evoluzione in ambito civile.

Il fenomeno del danno da prodotto difettoso costituisce una delle maggiori esplicazioni della nostra società intesa "società del rischio". La nostra epoca, caratterizzata da grande progresso tecnologico e da modelli di produzione e distribuzione su vasta scala, contribuisce ad aumentare la situazione di incertezza e incontrollabilità di un prodotto non solo a carico del consumatore, ma anche a carico del produttore stesso, quest'ultimo ne è coinvolto poiché il prodotto in sé può divenire in breve obsoleto e non assicura mai una totale affidabilità in termini di sicurezza mantenendo sempre un "quantum" di rischio.

Già negli anni '60 gli studiosi avevano tentato di trovare regole che garantissero ristoro ai consumatori che avessero subito un danno derivante da un prodotto difettoso. Inizialmente, si era tentato di ricondurre la fattispecie alle tutele previste in tema di contratto di compravendita, successivamente abbandonate, per ricondurla invece entro i confini della responsabilità aquiliana. Va inoltre segnalato il tentativo della dottrina di rivalutare le ipotesi codicistiche di responsabilità diverse dalla clausola generale dell'art 2043 e più vicine ad un tipo di responsabilità oggettiva (in particolare art. 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054). La materia trova poi una sua prima regolamentazione in ambito europeo con la direttiva 85/374 della Comunità Europea, recepita in Italia con il d.p.r. 24 Maggio 1988 n. 224, la cui disciplina è poi confluita in sede di emanazione del Codice del Consumo e ha trovato collocazione al suo interno nella parte IV ("Sicurezza e qualità") dello stesso.

Il dato testuale che emerge però dall'analisi dei vari articoli contenuti nel Codice del Consumo, pur manifestando il tentativo del legislatore di aderire al modello della *strict liability*¹ di matrice statunitense, ha dato vita a numerose pronunce, spesso contrastanti e non prive di ambiguità, in ambito giurisprudenziale e ha costituito un campo privilegiato di analisi dottrinale.

2. Punti di contatto con il diritto penale e amministrativo

La materia del danno da prodotto difettoso intreccia, vive relazioni e ha portata applicativa anche nell'ambito del diritto amministrativo e del diritto penale. Per gli amministratori il danno da prodotto difettoso può dar luogo a fenomeni di responsabilità amministrativa e comporta quindi l'applicazione dei relativi istituti. Infatti, bisogna ricordare le attività di vigilanza e ispezione sui prodotti da parte di organi a ciò preposti e il collegamento tra attività di produzione, distribuzione e circolazione del prodotto e le autorizzazioni amministrative e di qualità. Tali forme di controllo possono dare luogo a provvedimenti come il ritiro temporaneo del prodotto dal mercato, il divieto di circolazione, fino ai casi più gravi di confisca. Inoltre, possono anche venire in rilievo casi di illeciti amministrativi² più gravi puniti con sanzioni pecuniarie e accessorie, nel rispetto dei principi sanciti dalla l. 689/81, nonché secondo

¹ Sul tema della *products liability* negli Stati Uniti si veda: G. Ponzanelli, *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'America*, Danno e Resp., 1999, 1065; D.G. Owen, *Products Liability Law*, St. Paul, 2008; Id., *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'America. Il terzo Restatement*, Danno e Resp., 1999, 11; R.C. Ausness, *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, in 74 Ky. L.J. 1 (1985).

² Si guardi ad esempio la sanzione inflitta ex art 112, co° 4, cod. cons. a produttore e distributore che non collaborino ai fini dello svolgimento delle attività di controllo e adozione delle misure da parte delle autorità previste dall'art 107 dello stesso codice, così pure ex art 10, co°2, d.lgs. 115/1995 in materia di sicurezza dei prodotti.

taluni studiosi³ potrebbe trovare applicazione la disciplina del d.lgs. 231/2001 che prevede sanzioni di tipo pecuniario, interdittivo e confiscatorio agli enti responsabili di certi reati commessi da soggetti in posizione apicale nell'interesse o a vantaggio degli enti medesimi.

Il danno da prodotto difettoso ha però attirato l'attenzione anche dei penalisti, i quali si sono approcciati a tale tema in epoca piuttosto recente⁴. In questo campo bisogna ricordare che la dottrina si è concentrata non solo sulla responsabilità per la produzione e la distribuzione del prodotto difettoso connesso a settori connotati da alto grado di pericolosità, ma anche alla responsabilità per i danni e i pericoli derivanti dal processo produttivo stesso, rivolgendo quindi la loro attenzione anche alla tipologia e alle modalità di produzione del prodotto stesso⁵. Numerose le norme codicistiche e extracodicistiche⁶ che prevedono sanzioni penali in caso di danni da prodotti difettosi.

3. Difetto e pericolosità del prodotto

La sentenza in esame si apre con la pretesa risarcitoria dell'istituto assicurativo della Zurich, la quale, in seguito al sinistro, agisce in giudizio fondando le sue richieste sul presunto difetto del trattatore.

Nella valutazione del sinistro, il semplice verificarsi di un danno da parte di un prodotto è irrilevante, sia nel caso in cui si faccia riferimento alle norme dettate dall'art 114 del Codice del consumo che alle figure di responsabilità previste dall'art 2043 cc. Infatti, il semplice danno non è necessariamente sintomo di utilizzo di un prodotto difettoso. Il difetto deve essere tale da accertare una condizione di insicurezza o di inaffidabilità del prodotto sulla base di quanto stabilito dalle norme in materia. Invece, la verifica della causalità materiale invece si pone come momento successivo e distinto dalla sua individuazione⁷. Il difetto però, costituisce *condicio sine qua non* nell'applicazione della relativa responsabilità e anche l'ambito di prova del danneggiato il quale dovrà anticipatamente provare la sussistenza del difetto sulla base di quanto stabilito dalla relativa disciplina in materia di onere della prova⁸ ex art 2697 c.c.

³ Sul punto v. Piergallini, *Danno da prodotto*; Bernardi *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori* in Riv. It. Trim. Dir. Pen. Econ., 2003, 2.

⁴ I primi furono Bricola, *Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione* in Quest. Crim., 1978, 101; Azzalli, *La responsabilità del produttore per danni alla salute* in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1991, 850; Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, RIDPP, 1994, 1239; Castronuovo, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, RIDPP, 2005, 305.

⁵ Nel primo caso, lo strumento privilegiato di riduzione del rischio è individuato, *ex ante*, nell'autorizzazione amministrativa preventiva idonea a selezionare i rischi accettabili. Nel secondo caso, invece, dipendendo il rischio dalle concrete modalità con cui la produzione è effettuata, al diritto amministrativo spetterà di definire preventivamente le misure di contenimento di un rischio che appare dominabile e al diritto penale il compito di sanzionare *ex post* l'inosservanza delle misure esistenti.

⁶ Vedi ad es. art 11 co2 del d.lgs. 172/2004 attuazione della direttiva 2001/95/CE relativa alla "sicurezza generale dei prodotti" o i primi commi dell'art 112 cod. cons.

⁷ Si noti che se viene preliminarmente provato il difetto, il nesso di causalità diparte da un prodotto difettoso e non semplicemente da un prodotto, quindi si arricchisce di questa ulteriore qualità; v., Trib. Pisa, 16 marzo 2011, in Resp. civ. e prev., 2011.

⁸ Contraddittoria una pronuncia della Cassazione, a proposito dell'uso di un cosmetico che ha provocato ustioni, la quale dopo aver premesso che il difetto è un prerequisite della prova del nesso di causalità si esprime in tali termini: "*sotto altro profilo, la sentenza impugnata non tiene conto delle risultanze della consulenza tecnica di ufficio, anche in ordine alla compatibilità tra utilizzo del gel abbronzante e le ustioni riportate dalla attrice*". Ora, se il difetto è un prerequisite della responsabilità, l'accertamento della non difettosità del prodotto rende evidentemente superfluo l'accertamento del nesso causale nel caso in cui il prodotto non sia difettoso.

A tal proposito bisogna effettuare una puntualizzazione, definendo quando un prodotto possa definirsi pericoloso e come tale potenzialmente (ma non necessariamente) in grado di causare un danno. Ora, un prodotto può presentare uno o più pericoli intendendo con “pericolo” sia il fenomeno in sé (es. un guasto elettrico) sia le sue conseguenze (incendio). E’ raro infatti che un prodotto non presenti pericoli (cd. rischio zero), ma la potenzialità lesiva può però essere ridotta dall’esperienza comune e adottando tutte le precauzioni che si dovrebbero attendere da un soggetto prudente. Inoltre, i “limiti” di un prodotto dovrebbero essere indicati dallo stesso produttore, il quale dovrebbe fornire specifiche istruzioni sull’utilizzazione del bene.

Da un punto di vista giurisprudenziale, il requisito della pericolosità si è progressivamente spostato dalla produzione al prodotto in assenza di norme specifiche circa la responsabilità da prodotto⁹. Al fine di valutare la pericolosità del bene non va considerata inoltre la condotta del danneggiato, che potrà venire in rilievo solo sotto il profilo causale e risarcitorio. Infatti, la condotta del danneggiato laddove pericolosa dovrà essere valutata in conformità ad altre norme (art 2043 c.c.)

Alla luce di queste precisazioni il difetto¹⁰ costituisce un disallineamento delle caratteristiche del prodotto agli standard normativi e determina una minor sicurezza di quella ragionevolmente attesa¹¹. Pertanto, possiamo concludere che un prodotto non difettoso non è un prodotto innocuo ma un prodotto che risponde agli standard qualitativi richiesti, presentando rischi conosciuti ai consumatori. La normativa fa riferimento soltanto all’ “impiego del prodotto nell’uso previsto o ragionevolmente prevedibile”, l’uso scorretto del prodotto determina una riduzione o esenzione di responsabilità¹².

4. La disciplina del danno da prodotto difettoso e i suoi rapporti con la garanzia per i vizi della cosa

Prima dell’entrata in vigore del d.p.r. n. 224/1998 in relazione al danno ascrivibile al venditore/consumatore erano prospettabili due strade: una disciplina contrattuale fondata sulle azioni previste dagli artt. 1490 ss. c.c. dettate in tema di garanzia per i vizi della cosa e quella aquiliana fondata sulla disciplina prevista dall’art 2043 c.c. L’art 1492 individua quali rimedi tipici a tutela del compratore contro i vizi della cosa, l’azione redibitoria ed estimatoria, mentre l’art. 1494 c.c. prevede invece l’azione risarcitoria. Tali azioni però, come previsto dall’art 1495 c.c., soggiacciono al termine decadenziale di otto giorni dalla scoperta del vizio o prescrizione di un anno dalla consegna del bene.

Il consumatore danneggiato si troverà quindi, sia di fronte alla possibilità di agire cumulativamente con il rimedio dei vizi della cosa venduta, sia con l’azione di natura extracontrattuale prevista dall’attore in caso di prodotto difettoso. In entrambi i casi

⁹ Il riferimento non è solo alla direttiva n. 85/374/CEE ma all’intero sistema delle direttive del nuovo approccio, sistema che basa la sicurezza del prodotto sulle norme tecniche armonizzate. Le norme europee armonizzate sono norme tecniche da enti specifici adottati sulla base di un mandato della Commissione europea, che offrono una presunzione essenziale ai requisiti di sicurezza e salute. Sul punto Bellisario, *La responsabilità degli organismi di certificazione di qualità*, in *Danno e Resp.*, 2011.

¹⁰ Vedi la definizione contenuta nella direttiva n. 85/374 CEE

¹¹ Nella versione di lingua inglese della direttiva n. 85/374/CEE all’art. 6 si dice: “a product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account, including (...)”. La definizione di sicurezza è mutuata dal diritto nord-americano, ove il prodotto difettoso è riguardato in *strict liability* come prodotto pericoloso in quanto causativo di un possibile danno esterno al prodotto.

¹² Vedi ad esempio art 117 cod. cons b) che tende ad includere tra le circostanze in base alle quali valutare la sicurezza del prodotto “l’uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che si possono ragionevolmente prevedere”

risulterà necessario il rispetto dei termini di decadenza e prescrizione previsti dalle relative discipline. Giova infine ricordare che il danneggiato potrà agire anche con uno solo dei rimedi in esame.

5. La legittimazione ad agire nella disciplina del danno da prodotto difettoso

La sentenza della Corte di Cassazione del 29 Maggio 2013, n. 13458¹³, pronunciandosi per la prima volta sul punto, afferma che la legittimazione ad agire ai sensi del d.p.r. 224/1988 spetta a “tutti i soggetti che in qualche modo si sono trovati esposti, anche in maniera occasionale, al rischio derivante dal prodotto difettoso” e, dunque, esclude che la legittimazione sia limitata al “consumatore” o “utilizzatore non professionale”¹⁴.

Tale affermazione viene fondata essenzialmente sull'argomento *letterale*, evidenziando che la disciplina in esame non contiene alcuno *specifico* riferimento al “consumatore”, ma solo al “danneggiato”, “utilizzatore” o “acquirente” (cfr., ad es., artt. 4, 7, 8 d.p.r. cit. oggi artt. 116, 119, 120 cod. cons.)¹⁵.

Peraltro, la Suprema Corte precisa che la tutela accordata dalla menzionata disciplina normativa si riferisce “indubbiamente ad una persona *fisica*”, così implicitamente escludendo la legittimazione ad agire da parte di una persona *giuridica*.

6. La natura della responsabilità del produttore

Ciò premesso possiamo quindi tornare all'analisi della sentenza, focalizzando l'attenzione sulla responsabilità del produttore¹⁶. Il produttore del trattore viene chiamato in causa dall'attore solo perché responsabile dell'incendio e, in quanto tale, chiamato a risarcire i danni. Ora sulla responsabilità del produttore potremmo ipotizzare diversi scenari:

a) una responsabilità “oggettiva” che prescinderebbe da qualsiasi considerazione colposa. I produttori saranno sempre responsabili degli eventuali danni derivanti dall'utilizzo di un loro prodotto e come tali maggiormente incentivati ad adottare misure di sicurezza e prevenzione più elevate. Tale ipotesi, a mio avviso avrebbe un “risvolto della medaglia” alquanto negativo dal momento che indurrebbe il consumatore a non adottare alcuna precauzione dato che sempre e comunque il produttore dovrebbe risponderne. Ciò porterebbe ad un risultato opposto a quello sperato.

b) una responsabilità “oggettiva” con concorso di colpa del danneggiato quando quest'ultimo abbia adottato un comportamento meno diligente o sconsiderato nell'uso del prodotto. Tale ipotesi indurrebbe entrambe le parti a fare attenzione.

c) una responsabilità per “colpa” del produttore che indurrebbe quindi il legislatore a stabilire una uno standard a cui ogni produttore dovrebbe attenersi¹⁷. Tale ipotesi porterebbe così il produttore ad innalzare i livelli di diligenza a quanto richiesto dal legislatore ma dall'altra parte il danneggiato, pur avendo adottato il livello di attenzione previsto, sarebbe costretto a sopportare le eventuali perdite, salvo la prova della colpa del produttore.

¹³ Rinvenibile in *Foro It.*, 2013, I, 2118

¹⁴ Nel medesimo senso, per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Monza, 11 settembre 1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 371; Trib. Milano, 31 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 1260 ed in *Danno e resp.*, 2003, 634 confermata da App. Milano, 21 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 2886 ed in *Danno e resp.*, 2007, 1220

¹⁵ La questione, peraltro, avrebbe meritato di essere maggiormente approfondita, anche considerato che sotto il profilo *testuale*, nei *considerando* della direttiva CEE n. 85/374 si fa ripetutamente riferimento alla “protezione del consumatore”.

¹⁶ Responsabilità che trova la sua specifica disciplina all'art 114 cod. cons. laddove si legge “Il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto”

¹⁷ Sul punto S. Shavell, *Foundations of economical analysis of law*, Cambridge, 2004.

Il modello di responsabilità introdotto dal legislatore italiano, prevede una responsabilità “oggettiva” del produttore mitigata da prova contraria: per andare esente da responsabilità il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo quanto stabilito dall’art 118 cod. cons. Tra questi criteri non figura però la diligenza.

La responsabilità del produttore, infatti, viene esclusa:

- a) se non ha messo il prodotto in circolazione;
- b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando ha messo il prodotto in circolazione; c) se non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale;
- d) se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante;
- e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;
- f) nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che l'ha utilizzata.

7. L’ambito di risarcibilità del danno

Dalla lettura del caso proposto si evince che, lo stesso giudice però offre una battuta d’arresto all’attore, il quale pur avendo avuto il merito di aver interrotto la prescrizione del diritto al risarcimento e avendo così individuato il produttore del bene, afferma che nello specifico caso in esame il regime di responsabilità non troverebbe applicazione. Il punto su cui il giudice fonda la sua decisione deriva dall’analisi dell’art 123 cod. cons. il quale definisce la tipologia di danno risarcibile che si applica solo in caso di morte o lesioni e di distruzione o deterioramento di una cosa purché destinata ad uso privato e principalmente utilizzata dal danneggiato.

Le due ipotesi previste infatti dall’art 123 rendono risarcibili: a) i danni cagionati da morte o lesione personale, b) i danni cagionati da cose diverse dal prodotto difettoso, sempre che siano integrate tre condizioni: che si tratti di cose destinate ad uso o consumo privato, che a tal fine siano utilizzate in via principale dal danneggiato, che il pregiudizio ecceda la soglia di 387 €.

Con riferimento all’ipotesi che viene in esame nella nostra sentenza, il dato testuale previsto dall’art 123 b, risulta piuttosto ambiguo. Infatti, Cosa si debba intendere per normale destinazione all’uso o consumo privato¹⁸ è questione che ha diviso la legislazione di recepimento della direttiva negli altri Paesi Europei, in particolare con riferimento ai beni immobili¹⁹.

¹⁸ Anche la giurisprudenza romana si era interrogata su cosa si debba intendere per uso privato. In un frammento di Alfeno, 7, D. 34.2.28 così si legge: “Cum in testamento alicui argentum, quod usus sui causa paratum esset, legaretur, itemque vestis aut supellex, quaesitum est, quid cuiusque usus causa videretur paratum esse, utrumne id argentum, quod victus sui causa paratum pater familias ad cotidianum usum parasset an et si eas mensas argenteas et eius generis argentum haberet, quo ipse non temere uteretur, sed commodare ad ludos et ad ceteras apparationes soleret. Et magis placet, quod victus sui causa paratum est, tantum contineri.” In questo caso il giurista sottolinea come il concetto di “uso proprio” sia in realtà arbitrario, in quanto ciò che può essere considerato di uso privato di un individuo può non esserlo invece per un altro.

¹⁹ Il legislatore inglese, ad esempio, fa rientrare la casa di abitazione, in cui risiede l’acquirente di un prodotto difettoso, tra i beni di uso privato.

Le condizioni di risarcibilità sub a) e b) però, a mio avviso, dovrebbero essere utilizzate in sinergia tra di loro soprattutto in caso di uso promiscuo del bene per cui accanto ad un uso privato del bene è possibile anche un uso professionale. In quest'ultima ipotesi solo la verifica delle modalità concrete dell'utilizzo può contribuire a delimitare l'ambito di risarcibilità. Inoltre ciò che emerge da una lettura attenta della norma, ci induce a ritenere che mentre per i danni all'integrità della persona fisica sia tutelato anche il mero "utilizzatore"²⁰ (consumatore o professionista), dall'altro lato invece le cose per le quali venga previsto un uso esclusivamente professionale, qualora danneggiate da un prodotto difettoso, non sono risarcibili²¹.

Con riferimento a questo argomento bisogna richiamare il caso Henkel²² che si aggiunge alle pronunce europee in materia. La giurisprudenza europea è passata da una totale ipotesi di chiusura²³ nei confronti del risarcimento di cose destinate ad uso professionale ad un atteggiamento di apertura²⁴ che consentirebbe al danneggiato, ove la legislazione nazionale lo abbia previsto, di chiedere il risarcimento del danno cagionato ad una cosa destinata ad un uso professionale e utilizzata in tal senso. Conclusione possibile solo per sistemi come quello francese, che ha trasposto la Direttiva - quanto al risarcimento del danno alle cose - riferendosi al pregiudizio "causato ad un bene diverso dal prodotto difettoso stesso", consentendo una sua interpretazione, comprensiva di tutti i danni causati ai beni privati e non privati. Una simile interpretazione non si può invece applicare nel diritto italiano data la formulazione del testo normativo.

²⁰ Vedi in tal senso Trib. Bari, Sez. II, 28 settembre 2010, in *Pluris, Banche dati giuridiche*, Utet, 2013 "La responsabilità per i danni derivanti da prodotti difettosi può prescindere dalla sussistenza di un rapporto contrattuale con il bene ed, in particolare, dalla circostanza che il danneggiato sia anche l'acquirente dello stesso e non un mero utilizzatore. Non sussiste, pertanto, alcun difetto di legittimazione passiva in capo all'utilizzatore (non proprietario) del bene (in forza, nel caso specifico, di un contratto di locazione finanziaria) in relazione all'azione di risarcimento per il danno derivante da un difetto del bene realizzato o messo in circolazione dal produttore"

²¹ In dottrina, tuttavia, non sono mancate voci che hanno sottolineato come la prescrizione secondo cui il danno debba riguardare solamente cose destinate all'uso o consumo privato e come tali principalmente utilizzate dal danneggiato, metta in crisi la vocazione pro-consumeristica della normativa, non considerando come la differenza tra consumatori e professionisti non sia una differenza ontologica e tra questi ultimi non manchino gruppi poco attrezzati a contrastare lo strapotere dei propri interlocutori: cfr. A. Palmieri, R. Pardolesi, *Difetti del prodotto e del diritto provato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, 294 e V. R. A. De Rosas, A. Palmieri, *Consumatori, contratti e difesa dalle vessazioni: gli ingranaggi cominciano faticosamente a girare*, in *Foro. It.*, 2002, I, 2841

²² Cass. civ. Sez. III Sentenza, 22 agosto 2013, n. 19414. Si trattava della richiesta di risarcimento della società Foster spa (società operante nel settore della produzione di capi di abbigliamento e addetta anche al relativo lavaggio) nei confronti della Henkel (società produttrice di detersivi), a seguito dei danni riportati dai capi dopo la fase di lavaggio. Si tratta anche in questo caso di cose destinate ad uso professionale.

²³ Con tre sentenze nel 2002 (CGE, sentenza del 25/4/2002, C-52/00 *González Sánchez*, Racc. p.I-3901, *Commissione c. Francia*, Racc. I-3827, § 16; C-154/00, *Commissione c. Grecia*, Racc. I-3879, par.12; C.183/00, commentate in Italia da G. Ponzanelli, *Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore*, in questa *Rivista*, 2002, 717; A. Palmieri, R. Pardolesi, *Difetti del prodotto e del diritto provato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, 294; V. Lenoci, *Luci ed ombre della normativa europea in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*, *La nuova giurispr. civile comm.*, 2003, I, 134-138

²⁴ CGE, 4 giugno 2009, in C- 258/08 (*Moteurs Leroy Somer*), in cui la Corte di Lussemburgo ha concluso "che la direttiva 85/374 deve essere interpretata nel senso che essa non osta all'interpretazione di un diritto nazionale ovvero all'applicazione di una giurisprudenza interna consolidata secondo cui il danneggiato può chiedere il risarcimento del danno cagionato ad una cosa destinata ad un uso professionale e utilizzata in tal senso, qualora detto danneggiato fornisca solamente la prova del danno, del difetto del prodotto e del nesso causale tra il suddetto difetto e il danno"; annotata da M.E. Arbour, *Da Leroy Somer a Aventis Pasteur: ancora a proposito della direttiva prodotti difettosi*, *Danno e Resp.*, 2010, 2.

La ratio della norma è chiaramente ispirata alla volontà del legislatore di privilegiare i consumatori privati rispetto a quelli professionali sulla base del fatto che questi sanno fronteggiare più facilmente le eventuali perdite.

In base a quanto citato dai richiami, possiamo quindi concludere che la responsabilità del produttore nella sentenza in esame è da escludere in quanto il danno patito non rientrerebbe tra le due ipotesi previste dalla norma in questione prova ne sia che la società stava trasportando i due camper a titolo professionale e quindi in qualità di vettori, tale per cui da escludere l'utilizzo privato degli stessi.

8. L'onere della prova in capo al danneggiato. Può davvero parlarsi di responsabilità oggettiva?

In merito alla ripartizione dell'onere della prova tra danneggiato e produttore l'art 120 cod. cons. stabilisce che il danneggiato deve provare il difetto, il danno e il nesso causale tra difetto e danno mentre il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo quanto stabilito dall'art 118 cod. cons. tra questi "fatti" rientra la prova della probabile insussistenza del difetto "quando il produttore ha messo in circolazione il prodotto"²⁵.

Per quel che riguarda il danno e il nesso eziologico si tratta ad avviso della dottrina di un elemento che fa leva sul criterio della vicinanza della prova. Il criterio di riferibilità, che ha applicazioni soprattutto in campo contrattuale²⁶, si basa sulla possibilità dell'una o dell'altra parte di fornire una determinata prova. Lo stesso però non può dirsi per la prova del difetto poiché il danneggiato si ritrova nella situazione di assolvere ad un onere piuttosto complicato in quanto estraneo ai meccanismi di produzione del bene e privo delle specifiche conoscenze tecniche del settore.

Le insidie prospettate dal dato testuale della norma sono state prese in considerazione dalla Corte di Cassazione che si è pronunciata sul punto con due sentenze tra loro ravvicinate, dando luogo a due risultati diversi. Nella pronuncia 6007/2007 la Suprema Corte ha stabilito che la responsabilità del produttore presuppone la prova del "nesso di causalità tra danno e il difetto del prodotto" ma altresì "il danno non prova indirettamente, di per sé, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità del prodotto di per sé insufficiente per istituire la responsabilità del produttore "atteso che l'art. 5 d.p.r. cit. definisce "difettoso non ogni prodotto insicuro ma quel prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere"²⁷.

Pochi mesi dopo la Cassazione è ritornata di nuovo sul punto affermando il seguente principio: "L'art. 8, comma 1 d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 ("Il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno ...") va interpretato nel senso che detto danneggiato deve provare (oltre al danno ed alla connessione causale predetti) che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto ai sensi

²⁵ Art 118 cod. cons. lett b.

²⁶ Vedi Cass. SS. UU. 30 Ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e Resp.*, 2002, 318. Le sezioni unite hanno definito il principio di riferibilità o vicinanza della prova come la tecnica che pone l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è verificato l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, in questo modo nello stesso tempo soddisfacendo l'esigenza di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento e non penalizzare il diritto di difesa del debitore ex art 2697c.c., co. 2.

²⁷ Cass. 15 Marzo 2007, n. 6007, in *Danno e Resp.*, 2007, con nota di Bitetto, *Responsabilità da prodotto difettoso a passo di gambero*; anche in *Resp. civ. e Prev.*, 2007, 7, con nota di Gorgoni, *Alla ricerca della(prova) della causa del danno*; e in *Foro It.*, 2007, I, con nota di Palmieri, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*

di cui all'art. 5 d.p.r. cit.; invece il produttore deve provare (ex artt. 6 ed 8 d.p.r. cit.), che è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato emesso in circolazione". Pertanto, prodotto "difettoso" significherebbe prodotto il cui uso "ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative". In questo caso, la prova del danno dimostrerebbe anche la prova del difetto. Il rischio di una tale applicazione pratica è stato comunque da subito evidenziato anche nelle pronunce successive dei giudici italiani per cui in caso di danno dovrebbe ritenersi provato non solo il difetto del prodotto ma anche il nesso causale.

Qualche anno dopo con la sentenza n. 25116/2010 la Cassazione ha affermato di condividere "integralmente" la prima delle due menzionate pronunce (n. 6007/2007), sottolineando i principi affermati. Ora nella sentenza che ci troviamo ad analizzare il giudice respinge la richiesta della società assicuratrice in quanto questa non ha per nulla assolto all'onere di provare il difetto di funzionamento del trattore ma, si è semplicemente limitata a far constatare elementi fattuali (sulla base di un accertamento ex post) e cioè che l'autoarticolato ha preso improvvisamente fuoco mentre trasportava i due camper. Trattasi quindi di elementi insufficienti per ascrivere una responsabilità a carico del produttore.

9. La modificazione della domanda e il principio del "neminem laedere"

Continuando l'analisi della sentenza e dopo le prime conclusioni del giudice, l'attore tenta di fondare la sua pretesa richiamando il generale principio di responsabilità dell'art 2043 c.c.

Dobbiamo anzitutto segnalare quanto fatto valere dal convenuto, ossia che la pretesa dell'attore costituisce una nuova domanda, tale per cui non rientra tra le ipotesi previste dall'art 183 c.p.c. co. 6, n 1. Qui bisogna aprire una parentesi sulla disciplina delle modificazioni delle domande in sede processuale con riferimento naturalmente a quella che viene in rilievo nel caso di specie. La prima delle memorie post udienza previste dall'art 183 c.p.c. è dedicata alla modificazione o precisazione delle domande e delle eccezioni delle parti, con esclusione di qualunque mutamento radicale delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni. In questo caso si assiste ad un mutamento del petitum in quanto l'attore passa dal fondare la sua pretesa sul difetto del danno, ai sensi della già esaminata disciplina del codice del consumo, al far valere una forma di responsabilità codicistica fondata sulla colpa come quella dell'art 2043 c.c. Pertanto come giustamente osservato dal convenuto si tratta di una "mutatio libelli" e in quanto tale attività processuale non consentita.

Il giudice però conclude, pur non entrando nell'analisi della questione, che la responsabilità per danno da prodotti difettosi è una responsabilità di tipo oggettivo (nei termini illustrati precedentemente) e si distingue quindi sotto il profilo dell'onere della prova e della dimostrazione del nesso di causalità rispetto alla responsabilità prevista dall'art 2043 c.c. Quest'ultima, responsabilità colposa, richiede un diverso tipo di accertamento in quanto si incentra sul dolo o la colpa del soggetto danneggiante o sulla sussistenza di vizi e difetti del mezzo. Elementi non provati in alcun modo dall'attore.

Sul rapporto tra responsabilità da prodotto difettoso e responsabilità aquiliana ex art 2043 c.c. si possono richiamare anche due pronunce di poco precedenti a quella in esame, che testimoniano la netta separazione a livello processuale e probatorio tra le due forme di responsabilità.

Nella sentenza del Trib. Alessandria, 12-02-2009, il giudice afferma: "Per ottenere il risarcimento dei danni cagionati a cose destinate all'uso professionale, il danneggiato non può invocare la responsabilità obbiettiva del produttore, e ciò perché la relativa disciplina prevede esclusivamente la risarcibilità dei danni alla persona e di quelli da

“distruzione o...deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purché di tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e così principalmente utilizzata dal danneggiato”. In tal caso, il danneggiato potrà agire ex art. 2043 c.c. ma graverà su di lui l'onere della prova della colpa del produttore, non essendo sufficiente la mera allegazione del difetto di produzione.”

Una pronuncia in simili termini si riscontra anche in Trib. Trento, 03-05-2012, laddove il giudice dichiara: “La responsabilità del produttore per il prodotto difettoso ha natura oggettiva, in quanto sussistente anche nelle ipotesi in cui egli non abbia colpe dirette, qualora in fase di produzione non abbia agito né in maniera dolosa, né in maniera colposa, e dunque per il solo fatto di creare una situazione di pericolo, quale può essere la commercializzazione di un prodotto difettoso. Quanto al danno risarcibile, tuttavia, il disposto normativo di cui all'art. 123 del Codice del Consumo limita espressamente l'ambito del medesimo alle sole ipotesi di danno cagionato dalla morte o da lesioni personali, oppure la distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso.”

In entrambi i casi, così come nella sentenza esaminata, è condivisibile quanto affermato dai giudici riguardo l'applicazione dell'art. 2043 cod. civ. in tema di prodotti difettosi, secondo cui non può trovare accoglimento nel nostro ordinamento l'assioma prodotto difettoso = responsabilità extracontrattuale del produttore. Secondo il combinato disposto degli art. 2043 e 2697 cod. civ., colui che invoca la responsabilità extracontrattuale deve fornire in giudizio piena prova del danno, del dolo o della colpa del danneggiante nonché del nesso di causalità fra la condotta ed il danno patito.

Del resto, una diversa conclusione contraddirebbe la ratio dell'intera disciplina dettata in tema di prodotto difettoso, che verrebbe svuotata di ogni significato se al danneggiato fosse consentito di agire nei confronti del produttore ex art. 2043 cod. civ., solamente dimostrando l'esistenza di un prodotto difettoso.

Alla luce delle precisazioni effettuate si capisce il perché il giudice rigetti la domanda dell'attore in quanto infondata e affermi che l'unica cosa che è stata provata dalla parte è stato unicamente l'incendio. Si tratta di circostanza insufficiente, che non esclude la possibilità che lo stesso possa essere stato causato da cause del tutto diverse, es. una manomissione. Anche in quest'ultima parte il giudice quindi sottolinea l'esclusione del nesso causale e quindi il difetto di produzione, prevedendo astrattamente una diversa responsabilità di terzi.

10. Conclusioni

Dall'esame della sentenza, possiamo affermare che la società di spedizioni avesse adottato tutte le precauzioni del caso, rivolgendosi ad una società assicuratrice al fine di prevenire eventuali profili di responsabilità e danni ed ha scelto un mezzo di locomozione adeguato al fine di trasportare due camper. Possiamo poi supporre che probabilmente la società di spedizioni non fosse “alle prime armi” e che, pertanto, fosse astrattamente preparata ad affrontare circostanze simili. La pronuncia del giudice tiene conto della diversità delle parti e dei riferimenti normativi, mostrando quindi una conoscenza del problema non limitata al solo ambito legislativo italiano ma anche europeo.

Alla luce di quanto prospettato nelle pagine precedenti sorge però un'ultima considerazione, ossia, che dato l'elevato numero di situazioni in cui viene fatta valere, nella pratica processuale, la responsabilità del produttore e i connessi problemi interpretativi, (in particolar modo con riferimento alla tematica del risarcimento), è auspicabile una riformulazione dell'attuale disciplina in modo più preciso e puntuale, che tenga conto delle diversità delle situazioni e consenta quindi una più facile

soluzione dei casi, anche al fine di velocizzare le pronunce dei giudici in sede applicativa.

IL DANNO DA EMOTRASFUSIONI INFETTE: IL RAPPORTO FRA PREVENIBILITÀ E IMPUTABILITÀ

di Nicol Veccaro

IL CASO

Un soggetto affetto da emofilia necessita di sottoporsi a emotrasfusioni per la terapia della propria malattia comportante una grave insufficienza nella coagulazione del sangue dovuta alla carenza di uno specifico fattore della coagulazione.

Costui lamenta l'insorgere dell'infezione da virus HCV, a seguito delle emotrasfusioni cui è stato sottoposto a causa della sua malattia; decide pertanto di presentare richiesta di indennizzo per ottenere l'indennità prevista dalla L.210/1992.

La CMO riconosce il nesso di derivazione tra la somministrazione di emoderivati al soggetto emofiliaco e l'epatite cronica HCV contratta. Una volta trasmesso il verbale al Ministero della Salute, quest'ultimo comunica all'attore in data 17 febbraio 2000 l'esito dell'accertamento del processo di indennizzo. Così stabilito l'emofiliaco ottiene l'indennità.

Il danneggiato avanza poi, in data 23 marzo 2005, una richiesta di risarcimento dei danni al Ministero della Salute, ritenendolo responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c., per omessa vigilanza in materia di sangue umano per uso terapeutico. Il danno da contagio che il soggetto emofiliaco lamenta è infatti l'omissione di un'azione doverosa gravante sul Ministero della Salute il cui obbligo di controllo, direttiva e vigilanza in materia di sangue umano per uso terapeutico avrebbe potuto impedire, secondo il ricorrente, le emotrasfusioni con sangue infetto da virus HCV.

Ritenuto pacifico che sul Ministero della Salute incombesse un obbligo di controllo, direttiva e vigilanza in materia di sangue umano per uso terapeutico volta all'utilizzo di sangue non infetto e proveniente da donatori conformi agli standard di esclusione dei rischi, l'appunto sul quale si instaura la pretesa risarcitoria mossa dal danneggiato si fonda sulle disattese aspettative precauzionali da parte del Ministero della Salute, imputato per non aver impedito il sorgere dell'epatite C in capo al soggetto emofiliaco in questione. Al giudice è demandato il compito di verificare la causalità omissiva lamentata alla luce di un giudizio controfattuale che, nel caso della responsabilità civile, è imperniato sulla regola del "più probabile che non" alla luce del criterio di probabilità scientifica sul quale si innesta il giudizio controfattuale.

Posta l'individuazione del soggetto obbligato nel Ministero della Salute, il giudice elabora le premesse necessarie ad una verifica della causalità omissiva le quali decretano l'impossibilità di avviare nel giudizio un accertamento sul nesso causale tra l'omissione del Ministero e l'evento lesivo verificatosi poiché tale accertamento, necessario alla statuizione dell'an di responsabilità, può essere compiuto unicamente a seguito di una anche minimale attività istruttoria che il giudice rileva non essere stata promossa dal danneggiato.

Dal giudice è altresì rilevata l'assenza di una qualsiasi allegazione di prove del danneggiato finalizzate e funzionali all'accertamento sulla sussistenza dell'ipotetica omissione addebitata al Ministero. Tale mancanza di atti di prova infatti, impedisce l'avvio in merito all'accertamento in ordine alla sussistenza del nesso causale nella ricostruzione dell'illecito lamentato di cui all'art. 2043c.c., poiché viene a mancare il presupposto essenziale dell'omissione delle attività doverose in capo al Ministero della Salute facendo così arrestare il ragionamento deduttivo dal quale si sarebbe potuto

statuire se dalla omissione causa dell'insorgere della malattia altrimenti evitabile con la tenuta della condotta doverosa.

In merito all' an del risarcimento del danno, il giudice introduce le motivazioni alla base del rigetto della richiesta risarcitoria mossa dall'attore alla luce del preteso diritto di credito per il danno da contagio subito, muovendo dalla premessa della pacifica qualificazione della responsabilità aquiliana da omessa vigilanza del Ministero. L' elemento risolutivo nell'indagine è per il giudice l'individuazione del dies a quo per stabilire se sia ancora esperibile l'azione risarcitoria in questione che è sottoposta a termine quinquennale ai sensi del combinato disposto degli artt. 2935 e 2947, 1° comma, c.c.; il giudice, nell'individuazione del criterio da assumere per l'individuazione del dies a quo nel caso in esame, parte dalla ricomprensione del danno da contagio subito dalla vittima nella categoria dei c.d. danni lungolatenti, per i quali, secondo una giurisprudenza concorde, il termine decorre non dal giorno in cui tale malattia si manifesta all'esterno, bensì dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche.

Posta tale premessa il giudice fissa il dies a quo nel momento in cui l'attore ha presentato domanda di indennizzo in data 16 gennaio 1996, poiché a quel tempo poteva già prefigurarsi in capo al danneggiato la percepibilità del danno ingiusto derivante da emotrasfusioni; nonostante tale conclusione il giudice, in un ottica estensiva, sostiene che pur ipotizzando che il dies a quo possa essere fatto coincidere nel momento in cui il CMO ha redatto il verbale in data 10 novembre 1997, il decorso del termine quinquennale di prescrizione si è esaurito prima della introduzione della lite avanzata con raccomandata in data 23 marzo 2005.

A nulla vale quale riconoscimento di debito, ex art 2944 c.c., la comunicazione del 17 febbraio 2000 con la quale il Ministero ha esclusivamente comunicato l'esito del processo di indennizzo che ha riconosciuto al danneggiato l'indennità prevista dalla l.210/1992. Il processo di indennizzo presenta infatti caratteristiche e presupposti differenti rispetto al giudizio risarcitorio, poiché la portata restitutoria dell'indennità risponde all'esigenza di solidarietà sociale che trova fondamento nell'art. 2 Cost. e quindi la data della comunicazione del verbale della CMO non può essere ammessa come valida ad interrompere il termine posto dagli artt. 2935 e 2947, 1° comma, c.c.; si esclude quindi la sussistenza di un valido atto che abbia interrotto il decorso del termine che ha portato nel caso in questione all'inammissibilità della domanda del danneggiato per intervenuta prescrizione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA
Terza Sezione Civile

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Alessandra Arceri ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di 1° Grado iscritta al n. r.g. 18183/2008
promossa da

XX, con il patrocinio dell'avv. Cristiana Rocchi del Foro di Rimini, elettivamente domiciliato in Bologna, via S. Margherita 2, presso lo studio dell'avv. Susanna Carinci (attore)

contro

MINISTERO DELLA SALUTE, già MINISTERO DEL LAVORO DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI con il patrocinio ex lege dell'Avvocatura dello Stato, domiciliato in via Guido Reni 4, 40125 Bologna, presso gli uffici dell'avvocatura distrettuale (convenuto).

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come segue.

Per parte attrice:

"Piaccia all'ill.mo Tribunale adito, ritenuta e dichiarata la responsabilità del Ministero della salute, sia a titolo contrattuale sia ex art. 2043 c.c. e 185 c.p., e 2059, 2050 c.c., condannare il Ministero convenuto al risarcimento a favore dei singoli attori in proprio o dei loro aventi causa, tanto jure proprio quanto jure hereditario, nella misura che sarà provata in separato giudizio, dei danni tutti subiti e subendi sotto il profilo del danno biologico, morale esistenziale, alla vita di relazione, materiali e patrimoniali, oltre interessi e rivalutazione monetaria, oltre e in aggiunta a quanto eventualmente percepito ai sensi delle leggi 210/1992 e 238/1997. Condannare in ogni caso il Ministero convenuto alla rifusione delle spese competenze ed onorari oltre IVA e CPA come per legge.

Con la riserva di instaurare, per la specifica quantificazione delle singole pretese risarcitorie e relativa liquidazione e condanna, separati giudizi".

Per il Ministero convenuto:

Nel merito, voglia il Tribunale dichiarare la prescrizione dei diritti fatti valere ed in via di subordine voglia accertare l'infondatezza in fatto e in diritto della domanda medesima.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato XX conveniva in giudizio dinnanzi a codesto Tribunale il Ministero della Salute, al fine di ottenere la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'insorgenza di infezione da virus HCV sorta a seguito delle emotrasfusioni effettuategli poiché emofiliaco.

Si costituiva in giudizio il Ministero della Salute, che preliminarmente eccepiva la nullità dell'atto di citazione, in quanto completamente mancante di ogni specificazione circa petitum e causa petendi della domanda (non erano specificati tempi, modi e luoghi di effettuazione delle trasfusioni); eccependo, in ogni caso, l'intervenuta prescrizione del diritto di credito azionato da parte attrice, contestando altresì la fondatezza della domanda in fatto ed in diritto.

Veniva dunque disposta l'integrazione dell'atto di citazione, cui parte attrice provvedeva dimettendo atto integrativo in data 22 gennaio 2012.

Senza alcuna attività istruttoria, su richiesta di parte attrice avanzata in data 2 luglio 2013, il processo veniva rinviato per precisazione delle conclusioni all'udienza dell'8 luglio 2014, udienza alla quale l'attrice si costituiva con nuovo procuratore, che precisava le conclusioni sopra trascritte.

Nei termini assegnati, solo parte attrice depositava comparsa conclusionale.

È fondata l'eccezione di prescrizione sollevata dal Ministero.

Premessa la pacifica qualificazione della responsabilità del Ministero, ben convenuto in questa sede (posto che sullo stesso incombe un generale obbligo di controllo, direttiva e vigilanza in materia di sangue umano per uso terapeutico) in termini di responsabilità

aquiliana da omessa vigilanza, come riconosciuto dalla costante giurisprudenza di legittimità, dirimente risulta l'esatta individuazione del dies a quo ai fini del decorso del termine quinquennale di prescrizione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2935 e 2947, 1° comma c.c., entro il quale azionare il proprio preteso diritto.

Sul punto la giurisprudenza appare concorde nel ritenere che, con riferimento ai danni lungolatenti, il termine decorre non dal giorno in cui la malattia si manifesta all'esterno bensì dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche (vedi fra le altre Cass. Sez. Unite nn. 576, 579, 580, 581 del 2008).

Di talché è alla presentazione della richiesta di indennizzo inviata al Ministero della Salute che occorrerebbe in primo luogo rifarsi. Tale presentazione, che non è stata mai ritualmente documentata, risalirebbe al 16 gennaio 1996.

Infatti è ragionevole ritenere, sulla scorta delle indicazioni delle Sezioni Unite, che in quel momento il XX fosse in grado di rappresentarsi la reale entità della malattia e le possibili conseguenze dannose da essa derivanti, rispetto alle quali la consulenza medica successivamente effettuata, e rispetto a cui parte attrice fa coincidere il decorso del termine prescizionale, ha svolto una mera funzione confermativa.

La commissione medica ospedaliera (CMO), in data 10 novembre 1997, con verbale n. 560, riconosceva il nesso di derivazione tra la somministrazione di emoderivati al XX e l'epatite cronica HCV da costui contratta.

Con raccomandata in data 1 marzo 2000, il Ministero della Salute comunicava all'attore che la CMO aveva trasmesso il verbale sopra citato, informando parte attrice della possibilità di presentare ricorso nei confronti dell'accertamento ivi contenuto.

Con raccomandata in data 23 marzo 2005 (vedi timbro di ricezione) il XX avanzava richiesta di risarcimento dei danni al Ministero convenuto.

Seguiva, in data 30 ottobre 2008, la riassunzione del giudizio, incardinato da XX ed altri dinanzi al Tribunale di Roma nell'anno 2005.

Nella fattispecie che occupa, è dunque certo che tra il momento di presentazione della domanda, e a tutto voler concedere, tra il verbale della CMO in data 10 novembre 1997, e la introduzione della presente lite dinanzi al Tribunale di Roma, poi riassunta davanti al Tribunale di Bologna, sono trascorsi ben oltre cinque anni, non potendo valere, quale riconoscimento di debito, valevole ad interrompere il suddetto termine, ex art. 2944 c.c., la comunicazione con cui in data 17 febbraio 2000, il Ministero ha comunicato all'attore il contenuto del verbale in data 10 novembre 1997 n. 460 della CMO.

Ed infatti, a prescindere che, a tutto voler concedere, non vi è prova che entro cinque anni da tale data (17 febbraio 2000), il termine prescizionale sia stato effettivamente interrotto con valido atto (la lettera di richiesta di risarcimento è stata recapitata il 23 marzo 2005, e non vi è prova che il giudizio risarcitorio dinanzi al Tribunale di Roma sia stato promosso prima del 17 febbraio 2005), sta di fatto che la comunicazione in data 17 febbraio 2000 riguarda processo di indennizzo che ha caratteristiche e presupposti del tutto differenti rispetto ad un ordinario giudizio risarcitorio.

In ogni caso, anche prescindendo da tale preliminare questione, la domanda non può essere accolta per dirimenti ragioni attinenti al merito.

La verifica in ordine alla sussistenza del nesso causale, nella ricostruzione della struttura dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c., segue in ambito di responsabilità civile la regola del "più probabile che non" che impone al Giudice, in sede di verifica della causalità omissiva, di verificare se, sostituendo all'omissione la condotta doverosa, l'evento lesivo si sarebbe verificato in ogni caso oppure no, in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica sul quale deve innestarsi il giudizio

controfattuale. È pacifico che sul Ministero gravasse, anche all'epoca dei fatti di cui è causa, un obbligo di controllo, direttiva e vigilanza in materia di sangue umano per uso terapeutico, anche strumentale alle funzioni di programmazione e coordinamento in materia sanitaria, affinché fosse utilizzato sangue non infetto e proveniente da donatori conformi agli standard di esclusione di rischi.

Individuato quindi il soggetto obbligato, è possibile che il giudice, accertata l'omissione di tali attività ed accertata altresì la conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di sangue infetto ed accertata - altresì - l'insorgenza di una patologia da virus HIV o HBV o HCV in soggetto emotrasfuso ed assuntore di emoderivati, possa ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'insorgere della malattia, e che, di contro, se il Ministero avesse tenuto la condotta doverosa avrebbe impedito il sorgere della patologia (sul punto Cass. S.U. 576/2008).

Tuttavia, nel caso di specie, valga osservare che nessuna minimale attività istruttoria è stata sollecitata da parte attrice in fase di precisazione delle conclusioni, conclusioni che, in modo ben poco comprensibile, appaiono riferite a più attori (nel presente giudizio, ve n'è soltanto uno) e all'emissione di pronuncia parziale sull'an che postulerebbe, quale preliminare accertamento indispensabile, un adempimento istruttorio volto ad accertare il nesso di causalità.

Si rileva, peraltro, che l'atto integrativo dell'atto di citazione che il Giudice ha ritenuto affetto da nullità, ex art. 164 c.p.c., non ha ovviato alle carenze già rilevate in modo significativo, attesi che non vengono minimamente specificati modi, luoghi e tempi delle trasfusioni effettuate, restando dunque la domanda confinata nel limbo di una desolante genericità.

Ma vi è di più. Nel caso di specie parte attrice non ha nemmeno fornito alcuna prova di un'eventuale omissione da parte del Ministero in ordine all'adozione delle misure precauzionali esistenti e conosciute all'epoca dei fatti di causa, limitandosi ad affermazioni del tutto generalizzate, con riferimento al sistema normativo esistente. Il che arresta il ragionamento deduttivo condotto dal Giudice sulla stessa sussistenza dell'omissione, prima ancora che sulla verifica del nesso causale tra tale omissione e l'evento lesivo in concreto verificatosi.

A nulla infine rileva il fatto che l'attore abbia ottenuto l'indennità prevista dalla L. 210/1992, attesa la portata restitutiva di tale rimedio, rispondente ad esigenze di tipo solidaristico ex art. 2 Cost., pertanto ontologicamente differente dal profilo risarcitorio, come del resto si è già anticipato.

In conclusione la domanda di parte attrice va dichiarata inammissibile e rigettata.

La complessità delle questioni trattate, unitamente alla durata della controversia, consente la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

- dichiara inammissibile la domanda attorea nei confronti del Ministero della Salute per intervenuta prescrizione, e comunque la rigetta nel merito;
- compensa le spese di lite.

Bologna, 5 gennaio 2015.

IL GIUDICE Alessandra Arceri

TRIBUNALE DI BOLOGNA, sentenza 5 gennaio 2015, n.137; Giud. ARCERI; XX (Avv. ROCCHI) c. Ministero della Salute (AVVOCATURA DELLO STATO).

Prescrizione civile – Soggetti contagiati da virus a seguito di trasfusione - Responsabilità extracontrattuale del Ministero della Salute – Termine di prescrizione – Decorrenza (Cod. civ., art. 2935 in combinato disposto con l'art. 2947, 1° comma)

Responsabilità civile – Soggetti contagiati da virus a seguito di trasfusione - Mancata prova della trasfusione da parte del danneggiato - Responsabilità extracontrattuale del Ministero della Salute – Non sussiste (Cod. civ., artt. 2043, 2697)

Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno del soggetto che assuma di esser stato contagiato per via trasfusionale per effetto della negligente emovigilanza del Ministero della Salute inizia a decorrere, a norma dell'art. 2935 c.c. e 2947 c.c., dal momento in cui la condotta illecita si è resa conoscibile al soggetto danneggiato, consentendogli l'esercizio del diritto risarcitorio (nella specie, tale momento è stato fatto coincidere con il momento in cui il danneggiato ha presentato domanda per essere ammesso a godere delle provvidenze di cui alle l. 210/92 e 238/97). (1)

Il soggetto che intenda far valere la responsabilità del Ministero della Salute per l'insorgenza di una patologia da infezione virale contratta a seguito di una trasfusione di sangue deve provare (o almeno allegare) le circostanze di tempo e luogo relative alla trasfusione subita, senza limitarsi a svolgere affermazioni del tutto generalizzate, con riferimento al sistema normativo esistente. (2)

(1) In senso favorevole alla decisione stabilita dal giudice della sentenza in esame, nella giurisprudenza di legittimità: il principio della fissazione del *dies a quo*, a partire dal quale viene fatto decorrere il termine quinquennale prescrizione dell'azione risarcitoria aquiliana per danno da emotrasfusioni infette, al momento in cui il soggetto danneggiato percepisce o può percepire il danno provocato dall'atteggiamento colposo del Ministero della Salute è espresso in Cass. civ. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, DeJure, cit. "Premesso che il regime della prescrizione penale è cambiato (L. 5 dicembre 2005, n. 251), la prescrizione da considerare, ai fini civilistici di cui all'art. 2947, comma 3, è quella prevista alla data del fatto, mentre il principio di cui all'art. 2 c.p., (legge più favorevole) attiene solo agli aspetti penali. Per poter usufruire di un termine più congruo di prescrizione sarebbe necessario ritenere ipotizzabili i reati di lesioni colpose plurime o di epidemia colposa, o omicidio colposo, per i quali i termini prescrizionali erano di dieci anni."(...) "Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 c.c., e art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche"; in tal senso vedi anche Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 580, DeJure; Cass. civ., Sez. Un. civ., 11

gennaio 2008, n. 581, DeJure, cit. *“tenuto conto che l'indennizzo è dovuto solo in presenza di danni irreversibili da vaccinazioni, emotrasfusioni o somministrazioni di emoderivati, appare ragionevole ipotizzare che dal momento della proposizione della domanda amministrativa la vittima del contagio deve comunque aver avuto una sufficiente percezione sia della malattia, sia del tipo di malattia che delle possibili conseguenze dannose, percezione la cui esattezza viene solo confermata con la certificazione emessa dalle commissioni mediche”*; Cass. civ., sez. III, sentenza 14/07/2011 n. 15453, DeJure, cit. *“il diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto tali patologie per fatto doloso o colposo di un terzo è soggetto al termine di prescrizione quinquennale che decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, primo comma, c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto diffusione delle conoscenze scientifiche (a tal fine coincidente non con la comunicazione del responso della Commissione medica ospedaliera di cui all'art. 4 legge n. 210 del 1992, bensì con la proposizione della relativa domanda amministrativa)”*. È stato riconfermato che il giudizio risarcitorio debba essere instaurato nel rispetto del termine prescrizionale quinquennale da Cass., sez. III, 18.12.2012, n. 23321, DeJure; Cass. Civ., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 820, DeJure, cit. *“per quanto riguarda l'azione extracontrattuale verso il Ministero, il riferimento (recepito nella sentenza impugnata dalla decisione di primo grado) al termine di prescrizione di cui all'art. 2947 c.c., comma 3, in relazione al reato di lesioni colpose ex art. 113 c.p., art. 590 c.p., comma 2, non sposta la durata quinquennale prevista dal cit. art. 2947, comma 1, dovendosi fare ai fini civilistici riferimento alla disciplina della prescrizione penale vigente all'epoca del fatto e antecedente all'entrata in vigore della L. 5 dicembre 2005, n. 251.4.2. Ciò precisato, ritiene il Collegio che la decisione impugnata è conforme ai principi predicati dalle Sezioni Unite, con le note sentenze del 11 gennaio 2008, nn. 576 e segg., secondo cui - in applicazione del principio della "percepibilità" e "conoscibilità" del danno unitamente a quello della "rapportabilità causale" - il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 c.c. e art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la stessa viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche (cfr. anche Cass. 21 febbraio 2003, n. 2645). Non si richiede, dunque, la certezza della conoscenza, bensì la conoscibilità della riconducibilità della malattia al fatto del terzo, valutata alla stregua di un duplice parametro, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto - rappresentati rispettivamente dall'ordinaria diligenza e dal livello di conoscenze scientifiche dell'epoca - entrambi verificabili dal Giudice senza scivolare verso un'indagine di tipo psicologico, non potendosi dare rilevanza della mera conoscibilità soggettiva del danneggiato. E poiché l'indennizzo ex lege n. 210 del 1992 è dovuto solo in presenza di danni irreversibili da vaccinazioni, emotrasfusioni o somministrazioni di emoderivati, appare ragionevole ipotizzare (come hanno ritenuto, nella specie, i giudici del merito) che dal momento della proposizione della domanda amministrativa la vittima del contagio deve, comunque, aver avuto una sufficiente percezione sia della malattia, sia del tipo di malattia che delle possibili conseguenze dannose, percezione la cui esattezza viene solo confermata con la certificazione emessa*

dalle commissioni mediche". Nella giurisprudenza di merito: Trib. Lecce, 16 settembre 2005, in Resp. civ., 2006, DeJure, cit. *"in caso di danno da emotrasfusioni, il termine di prescrizione è di cinque anni, ex art. 2947, comma 1, c.c., non potendosi ravvisare nella condotta del Ministero l'integrazione di fattispecie incriminatrici per le quali la legge penale prevede un termine di prescrizione più lungo"*; in tal senso vedi anche Trib. Napoli, 15 gennaio 2002, Giur. Napoletana, 2002, 121; Tribunale Roma, sez. XIII, 12 gennaio 2008, DeJure; Trib. Roma, sez. II, 07 gennaio 2010, n. 81, DeJure, cit. *"Al riguardo, con la recente pronuncia già menzionata, le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che "17 termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, e, 1, ce, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche". Di conseguenza, il dies a quo va ancorato a due parametri oggettivi: da un lato, l'ordinaria diligenza dell'uomo medio e, dall'altro, la comune conoscenza scientifica che in merito alla patologia in esame era ragionevole richiedere all'epoca dei fatti ai soggetti cui la persona lesa si è rivolta. Peraltro, la Suprema Corte ha anche affermato che, qualora il soggetto leso abbia anche presentato domanda per l'indennizzo ex t. n. 210/92, appare ragionevole ritenere che già dal momento della proposizione della domanda amministrativa (e non dalla data del responso sulla predetta domanda emesso dalle Commissioni mediche ospedaliere) la persona lesa abbia avuto una sufficiente percezione sia del tipo di malattia contratta che delle conseguenze dannose."*; in termini Tribunale Roma sez. II 09 aprile 2009 n. 7868, DeJure; Trib. Genova, 18 novembre 2002, Foro It; App. Roma sez. I 12 settembre 2011 n. 3639, DeJure, cit. *"Conseguentemente il diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto tali patologie per fatto doloso o colposo di un terzo è soggetto al termine di prescrizione quinquennale che decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947 comma 1 c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche, a tal fine coincidente non con la comunicazione del responso della Commissione medica ospedaliera di cui all'art. 4 legge 25 febbraio 1992 n. 210, bensì con la proposizione della relativa domanda amministrativa."*; Trib. Catanzaro, sez. II, 19 maggio 2011, DeJure, cit. *"Trattandosi di illecito extracontrattuale, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento, azionato dall'attrice, deve ritenersi quello quinquennale, risultante dal combinato disposto degli artt. 2043 e 2947 c.c.. Né la soluzione muta, ove volesse tenersi conto - per effetto del disposto del co. 3 dell'art. 2947 - del fatto che il comportamento della P.A. integra, nella specie, anche il delitto di lesioni colpose, atteso che tale reato si prescrive al più (nella più grave delle ipotesi di lesioni a più persone, peraltro non ricorrente nel caso concreto) egualmente nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato, ossia nello stesso termine dell'illecito civile. Quanto alla decorrenza del predetto termine quinquennale, va osservato che, nel caso di danno ad un soggetto che assuma di avere contratto per contagio una malattia, per fatto doloso o colposo di un terzo, il termine di prescrizione inizia a decorrere, non nel momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno ad altri, o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma da quello in cui essa viene percepita - o può essere percepita - quale*

danno ingiusto arrecato da un terzo, con l'uso dell'ordinaria diligenza”; in termini, Cass. 2003/2645, Cass. 2005/10992, Cass. S.U. 2008/576. Trib. Milano, sez. X , 23 giugno 2011, n. 8501, DeJure, cit. *“Con riferimento più puntuale al caso in cui il fatto doloso o colposo di un terzo abbia determinato un contagio, “il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno...inizia a decorrere dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche” (sentenze della Cassazione a S.U. n. 576 del 2008, 581 del 2008 U e n. 580 del 2008). Dunque nel caso di specie per individuare il dies a quo non bisogna considerare il momento in cui l'attore ha solamente percepito la malattia (ossia il 21/6/1997, data in cui per la prima volta è stata riscontrata positività per l'epatite C), bensì quello in cui l'ha avvertita come un danno ingiusto conseguente al fatto del Ministero.”*; Trib. Roma, sez. II ,10 marzo 2011, n. 5215 , DeJure, cit. *“Al riguardo, con la recente pronuncia già menzionata, le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che “Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, e. 1, ce, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche”. Di conseguenza, il dies a quo va ancorato a due parametri oggettivi: da un lato, l'ordinaria diligenza dell'uomo medio e, dall'altro, la comune conoscenza scientifica che in merito alla patologia in esame era ragionevole richiedere all'epoca dei fatti ai soggetti cui la persona lesa si è rivolta.”*; Trib. Milano, sez. X,15 giugno 2012, n. 7296, DeJure, cit. *“Quanto al dies a quo la Suprema Corte (sent 576/2008) ha stabilito che “Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 c.c. e art. 2947 c.c. comma 1. non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche”. Sulla base di questo principio, nel caso di specie, leggendo la CTU, si ritiene che il dies a quo del decorso della prescrizione debba essere individuato nel momento in cui gli attori principali sono stati a conoscenza di elementi che avrebbero consentito loro di formarsi una opinione circa la sussistenza della malattia e la sua riconducibilità alle trasfusioni e quindi circa il nesso causale fra le trasfusioni e la successiva insorgenza della patologia”*. In senso contraria alla decisione stabilita dal giudice della sentenza in esame: nella giurisprudenza di legittimità : il fatto che il dies a quo debba essere posto nel momento in cui il soggetto danneggiato riceve la conferma del danno subito dai risultati del verbale redatto dalla CMO volti alla verifica del nesso di derivazione tra la somministrazione del di emoderivati ed il virus contratto è sostenuto da Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11609, DeJure, cit. *“considerazione giuridica che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno ex art. 2947 c.c. decorre dal data in cui gli effetti dannosi si siano esteriorizzati e siano conoscibili dal danneggiato e dalla considerazione fattuale che tale data nella fattispecie coinciderebbe con la data di rilascio delle certificazioni delle Commissioni mediche ospedaliere ex legge n. 210/1992, poiché solo da quella data i vari soggetti infetti avevano conosciuto della rapportabilità eziologica delle loro*

affezioni alle emotrasfusioni (la notifica dell'atto di citazione è del 21.12.1993)". Nella giurisprudenza di merito: Tribunale di Roma 14 giugno 2001, n. 23097, De Jure.it "Posto che il giorno della verifica del fatto illecito quale dies a quo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno ex art. 2947 cc. si identifica con quello in cui la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato con effetti esteriorizzati e conoscibili, nel senso che la persona abbia avuto reale e concreta consapevolezza dell'esistenza e della gravità del danno, la prescrizione del diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da HIV da parte di un soggetto che lamenti di essere stato contagiato dalla somministrazione di sangue od emoderivati infetti decorre dalla data in cui quest'ultimo ha ottenuto da parte delle commissioni mediche ospedaliere di cui alla legge 210/92 la certificazione relativa all'esistenza del nesso causale tra le trasfusioni o la somministrazione di emoderivati ed il contagio, non rilevando a tal fine la circostanza che, anteriormente a tale certificazione, il soggetto possa essere venuto a conoscenza della sua infezione in esito ad accertamenti sierologici di laboratorio". Vedi anche Trib. Napoli 10 marzo 2004, Foro It., 2004, 1, 2893; vi è poi chi ha rinvenuto quale durata del termine di prescrizione del diritto quello di dieci anni come il Trib. Napoli, 10 marzo 2004, Foro It., 2004, 1, 2893 " il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno per contagio da epatite post-trasfusionale è quello decennale in considerazione dell'astratta rilevanza penalistica del fatto in termini di epidemia colposa, omicidio colposo o lesioni colpose plurime"; Tribunale Bari sez. III 24 aprile 2014 n. 2079, DeJure, cit. "Il trasfuso nel 2004 presentò domanda ex L. n. 210/1992 e nel 2005 instaurò il giudizio risarcitorio nel rispetto del termine prescrizionale quinquennale (riconfermato recentemente, dopo Cass., S.U., 11.1.2008, n. 576, da Cass., sez. III, 18.12.2012, n. 23321), in tal modo assumendosi la data di presentazione della domanda amministrativa come momento (ultimo) di decorrenza del dies a quo della prescrizione Cass., sez. VI-III, ord. 4.3.2013, n. 5268, pag. 6 della motivazione".

In dottrina, favorevoli alla soluzione accolta dalla sentenza in esame: Francesco Ceserani, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"2010*, 6,512, Dir. economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.), fasc.1, 2010, pag. 3 secondo cui "L'orientamento giurisprudenziale che si è definitivamente imposto, proprio in forza dei principi di conoscibilità del danno e di sua rapportabilità causale al fatto generatore, ha invece spostato dal fatto al danno ingiusto l'exordium praescriptionis, accogliendo una lettura coordinata dell'art. 2947 comma 1 c.c. con l'art. 1935 c.c., la quale privilegia la concreta tutela del danneggiato e la funzione compensativa della responsabilità civile. È stato peraltro precisato che l'individuazione di un termine mobile per il decorso della prescrizione, legato alla effettiva conoscibilità da parte del danneggiato della rilevanza giuridica "secondo lo snodarsi nel tempo delle conseguenze lesive del fatto illecito o dell'inadempimento", non può, tuttavia, aprire "la strada ad una rilevanza della mera conoscibilità soggettiva", dovendo il giudice verificare, secondo i parametri oggettivi della ordinaria diligenza e del livello delle conoscenze scientifiche dell'epoca, il momento in cui al danneggiato sia possibile far valere concretamente il suo diritto risarcitorio, dovendo altrimenti sanzionarsi la sua inerzia con l'estinzione di tale diritto. Se dunque appare interesse preminente che nei danni lungolatenti non maturi una prescrizione "a decorso occulto", privando il danneggiato di ogni protezione risarcitoria, tuttavia, non risulta meno importante la salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici che verrebbe inesorabilmente compromessa, qualora si lasciasse all'arbitrio del danneggiato la determinazione del momento da cui far valere il proprio diritto". Fabrizio Piraino, *L'inadempimento dello stato all'obbligo di attuazione delle*

direttive europee e il problema del risarcimento del danno, Europa e dir. priv., fasc.3, 2012, pag. 707, secondo il quale bisogna approdare ad una “interpretazione dell'art. 2947, co. 1, c.c. che quasi ne forza la lettera, la quale in maniera difficilmente equivocabile fissa il dies a quo del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno ex artt. 2043 c.c. nel giorno in cui «il fatto si è verificato». L'argomento adottato dalla giurisprudenza consiste nell'identificare il verificarsi del fatto dannoso con la percepibilità del pregiudizio da parte del danneggiato, connessa alla possibilità di risalire eziologicamente alla persona del danneggiato”. Laura Castelli, *Intervento di procreazione medicalmente assistita, danno e responsabilità della struttura sanitaria*, Resp. civ. e prev., fasc.2, 2010, pag. 0269 la quale si pronuncia sulla questione del *dies a quo* sebbene il campo oggetto della sua trattazione sia difficilmente rinviabile all'ipotesi dei danni lungolatenti sostenendo che “la scelta tra responsabilità contrattuale o viceversa extracontrattuale influisce anche sulla disciplina applicabile in materia di prescrizione, soggetta nel primo caso al termine decennale e nel secondo a quello quinquennale. Pur essendo difficile ipotizzare nel campo della procreazione medicalmente assistita ipotesi di danni lungolatenti, è opportuno precisare che, secondo quanto recentemente rilevato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, in casi del genere il termine di prescrizione decorrerà non dal momento in cui è stato provocato il danno, ma da quello in cui la vittima è venuta a conoscenza della malattia e ha acquisito la consapevolezza della riconducibilità causale della stessa alla condotta del danneggiante, sia esso il medico inserito nella struttura o la struttura stessa”. Renato Partisani, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con d.m. 28 aprile 2009, n. 132*, Resp. civ. e prev., fasc.2, 2010, pag. 486 secondo il quale “Agli effetti dell'art. 2947, comma 3, c.c., le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno parimenti escluso che, nelle ipotesi di infezioni da HBV, HCV e HIV a seguito di trasfusioni con sangue infetto, eseguite da strutture pubbliche o private, possa configurarsi il reato di epidemia colposa, in mancanza della volontaria diffusione di germi patogeni (sia pure per negligenza, imprudenza o imperizia), potendosi invece configurare il reato di lesioni o di omicidio colposi. Conseguentemente, l'azione risarcitoria non è sottoposta alla prescrizione stabilita dalla legge penale per tali fattispecie criminose, mentre operano la prescrizione quinquennale, per le vittime di lesioni colpose e la prescrizione decennale, in favore di chi abbia agito iure proprio, per il risarcimento del danno derivante dall'omicidio colposo del proprio congiunto. I principi generali in materia di decorrenza dei termini di prescrizione sono espressamente richiamati fra i presupposti della transazione che la vittima della trasfusione contagiosa può stipulare con la Pubblica Amministrazione, ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.m. 28 aprile 2009, n. 132”. Paola Frati, Gianluca Montanari Vergallo, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario), fasc.1, 2009, pag. 39, rivoluzionaria appare la prospettiva che gli autori introducono nelle conclusioni della sua analisi in materia di prescrizione, la quale mostra uno scenario in cui “non sembra inutile un intervento del legislatore, che potrebbe realizzarsi in due direzioni alternative. Una prima ipotesi di riflessione in questa materia può consistere nell'introduzione un termine di prescrizione maggiore rispetto ai cinque anni propri dei casi di responsabilità extracontrattuale. Il termine quinquennale, infatti, è una regola generale alla quale possono essere introdotte deroghe, come del resto previsto dallo stesso art. 2947, comma 2, c.c., che per i danni da circolazione dei veicoli stabilisce un termine ad hoc di due anni. In questo modo, si darebbe al danneggiato un lasso di tempo maggiore, in considerazione del fatto che la diagnosi della patologia non è sufficiente a

renderlo consapevole del fatto illecito subito e dell'altrui responsabilità. Altra via percorribile sembra essere quella di ancorare la decorrenza della prescrizione al momento in cui il danneggiato viene effettivamente a sapere di avere diritto al risarcimento nei confronti di un determinato terzo. Dunque, seguendo questa via, si tutelerebbe appieno il paziente e si renderebbe necessario trovare un correttivo per bilanciare il contrapposto interesse alla certezza dei rapporti giuridici. Tale "contrappeso" potrebbe consistere nello stabilire un termine di prescrizione di un solo anno, appunto decorrente dall'effettiva conoscenza, eventualmente rafforzato anche da un termine di decadenza".

(2) Favorevole alla decisione stabilita dal giudice della sentenza in esame: nella giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., Sez. lav., 23 luglio 2001, n. 10004, DeJure, cit. *“ in sede di accertamento, sulla base di una valutazione medicolegale, circa l'esistenza o meno di un nesso di derivazione causale di un evento, potenzialmente rilevante ai fini del diritto ad una prestazione previdenziale, da una determinata situazione di rischio – valutazione in cui il riscontro di un rilevante, qualificato grado di probabilità è sufficiente per ritenere sussistente il nesso causale- una volta accertata la possibilità sul piano scientifico della derivazione causale rilevante ai fini del diritto alla prestazione, deve essere effettuato il confronto probabilistico tra i diversi ipotizzabili fattori causali, mentre non è direttamente valorizzabile la probabilità di verifica dell'evento nella situazione di rischio in questione, poiché rappresentano nozioni ben distinte detta probabilità e la probabilità della fondatezza di una determinata ipotesi eziologica rispetto ad un evento effettivamente verificatosi”* ; Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, DeJure, cit. *“Il giudice, accertata l'omissione, accertata, altresì, con riferimento all'epoca di produzione del preparato, la conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di virus attraverso sangue infetto ed accertata – infine – l'esistenza di una patologia da virus HIV o HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assuntore di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'insorgenza della malattia e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verifica dell'evento”*; nel senso dello sviluppo della differenza tra responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e da attività pericolosa ex art. 2050 c.c., pur netta in teoria, appare sfumata nella fattispecie dei danni da contagio, essendo pacifico che anche l'art. 2050 c.c. fa gravare sul danneggiato l'onere di provare l'esistenza del nesso eziologico, vedi anche Cass. civ., Sez. III, 17 luglio 2002, n. 10382, DeJure; Cass. civ., n. 13957/2005, DeJure, cit. *“affinché una condotta omissiva possa essere assunta come fonte di responsabilità per danni, non basta riferirsi al solo principio del neminem laedere o ad una generica antidoverosità sociale della condotta del soggetto che non abbia impedito l'evento, ma occorre individuare, caso per caso, a carico di quest'ultimo, un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento lamentato, il quale può derivare, o direttamente da una norma, ovvero da uno specifico rapporto negoziale o di altra natura intercorrente fra il titolare dell'interesse leso e il soggetto chiamato a rispondere della lesione.”* Regola che si applica, a maggior ragione, quando il danno sia stato provocato dalla P.A., come ci avverte la Suprema Corte, con la pronuncia n. 13892/2005 DeJure,. Egualmente per quanto riguarda la responsabilità del Ministero della Salute, Cass. civ., n. 11609/2005, DeJure, cit. *“È immune dal denunciato vizio di insufficienza e contraddittorietà di motivazione la sentenza del giudice di merito che abbia ritenuto la responsabilità del Ministero della salute (già della sanità) per un comportamento omissivo colposo – sulla base dell'attribuzione ad esso, già anteriormente alla legge n. 107 del 1990, di un dovere istituzionale (in forza*

di varie fonti normative) di direzione, autorizzazione e sorveglianza sul sangue importato o prodotto per emotrasfusioni e sugli emoderivati – in relazione ai casi nei quali l'insorgenza delle patologie per infezioni HBV, HIV e HCV, dovute ad emotrasfusioni o ad assunzione di prodotti emoderivati, si sia verificata rispettivamente in epoca successiva agli anni 1978, 1985 e 1988, identificati come quelli in cui per ciascuna di dette patologie vennero affrontati i relativi "test" diagnostici e, quindi, poteva accertarsi se il sangue immesso nel circuito delle emotrasfusioni o della produzione di emoderivati fosse infetto"; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, DeJure, cit. "Nell'imputazione per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto: rilievo che si traduce a volte nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio, che la norma di condotta violata tendeva a prevenire (...)il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto. L'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità, nel senso che, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile apprezzare l'omissione del comportamento sul piano causale." (in tal senso vedi anche Cass. n. 20328 del 2006, DeJure; Cass. n. 21894 del 2004, DeJure; Cass. n. 6516 del 2004, DeJure; Cass. 22/10/2003, n. 15789, DeJure). Nella giurisprudenza di merito: Trib. Bologna, sez. III, 19 giugno 2003, sito Giuraemilia.it, cit. "in tema di responsabilità civile per insorgenza di epatite da HCV, a seguito dell'effettuazione di trasfusioni di sangue, non può ritenersi prova sufficiente del nesso di causalità il giudizio positivo dato dalla Commissione Medica Ospedaliera ai fini dell'erogazione dell'indennizzo di cui all'art. 3, legge n. 210 del 1992, ma occorre l'accertamento della sussistenza del nesso di causalità giuridica"; Trib. Torino, sez. lavoro, 29 giugno 2004, DeJure, cit. "la ricorrenza del nesso eziologico tra infezione epatica da virus HCV e trasfusioni ematiche può essere ragionevolmente affermata nel caso di mancata identificazione dei donatori, sulla base della storia clinica e delle notizie anamnestiche acquisite, soprattutto quando non emergano, concretamente, altre vie di trasmissione del virus e quando risultino soddisfatti, in modo significativo, tutti gli altri criteri medico-legali per il riconoscimento del nesso di causa tra trasfusione ematica e danno epatico". In senso contrario a quanto dedotto dal giudice nella sentenza in esame : nella giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, DeJure, cit. "E' pertanto viziata da errore di diritto e censurabile in sede di legittimità - a tale sindacato sottraendosi l'apprezzamento circa l'esistenza degli elementi assunti a fonte di presunzione e la loro concreta rispondenza ai requisiti di legge soltanto se il relativo giudizio non risulti viziato da illogicità o da erronei criteri giuridici - la decisione in cui il Giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi, nel senso che ognuno avrebbe potuto rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevole completamento"; Cass. civ., 21 luglio 2003, n. 11316, DeJure, cit. "In tema di responsabilità extracontrattuale per danno causato da attività pericolosa da emotrasfusione, la prova del nesso causale, che grava sull'attore danneggiato, tra la specifica trasfusione ed il contagio da virus HCV (causalità individuale o specifica), ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla (causalità generale), può essere fornita anche con il ricorso alle presunzioni (ex art. 2729 c.c.), allorché la prova

non possa essere data per non aver la struttura sanitaria predisposto, o in ogni caso prodotto, la documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente e cioè per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla." In termini Cass. S.U. 24/03/2006, n. 6572; Cass. 2.2.2007, n. 2308; Cass. n. 23918 del 2006; Cass. n. 3651 del 2006. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 27 novembre 1998, *Foro it*, cit. "per ritenere sussistente il nesso causale fra il danno lamentato da soggetti emofiliaci e talassemici che nel corso degli anni ottanta abbiano assunto emoderivati infetti da HIV e/o patite B e/o epatite C, e l'omesso od insufficiente esercizio da parte del Ministero della sanità del potere istituzionale di vigilanza e controllo sull'attività d'importazione, distribuzione e commercializzazione di farmaci emoderivati è sufficiente che gli attori producano in giudizio la documentazione sanitaria ed i verbali degli accertamenti medico-legali prodotti dalle commissioni medico-ospedaliere competenti, ex art. 4 della legge 25 febbraio 1992, n.210, ad esprimere il giudizio sanitario sull'esistenza del nesso causale fra la trasfusione e/o la somministrazione di emoderivati ad il contagio da HIV e/o da epatite nel soggetto ricevente, al fine del riconoscimento dell'indennizzo previsto dalla medesima legge"; App. Roma, 23 ottobre 2000, n.3242, *DeJure*, cit. "per ritenere sussistente il nesso causale fra i danni lamentati da soggetti emofiliaci e politrasfusi che abbiano assunto emoderivati infetti da HIV e/o da epatite, e l'omesso esercizio da parte del Ministero della Sanità dei propri poteri di programmazione, vigilanza e controllo in materia di produzione, importazione e commercializzazione del sangue e dei suoi derivati può essere sufficiente l'acquisizione in giudizio della documentazione sanitaria e dei verbali degli accertamenti medico-legali prodotti dalle Commissioni Medico-Ospedaliere competenti, ex art. 4 della l. 210/92, ad esprimere il giudizio sanitario sull'esistenza del nesso causale fra la trasfusione e/o la somministrazione di emoderivati ed il contagio da HIV e/o da epatite nel soggetto ricevente, ovvero la circostanza che gli attori fossero soggetti affetti da emofilia o talassemia o epatopatia e, in quanto tali, necessitati alle trasfusioni di sangue o all'assunzione di emoderivati, senza che nei confronti di questi ultimi siano emersi, dalle analisi correlate, fatti o circostanze tali da avvalorare l'ipotesi che l'infezione sia stata contratta in modo diverso". In tal senso vedi anche Trib. Roma, 4 giugno 2001, n. 2309, *DeJure*; App. Perugia, 2014, *DeJure*, cit. "Né può ritenersi (anche in considerazione della gravità della lesione all'integrità psicofisica e del contesto in cui il pregiudizio si è prodotto) che manchi la prova, anche presuntiva, circa la sussistenza di una componente di sofferenza e su base organica (dolore) e su base emozionale (sensazione spiacevole collegata al ricordo dell'accaduto)." sentenza n. 26893 del 2010 della Sezione lavoro della Cassazione: nella quale, in tema di malattia ad eziologia multifattoriale, si afferma che "la prova del nesso causale non può consistere in semplici presunzioni desunte da ipotesi tecniche teoricamente possibili, ma deve consistere nella concreta e specifica dimostrazione, quanto meno in via di probabilità, dell'idoneità dell'esposizione al rischio a causare l'evento morboso". In termini Tribunale di Catania in data 8 luglio 2006, n. 2547, in *Foro it*.

In dottrina, G. M. Vergallo, P. Frati, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario), fasc.1, 2009, pag. 39 si argomenta partendo dal presupposto che "la dimostrazione della colpa rimane assorbita nell'accertamento del nesso di causalità, la cui sussistenza determina una sostanziale presunzione di colpa. Inoltre, e comunque, anche quando si pretende che l'attore fornisca la prova della colpa, la natura dei fatti da

provare induce a spostare in massima parte l'onere probatorio in capo al Ministero, il quale non può esimersi dal dimostrare di aver correttamente operato, appunto in quanto parte più "vicina" ai fatti su cui occorre acquisire prove in giudizio (c.d. principio di vicinanza alla prova). Pertanto, la differenza tra responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e da attività pericolosa ex art. 2050 c.c., pur netta in teoria, appare sfumata nella fattispecie dei danni da contagio, essendo pacifico che anche l'art. 2050 c.c. fa gravare sul danneggiato l'onere di provare l'esistenza del nesso eziologico. Anzi, proprio sotto quest'ultimo profilo, la recente interpretazione delle Sezioni unite sembra ulteriormente aggravare l'onere probatorio del convenuto (...) la correlazione tra omissione ed insorgenza della patologia da virus HIV o HBV o HCV è data esclusivamente dalla "conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di virus attraverso sangue infetto" e dall'"assenza di altri fattori alternativi". Quindi, sembra di poter concludere che la sussistenza del nesso causale, da un lato, possa essere affermata sulla base dell'accertamento di un fatto ai limiti del notorio, ossia la consapevolezza dell'idoneità del sangue a trasmettere virus, e dall'altro, debba essere esclusa solo se il Ministero dimostri l'esistenza di fattori causali alternativi.". Renato Partisani, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con d.m. 28 aprile 2009, n. 132*, Resp. civ. e prev., fasc.2, 2010, pag. 486, secondo il quale "Se la responsabilità del medico e della struttura sanitaria – indifferentemente pubblica o privata – nei confronti del paziente assume le caratteristiche conformazioni contrattuali, la responsabilità ministeriale in questa materia ha invece in origine assunto, e successivamente conservato, tipica natura extracontrattuale, nonostante il contatto sociale che, in altri settori, commuta in contrattuale la responsabilità della P.A. nei confronti del cittadino vittima dell'illecito amministrativo. Va da sé che l'applicazione, nella fattispecie, della clausola generale dell'art. 2043 c.c. favorisce, e non poco, la P.A., dovendo la vittima del contagio trasfusionale provare sia la specifica omissione dei dovuti controlli da parte dell'Amministrazione, sia il nesso causale tra l'infezione contratta e le lamentate omissioni, senza potersi perciò giovare del maggior favore delle regole contrattuali di vicinanza della prova". Il linea con l'orientamento giurisprudenziale di legittimità è la posizione di Guido Alpa, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, Resp. civ. e prev., fasc.11, 2006, pag. 1805. Contrario U. Russo, *Emotrasfusioni infette: responsabilità per omessa vigilanza, nesso causale e (preteso) danno*, Corr. Merito, 3, 1290, 2006, considera rilevante sotto questo profilo il principio di precauzione, espressamente sancito dall'art. 174 del Trattato CE, in base al quale deve essere considerato responsabile il soggetto il quale, "pur prevedendo che il proprio comportamento sia una possibile fonte di danno, non ponga in essere alcuna misura preventiva". Infatti, secondo quest'impostazione, tale principio "invertirebbe l'onere della prova in materia di illecito: l'attore dovrebbe dimostrare solo l'esistenza di un pericolo potenziale nell'attività (pretesa) fonte di danno (nel nostro caso l'aver omesso la vigilanza ed il controllo), mentre il convenuto avrebbe l'onere di dimostrare di aver adottato le misure idonee a prevenire il danno"

IL COMMENTO

1. Introduzione

Nel panorama mondiale, dopo la prima metà del secolo scorso, presumibilmente già dai primi anni settanta, l'ipotesi della possibilità che il sangue veicolasse virus e quindi vi

fosse un rischio iatrogeno sotteso alle applicazioni terapeutiche del liquido ematico si è prepotentemente concretizzata nel boom del numero di soggetti che avevano contratto i virus quali epatite B, HIV ed epatite C veicolati da sangue (destinato a trasfusioni) e materiale ematico (in particolare gli emoderivati dei fattori della coagulazione, necessari al trattamento terapeutico dell'emofilia) infetti.

Il tentativo di individuare un potenziale responsabile si è rivelato essenziale e strumentale per poter poi procedere ad una auspicabile compensazione della vittima per il grave danno subito alla propria integrità fisica (rammentando sempre anche i correlati drammatici risvolti nella sfera psichica del danneggiato). Sono state quindi formulate numerose ipotesi di condotta che sarebbero state idonee a prevedere astrattamente e dunque potenzialmente prevenire il “rischio sangue”, dato il massiccio utilizzo di sangue a scopi terapeutici i cui irrimediabili effetti pregiudizievoli alla salute non possono non essere imputabili ad alcuno privando così la vittima del possibile risarcimento ed indennizzo di un diritto irrimediabilmente compromesso.

La sentenza in rassegna permette di poter dare ampia analisi critica in tema di responsabilità civile dello Stato per il risarcimento dei danni da emotrasfusioni con sangue infetto. Tale ipotesi di danno lungolatente, a causa della sua recente emersione, evolve nella sua disciplina seguito da tutta una serie di nodi problematici ardui da arginare, prepotentemente stagliatisi nel momento in cui si è cercato di dirimere tutte le drammatiche conseguenze implicate nell'illecito. La definizione della materia in questione non è stata immune a innumerevoli posizioni giurisprudenziali e dottrinali il più delle volte contrastanti, tutte assunte nel tentativo di delineare delle teorie efficacemente applicabili alla disciplina degli aspetti giuridici più rilevanti.

Pertanto, nel tentativo di offrire una panoramica quanto mai esauriente dei problemi insiti in una materia, quale quella delle emotrasfusioni infette, in una prospettiva che metta in luce tutte le sue criticità, si muove ad una disamina analitica dei nodi cruciali di diritto emersi nella trattazione, per darne ampio respiro entrando nel merito della questione allo scopo di mettere in luce ogni aspetto rilevante e prospettare delle linee guida sulla evoluzione della materia e sul problema dell'imputazione della responsabilità aquiliana allo scopo di garantire giustizia e risarcimento alla vittima per l'insorgere di un male la cui omessa prevenzione del prevedibile rischio di insorgenza non può non essere imputata allo Stato.

La questione è stata teatro di antitetici orientamenti assunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza pronunciatesi a più riprese sul tema, offrendo una panoramica in merito di difficile inquadramento laddove l'interprete volesse rinvenirvi soluzioni giuridiche definite ed univoche.

2. La legittimazione passiva del Ministero della Salute

Premesso che l'attività discrezionale della pubblica amministrazione è soggetta a limiti esterni quali il principio di legalità, imparzialità e buona amministrazione fissati all'art. 97 Cost. ed il principio del *neminem ledere* fissato all'art. 2043 c.c., il giudice ordinario ha piena facoltà di poter imputare alla pubblica amministrazione l'assunzione di un comportamento illecito alla luce dei principi suddetti. Nel rinvenire i criteri in ragione dei quali il giudice possa individuare una responsabilità della pubblica amministrazione ex art. 2043 c.c. si deve far capo alla considerazione del danno “ingiusto” inteso quale “...danno arrecato in difetto di una causa di giustificazione, che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima ma che vada trasferito all'autore del fatto, perché lesivo di interessi giuridicamente tutelati...”¹; l'indagine deve essere condotta

¹ Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1990, n. 500.

valutando non la colpa del singolo funzionario agente, ma dello stesso apparato amministrativo. L' amministrazione poi risponde anche di *culpa in vigilando* per non aver vigilato sull'agire dei soggetti organicamente compenetrati nella pubblica amministrazione.

Alla luce di ciò è importante evidenziare la circostanza che sono stati istituzionalmente demandati alla pubblica amministrazione dei doveri di sorveglianza e di emanazione di direttive ed autorizzazioni in materia di produzione e commercializzazione del sangue umano e dei suoi derivati. Tuttavia tali doveri sono stati disattesi al punto che ciò ha comportato tanto l'imputabilità delle conseguenze dannose subite dagli utenti del servizio pubblico sanitario, quanto la colpevolezza nell'accertata violazione a siffatti doveri. Lo Stato, dunque, è legittimamente chiamato a rispondere delle gravi falle del sistema sanitario e ad accollarsi le conseguenze connesse ai danni che le falle in parola hanno provocato sugli utenti.

Tali presupposti permettono di ravvisare come il centro di imputazione della responsabilità debba essere identificato nel Ministero della Salute per la sua posizione di vertice dell'amministrazione sanitaria e di centro di irradiazione delle attività e degli uffici allo scopo di compiere le attività istituzionali; tra queste vi è infatti la "farmacovigilanza" organizzata attraverso la rete di strutture e di organismi a ciò deputati, ma direttamente riconducibile, quanto alle direttive poste alla base dell'attività da svolgersi, al Ministero il quale risponde anche per il danno da sangue infetto la cui fonte principale è la violazione del principio del *neminem ledere* concretizzatosi nella violazione dell'onere giuridico della tutela della salute pubblica.

La *culpa in omittendo* imputabile nasce dall' omesso obbligo di controllo dell'amministrazione, la quale risponde per la violazione di uno specifico obbligo giuridico di impedimento dell'evento dannoso, obbligo individuato in due norme² che fondano una effettiva negligenza "qualificata" rispetto a compiti strumentali alla istituzione del Ministero. La colpa grave imputata al Ministero della Salute è promossa in termini di omessa vigilanza per aver adottato solo nel 1994 il primo "Piano Sangue"³ senza dimenticare che già con la legge n. 592 del 14 luglio 1997 furono sanciti dei precisi obblighi di vigilanza e controllo in ambito di emotrasfusioni⁴.

Il quadro giurisprudenziale sulla legittimazione passiva del Ministero della Salute per danni da emotrasfusioni parte dalla sentenza della Corte di Appello di Roma, 23 ottobre 2000, n. 3242 in cui la responsabilità è stata riconosciuta ai sensi dell'art. 2043 c.c. per l'inosservanza dei compiti di direzione, coordinamento e vigilanza legislativamente indicati nelle leggi n. 592/1967 e n. 833/1978 e n. 531/1987.

La sentenza in questione pone altresì una discriminazione temporale alla responsabilità del Ministero della Salute fissata nelle date in cui sono stati approntati i test rilevatori dell'epatite B(1978), dell' HIV (1958) e dell'epatite C (1989): si dice infatti che "*per avere omesso di esercitare tempestivamente i propri poteri di programmazione, vigilanza e controllo in materia di produzione, importazione e distribuzione del sangue*

² Art. 1, c.1, l. 13 marzo 1958, n. 296 "*compito di provvedere alla tutela della salute pubblica; di sovraintendere ai servizi sanitari svolti dalle amministrazioni autonome dello Stato e dagli enti pubblici; provvedendo anche al coordinamento; di emanare per la tutela della salute pubblica istruzioni obbligatorie per tutte le amministrazioni pubbliche che provvedono ai servizi sanitari*"; art. 1 della legge 14 luglio 1967, n. 592 che fissava le funzioni di direzione tecnica e di vigilanza sull'organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei relativi servizi, nell'ambito dell'attività di raccolta, conservazione e distribuzione di sangue umano e di preparazione dei suoi derivati demandati al Ministero della Salute.

³ D.P.R del 7 aprile 1994, *Approvazione per la razionalizzazione del Sistema Trasfusionale Italiano per triennio 1994-1996*.

⁴ Legge n. 592 del 14 luglio 1967, *Direttive tecniche per la riorganizzazione dei servizi trasfusionali*.

e dei suoi derivati il Ministero della Sanità risponde ex art. 2043 c.c. dei danni conseguenti alle infezioni da HIV e/o da epatite, contratte da soggetti emofilici ed emotrasfusi attraverso somministrazioni di sangue ed emoderivati infetti, ma limitatamente a quei casi di contagio verificatisi successivamente alla data in cui le conoscenze scientifiche, relative a ciascuna specifica tipologia di virus oggetto dell'infezione, avrebbero consentito all'azione del Ministero di prevenire in concreto il contagio, curando che gli opportuni test diagnostici sui donatori di sangue ed i procedimenti di inattivazione virale sugli emoderivati fossero adottati tempestivamente"

⁵. Prima dei test, infatti, lo Stato non poteva essere chiamato a rispondere della loro diffusione e la scriminante applicata alla valutazione della condotta antecedente del Ministero si poggia sull'argomentazione secondo cui *"stante l'atipicità della condotta dovuta, la responsabilità da omissione sorge, secondo l'ordinario criterio della colpa, ogni volta che il danno poteva essere prevenuto ed evitato, con giudizio ex ante fondato sulla prevedibilità dello stesso"*⁶; si fissa quindi il principio secondo cui il nesso di causalità omissiva postula che la serie causale, che, a partire dall'omissione, ha condotto all'evento dannoso ad essa conseguente, non sia interrotta da evenienze non prefigurabili dal Ministero al momento dell'omissione.

Ma la fissazione di una tale demarcazione temporale, tale da impedire il riconoscimento di una responsabilità in capo al Ministero della Salute per il periodo precedente a tali limiti, equivale ad attribuire all'evento contagio il ruolo di una conseguenza imprevedibile o inverosimile. Ma questa conclusione non può di certo essere condivisa poiché anche prima dei periodi individuati, la comunità scientifica aveva informato ed allarmato dei rischi connessi alla trasfusione di sangue.

La responsabilità del Ministero della Salute è stata poi confermata nella sentenza del Tribunale di Roma del 14 giugno 2001, n. 23097 in cui è stata riconosciuta la colpa *"per avere omesso di esercitare tempestivamente i propri poteri di vigilanza e controllo in materia di produzione, importazione e distribuzione del sangue e dei suoi derivati il Ministero della Sanità risponde ex art. 2043 c.c. dei danni conseguenti alle infezioni da HIV e/o da epatite, contratte da soggetti emofilici ed emotrasfusi attraverso somministrazioni di sangue ed emoderivati infetti"* è stato prontamente eliminato l'assunto della demarcazione temporale precedentemente elaborata⁷ quale momento storico per esentare da responsabilità il Ministero, alla luce invece di una responsabilità che possa essere rivendicata *"anche in epoca antecedente alle data in cui le conoscenze scientifiche, relative a ciascun specifico virus oggetto dell'infezione, avrebbero consentito di prevenire in concreto il contagio, atteso che, nell'ambito di un giudizio limitato ad una pronuncia di condanna generica, presupposto sufficiente della declaratoria iuris è l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose e che la prevedibilità di un danno in materia extracontrattuale non è un criterio utilizzabile per ridurre l'area dei danni risarcibili."*

Con la sentenza della Corte di Cassazione, 31 maggio 2005 n. 11609 si assiste invece, in netta contrapposizione all'innovativo assunto della sentenza n. 23097/2001, alla riproposizione degli indicatori di demarcazione temporali fissati dalla sentenza della Corte di Appello di Roma del 2000; pertanto pur ribadendo la piena operatività dell'art. 2043 c.c. per l'omessa vigilanza, confina tale ipotesi ai soli casi che possono essere fatti risalire al periodo successivo in cui comparvero i test rilevatori delle infezioni da epatite B, HIV ed epatite C (rispettivamente 1978, 1985, 1988). Tale decisione pone dei dubbi

⁵ App. Roma, 23 ottobre 2000, n. 3242.

⁶ App. Roma, 23 ottobre 2000, n. 3242.

⁷ App. Roma, 23 ottobre 2000, n. 3242.

in merito all'analisi di ciò che il Ministero avrebbe dovuto e potuto fare, un profilo, questo, rilevante anche in tema di prevedibilità dei danni.

In posizione nettamente contraria rispetto alla precedente giurisprudenza si colloca la sentenza del Tribunale di Catania in data 8 luglio 2006, n. 2547 in cui il giudice svolge una analisi critica sulle motivazioni e gli orientamenti della sentenza del Tribunale di Roma 14 giugno 2001, n. 23097 (in quanto invocata dal procuratore dell'attore a sostegno della sua domanda). In un passaggio significativo per il giudice del Tribunale di Catania, *“non solo non è possibile, in fatto, dedurre semplicisticamente dal verificarsi di un evento l'inadeguatezza dei controlli volti a evitarlo, ma far discendere tout court da un dovere dello Stato di vigilanza su un settore della vita comune il diritto dei privati al risarcimento dei danni causati da asserita inesistente o inadeguata esecuzione della vigilanza medesima è operazione giuridicamente illegittima e, nei termini che si illustreranno di seguito, potenzialmente molto pericolosa per l'equilibrio fra i poteri dello Stato e il governo del Paese e della sua finanza pubblica”*⁸. Inoltre il giudice a sostegno della propria tesi cita recente giurisprudenza: *“al riguardo si segnala una recente sentenza del Tribunale di Torino (del 13.12.2001), nella quale il Tribunale ha ritenuto che il Ministero della Salute non possa essere condannato al risarcimento del danno per aver semplicemente distribuito, commercializzato e somministrato sangue ed emoderivati, ciò in quanto, hanno chiarito i giudici, “... il Ministero non può controllare neppure a campione il sangue o plasma, perché, se così fosse, detto controllo porterebbe alla perdita del sangue E' vero che al momento della raccolta detti controlli debbono essere fatti, ma compito del Ministero è quello di accertare che gli enti preposti alla raccolta effettuino detti controlli. Passivamente legittimata sarebbe la struttura che ha proceduto alla somministrazione dei medicinali o all'effettuazione della trasfusione”*⁹.

Nella sentenza del 2007 del Tribunale Roma, sez. II civile, si prevede, per l'ipotesi di danni cagionati da trasfusione di sangue infetto, la legittimazione passiva spettante al Ministero della salute, il quale risponde in base alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. e non in base all'art. 2050 c.c. Richiedere infatti, come ritenuto dalla Cassazione nella sentenza n. 11609/05, che, perché ne possa essere affermata la responsabilità aquiliana colposa, l'agente debba non solo prevedere al momento della condotta la possibilità dell'evento dannoso costituito dalla lesione della salute, ma identificare anche il particolare tipo di virus che sarà responsabile di quella lesione, significa, già in astratto, configurare per la pubblica amministrazione un modello di responsabilità civile diverso da quello delineato dall'art. 2043 c.c. e 28 Cost., per i quali è sufficiente la colpa lieve, non richiedendosi né il dolo né la colpa grave, ma, dato che caratteristiche della malattia infettiva specifica dipendono dal tipo di virus responsabile del contagio la esatta conoscenza, ciò provoca l'inaccettabile applicazione in campo extracontrattuale della limitazione di ambito contrattuale della responsabilità ai soli danni prevedibili, quando invece la responsabilità aquiliana prevede il risarcimento anche del danno imprevedibile. A sostegno di ciò si fa riferimento all'orientamento seguito in Francia dal Consiglio di Stato¹⁰ che, nell'individuare il sorgere della responsabilità civile dello Stato per i danni da contagio dell'HIV a seguito di trasfusione o di uso di emoderivati, ha fatto riferimento alla data in cui l'amministrazione sanitaria, pur informata della pericolosità del sangue come veicolo di infezioni virali, non aveva

⁸ Trib. Catania, 8 luglio 2006, n. 2547.

⁹ Trib. Catania, 8 luglio 2006, n. 2547.

¹⁰ decisione del 9/4/1993, in Recueil Dalloz, 1993, J. 312.

adottato tempestivi provvedimenti a tutela della salute pubblica, avendo soltanto con circolare del 20/10/1985 vietato la distribuzione degli emoderivati infetti.

A favore dell'accoglimento di tale ultimo orientamento ivi sostenuto è opportuno evidenziare come *“già dal 1974 la letteratura scientifica aveva proposto la cautela dell'esclusione dalla donazione dei soggetti con elevate transaminasi poi convalidata dal risultato dello studio citato. Si può quindi concludere che quando il (...) fu sottoposto alle trasfusioni erano disponibili idonei strumenti diagnostici e di prevenzione in grado di impedire l'evento, ex ante oggettivamente prevedibile, della trasmissione per mezzo delle trasfusioni e della somministrazione di emoderivati di malattie virali epatiche inclusa l'epatite NANB.”*¹¹

È quindi pacifico stabilire la configurabilità del Ministero della Salute quale legittimato passivo nel corso di un'azione di risarcimento alla luce della responsabilità aquiliana imputabile al dicastero, ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche nel caso in cui il convenuto abbia subito un danno quale quello in questione.

3. L'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione dei danni lungolatenti

Il codice civile all'art. 2934 c.c. e ss., disciplina l'istituto giuridico della prescrizione sancendo come *“ogni diritto si estingue per prescrizione nel caso in cui il legittimo titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge” nei limiti in cui non si tratti di “diritti indisponibili o di altri diritti indicati dalla legge”*. La norma è volta ad evitare l'inerzia del titolare del diritto esercitabile e risponde ad un'esigenza generale di certezza del diritto.

Le difficoltà in materia circa l'individuazione del *dies a quo* si fondano sul fatto che come dottrina ha sostenuto, *“il contagio è un tipico evento di danno lungolatente, con caratteristiche e tempi di esteriorizzazione estremamente variabili in funzione del tipo di virus e di patologia ad esso correlata, che possono far sì che il soggetto contagiato apprenda d'essere portatore di una malattia invalidante a notevole distanza temporale dall'evento che lo ha reso tale”*.¹² Il *dies a quo*, a partire dal quale la prescrizione dell'illecito aquiliano comincia a decorrere, sarebbe riferibile al momento in cui il danneggiato subisce gli effetti della condotta altrui, ovvero il danno, poiché solo da questo momento il soggetto leso può decidere liberamente se agire o meno in via risarcitoria ex art. 2935 c.c. Premesso ciò, nel caso di danni c.d. lungolatenti, il *dies a quo* decorrerebbe dal momento del verificarsi degli effetti dannosi percepibili.

Nell'ottica di una tesi garantista, tra l'altro sostenuta da parte della giurisprudenza¹³, si amplia il concetto di percezione del danno, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2947-2935-2043 c.c. e dall'art. 24 Cost., fino a comprendervi l'effettiva conoscibilità; si è così ovviato al problema del *dies a quo* visto come una concreta possibilità di apprezzare l'ingiustizia del fatto stesso, nonché la sua riconducibilità eziologica alla condotta dolosa o colposa di un terzo. Accogliendo tale tesi, dunque, la prescrizione non decorrerebbe dalla data di verifica dell'illecito né da quella in cui la vittima ha avuto la percezione del danno, ma da quella in cui la vittima ha avuto la concreta

¹¹ Trib. Roma, sez. II civile, sentenza 03 gennaio 2007

¹² U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, p.173

¹³ Vd. Cass. 2645/2003, dove è stato sostenuto *“che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno biologico causato dal contagio di poliomelite in conseguenza del contatto con un soggetto sottoposto a vaccinazione iniziasse a decorrere non dal momento in cui la malattia si è manifestata, ma dal momento in cui è divenuta conoscibile, secondo l'ordinaria diligenza, la derivazione causale della malattia dal contagio con persona sottoposta a vaccinazioni”*

possibilità di percepire che il danno da lei patito andava ascritto alla condotta illecita di un terzo.

La questione della prescrizione del diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., ha trovato contrastanti soluzioni in vari tribunali italiani.

Nella decisione raggiunta dal Tribunale di Roma, 14 giugno 2001, n. 23097, rimane irrisolto il problema del *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto alla pretesa risarcitoria: sembra infatti dedursi come siffatta decorrenza debba farsi risalire sin dal momento in cui il soggetto leso sia in grado di percepire l'idoneità del fatto di un terzo ad inserirsi, con decisiva effettività causale, nel meccanismo eziologico che dall'assunzione dell'emoderivato conduca in via diretta all'affezione patologica, in coerenza con la nota Cass. 21 febbraio 2003, n. 2645¹⁴ e la precedente Cass., 29 maggio 1997, n. 4774¹⁵.

Mentre a parere della Corte di Appello di Roma, n. 3242/2000, la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni da sangue infetto è rinvenibile, ai sensi dell'art. 2947, comma 3 c.c., nei fatti considerati dalla legge come reati, il cui corollario di tale collocazione è la previsione di una prescrizione decennale corrispondente a quella prevista per i reati di epidemia colposa, lesioni colpose plurime o omicidio colposo prevista per la diffusione del sangue e dei derivati infetti; invece nella sentenza 4 giugno 2001 n. 23097, il Tribunale di Roma stabilisce che *“Posto che il giorno della verifica del fatto illecito quale dies a quo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno ex art. 2947 cc. si identifica con quello in cui la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato con effetti esteriorizzati e conoscibili, nel senso che la persona abbia avuto reale e concreta consapevolezza dell'esistenza e della gravità del danno, la prescrizione del diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da HIV da parte di un soggetto che lamenti di essere stato contagiato dalla somministrazione di sangue od emoderivati infetti decorre dalla data in cui quest'ultimo ha ottenuto da parte delle commissioni mediche ospedaliere di cui alla legge 210/92 la certificazione relativa all'esistenza del nesso causale tra le trasfusioni o la somministrazione di emoderivati ed il contagio, non rilevando a tal fine la circostanza che, anteriormente a tale certificazione, il soggetto possa essere venuto a conoscenza della sua infezione in esito ad accertamenti sierologici di laboratorio”*¹⁶. Nei fatti si evince come l'acquisizione delle malattie virali in questione, da parte di attori ed intervenuti e di coloro che sono deceduti, non venga contestata dal Ministero e risulta, tranne che in pochissimi casi, dalle certificazioni effettuate successivamente al 1992, ai fini del riconoscimento dell'indennizzo previsto dalla legge n. 210/1992 e succ. mod., ove è affermato anche il nesso causale tra le trasfusioni o la somministrazione di emoderivati ed il contagio dell'infezione. Come ritenuto, in modo condivisibile alla Corte d'appello, le suddette certificazioni hanno consentito alle persone di conoscere l'esistenza delle malattie e la loro rapportabilità causale alle trasfusioni ovvero agli emoderivati, sicché è ad esse che si deve fare riferimento ai fini della decorrenza del

¹⁴ Cass. 21 febbraio 2003, n. 2645 *“Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo inizia a decorrere, a norma dell'art. 2947, comma 1, c.c., non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita”*

¹⁵ Cass., 29 maggio 1997, n. 4774, che ha affrontato il caso di malattia professionale, affermando che la prescrizione per l'azione risarcitoria nei confronti del datore di lavoro decorre dal momento in cui il lavoratore ha potuto avere piena consapevolezza della malattia, con un danno alla salute apprezzabile, e della sua eziologia professionale

¹⁶ Trib. Roma sentenza, 4 giugno 2001, n. 23097

dies a quo della prescrizione (la quale quindi nei non si è compiuta). Il termine prescrizionale applicato è quello decennale ex art. 2947, comma 3, c.c. in quanto sono astrattamente configurabili in materia di risarcimento dei danni da contagio, i reati da epidemia colposa plurime ed omicidio colposo.

Andando di diverso avviso rispetto all'orientamento consolidatosi nelle giurisdizioni di merito romane, con la decisione del Tribunale di Genova con la sentenza dell'8 novembre 2002 n. 4115, recentemente ribadita dalla Corte d'Appello del capoluogo ligure con sentenza del 23 agosto 2005 n. 780, si è ritenuto che il termine prescrizionale del diritto al risarcimento del danno decorra dalla data di presentazione della domanda volta ad ottenere l'indennizzo di cui alla legge 210/92 e non già dal successivo momento del responso della Commissione Medico Ospedaliera cui è devoluto, ai sensi della legge in parola, il compito di individuare la sussistenza o meno del nesso causale fra l'assunzione di emoderivati e l'insorgere delle patologie de quibus.

In netta opposizione rispetto alla posizione delle giurisdizioni di merito romane si mostra anche l'orientamento assunto dal Tribunale di Lecce il quale nel 2005 ha respinto una richiesta di risarcimento danni alla luce della previsione che *"in caso di danno da emotrasfusioni, il termine di prescrizione è di cinque anni, ex art. 2947, comma 1, c.c., non potendosi ravvisare nella condotta del Ministero l'integrazione di fattispecie incriminatici per le quali la legge penale prevede un termine di prescrizione più lungo"*¹⁷; gli effetti di tale prospettiva accolta dal giudice all'esito della istruttoria di causa avevano accertato che l'epatite C, pur diretta conseguenza delle trasfusioni praticate, era stata tuttavia diagnosticata alla attrice nel maggio del 1993, mentre la prima richiesta di risarcimento stragiudiziale risaliva al febbraio del 1999, ad oltre cinque anni di distanza, con il conseguente accoglimento della eccezione di intervenuta prescrizione sul punto tempestivamente formulata dal Ministero della Salute.

Le sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008 (dalla n. 576 alla n. 584), hanno affrontato le diverse problematiche giuridiche della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati e della sua durata partendo dalla decorrenza del termine in particolare negli illeciti c.d. “lungolatenti” fino a spaziare in un ottica che comprendesse l'analisi degli orientamenti della Cassazione e dei giudici di merito in tema di decorrenza della prescrizione nell'illecito.

La Cassazione civile, sez. un., con sentenza dell' 11.01.2008 n° 583 ha stabilito il principio secondo cui *“il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, c. 1, c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche”*. Il processo logico mediante il quale si è giunti al principio sopra citato ha avuto come premessa nell'individuazione che *“il punto di maggior rilievo è l'individuazione del dies a quo per la decorrenza della prescrizione in ipotesi di fatto dannoso lungolatente, quale è quello relativo a malattia da contagio[...]. Il codice del 1942 optò per una netta cesura con la tradizione francese e l'impostazione del codice civile del 1865, in cui le azione risarcitorie, sia contrattuali che extracontrattuali, erano sottoposte ad un unico termine prescrizionale, individuato, sul modello francese, in trenta anni. Nel nuovo codice civile il sistema della prescrizione si*

¹⁷ Trib. di Lecce, 16 settembre 2005

poneva dunque nettamente sbilanciato a favore dei convenuti, con ovvie ricadute negative per gli attori, soprattutto nei casi aventi per oggetto la violazione di un bene tanto importante quanto quello costituito dalla salute: nel segno della certezza dei rapporti giuridici, si prescindeva infatti da qualsiasi considerazione che riguardasse le ragioni oggettive e soggettive del ritardo della vittima nell'instaurazione della sua pretesa risarcitoria; risultava inoltre esclusa qualsiasi operazione di bilanciamento tra gli interessi della vittima e quelli facenti capo al soggetto evocato in giudizio, la quale operazione permettesse di verificare in concreto la sussistenza in capo al responsabile di un effettivo pregiudizio sul piano della disponibilità della prova in conseguenza del decorso del tempo. Peraltro, il dies a quo fu inizialmente concepito come coincidente con il momento della verifica dell'evento dannoso. Il quadro codicistico della prescrizione fu così successivamente avversato dagli interpreti sin dagli anni sessanta proprio per la sua rigidità e sostanziale indifferenza alla posizione degli attori. Ciò ebbe a verificarsi soprattutto nel campo del danno alla persona e non fu certo un caso che tale processo di revisione delle norme del codice andò incontro ad una vera e propria svolta negli anni settanta in concomitanza con l'ingresso dirompente del danno biologico nella giurisprudenza italiana: il nuovo modo di concepire la tutela risarcitoria della salute finì per riflettersi non solo sul versante dei danni risarcibili con lo sgretolamento progressivo del 2059 c.c., ma anche sul piano delle regole relative all'an debeatur e della prescrizione.”¹⁸

Al principio della conoscibilità del danno viene affiancato quello della rapportabilità causale e dunque l'argomentazione viene svolta nei seguenti termini : “il solo modello ancorato al parametro della «conoscibilità del danno» può, in taluni casi, rilevarsi del tutto insoddisfacente e fuorviante: infatti, sviluppare una malattia irreversibile (ad esempio, un'epatite cronica) o comunque duratura, oppure trovarsi permanentemente menomati a livello di integrità psicofisica sono tutte situazioni che, se da un lato sostanziano la «conoscibilità del danno», dall'altro lato non necessariamente danno luogo alla «conoscibilità del fatto giuridicamente rilevante ai fini di un'azione risarcitoria», ovvero alla «conoscibilità del fatto illecito»; in tutta una serie di casi, infatti, la vittima, senza sua negligenza, si trova ad ignorare la causa del suo stato psicofisico o, al massimo, può sul punto formulare mere ipotesi, prive tuttavia di riscontri sufficientemente oggettivi anche ai fini dell'istruzione di una causa sul piano probatorio e certo tali da escludere che l'inattività della stessa possa esplicare effetti negativi sotto il profilo dell'interruzione della prescrizione. Queste esigenze sono state recepite in un nuovo orientamento della Corte che ha ritenuto che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di avere contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo inizia a decorrere, a norma dell'art. 2947, 1° comma, c.c. non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche. Qualora invece non sia conoscibile la causa del contagio, la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea in sé a concretizzare il "fatto" che l'art. 2947, 1° comma, c.c. individua quale esordio della prescrizione (Cass. 21/02/2003, n.2645 ; Cass. 05/07/2004, n.12287; Cass. 08/05/2006, n. 10493)”¹⁹

¹⁸ Cass. Civ. , sez. un., 11 gennaio 2008, n° 583.

¹⁹ Cass. Civ. , sez. un., 11 gennaio 2008, n° 583.

Sinteticamente, quindi, il *dies a quo* della prescrizione, nei casi di danni lungolatenti, per tali intendendosi le ipotesi in cui vi sia uno sfalsamento temporale tra momento causativo del danno, manifestazione esteriore e percezione dello stesso, decorre alternativamente dal giorno in cui il danno viene percepito o dal giorno in cui il danno può essere percepito, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche. È importante rilevare un aspetto di criticità tuttavia nel fatto che nella sentenza in questione venga considerato equivalente il *dies a quo* relativo alla percezione concreta del danno, rispetto al *dies a quo* dell'astratta percepibilità, secondo canoni di ordinaria diligenza; ritenere che sia equivalente far decorrere la prescrizione dal giorno della percezione del danno rispetto a quello della sua astratta percepibilità, vuol dire parificare situazioni del tutto diverse, perché la percezione concreta non coincide necessariamente con l'astratta percepibilità. Pertanto la parificazione tra momento di percezione in concreto del danno e momento di astratta percezione dello stesso, non appare del tutto condivisibile. Nel discorso poi si stabilisce che per il decorso del *dies a quo* della prescrizione è necessario che vengano ad emergere tutti gli elementi dell'illecito: non solo il danno, ma il danno ingiusto, collegato eziologicamente ad una condotta, attiva oppure omissiva, dolosa o colposa di altri. Ne segue che la prescrizione decorre dal giorno della compresenza di tutti gli elementi strutturali dell'illecito.

Nella sentenza della Cassazione civile, SS.UU., in data 11.01.2008 n° 581, invece si sancisce l'obbligo gravante sul giudice di primo grado di decidere sull'eccezione della prescrizione, per cui l'eventuale sussistenza della prescrizione fa venir meno ogni interesse della parte all'accertamento dell'esistenza del diritto azionato. Alla base dell'individuazione del *dies a quo* è riconfermata l'adesione nell'applicazione del principio secondo cui *“Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche”*²⁰.

Secondo la dottrina²¹ sulla figura del danno lungolattente, in cui si staglia quale caso paradigmatico il danno da contagio, i giudici di legittimità si sono in più occasioni confrontati sempre nell'ottica dell'individuazione del termine iniziale del decorso della prescrizione; la caratteristica del danno incide sulla determinazione del giorno a

²⁰ Cass. Civ., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 581, Resp. civ. prev., 2008, con commento di F. Greco, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*; *La resp. civ.*, 2008, 983 s., con nota di Ch. Romeo, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*; *Danno resp.*, 2009, 667 s., con commento di S. Oliari, *“Danno di sangue”: danno da emotrasfusione e prescrizione, la quale afferma che: “Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 c.c., e art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche”*, su cui v. anche L. Viola, *La nuova responsabilità civile lungolatente: riflessioni dopo la pronuncia delle S.U. 581/2008*, *La resp. civ.*, 2008, 367

²¹ Fabrizio Piraino, *L'inadempimento dello stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, *Europa e dir. priv.*, fasc.3, 2012, pag. 707

partire dal quale il diritto al risarcimento può essere fatto valere (art. 2935 c.c.), consentendo di approdare ad un'interpretazione dell'art. 2947, comma 1, c.c. in maniera inequivocabile fissare il *dies a quo* del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno ex artt. 2043 c.c. nel giorno in cui “il fatto si è verificato”. L'argomento adottato dalla giurisprudenza consiste nell'identificare il verificarsi del fatto dannoso con la percepibilità del pregiudizio da parte del danneggiato, connessa alla possibilità di risalire eziologicamente alla persona del danneggiante, e non già con la sua oggettiva exteriorizzazione.

Alla luce di quanto detto, un aspetto problematico in ambito di prescrizione di danni post-trasfusionali è costituito dall'onere della prova in capo al Ministero della Salute che, eccepita la prescrizione, con l'uso della diligenza e sulla base delle conoscenze scientifiche del tempo²², deve dimostrare che il danneggiato era, o avrebbe potuto essere, a conoscenza del danno e dell'autore di tale pregiudizio oltre i cinque anni previsti per il tipo di prescrizione del danno. Il convenuto dicastero per far ciò dovrà allegare prove sotto profilo oggettivo, per tale intendendosi lo stato delle conoscenze scientifiche relative alla patologia del danneggiato e della loro diffusione, e soggettivo, ossia la condizione cognitiva del danneggiato in quel momento storico che, sulla base della divulgazione del sapere medico, gli avrebbe consentito quel grado di conoscenza sufficientemente idonea ad informarlo di stato danneggiato dal sangue infetto prima ed oltre i cinque anni prescrizionali.

Perciò se il danneggiato allega che in un determinato tempo è venuto a conoscenza del danno, sarà onere del Ministero della salute eccepire la prescrizione, indicarne quali siano i fatti a fondamento dell'eccezione e darne la prova che il danneggiato era pienamente consapevole del danno in un'epoca più remota da quella da lui indicata²³. Alla luce di tale prassi, non sembra accettabile la tesi mossa da un orientamento, la quale ha promosso l'ipotesi di applicare, in ambito di danno post-trasfusionale, la parziale inversione dell'onere della prova dovuta per fronteggiare il presunto sbilanciamento in danno del Ministero sostenuto da alcuni Tribunali²⁴ che hanno dichiarato la prescrizione a fronte della mera allegazione dell'eccezione ministeriale e, avverso la quale, l'attore non dedotto e provato il contrario.

Anche autorevole dottrina²⁵ si è espressa sull'auspicabile diligenza dell'attore nel far valere il proprio diritto al risarcimento del danno post-trasfusionale entro i termini previsti in materia²⁶ e sull'individuazione del momento a partire da quale l'inerzia espliciti i suoi irrimediabili effetti sulla possibilità del danneggiato di far valere in

²² parametri indicati da Cass. Civ, n. 2645/2003

²³ conforme al principio: Cass. Civ., n. 701/2004 secondo cui “..l'assicuratore che intende opporre la prescrizione annuale del diritto fatto valere dall'assicurato ha l'onere di provare la data alla quale si è manifestato l'evento dannoso coperto dalla garanzia assicurativa e dalla quale, quindi, il diritto avrebbe potuto esser fatto valere nei suoi confronti”

²⁴ Trib. Milano, 15 novembre 2003

²⁵ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 180 ss.

²⁶ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 185 delinea la condotta che deve assumere il danneggiato da emotrasfusione infetta in virtù del “criterio del “ragionevole danneggiato” o, se si preferisce, del danneggiato mediamente diligente (nozione che a fini prescrizionali i giudici delle leggi conoscono ed applicano al danneggiato inerte), il quale, risentendo di una lesione alla sua sfera giuridicamente protetta, ha l'onere di attivarsi per acquisire le informazioni necessarie a stabilire l'entità prodromica della sua lesione, sì da iniziare celermente il giudizio ove potrà provare i fatti costitutivi del suo diritto (o, almeno, ha l'obbligo di attivarsi per contestare tempestivamente la lesione al legittimato passivo della sua pretesa, interrompendo la prescrizione), onde lasciare che il preciso accertamento e la concreta quantificazione del danno lamentato siano meglio definiti dal tempo necessario a portare a compimento la sua iniziativa giudiziale”.

giudizio le proprie pretese risarcitorie²⁷ fondando e giustificando tali orientamenti alla luce della funzione insita nell'istituto della prescrizione²⁸.

4. L'onere della prova del nesso di causalità giuridica tra la condotta omissiva del Ministero della salute ed i virus contratti a seguito di emotrasfusioni infette

L'accertamento della responsabilità civile per emotrasfusioni con sangue infetto va circoscritto agli illeciti omissivi; tale accertamento è compiuto mediante la verifica della sussistenza del nesso causale tra l'omissione lamentata ed il danno da contagio verificatosi. L'applicazione dei principi di indagine penale nella ricerca della esistenza o meno del nesso causale trova residenza nel "caso Francese" in cui le Sezioni Unite penali si sono espresse stabilendo alcuni principi sui criteri da adottare nell'accertamento del rapporto di causalità, con particolare riferimento agli estremi dei reati omissivi impropri consumati nell'attività medico-chirurgica²⁹. Ma dato che i principi tracciati nella sentenza, volti a prevedere l'assoluzione in caso di ragionevole dubbio e la condanna solo in caso di alto grado di probabilità scientifica prossima alla certezza se applicati in ambito civile avrebbe portato al rigetto di quasi tutte le domande risarcitorie, sono stati stabiliti dei nuovi principi dalla Cassazione nel 2006³⁰ ancor prima che delle Sezioni Unite del 2008³¹ le quali, in tema di configurabilità del nesso causale in sede civile, hanno accolto la regola probatoria del "più probabile che non" del precedente orientamento della Cassazione del 2007³² accantonando definitivamente il criterio dell' "oltre il ragionevole dubbio" espresso dalla sentenza "Francese".

²⁷ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 187 "inerzia comincerà a diventare rilevante per il diritto solo quando il soggetto acquista la piena percezione di aver subito una lesione giuridicamente rilevante, avrà acclarato con ragionevoli margini di certezza il percorso eziologico che riconduce queste lesioni alla condotta di un soggetto determinato, rilevando in questa condotta motivi giuridici sufficienti per ritenere che del danno così causato quel tal soggetto debba rispondere"

²⁸ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 188 "la disciplina della prescrizione è (e dovrebbe restare) una disciplina neutra. La principale funzione di questo istituto è, noto, è quella di preservare un valore, quello della certezza nei rapporti giuridici, che non solo è terribilmente necessario al funzionamento della macchina giudiziaria, ma che soprattutto, serve ai consociati per determinarsi avendo certezza del fatto che, entro certi margini temporali, il diritto potrebbe consentire a terzi di azionare pretese suscettibili di produrre effetti nella propria sfera giuridica".

²⁹ Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit. "...il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (...) non 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" (...)l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio".

³⁰ Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2006, n. 11755, cit. "i criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza "Francese" delle sezioni unite penali - alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale - trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive. Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche) commissivo, la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale"

³¹ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576.; Cfr. anche sez. un., n. 584/2008; n. 581/2008; 582/2008.

³² Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619.

Ma ,prima di analizzare l'orientamento delle Sezioni Unite del 2008, allo scopo di fornire una più ampia analisi del modo con cui si è spiegata nel tempo tale problematica, appare utile ripercorrere quanto affermato dalla Cassazione nel 2005³³ . Nella sentenza si è qualificato il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria aquiliana quale "danno conseguenza del fatto lesivo (questo inteso come condotta, nesso causale ed evento lesivo)". Viene stabilito infatti che *"ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale. E tuttavia un "fatto" è pur sempre necessario perché la responsabilità sorga, giacché l'imputazione del danno presuppone l'esistenza di una delle fattispecie normative di cui agli artt. 2043 e segg. c.c., le quali tutte si risolvono nella descrizione di un nesso, che legghi storicamente un evento ad un soggetto chiamato a risponderne. Il "danno" rileva così sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili o evento dannoso, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica."* Alla luce di tali osservazioni il nesso causale della responsabilità aquiliana da condotta omissiva ai sensi dell'art. 2056 c.c., il quale fa espresso richiamo all'art. 1223 c.c., e non all'art. 1225 c.c., porta ad individuare il nesso di causalità giuridica tra il fatto illecito, nel caso di specie la condotta omissiva del Ministero ed il danno da contagio. Quando poi si entra nel merito della responsabilità aquiliana da omessa vigilanza imputata al Ministero della Salute, riconosciuta solo per le infezioni sorte solo successivamente al momento in cui la scienza medica ha raggiunto le necessarie conoscenze sulle predette infezioni, secondo le ben note teorie sul nesso di causalità; si fa anche cenno alla natura dell'onere della prova del nesso di causalità gravante sul danneggiato stabilendo, pertanto, che *"in materia di responsabilità da fatto illecito la dimostrazione dell'attività lesiva dell'altrui diritto e del nesso di causalità fra la condotta colposa ed il danno incombe al danneggiato, con la conseguenza che la ambiguità od incertezza degli elementi di fatto che sorreggono la pretesa non possono risolversi in danno della parte che non è tenuta all'onere della prova"*³⁴.

C'è stato ampio dissenso da parte della giurisprudenza di merito successiva³⁵ nell'ambito della quale si è ribadito che, al di là dell'individuazione specifica dell'agente biologico responsabile della lesione, quel che conta, allo scopo di ritenere configurata la colpa del Ministero, è il contributo, cagionato dalla condotta omissiva, alla diffusione dell'agente patogeno stesso. Si può sostenere quindi come la fattispecie ben può essere inquadrata nell'ambito della c.d. colpa cosciente se non addirittura di dolo di pericolo³⁶. Non vale, infatti, stabilire se all'epoca del fatto illecito l'agente potesse rappresentarsi tutte le specifiche conseguenze collegabili direttamente al proprio atteggiamento omissivo: quel che conta è la possibilità di rappresentazione dell'antigiuridicità della propria condotta, dell'innescamento di una serie causale volta a ripercuotersi sull'interesse altrui, ledendolo e, in definitiva l'accettazione di un tale rischio. Nel ragionamento della Corte, secondo cui prima del 1978, 1985 e 1988 lo Stato non possa essere ritenuto responsabile della contrazione dei virus la cui conoscenza si ritiene ancorata alle suddette epoche, significa scriminare lo Stato in un campo in cui erano stati posti dei dettami di legge volti a prevenire contagi o la diffusione di possibili veicoli patogeni. Appare evidente, dunque, come si venga a creare, a beneficio dello

³³ Cass. Civ., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11609.

³⁴ Cass. Civ., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11609; vedi anche Cass. 11/01/1982, n. 103; Cass. 19/05/2001, n. 6865; Cass. 30/05/2001, n. 7387.

³⁵ Trib. Roma, 31 agosto 2005, n. 18623; Trib. Roma, 29 agosto 2005, n. 18523

³⁶ Vannini, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in Studi senesi, 1927, 202 s.s secondo cui il soggetto, insomma, nutre la consapevolezza *"di agire con imprudenza, o di comportarsi negligenemente in guisa da esporre a pericolo un certo determinato bene o più beni protetti dalla norma penale ... la colpa cosciente si identificherebbe, infatti, col dolo di pericolo"*

Stato, un ambito di “caso fortuito” (ex artt. 2051 e 2052 c.c.) che in realtà non c’è, dato che si è volutamente messo in condizione , in evidente omissione dei doveri legislativamente imposti, di provocare gli effetti dannosi che una condotta *secundum legem* avrebbe quantomeno limitato. Nella sentenza il nesso di causalità giuridica, intesa come criterio di imputazione delle conseguenze risarcitorie dell’illecito, assumerebbe rilievo nel caso in cui le conseguenze dell’omissione “*non appaiono del tutto inverosimili*”. Ne conseguirebbe che “*allorché si va a determinare il contenuto concreto della condotta genericamente dovuta, ma omessa, ciò va necessariamente correlato alla prevedibilità del danno che il Ministero avrebbe dovuto evitare*”. Dato che secondo la pronuncia del Tribunale di Roma n. 23097/2001, l’evento dannoso è sempre la lesione dell’integrità psico-fisica del soggetto sottoposto al trattamento sanitario, l’omissione del Ministero della Salute ha permesso che si determinassero le lesioni; si sottolinea infatti che i singoli virus sono stati contratti con le medesime modalità delle quali si conoscevano i connessi rischi lesivi già dalla metà degli anni sessanta, ossia l’inoculazione di sangue o di materiale ematico proveniente da soggetti non sottoposti agli specifici screening di idoneità prescritti dalle circolari risalenti. Correttamente, dunque, la sentenza del Tribunale di Roma n. 18523/05 ha disatteso le argomentazioni svolte dalla Cassazione e concluso per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno da parte del Ministero della Salute a favore di tutti i soggetti lesi che avevano contratto i virus a far data dagli anni '72-'74.

Tornando alle Sezioni Unite del 2008 , queste hanno stabilito che “*in tema di responsabilità civile aquiliana - nella quale vige, alla stregua delle regole di cui agli artt. 40 e 41 c.p., il principio dell’equivalenza delle cause temperato da quello della causalità adeguata - il nesso di causalità consiste anche nella regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”; ne consegue che - sussistendo a carico del Ministero della sanità (oggi Ministero della salute), anche prima dell’entrata in vigore della legge 4 maggio 1990, n. 107, un obbligo di controllo e di vigilanza in materia di raccolta e distribuzione di sangue umano per uso terapeutico - il giudice, accertata l’omissione di tali attività con riferimento alle cognizioni scientifiche esistenti all’epoca di produzione del preparato, ed accertata l’esistenza di una patologia da virus HIV, HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assuntore di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell’insorgenza della malattia e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell’evento*”³⁷. In tal senso la valutazione del nesso causale nell’omissione non può essere di ordine strettamente materiale, ma presuppone che il danno ad essa riferibile si sia concretizzato nel rischio che quella norma esistente e violata tendeva a prevenire; pertanto il giudice del merito viene chiamato ad accertare se quell’evento dannoso non si sarebbe verificato qualora l’agente si fosse adoperato in quella condotta doverosa in forza della norma disattesa ad esclusione dei soli fattori alternativi ³⁸. Posto ciò, nel

³⁷ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576.

³⁸ Cass. civ., sez. un., 11/01/2008, n. 581, “*non può riconoscersi la responsabilità per omissione quando il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l’evento prospettato: la responsabilità non sorge non perché non vi sia stato un comportamento antiggiuridico (l’omissione di un comportamento dovuto è di per sé un comportamento antiggiuridico), ma perché quell’omissione non è causa del danno lamentato. Il giudice pertanto è tenuto ad accertare se l’evento sia ricollegabile all’omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l’agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi. L’accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l’enunciato “controfattuale” che pone al posto dell’omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato*”

prosieguo dell'argomentare la Sezioni Unite hanno stabilito che i principi generali che regolano la causalità materiale³⁹ sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale, mentre ciò che differenzia l'accertamento del nesso causale, in sede penale ed in sede civile, è la regola probatoria⁴⁰. Così in ambiente penalistico vale il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" mentre in quello civile quello "del più probabile che non". Pertanto la regola della "certezza probabilistica" non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi, cd. probabilità quantitativa, ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto, c.d. probabilità logica; dato che grava sul Ministero un obbligo di controllo e di vigilanza in materia di impiego di sangue umano per uso terapeutico, quali emotrasfusioni o preparazione di emoderivati, altresì strumentale alle funzioni di programmazione e coordinamento in materia sanitaria, affinché venga utilizzato sangue non infetto, un'eventuale omissione giustifica una piena responsabilità civile.⁴¹

³⁹ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 112, "superare lo scoglio probatorio della causalità materiale non è affatto agevole per chi, scoprendo d'essere portatore di un virus invalidante, ascrive il contagio ad una trasfusione di sangue ricevuta magari diversi anni addietro (...) una prova rigorosa, infatti, non può che ottenersi percorrendo a ritroso ogni passaggio della catena trasfusionale, per giungere all'identità del donatore del sangue sospettato d'essere responsabile del contagio (...) essenziale è la possibilità di accedere alla documentazione relativa all'iter compiuto dall'unità di sangue "incriminata" (...) l'accertamento può essere ulteriormente complicato dalla necessità di verificare l'identità di più donatori"

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 11/01/2008, n. 581, "In assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, ancora occorre far riferimento ai principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., con la particolarità che in questo caso il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso. In altri termini, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell'agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l'evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p.. Il rischio o il pericolo, considerati eventualmente dal la ratio dello specifico paradigma normativo ai fini dell'allocatione del costo del danno, possono sorreggere la motivazione che porta ad accertare la causalità di fatto, ma restano categorie di mero supporto che da sole non valgono a costruire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile. Essendo questi i principi che regolano il procedimento logico-giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale"

⁴¹ Cass. civ., sez. un., 11/01/2008, n. 581, "Ritengono, invece, queste S.U. (in conformità a quanto ritenuto da una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina) che non sussistono tre eventi lesivi, come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma di un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto - contagio infettivo - lesione dell'integrità. Pertanto già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B (la cui individuazione, costituendo un accertamento fattuale, rientra nell'esclusiva competenza del giudice di merito) sussiste la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero non aveva controllato, come pure era obbligato per legge. Di fronte ad obblighi di prevenzione, programmazione, vigilanza e controllo imposti dalla legge, deve inoltre sottolinearsi che si arresta la discrezionalità amministrativa, ove invocata per giustificare le scelte operate nel peculiare settore della plasmateresi. Il dovere del Ministero di vigilare attentamente sulla preparazione ed utilizzazione del

Dunque, a seguito di questa analisi, l'onere probatorio circa la sussistenza del nesso causale è confermato gravare su danneggiato la cui richiesta risarcitoria deve svilupparsi sulla presentazione di una prova delle condizioni del danneggiato quale soggetto necessitato di emotrasfusioni, una prova dell'infezione e la riconducibilità del danno all'omissione del soggetto convenuto di quella condotta precauzionale richiesta dalle norme al tempo del contagio ed idonea ad evitare il danno.⁴² È importante sottolineare come debba essere rigettata la possibilità che il danneggiato, sul quale grava tale onere probatorio, faccia ricorso alle presunzioni come prova dell'omissione lamentata. La dottrina si è espressa in tal senso confermando tale tesi e rigettando la tanto discussa teoria della *res ipsa loquitur*.⁴³

Autorevole dottrina⁴⁴ ha inoltre sostenuto che la causalità assume la funzione di particularizzare l'attore a causa del verificarsi in capo a costui, rispetto alla generalità dei soggetti potenzialmente in pericolo, del rischio determinato dalla condotta del convenuto. Tale causalità, inoltre, è posta in uno stretto legame di correlazione con l'illecito il quale invece particularizza il convenuto rispetto alle innumerevoli forme delle cause del danno. Partendo da tali conclusioni l'orientamento dottrinale individua nell'idea del rischio prevenibile "l'unico elemento che ha la capacità di sintetizzare e riflettere nell'indagine sulla causalità le potenzialità dannose dell'agire e la materializzazione di quel potenziale nel subire, offrendo la possibilità di particularizzare le posizioni dei soggetti a cui il processo prospetta la possibilità di diventare il "danneggiato" ed il "danneggiante"⁴⁵. Sottesa al rischio è la sua natura bipolare in grado di "preservare la relazione esistente tra il danneggiato ed il danneggiante, lasciando che la *deterrence* ceda il passo alla *compensation* quando risulti concretamente impossibile separare, individuando l'esistenza in capo ad un soggetto terzo di doveri di precauzione specifici, il rischio generato dalla condotta illecita iniziale dal rischio remoto malauguratamente venuto ad esistenza."⁴⁶

La prevedibilità astratta del rischio derivante dall'impiego terapeutico del sangue permette di poter prospettare una valutazione in cui l'analisi delle varie forme di doveri e possibilità di operare delle precauzioni al rischio alla luce delle capacità di prevenzione che sono prospettate dall'analisi congiunta dei dati forniti dall'evolversi della tecnologia, dalle conoscenze scientifiche in campo medico, e dai dati sulla quantificazione del verificarsi del rischio. Tale conclusione, partendo quindi da un'attenta valutazione della probabilità del concretizzarsi di un rischio generico, ha permesso di elaborare la formula del "rischio prevenibile"⁴⁷. In una tale prospettiva è

sangue e degli emoderivati postula un dovere particolarmente pregnante di diligenza nell'impiego delle misure necessarie a verificarne la sicurezza, che comprende il dovere di adoperarsi per evitare o ridurre un rischio che è antico quanto la necessità della trasfusione."

⁴² Cass. civ., 17/02/2006, n. 3561, "anche nel settore della responsabilità extracontrattuale aggravata (o oggettiva) l'onere della prova dei fatti costitutivi del proprio diritto grava sul danneggiato e consiste nella dimostrazione del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità"

⁴³ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 146 "una presunzione di negligenza generica, come quella che le corti adoperano quando impiegano la teorica della *res ipsa loquitur*, lascia insoddisfatti e non può funzionare quando il contesto produttivo di danno è tale da individuare nitidamente quale sarebbe stato il comportamento precauzionale che, tempestivamente adottato dall'agente, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento dannoso, e cioè, per esemplificare usando i fatti del caso che si è rievocato, l'adozione di un test idoneo ad individuare ed escludere le donazioni di sangue infetto da epatite C"

⁴⁴ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004,

⁴⁵ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 241

⁴⁶ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 242

⁴⁷ U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 243 "la conclusione raggiunta rende possibile accedere ad una lettura della causalità giuridica che si presta ad interpretare le due

possibile rinvenire come per il diritto il rischio dispieghi la sua funzionalità euristica nella risoluzione delle incertezze: il rischio infatti permette di risalire ai doveri di prevenzione i quali permettono l'avvio di un'indagine circa la prevedibilità del verificarsi del danno e la statuizione di azioni od omissioni mirate a fronteggiarlo.

5. Profili critici sul tanto discusso rapporto tra l'azione risarcitoria e l'indennizzo ex legge n. 210/1992 : orientamenti favorevoli e contrari all'ipotesi del cumulo

Con la legge 25 luglio 1997, n. 238, recante *“modifiche ed integrazioni alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati”*, all'art. 1, comma 1, stabilisce che *“l'indennizzo è cumulabile con ogni altro emolumento a qualsiasi titolo percepito”*.

Eppure a partire da tale dettame si sono sviluppati due orientamenti principali l'uno favorevole al cumulo, in senso quindi conforme a quanto stabilito al c.1 della predetta legge, e l'altro contrario al cumulo facendo perno sulla forzatura del termine *“emolumento”*⁴⁸. Il primo orientamento, largamente preferibile, propende per la liquidazione del danno ex art. 2043 c.c. senza tenere in considerazione la somma corrisposta al soggetto leso a titolo di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., in virtù della l. 210/92; il secondo, invece opera una compensazione fra le somme liquidate e da liquidare dal Ministero a titolo di indennizzo, calcolate, alla luce di una proiezione statistica, sulla base della presumibile vita dell'avente diritto e le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno.

Nello svolgimento dell'analisi del primo orientamento, si deve premettere che la Corte Costituzionale ha ribadito a più riprese⁴⁹ la totale compatibilità tra l'azione ordinaria di risarcimento del danno ed il sistema generale di sicurezza sociale posto per i rischi connessi alla malattia post-trasfusionali. In una decisione di merito⁵⁰ è emerso che nel sistema di protezione sociale la determinazione del *quantum* dell'indennizzo è rimessa alla discrezionalità del legislatore e costituisce *“una misura economica di sostegno aggiuntiva”* a carico della collettività che risponde all'esigenza costituzionale che la comunità sia solidale con chi versa in gravi difficoltà ai sensi dell'art. 2 Cost.

Il secondo orientamento è criticabile sotto vari punti di vista: è anzitutto forzato oltremodo il dato normativo; appare poi contraddittorio dato che da un verso sostiene l'illegittimità di più attribuzioni patrimoniali originanti dal medesimo fatto illecito, quali

macrofunzioni della r.c. in modo oculato, lasciando che la necessità di prevenire o di compensare sia declinata in concreto (...) a seguito di un'indagine che si preoccupi di interpretare volta per volta il mutevole rapporto che si realizza (seguendo una dinamica quasi sempre inversamente proporzionale) fra le variabili caratteristiche quantitative del rischio (nel nostro caso: di contagio) e la capacità di prevenzione dei soggetti che possono (e devono) evitare che quel rischio si prospetti o si avveri”.

⁴⁸ Trib. Roma, 8 gennaio 2003, n.622 infatti, *“per ritenere che tra gli altri emolumenti (espressione questa che, del resto, evoca pagamenti aventi natura di corrispettivo nell'ambito di rapporti diversi da quelli che sorgono da fatti illeciti) rientri anche il risarcimento integrale dovuto per lo stesso evento dannoso, infatti, si dovrebbe ammettere che il legislatore abbia voluto riconoscere al danneggiato sia l'indennizzo che il risarcimento (entrambi in misura piena) anche nel caso in cui tenuto a corrispondersi sia lo stesso soggetto (Ministro della salute). Ma ciò è difficile credere, essendo invece ragionevole ritenere che l'affermato cumulo acquisti contenuto con riferimento, soprattutto, agli altri emolumenti “di natura propriamente assistenziale in ipotesi dovuti anche in ragione dell'inabilità al lavoro derivante dal danno subito in conseguenza del trattamento sanitario”*.

⁴⁹ Corte cost. n. 429/2000 *“la disciplina della l. 210/92 opera su un piano diverso da quello su cui si colloca quella civilistica in tema di risarcimento del danno (...) poiché la responsabilità civile presuppone un rapporto fra fatto illecito e danno risarcibile e configura quest'ultimo, quanto alla sua entità, in relazione a fattispecie concrete, valutabili caso per caso dal giudice, mentre il diritto all'indennità sorge per il sol fatto del danno irreversibile.”* ; vedi anche Corte. cost. 226/00; Corte. cost. 423/00.

⁵⁰ Trib. Roma, n. 26877/04.

forme di un “ingiustificato arricchimento”, dall’altro ritiene possibile la convivenza tra più benefici previdenziali a copertura del medesimo evento, non spiegando quindi come mai debbano escludersi quelle di natura risarcitoria. Il secondo argomento elaborato da chi è a favore della non cumulabilità tra il diritto all’indennizzo previsto dalla legge n. 210/92 e quello più generale al risarcimento del danno, si fonda sull’analogia di finalità apparentemente rinvenibile nelle due attribuzioni patrimoniali, partendo dal fatto che la misura dell’indennizzo potrebbe di fatto compensare il danno in una misura addirittura maggiore. In tal caso non si potrebbe ammettere la possibilità di far valere in giudizio il risarcimento del danno da contagio subito poiché dovrebbe escludersi che sussista un danno risarcibile. Ma l’effetto compensativo delle due attribuzioni, posto alla base della posizione contraria al cumulo, deve essere escluso in radice proprio a partire dall’individuazione della differente natura giuridica dei due istituti. Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno evidenziato come si debba negare l’applicazione dell’istituto della *compensatio lucri cum damno* ogni qual volta ci siano diversi titoli che danno luogo ad un’apparente duplicazione del beneficio derivante da un medesimo accadimento⁵¹. Un altro punto criticabile della teoria contraria al cumulo sta nel fatto di aver attribuito natura “sostanzialmente risarcitoria” all’indennizzo di cui alla legge 210/92, non tenendo conto che invece ha natura puramente assistenziale volto esclusivamente alla realizzazione di una forma di solidarietà sociale, senza precludere al beneficiario il diritto di promuovere nei confronti della pubblica amministrazione un’azione risarcitoria, volta ad ottenere l’integrale risarcimento dei danni sofferti in conseguenza del contagio; inoltre a sostegno del rigetto interpretativo dell’ipotesi della natura “sostanzialmente risarcitoria” dell’indennizzo si pensi al fatto che la reversibilità prevista ha limiti in termini di tempo (quindici anni) e di soggetti dai quali è ottenibile (genitori e coniuge). Inoltre il beneficio indennitario e quello risarcitorio si distinguono tra loro poiché il primo si fonda sull’esigenza di equità e prescinde da un necessario adeguamento all’entità del danno, mentre il secondo si fonda sull’imputazione del danno a un soggetto responsabile (nel caso del contagio il Ministero dello Stato) ed è commisurato nel quantum all’entità del danno stesso.

Infine per fissare un ultimo punto a sostegno della teoria del cumulo ci si deve rifare all’erogazione dell’indennità come prevista ex legge n. 210/1992. L’indennizzo è infatti erogabile unicamente in ratei mensili la cui entità, mai oltre i € 600,00 mensili, non consente alcuna efficace iniziativa di investimento economico. Ciò detto è legittimo dedurre che decurtare il *quantum* del risarcimento con il predetto indennizzo, equivalga ad operare un’illegittima compensazione tra una provvidenza attuale, quale il risarcimento, con una futura ed incerta, qual’è appunto l’indennizzo ex legge n. 210/1992, non essendo certo e risultando anzi improbabile, attesa la possibile ingravescenza del virus ed il suo possibile evolversi, che il soggetto cui detto indennizzo spetta viva per l’intero periodo per cui ne è stata stimata la corresponsione. Tale prospettiva, quindi, finisce per tradursi in un’alea a carico del soggetto leso, e, specularmente, in un ingiusto vantaggio per lo Stato, venendosi così definitivamente a svilire la ratio stessa della tutela aquiliana⁵².

⁵¹ Cass. civ., 18 novembre 1997, n. 11440, “*perché possa applicarsi il principio della compensatio lucri cum damno è necessario che il vantaggio economico sia arrecato direttamente dal medesimo fatto concreto che ha prodotto il danno. Ne consegue che dall’importo liquidato a titolo di risarcimento del danno alla persona (patrimoniale o biologico) non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, oppure a titolo di assegni, di equo indennizzo, o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte od all’invalidità: tali erogazioni infatti si fondano su un titolo diverso rispetto all’atto illecito, e non hanno finalità risarcitorie*”.

⁵² R. Mattarelli, R. Mezzini, *indennizzo e risarcimento dei danni da prelievi e trasfusione di sangue*, Maggioli, 2007.

IL SANGUE (INFETTO) SI È FERMATO A EBOLI: COLPA OMISSIVA, CAUSALITÀ E PRESCRIZIONE NELLA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER IL CONTAGIO DA HCV PER VIA EMATICA

di Emanuele Pastorino

IL CASO

In seguito ad un ricovero presso l'Ospedale di Eboli (nel dicembre 1988) ed al conseguente intervento chirurgico con somministrazione di trasfusione di sangue, una paziente lamenta che in conseguenza di tale somministrazione le viene diagnosticata un'infezione da HCV (epatite cronica di tipo C), come da diagnosi documentata (del dicembre 1994), e richiede il risarcimento dei danni in virtù del riscontro del nesso causale tra i fatti lamentati e l'infezione contratta effettivamente nel maggio 2000. Al fine di ottenere risarcimento dei danni dovuti a questa serie causale di eventi, la paziente conviene in giudizio il Ministero della Salute, l'USL n. 55 e la Regione Campania. All'instaurarsi del contraddittorio, il Ministero si costituiva in giudizio e contestava nel merito la domanda, chiedendone il rigetto mentre l'USL e la Regione Campania, tenutasi l'udienza di trattazione, disposta una CTU medica, si rimettono alla decisione del giudice.

La cadenza cronologica tra i vari fatti è necessaria per comprendere l'eccezione sollevata dal Ministero il quale contesta la prescrizione del diritto al risarcimento del danno proposta dall'assicurazione terza chiamata in causa. Tuttavia, essendosi sottoposta a trasfusione nell'anno 1988 e avendo avuto la prima diagnosi relativa al manifestarsi dell'infezione nell'anno 2000, la domanda di risarcimento del danno proposta, come da citazione, nell'anno 2005, rientra nel termine di prescrizione decennale per questa azione risarcitoria, in virtù del rapporto obbligatorio di base relativo alla prestazione sanitaria. Va inoltre considerato che il momento di decorso del termine di prescrizione viene fatto risalire al momento della conoscenza e/o conoscibilità del danno secondo le regole dell'ordinaria diligenza e non dal tempo in cui si assume essere stata contratta la malattia.

Allo stesso modo, la presunzione dell'azione di danno nei confronti del Ministero della Salute per omessa vigilanza sulla tracciabilità del sangue decorre dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto consapevolezza della riconducibilità del suo stato morboso alla trasfusione subita, periodo comunque non trascorso anche con riguardo alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2043 c.c. (come da consolidata giurisprudenza di Cassazione).

La responsabilità del Ministero va dunque accertata a partire dalla verifica dell'onere probatorio il quale risulta condiviso con il paziente in virtù del principio di vicinanza della prova, tale per cui impone all'ente amministrativo di erogare la documentazione relativa al caso per definire con chiarezza la situazione. Oltre che a questo elemento di specificità del caso concreto, la causalità impone di tener conto delle regole generali, definite in ambito penalistico, ma temperate dalla logica civilistica che ruota attorno al principio del “più probabile che non”.

Questo insieme di fattori, determina nel caso specifico la responsabilità, in capo al Ministero, in relazione al trattamento antitetanico per l'omesso controllo, in forza del contratto concluso per la prestazione medica, e per l'omessa verifica delle fonti di provenienza del sangue in virtù della responsabilità per colpa (art. 2043 c.c.).

La convergenza di questi due elementi ha determinato la definizione del quantum risarcitorio in via equitativa tenuto conto del grado di invalidità e della sua incidenza

sulla capacità lavorativa della paziente, nonché degli interessi nella misura legale dal fatto e sino al loro soddisfacimento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Salerno, I Sezione Civile

Il Giudice dr. Giulia Carleo in funzione di giudice monocratico ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 6108/2005 R.G.

TRA

Pa. Ca., rappresentata e difesa dall'avv.to Bassi Antonio ed elettivamente domiciliato in Altavilla Silentina alla via Roma n. 9 presso studio; attore

E

Ministero della Salute in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato ed elettivamente domiciliata in Salerno alla via C.so Vittorio Emanuele n. 58;

Regione Campania in p.l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv.to Graziella Mandato ed elettivamente domiciliata in Salerno al Corso Garibaldi n. 33 presso sede Avvocatura regionale;

Gestione di Liquidazione della ex U.S.L. n. 55 di Eboli, rappresentata e difesa dall'avv.to Tortora Emma ed elettivamente domiciliata in Salerno alla via Nizza n. 5 servizio affari legali; convenuti

All'udienza dell'8/11/2013, le parti concludevano come da relativo verbale.

Fatto

Con atto di citazione regolarmente notificato, l'attrice esponeva che in data 22/12/1988, nel corso di un ricovero presso l'Ospedale di Eboli, veniva sottoposto a intervento chirurgico con somministrazione di trasfusione di sangue; lamentava che a seguito di tale somministrazione le veniva diagnosticata l'infezione da HCV, epatite di tipo C, epatite cronica, come da diagnosi documentata in atti, diagnosi del 5/12/1994 presso Ospedale di Eboli; affermava. di aver richiesto l'indennizzo di cui alla legge 210/92 in data 21/10/1997, con riscontro del nesso causale tra i fatti lamentati e l'infezione contratta in data 8/05/2000; conveniva, pertanto, il Ministro della Salute e l'USL n. 55 in liquidazione e La Regione Campania .per ottenere il risarcimento dei danni tutti da esso attore patiti a seguito dell'intervento nonché al rimborso delle spese di lite.

Instauratosi il contraddittorio, si costituiva il Ministero convenuto e contestava nel merito la domanda e ne chiedeva il rigetto. Costituitasi, altresì, la Gestione di Liquidazione della USL n. 55 di Eboli e della Regione Campania, tenutasi l'udienza di trattazione, disposta CTU medica, sulle conclusioni rassegnate dalle parti costituite, il giudice tratteneva la causa per la decisione.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, va analizzata l'eccezione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno proposta dalla assicurazione terza chiamata in causa.

Invero, l'attrice è stato sottoposta a trasfusione di sangue nell'anno 1988, come documentato, e nell'anno 2000 ha avuto la prima diagnosi di epatite cronica certificata

con riferimento al nesso causale, pertanto avendo proposta la domanda di risarcimento del danno nell'anno 2005, come da citazione la stessa non è prescritta ritenuta operativa la prescrizione decennale, in forza del rapporto obbligatorio di base, relativo alla prestazione sanitaria e considerato che il momento di decorso del termine è dato non dal tempo in cui si assume essere stata contratta la malattia, ma quello della conoscenza e/o della conoscibilità secondo le regole della ordinaria diligenza. La presunzione dell'azione di danno nei confronti del Ministero della Salute per omessa vigilanza sulla tracciabilità del sangue decorre non dal giorno della eseguita trasfusione, né da quello in cui si sono rilevati i primi sintomi della malattia, bensì dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto consapevolezza della riconducibilità del suo stato morboso alla trasfusione subita, anche qualora fosse. da riferire all'art. 2043 C.C., con prescrizione in anni cinque. (Cass. Sez. Unite n. 581/2008)

Ciò posto rileva la domanda di risarcimento del danno per l'affermata responsabilità del Ministero, oltre della struttura ospedaliera di riferimento.

Invero, sussiste la responsabilità del Ministero della Salute per i danni da contagio da sangue infetto qualora, anche in epoca antecedente alla legge n. 107/1990, appaia evidente, che per le conoscenze mediche acquisite la struttura sanitaria era in condizione di procedere al controllo della provenienza, in ragione del ruolo primario di programmazione e coordinamento conservato dal Ministero, a salvaguardia della salute pubblica, responsabilità per omesso controllo. L'onere della prova della provenienza del sangue infetto e della tracciabilità ricade non solo sul paziente, ma anche sul Ministero in ragione della documentazione presso la struttura sanitaria, ciò in forza del principio della vicinanza della prova. In mancanza di tale prova sussiste la responsabilità del Ministero. Quanto al nesso causale è regolato, anche in materia civile, dall'applicazione dei principi generali che regolano la causalità di fatto, delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e temperati dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell'ordinamento. In tema di nesso eziologico configurabile; tale applicazione va adeguata alla peculiarità delle singole fattispecie normative della responsabilità civile. In particolare, muta la regola probatoria: mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", nel processo civile vige la regola della preponderanza del ragionevole dubbio o del "più probabile che non".

Tanto premesso, il CTU valutata la documentazione medica ha affermato la sussistenza nel caso in esame del principio del "più probabile che non" con ciò ritenendo che la malattia contratta sia verosimilmente riconducibile al trattamento antitetanico da cui deriva la responsabilità del Ministero per omesso controllo, in ragione della lesione all'integrità fisica dell'individuo e della struttura sanitaria in forza del contratto concluso per la prestazione medica e della omessa verifica delle fonti di provenienza quale responsabilità per colpa.

Il danno non patrimoniale viene determinato in via equitativa, tenuto conto del grado di invalidità pari al 25% e dell'età dell'attore all'epoca dei fatti (anni 39), ritenuto come riferimento oggettivo le tabelle di Milano, per una somma di euro 50.000,00, considerata l'incidenza sulla capacità lavorativa, somma espressa all'attualità, oltre interessi nella misura legale dal fatto (anno 1988) e sino a soddisfo. Tale somma è liquidata per intero in assenza di prova dell'ammontare dell'indennizzo corrisposto, ciò ai fini della compensazione, carenza prova non scusabile essendo la Regione Campania parte del processo.

Al pagamento di tale somma viene condannato in solido il Ministero della Salute e La Gestione di Liquidazione della D.S.L. n. 55 di Eboli e per essa la Regione Campania, e ritenute superate le restanti eccezioni in ordine alla carenza di legittimazione passiva.

Le spese sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Salerno, in persona del Giudice dr. Giulia Carleo In funzione di giudice monocratico, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Pa. Ca. nei confronti di Ministero della Salute in persona del Ministro p.t. Regione Campania in persona del Presidente p.t. Gestione di Liquidazione della USL n. 55 di Battaglia in p.l.r.p.t., ogni altra istanza rigettata, così provvede:

1) accoglie la domanda e condanna la parte convenuta al pagamento della somma di euro 50.000,00 in favore dell'attrice, espressa all'attualità, oltre interessi nella misura legale dal fatto e sino a soddisfo, con condanna a carico del Ministero della Salute in solido con Regione Campania in loco della già Gestione di Liquidazione della USL n. 55 di Eboli;

2) Liquidà le spese in favore di parte attrice il euro 290,00 spese, euro 3.000,00 compenso difensore, oltre IVA e cnap come per legge, a carico del convenuto Ministero ed in solido della Regione Campania Gestione di Liquidazione della USL n. 55 di Eboli e con attribuzione al difensore antistatario, costo della CTU liquidato in via definitiva in euro 1.000,00 a carico dei soggetti condannati in solido, dichiarata la carenza di legittimazione passiva della Regione Campania In proprio.

Salerno, li 27.05.2014,

Depositata in Cancelleria il 01/07/2014

TRIBUNALE DI SALERNO, sentenza 1 luglio 2014, n. 6108; Giud. CARLEO; Pa. Ca. (Avv. BASSI) c. Ministero della Salute (Avv. Gen. dello Stato), Regione Campania in p.l.r.p.t. (Avv. MANDATO), Gestione di Liquidazione della ex U.S.L. n. 55 di Eboli (Avv. TORTORA).

Prescrizione civile – Soggetti contagiati da virus a seguito di trasfusione – Responsabilità extracontrattuale del Ministero della Salute – Termine di prescrizione – Decorrenza (Cod. civ., art. 2935 in combinato disposto con l'art. 2947, 1° comma)

Responsabilità civile - Responsabilità del Ministero della salute, a titolo di omissione, per danni conseguenti ad emotrasfusioni con sangue infetto – Nesso di causalità - Criterio del «più probabile che non» (Cod. civ., art. 2014; Cod. pen., artt. 40 e 41)

Responsabilità civile – Sangue infetto - Responsabilità del Ministero della salute per omessa vigilanza – Sussiste (Cod. civ., art. 2043, l. 4 maggio 1990 Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati, n. 107; l. 25 febbraio 1992, Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati, n. 210 e successive modifiche).

Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno del soggetto che assuma di esser stato contagiato per via trasfusionale per fatto doloso o colposo di un terzo inizia a decorrere, a norma dell'art. 2935 c.c., dal momento in cui la condotta illecita si

è resa conoscibile al soggetto danneggiato, consentendogli l'esercizio del diritto (nella specie, tale momento è stato fatto coincidere con la data in cui le C.M.O., di cui alle l. 210/92 e 238/97, hanno comunicato al danneggiato l'esito del proprio giudizio in merito alla rapportabilità causale della malattia del danneggiato alla trasfusione da costui ricevuta). (1)

Ai sensi degli art. 40 e 41 c.p., un evento è da considerarsi causa di un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo; ma l'applicazione di tale principio, temperato dalla regolarità casuale, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico, va applicata alla peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile, dove muta la regola probatoria, per cui mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" (nella specie, tale principio è stato applicato per accertare il nesso di causa fra le omissioni colposi del Ministero della Salute nella gestione dell'emovigilanza e il contagio da HCV occorso a un soggetto trasfuso). (2)

Sussiste la responsabilità del Ministero della Salute per i danni da contagio da sangue infetto qualora, anche in epoca antecedente alla legge n. 107/1990, appaia evidente, che per le conoscenze mediche acquisite la struttura sanitaria era in condizione di procedere al controllo della provenienza, in ragione del ruolo primario di programmazione e coordinamento conservato dal Ministero, a salvaguardia della salute pubblica, responsabilità per omesso controllo, posto che - in forza del principio della vicinanza della prova - l'onere della prova della provenienza del sangue infetto e della tracciabilità ricade non solo sul paziente, ma anche sul Ministero in ragione della documentazione presso la struttura sanitaria (nella specie il danneggiato risultava aver ricevuto una trasfusione di sangue nel dicembre del 1988 e aveva scoperto di aver contratto il virus HCV nel 1992). (3)

(1) In giurisprudenza si osservano vari precedenti in termini che tuttavia, per la genericità del tema della prescrizione, si ripropongono le medesime sentenze già riportate per la prima, e più pregnante, questione. Nella giurisprudenza di legittimità si fa riferimento alle più recenti pronunce come Cass. Civ., sez. III, 14 luglio 2011, n. 15453, in Resp. Civ. e Prev., fasc. 1, 2012, 299 e ss.; Cass., sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685, cit.; fino ad arrivare alla recentissima Cass. Civ., sez. III, 10 aprile 2015, n. 7194, in <http://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/Sentenze?idDocMaster=4560075&idDataBanks=2&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&pagina=0&NavId=257683019&pid=19> (in quanto non ancora individuata in analisi compiute dalla dottrina), senza tuttavia dimenticare il valore fondamentale per la materia che hanno assunto le sentenze delle Sezioni Unite del 2008, una tra le altre quella di Cass., sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit. Nella giurisprudenza di merito invece si può dar conto della stessa osservazione generale, riportando quanto affermato in Trib. Torino, 14 marzo 2007, in Resp. Civ. e Prev., fasc. 6, 2007, 1375 e ss.; Trib. Roma 31 e 29 agosto 2005, il Foro it., 2006, I, 794; Trib. Roma 3 gennaio 2007, in Foro it., Rep. 2007, voce Responsabilità civile, n. 355.

In dottrina, il tema della prescrizione è sviluppato a partire dall'osservazione del dato testuale del codice civile per sviluppare la propria ricerca attorno alla individuazione del *dies a quo* (in questo senso si veda F. GRECO, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, cit., pp. 1375-1377; F. GRECO, *Le sezioni unite ed il*

limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette, in *Resp. Civ e prev.*, fasc. 4, 2008, 841; TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967, 41; F. P. PATTI e G. M. TANCREDI, *Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico*, in *Danno e resp.*, 2012, fasc. 2, 135 e ss.

(2) In giurisprudenza si osservano vari precedenti in termini che attestano la sovrapposizione tra quanto affermato in via generale, con la regola della causalità della “condicio sine qua non” (la cui formazione si deve alla dottrina esposta da ANTOLISEI e consacrata con la ben nota sentenza c.d. “Franzese”, Cass. Pen., sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, in (tra gli altri) *Riv.it. Dir. Proc. Pen.*, A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, fasc. 3, 2014, 1176 e ss.) e la rivisitata regola di prova di stampo civilistico relativa al criterio c.d. del “più probabile che non”. Nella giurisprudenza di legittimità si può individuare questa evoluzione che trova la sua principale fonte di propulsione negli anni recenti con la pronuncia Cass. Pen., sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, con nota di E. DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2003, 3799 e ss.; con nota di M. MACRÌ, *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi*, in *Resp. civ. e Prev.*, fasc. 1, 2003, 105 e ss.; con nota di G. CIPRIANI, *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 4-5, 2003, 1104 e ss. Questo impulso formidabile alla dottrina viene recepito successivamente dalla giurisprudenza civile di legittimità che ragiona sul punto arrivando alle fondamentali affermazioni di Cass., sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., che possono essere considerate come “ferma ed imprescindibile fonte ermeneutica” (L.A. SCARANO, *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, vol. 57, n. 1, sez. II, 1 e ss.). In dottrina, si può riportare, per dovere di cronaca, un'opinione espressa precedentemente gli sviluppi della sentenza c.d. “Franzese” da U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2002, fasc. 3 855 e ss. Oggi invece, si osserva la compresenza di teorie più tradizionali, che riflettono attorno al problema della causalità secondo il criterio del “più probabile che non” ad altre più attente ad evoluzioni dottrinali e opinioni minoritarie: nel primo senso F. GRECO, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, cit.; e in A. BAUDI, *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, in *Giur. Merito*, fasc. 9, 2011, 2042B e ss. Nella seconda prospettiva, si possono individuare invece riflessioni che si presentano come più consapevoli della impossibilità di una definizione monolitica della causalità in quest'ambito e che quindi prediligono una disamina complessiva e consapevole: F. P. PATTI e G. M. TANCREDI, *Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico*, in *Danno e resp.*, 2012, fasc. 2, 135 e ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, sub artt. 1218-1229 c.c., II ed., Bologna-Roma, 1979, 255F.

(3) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità si fa anzitutto riferimento alla concordanza con le sentenze di Cass., sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 581, 583 e 584, in *Foro it.*, 2008, I, 451 e ss. (che si inseriscono nel più vasto complesso di sentenze delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione decise in quel periodo in relazione ai fatti relativi alla c.d. vicenda “del sangue infetto”), ribadita da Cass., sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685, in *Danno e resp.*, 2012, fasc. 2, 135 e ss. In senso contrario va invece ricordata la precedente sentenza di Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793. Nella giurisprudenza di merito si fa anzitutto riferimento alle importanti sentenze di Trib. Roma, 27 novembre 1998, in *Questione*

giustizia, 1999, 541, con nota di Lamorgese, Emoderivati infetti e responsabilità civile, in *Foro It.*, 1999, 313; con nota di IZZO; in *Danno e resp.*, 1999, 214 con nota di IZZO, La responsabilità dello stato per il contagio da HIV ed epatite di emofiliaci e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile e, infine, in *Giust. civ.*, 1999, 2851 con nota di COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.; Trib. Roma 31 e 29 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 794; Trib. Roma 3 gennaio 2007, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 355. In senso contrario vanno invece richiamate le sentenze di Trib. Catanzaro, 15 luglio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 235; Trib. Torino, 14 marzo 2007, in *Resp. Civ. e prev.*, 2007, 1371. Si può inoltre rivolgere uno sguardo alla dimensione che aveva assunto il problema del sangue infetto a cavallo degli anni '80 e '90 del secolo scorso, andando ad individuarne la dimensione transnazionale in relazione alle pronunce della Corte EDU nelle sentenze 31 marzo 1992, Pres. Ryssdal, X c. Francia, in *Foro It.*, 1993, IV, 288; 26 agosto 1994, Pres. Russdal, Karakaya c. Francia, in *Foro It.*, 1996, IV, 229; 8 febbraio 1996, Pres. Ryssdal, Commissione europea dei diritti dell'uomo c. Governo danese, in *Danno resp.*, 1999, 184, con nota di IZZO.

In dottrina, con riferimento alla risarcibilità della pubblica amministrazione per il danno da omesso controllo si veda MONATERI, *La responsabilità civile*, in SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1998, 806; nonché P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, in *Giust. Civ.*, 1999, fasc. 10, 2857 e ss. Opinione contraria è invece quella espressa da S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012, fasc. 1, 299 e ss. Per un approccio rivolto all'identificazione di parametri quanto più oggettivi possibili per l'individuazione dei profili di responsabilità in capo al Ministero, si veda invece l'opinione non più recente ma sicuramente attuale di U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2002, fasc. 3 855 e ss.; sul medesimo punto si osserva il permanere di un alto grado di attenzione da parte della dottrina in relazione al lavoro di F. GRECO, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, vol./fasc. 72/II, n. 2, 1375 e ss. Inoltre sul tema si ripercuotono anche il dibattito relativo all'equiparazione tra provvedimento illegittimo e condotta omissiva della PA, sul quale si possono individuare opinioni a favore in COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.; contra U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2002, fasc. 3, 855 e ss. Si rimanda inoltre a A.M. BASSO, *Il Ministero deve risarcire i danni da emotrasfusione per violazione del neminem laedere*, in *Dir.&Giust.*, 2014, fasc. 0, 28 e ss., in cui viene esposta un'opinione di particolare interesse riguardo alla prospettazione di una responsabilità da fatto illecito di natura extracontrattuale; mentre invece altri autori identificano la responsabilità del Ministero nella diversa luce della responsabilità da attività pericolosa: COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit., 2864; BISCIONE, *HIV da trasfusione, emoderivati e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1996, 145 che tuttavia ricostruisce questo profilo di responsabilità dell'amministrazione anche in termini di responsabilità da prodotto difettoso, individuando una preferenza per tale tipo di qualificazione. Opinione dissenziente in questo senso è quella riportata da U. IZZO, *La responsabilità dello stato per il contagio da HIV ed epatite di emofiliaci e*

politrasfusi: i limiti della responsabilità civile, in *Danno e resp.*, 2001, 11, 1083-88. Particolare attenzione ai rischi derivanti dall'attività presuntiva individuata con l'utilizzo del modello della *res ipsa loquitur* è stata rivolta da U. IZZO, *Il danno da contagio post-trasfusionale come danno evidenziale?*, in *Danno e Resp.*, 2001, vol. 6, n. 3, 243 e ss.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La responsabilità da danno per trasfusione infetto: quale profilo è preferibile?; 2.1 La responsabilità della pubblica amministrazione e l'obbligazione da c.d. contatto sociale; 2.2 La responsabilità della pubblica amministrazione ed l'esercizio di attività pericolose; 2.3 La responsabilità della pubblica amministrazione e le sentenze dell'11 gennaio 2008; 3. Nesso di causa: dalla logica penalistica al criterio del “più probabile che non”; 4. Prescrizione: il problema del *dies a quo*; 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

La sentenza in epigrafe offre gli spunti necessari a porre in essere una riflessione attorno ad alcune tematiche di primissimo piano nel panorama della responsabilità civile, sia sotto il profilo contrattuale che sotto quello extracontrattuale.

Infatti, questa sentenza appare terreno fertile per una riflessione quanto più accurata possibile in relazione a profili teorici e pratici della responsabilità civile, individuando in questa disciplina lo strumento in grado di approfondire i profili essenziali della causalità: dal concetto di precauzione, a quello di vigilanza, all'idea del “rischio prevenibile” fino a giungere alla determinazione di un valido metro di identificazione dello stesso nesso eziologico così come risulta dall'osservazione della giurisprudenza e della più affermata dottrina¹.

Inoltre appare ancora una volta evidente come la responsabilità civile si presti a soddisfare molteplici funzioni, le quali assumono una rilevanza di primissimo ordine nel sistema di garanzia dei diritti e di tutela degli interessi e delle libertà personali entro l'ambito sociale circoscritto dal nostro ordinamento: infatti essa è in grado di garantire una forma di tutela verso soggetti posti in una posizione di intrinseca debolezza in relazione alle azioni che fanno capo allo Stato, e tale da richiamare l'idea di “coscienza giudiziale”² che influenza in tal senso il moderno *trend* nella definizione degli obiettivi di politica del diritto e che coincide, nella formulazione dell'Autore, con il declino delle “classiche” teorie del nesso di causalità.

In quest'ottica, prima di addentrarsi nell'analisi dei profili di diritto che riguardano questa vicenda, appare utile (nonché necessario) riesaminare anzitutto come la vicenda del caso giudicato dal Tribunale di Salerno si è determinata.

Infatti, in seguito ad un ricovero presso l'Ospedale di Eboli (dicembre 1988), durante il quale è stato praticato un intervento chirurgico con la conseguente somministrazione di trasfusioni di sangue, una paziente lamenta l'insorgere di un'infezione da HCV (epatite cronica di tipo C³), come da diagnosi documentata (dicembre 1994). In virtù di questa

1 A sottolineare la difficoltà nell'individuare un profilo univoco relativamente al nesso di causa, si confrontino il diverso approccio di Cass., sez.un., 11 gennaio 2008, nn. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453 e di Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, il *Foro it.*, 2006, I, 793.

2 M. BUSSANI, *Le interazioni fra gli elementi dell'illecito ed il danno risarcibile*, in *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARITEC, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 256, nt 18.

3 Per ulteriori indicazioni, si rimanda a: http://www.treccani.it/enciclopedia/epatite_%28Universo-del-Corpo%29/, con particolare attenzione alla sez. 4, *Epatiti croniche*.

diagnosi nefasta, richiede il risarcimento dei danni a seguito del riscontro del nesso causale tra i fatti lamentati e l'infezione, insorta in epatite di tipo C, cronica, nel maggio del 2000.

Al fine di ottenere risarcimento dei danni dovuti a questa serie causale di eventi, la paziente conviene in giudizio il Ministero della Salute, l'USL n. 55 e la Regione Campania: all'instaurarsi del contraddittorio, il Ministero si costituiva in giudizio e contestava nel merito la domanda, chiedendone il rigetto mentre l'USL e la Regione Campania, tenutasi l'udienza di trattazione, disposta una CTU medica, si rimettono alla decisione del giudice.

Come si evince dalla tempistica della sentenza di Salerno, questa vicenda affonda le proprie origini in un periodo storico piuttosto particolare: la fine del secolo scorso infatti ha visto il manifestarsi, in tutto il mondo, delle vicende riguardanti le sindromi virali trasmissibili mediante contatto con sostanze ematiche (sangue, plasma, emoderivati) e lo shock sociale che ne è conseguito. Sfogliando le pagine dei quotidiani dell'epoca si poteva osservare come, sul tema, dominasse una grande confusione, incrementata dalle scarse conoscenze scientifiche e dal clima culturale che aveva portato alla stigmatizzazione delle infezioni da HIV, HBV e HCV ⁴, anche all'interno delle comunità scientifiche internazionali.

Con la scoperta dei virus responsabili di queste patologie (per l'appunto HIV, HBV e HCV), si è giunti ad nuove consapevolezze: anzitutto si è osservata l'inidoneità del sistema sanitario in relazione alla prevenzione del contagio, reso possibile dalla totale mancanza di analisi precauzionali in relazione alla pratica trasfusionale; inoltre si assistette ad una pratica speculativa in relazione a queste vicende, che divenne particolarmente grave in Italia a margine della ben nota vicenda di "Mani Pulite" in relazione al coinvolgimento del dott. Duilio Poggiolini, direttore generale del servizio farmaceutico nazionale del Ministero della Salute a cavallo tra gli anni '80 e '90 il quale è stato indagato dalla Procura di Trento in seguito ad una serie di infezioni da HIV ed epatite di tipo C avvenute in quegli anni in seguito alla trasfusione di sacche di plasma non adeguatamente controllate che erano state fornite all'azienda ospedaliera trentina dal Gruppo Marcucci. Secondo i dati dell'Associazione politrasfusi, tra il 1985 ed il 2008 sono state 2605 le vittime di trasfusioni con plasma infetto cui sono seguite 66 mila richieste di risarcimento presentate dai pazienti al Ministero della Salute; a fine 2008, circa 49 mila persone hanno ottenuto un assegno di 1080 euro a bimestre ⁵.

L'evidente dimensione storica di questa vicenda non deve tuttavia lasciar intendere che questa si presenti a noi come un passato, recente e doloroso, ma che tale rimane, in virtù del fatto che il progresso scientifico e la nuova sensibilità verso il tema abbiano dotato la società di strumenti idonei a contrastare questo fenomeno. Infatti risulta evidente dalla decennale esperienza giurisprudenziale in materia il fatto che la questione delle emotrasfusioni infette determinino ancora oggi la vita di migliaia di persone.

Questo clima sociale e l'attenzione rivolta a questa vicenda non sono passati inosservati e sono stati affrontati dalla dottrina civilistica: questa, pur dimostrandosi attenta alle evoluzioni sociali e alla percezione comune, tenta di mantenere una posizione di corretto distacco dalla discussione. Un esempio di questo "distacco ragionato" è individuabile nelle parole di UGO RUSSO, il quale afferma: "la vicenda delle trasfusioni infette è gravata di un notevole carico sociale ed emotivo, che, peraltro, non può condurre ad individuare nel Ministero della Sanità il capro espiatorio di una deficienza

4 F. GILIBERTO, *L'Aids galoppa tra i drogati*, *La Stampa*, 07/04/1985, numero 70 pagina 7; F. GILIBERTO, *Fa paura il morbo dei gay*, *LaStampa*, 18/05/1983, numero 116 pagina 7.

5 F.G., *Plasma infetto, lo Stato parte civile. Chiesti 60 milioni a Poggiolini*, *ilcorrieredellasera.it*, 23/12/2008.

medica complessa. L'interprete dovrà, pertanto, verificare l'eventuale responsabilità della pubblica amministrazione alla luce dei principi giuridici dell'ordinamento interno e comunitario, con la consapevolezza che la salute rappresenta un diritto intoccabile dell'essere umano”⁶.

Proprio in virtù del fatto che il Ministero della Sanità (oggi della Salute) non può essere utilizzato come capro espiatorio per una “deficienza medica complessa” è necessario individuare uno “specifico dovere di comportamento”, che se posto in dubbio si traduce nella considerazione dell'estraneità di questo dovere dalla sfera giuridica del Ministero. A partire da questa necessità, si osserva come (in parte della giurisprudenza precedente al 2008) venisse talvolta sollevata un'eccezione tale per cui, il Ministero non sarebbe l'unico responsabile per questi danni da trasfusione infetta in quanto la disciplina della l. n. 107/1990 assegna competenze e responsabilità anche ad altri soggetti pubblici (nello specifico ad USL e Regioni⁷): si può pertanto fare riferimento all'art. 11, comma 3, in cui vengono individuate funzioni assegnate alle Regioni, tra cui la disposizione di cui alla lett. h), che stabilisce che “le regioni «promuovano la donazione di sangue e di emocomponenti» e «provvedano all'aggiornamento del personale sanitario sulle tematiche relative all'utilizzazione del sangue e degli emoderivati»”. Tuttavia “la netta affermazione della responsabilità del Ministero della Sanità per illecito comportamento omissivo - in forza del ritenuto obbligo di procedere a controlli da effettuarsi in concreto sul plasma e gli emoderivati, ai quali avrebbe dovuto seguire il ritiro degli stessi - conduce *de plano* il Tribunale di Roma alla declaratoria d'infondatezza dell'eccezione in questione”⁸. Proprio per queste ragioni, COSTANZO conclude la propria analisi affermando un principio fondamentale: “poiché il compito di assicurare l'assenza di virus dal sangue, dai suoi componenti e dagli emoderivati oggetto di raccolta, conservazione, distribuzione e trasfusione spetta al Ministero della Sanità, questo avrebbe potuto e dovuto perseguirlo con ogni mezzo disponibile; pertanto, può ritenersi che, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti, l'autorità ministeriale avrebbe dovuto effettuare verifiche in concreto sull'assenza di

6 U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, in *Resp.Civ. e Prev.*, 2002, fasc. 3, 855 e ss.

7 “Il Ministero della Sanità rischia di recitare l'ingrata parte della tasca profonda, costretto a pagare sia per colpe proprie sia per quelle di altri soggetti implicati, a vario titolo, nella vicenda. Al fine di evitare tale pericolo, è ragionevole sostenere l'applicabilità dell'art. 2055 c.c. Si ricorda che la responsabilità solidale non deriva dal concorso di comportamenti tra loro collegati con un nesso psicologico-volontaristico, essendo sufficiente un nesso oggettivo, sempre che vi sia unicità del fatto dannoso. Peraltro, l'individuazione dei soggetti concretamente corresponsabili è operazione incerta: [...] le ASL, nei reparti delle quali è avvenuta la trasfusione di sangue e/o di emoderivati, saranno responsabili (o per omessa vigilanza e controllo o per quella che è stata definita responsabilità per difetto di organizzazione), qualora si accerti una mancanza di diligenza o una colposa deficienza circa le necessarie procedure di controllo del sangue, indipendentemente dalla generale inosservanza imputata al Ministero. Tale tipo di indagine si pone in armonia con l'attuale carattere multidisciplinare del sistema della responsabilità medica, nell'ambito della quale, oggi, si deve tenere conto del complesso dei rapporti che si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di qualsiasi tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, chirurgiche e altre. In un quadro normativo di tal genere, sarebbe sicuramente parziale e insufficiente un'analisi sulla responsabilità che si fermi a soggetti istituzionali, quali il Ministero. È da escludere la responsabilità del soggetto agente, il quale non ha nessuna colpa se non quella di aver seguito quanto stabilito dalla dirigenza della ASL di appartenenza. [...]. È, infine, da valutare anche l'eventuale corresponsabilità della Regione”, in U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, cit.

8 P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, in *Giust.Civ.*, 1999, fasc. 10, 2857 e ss.; v. *contra*, sentenza del Trib. Torino, 14 marzo 2007, n. 521, in *Resp.civ e prev.*, 2007, vol./fasc. 72/II, 1371 e ss., commentata da F. GRECO, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, in *Resp.Civ. e Prev.*, 2007, vol./fasc. 72/II, 1378.

virus negli emoderivati poi risultati infetti, procedendo ben oltre il semplice riscontro della regolarità della certificazione d'accompagnamento”⁹.

La responsabilità così imputata in capo al Ministero della Salute non porta ad influenzare la sua dimensione di discrezionalità amministrativa, in quanto fornirebbe solamente al giudice uno strumento idoneo a colpirne l'inerzia: la discrezionalità rimarrebbe per questa ragione intatta. Tuttavia “non vi è, però, chi non veda come sia labile il confine tra discrezionalità e inerzia valutabile in concreto, poiché il giudice potrà ritenere che un dato comportamento (discrezionale) non sia sufficiente rispetto ai poteri contenuti nella relativa fonte normativa, e, rendendolo equivalente ad un comportamento inerte, sindacarlo. Si noti che, a questo punto, si tratterà di stabilire in base a quale titolo la P.A. risponda delle proprie manchevolezze se a titolo di colpa lieve o grave. Sul punto, la Cassazione non sembra effettuare alcun riferimento diretto a un regime derogatorio; pertanto, si deve ritenere che la P.A. risponda a titolo di colpa lieve”¹⁰.

Per queste ragioni, è compito di chi si approccia al versante giuridico di questa complessa vicenda quello di indagarne ogni aspetto con uno sguardo di volta in volta nuovo e scevro da precostruzioni, individuando (per quanto possibile) i punti di forza e di debolezza del meccanismo di responsabilità edificato da dottrina e giurisprudenza a partire dalle celebri sentenze del 2008, ricercando nuove chiavi di lettura e spunti critici efficaci per dare ascolto, nei limiti del diritto, a quanti avanzino pretese e reclamino giustizia, consapevoli che la responsabilità civile, ancora una volta, costituisce la trincea per l'affermazione dei diritti e la soddisfazione di quelle pretese talvolta disattese da altre parti dell'ordinamento.

2. La responsabilità da danno per trasfusione infetto: quale profilo è preferibile?

Occorre avviare questa riflessione partendo dalla sentenza in commento: “sussiste la responsabilità del Ministero della Salute per i danni da contagio da sangue infetto qualora, anche in epoca antecedente alla legge n. 107/1990, appaia evidente, che per le conoscenze mediche acquisite, la struttura sanitaria era in condizione di procedere al controllo della provenienza, in ragione del ruolo primario di programmazione e coordinamento conservato dal Ministero, a salvaguardia della salute pubblica, responsabilità per omesso controllo”.

Il giudice giunge a questa affermazione in modo diretto, deciso, in virtù del imponente bagaglio giurisprudenziale che è andato via via costruendosi a partire dagli anni '90 del secolo scorso: tuttavia oggi sarebbe superficiale ritenere che questa formulazione, resa in una forma così stringata ed essenziale, possa soddisfare il lettore proprio perché andare a ritroso nel tempo può essere l'approccio adatto per cogliere gli elementi necessari per fare luce sull'essenziale affermazione del Tribunale di Salerno.

In via preliminare, proprio con riguardo all'affermazione della responsabilità del Ministero come conseguenza del suo “ruolo primario di programmazione e coordinamento” si può osservare (nella giurisprudenza) come la P.A. convenuta sostenga che l'adempimento di quel ruolo è avvenuto mediante la predisposizione e l'effettuazione di controlli sistematici di natura documentale, rivolti alla verifica dei certificati di origine che accompagnano i materiali trasfusionali (plasma, sangue, emoderivati). Tuttavia questa precisazione preliminare può essere vinta, affermando la responsabilità del Ministero, “solo se si rinviene, nella disciplina applicabile, l'espressione di un dovere di procedere a controlli effettuati, in concreto, quanto meno a

9 P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.

10 U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, cit.

campione, sul materiale destinato alla trasfusione. La giurisprudenza è uniforme nel richiedere, per l'affermazione della responsabilità extracontrattuale per comportamento omissivo, l'individuazione in capo all'agente di uno specifico obbligo giuridico d'impedire l'evento dannoso. Nella fattispecie in considerazione, per la quale la valutazione dell'ingiustizia del danno assorbe il giudizio sulla colposità del comportamento, l'individuazione delle regole di comportamento sulle quali temperare la negligenza, l'imprudenza o l'imperizia dell'agente assume, evidentemente, un rilievo ancora più intenso”¹¹.

Anche in virtù di quanto affermato dalla giurisprudenza precedente il 2008, appare necessario tener conto non soltanto di quanto sinteticamente affermato dalla sentenza del Tribunale di Salerno, ma anche di quanto la giurisprudenza e la dottrina hanno saputo sviluppare in relazione a questo tema: in questo modo diventa necessario affrontare tematiche che, anche se solo tangenzialmente sfiorate dalla pronuncia in esame, costituiscono il background necessario per la comprensione della responsabilità civile in capo alla Pubblica Amministrazione.

In questo senso appare opportuno anzitutto ricercare le ragioni per cui viene individuato il Ministero quale primario soggetto passivo della vicenda, ragioni che sono rapidamente riscontrabili nel fatto che il diritto amministrativo individua negli organi ministeriali, vertici delle pubbliche amministrazioni, i centri deputati alla definizione di linee d'azione generali che siano in grado di garantire omogeneità di trattamento ai cittadini ed un controllo che sappia tenere conto del quadro generale in ciascuna situazione. Questo criterio distintivo ha portata generale in quanto riguarda tutte le amministrazioni pubbliche, comprese quelle i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica: anche queste sono tenute ad adeguare i propri ordinamenti al principio di distinzione tra indirizzo e controllo da un lato e gestione dall'altro. L'assetto disegnato dal d.lgs. 29/1993 ha avuto una vita laboriosa per effetto di ripetute modifiche lungo tutti gli anni novanta e che hanno trovato, per ora, definitiva sistemazione nel d.lgs. 165/2001 in cui il criterio ivi stabilito è ancora oggi conservato, tanto che al ministro spettano compiti di definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e la loro gestione (nonché alcune ulteriori mansioni relative all'individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici), mentre al dirigente vengono generalmente riservati poteri circa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno e nonché riguardanti la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa, così come attribuzioni relative all'organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo e la responsabilità in via esclusiva dell'attività amministrativa della gestione e dei risultati relativi.

Per questa ragione, essendo il ministro il legale rappresentante dell'intero ministero, risulta evidente a chiunque che, nel contesto della pratica trasfusionale, il “controllo della provenienza, in ragione del ruolo primario di programmazione e coordinamento conservato dal Ministero, a salvaguardia della salute pubblica”.

Un ulteriore aspetto preliminare meritevole di trattazione si può estrinsecare dalla sentenza nel fatto che si faccia immediato riferimento alla responsabilità aquiliana, ignorando completamente il contesto contrattuale: questo appare pienamente giustificato dal fatto che “il principio di cumulabilità, nel nostro ordinamento, dei due tipi di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, da illecito civile è

11 P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.

legittimamente invocabile quando uno stesso fatto autonomamente generatore di danno integri gli estremi tanto dell'inadempimento contrattuale, quanto del torto aquiliano”¹².

La netta contrapposizione che caratterizza queste categorie (seppur insidiato da forme ibride o “di confine”) è comunque affermata dalla maggior parte degli attori che si vedono tendenzialmente ostili ad ipotesi relative ad una possibile *reductio ad unum* della responsabilità civile, ostilità motivata da due ordini di ragioni: da un lato si intendono difendere le differenze strutturali esistenti tra i due settori; dall'altro, la dottrina intende difendere “la tradizionale ripartizione in quanto questa indica quanto meno che nella responsabilità contrattuale l'obbligazione risarcitoria ha carattere “derivato o secondario”, fondandosi su di un pregresso rapporto obbligatorio, mentre nella responsabilità extracontrattuale essa ha natura “originaria o primaria””¹³.

Riassumendo, la responsabilità contrattuale si presenta per condotte lesive *ex se* di interessi creditori consentendo di individuare nell'*iniuria* il fondamento distintivo tra le due forme di responsabilità, proprio in virtù del fatto che, a fronte della risposta contrattuale ad un danno *non iure*, si determinerebbe una risposta per responsabilità aquiliana relativamente ad un danno non solo *non iure* ma anche *contra ius*. Da ciò deriva che, in virtù di quanto dispone l'art. 1337 c.c.¹⁴

si sostiene che la responsabilità precontrattuale presupponga la lesione di un affidamento che di regola avviene successivamente all'avvio delle trattative, ossia al momento in cui inizia ad operare il criterio della buona fede oggettiva, accedendo così ad un'impostazione che si colloca nella prospettiva aquiliana. Non è legittimo estrapolare dall'obbligazione il cuore della prestazione, privando l'art. 1218 c.c. della sua parte essenziale relativa all'“esatta esecuzione della prestazione”.

La condotta contraria a dovere di correttezza, infatti, di per sé non lede alcun interesse se non quello ad una condotta conforme alla buona fede ma si finirebbe per il sanzionare qualsiasi minimo comportamento, piccola informazione inesatta anche se inidonea a produrre affidamento, paralizzando così la libera iniziativa economica.

Se si guarda poi alla responsabilità del ministero in relazione al danno da trasfusione di sangue infetto, si osserva come per lungo tempo sia la dottrina che la giurisprudenza abbiano ritenuto che questa potesse decorrere a partire dal momento in cui le tre patologie tipiche (HIV, HBV, HCV) sono divenute note alla scienza medica ossia nel momento in cui sono stati disponibili i test che hanno consentito di accertarne l'esistenza e i casi di infezione correlati. In questo modo tuttavia si legittimava la responsabilità del Ministero per comportamento omissivo colposo solo nei casi in cui l'infezione si era verificata in epoca successiva agli anni 1978 (HBV), 1985 (HIV) e 1988 (HCV), in quanto in quegli anni per ciascuna di dette patologie vennero approntati i “test” diagnostici necessari per il loro accertamento nonché per accertarsi se il sangue immesso nel circuito delle emotrasfusioni (o della produzione di emoderivati) fosse anch'esso infetto.

Se si osserva questo criterio al contrario, si può però affermare che, per i periodi precedenti, sussiste l'impossibilità di prevedere l'evento dannoso a motivo della mancata conoscenza da parte della scienza medica dei virus a trasmissione ematica, motivo che valeva ad escludere in via definitiva la responsabilità del Ministero¹⁵.

12 Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Diritto Civile*, Vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, tomo III, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 99-100

13 N. LIPARI E P. RESCIGNO, *Diritto Civile*, Vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, tomo III, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 101

14 Art 1337 c.c.: *Le parti, nello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

15 Questo assunto risulta fondamentale in quanto diviene uno degli elementi affermati nelle pronunce di Cass., sez.un., 11 gennaio 2008, nn. 577 e 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453 e 455 “che sancisce l'irrilevanza

Questo insieme di profili porta a far sorgere perplessità di fronte all'attuale orientamento della giurisprudenza di merito che, su questo tema, individua la responsabilità del Ministero anche per i “danni non prevedibili al momento del fatto”, tesi che non convince fino in fondo: inoltre suscita perplessità anche il dover aderire a quanto precisato dai giudici di legittimità ossia che “indipendentemente dalla specifica conoscenza del virus HCV, ben poteva il personale medico sulla base di più dati parametri scientifici, rilevare comunque la non idoneità del sangue ad essere oggetto di trasfusione”¹⁶.

Questo profilo di perplessità determina l'auspicio, da parte della dottrina, a che la Corte Costituzionale si pronunci con chiarezza definitiva affrancando l'intera tematica da assiomi che mal si adeguano alla fluidità di questa disciplina, rivalutando alla luce del metodo scientifico la condotta dello Stato, fondando la doverosità indennitaria o risarcitoria alla conoscenza scientifica: infatti “come arbitro della scienza in-the-making processuale, il giudice si concentrerà sul processo attraverso il quale la scienza viene generata al fine di risolvere il contenzioso, piuttosto che sulla sua validità o invalidità. Con un occhio sulla dinamica della produzione delle conoscenze, in particolare sullo scacchiere del tavolo delle competenze, il giudice potrebbe consentire alle stesse parti in causa di individuare e risolvere le loro divergenze epistemologiche in modo ordinato. Non da ultimo, tale sorta di arbitraggio giudiziario potrebbe garantire che i « costi di produzione formativa » riguardo le informazioni scientifiche mancanti, e gli oneri di incertezza, potrebbero essere così equamente distribuiti. Abbiamo bisogno di disciplina dei metodi al fine di accogliere la parzialità della conoscenza scientifica e di agire in clima, talvolta, di incertezza irridimibile”¹⁷.

Primo ed interessante aspetto di novità in quest'ambito, è dato dai fondamentali esiti operativi della teoria dell'obbligazione senza prestazione (c.d. “*contatto sociale*”), determinando in capo alla P.A. un dovere che la responsabilizza per qualsivoglia vizio o irregolarità, formale o sostanziale, rispetto a chiunque entri in contatto con l'attività amministrativa. Tuttavia questo potrebbe determinare una radicale trasformazione del sistema che regge i rapporti tra la P.A. ed i privati, andando ad individuare in quest'ultimi figure aventi ruoli assimilabili a quelli del creditore, rendendo in sostanza inapplicabile l'art. 103, co. 1, Cost., il quale afferma chiaramente i connotati del riparto di giurisdizione tra gli organi amministrativi ed ordinari della magistratura¹⁸.

Inoltre è stato osservato che “se la prospettiva accolta è quella dell'adempimento di un'obbligazione senza prestazione, di fatto si cancella la dimensione degli interessi legittimi, con la paradossale conseguenza di una sostanziale eliminazione della

giuridica delle acquisizioni scientifiche, (limitate) all'epoca della condotta illecita omissiva, in quanto l'adozione di alcune misure precauzionali, quali l'esclusione di donatori che presentassero valori di transaminasi alterate (rilevabili in particolare con l'esame della ALT, o alanina transaminasi), avrebbe consentito, se non di escludere, quanto meno di ridurre il rischio dell'insorgenza e del diffondersi di infezioni virali ancora non ben conosciute”, da S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012, fasc. 1, 299 e ss.

16 V. S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, cit.

17 V. S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, cit.

18 Art. 103 co. 1 Cost.: *Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.*

giurisdizione amministrativa, tolte le aree di competenza esclusiva”¹⁹, generando logicamente profondi dubbi circa la legittimità costituzionale di una tale impostazione. L'approccio alla teorica del contatto sociale sul fronte della responsabilità del Ministero della Salute tuttavia non esclude quella a carico della struttura ospedaliera e dei medici (la quale assume carattere contrattuale contrariamente a quanto non accada per la P.A., alla quale si fa risalire comunque una responsabilità extracontrattuale, nel caso tendenzialmente relativa ad una condotta negligente), che, anche in caso di emotrasfusioni, viene ad instaurarsi tra paziente, strutture sanitarie e medici (per approfondire v. § 2.1).

Se poi osserviamo le fasi iniziali di questo lungo dibattito pubblico e giuridico, è evidente come la dottrina tentasse di far risalire la responsabilità aquiliana in capo all'allora Ministero della Sanità, contestando la lesione del diritto alla salute derivante dalla trasfusione di sangue o emoderivati infetti, basando la responsabilità sull'omissione del “necessario controllo sulla produzione, immissione, commercializzazione e distribuzione dei plasmaderivati risultati infetti”. Questo tuttavia non intende suggerire che tale profilo vada commisurato all'adozione di un provvedimento ma piuttosto alla semplice tenuta di un comportamento, nel caso di specie, omissivo, e che consiste “nel non aver posto in essere i necessari controlli e nel non aver ritirato gli emoderivati non trattati al calore antivirucidico, poi risultati infetti”²⁰. Infatti in quel contesto dottrinale, la lesione del bene salute non veniva discussa né per quanto riguarda la sua esistenza né la sua entità (sebbene questa vada quantificata in un giudizio distinto): particolare rilievo invece assume l'indicazione circa l'inosservanza di regole di condotta da parte dell'amministrazione sanitaria²¹, individuata mediante una continua oscillazione delle considerazioni in diritto da parte dei giudici tra principi e regole di carattere generale (quali il principio di *neminem laedere*, doveri di prudenza, correttezza), e indicazioni di norme aventi carattere puntuale relative alla disciplina di settore che non sarebbero state opportunamente osservate.

Questa continua oscillazione ha determinato l'insorgere di una forte tensione tra la lesione del bene salute, riconducibile sotto il profilo eziologico all'omissione della P.A., e la determinazione dell'ingiustizia del danno e della colposità della condotta, portando con sé il rischio di svalutare eccessivamente questo secondo aspetto per favorire invece il primo nella determinazione della responsabilità. In altre parole, “attraverso l'individuazione della colpa e dell'ingiustizia come insite nella tenuta di comportamenti (omissivi) genericamente qualificati «negligenti», si radichi la responsabilità, in via preponderante, sul presupposto dell'esistenza del danno e della sua riconducibilità causale al comportamento del soggetto agente. Si tratterebbe invero di un modello d'imputazione della responsabilità fondato, ad un primo esame, sulla necessità di assicurare, a fronte di lesioni all'integrità fisica d'impressionante gravità ed entità, un ristoro risarcitorio alle vittime, addossandone l'onere al soggetto economicamente più forte e titolare di potestà pubblicistiche in materia”. Questa riflessione, risalente al periodo in cui la consapevolezza dei rischi da trasfusione era un elemento ormai radicato nella mentalità di tutti, giuristi e non, porta ad analizzare anche la problematica della responsabilità da attività pericolosa (art. 2050 c.c.): infatti “è pur vero che in ipotesi di danno da trasfusione di emoderivati infetti viene di frequente richiamata

19 N. LIPARI E P. RESCIGNO, *Diritto Civile, Vol. IV, Attuazione e tutela dei diritti, tomo III, La responsabilità e il danno*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 243

20 P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.

21 Elemento fatto risaltare nella motivazione della decisione del Trib. Roma, 27 novembre 1998, in *Giust.civ.*, 1999, vol. 49/I, pag. 2851-2857, con nota di P. COSTANZO, cit.

l'applicazione della disciplina riferita dall'art. 2050 c.c. alla responsabilità per lo svolgimento di un'attività pericolosa che, come noto, presenta profili d'imputazione oggettiva dell'obbligo risarcitorio, specie in ragione del particolare regime probatorio ivi previsto”²². Questo spunto è meritevole di ulteriore approfondimento in quanto il profilo della responsabilità da attività pericolosa ha saputo determinare fratture profonde nell'ambito della dottrina, ricevendo alterna fortuna anche in giurisprudenza (per una trattazione più approfondita, vedi § 2.2).

Infine si può osservare come l'evoluzione del concetto di responsabilità per la P.A. sia progredito fino ad arrivare alla ridefinizione dell'intero sistema operata dalle sentenze dell'11 gennaio 2008 della Corte di Cassazione²³ (vedi § 2.3).

2.1 La responsabilità della pubblica amministrazione e l'obbligazione da c.d. contatto sociale

Presupposti ed elementi generali. La teoria del contatto sociale individua un elemento ibrido entro il contesto della responsabilità civile: la responsabilità per l'inadempimento di obbligazioni senza prestazioni, configurabili in presenza di particolari contatti giuridici o sociali. Essa costituisce un metro di paragone importante per il significato e l'ambito operativo dell'ingiustizia del danno: in questo modo si è osservato come parte della dottrina abbia tentato di sottrarre all'illecito aquiliano alcuni importanti settori (tra cui la responsabilità della P.A.) proprio in ragione del rapporto giuridico che si instaura con il privato, in virtù del procedimento amministrativo. Se si dovesse confermare questa prospettiva, l'ingiustizia del danno finirebbe per identificare l'ambito ristretto della lesione di situazioni soggettive estranee a contatti giuridico/sociali.

Questi sono i presupposti per l'affermazione della teoria del contatto sociale²⁴, la quale oggi rappresenta una comune esperienza nel nostro ordinamento: infatti, sempre più frequentemente si diffondono contatti sociali e relazioni tra soggetti che sfuggono alla logica dei rapporti tradizionali, e che comportano il necessario rispetto del canone della buona fede oggettiva, elemento minimo garantito anche da questa forma contrattuale.

Sul terreno delle forme si gioca un importante dibattito definitorio che va ad individuare nell'art. 1173 c.c. il radicamento codicistico di questa disciplina: infatti nell'espressione “ogni altro atto o fatto idoneo a produrre (obbligazioni) in conformità con l'ordinamento giuridico” si è tradizionalmente individuato quell'elemento capace di individuare quella prossimità che fa sorgere un obbligo di protezione. Questa categoria, nata nella dottrina tedesca per arricchire il contenuto del rapporto obbligatorio in maniera da consentire che questo soddisfi le aspettative creditorie, in relazione al vincolo di correttezza richiesto dall'ordinamento (art. 1175 c.c.). L'affermazione dell'esistenza di obblighi di prestazione collegati all'obbligo di protezione è stato il

22 P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.

23 Cass., sez.un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584, in *Foro it.*, 2008, I, 451 e ss.

24 “La data di nascita di questa categoria è piuttosto precisa, essendo riconducibile a una pronuncia della Cassazione del gennaio 1999, che riguardava un caso di responsabilità medica. [...] Il discorso compiuto dai giudici di legittimità muove da una notazione che si riferisce di nuovo alla profonda, insanabile differenza che sussiste tra responsabilità contrattuale, o da inadempimento di un'obbligazione preesistente, da un lato, e responsabilità extracontrattuale dall'altro. [...] La Corte parte dalla constatazione che la responsabilità extracontrattuale è la responsabilità del passante, quella nella quale chiunque può incorrere nei confronti di chiunque: si verifica un'interferenza puramente occasionale tra sfere giuridiche in assenza di qualsiasi forma di contatto sociale qualificato.” dalla *Lectio magistralis* del prof. CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, 13 marzo 2015, *Ciclo di Lezioni Magistrali di Diritto Civile*, Università degli Studi di Trento.

primo passo per affermare l'esistenza di obblighi di protezione scollegati da qualsiasi obbligazione di prestazione.

L'individuazione dei presupposti del contatto sociale determina la comparsa di una serie di presunti corollari che determinano un sostanziale ampliamento della responsabilità contrattuale al di là del suo classico campo di applicazione:

→ c.d. responsabilità del passante²⁵;

→ la necessaria attinenza della buona fede oggettiva sola alla responsabilità contrattuale;

→ l'ampliamento, attraverso la buona fede oggettiva, del concetto di obbligazione, che si allarga arrivando a prescindere dal contenuto della prestazione e a coincidere con meri doveri intercorrenti tra soggetti determinati che consistono nella concretizzazione dell'obbligo generale di buona fede e consentono di parlare di obbligazione ex lege nonostante manchi l'obbligo di prestazione.

Questo passaggio logico non appare immediato ma necessita di ulteriori chiarimenti: nell'ipotesi di un paziente che stipula un contratto con una casa di cura, l'obbligazione nasce tra il paziente e l'ente sanitario dal momento che il medico non ha alcun rapporto obbligatorio il primo soggetto. Parte della dottrina italiana sostiene la tesi per cui ciò che rileva da parte del paziente è l'affidamento nell'attività curativa del medico e di conseguenza questi dovrà proteggerne l'integrità psicofisica. È quindi evidente come sarebbe ridicolo parlare, in casi come questo, di responsabilità del passante: infatti il medico è un soggetto qualificato per la propria professionalità (elemento che coinvolge il parametro della correttezza e della diligenza richiesta nella prestazione) rendendo il professionista sanitario un soggetto non definibile come un *quisque de populo*.

Da queste osservazioni preliminari si può affermare che l'ordinamento italiano si presenta sicuramente in forma atipica (in virtù della previsione dell'art. 1173 c.c.): questo parametro appare dunque integrato anche dall'affidamento nella professionalità dell'operatore (in questo caso nel medico) che viene posto dal soggetto che si sottopone al trattamento sanitario. La dottrina in questo senso (SCOGNAMIGLIO) afferma che:

a) non è necessaria una riforma dell'art. 1175 c.c. che introduca un esplicito riferimento positivo a questo tipo di obblighi: questo perché ormai c'è una forte affermazione giurisprudenziale circa la loro esistenza;

b) non è necessario proporre una concezione ancillare delle obbligazioni di protezione rispetto all'obbligazione di prestazione. Infatti il termine protezione è idoneo a poter stare da solo nell'ordinamento in quanto è volto alla tutela patrimoniale, dal momento che questi obblighi sono sottoponibili ad un giudizio che ne stabilisca il prezzo tanto che non è necessario ricollegarli ad un'obbligazione di prestazione.

Il contatto sociale e l'art. 2043 c.c. La teoria del contatto sociale presenta un ulteriore caposaldo logico fondamentale nella norma caratterizzante il sistema della responsabilità civile extracontrattuale (art. 2043 c.c.): questa norma fondamentale trova la propria origine nella *lex aquilia*, per poi essere plasmata nel tempo attraverso le diverse epoche del diritto evidenziando il carattere di grande elasticità che la contraddistingue e che, se da un lato ha posto (e pone) questioni interpretative di notevole rilievo, dall'altro ha consentito di mantenere inalterato il suo contenuto letterale, modellandosi sui diversi e mutevoli orientamenti che si sono susseguiti in dottrina e giurisprudenza.

L'art. 1173 c.c. prevede tra le fonti delle obbligazioni proprio il fatto illecito: a partire da una pronuncia della Cassazione del 2003²⁶, con la sottrazione del danno di natura non

25 Da N. LIPARI E P. RESCIGNO, *Diritto Civile, Vol. IV, Attuazione e tutela dei diritti, tomo III, La responsabilità e il danno*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 235: "l'imprescindibile afferenza della responsabilità aquiliana a contesti occasionali e avulsi da qualsivoglia contatto o relazione".

patrimoniale dall'alveo dell'art. 2043 e il suo inserimento nel contesto dell'art. 2059 c.c., la norma rimane punto di riferimento essenziale per l'individuazione della fattispecie illecita da cui scaturisce il danno. Infatti l'individuazione di una figura di responsabilità in termini così ampi ha comportato, da un lato, molteplici questioni e dubbi ermeneutici, mentre dall'altro ha consentito agli interpreti di adeguare la norma ai mutamenti delle esigenze della società.

Si può individuare un ulteriore momento di trasformazione fisiologica del sistema della responsabilità con l'entrata in vigore della Costituzione: la dottrina ha tentato di evidenziare le connessioni tra la responsabilità aquiliana e i rinnovati principi dell'ordinamento costituzionale. A questo proposito, appare utile sottolineare l'individuazione di un parallelo tra l'art. 2043 c.c. ed il principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., che risulta essere particolarmente efficace per fondare lo spostamento di attenzione dall'autore alla vittima del danno caratterizzante una certa visione della responsabilità ex art. 2043 c.c.

Analogamente, si è reso necessario il paragone con l'art. 3 Cost. dal momento che è stato affermato come non possa desumersi immediatamente da tale norma che tutte le vittime di eguale danno abbiano diritto ad eguale risarcimento in quanto il giudizio di responsabilità è strutturato in modo da far sì che essa discenda anche da ragioni estranee alla natura del danno ed alla posizione della vittima ed è quindi la logica intrinsecamente bilaterale dell'istituto a determinare come possibile l'esito di una disparità di trattamento tra vittime di danni eguali. Questo principio invece rileva sotto il profilo della razionalità della disparità del trattamento, da determinarsi in ordine al titolo di imputazione idoneo ad attivare la responsabilità ovvero ad eventuali limitazioni quantitative del risarcimento²⁷.

Per configurare la responsabilità ex art. 2043 c.c., il giudice sarà tenuto a ragionare circa la possibilità di procedere all'imputazione per colpa della P.A., parametro che verrà commisurato in base a quanto compiuto dall'apparato nel suo complesso e non solo dall'agente: questa sarà configurabile solamente nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che denotano l'esercizio della funzione amministrativa. Infatti questo tipo di attività, anche nell'ambito tipicamente discrezionale, è da tempo sottoposta ai limiti della legge e del principio generale del *neminem laedere*, tale per cui il giudice ordinario accerta se vi sia stato da parte della P.A. un comportamento colposo tale che abbia determinato la violazione di un diritto soggettivo²⁸.

26 Cass.civ., sez. III, 22 ottobre 2003, n. 15789, in GCM, 2003, fasc. 10: il giudice di merito, per stabilire se sussiste il nesso di causalità materiale richiesto dall'art. 2043 c.c., deve applicare il principio della condicio sine qua non, temperato da quello della regolarità causale (secondo i principi affermati dalla sentenza c.d. Franzese in relazione agli artt. 40 e 41 c.p.).

27 In questo senso si individua l'importanza centrale della sentenza di Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Or.giur.lav.*, 1987, 850: ha legato la disposizione codicistica dell'art. 2043 all'art. 32 della Costituzione, considerando la prima adatta a ricomprendere al suo interno la risarcibilità del danno alla salute, definito danno-evento, per distinguerlo dall'ipotesi del danno-conseguenza con cui si identificano generalmente i danni patrimoniali e quelli morali soggettivi che identificano il turbamento temporaneo dello stato d'animo del danneggiato. Il danno alla salute è quindi generalmente risarcibile ex art. 2043 c.c., tanto da rendere quasi indifferente la natura patrimoniale o non patrimoniale del danno stesso.

28 Cass.civ., sez.un., 27 luglio 1998, n. 7339, in GCM, 1998, 1594: questa vicenda si intreccia con quella della riforma del riparto di giurisdizione introdotta dalla l. n. 205/2000 (con cui è stato conferito il potere di disapplicare atti amministrativi al giudice ordinario se illegittimi e nei giudizi di sua competenza). Prima di questo intervento legislativo comunque la giurisprudenza era intervenuta affermando che, in ogni caso, dal principio sopra esposto ne derivava che doveva escludersi che la pronuncia del giudice amministrativo di annullamento determinasse una preclusione da giudicato nel giudizio civile che impedisse all'autorità giudiziaria l'esercizio di questo potere-dovere.

Proseguendo l'analisi di queste fattispecie in termini di riflessione generale, si può dare conto del dibattito che si è innestato in dottrina in relazione alla possibilità o meno di individuare il vincolo obbligatorio prescindendo dalla prestazione e dal legame con il dettato dell'art. 1174 c.c.: questa *querelle* vede contrapporsi la posizione sostenuta da MARIO BARCELLONA²⁹ tale per cui “non si può dare un obbligo di protezione sospeso, cioè non collegato a un obbligo primario di prestazione, perché l'obbligazione si identifica sempre con una prestazione del debitore” e quella appoggiata, tra gli altri dallo stesso CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, il quale, in merito, sostiene che “non mi sembra che l'art. 1174 c.c., o più a monte ancora l'idea stessa di obbligazione, proibiscano di leggere un'obbligazione anche là dove vi sia semplicemente una protezione. Ciò, in primo luogo, per il ragionamento svolto avviando queste pagine, ovvero che quanto può essere utilmente inserito nell'ambito di un rapporto obbligatorio è un dato concettuale aperto all'evoluzione storica”³⁰.

Appare evidente come l'elemento argomentativo decisivo, anche all'interno della definizione codicistica dell'art. 1174 c.c., fosse il fatto che l'oggetto dell'obbligazione debba essere suscettibile di valutazione economica e cioè, deve esistere qualcuno che in un contesto di mercato sia disposto a pagare un prezzo per quella data prestazione. Per questa ragione, SCOGNAMIGLIO conclude affermando che “pare quindi che questo argomento non sia decisivo per negare la configurabilità della categoria dell'obbligazione consistente solo in un obbligo di protezione e non anche in un obbligo di prestazione”.

Con riguardo agli aspetti generali della responsabilità da contatto sociale viene poi alla luce un altro argomento che chiama in causa il tema della natura giuridica della responsabilità precontrattuale: “il modello normativo di cui all'art. 1337 c.c. dimostra la possibilità che si dia un rapporto obbligatorio limitato all'obbligo di protezione. Nella responsabilità precontrattuale, infatti, non vi è prestazione per definizione. Il contratto non si è concluso e nessuno per un titolo di responsabilità precontrattuale può essere condannato a eseguire una prestazione consistente nell'adempiere al contratto che si sarebbe concluso. [...] Nella responsabilità precontrattuale infatti non vi è un obbligo di prestazione e dunque non vi può essere un interesse positivo, da tutelare, in ipotesi, con lo strumento risarcitorio. Vi è un obbligo di protezione della sfera giuridica altrui dalle occasioni di danno particolarmente significative che possono derivare da quella peculiare vicinanza fra le parti, quel contatto, che determina la fase delle trattative”³¹. Infatti la disciplina di cui all'art. 1337 c.c. è rivolta alla mera conservazione della condizione precontrattuale in modo da salvaguardare la dinamica tra le situazioni giuridiche soggettive delle parti in causa: i sostenitori della tesi di BARCELLONA si troverebbero nella condizione di dover considerare la responsabilità precontrattuale come responsabilità extracontrattuale in virtù della convinzione per cui la seconda serve a conservare o proteggere. D'altro canto, se si sostiene la tesi loro avversa, si determina

29 “Si potrebbe dire che l'art. 1174 c.c. è sufficiente a dimostrare che l'obbligazione è prestazione nel momento in cui, come diceva Giorgianni, l'art. 1174 delinea i tratti fisionomici dell'obbligazione, affermando che l'obbligazione consiste nella prestazione”, *Lectio magistralis* del prof. CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, 13 marzo 2015, *Ciclo di Lezioni Magistrali di Diritto Civile*, Università degli Studi di Trento.; M. GIORGIANNI, *La «parte generale» delle obbligazioni a cinquanta anni dall'entrata in vigore del codice civile, Contratto e impr.*, 1993, 482 e *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, 29.

30 *Lectio magistralis* del prof. CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, 13 marzo 2015, *Ciclo di Lezioni Magistrali di Diritto Civile*, Università degli Studi di Trento.

31 *Lectio magistralis* del prof. CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, 13 marzo 2015, *Ciclo di Lezioni Magistrali di Diritto Civile*, Università degli Studi di Trento.

un mutamento di impostazione suffragato da due pronunce di Cassazione³² che hanno rimediato la questione della natura della responsabilità ex art. 1337 c.c. con riferimento a due casi riguardanti fattispecie diverse ma aventi un nucleo in comune: la prima sentenza (si rimanda al testo della *Lectio magistralis* del prof. CLAUDIO SCOGNAMIGLIO per la descrizione dei fatti), sembra accogliere la teoria della responsabilità precontrattuale come *tertium genus* ossia come un qualcosa di diverso dalla responsabilità aquiliana così come da quella contrattuale; l'affermazione di un *tertium genus* è ancora più evidente nella sentenza successiva, nella quale la Cassazione afferma "... che la citata disposizione [cioè l'art. 1337 c.c.] delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata costituita dal rapporto particolare, (formulazione che mima chiaramente la formulazione di una dottrina germanica), che con la trattativa si istituisce tra le parti alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede. Una fattispecie pertanto ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043, in cui la lesione precede l'instaurazione di qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare costituisce un caso di responsabilità tra quelli indicati dall'articolo 1173". In questo modo dunque si giunge a porre un contrasto nettissimo tra le pronunce delle diverse sezioni, contrasto che viene sottolineato dal mancato rinvio alle Sezioni Unite, il quale delinea un clima culturale che va sempre di più nella direzione di affermare la configurabilità di una responsabilità limitata all'obbligo di protezione e che trova la propria fonte nel contatto sociale.

La responsabilità della Pubblica amministrazione: elementi normativi e giurisprudenza. Abbandonando queste considerazioni di carattere generale sul tema del contatto sociale, si può osservare come questo modello di responsabilità abbia avuto un notevole successo nell'elaborazione della Cassazione a partire dalla sentenza n. 500/1999: con questa sentenza si assiste ad una svolta epocale in materia di ingiustizia del danno, con il tramonto della tradizionale immunità della P.A., cui viene preferita la tutela risarcitoria degli interessi legittimi e con l'accoglimento dalla giurisprudenza del principio per il quale l'ingiustizia del danno assume il valore di clausola generale e norma primaria. In questo modo si genera subito una spaccatura concettuale che pone da un lato, il dibattito sostanziale sull'ingiustizia del danno, che a sua volta determina la contrapposizione tra: alcuni che ritengono che la natura giuridica dell'interesse sia necessaria e sufficiente per affermare la tutela risarcitoria sottraendo all'ingiustizia del danno il carattere di norma primaria e clausola generale, ed altri che invece considerano questa natura giuridica come condizione necessaria ma non sufficiente per l'affermazione della tutela risarcitoria, con conseguente affidamento a parametri di tipo sostanziale. Dall'altro, concentra la riflessione della dottrina sulla rilevanza giuridica di un contatto giuridico/sociale che viene a coniugarsi con l'istanza di affermare una responsabilità della P.A. anche solo di tipo procedimentale. In questo senso è stata peraltro avanzata la proposta di un passaggio della responsabilità della P.A. sul versante contrattuale.

La giurisprudenza di legittimità, successivamente alla sentenza n. 500/1999, ribadisce la responsabilità extracontrattuale del Ministero della Salute per negligenza nell'attività di controllo e sorveglianza dei prodotti destinati ad uso trasfusionale, individuando un nesso causale anche per le infezioni da HCV contratte a seguito di trasfusioni eseguite prima del 1988: questo dato ha un rilievo peculiare in quanto si evidenzia come la

32 Cass., 18 novembre 2011, n. 24388, riguardante il danno lamentato per l'annullamento di un'aggiudicazione di appalto; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Resp. civ.*, 2012, 1949, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale.*

sentenza in questione non abbia tenuto conto che le acquisizioni scientifiche dell'epoca non contemplavano la conoscenza dell'agente patogeno³³.

Questa pronuncia evidenzia un profilo fondamentale in quanto la responsabilità del Ministero, in ordine ai sopraindicati compiti di controllo, direzione e vigilanza, non esclude affatto quella a carico della struttura e dei medici (a carattere, invece, contrattuale), in relazione al « contatto sociale » che, anche in caso di emotrasfusioni, viene ad instaurarsi tra paziente, strutture sanitarie e medici»³⁴.

Tuttavia questo profilo non viene posto al centro del giudizio di responsabilità del Ministero della Salute, in quanto la violazione dei doveri di sorveglianza e controllo determina, come già più volte ricordato, l'omissione colposa di un comportamento ascrivibile ad una regola di condotta precedente alla formalizzazione operata con la legge n. 107/1990 che poneva a carico dell'amministrazione, in virtù di un generico dovere istituzionale “di direzione, autorizzazione e sorveglianza sul sangue importato, al fine dell'accertamento che il sangue immesso nel circuito delle emotrasfusioni (e in quello della produzione di emoderivati) fosse infetto... di controllo e vigilanza in materia di sangue umano”, tenendo ovviamente conto dei vari rinvii a precedenti norme di legge (legge n. 592/1967, d.p.r. n. 1256/1971, legge n. 519/1973, legge n. 833/1973) le quali, in sintesi, avevano conservato all'allora Ministero della Sanità, oltre al ruolo primario nella programmazione del piano sanitario nazionale ed a compiti di coordinamento delle attività amministrative regionali delegate in materia sanitaria, importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati, nonché relativi alla raccolta, al frazionamento e alla distribuzione del sangue umano che costituivano materia di interesse nazionale.

L'esistenza di norme di legge che individuano questo dovere “a mettersi in moto” da parte del Ministero della Salute porta ad individuare la loro natura strumentale alla funzione di programmazione e coordinamento in materia sanitaria e si traduce in un dovere di diligenza nell'impiego delle cure ed attenzioni necessarie alla verifica della sicurezza di questi prodotti e di vigilanza in materia. Ad esso è coordinato il dovere di attivarsi operativamente allo scopo di evitare o ridurre il rischio delle infezioni virali notoriamente insite in tale pratica terapeutica.

All'inizio degli anni 2000, è stata adottata una nuova normativa comunitaria, la Direttiva 2002/98/CE, rivolta “all'adeguamento delle norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti” (la quale peraltro modificava parzialmente la precedente Direttiva 2001/83/CE): a fronte di questa disciplina³⁵, il legislatore nazionale ha emanato il d.lgs. 23 gennaio 2007, n. 261, relativo alle nuove norme in merito, “richiamando in più di una disposizione la necessità della emovigilanza e di raccogliere tutti i dati relativi agli incidenti e alle reazioni indesiderate, di adottare misure di sicurezza adeguate per prevenire gli errori trasfusionali”.

In virtù dell'impianto normativo individuato sulla base delle disposizioni sopra elencate, “l'attività territoriale di controllo dell'idoneità del sangue e degli emoderivati destinati alla donazione ha, nel corso del tempo, beneficiato delle acquisizioni scientifiche che, di

33 Cass.civ., sez. III, 14 luglio 2011, n. 15453, in *Resp.civ e Prev.*, 2012, vol/fasc. 77/I, 296 e ss., con nota di S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, in *Resp.Civ. e Prev.*, 2012, fasc. 1, 299 e ss.

34 S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, cit.

35 La disciplina europea era precedentemente correlata ad una legge emanata in data 21 ottobre 2005, n. 219, in materia di disciplina delle attività trasfusionali e produzione di emoderivati.

volta in volta, consentivano di allargare il ventaglio della ricerca e l'efficacia della sorveglianza”³⁶.

Il contatto sociale e la Pubblica amministrazione. In dottrina si è fatta largo la prospettiva della responsabilità da contatto della pubblica amministrazione (che concettualmente si riallaccia all'incontro tra la struttura teorica che tenta di individuare il modello della responsabilità civile della P.A. e la teoria civilistica della responsabilità da contatto sociale sopra esaminata³⁷), qui intesa come “responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, configurabile in fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico, «ai confini tra contratto e torto»”. La massima della sentenza del Consiglio di Stato (in nota), commentata da S. MORELLI, afferma che:

“La responsabilità della p.a. per adozione di provvedimenti illegittimi (riservata alla cognizione del giudice amministrativo dall'art. 7 l. n. 205 del 2000, modificativa dell'art. 35 d.lgs. n. 80 del 1998), pur restando inserita nel sistema dell'illecito aquiliano ex art. 2043 ss. c.c., è assimilabile alla responsabilità precontrattuale ovvero a quella (contrattuale) da “contatto sociale” (in ragione del contatto qualificato che si realizza tra l'amministrazione e l'interessato nel contesto del procedimento finalizzato all'emanazione del provvedimento), ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, correlato alla colpa dell'apparato, per violazione di canoni di correttezza e buona fede oggettiva nella fase appunto di formazione dell'atto, che può ritenersi presunta (ancorché non “in re ipsa”) a fronte dell'illegittimità dell'atto stesso”

Dunque vengono ricondotte a questo schema le ipotesi in cui la forma dell'illecito extracontrattuale appare insufficiente in quanto soffocata da una troppo generica indicazione che richiama la c.d. responsabilità del passante.

Secondo nota dottrina, la soluzione delle problematiche risarcitorie riguardanti questa “area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale” potrebbe discendere dall'adesione ad una diversa prospettiva secondo la quale si pone la fonte della prestazione risarcitoria nella lesione di obblighi di protezione, indicati dall'Autrice come “autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, su quello della fonte” e quindi diversa sia dalla violazione del principio del *neminem laedere* che dall'inadempimento della prestazione (la quale, in questa forma di responsabilità particolare, manca). In questa direzione si è espressa anche la terza sezione della Cassazione civile, la quale ha affermato che “la responsabilità del sanitario dipendente della struttura pubblica ospedaliera deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato da un «contatto» sociale qualificato”³⁸.

Conclusioni. Tuttavia, alla luce del caso in esame, le conclusioni cui peraltro è giunto il Consiglio di Stato nel 2001, non sono ammissibili in quanto non si contesta l'illegittimità di un provvedimento al Ministero della Salute quanto piuttosto l'omissione negligente (e quindi colposa) di un comportamento dovuto e quindi ascrivibile nella sua totalità alla fattispecie extracontrattuale ex art. 2043 c.c.: l'interesse per la fattispecie del c.d. “contatto sociale” è comunque rilevante (anche se non dirimente per il caso della sentenza in commento) in virtù delle possibili ripercussioni che questa ha sull'intero

36 S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, cit.

37 Cons.Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giust.civ.*, 2002, I, 2673 con nota di S. MORELLI, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*, in *Giust.civ.*, 2002, fasc. 10, 2682 e ss.

38 Cass.civ., sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Giust.civ.*, 1999, I, 999.

sistema della responsabilità civile della P.A., le quali andavano escluse analiticamente dalla vicenda in esame, sviluppando la trattazione sintetica operata dalla pronuncia del giudice di Salerno.

2.2 Responsabilità della pubblica amministrazione ed esercizio di attività pericolose

Evoluzione teorica. Riprendendo le riflessioni svolte in precedenza (v. § 2) si ribadisce che “è pur vero che in ipotesi di danno da trasfusione di emoderivati infetti viene di frequente richiamata l'applicazione della disciplina riferita dall'art. 2050 c.c. alla responsabilità per lo svolgimento di un'attività pericolosa che, come noto, presenta profili d'imputazione oggettiva dell'obbligo risarcitorio, specie in ragione del particolare regime probatorio ivi previsto”³⁹.

A partire da questa primaria osservazione sembra necessario ripercorrere le tappe dello sviluppo logico che sta attorno all'introduzione di una norma relativa alla responsabilità da attività pericolosa nel nostro codice civile e la sua affermazione nella giurisprudenza italiana: per fare ciò si può partire dal richiamo di alcune teorizzazioni che si sono rese fondamentali in questo processo.

Anzitutto va ribadito quanto venne a suo tempo affermato al paragrafo 795 della “Relazione al Re del Guardasigilli sul testo definitivo del codice civile”, nel quale si affermava che “[s]ulla materia non si è creduto di adottare alcuna delle soluzioni estreme: né quella che annetterebbe a tali attività una responsabilità oggettiva, né quella che vi ricollegherebbe l'ordinaria responsabilità per colpa. Si è adottata invece una soluzione intermedia per la quale, sempre mantenendo la colpa a base della responsabilità, non solo si è posta a carico del danneggiante la prova liberatoria, ma si è ampliato il contenuto del dovere di diligenza posto a suo carico”. L'affermazione di questa soluzione intermedia ha ricevuto, nel corso degli anni diverse focalizzazioni, fondate sulla diversa percezione del problema da parte degli autori che si sono approcciati all'art. 2050 c.c.: un primo approccio fu quello del c.d. “pensiero oggettivista” il quale, durante gli anni '60 del secolo scorso (ad opera, tra gli altri di TRIMARCHI e COMPORTI), ha prodotto un'analisi che si fondava sulle tematiche poste in evidenza dalla giurisprudenza, la quale si ostinava a produrre pronunce fondate su una norma che individuasse la responsabilità unicamente come un prodotto della colpa. Questa tendenza ha portato ad imputare il danno in base a criteri molto simili a quelli di responsabilità materiale od oggettiva, in quanto si basavano in buona parte sul riscontro di un evento dannoso oggettivamente inevitabile che manifestasse l'esistenza di un rischio estraneo ed atipico rispetto alla dannosità potenziale della condotta pericolosa tenuta.

Il lavoro di teorizzazione tuttavia non si è arrestato a questa prima fase, andando a riprendere, benché in anni più recenti, l'idea di un livello intermedio tra colpa e responsabilità oggettiva, individuando in questo un compromesso concettuale che veniva fatto coincidere con l'idea “di una scala ampia e graduata, all'interno della quale l'apprezzamento del comportamento dannoso assume un rilievo progressivamente crescente”. L'idea di una continuità tra la nozione di colpa e quella di responsabilità oggettiva si determina come il tentativo di porre fine ad una contrapposizione dogmatica mediante la genesi di una posizione teorica meno rigida e che tenga conto del modo di operare dei giudici: essi infatti hanno influenzato vari autori i quali si sono pronunciati per confermare la qualifica di responsabilità intermedia assegnata all'art.

³⁹ P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.

2050 c.c. in quanto fattispecie di “responsabilità presunta”⁴⁰. L'ipotesi intermedia, denominata da MONATERI come “responsabilità *prima facie*”, finirebbe per determinarsi “quando l'attore può provare solo il danno ed il nesso causale, ma il convenuto può andare esente da responsabilità dimostrando di aver soddisfatto certe condizioni di prevenzione del danno che fungono da soglia esonerante”. Su queste basi non si avrebbero difficoltà a posizionare l'art. 2050 c.c. in questa categoria, finendo con l'individuarsi una responsabilità per rischio oggettivamente evitabile.

Questo nuovo e diverso approccio tuttavia non ha riscontrato un consenso unanime in dottrina: in senso opposto si sono pronunciati autori per i quali appare impossibile l'individuazione di una terza categoria, intermedia tra colpa e responsabilità oggettiva, e che sottolineano che l'articolo in questione nonostante fosse espressione della volontà del legislatore del codice di superare lo schema dell'imputazione soggettiva della responsabilità, “non riesce ad aprire una breccia nella cittadella della colpa”⁴¹.

Questa non è l'unica evoluzione che la dottrina presenta in merito alla questione della responsabilità per attività pericolose: infatti si sostiene che, distinguendo il danno causato da colui che pone in essere un'attività pericolosa dalla prova dell'impossibilità di prevenire o impedire il fatto causante il danno si possa ricostruire la norma in modo da superare il confronto tra il sistema di responsabilità soggettiva e quello di responsabilità oggettiva. In questo senso, il COMPORTI prosegue la propria analisi affermando il fatto che con la propria teoria si “cerca di tener conto del fatto che, se la fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c. nel fatto costitutivo prescinde dalla colpa, essa poi richiama la colpa individuando il fatto impeditivo ed attribuisce ogni rischio della mancata prova di quest'ultimo al soggetto presunto responsabile”⁴².

Sebbene il percorso della dottrina e della giurisprudenza su questo tema appaia accidentato e talvolta in contraddizione con il proprio passato, la riflessione che è stata svolta ha portato alla teorizzazione delle c.d. *untaken precautions*, concetto che propone conseguenze importanti sul piano della responsabilità ex art. 2050 c.c., determinando l'idea che il significato di questo istituto, sia operativo che sistematico, deve essere ancora riconsiderato nell'interpretare la regola di responsabilità applicabile alle attività pericolose. Per definire in modo più analitico questa “precauzione mancata” si deve far riferimento a due diversi profili teorici: da un lato, infatti, se davvero l'art. 2050 c.c. formulasse un profilo di responsabilità schivabile solo con la prova della non riferibilità causale del danno all'attività pericolosa mostrando i suoi tratti oggettivi, la necessità di individuare questa “precauzione mancata” non troverebbe giustificazioni argomentative; allo stesso modo invece, se la norma sancisse una presunzione di colpa a carico del convenuto, la quale potrebbe essere superata solo con la prova dell'adozione, da parte del convenuto, di tutte le misure idonee ad evitare il danno, si determinerebbero le stesse lacune e imperfezioni sul piano argomentativo. Con la prima ipotesi, si è evinto come la responsabilità cadrebbe sul convenuto per il semplice fatto che costui ha deciso di intraprendere la propria attività. Allo stesso modo, nel secondo caso, dal momento che la norma concede al convenuto una prova liberatoria particolarmente impegnativa, si dovrebbe costruire la colpa (ancorché in forma presunta) seguendo il meccanismo adjudicativo imposto dall'applicazione di una presunzione legale: tutto ciò ha ripercussioni più vincolanti di quelle rimesse alla valutazione del giudice dal funzionamento di una presunzione semplice e sono tali da imporre a quest'ultimo di

40 MONATERI, *La responsabilità civile*, 1009-11; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm.cod.civ.* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Libro sesto, Tutela dei diritti*, Bologna, Roma, 1987, sub art. 2697, 83, 122.

41 CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., 45.

42 COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, 657.

disporre un aggravio automatico della responsabilità a carico del convenuto sulla base della dimostrazione attorea del danno e di un nesso causale materiale tra questo e l'evento.

Precauzione e art. 2043 c.c. L'anima precauzionale di questa disposizione viene ancora più in rilievo se si guarda a come questa prenda in prestito proprio il concetto di precauzione e lo pone in primo piano, eleggendo l'attività precauzionale a strumento liberatorio in relazione alla responsabilità per attività pericolosa. In questo modo si diversifica il modo in cui questo concetto operi su un giudizio che si fondi sulla clausola generale dell'illecito aquiliano, per cui il concetto di precauzione riveste un ruolo nell'aggiudicazione finale del caso, ma che generalmente non ha modo di mettersi in risalto nel modo che accade quando si applica il criterio di imputazione del danno per attività pericolose in quanto la fase istruttoria del giudizio vede l'attore impegnato raccogliere dati che supportino la descrizione di un mondo astratto e fatto di comportamenti ideali che l'ordinamento imponeva al convenuto.

Questo insieme di osservazioni sulla natura precauzionale dell'art. 2050 c.c. non possono non portare (seppur per brevi cenni) la discussione sul piano della responsabilità aquiliana: in questo senso va dato conto di una fase preliminare informativa nella quale l'attore cerca di offrire al giudicante i dati concreti che contornano la precauzione mancata dal convenuto: sebbene il concetto di precauzione fuoriesca dal contenuto tipico dell'art. 2043 c.c., se l'attore riuscisse nell'intento di individuarne il contenuto, sarà anche in grado di individuare lo standard precauzionale da una fonte informativa che aveva in qualche modo già delineato la condotta legittima di fronte al rischio di danno. In questo senso quindi lo standard di ragionevolezza con cui si individua la colpa aquiliana si concretizza attraverso un procedimento analogico rispetto ad un qualcosa che si sapeva che si era tenuti a fare tale per cui la colpa, anche se la si legge in relazione al comportamento del danneggiato, deve tenere conto di un comportamento ideale che ha le proprie radici salde nel passato.

Al contrario invece, il modello di responsabilità dell'art. 2050 c.c. è unidirezionale, in quanto si rivolge immediatamente alla posizione del convenuto e lo isola dalle normali regole precauzionali che la società prescriveva nel momento in cui costui entrava a conoscenza dello stato di pericolo relativo al danno reificatosi: in questo modo l'art. 2050 c.c. si presenta agli occhi del mondo come uno strumento di competizione tra i potenziali danneggianti che ricadono entro il suo raggio di azione e tale per cui vince chi, alle prime avvisaglie di pericolo, giunge per primo ad individuare la precauzione rilevante, prestandola (se si vuole riferirsi ad un esempio concreto di questa dinamica, si può far riferimento al caso *British&American Tobacco* deciso dal Tribunale di Milano nel 1991).

In questo contesto, l'art. 2050 c.c. trasmette al soggetto agente una sorta di pungolo permanente e paranoico verso il convenuto che gli rende possibile indurre il convenuto ad agire preventivamente, senza attendere supinamente l'azione del ministero. Il disposto dell'art. 2050 c.c. dunque rappresenta una novità che, muovendosi entro il periodo della colpa, gestisce la problematica della pericolosità in virtù della maggiore incertezza che comporta rispetto a quanto non faccia la rischiosità.

Diversa impostazione è invece quella per cui l'art. 2050 c.c. assume le vesti di una clausola generale, in quanto la valutazione normativa in essa espressa è atipica, rivolgendosi ad una gamma indefinita di attività che per la loro natura intrinsecamente pericolosa non possono essere oggetto di tipizzazione. In questo modo egli dovrà affrontare un percorso argomentativo che, ogni volta in cui non sarà possibile rifarsi ad un'esplicita caratterizzazione legislativa della qualifica, dia quantomeno conto dei

motivi per cui si giunga o meno a ritenere, mediante quella che è stata definita dalla giurisprudenza come una “prognosi postuma”⁴³, che “l’agire” concretamente posto in essere dal convenuto collochi quest’ultimo in una situazione tale da imporgli di affrontare una situazione di incertezza precauzionale, sia in relazione alla quantità che all’entità dei singoli danni che l’attività da egli svolta può determinare.

Concludendo questa veloce disamina del rapporto tra l'art. 2050 c.c. e l'art. 2043 c.c. si potrebbe affermare che il primo stia al pericolo come il secondo sta al rischio, in modo da individuare entro l'ambito dell'art. 2050 c.c. la concezione moderna di clausola generale di responsabilità della società contemporanea che si pone di fronte all'ignoto e al pericolo incontrollabile costituito, ancorché in via potenziale dalle conseguenze dello sviluppo scientifico e tecnologico di questa epoca. La modernità di questa norma va tuttavia unita alla constatazione che l'art. 2050 c.c. rappresenta un modello inedito e privo di equivalenti in un contesto di comparazione a livello europeo e che è tale da costituire la traduzione delle preoccupazioni contemporanee in una norma con un tale valore sistematico.

L'art. 2050 c.c. e il contesto del danno da trasfusione infetta. La dottrina richiama questa norma a partire da anni non recenti in quanto, in relazione al mancato perseguimento della finalità generale di tutela della salute pubblica, il Tribunale di Roma⁴⁴ fonda l'affermazione, in capo al Ministero della Sanità, della responsabilità aquiliana e, poiché viene in rilievo lo svolgimento di un'attività pericolosa quale quella relativa all'approvvigionamento di emoderivati, viene specificata ai sensi dell'art. 2050 c.c. Con riguardo allo scrutinio relativo alla pericolosità di tale condotta, si può fare riferimento, oltre che al particolare rigore del regime di responsabilità aggravata relativa alle emotrasfusioni (che consentirebbe di individuare un profilo di pericolosità intrinseca in tale condotta che è evidente, per lo meno se posto alla luce di quanto accaduto con la vicenda del sangue infetto), si è fatto parimenti riferimento all'equiparazione tra emoderivati e medicinali affermata nell'art. 1 della Direttiva n. 65/65/CEE (per la quale costituisce medicinale “ogni sostanza o composizione idonea allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni organiche dell'uomo”). Infatti, la gravità del comportamento omissivo del Ministero si può dedurre senz'altro dalla pericolosità intrinseca della diffusione di “prodotti costituenti a tutti gli effetti medicinali”. Per questa ragione, il pericolo è ricondotto alla natura di medicinali degli emoderivati, nonché alla loro capacità d'incidere sulle funzioni organiche dell'uomo: tuttavia si può rinvenire nella stessa sentenza un passaggio in cui si dà rilievo, al fine di determinare la pericolosità degli emoderivati, alla circostanza per cui queste costituiscono un veicolo per le infezioni (caratteristica estranea ai medicinali).

Gli sviluppi teorici relativi a questa materia hanno individuato “solo” nell'attività di raccolta, conservazione e distribuzione di sangue umano ed emoderivati la presenza dagli estremi di pericolosità rilevanti per l'applicazione dell'art. 2050 c.c.: questo spiana la strada alla riflessione circa la natura della responsabilità del Ministero la cui omissione appare essere legata ad una dimensione non “suscettibile di valutazione economica” e quindi avente natura non patrimoniale.

43 Cass.civ., 30 agosto 1995, n. 9205, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Responsabilità civile*, n. 151: occorre precisare al proposito che la formula giurisprudenziale appena riferita non deve indurre a valutare la pericolosità avendo riguardo alla specifica situazione (cui sembra alludere l'impiego del sintagma “momento stesso”) nel quale veniva condotta l'attività del convenuto, dovendosi invece tale valutazione riferirsi - lo si rimarca - alla tipologia generale dell'attività esercitata dal convenuto.

44 Trib. Roma, 27 novembre 1998, n. , in *Giust.civ.*, fasc. 10, 1991, 2851 e ss, con nota di P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissioni di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, cit.

Questa prima valutazione circa la non patrimonialità del danno porta con sé ulteriori riflessioni relative ancora alla indicazione di tali attività come pericolose: infatti secondo alcune pronunce giurisprudenziali, “attività pericolosa non è quella del Ministero che esercita la vigilanza in materia sanitaria e di uso dei derivati del sangue, ma semmai quella dei soggetti direttamente coinvolti nella produzione e commercializzazione dei prodotti” e, più avanti, “la pericolosità della pratica terapeutica della trasfusione di sangue e dell’uso di emoderivati, così come della produzione e commercializzazione dei prodotti in questione, non rende ovviamente pericolosa l’attività ministeriale la cui funzione è proprio quella di controllare e vigilare a tutela della salute pubblica”. In questo modo si pone in crisi l’identificazione della vigilanza su attività pericolose con il concetto di attività pericolosa di per sé e tale critica viene rivolta in relazione al risultato paradossale che ne deriva ossia di far assorbire all’attività di vigilanza svolta dalla P.A. il carattere di pericolosità proprio invece dell’attività materiale di emotrasfusione, “determinando l’assoggettamento dell’organo di sorveglianza alla stessa regola di responsabilità imposta al soggetto sorvegliato”⁴⁵.

La dottrina, in anni recenti, ha prodotto una raccolta di contributi favorevoli all’applicazione della regola dell’art. 2050 c.c. in modo indifferenziato alle trasfusioni e all’impiego degli emoderivati, arrivando a configurare un dovere di diligenza aggravato a carico di coloro che raccolgono e distribuiscono queste sostanze destinate al consumo umano. La configurabilità di questo profilo di responsabilità in capo alla struttura sanitaria sembrerebbe oggi avvalorata da vari dati normativi, a partire dalla l. 107/1990 che contempla in modo espresso tra le funzioni di immunoematologia e trasfusione l’attuazione di “tutte le misure atte a valutare e prevenire la diffusione delle malattie post- trasfusionali, principalmente quelle infettive”⁴⁶.

Tuttavia si evidenzia, e qui sta il nodo centrale di questa parte della trattazione, che la responsabilità extracontrattuale del Ministero della Salute non risponde al canovaccio dell’art. 2050 c.c., in quanto le attività svolte dal Ministero non rispecchiano la pericolosità delle attività di produzione, commercializzazione e distribuzione del sangue, attenendo esclusivamente alla sfera di supervisione e controllo riconducibile all’ambito del *neminem laedere* che si rinviene ex art. 2043 c.c.⁴⁷.

Infatti sul piano sostanziale, la responsabilità del Ministero va a profilare un’imputazione colposa che si rinviene nel non aver rispettato o applicato le norme in termini di adozione delle cautele necessarie nella raccolta, conservazione e distribuzione del sangue o nella preparazione dei suoi derivati: in questo senso il nesso è da ritenersi *in re ipsa* e presuntivamente provato (si veda oltre al §3). Quest’ultimo passaggio logico

45 U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della Sanità?*, cit.: nel corso del suo ragionamento, RUSSO evidenzia alcuni aspetti rilevanti che derivano dalle affermazioni della giurisprudenza (come la negligenza che segna il comportamento omissivo della P.A. ovvero i doveri che vengono individuati in capo ad essa circa il generico onere di sorveglianza e direzione generale).

46 Ex art. 5, comma 2, lett.t); si veda anche il *d.p.c.m. 1 settembre 2000*, secondo il quale “l’implementazione di un sistema di qualità nelle strutture trasfusionali è un presupposto essenziale per minimizzare i rischi della trasfusione”, ed il successivo *d.m. 25 gennaio 2001, art. 12*, che così recita: “il ricevente la trasfusione di sangue o di emocomponenti e/o la somministrazione di emoderivati, preventivamente informato che tali procedure possono non essere comunque esenti da rischio, è tenuto ad esprimere per iscritto il proprio consenso o dissenso”.

47 In questo senso si veda *Trib. Roma, 14 giugno 2001*, in cui si afferma che “l’attività pericolosa non è quella del Ministero che esercita la vigilanza in materia sanitaria e di uso di derivati del sangue, ma semmai quella dei soggetti direttamente coinvolti nella produzione e commercializzazione dei prodotti. La pericolosità della pratica terapeutica della trasfusione di sangue e dell’uso di emoderivati (riconosciuta nell’art. 19 del d.m. sanità 15 gennaio 1991 come non esente da rischi) , così come nella produzione e commercializzazione dei prodotti in questione non rende ovviamente pericolosa l’attività ministeriale la cui funzione è proprio quella di controllare e vigilare a tutela della salute pubblica”.

è essenziale al fine di ricollegare quanto finora affermato alle pronunce della Cassazione in materia nelle quali si è determinato che il Ministero è tenuto a porre in essere comportamenti attivi di programmazione, vigilanza e controllo per prevenire o impedire la trasmissione di malattie ematiche ed un'eventuale insuccesso determinerebbe di fatto l'omissione di tale comportamento⁴⁸.

2.3 La responsabilità della pubblica amministrazione e le sentenze dell'11 gennaio 2008

Ricollegandosi a quanto appena sostenuto si può proseguire in questo ragionamento circa la natura della responsabilità della pubblica amministrazione nel caso di specie andando a richiamare le pronunce di Cassazione su cui, ad oggi, si fonda la disciplina del danno da emotrasfusione infetta: esse sono le sentenze nn. 576 a 584 dell'11 gennaio 2008⁴⁹. L'orientamento della giurisprudenza successiva al 2008 ha, secondo alcuni autori, travisato la portata di queste pronunce, estendendo oltremodo il campo di applicazione della responsabilità del Ministero e sostituendosi ad altre forme di tutela solidaristica del cittadino che erano altresì previste dalla legislazione vigente (l. n. 210/1992): in questo senso, gli autori che espongono questa critica intravedono il rischio concreto di cancellare in modo semplicistico vent'anni di rivisitazioni della normativa e in questo modo di privare questa della sua ragion d'essere (ossia la logica indennitaria) che diventerebbe desueta e decontestualizzata⁵⁰.

Questa critica tuttavia appare non essere percepita da coloro che affermano la responsabilità del Ministero in relazione alla mancanza del comportamento attivo di programmazione, vigilanza e controllo (obbligo fondato peraltro sulle sentenze Cass. Civ. 11 gennaio 2008, nn. 576 e 584, cit.) che viene a determinarsi con il comportamento omissivo individuato e contestato come fatto fondativo della responsabilità alla luce della colposità intrinseca nell'omissione di un divieto di trasfusione in caso di donatore affetto da epatite virale ovvero con valori di transaminasi e gpt fuori norma, elementi rilevabili mediante la determinazione delle transaminasi-alt e con il metodo dell'anti-HbcAg (come da consolidata giurisprudenza)⁵¹.

Tuttavia, se si vuole dare ascolto alle obiezioni svolte dal primo Autore, si può affermare che il Ministero dovrà essere ritenuto civilmente responsabile in tutti i (e solo nei) casi in cui si possa affermare che, al momento del contagio, sulla base delle conoscenze diffuse entro la comunità medica e se l'amministrazione avesse posto in essere le cautele necessarie, sarebbe stato "più probabile che non" la prevenzione del contagio da virus HCV (così come degli altri virus a trasmissione ematica) per la vittima del caso concreto⁵². Questo Autore peraltro conclude affermando che "aderire e condividere l'impostazione dei Giudici della Suprema Corte in base alla quale un comportamento maggiormente precauzionale del Ministero fin dai primi anni settanta

48 Infatti alla P.A. sarebbe sufficiente procedere al divieto di trasfusione "in caso di donatore affetto da epatite virale (Cass. n. 9315/2010) ovvero con valori alterati di transaminasi e gpt: la rilevazione del virus è, infatti, possibile già mediante la determinazione delle transaminasi alt ed il metodo dell'anti-HbcAg (Cass. n. 6241/1987, n. 8069/1993, Trib. Milano 19-11-1997 e Trib. Roma 14-06-2001)", come ribadito da A.M. BASSO, *Il Ministero deve risarcire i danni da emotrasfusione per violazione del neminem laedere*, in *Dir.&Giust.*, 2014, fasc. 0, 28.

49 Cass.civ., sez.un., 11 gennaio 2008, nn. 576 a 584, in *Foro it.*, 2008, I, 451-500.

50 In questo senso, S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, cit.

51 A.M. BASSO, *Il Ministero deve risarcire i danni da emotrasfusione per violazione del neminem laedere*, cit.

52 Per una trattazione più completa si veda di seguito al §3.

sarebbe stato idoneo non ad evitare il singolo contagio di cui di volta in volta si discute, ma ad evitare o comunque contenere entro limiti più ristretti il diffondersi del contagio, significherebbe legittimare un improbabile automatismo nell'addebito della colpa ed un impianto giuridico (e medico-legale) fondato sulla mera « pericolosità »⁵³.

Inutile dire che il tentativo di contestare una così ragionevole osservazione apparirebbe un esercizio di stile privo di qualunque fondamento logico o sistematico o giuridico: infatti ritenere che il Ministero o un qualunque soggetto pubblico dovesse porre in essere uno sforzo così imponente per andare a porre in essere una condotta preventiva di eventuali danni cagionati alla salute della popolazione sembra essere fondato su elementi irragionevoli. D'altro canto, se si vuole proporre una diversa chiave interpretativa sembra preferibile ritenere il Ministero responsabile di volta in volta in base alla precauzione mancata e quindi non sembra soddisfacente la pretesa di una condotta cautelativa in senso generale che venisse posta in essere all'indomani della scoperta di queste patologie e dei testi utili alla loro identificazione. Una condotta attiva diligente, così come richiesta dalle sentenze del 2008, e che ottemperi a quel grado di ragionevolezza necessario a soddisfare anche i principi di economia generale dell'ordinamento sembra essere piuttosto l'obbligo di verifica (in sede di prelievo per le nuovi dosi di sangue ovvero presso le banche del sangue) dei campioni in modo tale da escludere le varie patologie ma solo in relazione alla fruibilità di uno strumento scientifico idoneo ad individuarle caso per caso con la necessaria certezza.

Inoltre alcune di queste pronunce sono state prese a modello per individuare gli aspetti fondamentali di questa disciplina: un esempio evidentissimo è dato dalla sentenza n. 581/2008⁵⁴ che è stata utilizzata come metro per l'indicazione della struttura non solo del nesso di causalità quanto anche dell'istituto della prescrizione (di particolarissimo interesse e per il quale si rimanda al §4). Ma questo è solo un esempio della valenza sistematica di quelle pronunce: infatti in quell'occasione le Sezioni Unite hanno affrontato molteplici questioni legate a controversie promosse da persone danneggiate in seguito all'insorgere di infezioni susseguite a terapie trasfusionali o assunzione di emoderivati infetti. A seconda dei diversi casi, le domande risarcitorie sono state variamente indirizzate ai soggetti presunti responsabili (medici, strutture ospedaliere, Ministero della Salute): tuttavia la rilevanza di queste pronunce si può misurare con particolare intensità nel campo dell'imputazione della responsabilità al Ministero competente. Per poter determinare questa attribuzione, lo snodo principale era rappresentato dalla questione del nesso di causalità (di cui si tratterà in seguito) che tuttavia determina la necessità di individuare un profilo di responsabilità omissiva in capo al Ministero: infatti la sentenza di Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit. afferma chiaramente che “il Giudice pertanto è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato 'contro-fattuale' che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato”.

Tuttavia, prima di affrontare questi profili (che saranno oggetto di autonoma trattazione ai § 3 e 4), è necessario osservare quanto affermato dalla precedente pronuncia della

53 S. D'ERRICO, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della Salute in tema di infezione post-trasfusionale*, cit.

54 Cass.civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453, con osservazioni di A. PALMIERI.

Cassazione, la decisione n. 11609/2005⁵⁵: questa sentenza attrae l'attenzione per il caso in esame in quanto è la prima affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità del Ministero della salute per emotrasfusioni infette, determinando una forte influenza su quanto è avvenuto nella fase intermedia tra il 2005 ed il 2008, prodromica a questa serie di pronunce. Infatti, questa pronuncia indica la sussistenza di un nesso di causalità tra l'omissione dei controlli ed i danni lamentati da i pazienti che rileva a partire dal momento in cui la comunità scientifica ha avuto conoscenza dell'esistenza dei virus di HBV, HIV e HCV e dei relativi test di identificazione (rispettivamente nel 1979, 1985 e 1988): prima di queste date infatti, si ritiene che sarebbe irragionevole configurare il nesso di causa e la condotta colposa determinando l'insussistenza di una responsabilità in capo all'ente deputato al controllo in quanto i canoni di diligenza richiesti e commisurati alle conoscenze scientifiche dell'epoca non venivano in alcun modo disattesi, rendendo ineludibile l'evento dannoso.

Come si è reso di per sé evidente, parlare di queste pronunce significa inevitabilmente parlare di causalità e prescrizione: tuttavia tentare uno sviluppo di questi temi in questo contesto determinerebbe, a parere di chi scrive, una congestione incapace di fornire elementi analitici per comprendere la portata rivoluzionaria di quanto in esse affermato e quindi è necessario svolgere separate osservazioni a riguardo.

3. Nesso di causalità: dalla logica penalistica al criterio del “più probabile che non”

Aspetti generali dell'istituto. La riflessione fino a qui condotta è stata rivolta alla scomposizione analitica della parte della sentenza in commento in cui si andava ad individuare l'elemento della responsabilità civile della P.A. per i danni da emotrasfusioni infette, attraverso l'analisi delle varie ipotesi che, nel corso degli anni, si sono succedute a riguardo in dottrina come in giurisprudenza: ora la riflessione deve però ripartire guardando ad un ulteriore elemento di particolare interesse sinteticamente individuato dalla sentenza del Tribunale di Salerno, ossia il nesso di causalità tra la condotta posta in essere e l'evento cagionato.

Questo tema porta con sé inevitabili considerazioni problematiche a livello sistematico in quanto, anzitutto, risente della passata natura ancillare della responsabilità civile nei confronti di quella penale: infatti è ormai pacificamente affermato che la causalità, nell'ambito civilistico, trova agli artt. 40 e 41 c.p. l'indicazione dei “principi generali che regolano la causalità di fatto”⁵⁶. La dottrina ha saputo raccogliere quanto espresso dalla Suprema Corte in sede civile (il tutto riassumibile nella massima: “Il nesso di causalità è regolato, anche in materia civile, dall'applicazione dei principi generali che regolano la causalità di fatto, delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e temperati dalla regolarità causale”) che tuttavia non lascia il terreno sgombro da problematiche che vengono a determinarsi “tra astrattezza e concretezza; tra realtà ed ipoteticità; tra materialità e giuridicità; tra necessità e sufficienza; tra certezza e probabilità (con qualche cedimento verso la possibilità, come in tema di perdita di chance); tra absolutezza e normalità”⁵⁷. Quanto affermato con riferimento alle problematiche relative all'individuazione di un criterio causale fondato su norme penalistiche viene poi aggravato da ulteriori implicazioni sia di carattere sostanziale, in quanto derivano dall'analisi della natura dei termini contrapposti dal nesso, ossia la condotta (attiva od omissiva) e l'evento (naturalistico o giuridico), sia di matrice processuale in quanto si deve determinare a quale sviluppo fare maggior riferimento, se quello che pretende l'individuazione di un risultato

⁵⁵ Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793.

⁵⁶ Trib. Salerno, I sez., 01 luglio 2014, n. 6108.

⁵⁷ A. BAUDI, *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, in *Giur.merito*, fasc. 9, 2011, 2042B.

probatorio certo ovvero a quello che preferisce l'applicazione del criterio del c.d. “più probabile che non”.

Dal punto di vista civilistico, prestando ancora uno sguardo complessivo all'argomento della causalità, si può affermare che, dal momento che la responsabilità del Ministero della Salute è stata ormai pacificamente inquadrata entro i canoni dell'art. 2043 c.c., il tradizionale recepimento della teoria penalistica della causalità è considerata insufficiente a soddisfare la necessità di dare chiarezza all'intrinseca nebulosità del concetto di responsabilità aquiliana. In questo senso si possono osservare elementi di grande innovazione negli enunciati della giurisprudenza di legittimità: infatti se le Sezioni Unite aveva indicato una ricostruzione teorica delle questioni connesse alla causalità civile con la citata sentenza 11609/2005, con pronunce successive⁵⁸ si è abbandonata questa analisi concentrando il fuoco della discussione sull'esame del comportamento colposo dell'amministrazione e sullo scopo delle norme violate. Infatti, riferendosi a casi di responsabilità per atti omissivi, si fa oggi riferimento ad un consolidato orientamento che indica come l'inesistenza sul piano ontologico di un contegno omissivo influisce sulle modalità di accertamento del nesso di causa, anche in virtù del fatto che la causa del danno, dal punto di vista naturalistico, è necessariamente un fatto diverso dall'atto omesso.

Tuttavia, a partire dall'inquadramento della disciplina entro i canoni della responsabilità aquiliana si è osservato come la questione del nesso eziologico sia stata affrontata rilevandosi che il recepimento dell'elaborazione penalistica della materia appare insufficiente dal momento che si è evidenziato come, nelle concezioni moderne di responsabilità civile, la struttura della responsabilità aquiliana sia costruita attorno al danno ingiusto e non più attorno al fatto illecito, danno che finisce per rilevare sia sotto il profilo della sua natura di evento lesivo, retto dalla causalità materiale, sia come insieme di conseguenze risarcibili e dunque correlato alla causalità giuridica. Inoltre: “si è consolidata nella cultura giuridica contemporanea l'idea, sviluppata soprattutto in tema di nesso causale, che esistono due momenti diversi del giudizio aquiliano:

a) la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, per la quale la problematica causale, detta causalità materiale o di fatto, presenta rilevanti analogie con quella penale, artt. 40 e 41 c.p., ed il danno rileva solo come evento lesivo;

b) la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria.

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, occorre distinguere nettamente:

a) da un lato, il nesso che deve sussistere tra comportamento ed evento perché possa configurarsi, a monte, una responsabilità “strutturale”;

b) dall'altro, il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua funzione di delimitare, a valle, i confini della responsabilità risarcitoria”.

Tutto ciò viene a determinare l'individuazione di due gradi di probabilità entro la struttura del sistema della responsabilità civile: infatti lo “standard di «certezza probabilistica» in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma e, nel contempo, di esclusione di altri possibili fattori alternativi disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della

58 Cass.civ., sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685, con nota di F. P. PATTI e G. M. TANCREDI, *Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico*, in *Danno e resp.*, 2012, fasc. 2, 135

probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni)”⁵⁹.

Il ragionamento sinora svolto, e basato su quanto da altri già analizzato, porta a domandarsi se sia possibile l'indicazione di una soluzione intermedia, la cui ricerca porta all'approdo oramai più volte ribadito dalla giurisprudenza del riferimento al criterio del “più probabile che non” che determina conseguenze unicamente sul piano processuale nonché un'evidente discrasia tra le conseguenze sul piano civile e su quello penale.

Il nesso di causalità tra la condotta del Ministero della Salute e il danno al paziente. Su questo profilo si intende sottolineare anzitutto gli estremi del percorso interpretativo-sistematico intrapreso dalla Suprema Corte nel 2008 per poi evidenziare alcune differenze logiche proposte dalla successiva sentenza del 2011.

Partendo quindi da quanto affermato nelle pronunce delle Sezioni Unite, si può preliminarmente evidenziare come queste aderiscano alla teoria della causalità adeguata (affermatasi nella dottrina tedesca a partire dal 1900): essa afferma, per sommi capi, che la responsabilità non si estende ai danni che, rispetto al comportamento del danneggiante, non potevano essere previsti come regolare svolgimento causale sulla base di un giudizio prognostico (e quindi ex ante). La Cassazione in quella sede osserva come non abbia rilevanza il fatto che l'evento fosse prevedibile da parte dell'agente ma che esso risulti in base a regole scientifiche o statistiche: questa precisazione è utile in quanto serve a distinguere l'accertamento del nesso di causa con quello dell'elemento soggettivo, la cui consistenza è valutata generalmente sul parametro di conoscenza dell'uomo medio⁶⁰.

Il caso dell'illecito omissivo determina storicamente una diversa applicazione della teoria in modo che sia coerente alla teoria del c.d. “giudizio contro-fattuale”⁶¹ ossia quello strumento logico che consente di sostituire al comportamento omissivo la condotta attiva per constatare quali sarebbero state le conseguenze “facendo finta che” il soggetto abbia posto in essere l'azione che gli era richiesta. In questo modo non si può riconoscere l'insorgere della responsabilità per omissione “quando il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l'evento prospettato: la responsabilità non sorge non perché non vi sia stato un comportamento anti-giuridico (l'omissione di un comportamento dovuto è di per sé un comportamento anti-giuridico), ma perché quell'omissione non è causa del danno lamentato”⁶².

59 Tratto da A. BAUDI, *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, cit.

60 Il parametro della conoscenza dell'uomo medio tuttavia sembra necessiti di una diversa regolazione sulla base della circostanza di applicazione: infatti il concetto di uomo medio dovrebbe essere mutato in relazione alla categoria cui si rivolge, individuando un grado di diligenza tale da consentire di produrre una diversa reazione dell'ordinamento al variare dei soggetti presi in causa (peraltro questa necessità di distinzione che apparentemente tende a determinare condizioni di svantaggio immotivato verso taluni soggetti, rispecchia il principio di eguaglianza in senso sostanziale affermato dall'art. 3 Cost. in quanto questo porta con sé il fatto che il canone dell'uguaglianza debba necessariamente adattarsi alla situazione concreta (per chiarire il concetto, si può pensare all'esempio di un bando per l'assegnazione di un posto di lavoro come pompieri, il quale preveda requisiti diseguali per uomini e donne che si traducono in uno svantaggio formale per i soggetti femminili ma non in uno illegittimo, proprio in virtù della funzione che esse dovranno svolgere e che necessita, per sua natura, di determinati requisiti più stringenti).

61 Si veda A. BAUDI, *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, cit.: “il ricorso al «giudizio contro-fattuale», articolato sul condizionale congiuntivo «se... allora...» [...] e costruito secondo la tradizionale «doppia formula», nel senso che: a) la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato”.

62 In questi termini: Cass.civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

Se invece si osserva quanto motivato nella sentenza 17685/2011 della Cassazione⁶³, si pone l'accento sull'insieme degli atti normativi che prescrivevano al momento dell'infezione obblighi di vigilanza in capo al Ministero in ordine alle pratiche trasfusionali: questo indica l'esistenza di un apparato di obblighi in capo al Ministero che determinano l'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento omissivo ed il danno in via presuntiva laddove manca qualunque riferimento sia alla prevedibilità dell'evento che al giudizio ipotetico: infatti, con riguardo alla prima mancanza, si può affermare che, dal momento che le norme richiamate dalla sentenza erano rivolte ad evitare la concretizzazione del rischio inerente la trasfusione, la sua realizzazione basta di per sé a determinare un collegamento tra condotta ed evento (senza, ovviamente, cadere nell'a responsabilità ex art. 2050 c.c. per quanto affermato nell'analisi del §2.2). Se si osserva invece la seconda "mancanza", si può ribadire che "non si chiarisce se il corretto espletamento degli obblighi di prevenzione e vigilanza, in base alle conoscenze scientifiche del tempo, avrebbe potuto evitare l'infezione, mancando quindi la soluzione all'interrogativo circa l'evitabilità dell'evento attraverso una condotta in linea con gli obblighi posti dalla legge"⁶⁴.

Questa diversa ricostruzione dottrinale, che non si conforma alla causalità adeguata, sembra far riferimento ad un giudizio di esperienza che rende possibile individuare nel danno l'effetto causato dal comportamento positivo od omissivo che sia. Da questa osservazione si può aprire una parentesi sulla c.d. teoria della causalità specifica che rende possibile determinare il risarcimento del danno che secondo l'esperienza costituisce la realizzazione di un rischio specifico creato da un determinato antecedente, il quale è illecito. La concezione bipartita tra causalità materiale e giuridica che si è affermata in giurisprudenza determina la necessità di distinguere il nesso che lega la condotta e l'evento dannoso con quello che congiunge l'evento alle conseguenze dannose: in merito si può far riferimento alla tesi di BIANCA che precisa come l'art. 1223 c.c. "concerne tutta l'area del danno risarcibile, sia che si tratti del danno che integra la lesione dell'interesse protetto sia che si tratti delle conseguenze economiche negative. A tale norma deve quindi egualmente riportarsi la rilevanza del nesso causale tra fatto e danno ingiusto e tra fatto e danno risarcibile"⁶⁵. La particolarità della posizione di BIANCA sta nel fatto che la causalità specifica consente di ricomprendere entro l'ambito del danno risarcibile anche casi eccezionali purché risultanti dal rischio specifico creato dal comportamento del danneggiante.

Detto questo, la ricostruzione del comportamento dovuto può fondarsi anche su presupposti diversi come la clausola di buona fede ex art. 1176 c.c. che si sostanzia, per la P.A., in un obbligo di informazione, avviso e salvaguardia dell'utilità altrui: infatti se si fa riferimento al rapporto nascente da contatto sociale non si ha ad oggetto un generico obbligo di protezione ma una specifica prestazione modellata sul contratto d'opera professionale che intercorre tra l'ente e il paziente e che è perfettamente calzante con l'attività svolta dal Ministero⁶⁶. A partire da queste basi, le Sezioni Unite nel 2008, pur non prendendo posizione sulla teoria della causalità specifica e "non disconoscendo che sovente in giurisprudenza, per l'imputazione della responsabilità, riecheggia l'esigenza che il danno sia una concretizzazione del rischio che la norma di condotta

63 Cass., sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685, in *Danno e resp.*, 2012, fasc. 2, 135

64 F. P. PATTI e G. M. TANCREDI, *Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico*, in *Danno e resp.*, 2012, fasc. 2, 135.

65 In C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, sub artt. 1218-1229 c.c., II ed., Bologna-Roma, 1979, 255F.

66 Questo principio è stato affermato con la sentenza di Cass., 13 aprile 2007, nn. 8826, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Contratto in genere*, n. 385.

violata tendeva a prevenire”, esprimono altresì una posizione chiara sul fatto che questo elemento da solo non può in alcun modo fondare l'accertamento del nesso eziologico: infatti “il rischio o il pericolo, considerati eventualmente dalla ratio dello specifico paradigma normativo ai fini dell’allocazione del costo del danno possono sorreggere la motivazione che porta ad accertare la causalità di fatto, ma restano categorie di mero supporto che da sole non valgono a costituire autonomamente una teoria della causalità nell’illecito civile”⁶⁷.

La contrapposizione tra la posizione recente della Terza Sezione della Cassazione e quella precedente delle Sezioni Unite, ancorché per ora confermata sul piano operativo, necessita di una specificazione in termini più sostanziali e che guardino alle conseguenze che il diverso approccio esposto comporta: si verrebbe a determinare una trasformazione nell’ambito della prospettiva risarcitoria in quanto si riscontrerebbe solo qualora l’infezione da HCV, in base alla causalità adeguata, non fosse stata prevedibile al momento del contagio. Questo fa sì che un risultato divergente potrebbe derivare dall’imprevedibilità del danno che permetterebbe di configurare la responsabilità dell’ente pubblico secondo il profilo di causalità specifica.

Con la sentenza n. 581/2008, le Sezioni Unite hanno provveduto a correggere l’indirizzo giurisprudenziale che faceva capo alla precedente Cass. n. 11609/2005 riuscendo in questo modo a superare la contraddizione individuata nella sua prassi mediante la decisione di considerare le tre patologie come un unico evento lesivo un elemento inconfutabile e assunto per vero nel ragionamento della Corte in quanto non riesce a trovare fondamento su considerazioni scientifiche in ordine alla prevedibilità delle singole malattie, sulla base di un giudizio ex ante. La possibilità di intendere le diverse patologie alla stregua di un solo evento lesivo sembra essere stata oggetto di forti critiche da parte dei commentatori in quanto si è dubitato della coerenza nella motivazione dei giudici di legittimità poiché la soluzione dell’evento lesivo non è sembrata in linea con le argomentazioni riguardanti il nesso di causalità contenute nella stessa decisione.

Per tentare di trarre delle conclusioni sul tema della causalità nel caso di specie, si potrebbe richiamare la sentenza in esame, che sul tema afferma “Quanto al nesso causale è regolato, anche in materia civile, dall’applicazione dei principi generali che regolano la causalità di fatto, delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e temperati dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell’ordinamento. In tema di nesso eziologico configurabile; tale applicazione va adeguata alla peculiarità delle singole fattispecie normative della responsabilità civile. In particolare, muta la regola probatoria: mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, nel processo civile vige la regola della preponderanza del ragionevole dubbio o del “più probabile che non”.”.

Conclusioni. Appare evidente che, nel caso di specie, il giudice si riveli aderente ad uno sviluppo dottrinale storicamente consacrato nel diritto penale e trasfuso in ambito civilistico, dove ha assunto caratteri unici in virtù della profonda differenza tra questi due sistemi, differenza che sta tutta entro l’ambito della diversa regola probatoria ritenuta necessaria: questo determina un’evidente maggiore incertezza, in ambito civilistico, con riguardo all’allocazione di un evento ad una condotta, incertezza tuttavia connaturata nella natura di quel sistema, nato prima di tutto per poter dare soddisfazione alle spinte autonomiste dei privati e che è in grado di determinare sfumature di tutela che la fattispecie penale non può fisiologicamente raggiungere in virtù dei principi costituzionalmente orientati che guidano quella materia (e nello specifico in relazione ai

67 Cass.civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

corollari del principio di legalità, al principio di tassatività, di determinatezza e di tipicità) che portano ad avere una reazione grave e rigida da parte dell'ordinamento, rigidità spazzata via dall'utilizzo di un metro di misurazione della causalità che sia fondato su criteri probabilistici elastici, capaci di ottemperare a quella funzione di "tutela vicaria" del singolo di fronte all'ingiustizia dei danni subiti, laddove non possa far valere altro tipo di responsabilità ovvero coordinandosi con diverse azioni più inquadrare.

4. Prescrizione: il problema del *dies a quo*

La prescrizione nella visione del codice. Ritornando ancora una volta al testo della pronuncia del Tribunale di Salerno, risulta immediatamente evidente come, in quella sentenza, la tematica della prescrizione della prescrizione risulti come elemento primario in quanto essa afferma che "preliminarmente, va analizzata l'eccezione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno proposta dalla assicurazione terza chiamata in causa.

Invero, l'attrice è stata sottoposta a trasfusione di sangue nell'anno 1988, come documentato, e nell'anno 2000 ha avuto la prima diagnosi di epatite cronica certificata con riferimento al nesso causale, pertanto avendo proposta la domanda di risarcimento del danno nell'anno 2005, come da citazione la stessa non è prescritta ritenuta operativa la prescrizione decennale, in forza del rapporto obbligatorio di base, relativo alla prestazione sanitaria e considerato che il momento di decorso del termine è dato non dal tempo in cui si assume essere stata contratta la malattia, ma quello della conoscenza e/o della conoscibilità secondo le regole della ordinaria diligenza. La presunzione dell'azione di danno nei confronti del Ministero della Salute per omessa vigilanza sulla tracciabilità del sangue decorre non dal giorno della eseguita trasfusione, né da quello in cui si sono rilevati i primi sintomi della malattia, bensì dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto consapevolezza della riconducibilità del suo stato morboso alla trasfusione subita, anche qualora fosse. da riferire all'art. 2043 c.c., con prescrizione in anni cinque. (Cass. Sez. Unite n. 581/2008)".

Dal dettato della sentenza risultano evidenti alcuni profili di carattere generale: anzitutto la distinzione codicistica che si frappona tra prescrizione ordinaria (per le obbligazioni contrattuali) e prescrizione breve (per le obbligazioni extracontrattuali); in secondo luogo la necessità di determinare con la maggiore certezza possibile il momento "della conoscenza e/o della conoscibilità secondo le regole della ordinaria diligenza" della patologia lamentata. Da queste basi si possono svolgere due diverse riflessioni: la prima riguarda il vantaggio derivante dal termine ordinario e quindi dalla possibilità di far valere un'azione relativa alla responsabilità contrattuale, in quanto la decorrenza è decennale e determina il fatto che, azionando il contratto per vendicare il danno subito, si potrà contare su dieci anni di tempo dal momento in cui si ha l'inadempimento dell'obbligazione che ha determinato il danno per procedere con la presentazione di un'azione risarcitoria per responsabilità civile di tipo contrattuale a carico della parte inadempiente. In relazione invece alla responsabilità di tipo extracontrattuale, la disciplina è ovviamente diversa in quanto prevede un termine di prescrizione nei cinque anni, e rende impossibile ricorrere mediante responsabilità aquiliana oltre la scadenza di quel termine, rendendo questo profilo meno potente sul piano risarcitorio.

Una riflessione in questo senso rende indispensabile un'analisi attorno all'individuazione del momento in cui si ha il decorso della prescrizione: infatti, se con l'illecito contrattuale questo momento è di immediata e pacifica individuazione, nell'illecito aquiliano, laddove non vi sono relazioni tra le parti, questo elemento può essere accertato solamente con il nesso eziologico tra condotta ed effetto-danno. Se si guarda

alla norma di riferimento (art. 2947 c.c.), ed in particolare al primo comma, si evidenzia con chiarezza la problematica relativa al c.d. danno lungo-latente, il quale rende difficile determinare il giorno in cui il fatto si è verificato e dunque l'inizio del decorso della prescrizione⁶⁸.

Il dies a quo nel danno da trasfusione infetta. Questo elemento di difficoltà trova un suo campo di inevitabile applicazione nella responsabilità per danno da emotrasfusioni infette, in quanto si presta particolarmente all'applicazione dell'idea di danno lungo-latente: infatti, partendo proprio dall'analisi del profilo temporale della vicenda, è evidente come si possano individuare diversi momenti da cui, a seconda dell'impostazione seguita, si potrebbe far derivare l'inizio della decorrenza del termine di prescrizione: infatti la condotta materiale che ha portato il contagio si potrebbe presumibilmente far risalire al 1988, anno in cui l'attrice è stata sottoposta ad intervento chirurgico con relativa trasfusione di sangue. Tuttavia un'interpretazione della disciplina della prescrizione in questo senso determinerebbe un ingiusto svantaggio per il soggetto agente in quanto verrebbe derubato della possibilità di ottenere un risarcimento per il danno ingiusto subito, evento questo impensabile alla luce delle funzioni tipiche della responsabilità civile. Infatti la dottrina è andata individuando come la responsabilità civile, per la propria capacità di permeare l'ordinamento e la vita della comunità in ogni sua dimensione, possa rintracciare l'elemento fondativo del risarcimento sulla possibilità di compensare il danneggiato dai danni derivanti da condotte lesive della sua sfera giuridica (contrattuale o extracontrattuale che sia)⁶⁹.

Tutto ciò è stato oggetto di una presa di posizione fondamentale da parte delle Sezioni Unite, le quali nel 2008 hanno individuato l'inizio del decorso “non dal momento in cui il terzo produce il danno o la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la patologia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto, conseguente alla condotta dolosa o colposa di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche”⁷⁰. Tuttavia questa affermazione determina un elevato grado di incertezza tanto che alcuni autori rilevano la necessità di un'auspicabile riforma con cui, traendo da un'osservazione in senso comparato della disciplina in materia, si individui la soluzione del problema mediante l'introduzione di un termine più lungo e che decorra in ogni caso dalla data del verificarsi dell'evento dannoso e tale per cui non vengono prese in considerazione cause di sospensione od interruzione.

Le Sezioni Unite, nel determinare un *revirement* di quanto affermato nel 2005, sostennero l'unicità dell'evento lesivo “trasfusione infetta” e quindi anche l'unicità del nesso causale precedentemente tripartito in “trasfusione – contagio – lesione” e che pertanto già dal 1979, data della scoperta dell'HBV, cade sulle spalle del ministero la responsabilità per l'infezione da una di queste tre malattie le quali non sono eventi autonomi e diversi ma “forme di manifestazione patogene dello stesso evento lesivo

68 La giurisprudenza di legittimità ha fondato questo elemento sull'interpretazione sistematica di questa norma, cui viene accostato il principio generale di cui all'art. 2935 c.c. in cui si stabilisce che la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Per maggiori dettagli, vedi Cass.civ., 21 febbraio 2003, in *Giur.it.*, 2004, 286 con nota di Bona, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio responsabile*.

69 Si tenga conto che la funzione compensativa non appare essere l'unica risposta alla domanda “a quale scopo opera la responsabilità civile”. Infatti si individuano anche profili relativi al c.d. danno punitivo, alla funzione precauzionale (nella misura in cui si vede la RC come un modo per costruire la regola di condotta ex post), alla valenza politica essenziale della questione, fino a teorizzare moderne concezioni di ingegneria sociale.

70 F. P. PATTI e G. M. TANCREDI, *Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico*, cit.

dell'integrità fisica". Nonostante tutto ciò venga ad affermarsi in via giurisprudenziale (nell'ambito della giurisprudenza di merito già a partire dal 2006 ⁷¹), la dottrina rileva come le Sezioni Unite abbiano riconosciuto la responsabilità del Ministero rendendo più evanescente la descrizione dell'evento lesivo in ordine al quale compiere l'accertamento causale. Infatti, si passa dall'esatta individuazione delle forme epatiche alla più generale categoria dell'infezione del fegato e in questo modo si ottiene il risultato di ampliare l'ambito di responsabilità del Ministero della Salute: in tal senso sembra utile richiamare TRIMARCHI, il quale sostenne che se "A ferisce gravemente B, il quale viene ricoverato in ospedale dove guarisce dopo qualche tempo. Quando lascia l'ospedale, B viene travolto e ucciso da un'automobile davanti al portone dell'edificio [...]. Ora, se l'evento viene descritto semplicemente come 'morte di B', l'atto di A (si trattava di un ferimento grave) si deve considerare come idoneo a produrlo": è tuttavia comunque necessario approfondire quanto finora detto ribadendo che nel caso deciso dalle Sezioni Unite non è certo che la condotta corretta da parte della P.A. avrebbe potuto evitare le lesioni al fegato e quindi, a differenza dell'esempio di TRIMARCHI, la violazione dell'obbligo di agire non costituisce una *condicio sine qua non* ⁷².

Parte della dottrina, interrogandosi e commentando la portata delle pronunce delle Sezioni Unite, ha affermato che "l'individuazione del *dies a quo*, ancorata solo ed esclusivamente all'esteriorizzazione del danno, manifesta evidenti limiti, impedendo una piena comprensione delle ragioni che giustificano l'inattività (incolpevole) della vittima rispetto all'esercizio dei suoi diritti", ed ancora che "l'approccio dell'individuazione del *dies a quo* si sposta dalla mera disamina dell'evolversi e dello snodarsi nel tempo delle conseguenze lesive del fatto illecito o dell'inadempimento, alla rigorosa analisi delle informazioni cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare, della loro idoneità a consentire al danneggiato una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio e della loro disponibilità in capo al convenuto" ⁷³. Dall'esamina della fattispecie appare evidente il ruolo centrale che assume la valutazione operata dalle Commissioni Mediche Ospedaliere, le quali certificano l'esistenza del nesso causale tra le trasfusioni e l'infezione contratta, collegando il danno al soggetto responsabile e rappresentando così il momento in cui il danno svela il proprio volto ingiusto e la sua riferibilità ad un soggetto.

Tuttavia appare non privo di interesse l'approccio di una sentenza del Tribunale di Torino con la quale si è esclusa la responsabilità del Ministero per un caso simile in virtù dell'accoglimento dell'eccezione di prescrizione, nella parte in cui il Ministero faceva valere in giudizio l'ignoranza, nel periodo che intercorreva tra il 1984 e il 1989, di dati scientifici adeguati circa l'identificazione del virus HCV (il quale trova completa individuazione solo nel 1989 per l'appunto). Il Tribunale infatti conclude che in quanto "proprio a cavallo del periodo in cui la scienza medica stava scoprendo il nuovo virus ed approntando gli opportuni test [...], in un periodo quindi di incertezza ed organizzazione" nel quale non si può rimproverare il contagio da epatite C lamentato dalla parte ⁷⁴.

Questa impostazione è stata fortunatamente stralciata dal nostro ordinamento da parte delle Sezioni Unite della Cassazione che, confermando una sentenza della Corte di

71 Trib. Roma 31 e 29 agosto, 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 794.

72 P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 41.

73 F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Resp.civ e prev.*, fasc. 4, 2008, 841.

74 Trib. Torino, 14 marzo 2007, in *Resp.civ e prev.*, fasc. 6 2007, 1371, con nota di F. GRECO, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, cit.

appello di Roma ha sostituito quanto affermato dalla precedente sentenza di Torino in virtù del fatto che varie disposizioni di legge attribuiscono al Ministero “le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei servizi inerenti alla raccolta, preparazione, conservazione, e distribuzione di sangue umano per uso trasfusionale, alla preparazione dei suoi derivati e ne esercita la vigilanza, nonché il compito di autorizzare l'importazione e l'esportazione di sangue umano e dei suoi derivati per uso terapeutico”⁷⁵.

Questa generica percezione per cui il Ministero, nei confronti dell'attività trasfusionale appare come il soggetto indicato in prima istanza a porre in essere un comportamento attivo che limiti al minimo, secondo diligenza, l'insorgenza delle infezioni da emotrasfusione infetta determina, con il fatto che esso ponga in essere una condotta omissiva correlata ad un generico stato di inerzia, che venga a configurarsi un illecito: per questa ragione l'Autore giunge ad affermare che “la inerzia dell'allora Ministero della Sanità di fronte al serio e concreto rischio di trasmissione per via trasfusionale non può non avere avuto una incidenza causale sui contagi epatici anche più risalenti nel tempo; non può inoltre essere trascurato per l'effetto la colpevolezza dell'organo statale il quale comunque era nelle condizioni ed aveva l'obbligo di attuare tempestivamente tutte quelle pratiche, quelle metodiche e quelle direttive che la scienza mondiale era andata individuando allo scopo di arginare le possibili complicità legate ad una terapia rischiosa quale la pratica trasfusionale”⁷⁶.

Giungendo a questa conclusione si può immediatamente constatare come, anche sotto il profilo della prescrizione, quanto affermato dal Tribunale di Salerno appaia coincidente con il solco tracciato dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2008, pronunce che possono essere considerate come la chiave si (s)volta dell'intero sistema della responsabilità civile per questa materia e che, con riguardo all'istituto della prescrizione, hanno saputo individuare uno strumento interpretativo che ha portato a garantire al contempo il rispetto della *ratio* dell'istituto di cui al *Titolo V, Libro IV del Codice civile* e le finalità compensativa o retributiva a fronte dei danni ingiustamente cagionati e propria della responsabilità civile.

5. Conclusioni

La sentenza in commento si conclude con l'accoglimento del ricorso e la condanna, per la parte convenuta, “al pagamento della somma di euro 50.000,00 in favore dell'attrice, espressa all'attualità, oltre interessi nella misura legale dal fatto e sino a soddisfo, con condanna a carico del Ministero della Salute in solido con Regione Campania in loco della già Gestione di Liquidazione della USL n. 55 di Eboli”. Questa sembra essere l'unica soluzione possibile per una questione come quella su cui si trova a dover decidere il Tribunale di Salerno in quanto la parte attrice ha dalla sua, oltre ad un istintivo moto di empatia per la sfortuna della sua condizione (peraltro, come se non bastasse, nemmeno cagionata da proprie condotte rischiose)⁷⁷, anche anni di giurisprudenza e dottrina che hanno determinato la stratificazione di opinioni e sentenze

75 F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizionale nel danno da emotrasfusioni infette*, cit.: si fa qui riferimento alle leggi nn. 592/1967, 519/1973, 833/1978 e 107/1990.

76 F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizionale nel danno da emotrasfusioni infette*, cit.

77 “L'infezione spesso decorre in maniera asintomatica o presenta sintomi vaghi e aspecifici. La guarigione avviene in circa il 20% dei casi, ma in un'elevata percentuale di casi (circa 80-85%), l'infezione acuta può cronicizzare e trasformarsi in una patologia di lunga durata e/o condurre alla cirrosi, una condizione grave del fegato che può portare a sviluppare insufficienza epatica e tumore del fegato. Si stima che ogni anno si verifichino 3-4 milioni di nuovi casi. Le persone cronicamente infette sono circa 150 milioni. Ogni anno muoiono circa 350.000 persone a causa di patologie del fegato HCV correlate”: da http://www.salute.gov.it/portale/salute/p1_5.jsp?lingua=italiano&id=118&area=Malattie_infettive.

che in più occasioni hanno avuto modo di affermare inconfutabilmente la responsabilità del Ministero in quanto organo delegato alla funzione di controllo e garanzia verso la collettività.

DANNO DA ULULATO, RESPONSABILITÀ CIVILE DA IMMISSIONI CONDOMINIALI INTOLLERABILI E TUTELA DELLA SALUTE

di Giulia Urbanis

IL CASO

Due condomini si lamentano dei guaiti incessanti di un cane di proprietà di una signora residente nel condominio. Per questo motivo, nel 2009, avevano convenuto in giudizio la signora, rivolgendosi al Giudice di pace, il quale aveva accertato la non occasionalità dell'abbaiare del cane, che anzi superava la soglia della normale tollerabilità; basandosi su questo dato e sul regolamento condominiale il Giudice aveva ordinato alla donna di adottare tutte le misure necessarie affinché il cane non arrecasse pregiudizio al vivere tranquillo dei condomini. Dopo un lungo periodo di esposizione a suddette immissioni, i due condomini avanzano una pretesa risarcitoria verso la signora poiché lamentano un intollerabile turbamento al bene della tranquillità e una lesione del diritto alla salute, concretizzatasi sul piano della sfera psichica in sintomi, quali ansia, depressione e irritabilità, oggetto di valutazione diagnostica. La convenuta si difende, asserendo che il cane non è di sua proprietà, bensì del figlio e negando l'efficacia probatoria della sentenza emessa dal Giudice di pace relativamente al danno non patrimoniale apparentemente subito: la sentenza infatti non riconosceva alcun diritto al risarcimento né l'idoneità dei latrati a cagionare un danno biologico. Eccepisce inoltre che i soggetti agenti erano già sottoposti a cura farmacologica per disturbi a livello psicologico. A riguardo è stata consultata la perizia medica di carattere psichiatrico le cui conclusioni vengono riportate e discusse nel seguente giudizio che si conclude con l'accoglimento della domanda attorea.

La sentenza del 2009, divenuta irrevocabile, accerta inequivocabilmente il superamento della soglia di normale tollerabilità delle non occasionali immissioni di rumore provocate dall'animale, in quanto lasciato solo ed incustodito dalla sua padrona. Attraverso valutazioni diagnostiche in corso di giudizio è stato parimenti provato che i due attori abbiano riportato, per l'esposizione prolungata alle suddette immissioni, danni all'integrità psico-fisica, risarcibili ai sensi degli artt. 32 Cost. e 2059 c.c. Ai fini della risarcibilità ex art. 2043 c.c. il Giudice accerta la sussistenza dei requisiti necessari: la lesione del diritto alla salute configura un danno ingiusto, la cui offesa giustifica una reazione di tipo inibitorio e risarcitorio; sussistono gli estremi per una condotta colposa, dal momento che la donna lasciava spesso il cane incustodito nell'appartamento, macchiandosi di negligenza ed imprudenza; la perizia medico-psichiatrica, con una valutazione che prescinde dai previi disturbi psicologici sofferti dai soggetti, ha rilevato un nesso di causalità tra le immissioni acustiche e la situazione di forte stress patita dai condomini, poi sfociata in un danno biologico di natura psichica. Si procede quindi alla quantificazione del danno, tenendo conto sia delle indagini di perizia sia delle tabelle del Tribunale di Milano. Il giudice precisa poi la non sussistenza di un risarcimento a titolo di danno morale, in quanto "altra voce del danno non patrimoniale ex art. 2059".

Repubblica Italiana In nome del popolo italiano IL TRIBUNALE DI LUCCA

in composizione monocratica nella persona del Giudice Dott. Massimo NIRO ;
decidendo ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c. nella causa promossa da
BARTOLUCCI Andrea Stefano (C.F. : BRTNRS58B05G628Q) e FEDERIGI Laura
Angela (C.F. : FDRLNG59D43G628N), domiciliati presso lo studio degli Avv.
Roberto PIERI e Sara BORGHINI (c/o Avv. Piero TOLOMEI), che li rappresentano e
difendono ;

ATTORI

contro

BURATTI Nadia (C.F. : BRTNDA48L41G628O), domiciliata presso lo studio dell'
Avv. Renzo BECCARI, che la rappresenta e difende ;

CONVENUTA

OGGETTO : Risarcimento dei danni da immissioni di rumore .

Conclusioni degli attori : " Per la sig.ra Federigi, in via principale, per l'accoglimento
della domanda attorea, con conseguente condanna della sig.ra Buratti Nadia al
risarcimento del danno subito, da quantificarsi e liquidarsi alla stregua delle risultanze
della C.T.U. espletata. Con refusione di tutte le spese mediche occorse, come da fatture
depositate e con refusione altresì delle spese di C.T.U. e delle spese per la consulenza di
parte in sede di C.T.U. della Dott.ssa Barberi. Vinte le spese di lite oltre accessori come
per legge. In via subordinata e sempre per la sig.ra Federigi, per l'accoglimento della
domanda attorea con quantificazione e liquidazione del risarcimento del danno in via
equitativa e, quindi, secondo quanto ritenuto opportuno dall'Organo Giudicante. Con
refusione di tutte le spese mediche occorse, come da fatture depositate e con refusione
altresì delle spese di C.T.U. e delle spese di C.T.P. in sede di C.T.U.. Vinte le spese di
lite, oltre accessori come per legge.

Per il sig. Bartolucci, in via principale, per l'accoglimento della domanda attorea, con
conseguente condanna della sig.ra Buratti Nadia al risarcimento del danno subito, da
quantificarsi e liquidarsi alla stregua delle risultanze della C.T.U. espletata. Con
refusione di tutte le spese mediche occorse come da fatture depositate e con refusione
altresì delle spese di C.T.U. e delle spese per la consulenza di parte in sede di C.T.U.
della Dott.ssa Barberi. Vinte le spese di lite oltre accessori come per legge. In via
subordinata e sempre per il sig. Bartolucci, per l'accoglimento della domanda attorea,
con quantificazione e liquidazione del danno in via equitativa, secondo quanto ritenuto
opportuno dall'Organo Giudicante. Con refusione delle spese mediche occorse, come da
fatture depositate e con refusione altresì delle spese di C.T.U. e delle spese per la
consulenza di parte in sede di C.T.U. della Dott.ssa Barberi. Vinte le spese di lite oltre
accessori come per legge".

Conclusioni della convenuta: "Piaccia all'Ill.mo Signor Giudice Monocratico del
Tribunale Civile di Lucca, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta e per le
causali tutte di cui alla parte motiva, rigettare le domande avanzate dagli attori poiché
infondate in fatto ed in diritto, conseguentemente condannare gli attori, in solido tra
loro, al pagamento delle spese di lite, oltre accessori come per legge. In ipotesi per la
rinnovazione della C.T.U. e la nomina di un nuovo consulente di ufficio ".

Al termine della discussione orale della causa, all' udienza del 10-1-2014 , pronuncia la
seguente

S E N T E N Z A

di cui viene data immediata lettura ex art. 281-sexies c.p.c. .

[1] Ritenuto in fatto .

[2] Con atto di citazione ritualmente notificato Bartolucci Andrea Stefano e Federigi
Laura Angela hanno convenuto in giudizio Buratti Nadia, esponendo che erano

proprietari di un'unità immobiliare facente parte del Condominio L'Oliveto sito in Querceta (LU), Via Fascetti 98, già Via Seravezza 156 / A, ed avevano convenuto in giudizio di fronte al Giudice di Pace di Pietrasanta la Buratti, proprietaria dell'unità abitativa sottostante la loro, facente parte del medesimo condominio, affinché il Giudice, accertata la nocività ed illiceità delle immissioni sonore provenienti dall'appartamento di proprietà Buratti, condannasse la convenuta a provvedere all'eliminazione delle stesse , poiché la Buratti possedeva un cane di grossa taglia che veniva tenuto costantemente chiuso all'interno del suo appartamento e che, lasciato solo ed incustodito per gran parte del giorno e della notte, abbaia, ululava e guaiva incessantemente sia nelle ore diurne che nel cuore della notte ; che con sentenza n. 276 / 09, passata in giudicato nel mese di luglio 2009, il Giudice di Pace di Pietrasanta, rilevato che l'abbaiare del cane non era certo occasionale, con superamento della normale soglia di tollerabilità delle immissioni rumorose provenienti dall'appartamento di proprietà della Buratti, rilevato inoltre che nel regolamento del Condominio L'Oliveto, all'art. 3 lettera c, veniva espressamente vietato ai condomini di tenere nei locali di loro proprietà animali che dessero molestia, aveva ordinato alla convenuta di adottare i necessari accorgimenti per prevenire le possibili cause di eccitazione del cane, soprattutto nelle ore notturne, in modo tale che la presenza dell'animale, con il suo abbaiare, non fosse lesiva dei diritti degli altri condomini, condannando altresì la Buratti al pagamento delle spese di lite ; che gli attori, dunque, per ben tre anni e mezzo avevano subito un intollerabile turbamento al bene della tranquillità nonché la persistente lesione del diritto alla salute, a causa delle immissioni nocive rumorose provenienti dall'unità abitativa di proprietà della convenuta, e tale intollerabile situazione aveva determinato anche l'insorgere negli attori di disagi di natura psico-fisica dovuti all'impossibilità per anni di dormire un adeguato numero di ore, di rilassarsi al ritorno dal lavoro, di svolgere una normale e serena vita familiare e di relazione, come da relazioni psichiatriche della Dott.ssa Marlene Barberi ; che, infatti, per la signora Federigi era stato diagnosticato un disturbo post-traumatico da stress con patologica attivazione del sistema nervoso autonomo e con conseguente comparsa di irritabilità, ansia, depressione del tono dell'umore, continua tensione muscolare, stanchezza fisica mista a suscettibilità ed alienazione sociale, mentre per il signor Bartolucci era stato diagnosticato un disturbo dell'adattamento con ansia a livelli superiori alla media, con disagio somatico, presenza generale di stanchezza, malessere, tratti di alienazione sociale, perdita di controllo, pensieri intrusivi, ridotta capacità di attenzione ; che, quindi, a seguito delle immissioni sonore nocive provenienti incessantemente nel corso degli anni dall'unità abitativa della convenuta, erano residuati a carico della Federigi postumi quantificati sotto il profilo del danno biologico di natura psichica nella misura del 15% ed a carico del Bartolucci postumi quantificati sotto il medesimo profilo nella misura del 10%, come da relazioni psichiatriche della Dott.ssa Barberi ; che, conseguentemente, i danni subiti dalla Federigi a seguito delle immissioni intollerabili provenienti dall'unità abitativa della Buratti potevano essere calcolati in euro 25.863,30 per danno biologico di natura psichica, euro 6.467,00 per danno morale, euro 441,81 per spese mediche documentate, per un importo complessivo di euro 32.777,00, salvo quella diversa somma che sarebbe risultata di giustizia, mentre i danni subiti dal Bartolucci a seguito delle stesse immissioni potevano essere calcolati in euro 13.936,07 per danno biologico di natura psichica, euro 3.484,00 per danno morale, euro 523,62 per spese mediche documentate, per un importo complessivo di euro 17.943,69, salvo quella diversa somma che sarebbe risultata di giustizia.

[3] Pertanto, gli attori hanno concluso affinché il Tribunale, accertata la sussistenza del danno biologico di natura psichica subito dal Bartolucci, condannasse la Buratti al

pagamento in favore del medesimo della somma di euro 17.943,69, salvo quella diversa che sarebbe risultata di giustizia, a titolo di risarcimento del danno psichico riportato in conseguenza delle immissioni nocive provenienti dall'unità abitativa di proprietà della convenuta, con interessi legali dal dì dovuto al saldo ; e accertata la sussistenza del danno biologico di natura psichica subito dalla Federigi, condannasse la Buratti al pagamento in favore della medesima della somma di euro 32.777,00, salvo quella diversa che sarebbe risultata di giustizia, a titolo di risarcimento del danno psichico riportato in conseguenza delle immissioni nocive provenienti dall'unità abitativa di proprietà della convenuta, con interessi legali dal dì dovuto al saldo ; con vittoria di spese .

[4] Buratti Nadia si è costituita in giudizio, eccependo nel merito ed in via preliminare il proprio difetto di legittimazione passiva e di responsabilità per i fatti ed i danni asseriti dagli attori, poiché non era proprietaria del cane di razza "Bull Dog", motivo delle lamentele sollevate dagli attori, risultando dalla "Scheda Anagrafica Canina e Libretto Sanitario" rilasciata dalla A.U.S.L. n°6 di Livorno in data 20 luglio 2001 che il proprietario e detentore del cane era Billi Gabriele, figlio della convenuta ; deducendo, inoltre, l'ininfluenza e/o inefficacia nel presente giudizio della sentenza n.276 del 2009 emessa dal Giudice di Pace di Pietrasanta, in quanto tale Giudice si era limitato ad ordinare alla convenuta di adottare determinati accorgimenti al fine di evitare presunte molestie da parte del cane ritenuto di sua proprietà, senza riconoscere alcun diritto al risarcimento dei danni in favore degli attori né accertare la sussistenza dei presupposti fondanti tale diritto, ovvero la sussistenza di latrati da parte del cane idonei a provocare un danno biologico risarcibile ; deducendo, ancora, che gli attori da anni soffrivano di disturbi a livello psicologico, per la cura dei quali avevano dovuto ricorrere all'utilizzo di farmaci, per cui , anche qualora il cane in questione avesse sporadicamente ed occasionalmente abbaiato dall'interno dell'appartamento di proprietà della convenuta, ciò non aveva comunque causato gli sproporzionati ed infondati danni "psichici " lamentati in questa sede.

[5] La convenuta ha concluso, nel merito, così come riportato in epigrafe.

[6] La causa è stata istruita mediante espletamento di C.T.U. medica di carattere psichiatrico ; quindi, precisate le conclusioni come in epigrafe, è stata discussa e decisa all'odierna udienza

[7] del 10-1-2014.

[8] Considerato in diritto.

[9] La domanda degli attori è fondata e va accolta.

[10] E' stato accertato, con sentenza del Giudice di Pace di Pietrasanta n. 276 / 09 in data 10/ 20.4.2009, che le immissioni di rumore nell'appartamento di proprietà degli attori provocate dall'abbaiare continuo del cane nell'appartamento di proprietà della convenuta, sottostante a quello degli attori, superavano la normale soglia di tollerabilità, in quanto l'abbaiare del cane non era occasionale, ma continuo sia di giorno che di notte, talvolta anche fino a tarda ora, e l'immissione rumorosa conseguente era estremamente fastidiosa, come riferito concordemente dai vari testimoni ascoltati dal Giudice di Pace e risultante altresì dalla mancata risposta della convenuta Buratti Nadia all'interrogatorio formale alla stessa deferito (v. sentenza prodotta dagli attori, doc. 1).

[11] Dunque, non essendo stata impugnata la citata sentenza ed essendo divenuta irrevocabile (circostanza non contestata), non può più mettersi in discussione quanto dalla medesima sentenza accertato, cioè l'intollerabilità ex art.844 c.c. delle immissioni di rumore provenienti dall'appartamento della Buratti.

[12] Ciò detto, quanto all'azione risarcitoria proposta in questa sede dagli attori, dopo che il Giudice di Pace di Pietrasanta si era dichiarato incompetente per valore sulla

stessa (v. sentenza cit., pag. 2), la domanda appare fondata risultando provato che, in conseguenza delle immissioni rumorose subite, il Bartolucci e la Federigi abbiano riportato danni alla loro integrità psico-fisica, risarcibili ai sensi degli artt.32 Cost. e 2059 c.c.

[13] Invero, si rientra in tal caso nello schema dell'azione generale di risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. (Cass. 5844 / 2007) e, trattandosi di danno che incide su un diritto inviolabile della persona, il superamento dei limiti di tollerabilità delle immissioni può essere apprezzato quale danno ingiusto, oltre che a fini inibitori, a fini risarcitori, unitamente alla presenza degli altri elementi del giudizio aquiliano (Trib. Milano 23.9.2008).

[14] Quanto alla presenza degli altri elementi di cui all'art. 2043 c.c., la ricorrenza nella specie di una condotta colposa della convenuta si ricava, a parere di questo Giudice, dalla sentenza n.276 / 09 del Giudice di Pace di Pietrasanta sopra richiamata, laddove in questa si accertano l'abbaiare continuo del cane anche in ora notturna nell'appartamento della convenuta e le conseguenti immissioni di rumore molto fastidiose nell'appartamento degli attori, eventi che non possono non ascriversi ad un comportamento negligente ed imprudente della Buratti, che lasciava il cane da solo nel suo appartamento anche nelle ore notturne senza curarsi dei pregiudizi arrecati ai suoi vicini dal continuo abbaiare dell'animale.

[15] Circa il nesso causale tra immissioni di rumore e danni patiti dagli attori, sul punto si è espresso il C.T.U. Dr. Alessandro Del Debbio con dovizia di argomenti, che possono così riassumersi : solo quando i rumori superano la normale soglia di tollerabilità si può parlare di lesione psichica, incidente come tale sul danno psichico ; nel caso degli attori l'esposizione all'evento stressante per cui è causa e la rielaborazione delle situazioni di vita conseguenti a tale fatto "ingiusto" hanno determinato lo sviluppo di un episodio di malattia con caratteristiche sintomatologiche a comune con quelle tipiche del Disturbo dell'Adattamento con ansia, a seguito del quale, tenuto conto della persistenza per un periodo di più di 6 mesi dei sintomi di reazione all'evento stressante, si è prodotto un danno biologico di natura psichica valutabile, per il Bartolucci, nell'ordine dell'8% e, per la Federigi, nell'ordine del 10% ; detta valutazione resta ferma anche di fronte alla "preesistenza" dei due periziandi, caratterizzata per il Bartolucci da una significativa labilità timica con oscillazioni del tono dell'umore tipiche dei temperamenti premorbosi affettivi di tipo ciclotimico ed irritabile e per la Federigi da elementi personologici di tratto caratterizzati da ansietà e tendenza alla rimuginazione, con precedente sperimentazione di episodi a carattere ansioso-depressivo reattivi ad eventi vitali, poiché in relazione alla condizione sintomatologica di rilievo clinico sopra descritta gli attori sono dovuti ricorrere a nuova consultazione specialistica, dopo un periodo di quiescenza sintomatologica in cui non avevano assunto terapia farmacologica, e sono stati loro riprescritti trattamenti terapeutici

[16] (con stabilizzanti dell'umore e antidepressivi) da assumere in maniera continuativa (v. le due relazioni del C.T.U. Dr. Del Debbio in data 11.11.2011).

[17] Le valutazioni del C.T.U. appaiono congrue ed esaurienti e rispondono in modo convincente alle considerazioni critiche mosse dal C.T. di parte convenuta, Dr. Alberto Petracca (v. commento alle considerazioni critiche del C.T.P. a pagg.17-18 delle relazioni del C.T.U.) ; sicché le risultanze della C.T.U. non richiedono alcun chiarimento o integrazione e possono essere poste a base della presente decisione.

[18] Procedendo alla quantificazione del danno alla stregua delle risultanze peritali, nonché adottando come parametro di liquidazione le tabelle del Tribunale di Milano aggiornate al 2013, come autorevolmente sostenuto in materia dalla giurisprudenza di legittimità, si ottengono per gli attori, a titolo di danno biologico (o non patrimoniale

alla persona) permanente, le seguenti somme : euro 14.160,00 per il Bartolucci ed euro 20.723,00 per la Federigi.

[19] Non è riconoscibile in favore degli attori un'ulteriore voce di danno a titolo di danno morale, distinta da quella del danno biologico, trattandosi di una duplicazione dell'unica ed unitaria categoria del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. (Cass. sez. un. 26972 / 2008).

[20] Vi sono, poi, le spese mediche documentate dagli attori, per l'importo di euro 163,62 quanto al Bartolucci e di euro 81,81 quanto alla Federigi (v. doc. 4 : non si computa l'importo di cui alla prenotula del 14.6.2008, in mancanza di prova del pagamento) : pertanto, l'importo complessivo del risarcimento spettante al Bartolucci è pari a euro 14.323,62 e quello spettante alla Federigi è pari a euro 20.804,81.

[21] Sulle somme capitali complessivamente liquidate e già espresse in valori monetari attuali sono dovuti gli interessi legali a decorrere dalla data della domanda.

[22] Le spese di lite, comprensive di C.T.U., seguono la soccombenza .

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede:

1) condanna la convenuta Buratti Nadia al risarcimento dei danni in favore dell'attore Bartolucci Andrea Stefano, che liquida complessivamente in euro 14.323,62, oltre interessi legali dal dì della domanda;

2) condanna la convenuta Buratti Nadia al risarcimento dei danni in favore dell'attrice Federigi Laura Angela, che liquida complessivamente in euro 20.804,81, oltre interessi legali dal dì della domanda;

3) condanna la convenuta al rimborso in favore degli attori delle spese di lite, che liquida in euro 4.500,00 per compenso e in euro 956,00 per spese, oltre I.V.A. e C.P.A. nella misura di legge.

Lucca, lì 10-1-2014.

Il Giudice Dr. Massimo NIRO

TRIBUNALE DI LUCCA, sentenza 10 gennaio 2014; Giud. NIRO; Bartolucci e Federigi (Avv.ti PIERI, BORGHINI) c. Buratti (Avv. BECCARI).

Responsabilità civile - Immissioni di rumore – Intollerabilità - Lesione del diritto alla salute – Danno non patrimoniale - Fattispecie (Cod. civ. artt. 844, 2059, 2043; Cost. art. 32)

Allorché le immissioni di rumore in un contesto condominiale superino la soglia della normale tollerabilità, in virtù della frequenza e del disturbo arrecato, il danneggiato immesso ha diritto di essere risarcito dei danni di natura non patrimoniale ai sensi degli artt. 2059 c.c. e 32 Cost., oltre alla tutela inibitoria ai sensi dell'art. 844 c.c. Ai fini della risarcibilità in via generale ex art. 2043 c.c., le immissioni devono essere nocive al punto da produrre un danno lesivo del diritto alla salute, diritto inviolabile della persona umana, e quindi un danno ingiusto, causalmente collegato ad una condotta dolosa o colposa di chi deve garantire il mantenimento delle suddette immissioni nei limiti della tollerabilità. (Nel caso di specie è stata ritenuta responsabile del danno biologico di natura psichica arrecato ai condomini una signora, detentrica di

un cane, che solo e incustodito nell'appartamento abbaiaava giorno e notte incessantemente) (1)

(1) Non ho riscontrato precedenti esattamente in termini. É generalmente riconosciuta al proprietario danneggiato da immissioni intollerabili la possibilità di esperire, oltre all' azione reale ex art. 844 c.c. volta all' eliminazione della causa delle immissioni, l' azione personale ex art. 2043 c.c. finalizzata al risarcimento del danno, come sancito in Trib. Verona, sez. IV, 27 settembre 2011, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere* ; Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2007, n. 5844, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere* ; Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4848, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere* . Richiami giurisprudenziali di merito relativi a questa statuizione sono rinvenibili in Trib. Lecco, 26 giugno 1984, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*; Trib. Biella, 22 aprile 1989, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Indennizzo* ; Trib. Vigevano, 9 agosto 1991, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*; Trib. Venezia, sez. III, 27 luglio 2007, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere*; Corte App. Roma, sez. IV, 30 gennaio 2013, n. 563, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere* ; Trib. Milano, 2 giugno 1988, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità* . É stato per lungo tempo prevalente l' orientamento giurisprudenziale, secondo il quale dall' art. 844 c.c. esulano i diritti personali, essendo prevista la sola tutela del diritto di proprietà, vedi Corte Cost., 23 luglio 1974, n. 247, *Consulta online*; Cass. civ., sez. un., 19 luglio 1985, n. 4263, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere*. Oggi viene invece ribadito il primato della tutela della salute anche ex art. 844 c.c.: in Cass. civ., sez. II, 8 marzo 2010, n. 5564, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*, Cass. civ., 11 aprile 2006, n. 8420, *Resp. civ.*, 2006, 661, si afferma che, alla stregua di una lettura costituzionalmente orientata dell' art. 844 comma II, il contemperamento di interessi tra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà deve privilegiare l' utilizzo del fondo che sia maggiormente compatibile col diritto alla salute, costituzionalmente garantito. Nella giurisprudenza di merito questo principio di diritto è ravvisabile in Trib. Modena, sez. II, 13 giugno 2011, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità* ; Trib. Venezia, sez. III, 27 luglio 2007, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *In genere* ; Trib. Modena, sez. I, 8 aprile 2008, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*. Si ravvisa un dibattito giurisprudenziale in tema di risarcimento del danno alla persona da immissioni sonore intollerabili, vertente sull' opzione: procedere alla liquidazione equitativa in virtù del mero accertamento dell' intollerabilità oppure subordinare la tutela alla prova dell' effettività del danno. Il giudice del Tribunale di Lucca risulta in linea con l' orientamento giurisprudenziale più recente che sottolinea la necessità dell' accertamento delle lesioni: Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 2009, n. 25820, *DeJure*, voce *Danni, Patrimoniali e non patrimoniali, Biologico*; contraria Cass. civ., sez. II, 12 marzo 1987, n. 2580, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità* ; Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2007, n. 5844, *DeJure*, voce *Danni, Valutazione e liquidazione, con criteri equitativi*. Nella giurisprudenza di merito negli anni si sono registrate maggiori oscillazioni: a favore della prova di un' oggettiva patologia Trib. Milano, sez. X, 23 settembre 2008, n. 11169, *DeJure*, voce *Proprietà*,

Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità; Corte App. Milano, 29 gennaio 2007, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Trib. Milano, 20 aprile 2006, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Trib. Savona, 31 gennaio 1990, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Trib. Biella, 16 settembre 1989, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Trib. Monza, 26 gennaio 1982, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità e Danni*; Trib. Vigevano, 9 agosto 1991, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità e Danni*. In senso contrario si pronunciano Trib. Como, 18 aprile 2005, *DeJure*, voce *Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Corte App. Milano, 9 maggio 1986, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità e Danni*; Corte App. Milano, 27 aprile 1984, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Trib. Vigevano, 9 febbraio 1982, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità e Danni*. Sul problema delle diverse voci di danno non patrimoniale vedi *"Analisi critica"*. La vasta normativa nazionale sulla regolamentazione delle immissioni sonore (L. 26/10/1995 N. 447, D. Lgs. 19/08/2005 N. 194, L. 31/10/2003 N. 306, D.P.C.M. 01/03/1998, D.P.C.M. 14/11/1997, art. 844 cod. civ., art. 659 c.p., D. Lgs. 30/04/1992 N. 285, D.P.R. 16/12/1992 N. 495, D. Lgs. 04/09/2002 N. 262, D.P.C.M. 01/03/1991) fissa limiti di tollerabilità utilizzabili come parametri non vincolanti, ma indicativi, anche nei rapporti tra privati. A favore si guardi a Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2013, n. 25019, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), In genere*; Cass. civ., sez. II, 10 novembre 2009, n. 23807, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2001, n. 5697, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), In genere*; in passato contraria Cass. civ., sez. II, 12 marzo 1987, n. 2580, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*. Abbraccia questa tendenza la giurisprudenza di merito di Corte App. Bari, sez. III, 16 febbraio 2012, n. 137, *DeJure*, voce *Inquinamenti, inquinamento acustico*. Il limite della normale tollerabilità non viene contemplato in senso assolutistico poiché richiede una valutazione concreta ad opera del giudice, che tenga conto caso per caso della "condizione dei luoghi" (art. 844 c.c.): così era già stato statuito in Cass. civ., sez. II, 6 gennaio 1978, n. 38, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2001, n. 5697, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; fino allo slancio interpretativo dato da Cass. civ., sez. II, 17 gennaio 2011, n. 939, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità*; si guardi anche a Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2010, n. 3438, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.), Normale tollerabilità e Comunione e condominio*. In dottrina sul tema specifico del risarcimento dei danni da immissioni intollerabili, affrontato con uno stuzzicante approccio vertente sulle immissioni provocate dalle strutture ecclesiastiche, si guardi TENORE V., MESSINETTI V., *Tra privilegi normativi e qualche buonismo giurisprudenziale: brevi questioni di equità con particolare riguardo agli enti ecclesiastici*, Giust. civ., fasc. 2, 2012, 81, *DeJure*, voce *Enti e beni ecclesiastici in genere*. Si soffermano in particolare sull' art. 844 c.c. e la questione dell' intollerabilità DE SANTIS P.A., *Quosque tandem, Catilina, abutere patientia nostra? Sul concetto di "normale tollerabilità" delle immissioni acustiche alla luce della legge n. 13 del 2009*,

Giur. merito, fasc.11, 2009, 267OB, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*; TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2011; specificatamente in ambito condominiale si guardi a REZZONICO S., *Disturbi da rumore e condominio*, 2007, in rete: <http://www.diritto.it/docs/23864> . Della tutela della salute, con particolare attenzione al danno esistenziale si occupano BILOTTA F., *L' applicazione della categoria del danno esistenziale nelle pronunce del 2005*, Giur. merito, fasc. 5, 2006, 1084, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*; POLOTTI DI ZUMAGLIA A., *Danno alla persona e risarcimento*, Dir. e Fiscalità assicur., fasc. 1, 2006, 85, *DeJure*, voce *Danni*; TAMPIERI M., *Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell' universo del danno alla persona*, Resp. civ. e prev., fasc. 4-5, 2003, 1209, *DeJure*, voce *Danni*; FRANZONI M., *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, Resp. civ. e prev., fasc. 4-5, 2001, 777, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*; MICCICHÉ R., *Rassegna giurisprudenziale in materia di inquinamento acustico*, Riv. giur. ambiente, fasc. 6, 2001, 875, *DeJure*, voce *Inquinamenti*. Una panoramica sulle molteplici problematiche in materia di immissioni ed in evidenza le voci di danno non patrimoniale è ravvisabile in CHINDEMI D., *I danni non patrimoniali da immissioni con particolare riferimento al danno esistenziale: prova del danno e criteri risarcitori*, Dir. e Fiscalità assicur., fasc. 2-3, 2005, 455, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Immissioni intollerabili e tutela della salute; 2. Profili di responsabilità extracontrattuale connessi alle immissioni; 3. Le conseguenze: danno biologico, danno morale o danno esistenziale?

1. Immissioni intollerabili e tutela della salute

Una signora viene giudicata responsabile del danno biologico subito da una coppia di condomini, causato dalle immissioni di rumore provenienti dal suo appartamento e provocate dal cane in suo possesso. Ma in casa propria non si ha il diritto di fare ciò che si vuole? Se si è proprietari non è forse tutto concesso e permesso? L'art. 832 c.c. recita che al proprietario spetta il "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"; quindi la proprietà si caratterizza per pienezza, esclusività e assolutezza. Queste caratteristiche però connotano ormai solo la proprietà di beni di uso strettamente personale, in quanto l'ordinamento ha ritenuto necessario porre dei limiti a tale pienezza. In particolare, il codice civile detta una serie di regole in materia di "rapporti di vicinato" per favorire il coordinamento tra i diritti spettanti ai singoli proprietari¹. Tra queste regole trova specifica disciplina il fenomeno delle immissioni. La norma di riferimento è l'art. 844 c.c., novità del codice del 1942², che, attraverso la regolarizzazione della materia, mira a rendere compatibile il diritto di proprietà con attività che importino la produzione di fumi, calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e

¹ Sono argomenti di studio propri del diritto privato. Per una trattazione esaustiva vedi TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2011.

² La codificazione previgente non conteneva alcuna norma a riguardo, poiché sotto l'influenza dell'esperienza francese; a riguardo vedi ALPA G., BESSONE M., FUSARO A., *Ius aedificandi e problemi di disciplina della proprietà. Una rassegna di orientamenti in prospettiva di comparazione*, in rete: http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/Disciplina_proprieta.htm All'epoca il divieto di immissioni era legato alla locuzione giuridica di diritto romano "Dominus ab inferis usque ad sidera", vedi TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè Editore, 1990.

simili, destinati a propagarsi³. Il compromesso è offerto dal limite della normale tollerabilità: se le immissioni sono al di sotto della soglia della normale tollerabilità, chi le subisce è costretto a sopportarle; se invece sono superiori alla soglia prevista, è riconosciuto a chi le subisce il diritto a farne cessare la prosecuzione in futuro o a far sì che vengano adottati accorgimenti per ridimensionarle, e il diritto al risarcimento per il danno eventualmente sofferto. Il secondo comma dell'articolo richiede invece un temperamento con le esigenze di produzione, prevedendo in tal caso, allorché le immissioni siano superiori alla soglia, un semplice indennizzo⁴. Ma cosa si intende per "normale tollerabilità"? Inizialmente questo concetto veniva equiparato alla normalità dell'esercizio di una certa attività, mentre oggi è opinione comune che la tollerabilità vada riferita agli effetti che si riversano sulle proprietà vicine: questa va valutata caso per caso, tenendo conto della "condizione dei luoghi"⁵. L'apprezzamento è rimesso quindi alla discrezionalità del giudice che deve tenere in considerazione la destinazione naturalistica e urbanistica del luogo, le attività normalmente svolte nella zona, il sistema di vita e le abitudini, in relazione alla sensibilità di un uomo medio: la giurisprudenza prevalente ritiene infatti che non si tratti di un concetto assoluto e che non può coincidere con i parametri massimi fissati dalle leggi speciali anti-inquinamento e dai regolamenti a tutela di interessi di carattere generale, come l'ambiente, la salute, la quiete pubblica ecc.⁶ Ciò nonostante questi limiti a tutela di interessi pubblicistici costituiscono inevitabilmente un punto di riferimento e come ha affermato recente giurisprudenza possono essere considerati pari ad un limite minimo e non massimo, trattandosi di parametri meno rigorosi rispetto a quelli applicabili in virtù dell'art. 844 c.c.⁷ Aderendo all'orientamento prevalente, il giudice della sentenza di specie ritiene provata l'intollerabilità delle immissioni sulla base degli accertamenti svolti dal Giudice di Pace di Pietrasanta⁸, che vertono non sul superamento della soglia fissata dalla normativa nazionale⁹, ma sulla frequenza delle immissioni, sulla contiguità e in generale sul luogo, nella specie un condominio, tenendo in particolare considerazione il regolamento condominiale¹⁰. Forse il giudice di merito avrebbe potuto dilungarsi e approfondire il punto, anche se già verificato nella precedente sentenza, ricorrendo più specificatamente agli strumenti di accertamento previsti dall'art. 844 c.c.

³ Queste sono le c.d. immissioni materiali, in grado di incidere sull'organismo umano. Per le differenze tra immissioni materiali e immateriali, dirette e indirette, vedi GUARDA P., *Immissioni: tutela proprietaria e diritto dell'ambiente*, 2008, in rete: http://eprints.biblio.unitn.it/1423/1/Immissioni_Guarda.pdf

⁴ Le immissioni industriali sono ammesse se non eliminabili o riducibili con metodi non particolarmente onerosi, o se la cessazione dell'attività produttiva comporti per la collettività un danno maggiore rispetto al sacrificio del proprietario che le subisce, TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2011.

⁵ Codice civile, esplicito minor, IV edizione, 2011, Gruppo Edit. Esselibri-Simone.

⁶ Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2010, n. 3438, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *normale tollerabilità*; Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2001, n.5697, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *normale tollerabilità*; Cass. civ., sez. II, 20 dicembre 1985, n.6534, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *normale tollerabilità*.

⁷ Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2013, n.25019, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *in genere*.

⁸ Sentenza n.276/2009.

⁹ Tra il livello equivalente del rumore ambientale e quello del rumore residuo non vanno superati i 5 dB durante il periodo diurno e i 3dB durante il periodo notturno, vedi D.P.C.M. 1 marzo 1991.

¹⁰ Regolamento del Condominio L'Oliveto, all'art. 3 lettera c, "veniva vietato espressamente ai condomini di tenere nei locali di loro proprietà animali che dessero molestia". Al fine di individuare la soglia di normale tollerabilità i regolamenti condominiali possono stabilire un criterio più rigoroso di quello previsto all'art. 844 c.c., vedi Cass. civ., sez. II, 15 luglio 1986, n.4554, *DeJure*, voce *COMUNIONE E CONDOMINIO*, *Uso della cosa comune*, e Confedilizia.it.

Nella sentenza vengono frequentemente richiamati i termini "fastidio" e "disturbo": emerge chiaramente l'attenzione verso le ripercussioni di queste immissioni sugli individui. Negli ultimi tempi lo sviluppo industriale e il conseguente incremento di immissioni ed esalazioni hanno fatto molto discutere relativamente al problema della tutela della salute. Tradizionalmente, alla stregua di un'interpretazione letterale della norma, la disciplina delle immissioni si riteneva pensata solo ed esclusivamente per la tutela della proprietà¹¹. A partire dagli anni Settanta, a questa visione tradizionale si era contrapposta un'interpretazione estensiva che riconosceva l'applicabilità della tutela inibitoria anche nel caso di danno alla salute della persona, a prescindere dal fatto che questa fosse titolare di un diritto reale sul fondo¹². La lettura in esame si prestava a numerose critiche¹³ che col tempo sono riuscite a scardinare l'impostazione c.d. "vigevanese" ed a portare all'affermazione di un doppio binario di tutela, consistente nell'esperibilità da un lato dell'azione inibitoria ex art. 844 c.c. a tutela della proprietà, dall'altro delle azioni risarcitorie ex artt. 2043 e 2059 c.c. a tutela del diritto fondamentale della salute, come sancito dall'art. 32 Cost. Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno aderito a questo orientamento¹⁴, fino a che non hanno avvertito l'esigenza di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c., che allentasse lo stretto rapporto di dipendenza tra norma e diritto dominicale: il diritto alla salute veniva ormai unanimemente considerato un diritto primario dell'uomo, tutelato e garantito dalla Carta Costituzionale in via assoluta e incondizionata¹⁵. Per tanto, attualmente, la norma è sì finalizzata alla tutela della proprietà, in quanto esperibile da chi vanta la titolarità di un diritto reale, ma filtrando attraverso la sua "trama normativa"¹⁶ la tutela della salute, è diventata clausola generale per tutelare anche il proprietario, tutto ciò in linea per altro con quanto prospettato dalla CEDU¹⁷. Nonostante l'autorevole riconoscimento di questa impostazione, nella giurisprudenza di merito non vi è univocità di vedute¹⁸.

2. Profili di responsabilità extracontrattuale connessi alle immissioni

La sentenza del Tribunale di Lucca si focalizza più che sulla protezione offerta dall'art. 844 c.c. sulla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.: con un'argomentazione pulita e lineare il giudice ritiene fondata la domanda attorea posto che, consequenzialmente alle

¹¹ Cass. civ., sez. un., 19 luglio 1985, n.4263, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere*.

¹² Pretura Vigevano, 6 aprile 1978, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere*.

¹³ Corte Cost., 23 luglio 1974, n.247, *Consulta online*.

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 19 luglio 1985, n.4263, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere*; Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 1998, n.10186, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere*; quest'ultima sentenza riconosce in particolare che l'azione inibitoria può essere esperita "dal soggetto leso per consentire la cessazione delle esalazioni nocive alla salute, salvo il cumulo con l'azione per la responsabilità aquiliana prevista dall'art. 2043 c.c. nonché con la domanda di risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 c.c.

¹⁵ Cass. civ. sez. III, 11 aprile 2006, n.8420, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere*.

¹⁶ Nota di BUFFONE G., *Immissioni: proprietà, esigenze della produzione e tutela del diritto alla salute*, 2006 a Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2006, n.8420, *Altalex*.

¹⁷ C.E.D.U., sez. III, 2 novembre 2006, pres. ZUPANCIC, *Persona e Danno*, a cura di Paolo Cendon: la Corte ha precisato che l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tutela il diritto della persona alla propria vita privata e familiare da qualsiasi forma di interferenza, immissioni comprese.

¹⁸ Trib. Venezia, sez. III, 27 luglio 2007, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere* ; Trib. Modena, sez. I, 8 aprile 2008, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, normale tollerabilità; contra Trib. Palmi, 28 marzo 2007, *DeJure*, voce *PROPRIETÀ, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, in *genere*.

immissioni superiori alla soglia della normale tollerabilità, sussiste un danno ingiusto, sussiste una condotta colposa, sussiste il nesso di causalità¹⁹. L'esperibilità dell'azione personale è infatti subordinata alla prova del danno, danno che deve essere non iure e contra ius²⁰. E nella specie si tratta effettivamente di un danno ingiustificato e ingiusto, in quanto lesivo di un diritto inviolabile della persona, il diritto alla salute, e quindi risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., quale danno non patrimoniale. Nello specifico il giudice abbraccia l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale non è sufficiente ai fini della risarcibilità, dar prova del superamento della soglia di normale tollerabilità: deve altresì essere provato che le immissioni intollerabili abbiano provocato un danno effettivo, oggettivo all'integrità psico-fisica²¹. Per questo motivo sono state richieste le rilevazioni e le verifiche della Consulenza Tecnica d'Ufficio medica di carattere psichiatrico, al fine di acquisire un'adeguata cognizione delle circostanze fattuali e di valutare in termini tecnici le prove addotte dalle parti²²: il C.T.U. Dr. Del Debbio dichiara sussistere il danno biologico di natura psichica in capo agli attori e dimostra il nesso di causalità tra le immissioni nocive e la lesione. Si è in grado infatti di ricondurre in termini causali²³ l'evento dannoso all'incessante e tremendamente molesto abbaiare del cane: la prolungata esposizione al rumore di specie ha portato allo sviluppo nei soggetti di uno stato di tensione e stress, che all'apice è sfociato in un danno biologico di natura psichica. Risulta quindi provato che le immissioni acustiche sono la causa del danno, ma queste non si sarebbero protratte in maniera così duratura e fastidiosa da condurre a tali conseguenze, se la signora detentrica dell'animale non avesse lasciato spesso il cane incustodito nell'appartamento anche fino a tarda ora; si evince chiaramente una condotta negligente ed imprudente della convenuta, e quindi colposa. Ai fini del giudizio aquiliano tradizionale è fondamentale accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo di colui che produce le immissioni, e il giudice della sentenza di specie si dimostra ordinato e abile nelle sue deduzioni logiche a riguardo. La sua accuratezza potrebbe però risultare futile ad alcuni, poiché si è comunemente d'accordo nel sostenere che, in materia di immissioni, una volta superato il limite della normale tollerabilità, la colpa vada ritenuta sussistente in re ipsa, in quanto contenuta nella struttura dell'illiceità, provocata dalle immissioni²⁴. Per quanto attiene invece all'art. 844

¹⁹ Non viene menzionato il presupposto dell'imputabilità ex art. 2046 in quanto probabilmente già appurato.

²⁰ Il danno è non iure quando la condotta lesiva non è giustificata dall'ordinamento giuridico (non sussistono cause di giustificazione) e contra ius, quando la lesione consiste nella violazione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Va a riguardo segnalata l'evoluzione del danno contra ius dal Caso Superga (Cass. civ., sez. III, 4 luglio 1953, n.2085), alle illuminazioni dottrinali di F. Busnelli e P. Trimarchi, al revirement della sentenza Meroni (Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174) fino alla monumentale sentenza 22 luglio 1999, n.500.

²¹ Vedi voce *Rassegna giurisprudenziale*.

²² La C.T.U. ha il compito di coadiuvare il giudice in valutazioni che richiedono una conoscenza specifica: non è un mezzo di prova, ma un mezzo d'indagine che non esonera la parte dal fornire la prova; di conseguenza è sottratta alla disponibilità delle parti e affidata all'apprezzamento discrezionale del giudice, vedi Avv. E. GRASSINI e R. PACIFICO, Diritto sanitario, *La consulenza tecnica d'ufficio medico-legale nel giudizio civile e la perizia nel procedimento penale*, www.pfizer.it

²³ Perché sussista la responsabilità è necessario che la condotta costituisca la "conditio sine qua non" dell'evento (causalità materiale); inoltre sono risarcibili solamente quei danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito ex artt. 1223 e 2056 c.c. (causalità giuridica), vedi N. LIPARI, P. RESCIGNO, III *La Responsabilità e il danno*, volume IV, 2009, Giuffrè Editore.

²⁴ Trib. Vigevano, 9 febbraio 1992, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*; Trib. Vigevano, 25 gennaio 1985, *DeJure*, voce *Proprietà, Immissioni (di fumo, di rumori, di odori, etc.)*, *Normale tollerabilità*; V. MESSINETTI, V. TENORE, *Tra privilegi normativi e qualche buonismo giurisprudenziale: brevi questioni di equità con particolare riguardo agli enti ecclesiastici*, Giust. civ., fasc. 2, 2012, 81, voce *Enti e beni ecclesiastici in genere*.

c.c., avendo la norma quale unico scopo quello di inibire le immissioni intollerabili, a nulla rileva l'accertamento dell'elemento soggettivo, essendo sufficiente per l'esercizio della corrispondente azione il superamento della soglia di tollerabilità.

3. Le conseguenze: danno biologico, danno morale o danno esistenziale?

Ma il punto su cui si è soffermato maggiormente il giudice nel sentenziare la responsabilità, e su cui intendo soffermarmi anche io, attiene al profilo del danno: a causa dell'esposizione alle immissioni nocive si è manifestato in capo ai soggetti un danno biologico di natura psichica, come accertato da C.T.U. medica. In base alla definizione contenuta nell'art. 138 del codice delle assicurazioni, il danno biologico consiste in una lesione all'integrità psico-fisica del soggetto, suscettibile di accertamento medico-legale e con ripercussioni sulla vita del danneggiato, indipendentemente dalla sua capacità di produrre reddito²⁵. Proprio perché va ad incidere soggettivamente sulla vita delle persone, è un danno che deve essere valutato caso per caso, servendosi delle tabelle di Milano quale punto di riferimento orientativo ma non inderogabile²⁶. La giurisprudenza di merito si è schierata nel ritenere il danno biologico comprensivo di tutte le ipotesi di danno non reddituale, come i danni estetici, i danni alla vita di relazione, ecc. e quindi lesivo della salute intesa in senso lato²⁷. Secondo la giurisprudenza quindi consiste in un peggioramento omnicomprensivo della vita di una persona in termini di benessere, soddisfazione ed efficienza, tutti aspetti che devono essere passibili di valutazione sotto il profilo medico-legale. È stata infatti superata la tradizionale tripartizione risarcitoria²⁸ tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.), danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), liquidabile inizialmente solo in caso di reato (art. 185 c.p.) e danno biologico, relativamente alla natura patrimoniale o non patrimoniale del quale vigeva incertezza²⁹. E così, alla luce di una celebre sentenza della Cassazione il danno biologico viene fatto rientrare nel danno non patrimoniale quale voce autonoma, insieme al danno morale e al danno esistenziale: come ha precisato però la Corte non si tratta di specifiche categorie del danno non patrimoniale, il quale si compone indistintamente di tutte le compromissioni di natura non patrimoniale subite da un soggetto³⁰. Sulla base di queste considerazioni si nota che il giudice di merito, nella specie, dichiara in obiter che non può essere riconosciuto in favore delle parti attoree un ulteriore risarcimento a titolo di danno morale, poiché ciò comporterebbe una duplicazione risarcitoria, vietata dall'ordinamento. Questo passaggio necessita di una chiarificazione. Successivamente alla "reductio ad unum" del danno non patrimoniale

²⁵ La Corte Costituzionale ha precisato che il danno biologico è un danno-evento lesivo di una situazione giuridica soggettiva e quindi disciplinato dall'art. 2043 c.c. e dall'art. 32 Cost., con la conseguenza che è sempre esistente allorché sia provata una menomazione all'integrità psico-fisica. Il risarcimento prescinde da qualsiasi riduzione del reddito del danneggiato, riduzione che, se provata, deve essere risarcita in aggiunta al danno biologico, vedi Corte Cost., 14 luglio 1986, n.184, *DeJure*, voce *DANNI, Patrimoniali e non patrimoniali, non patrimoniali (morali)*; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Danno alla persona e risarcimento*, *Dir. e Fiscalità assicur.*, fasc. 1, 2006, 85, *DeJure* voce *Danni*.

²⁶ Vedi anche art. 138, comma 3 codice delle assicurazioni.

²⁷ Trib. Roma, sez. XII, 22 febbraio 2004, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*; Trib. Roma, sez. XII, 25 gennaio 2004, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*; Trib. Trani, 28 maggio 2007, n.60, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*; Corte app. Roma, sez. III, 28 aprile 2009, n.1783, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

²⁸ D. CHINDEMI, D. CHINDEMI, *I danni non patrimoniali da immissioni con particolare riferimento al danno esistenziale: prova del danno e criteri risarcitori*, *Dir. e Fiscalità assicur.*, fasc. 2-3, 2005, 455, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

²⁹ Comunque liquidabile grazie al combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost., vedi Corte Cost., 14 luglio 1986, n.184, *DeJure*, voce *DANNI, Patrimoniali e non patrimoniali, non patrimoniali (morali)*.

³⁰ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n.26972, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

sono state fatte confluire in questo "unum" tutte le voci di danno non reddituale, distinguibili in danno biologico, danno morale e danno esistenziale, come già prima ricordato. La Suprema Corte aveva però fin da subito chiarito³¹ che tale suddivisione doveva essere intesa come meramente formale, orientata esclusivamente a fini descrittivi: non si trattava inoltre di singoli pregiudizi risarcibili poiché il carattere omnicomprendente del danno non patrimoniale ne impediva l'autonoma risarcibilità. E il giudice del Tribunale di Lucca con fare diligente e forse un po' ingenuo aderisce a questo autorevole orientamento: dal momento che per danno morale si intende la sofferenza soggettiva, transitoria o permanente, cagionata dal fatto illecito, in virtù dell'inammissibilità della duplicazione risarcitoria non si può riconoscere il diritto al risarcimento, e per il danno biologico, e per il danno morale, essendo palese agli occhi della Suprema Corte che ogni lesione comporta una sofferenza fisica o psichica³². L'affermazione del giudice di merito è però anomala rispetto alla realtà dei tempi. A distanza di anni infatti dalla sopra menzionata sentenza, appartenente al gruppo de "Le quattro sentenze di San Martino"³³ è la stessa Corte di Cassazione a pronunciarsi sulle difficoltà e le ambiguità causate da queste sentenze nel sistema della responsabilità civile. Cinque anni dopo la Suprema Corte dichiara non corretto l'assunto secondo cui il danno morale rientrerebbe nel danno biologico e quindi non sarebbe autonomamente risarcibile, precisando che la previa sentenza mirava solo ad evitare "il doppio risarcimento"³⁴.

Ma se la coppia di attori non avesse riportato un danno biologico valutabile, avrebbero comunque potuto ottenere il risarcimento del danno? In tema di immissioni infatti spesso la nocività non porta al formarsi di una vera e propria patologia, ma si determina un disagio definito dagli psichiatri come "depressione sotto soglia", che si concretizza in alterazioni della personalità del soggetto, tensione, ansia, stress e in una serie di disturbi non accertabili con criterio medico-legale. Si verifica in queste circostanze una modificazione anomala delle abitudini quotidiane e in generale un peggioramento della qualità della vita. Per lungo tempo queste compromissioni sono rimaste sfornite di tutela risarcitoria, mentre oggi vengono qualificate come danno esistenziale: per danno esistenziale si intende qualsiasi compromissione delle attività realizzatrici della persona umana, distinto dal danno biologico e dal danno morale³⁵ e quindi suscettibile di autonoma valutazione risarcitoria anche in assenza di danno biologico. Negli ultimi tempi infatti l'ordinamento giuridico ha cominciato a prestare maggiore attenzione ai valori essenziali, incompressibili e meritevoli di tutela della persona, portando così in ambito civile ad estendere l'area del risarcibile fino a ricomprendere i danni da lesioni alle possibilità realizzatrici dell'individuo³⁶. Restano invece esclusi dalla tutela risarcitoria ex art. 2059 c.c. i c.d. danni "bagatellari", insuscettibili di incidere sui valori costituzionalmente garantiti: trattandosi di una categoria aperta spetterà al giudice

³¹ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n.26972, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

³² Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n.26972, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

³³ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n.26972/3/4/5.

³⁴ Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2013, n.22585, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*, in base alla quale il danno biologico, il danno morale e quello dinamico-relazionale costituiscono pregiudizi non patrimoniali ontologicamente diversi e tutti risarcibili; in questo senso anche Cass. civ., sez. III, 14 gennaio 2014, n.531, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*, che mantiene ferma però l'impostazione della sentenza gemella, secondo la quale le diverse voci di danno non esprimono distinte categorie di danno, trattandosi di locuzioni descrittive della generale categoria di danno non patrimoniale.

³⁵ Cass. civ., sez. III, 14 gennaio 2014, n.531, *DeJure*, voce *Danni, patrimoniali e non patrimoniali*.

³⁶ TAMPIERI M., *Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell'universo del danno alla persona*, Resp. civ. e prev., fasc. 4-5, 2003, 1209, *DeJure*, voce *Danni*.

specificare questa tipologia di danno in relazione al caso concreto³⁷. A fronte dell'ampliamento dell'area della risarcibilità si teme infatti che vengano provviste di tutela anche quelle lesioni che non hanno alcuna incidenza sul "valore uomo", o la cui incidenza su tali valori costituzionalmente tutelati sia di difficile rilevazione, problema che non di rado interessa anche il fenomeno delle immissioni. Proprio con lo scopo di evitare il proliferare di ipotesi di danno "fantasiose", le quattro pronunce dell' 11 novembre 2008 avevano precisato che non si potevano vantare pretese risarcitorie a fronte di pregiudizi di minima entità, andando così ad aggiungere un ulteriore criterio selettivo ai due già individuati di "gravità dell' offesa" e "serietà del danno". Sulla scia del pensiero anti-esistenzialista era stato quindi negato il risarcimento di situazioni d' ansia, di fastidio e di disagio, adducendo a fondamento di queste restrizioni l' art. 2 Cost.: la norma imporrebbe ad ogni persone un livello minimo di tolleranza in virtù della convivenza e del dovere di solidarietà sociale. Questo pensiero austero e restrittivo è stato però mitigato negli anni da una visione progressista della responsabilità civile che offre pieno riconoscimento alla tutela del danno esistenziale, con la sola eccezione dei pregiudizi particolarmente modesti. Se l' interpretazione delle sentenze novembrine lasciava a desiderare per severità, quella attuale lascia a desiderare per ingenuità: in una società sempre più spaventata, egoista e bisognosa di difese, questo parziale superamento di vedute non ha risolto la questione delle cause "bagatellari", che si sono al contrario moltiplicate. Il problema risiede infatti nella mentalità delle persone: un grande stimolo a questa tipologia di cause è proprio la resistenza dei danneggianti alla riparazione dei pregiudizi arrecati, resistenza feroce che porta all' instaurarsi di cause sostanzialmente inutili, essendo questioni più felicemente risolubili extragiudizialmente. Bisognerebbe pertanto incentivare i danneggianti, attraverso lo strumento della responsabilità civile, ad optare per soluzioni transattive, senza confidare nella clemenza delle Corti. Fondamentale è però garantire che non vengano assorbite nella rappresentazione negativa delle controversie bagatellari situazioni di soprusi, incuranze e scorrettezze, nei confronti delle quali il cittadino deve poter confidare in una reazione dell' ordinamento. Trattandosi di danni dai confini particolarmente labili, sta alla capacità del giudice non confondere istanze giustamente promosse con fenomeni di "intolleranza civica".

Sulla base delle osservazioni fin qui svolte si può constatare come la materia delle immissioni, con origini privatistiche, dia sfogo allo sviluppo di numerose questioni che interessano il vasto mondo della responsabilità civile. Ai nostri giorni il problema delle immissioni di qualsiasi genere, superiori alla soglia della normale tollerabilità, sta interessando sempre più persone: non si parla più di schiamazzi o fuoriuscite maleodoranti provenienti dal fondo del vicino, la preoccupazione si incentra oggi sulle conseguenze di suddette immissioni sull'ambiente e, direttamente o indirettamente, sulla salute della collettività. In una società sempre più concentrata sullo sviluppo industriale ed economico bisogna munirsi di strumenti efficaci per tutelare la principale ricchezza in nostro possesso: i nostri diritti.

³⁷ D. CHINDEMI, *Il danno esistenziale esiste*, www.tribunalevarese.it

MOBBING, DEMANSIONAMENTO E LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO: DIRITTO AL RISARCIMENTO DANNI E AL REINTEGRO IN AZIENDA

di Alice Matteotti

IL CASO

Il caso affrontato dal Tribunale di Santa Maria di Capua Vetere, in funzione di Giudice del Lavoro, riguarda un medico chirurgo specializzato in ortopedia e traumatologia ed in medicina fisica e riabilitazione, che veniva riconosciuto quale vittima di mobbing e di licenziamento illegittimo, ad opera dell'Azienda Sanitaria locale di Caserta, nelle persone dei dirigenti di.

Nel caso di specie, il sanitario, alle dipendenze della predetta Azienda tale Azienda sanitaria dal 1.05.1995 al 7.08.2008, data del suo licenziamento, era inquadrato – in quell'ambito – in qualità di Dirigente Medico di ortopedia e traumatologia. Sin dall'inizio della sua attività professionale presso l'Ospedale G. Moscati di Aversa è stato impiegato con funzioni di ortopedico-chirurgo ed ha svolto le mansioni inerenti la propria qualifica, in reparto, in ambulatorio, in pronto soccorso ed, infine, in sala operatoria, compresa l'effettuazione di interventi chirurgici.

Il sanitario in tale contesto ebbe a riscontrare, già dal principio, condizioni oggettive di difficoltà, principalmente di natura organizzativa e logistica presso la predetta struttura e provvide quindi a denunciarle sino ai massimi vertici ospedalieri, già a partire dal 1996, anche a mezzo di relazioni scritte, senza però ottenere alcun riscontro.

Pertanto, egli si vide costretto a presentare denunce alle Autorità Giudiziarie competenti e alla stampa locale e per tali ragioni si ingenerava un clima di conflittualità che caratterizzava il rapporto tra il sanitario e i dirigenti dell'Ospedale "G. Moscati". Invero, il medico veniva fatto segno anche da richiami formali, che non furono, tuttavia, mai seguiti da provvedimenti disciplinari.

Nel 2001 il sanitario si sottoponeva ad una visita psichiatrica e veniva riscontrato affetto da: "disturbo dell'adattamento con umore misto ... disturbo da considerarsi totalmente reattivo alle gravi difficoltà lavorative ...".

In seguito, sempre nel 2001, sottoposto a visita medico-collegiale dall'ASL, veniva riscontrato affetto da "Mobbing syndrom limitatamente all'ambiente ospedaliero" e giudicato "non idoneo temporaneamente per mesi dodici al servizio attivo dell'area funzionale Medica Chirurgica, ma si idoneo alla III area funzionale dei Servizi e del Territorio".

Per tale ragione, l'amministrazione disponeva il trasferimento presso il Distretto n. 36 di Frignano e in data 14.03.2001 assegnava il medico al servizio presso il Poliambulatorio di San Marcellino in qualità di specialista ortopedico, con un evidente demansionamento.

In seguito il sanitario chiedeva un periodo di aspettativa ma non gli veniva concesso e proseguiva quindi, lo svolgimento del proprio lavoro, alternando periodi di effettivo lavoro a periodi di assenza per malattia.

Inoltre, il medico adiva l'Autorità giudiziaria, presentando ricorso ex art. 414 c.p.c. e contestuale domanda cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo al Tribunale di dichiarare l'illegittimità del demansionamento operato e per l'effetto ordinare all'ASL la reintegra del ricorrente nelle precedenti mansioni o in altre equivalenti.

Il Tribunale adito ordinava all'ASL resistente di assegnare il ricorrente a mansioni e funzioni corrispondenti alla qualifica rivestita dallo stesso e confacenti alla sua

specialistica competenza. Inoltre, ordinava all'ASL di astenersi da qualsiasi comportamento diretto ad ulteriormente compromettere lo stato di salute del ricorrente.

Il successivo giudizio di merito si concludeva con sentenza che dichiarava dell'illegittimità del verbale di visita collegiale del 01.02.2001 e accertata la violazione dell'art. 2103 c.c., per effetto del demansionamento subito dal ricorrente, inquadrava la vicenda nell'ambito del più ampio fenomeno del "mobbing". Il giudice attestava, da un lato, l'impossibilità di una pronuncia di carattere reintegratorio, dall'altro, condannava l'ASL resistente al pagamento, in favore dell'istante, della complessiva somma di Euro 84.108,30 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

Prima della predetta pronuncia, in data 27.12.2002, il sanitario veniva sottoposto anche a visita psichiatrica, ricevuta la certificazione della quale il medico competente, attestava l'idoneità del ricorrente alle mansioni di Dir. Med. ortopedico per attività di reparto ed ambulatoriale, con esclusione dell'attività medico-chirurgica operatoria.

Con nota del 05.02.2003, la ASL disponeva l'assegnazione del medico, al P.O. Palasciano di Capua. Il ricorrente, in data 12.02.2003 prendeva servizio presso tale presidio ospedaliero e, di lì a poco, seguiva un lungo periodo di assenza per malattia.

Dipoi, il dott. D.C.N. richiedeva al medico competente spiegazioni in merito al risultato della visita e alla sorte della copiosa documentazione consegnata e, atteso il mancato riscontro, provvedeva quindi a sporgere denuncia-querela nei confronti dello stesso presso la Procura della Repubblica.

In data del 16.04.2007, l'ASL inviava al ricorrente comunicazioni del superamento del periodo di comporta.

Il medico con ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., adiva il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di Giudice del lavoro, che alla fine dichiarava la cessazione della materia del contendere a causa del licenziamento intimato al ricorrente nelle more del procedimento.

In data 16.04.2008, l'ASL intimava la risoluzione del rapporto di lavoro, mediante procedimento di recesso per giusta causa, avendo il lavoratore superato il periodo di comporta previsto dalle norme contrattuali ed in quanto la condotta posta in essere risulta negligente e omissiva degli elementari doveri di pubblico dipendente.

Il lavoratore contestava di essersi assentato ingiustificatamente dal servizio atteso che dal 03.03.2006 era stato in malattia debitamente certificata e comunicata all'azienda. Contestava altresì l'avvenuto superamento del periodo di comporta attesa l'erroneità del calcolo dei giorni di malattia, nonché la condotta negligente ed omissiva.

In data 25.06.2008, egli rientrava in servizio sino al 02.07.2008, data nella quale veniva sottoposto a visita dal medico competente e, poi, sospeso temporaneamente dal servizio dal Direttore Sanitario.

In data 07.08.2008 veniva intimato al ricorrente il licenziamento per il solo superamento del periodo di comporta.

Con ricorso il dott. D.C.N. conveniva in giudizio l'Azienda, dichiarando di essere stato vittima di una serie di comportamenti vessatori da parte del datore di lavoro e di essere stato illegittimamente licenziato.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, a conclusione del giudizio di merito, dopo aver ripercorso gli arresti giurisprudenziali che hanno delineato la strada verso il riconoscimento del Mobbing nel nostro ordinamento e, dopo attenta analisi e valutazione degli elementi offerti in giudizio, in particolare, le prove attinenti alle condotte datoriali subite dal prestatore di lavoro nelle diverse fasi del rapporto lavorativo, quali quelle inerenti al demansionamento, al trasferimento ecc., nonché le refertazioni mediche sulle consulenze eseguite sulla persona del lavoratore, ha ritenuto raggiunta la prova dell'inadempimento datoriale e dei comportamenti vessatori e

prevaricatori della Pubblica Amministrazione sanitaria. Accertata quindi la responsabilità del convenuto per "Mobbing", nonché l'illegittimità del licenziamento, ha condannato l'Azienda sanitaria a risarcire il danno non patrimoniale subito dal medico e quello patrimoniale per lesione della professionalità per demansionamento. Inoltre, ha condannato l'Azienda sanitaria alla corresponsione di un'indennità sostitutiva per ferie non godute, al risarcimento del danno subito per l'illegittimo licenziamento, alle spese di lite, comprese quelle relative all'esecuzione della consulenza tecnica del medico legale, oltre agli interessi legali su tutte le somme liquidate.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di giudice del lavoro ed in composizione monocratica nella persona del giudice dott.ssa Adriana Schiavoni, all'udienza del 10.02.2015 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. R.G. 6272/2009

TRA

D.C.N., rappr. e dif. dall' avv. Angelo Maietta, presso il cui studio elett. dom. in Caserta, alla via Ferrarecche n. 55/A giusta mandato a margine del ricorso

RICORRENTE

E

AZIENDA SANITARIA LOCALE DI CASERTA (già ASL CE 2), in persona del legale rapp.te p.t., rappr. e dif. come in atti dagli avv.ti Augusto Chiosi e Pasquale D'Onofrio unitamente ai quali elett. dom. in Caserta, alla via Unità Italiana n. 28

RESISTENTE

OGGETTO: Risarcimento danni da mobbing e dequalificazione - Impugnativa di licenziamento

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Fatto e Diritto

Con ricorso ritualmente notificato la parte ricorrente in epigrafe ha convenuto in giudizio l'Azienda resistente esponendo di aver prestato attività lavorativa alle dipendenze della stessa, in qualità di Dirigente medico di ortopedia e traumatologia dal 01.05.1995 al 07.08.2008, data nella quale veniva licenziato; di aver prestato la propria attività dapprima presso il P.O. "G. Moscati" di Aversa e, da, ultimo, in seguito a diversi trasferimenti, presso il P.O. Palasciano di Capua.

Esponeva di essere stato vittima di una serie di comportamenti vessatori da parte del datore di lavoro così come analiticamente descritti in ricorso, a partire dalla metà di giugno del 2000 e sino al licenziamento.

Ciò premesso, adiva il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di Giudice del Lavoro chiedendo: "accertata l'illegittimità dei verbali di idoneità alle mansioni redatti dal Collegio medico in data 30.01.2001 ... e dal medico competente in data 17.02.2003 ... ed in data 31.07.2008 ... , nonché degli atti agli stessi presupposti e consequenziali e dei relativi giudizi medici espressi, voglia disporre l'annullamento e/o la disapplicazione o comunque disattenderne gli effetti, il tutto in uno alla declaratoria di illegittimità ed al conseguente annullamento e/o disapplicazione dei provvedimenti di

trasferimento e di assegnazione a diversi incarichi del ricorrente adottati nel corso del 2001 e del 2003. Per effetto di quanto richiesto al punto precedente, nonché previo accertamento dell'illegittimità del demansionamento operato a danno del ricorrente a far data dal 01.06.2000 e della lesione all'integrità psicofisica dello stesso in dipendenza dell'attività posta in essere dall'ASL CE2, ora ASL Caserta nel corso del rapporto di lavoro, accertata l'avvenuta lesione dell'integrità psicofisica, morale ed esistenziale, alla professionalità, alla personalità ed all'immagine del ricorrente, voglia condannare l'ASL Caserta al risarcimento del danno biologico, del danno o pregiudizio morale, del danno o pregiudizio esistenziale, del danno alla professionalità, del danno all'immagine e del danno patrimoniale così come prodottisi nei rapporti lavorativi, sociali e familiari del ricorrente dalla data del 01.01.2003 in poi. Voglia condannare l'ASL Caserta... al pagamento delle ferie e dei riposi maturati e non goduti.... Voglia condannare l'ASL Caserta ... al pagamento, anche in via risarcitoria, della intera retribuzione globale di fatto per tutto il periodo di malattia cui è stato astretto il ricorrente ... Voglia, anche previo accertamento della nullità e/o comunque previa disapplicazione dell'art. 36 del C.C.N.L. del 05.12.1996, dichiarata la nullità, inesistenza, l'inefficacia e/o l'annullabilità del licenziamento intimato al ricorrente e, per l'effetto, condannare l'ASL Caserta ... alla ricostruzione del rapporto di lavoro ed alla riammissione in servizio con continuazione dello stesso e/o alla reintegra, anche per effetto dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, con condanna della convenuta al pagamento delle retribuzioni maturate dalla data di licenziamento fino a quella di effettiva reintegra da determinarsi in virtù della retribuzione mensile di Euro 4.961,31, per 13 mensilità annuali, quale retribuzione globale di fatto percepita fino al licenziamento, oltre interessi e rivalutazione monetaria come per legge, ed oltre al versamento della contribuzione assistenziale ed previdenziale. In via subordinata....voglia dichiarare l'illegittimità e/o l'ingiustificatezza dello stesso e per l'effetto condannare l'ASL Caserta ... al pagamento dell'indennità supplementare di cui all'art. 41 del C.C.N.L. del 10/02/2004 In subordine condannare l'ASL Caserta al risarcimento dei danni per l'illegittimità del recesso.... In via subordinata ... condannare l'ASL Caserta al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso da quantificarsi in dodici mensilità di retribuzione globale di fatto, prendendo a base, in ossequio ai criteri di cui all'art. 26 del C.C.N.L. 10/02/2004, l'importo di Euro 4.961,31 quale ultima retribuzione erogata Voglia ordinare alla convenuta ASL Caserta ... la cessazione di comportamenti illegittimi e vessatori a danno del ricorrente e/o comunque emettere i provvedimenti ritenuti idonei a salvaguardia dell'integrità psicofisica e morale, della professionalità e del diritto all'immagine del ricorrente. Infine, voglia condannare la convenuta ASL Caserta ... alla refusione delle spese, diritti ed onorari di causa, con attribuzione al costituito procuratore anticipatario."

Instauratosi regolarmente il contraddittorio, si costituiva in giudizio l'Azienda convenuta che contestava i presupposti di fatto e di diritto di tutte le domande avversarie chiedendone l'integrale rigetto.

La causa, incardinata dinanzi al precedente istruttore titolare del ruolo e da quest'ultimo istruita con produzioni documentali, prova testimoniale e C.T.U. medico-legale, perveniva a questo giudicante innanzi al quale veniva portata per la prima volta alla udienza del 16.09.2014 ed, all'odierna udienza, all'esito della discussione, decisa mediante lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

Occorre preliminarmente ripercorrere i fatti salienti oggetto della complessa vicenda per cui è causa.

Il ricorrente, medico chirurgo specializzato in ortopedia e traumatologia ed in medicina fisica e riabilitazione, dal 01.05.1995 al 07.08.2008, data nella quale è stato licenziato,

ha lavorato alle dipendenze dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta (già ASL CE 2), in qualità di Dirigente Medico di ortopedia e traumatologia.

Sin dall'inizio della sua attività lavorativa presso l'ospedale G. Moscati di Aversa gli sono state assegnate funzioni di ortopedico-chirurgo. Nell'esercizio della propria attività professionale, l'istante ha svolto tutte le mansioni inerenti la propria qualifica, in reparto, in ambulatorio, in pronto soccorso ed, infine, in sala operatoria, occupandosi, nello specifico, dell'effettuazione di interventi chirurgici, delle visite ambulatoriali e di reparto, con relativa attività di diagnosi e cura dei degenti e con prescrizione di terapie riabilitative e farmacologiche, e di tutte le altre attività connesse alle funzioni assegnategli, così come analiticamente descritto in ricorso.

Sin dall'inizio della sua attività presso l'ospedale "G. Moscati", il ricorrente ha riscontrato condizioni oggettive di difficoltà, principalmente di natura organizzativa e logistica, relative sia allo svolgimento delle proprie mansioni che alla complessiva funzionalità del presidio, caratterizzato da una cronica carenza di personale sia medico che infermieristico e da inefficienze di tipo strutturale (situazione, peraltro, più volte attestata non solo con note a firma dei dirigenti sanitari del plesso ospedaliero, ma anche con deliberazione del Consiglio Comunale di Aversa del 20.04.2001, in atti prod.ne parte ricorrente doc. 3-12).

Dalla copiosa documentazione in atti emerge che il ricorrente provvedeva a denunciare, già a partire dal 1996, anche mediante relazioni scritte, le carenze organizzative, logistiche e strutturali verificate nello svolgimento dell'attività lavorativa, ai vertici del presidio ospedaliero e ai dirigenti sanitari dell'amministrazione convenuta, senza, tuttavia, ricevere alcun riscontro. Ciò induceva l'istante a presentare diverse denunce alle autorità giudiziarie competenti ed, altresì, alla stampa locale (cfr. denunce e articoli di giornale in atti prod.ne parte ricorrente).

Il clima di conflittualità che ha caratterizzato il rapporto tra il ricorrente e i dirigenti dell'Ospedale "G. Moscati" appare in tutta evidenza dalle numerose missive e note prodotte agli atti del giudizio (cfr., in particolare doc. nn. 68 e ss.), che si riferiscono ad una serie di episodi verificatisi tutti nel corso degli anni tra il 1996 ed il 2000, in relazione ai quali il Dott. D.C. riceveva anche richiami formali, che non furono, tuttavia, mai seguiti da procedimenti di formale contestazione, né da provvedimenti disciplinari.

In data 11.01.2001, il ricorrente si sottoponeva a visita psichiatrica, a seguito della quale risultava affetto da "disturbo dell'adattamento con umore misto....disturbo da considerarsi totalmente reattivo alle gravi difficoltà lavorative ..." (cfr. doc. n. 100 prod.ne parte ricorrente).

In data 24.01.2001 l'istante veniva sottoposto a visita medico-collegiale dall'ASL ai fini dell'accertamento della idoneità fisica alle mansioni, all'esito della quale, in data 01.02.2001, il Collegio Medico riteneva il D.C. affetto da "Mobbing syndrom limitatamente all'ambiente ospedaliero nel quale attualmente opera", giudicandolo pertanto "non idoneo temporaneamente per mesi dodici al servizio attivo dell'area funzionale Medica Chirurgica, ma sì idoneo alla III area funzionale dei Servizi e del Territorio".

Con Prov. del 19 febbraio 2001 (prot.n. 3459) l'amministrazione resistente disponeva il trasferimento del ricorrente, con decorrenza dal 23.02.2001, presso il Distretto n. 36 di Frignano.

Con successivo ordine di servizio del 14.03.2001 (prot. n. 713) l'istante veniva assegnato al servizio presso il Poliambulatorio di San Marcellino in qualità di specialista ortopedico.

In data 27.09.2001, il ricorrente chiedeva un periodo di aspettativa che, tuttavia, non gli veniva concesso; proseguiva, pertanto, nello svolgimento dell'attività lavorativa alternando periodi di effettivo lavoro a periodi di assenza per malattia.

Con ricorso ex art. 414 c.p.c. e contestuale domanda cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c., iscritto al n.r.g. 14453/2002, l'istante chiedeva all'adito Giudice del Lavoro l'emissione dei seguenti provvedimenti: "a) in via cautelare, l'annullamento e/o la sospensione degli effetti del verbale di visita collegiale del 01.02.2001, nonché dell'ordine di servizio del 19.02.2001, prot. n. 3459; la immediata reintegra del ricorrente nelle precedenti mansioni e/o in altre equivalenti e, comunque, l'assegnazione a mansioni e funzioni confacenti alla sua specifica competenza; la cessazione di comportamenti illegittimi e vessatori a danno del ricorrente e/o comunque emettere i provvedimenti ritenuti idonei a salvaguardia dell'integrità psicofisica e morale, della professionalità e del diritto all'immagine del ricorrente: b) nel merito: dichiararsi nulli, inefficaci, inesistenti ed illegittimi il verbale di visita collegiale del 01.02.2001, nonché dell'ordine di servizio, prot. n. 3459 del 19.02.2001; dichiarare l'illegittimità del demansionamento operato e per l'effetto ordinare all'ASL CE 2 la reintegra del ricorrente nelle precedenti mansioni o in altre equivalenti....in uno alla condanna al risarcimento del danno biologico, patrimoniale, morale ed esistenziale..".

Con ordinanza del 19.12.2002, emessa ai sensi dell'art. 700 c.p.c., l'adito Giudice ordinava all'ASL resistente di "assegnare il ricorrente a mansioni e funzioni corrispondenti alla qualifica rivestita dal ricorrente e confacenti alla sua specialistica competenza ivi compresa l'attività di reparto ed ambulatoriale ad esclusione dell'attività medico-chirurgica operatoria; ordina alla resistente medesima di collocare il ricorrente in un ambiente idoneo e consono alla sua posizione e a fornirgli tutti gli strumenti e i materiali necessari per lo svolgimento della propria attività, nonché ad astenersi da qualsiasi comportamento diretto ad ulteriormente compromettere lo stato di salute del ricorrente medesimo" (cfr. ordinanza cautelare del 19.12.2002, doc. n. 157 prod.ne ricorrente).

Il successivo giudizio di merito, relativo alle vicende sin qui descritte limitatamente al periodo sino al 31.12.2002, si concludeva con sentenza n. 6039/2010 con la quale il Giudice dichiarava l'illegittimità del verbale di visita collegiale del 01.02.2001, nonché dell'ordine di servizio prot. n. 003459 del 19.02.2001 e di tutti gli atti consequenziali; accertata la violazione dell'art. 2103 c.c., per effetto del demansionamento subito dal ricorrente per il periodo dal febbraio 2001 al dicembre 2002, ed inquadrata la vicenda nell'ambito del più ampio fenomeno del "mobbing", il Tribunale adito, attestava, da un lato, l'impossibilità di una pronuncia di carattere reintegratorio atteso il licenziamento del ricorrente intervenuto nelle more del giudizio, dall'altro, condannava l'ASL resistente al pagamento, in favore dell'istante, della complessiva somma di Euro 84.108,30 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale (cfr. sentenza n. 6039/2010 allegata unitamente alle note difensive di parte ricorrente depositate in data 14.04.2014).

Proseguendo nell'esame dei fatti oggetto della vicenda in esame, antecedenti alla data della predetta pronuncia, va evidenziato che, in data 10.12.2002, il medico competente dell'ASL CE 2, dott.ssa E.C., contattando telefonicamente il ricorrente, gli comunicava la sua convocazione per l'effettuazione della visita medica periodica per il giorno 13.12.2002, visita che veniva poi rinviata alla data del 27.12.2002.

Nel corso dell'accertamento medico, il ricorrente veniva sottoposto anche a visita psichiatrica con relazione che si concludeva con il seguente referto: "si certifica che il dott. D.C. è affetto da disturbo della personalità con spunti interpretativi, attualmente in

fase di compenso. La condizione psichica del dott. D.C. è fortemente connessa con il grado di accettazione, accoglienza, integrazione del contesto nel quale è inserito".

Il medico competente, ricevuta tale certificazione, concludeva, pertanto, l'accertamento attestando l'idoneità del ricorrente alle mansioni di Dir. Med. ortopedico per attività di reparto ed ambulatoriale con esclusione dell'attività medico-chirurgica operatoria (cfr. doc. 171 prod.ne parte ricorrente).

Con nota del 05.02.2003, prot.n. 2610, la ASL CE 2, in ottemperanza all'ordinanza cautelare del 19.12.2002, disponeva l'assegnazione del ricorrente, con effetto immediato, al P.O. Palasciano di Capua.

Il ricorrente, che ancora non aveva ricevuto comunicazione dell'esito della visita, in data 12.02.2003 prendeva servizio presso il predetto presidio ospedaliero.

In data 03.03.2003 riceveva comunicazione dell'esito dell'accertamento effettuato dal medico competente. Seguiva, dunque, un lungo periodo di assenza per malattia, così come attestato dalla certificazione sanitaria in atti.

Con due istanze protocollate in data 11.04.2003, il ricorrente richiedeva al medico competente spiegazioni in merito al risultato della visita e alla sorte della copiosa documentazione consegnata in quella sede. Atteso il mancato riscontro, l'istante, con missiva del 15.07.2005, nuovamente chiedeva chiarimenti sulla procedura di accertamento effettuata; non ricevendo alcuna risposta da parte del medico competente, provvedeva a sporgere denuncia-querela nei confronti dello stesso presso la Procura della Repubblica.

Con due distinte note, recanti la stessa data del 16.04.2007, rispettivamente prot. nn. 7493 e 7495, l'ASL CE2 inviava al ricorrente comunicazioni del seguente tenore testuale: "Si comunica che, avendo la S.V. superato il periodo di comportamento previsto dalla normativa vigente, dal corrente mese non sarà corrisposta alcuna retribuzione. L'azienda si riserva di procedere al recupero di retribuzione che, in base alla normativa contrattuale sulle assenze per malattia, non doveva essere erogata ..."; "Si comunica che, vista la lunga durata della prognosi evidenziata nell'ultimo certificato medico prodotto in data 13.02.07, la S.V. è diffidata dallo svolgere in tale periodo attività intramoenia" (doc. nn. 220 e 221 prod.ne parte ricorrente).

Con ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il ricorrente adiva il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di Giudice del lavoro per sentire pronunciare i seguenti provvedimenti: "a) voglia, accertata l'illegittimità del verbale di visita di idoneità alle mansioni redatto dal medico competente in data 27.12.2002 e del relativo giudizio nello stesso espresso, nonché degli atti e provvedimenti dallo stesso presupposti, ivi compreso il certificato medico prot. 618 del 10.02.2003, nonché degli atti e dei provvedimenti dallo stesso discendenti e consequenziali, dichiararne la nullità o disporre l'annullamento e/o la sospensione e/o comunque voglia disattenderne gli effetti; b) voglia, accertata l'illegittimità del provvedimento prot. 7493 del 16.04.2007 e dei provvedimenti dallo stesso discendenti e consequenziali, dichiararne la nullità o disporre l'annullamento e/o la sospensione e/o comunque voglia disattenderne gli effetti, con conseguente inibizione all'ASL CE2 ... di procedere al recupero delle somme erogate dal 03.03.2006 al 31.03.2007 e ordine di riattivazione del pagamento della retribuzione normalmente spettante in uno alla corresponsione delle somme maturate e non erogata dal 01.01.2004 fino alla riattivazione; in via alternativa, si chiede di condannare l'ASL CE2 ... al pagamento della somma di 30.000,00 a titolo di rimborso delle spese e dei costi sopportati e da sopportare per la sua assistenza e difesa giudiziale e per la sua cura; c) voglia, accertata l'illegittimità del provvedimento prot. 7995 del 16.04.2007 e dei provvedimenti dallo stesso discendenti e consequenziali, dichiararne la nullità o disporre l'annullamento e/o la sospensione e/o comunque voglia disattenderne

gli effetti, con conseguente diritto del ricorrente alla effettuazione dell'attività intramoenia così come già svolta; d) voglia ordinare alla convenuta ASL CE2 ... la cessazione di comportamenti illegittimi e vessatori a danno del ricorrente e/o comunque emettere i provvedimenti ritenuti idonei a salvaguardia dell'integrità psicofisica e morale, della professionalità e del diritto all'immagine del ricorrente ...".

Con ordinanza del 20.09.2007, il giudice adito rigettava il ricorso per carenza del "*periculum in mora*". Avverso tale provvedimento, la parte ricorrente proponeva reclamo e, nel corso del giudizio, il Collegio nominava quale CTU il prof. Claudio Buccelli che espletava l'accertamento peritale depositando il relativo elaborato in data 17.09.2008 (cfr. doc. n. 277 prod.ne parte ricorrente).

Il giudizio avente ad oggetto il reclamo si concludeva con un provvedimento che dichiarava la cessazione della materia del contendere a causa del licenziamento intimato al ricorrente nelle more del procedimento.

Il relativo giudizio di merito (recante n.r.g. 1714/2008) si concludeva con sentenza n. 5408/2012 con la quale il Giudice dichiarava: "l'illegittimità del provvedimento prot. n. 7493 del 16.04.2007 e dei provvedimenti dallo stesso discendenti, che, per effetto, annulla; accerta l'inesistenza di una posizione debitoria del ricorrente nei confronti dell'ASL in merito alle somme dalla stessa erogate quale retribuzione per il periodo dal 03.03.2006 al 31.03.2007; condanna l'Azienda Sanitaria Locale di Caserta alla corresponsione, in favore del ricorrente, della retribuzione tabellare prevista per un dirigente medico di I livello dal CCNL Dirigenza Medica e Veterinaria vigente pro tempore per il periodo di illegittima sospensione dal 01.01.2004 e fino al licenziamento, somme da quantificarsi in separato giudizio; ...".

Con comunicazione del 16.04.2008, prot. n. 6651, l'ASL CE 2 inviava al ricorrente lettera di contestazione del seguente tenore: "...dal 03.03.2003 ad oggi è ininterrottamente in malattia ed, in particolare, in data 02.03.2006 ha superato il periodo massimo di conservazione del posto previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 24 CCNL 1994/1997 per l'Area della Dirigenza Medica e Veterinaria; dal 03.03.2006 è assente ingiustificato dal servizio, avendo superato i periodi massimi di conservazione del posto di lavoro, secondo le norme del CCNL anche se ha continuato a presentare certificati medici dopo quella data; con Determina Dirigenziale n. 1202 del 11.04.2007 si è disposta la sospensione della retribuzione avendo superato il periodo di comporto previsto dalla normativa vigente; tanto premesso questa Azienda intende dunque procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro, mediante procedimento di recesso per giusta causa, avendo la S.V. superato il periodo di comporto previsto dalle norme contrattuali ed in quanto la condotta posta in essere risulta negligente e omissiva degli elementari doveri di pubblico dipendente, Condotta, pertanto, tale da non consentire, ai sensi e per gli effetti dell'art. 36 comma 2 del CCNL del 05.01.96 per l'Area della Dirigenza Medica e Veterinaria e dell'art. 2119 del Codice Civile, la prosecuzione, sia pur provvisoria, del rapporto di lavoro.....".

Il lavoratore, convocato presso la Direzione Generale dell'Azienda in data 30.04.2008, dopo aver protocollato in pari data istanza volta ad ottenere specificazione dei motivi di addebito, con precipuo riferimento alla condotta "negligente e omissiva degli elementari doveri di pubblico dipendente" di cui alla lettera di contestazione, rendeva le proprie giustificazioni come da verbale che testualmente si riporta: ".....Il dr. D.C. contesta di essersi assentato ingiustificatamente dal servizio atteso che dal 03.03.2006 è stato in malattia debitamente certificata e comunicata all'azienda. Contesta l'avvenuto superamento del periodo di comporto attesa l'erroneità del calcolo dei giorni di malattia. Con riferimento alla contestazione relativa "al fatto di aver tenuto una condotta negligente e omissiva degli elementari doveri di pubblico dipendente" rigetta ogni

addebito rappresentando di non poter fornire ulteriori giustificazioni atteso che l'ASL non ha mai specificato i comportamenti integrativi di tale condotta nonostante le richieste di chiarimenti in tal senso avanzate....".

In data 25.06.2008, al termine del periodo di malattia certificato, il dr. D.C. rientrava in servizio presso l'ospedale di Capua, rimanendovi sino al 02.07.2008, data nella quale veniva sottoposto a visita dal medico competente e, poi, sospeso temporaneamente dal servizio con provvedimento del Direttore Sanitario.

Il medico competente, acquisita la relazione psichiatrica dalla stessa richiesta, concludeva l'accertamento con un giudizio di idoneità alle mansioni, giudizio comunicato al ricorrente in data 05.08.2008.

In data 07.08.2008 veniva intimato al ricorrente il licenziamento con Delib. n. 608, comunicata all'istante in data 08.08.2008, il cui contenuto testualmente si riporta: "Premesso che questa Azienda, con comunicazione del 16.04.2008, ha contestato al dott. N.D.C., dipendente dirigente medico di Ortopedia e Traumatologia, il superamento del periodo di comporto previsto dalla norma contrattuale in quanto lo stesso dal 3 marzo 2006 al 16 aprile 2008 è stato ininterrottamente in malattia e ha superato il periodo massimo di conservazione del posto previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 24 CCNL 1994/1997 per l'Area della Dirigenza Medica Veterinaria, avviando ai sensi dell'art. 23 del C.C.N.L. dell'8/06/2000...procedimento volto al recesso del rapporto contrattuale; considerato che, nell'ambito del procedimento attivato dall'Azienda il dr. D.C. nel corso dell'audizione tenutasi in data 30 aprile u.s. ha contestato quanto eccepitogli dall'Azienda; rilevato che le argomentazioni esposte dal dirigente medico sono state attentamente valutate dall'Azienda, la quale, tuttavia, ha ritenuto le stesse infondate; tenuto conto che questa Azienda, considerata l'inadeguatezza delle giustificazioni addotte dal dr. D.C. ha chiesto, ai sensi dell'art. 23 del C.C.N.L. dell'8/06/2000..., parere preventivo al Comitato dei Garanti in ordine alla volontà di recedere dal rapporto contrattuale con il dirigente medico dr. N.D.C.; che il predetto organismo, con Delib. 22 luglio 2008 ha espresso parere favorevole alla proposta di recesso formulata dall'Azienda; che l'Azienda, dopo approfondito esame della documentazione e dopo attenta valutazione degli interessi coinvolti, ritiene imprescindibile procedere al recesso dal rapporto contrattuale con il dr. N.D.C.....delibera....di recedere dal contratto di lavoro esistente tra l'Azienda Sanitaria Locale Caserta 2 e il dr. N.D.C., dirigente medico di Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda, del quale si dispone la risoluzione con effetto dalla data di adozione del presente provvedimento....".

Il mobbing e la dequalificazione professionale

Tutto ciò premesso, osserva il giudicante come il ricorrente assume che i comportamenti datoriali sopra descritti sono stati, per sistematicità e vessatorietà, specificamente finalizzati al suo danneggiamento professionale, psicologico e sociale, ed, in ultimo, alla sua definitiva espulsione dall'ambiente lavorativo, in quanto espressione di un disegno datoriale caratterizzato da intenti ritorsivi e intimidatori, tale da integrare gli estremi del "c.d. mobbing", fonte di danni alla salute del lavoratore.

Sebbene in merito ai fatti oggetto del presente giudizio, questo Tribunale si sia più volte pronunciato, occorre ad avviso del giudicante, riconsiderare l'intera vicenda al fine di ricostruirla in termini unitari onde accertare l'effettiva sussistenza del dedotto "mobbing".

Come è noto, il mobbing costituisce un fenomeno mutuato dalla psicologia e dalla sociologia ancora oggi senza una propria autonoma fisionomia giuridica in quanto di tale istituto non esiste una definizione normativa.

Basta solo ricordare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 19 dicembre 2003, n. 359, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la L.R. Lazio 11 luglio 2002 n. 16, che

ne aveva dato una definizione giuridica, per violazione del principio secondo cui spetta allo Stato fornire la nozione giuridica di un fenomeno inquadrabile nell'ambito dell'ordinamento civile, ed ancora che la circolare Inail n. 71 del 2003, che aveva inserito tra le malattie tabellate anche quelle psichiche da mobbing, è stata annullata da Tar Lazio, sez. III ter, n. 5454/2005.

Allo stato, pertanto, la definizione del fenomeno è quella che si ricava dall'esame delle decisioni della giurisprudenza di legittimità e di merito, nonché dalle acquisizioni della scienza medicolegale.

La prima teorizzazione del concetto di mobbing si deve allo studioso H. Leymann, il quale lo definì come "terrore psicologico sul posto di lavoro"; il termine deriva, com'è risaputo, dal verbo inglese *to mob* che significa "assalire, aggredire accerchiare qualcuno", utilizzato in etologia per descrivere i comportamenti del branco volti ad espellere un membro del gruppo.

Più di recente una articolata definizione è stata elaborata dallo psicologo del lavoro H. Ege che lo ha descritto come "...situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell'impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche a invalidità psicofisiche permanenti di vario genere". Lo studioso, inoltre, individua le diverse categorie in cui possono classificarsi i possibili episodi di condotte mobbizzanti: 1) attacchi ai contatti umani (limitazioni alla possibilità di esprimersi, continue interruzioni del discorso, critiche e rimproveri costanti, sguardi e gesti con significato negativo, etc.; 2) isolamento sistematico (trasferimento della vittima a un luogo di lavoro isolato, comportamenti tendenti ad ignorarla, divieti di parlare o intrattenere rapporti con questa persona; 3) cambiamenti delle mansioni (revoca di ogni mansione da svolgere, assegnazione di lavori senza senso, nocivi o al di sotto delle capacità della vittima, cambiamenti comuni degli incarichi; 4) attacchi contro la reputazione (calunnie, pettegolezzi, turpiloquio, valutazione sbagliata o umiliante delle sue prestazioni etc.; 5) violenza o minacce di violenza (minacce o atti di violenza fisica o a sfondo sessuale).

In un'ottica diversa, strettamente medica e dunque meno ancorata alle problematiche dell'ambiente e delle dinamiche di sviluppo del fenomeno, altri autori individuano il mobbing in quella "situazione di aggressione, di esclusione e di emarginazione di un lavoratore da parte dei suoi colleghi o dei suoi superiori", una sorta di "malattia sociale trasversale", che si connota per "la continuità delle aggressioni nel tempo, lo stillicidio di eventi persecutori, l'intensificazione progressiva di attacchi che portano la vittima all'isolamento, all'emarginazione, al disagio ed alla malattia".

Condivisa è poi la distinzione tra mobbing orizzontale, che si verifica quando un certo numero di colleghi emargina qualcuno che, per qualche motivo, è invisibile al gruppo ovvero mobbing verticale attuato dal capo verso i sottoposti.

Circa i comportamenti individuati come "mobbizzanti", va detto che esistono comportamenti che possono dirsi "tipici", perché già espressamente previsti dall'ordinamento come illeciti e contrari a norme legislative e/o contrattuali, e quindi già di per sé contro *legem*, ed altri comportamenti "atipici" - di per sé generalmente neutri - che, letti teleologicamente tra loro ed in connessione eventuale con comportamenti tipici, permettono di ricostruire un quadro vessatorio e persecutorio nei confronti del lavoratore.

Tratti comuni di tutti i fenomeni di mobbing sarebbero comunque la ripetitività nel tempo delle condotte e la loro riconducibilità ad identico disegno, quello che ha cioè per oggetto l'esclusione, l'emarginazione del lavoratore. Si precisa, infatti, che non è considerabile mobbing la singola azione, consistente in un unico demansionamento, un trasferimento gravoso, un ordine di servizio umiliante, ma occorre una strategia, un attacco continuato, ripetuto, duraturo; in genere gli studiosi concordano nell'individuare in sei mesi la durata minima dell'arco temporale necessario e sufficiente per poter diagnosticare una situazione di mobbing, richiedendosi da alcuni una frequenza degli attacchi non inferiore alla settimana, da altri anche una cadenza delle azioni ostili di almeno alcune volte al mese.

Gli elementi caratterizzanti il mobbing sono quindi costituiti dalla potenzialità lesiva delle condotte (la fattispecie vietata non rimane integrata quando si tratti di una percezione soggettiva da parte del lavoratore, priva di elementi di oggettiva consistenza), dalla loro frequenza (che serve a differenziare un singolo atto di ostilità da quel conflitto sistematico e persecutorio che è il "mobbing") e dalla ripetitività nel tempo delle aggressioni. Ciò che distingue il mobbing dal conflitto puro e semplice nei rapporti interpersonali è appunto il continuo ripetersi in un arco di tempo di una certa durata del trattamento vessatorio inflitto alla vittima.

Secondo la psicologia del lavoro, in particolare, il mobbing presuppone che la vicenda lavorativa conflittuale non sia stabile, ma in evoluzione secondo una progressione di fasi causalmente legate l'una all'altra. Tali fasi sono sei e sono state così descritte: "dopo la c.d. condizione zero, di conflitto fisiologico normale e accettato, si passa alla prima fase del conflitto mirato, in cui si individua la vittima e verso di essa si dirige la conflittualità generale ... la seconda fase è il vero e proprio inizio del mobbing, nel quale la vittima prova un senso di disagio e di fastidio ... la terza fase è quella nella quale il mobbizzato comincia a manifestare i primi sintomi psicosomatici, i primi problemi per la sua salute ... la quarta fase del mobbing è quella caratterizzata da errori e abusi dell'amministrazione del personale ... la quinta fase del mobbing è quella dell'aggravamento delle condizioni di salute psicofisica del mobbizzato che cade in piena depressione ed entra in una situazione di vera e propria prostrazione ... la sesta fase, peraltro indicata solo e fortunatamente quale fase eventuale, nella quale la storia del mobbing ha un epilogo: nei casi più gravi nel suicidio del lavoratore, negli altri nelle dimissioni, o anticipazione di pensionamenti, o in licenziamenti" (in tal senso, Trib. Forlì, sentenza del 15.03.2001, est. Sorgi).

In conclusione, come ribadito dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, ai fini della configurabilità del mobbing lavorativo devono ricorrere: a) una serie di comportamenti di carattere persecutorio - illeciti o anche leciti se considerati singolarmente - che, con intento vessatorio, siano posti in essere contro la vittima in modo miratamente sistematico e prolungato nel tempo, direttamente da parte del datore di lavoro o di un suo preposto o anche da parte di altri dipendenti, sottoposti al potere direttivo dei primi; b) l'evento lesivo della salute, della personalità o della dignità del dipendente; c) il nesso eziologico tra le descritte condotte e il pregiudizio subito dalla vittima nella propria integrità psico-fisica e/o nella propria dignità; d) l'elemento soggettivo, cioè l'intento persecutorio unificante di tutti i comportamenti lesivi (cfr., tra le tante, Cass., sez. lav., 6 agosto 2014, n. 17698; Cass., sez. lav., 7 agosto 2013, n. 18836; Cass., sez. lav., 5 novembre 2012, n. 18927; Cass., sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3785).

Il dato oggettivo quindi, della serialità ed aggressività delle azioni, si combina con quello soggettivo della finalità vessatoria e persecutoria dell'autore che, specie in

presenza di atti in sé leciti, permette di giungere ad una valutazione finale e complessiva di disvalore.

Quanto poi al sistema di tutele approntabili in favore del lavoratore la strada è stata già delineata dalla giurisprudenza che per prima si è espressa sul punto e ha trovato il consenso unanime della dottrina ed ha individuato nell'art. 2087 c.c., norma immediatamente precettiva posta a salvaguardia dell'integrità fisica e psichica del lavoratore e della sua personalità morale, una disposizione di chiusura che consente di sanzionare ogni tipo di condotta suscettibile di produrre un danno ingiusto a diritti costituzionalmente garantiti.

Tutto quanto innanzi esposto in termini generali, e venendo al caso di specie, il ricorrente lamenta di essere stato oggetto di diverse tipologie di comportamenti vessatori, aventi carattere di permanenza e sistematicità, dipanatisi nell'arco di circa otto anni, quali, in estrema sintesi, svuotamento delle mansioni ed emarginazione lavorativa, omessa risposta alle richieste avanzate, trasferimenti immotivati, illegittimità dei vari giudizi medico-legali espressi dai competenti organi dell'amministrazione ed, infine, il licenziamento.

Orbene, al riguardo, rileva il giudicante come dalla copiosa documentazione in atti e dalle risultanze processuali può senz'altro ritenersi raggiunta la prova dell'inadempimento datoriale ed, in particolare, del fatto che per un periodo temporale piuttosto esteso (circa otto anni), il ricorrente sia stato sottoposto ad una serie di comportamenti vessatori ad opera dell'amministrazione convenuta nella persona dei vari dirigenti aziendali avvicendatisi nel corso del tempo.

Vengono, dunque, in rilievo diverse condotte che è opportuno esaminare più nel dettaglio, essendo a tal fine necessario, ad avviso di chi scrive, ripercorrere la vicenda in esame sin dal suo inizio.

Come già accertato da questo Tribunale, nella sentenza del 26 ottobre 2010 n. 6039, relativa al periodo sino al 31 dicembre 2002 - periodo coperto da giudicato, che viene qui in rilievo solo ai fini di una ricostruzione unitaria dei fatti oggetto di causa - il ricorrente, adibito sin dalla sua assunzione allo svolgimento di mansioni professionalmente gratificanti corrispondenti alla sua qualifica di dirigente medico, nella specie chirurgo specializzato in ortopedia e traumatologia, a partire dal mese di giugno del 2000, veniva progressivamente privato dell'attività chirurgica in sala operatoria. Dapprima, veniva escluso dalle sedute operatorie ordinarie, poi, dal gennaio 2001, veniva sistematicamente escluso dai turni pomeridiani e di reperibilità, riducendosi così la sua prestazione esclusivamente all'effettuazione dell'attività di reparto ed ambulatoriale. In seguito, poi, alla visita effettuata, in data 01.02.2001, dal Collegio medico che lo giudicò affetto da "mobbing syndrom" e "non idoneo per mesi dodici all'attività medica chirurgica", il ricorrente veniva di fatto espulso dall'ambiente lavorativo di Aversa.

Nonostante le richieste di verifiche e di controllo in merito all'operato del Collegio medico, con precipuo riferimento alla diagnosi dallo stesso formulata, provenienti non solo dal ricorrente, ma anche dal personale dell'azienda sanitaria convenuta (cfr. doc. n. 255 in atti prod.ne ricorrente), con ordine di servizio n. 3459 del 19.02.2001, l'ASL disponeva il trasferimento del D.C. presso gli uffici della Direzione del Distretto Sanitario n. 36 di Frignano, ove non gli fu affidato alcun incarico o funzione, né un ufficio o una postazione di lavoro.

Dal 14.03.2001 veniva, poi, assegnato al Poliambulatorio di San Marcellino ove, oltre a non svolgere alcuna attività chirurgica della quale era già stato privato, vedeva ulteriormente ridursi la propria attività professionale, essendo questa limitata

all'effettuazione di visite ambulatoriali e relative prescrizioni farmacologiche, peraltro in numero ridotto, data la presenza di altro ortopedico presso il Poliambulatorio.

A partire dal 24.01.2002, il ricorrente veniva di fatto assegnato alla Direzione Generale dell'ASL CE/2, senza alcun formale atto di assegnazione e/o di trasferimento e senza alcuna indicazione delle funzioni e responsabilità attribuite, collocato inoltre in una postazione di lavoro angusta.

Peraltro, la presenza del ricorrente presso la Direzione Generale dapprima non compare nelle certificazioni relative allo stato di servizio del D.C., figurandovi, infatti, per la prima volta solo nella attestazione rilasciata nel giugno del 2007 e limitatamente al mese di febbraio 2002 (cfr. doc. n. 155 prod.ne parte ricorrente).

Tale situazione di incertezza non viene chiarita nemmeno in seguito alle numerose richieste avanzate dal ricorrente rispetto alle quali l'amministrazione non ha mai fornito esauriente risposta.

Rientrato al lavoro in data 24.12.2002, dopo un periodo di malattia, recatosi presso la Direzione Generale, il ricorrente trovava la medesima situazione che aveva lasciato, ovvero non rinveniva una postazione di lavoro, non gli venivano assegnate mansioni o funzioni da svolgere, non trovava il proprio cartellino marcatempo, né gli venivano consegnati i buoni pasto.

Tali circostanze, peraltro confermate anche nel corso del giudizio penale n. 1916/2004 (cfr. doc. n. 162 prod.ne parte ricorrente), non sono mai state oggetto di alcuna contestazione da parte dell'amministrazione resistente che, nelle diverse memorie difensive, e, da ultimo in quella depositata agli atti del presente giudizio, si è sempre limitata ad una generica contestazione delle articolate circostanze di fatto di cui al ricorso introduttivo, senza mai prendere posizione specifica in merito ai fatti denunciati dal ricorrente, e, ciò, in violazione alla disposizione di cui all'art. 416 c.p.c. che impone al convenuto di prendere posizione precisa sui fatti costitutivi dedotti dall'attore. E, quanto agli effetti della mancata contestazione, deve essere richiamato il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale "a fronte di un onere specificamente imposto dal dettato legislativo la mancata contestazione del "fatto costitutivo del diritto" rappresenta in positivo e di per sé l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto, rendendo inutile provarlo perché lo rende non controverso" (in tal senso, Cass. sez. lav., 17 giugno 2004, n. 11353).

Proseguendo nell'esame dei fatti oggetto di giudizio, va evidenziato che, in seguito alla visita effettuata dal medico competente, su richiesta dell'Ispettorato del Lavoro di Caserta, al ricorrente veniva diagnosticato un "disturbo della personalità con spunti interpretativi" (cfr. doc. n. 175) cui seguiva un giudizio di parziale idoneità alle mansioni di dirigente medico ortopedico per attività di reparto ed ambulatoriale con esclusione dell'attività medico-chirurgica operatoria (certificato del 17.02.2003, doc. n. 170).

Nel frattempo, il ricorrente, in seguito all'ordinanza cautelare di questo Tribunale del 19.12.2002, veniva trasferito presso il Presidio Ospedaliero Palasciano di Capua dove si recava in data 05.02.2003 e dove rimaneva in servizio effettivo sino al 01.03.2003.

Ed infatti, in seguito alla comunicazione dell'esito dell'accertamento effettuato dal medico competente, il ricorrente si assentava dal lavoro per malattia per un lungo periodo, ovvero dal 03.03.2003 sino al 26.06.2008, data nella quale riprendeva servizio presso il presidio di Capua, rimanendovi sino alla data del licenziamento (07.08.2008).

Durante il periodo di lavoro svolto presso il presidio di Capua, al ricorrente veniva inibito lo svolgimento dell'attività operatoria, permanendo anche l'esclusione del medesimo dai turni pomeridiani, di guardia notturna e festiva e di reperibilità.

Ciò premesso, osserva il giudicante come deve ritenersi provata la dequalificazione professionale del ricorrente, peraltro già accertata dal Tribunale per il periodo dal febbraio 2001 al dicembre 2002, anche con riferimento al periodo successivo, e, cioè, a partire dal 01.01.2003 e sino alla data del licenziamento.

La disciplina delle mansioni e dello *ius variandi* del datore di lavoro trova differente regolamentazione a seconda che si verta in tema di rapporto di lavoro privato ovvero pubblico.

Nel primo caso, infatti, trova applicazione la disposizione di cui all'art. 2103 c.c. che, per quel che qui interessa, statuisce: "il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte". Dunque, il termine di riferimento dell'equivalenza contemplata dall'art. 2103 c.c. è costituito dal contenuto professionale delle mansioni da ultimo effettivamente svolte dal lavoratore, sicché sono da considerare inferiori quelle mansioni che, rispetto alle precedenti, comportino una sottoutilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal lavoratore.

La norma di riferimento nell'ambito del lavoro pubblico è, invece, l'art. 52 del T.U. 165/2001, che deve senz'altro collocarsi tra le "diverse disposizioni", ex art. 2, comma 2 del medesimo decreto, che configurano deroghe alla disciplina codicistica, con la conseguenza che, relativamente alla materia de qua, va ritenuta certamente inapplicabile l'art. 2103 c.c..

Fermo il diritto del lavoratore ad essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, ribadito anche dalla disposizione da ultimo citata, va, tuttavia, evidenziata una fondamentale differenza rispetto al lavoro privato: il parametro di riferimento, ai fini della valutazione sull'equivalenza delle mansioni, ex art. 2103 c.c., viene individuato dalla norma nelle mansioni "ultime effettivamente svolte" dal lavoratore; invece, l'art. 52 del T.U. 165/2001 si riferisce espressamente alle "mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi".

Va sul punto richiamato il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale "in materia di pubblico impiego privatizzato, l'art. 52, comma 1, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che sancisce il diritto alla adibizione alle mansioni per le quali il dipendente è stato assunto o ad altre equivalenti, ha recepito - attese le perduranti peculiarità relative alla natura pubblica del datore di lavoro, tuttora condizionato, nell'organizzazione del lavoro, da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria delle risorse - un concetto di equivalenza "formale", ancorato alle previsioni della contrattazione collettiva (indipendentemente dalla professionalità acquisita) e non sindacabile dal giudice. Ove, tuttavia, vi sia stato, con la destinazione ad altre mansioni, il sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa, la vicenda esula dall'ambito delle problematiche sull'equivalenza delle mansioni, configurandosi la diversa ipotesi della sottrazione pressoché integrale delle funzioni da svolgere, vietata anche nell'ambito del pubblico impiego" (cfr. in tal senso, Cass. sez. lav., 21.05.2009, n. 11835).

Dunque, la inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. ai pubblici dipendenti, ivi compresi quelli con qualifica dirigenziale (cfr. art. 19 T.U. n. 165/2001, come modificato dalla L. n. 145 del 2002) comporta l'impossibilità per il giudice di merito di procedere al giudizio di equivalenza tra le mansioni, utilizzando quale parametro di riferimento quello delle mansioni da ultimo svolte dal lavoratore. Ciò non implica, tuttavia, la liceità del comportamento datoriale diretto a privare il pubblico dipendente di qualunque incarico e, dunque, ad esautorarne il ruolo all'interno dell'amministrazione. Ove, infatti, venga ravvisato, nel caso concreto, un sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa, la

vicenda esula dall'ambito delle problematiche sull'equivalenza delle mansioni, configurandosi la diversa ipotesi della sottrazione pressoché integrale delle funzioni da svolgere, con lesione del diritto alla professionalità del lavoratore.

Ebbene, nel caso in esame, il ricorrente ha subito progressivamente un ridimensionamento qualitativo e quantitativo delle mansioni svolte, fino ad essere sostanzialmente privato di tutte le attività rientranti nel profilo della qualifica di appartenenza, ovvero in quella di dirigente medico chirurgo, vedendo pertanto del tutto esautorato il proprio ruolo all'interno dell'amministrazione sanitaria.

Ed infatti, come sopra evidenziato, a partire dal giugno del 2000, il ricorrente è stato progressivamente privato dell'attività operatoria, dapprima con esclusione dalle sedute operatorie ordinarie, poi con esclusione dai turni pomeridiani, notturni, festivi e di reperibilità; in seguito, ridotto praticamente alla totale inattività, prima presso la Direzione del Distretto Sanitario n. 36 di Frignano, poi presso il Poliambulatorio di San Marcellino, dove, privo di un'adeguata postazione di lavoro ed in assenza dei necessari strumenti e materiali, si limitava a svolgere attività ambulatoriale. Infine, trasferito in via di fatto presso la Direzione Generale, collocato in locali angusti, inidonei all'espletamento di qualsiasi attività, veniva definitivamente isolato dall'ambiente lavorativo e addirittura, per questo periodo, neppure risultava la sede lavorativa sulle attestazioni relative allo stato di servizio. Anche in seguito al trasferimento presso il presidio ospedaliero di Capua nulla mutava, permanendo, infatti, l'esclusione del ricorrente dall'attività operatoria e dai turni pomeridiani, notturni e di reperibilità. Situazione, quest'ultima, rimasta inalterata sino al licenziamento, posto che, come si dirà più innanzi, al giudizio di idoneità al lavoro del 02.08.2008 non seguiva in fatto alcuna reintegra del D.C. nelle mansioni in precedenza svolte, stante l'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro.

Dalla documentazione agli atti, effettivamente emerge che dal momento in cui al ricorrente veniva inibito lo svolgimento dell'attività chirurgica, e, poi, anche quella di reparto, il ruolo del medesimo all'interno della struttura della amministrazione resistente risulta nella sostanza svuotato di ogni contenuto effettivo, realizzandosi conseguentemente una sottoutilizzazione ed un progressivo impoverimento delle attitudini lavorative e professionali dell'istante, tenuto conto anche del fatto che l'attività medica, ed in particolare l'attività di un medico chirurgo, necessita della pratica quotidiana.

Risulta in conclusione provata l'avvenuta dequalificazione del ricorrente.

Il comportamento tenuto dall'amministrazione resistente, come già evidenziato, non si esaurisce, tuttavia, nella condotta di demansionamento appena descritta, assumendo le condotte datoriali, valutate unitariamente, in connessione teleologica tra loro, quei caratteri di vessatorietà, permanenza e sistematicità, tali da poter ritenere integrato, nel caso di specie, il fenomeno del mobbing.

Il ricorrente ha descritto gli iniziali comportamenti di sottile intimidazione e vessazione adottati dall'amministrazione resistente nei suoi confronti, confermati dalle risultanze processuali e dalla copiosa documentazione agli atti. Ed, infatti, a fronte delle reiterate denunce, prima verbali e poi scritte del ricorrente circa le inefficienze organizzative e le carenze strutturali dell'ospedale "G. Moscati" di Aversa, l'Azienda resistente ha inizialmente contestato e criticato il suo operato (cfr., tra gli altri, il doc. n. 78 ove è detto che "il comportamento del dott. D.C. rappresenta un elemento di turbativa all'interno del Reparto.."; v. note del 18.01.1996, del 03.06.1996 e contestazioni disciplinari alle quali non seguì, tuttavia, alcun provvedimento sanzionatorio e che, pertanto, assumono carattere puramente intimidatorio rispetto alle iniziative di denuncia, anche presso le competenti autorità penali poste in essere dal D.C. (cfr. doc.

nn. 69,70,71,72,73,74,75,76; doc. n. 86, 217), per poi passare al silenzio e all'acquiescenza rispetto alle reiterate e motivate richieste del ricorrente (evidenziate al capo 7, nota n. 3 del ricorso introduttivo e supportate dai pertinenti documenti ivi indicati), fino poi a giungere ai provvedimenti di sostanziale svuotamento delle mansioni, ai continui trasferimenti da un ufficio all'altro e alla conseguente marginalizzazione dell'attività lavorativa ed, in ultimo, al licenziamento del lavoratore.

Momenti decisivi di tale condotta finalizzata alla emarginazione del ricorrente dal contesto lavorativo e alla sua definitiva espulsione sono senza dubbio rappresentati dai due giudizi medici di inidoneità all'esercizio dell'attività medico-chirurgica espressi dagli organi competenti dell'ASL CE2 rispettivamente in data 01.02.2001 e 17.02.2003. Come evidenziato dai diversi ctu nominati da questo Tribunale nell'ambito dei giudizi instaurati dal ricorrente, le diagnosi ivi espresse devono ritenersi errate sotto l'aspetto scientifico e medico-legale al punto da far ritenere, senza ombra di dubbio, che l'amministrazione resistente abbia utilizzato uno strumento previsto dalla legge, ovvero l'accertamento della idoneità allo svolgimento delle mansioni relative alla qualifica rivestita, per fini diversi da quelli normativamente previsti, ossia per allontanare un dipendente divenuto evidentemente un personaggio scomodo all'interno del contesto lavorativo.

Ed infatti, come evidenziato dai ctu, dott. ri Monetti e Giordano, nominati nel corso del procedimento rubricato al n.r.g. 859/2003, il giudizio espresso dal Collegio medico in data 01.02.2001, che ritenne il D.C. affetto da "mobbing syndrom limitatamente all'ambiente ospedaliero nel quale attualmente opera" giudicandolo "non idoneo temporaneamente per mesi 12 (dodici) al servizio attivo dell'area funzionale medico chirurgica, ma sì idoneo alle attività professionali relative alla 3 area funzionale dei servizi e del territorio", è del tutto errato sotto l'aspetto scientifico - medico - legale: è errato perché la diagnosi è inesistente sotto il profilo nosografico non riscontrandosi nelle classificazioni dei disturbi mentali...è errato perché basato sul NULLA essendo privo di una diagnosi supportata dall'accurata anamnesi e dall'esame obiettivo; è errato perché l'istante all'epoca del giudizio era da ritenersi idoneo ad esercitare la sua specifica attività professionale di chirurgo ortopedico sia in camera operatoria che in reparto ed al pronto soccorso ... Se si considera che il D.C. ha operato in sala chirurgica fino al 31.01.2001 ed anche oltre (08.02.2001), così come documentato dagli atti, risulta evidente che Egli all'epoca del giudizio espresso dal Collegio Medico Legale Aziendale era nel pieno possesso delle sue capacità psicofisiche-affettive-intellettive idonee ad esercitare la sua specifica attività professionale di chirurgo ortopedico sia in camera operatoria che in reparto ed al pronto soccorso essendo il disagio psicologico certificato dal Medico Curante una reazione emozionale a un precedente fatto stressante senza alcuna compromissione del funzionamento lavorativo e sociale e perciò acuto, transeunte e regredibile in breve tempo. Solo in prosieguo di tempo, hanno aggiunto i consulenti d'ufficio, per il persistere delle condizioni di costrittività organizzativa...si è sviluppato un complesso sintomatologico....che ben si attaglia alla diagnosi di "disturbo dell'adattamento con ansia ed umore depresso misti" che a distanza di circa un anno dal mese di febbraio 2001 si è stabilizzato in forma cronica limitandone, sia per l'inattività che per la labilità psico-emotiva, l'attività lavorativa in camera operatoria senza alcuna ripercussione negativa sulla specifica attività ortopedica in reparto ed al pronto soccorso. (cfr. sentenza n. 6039/2010 cit., in atti; consulenza medico legale dott.ri Monetti e Giordano, doc. n. 266 prod.ne parte ricorrente).

Quanto al giudizio espresso nella certificazione psichiatrica a firma della dott. ssa Del Giudice che valutò il ricorrente "affetto da disturbo della personalità con spunti interpretativi, attualmente in fase di compenso, la cui condizione psichiatrica è connessa

fortemente con il grado di accettazione, accoglienza, integrazione del contesto nel quale è inserito", valutazione che confluì poi nel giudizio espresso dal medico competente dell'ASL (cfr. certificato del 17.02.2003 che giudicò il D.C. idoneo alle mansioni di Dir. Med. ortopedico per attività di reparto ed ambulatoriale con esclusione dell'attività medico-chirurgica operatoria), nella relazione del CTU, dott. Buccelli, nominato dal Tribunale in composizione collegiale nel corso del giudizio di reclamo, si legge che: "l'esplorazione psichiatrica condotta ha escluso una franca presenza di un disturbo della personalità, tanto più con spunti interpretativi, sicché non può allo stato (come del resto anche in passato stante la permanenza nel tempo della personalità e delle possibili variazioni) confermarsi l'orientamento diagnostico espresso nel certificato medico della dott.ssa Del Giudice del 4/2/03. Del resto... nessuno di tutti i numerosi documenti clinici da più sanitari redatti fa mai riferimento ad un tal genere di diagnosi. L'attore è invece affetto da un disturbo post-traumatico da stress, sempre in base alla complessa esplorazione specialistica praticata in occasione dei presenti accertamenti, la quale collima perfettamente con numerose, ripetute analoghe espressioni diagnostiche. Per vero, fino all'incirca al settembre del 2003 i certificati medici relativi allo stato psichico dell'attore attestavano un disturbo cronico dell'adattamento, ma il successivo viraggio diagnostico verso il D.P.T.S. non rappresenta alcuna contraddizione, in quanto è ben noto in psichiatria la possibilità di evoluzione nel tempo di un disturbo cronico di adattamento in una più consistente forma di D.P.T.S.....Può dirsi inoltre che il D.P.T.S. del p.....risulta di rilevante entità, in quanto classificabile in una forma grave....la condotta dell'ASL CE2 ha realizzato di fatto una situazione di mobbing, dovendo riconoscersi che la vicenda lavorativa dell'attore, così come si è evoluta nel tempo, stante le dichiarazioni di anamnesi e le certificazioni prodotte, risponde ai rilievi clinici e circostanziali per poter affermare un tal genere di evento realizzato da una condotta costringitiva. Il disturbo cronico di adattamento, prima, ed il disturbo post traumatico da stress, dopo, rappresentano le espressioni cliniche delle alterazioni psichiche indotte dal mobbing" (cfr. doc. n. 277).

Occorre a questo punto evidenziare che, alla data del 31.07.2008, all'esito della visita del medico competente dell'amministrazione, il ricorrente, dopo essere stato ritenuto affetto da "mobbing syndrom" (giudizio del 01.02.2001) e da "disturbo della personalità con spunti interpretativi (certificato del 04.02.2003 e conseguente giudizio del 17.02.2003) veniva giudicato "idoneo al lavoro" (cfr. doc. n. 342).

Vale la pena sottolineare come a tale giudizio non seguì affatto la reintegra del ricorrente nelle mansioni in precedenza svolte, posto che l'amministrazione che, nel frattempo, aveva iniziato la procedura di licenziamento del D.C., gli comunicò, in data 07.08.2008, la risoluzione del rapporto di lavoro.

Al riguardo, il CTU dott. Ascanio Sirignano, nominato nel corso del presente giudizio, ha evidenziato nelle conclusioni dell'elaborato peritale che: "Il giudizio medico-psichiatrico del 04.03.2003 non è corretto; non è corretto perché non trova riscontro alcuno nell'esame psicodiagnostico attuale, né in tutti gli altri precedenti e successivi, elementi questi che inducono a poter sostenere errata la valutazione del 04.02.2003. Va sottolineato, peraltro, che la procedura e la metodologia seguita presso il DSM di Aversa - ASL CE/2, così come si apprende dalla documentazione, non soddisfano i criteri e i parametri dell'indagine clinico diagnostico in ambito psichiatrico non avvalendosi di strumentazioni adeguate e supporti testistici. Il conseguente giudizio di idoneità del 17.02.2003 non è corretto; non è corretto perché fondato su erroneo presupposto e conclusione psichiatrica ("disturbo di personalità"). Sul punto si sottolinea la lacunosità dell'accertamento svolto e del conseguente giudizio di idoneità poiché non tiene conto della significativa diagnosi di "Mobbing Syndrom"

Nemmeno tiene conto della condizione di mobbing denunciata dal D.C.... Il certificato psichiatrico del 31.07.2008 non è corretto; Non è corretto perché in tale certificazione non si individuano psicopatologie in atto, palesemente in contrasto con tutte le certificazioni antecedenti e prodotte in strutture non appartenenti all'ASL CE2... Il conseguente giudizio di idoneità del 02.08.2008 non è corretto; non è corretto perché fondato su erroneo presupposto e conclusione psichiatrica ("IDONEO"), non valutando la presenza del Disturbo Post Traumatico da Stress (diagnosticato nel 2003 dall'INAIL e il 17.09.2008 dal Consulente di Ufficio nominato dal Tribunale del Lavoro)....

Osserva il giudicante come tutti i comportamenti su descritti, ed in particolare, i tre giudizi medicolegali espressi nel corso del tempo dagli organi competenti dell'amministrazione resistente non possano che essere letti in connessione teleologica con tutte le altre condotte denunciate e valutati, dunque, nell'ambito di una ricostruzione unitaria dell'intera vicenda lavorativa del ricorrente.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, deve, infatti, ritenersi che la fattispecie in esame rientra sicuramente nel fenomeno del c.d. mobbing verticale (o bossing), atteso che i comportamenti denunciati hanno carattere sistematico, risultano far parte di un disegno unitario di prevaricazione, sono stati commessi in un considerevole arco temporale (in riferimento alla loro considerevole durata), provengono dall'amministrazione resistente ed appaiono connotati dal dolo specifico richiesto.

L'amministrazione, infatti, attraverso i propri organi, ha utilizzato il giudizio di inidoneità in modo del tutto strumentale al fine di allontanare l'istante dall'ambiente lavorativo nel quale operava, collocandolo in un contesto ambientale e logistico di emarginazione, con assegnazione di compiti dequalificanti fino a giungere alla sua definitiva espulsione dalla realtà lavorativa.

Diversamente l'ASL, pur nella consapevolezza di una situazione di mobbing (riconosciuta anche dall'INAIL con attribuzione di un grado invalidante pari al 15% come da certificato di liquidazione dell'indennizzo in capitale del 22.04.2004), avrebbe dovuto attivarsi al fine di adottare tutte le misure necessarie dirette a tutelare l'integrità psico-fisica dell'istante anziché fare ricorso a continui trasferimenti, a provvedimenti di sostanziale svuotamento delle mansioni che hanno leso la personalità morale del ricorrente e compromesso il suo stato di salute, determinando un danno biologico permanente di natura psichica, inteso quale menomazione dell'integrità psico-fisica, nella misura del 45%.

Al riguardo, il consulente ha evidenziato un progressivo peggioramento delle condizioni di salute dell'istante, ricollegandolo causalmente al vissuto lavorativo, affermando che: "Il Dott. D.C. ha manifestato risposte psicopatologiche alla condizione di conflittualità organizzativa che, inizialmente, hanno determinato la comparsa di un Disturbo dell'Adattamento con Ansia e Umore Depresso Misti che, successivamente, è evoluto in un Disturbo Post Traumatico da Stress e, allo stato, in una condizione di Depressione Maggiore. Il progressivo aggravamento psicopatologico ha inciso sulla cenestesi lavorativa del soggetto che, attualmente, è idoneo alle attività proprie della sua qualifica professionale di dirigente medico da svolgersi in orario diurno, preferenzialmente fisso, ed in ambiente clinico-amministrativo; invece è non idoneo ad attività più stressanti quali attività chirurgica, attività di reparto, attività di pronto soccorso, turni notturni, turni di pronta disponibilità, costante contatto con il pubblico." (cfr. CTU in atti).

In conclusione, dalla lettura complessiva delle condotte datoriali emerge con chiarezza l'intento persecutorio nei confronti del ricorrente: tutti gli atti posti in essere dall'amministrazione si inseriscono infatti in una strategia complessiva diretta all'emarginazione e al definitivo allontanamento del ricorrente dal contesto lavorativo.

Ebbene, in omaggio alle regole generali di riparto degli oneri probatori in tema di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 2087 c.c., il ricorrente ha allegato l'inadempimento datoriale fornendo, altresì, la prova del danno conseguenza dell'inadempimento e del nesso causale tra l'effetto della violazione dell'obbligo di sicurezza ed il pregiudizio subito; viceversa alcuna prova liberatoria è stata offerta dall'Azienda convenuta che anche nel presente giudizio si è limitata ad una generica contestazione di tutte le circostanze dedotte nel ricorso introduttivo ed emergenti dalla copiosa documentazione prodotta in atti.

Il risarcimento dei danni

Passando, dunque, ad esaminare la determinazione del danno, il CTU ha indicato nella misura del 45% l'entità dei postumi a carattere permanente residuati dalle lesioni conseguenti alle vessazioni subite, qualificate dal consulente in termini di "depressione maggiore grave". Si aggiunge nella relazione peritale che tale patologia trova la sua concausa di efficienza lesiva nelle vicende lavorative che hanno visto il ricorrente protagonista, in quanto cronologicamente, qualitativamente, quantitativamente e moralmente idonee a produrre il disagio psicopatologico in questione.

Tale consulenza tecnica, confermata dalla documentazione sanitaria in atti, anche di fonte pubblica, risulta svolta sulla base di metodiche di accertamento medico legali complete e corrette, utilizzando argomentazioni logiche, esaurienti e persuasive ed in conformità ai quesiti formulati all'atto del conferimento dell'incarico e va pertanto interamente condivisa.

Non sono state dedotte dalla parte resistente carenze o deficienze diagnostiche nelle quali sarebbe incorsa la ctu, né sono state svolte critiche specifiche e/o che possono essere condivise dal giudice in quanto le conclusioni cui è giunto il consulente, attesa la coerenza logica delle argomentazioni svolte e dei criteri posti a base della consulenza, sono corrette e da condividere integralmente.

Le argomentazioni medico legali del consulente, valutate unitamente alle risultanze processuali, consentono quindi di ritenere provata l'esistenza di un nesso causale tra la patologia psichica che ha colpito il D.C. e l'inadempimento datoriale che lo ha esposto ad una situazione di mobbing, nonché la presenza e l'entità di un danno biologico risarcibile.

Venendo alla determinazione del *quantum debeatur*, in presenza di un danno alla persona, va ritenuta la risarcibilità esclusivamente di due distinte figure di danno, quello patrimoniale e quello non patrimoniale.

Come è noto, la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, ha riportato il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile che distingue solo tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) (sent. n. 8827/2003; n. 15027/2005; n. 23918/2006).

In particolare il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sent. n. 15027/2005; n. 23918/2006).

Con precipuo riferimento al danno non patrimoniale, prima di procedere alla sua liquidazione, questo giudicante ritiene brevemente di richiamare la lettura,

costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 all'art. 2059 c.c., completata alla luce della nota decisione delle Sezioni Unite n. 26972/2008.

Notoriamente il danno non patrimoniale si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica ed il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c..

L'art. 2059 c.c., non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue (danno-conseguenza, secondo opinione ormai consolidata: Corte cost. n. 372/1994; S.U. n. 576, 581, 582, 584/2008). L'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale si ricava dall'individuazione delle norme che prevedono siffatta tutela (in primo luogo l'art. 185 c.p., che prevede la risarcibilità del danno patrimoniale conseguente a reato e poi altri casi espressamente previsti da leggi ordinarie) e, al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, laddove in precedenza la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost. (vedi sent. n. 15022/2005; n. 23918/2006).

Ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, sono, dunque, necessarie, ad avviso delle Sezioni Unite, le seguenti condizioni: a) che l'interesse leso (e non il pregiudizio sofferto) abbia rilevanza costituzionale; b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, come impone il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.; c) che il danno non sia futile, ma abbia una consistenza che possa considerarsi giuridicamente rilevante.

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro, le Sezioni Unite hanno confermato che il risarcimento del danno non patrimoniale discende, oltre che dai principi costituzionali, anche dall'espressa disposizione di cui all'art. 2087 c.c.

Venendo alla liquidazione va ricordato che nell'ambito della categoria generale ed unitaria "danno non patrimoniale", non esistono distinte sottocategorie, ma il riferimento a vari tipi di pregiudizio (danno morale, danno biologico, danno esistenziale, da vita di relazione ecc..) viene effettuato solo a fini descrittivi senza implicare il riconoscimento di distinte categorie di danno autonomamente e cumulativamente risarcibile (cfr. Cass. n. 26972/2008).

Al riguardo, anche di recente la Suprema Corte ha affermato che "il grado di invalidità permanente espresso da un "barème" medico legale esprime la misura in cui il pregiudizio alla salute incide su tutti gli aspetti della vita quotidiana della vittima, restando preclusa la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona, quali il danno alla vita di relazione e alla vita sessuale, il danno estetico e il danno esistenziale. Soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, tempestivamente allegate dal danneggiato, le quali rendano il danno concreto più grave, sotto gli aspetti indicati, rispetto alle

conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione" (così Cass., sez. III, 7 novembre 2014, n. 23778). Ed ancora: "il danno biologico (cioè la lesione della salute), quello morale (cioè la sofferenza interiore) e quello dinamico-relazionale (altrimenti definibile "esistenziale", e consistente nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiane, risarcibile nel caso in cui l'illecito abbia violato diritti fondamentali della persona) costituiscono componenti dell'unitario danno non patrimoniale che, senza poter essere valutate atomisticamente, debbono pur sempre dar luogo ad una valutazione globale. Ne consegue che, in caso di mancata liquidazione del cosiddetto danno morale, occorre che il ricorrente, in sede di impugnazione della sentenza, non si limiti ad insistere sulla separata liquidazione di tale voce di danno, ma che articoli chiaramente la doglianza come erronea esclusione, dal totale ricavato in applicazione delle cosiddette "tabelle di Milano", delle componenti di danno diverse da quella originariamente descritta come "danno biologico", risultando, in difetto, inammissibile la censura atteso il carattere tendenzialmente onnicomprensivo delle previsioni delle predette tabelle" (in tal senso Cass., 24 settembre 2014, n. 20111).

Premesso che il danno non patrimoniale deve essere integralmente risarcito, un sistema in cui si evitino le duplicazioni impone di ritenere assorbiti nel danno biologico cd. dinamico e nel danno morale tutti i pregiudizi derivanti dall'illecito, sia contrattuale che extra contrattuale.

Il primo tipo di pregiudizio ricorre "ove il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti siano accompagnati da degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze, si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente."

Il secondo si definisce invece come "la sofferenza soggettiva in sé considerata, non come componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale. Ricorre "ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferto, ad es., dalla persona diffamata o lesa nella identità personale.

Ne deriva che la sofferenza non accompagnata da degenerazioni patologiche costituisce danno morale, mentre, ove dette degenerazioni siano riscontrabili, si ricadrà nell'ampia categoria del danno biologico, considerato nel suo aspetto "dinamico".

In presenza di degenerazioni patologiche il risarcimento si esaurisce nel danno biologico, la cui misura, qualora ci si avvalga delle tabelle, deve essere modulata in modo da tenere conto delle sofferenze patite dal soggetto leso, non liquidando una posta di danno aggiuntiva ma come fattore di "personalizzazione" del danno.

In ordine poi ai criteri per una liquidazione di tale danno è inevitabile il ricorso al combinato disposto degli art. 2056 e 1226 c.c., che non esclude tuttavia l'utilizzo di parametri ragionevoli ed uniformi per la generalità delle persone fisiche da adattarsi al caso concreto, con aumenti e diminuzioni, grazie ad una personalizzazione quantitativa e qualitativa.

Pur seguendo tale nuova impostazione dogmatica, ancora oggi appare dunque corretto il ricorso al criterio equitativo ragionato del valore medio del punto d'invalidità, da individuarsi concretamente, e sempre fatti salvi gli adeguamenti che potrebbero rendersi opportuni in considerazione della particolarità del caso concreto, grazie all'utilizzo delle nuove tabelle elaborate dal Tribunale di Milano, (sulla cui vocazione nazionale e sulla cui corrispondenza ai criteri di equità imposti dal codice civile si veda da ultimo Cass. n. 12408/11), che correttamente parametrano il c.d. punto tabellare sempre alla gravità

della menomazione ed all'età del danneggiato, ma tuttavia propongono ora una liquidazione congiunta:

a) del danno non patrimoniale conseguente a "lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale", sia nei suoi risvolti anatomico-funzionali e relazionali medi ovvero peculiari;

b) del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore", "sofferenza soggettiva", in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione.

Richiamate le valutazioni tecniche utilizzate per addivenire alla determinazione del nuovo valore del punto, e ritenuto che l'utilizzo dei criteri suindicati consenta in astratto di adattare la liquidazione equitativa del risarcimento alla specifica entità del danno, nel caso concreto si ritiene di quantificare il risarcimento per il danno non patrimoniale subito dal D.C. nella complessiva somma di Euro 353.818,00, valutata all'attualità e calcolata utilizzando il suddetto criterio della liquidazione a punto, prendendo a base del calcolo la misura dell'alterazione psicofisica indicata dal consulente (pari al 45%), fissando il valore del punto danno non patrimoniale 2014, con riferimento all'attualità, in Euro 5.705,30 e moltiplicando il danno espresso per il coefficiente demoltiplicatore (0,735), relativo all'età anagrafica della vittima (anni 54 al momento dell'accertamento medicolegale che ha attestato la stabilizzazione del danno nella misura indicata).

L'ammontare del danno non patrimoniale, in tal modo calcolato, è stato aumentato, in adesione a quanto stimato dal CTU e nei limiti di quanto previsto dalle tabelle del Tribunale di Milano del 2014, nella percentuale massima del 25%, sulla base di un equo apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, considerate la gravità e la reiterazione delle vessazioni subite.

Dal momento che nella valutazione del danno biologico dinamico è stata già adeguatamente considerata anche la degenerazione patologica di natura psicologica prodotta dalla malattia, ritiene il giudicante che tale risarcimento sia adeguato ed integrale perché comprensivo anche della sofferenza fisica e psicologica subita e che il riconoscimento di una ulteriore somma descrivibile come danno morale sarebbe una impraticabile duplicazione (vedi sempre in Cass. n. 26972/08).

Pertanto, nell'ottica dell'integrale liquidazione del danno non patrimoniale, deve escludersi nella fattispecie la autonoma risarcibilità di una voce di danno definito "esistenziale", inteso quale pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) ricadente sulle abitudini e sugli assetti relazionali propri del danneggiato, dovendosi ritenere tale pregiudizio ricompreso nella c.d. liquidazione congiunta di cui ai criteri approvati dall'osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano in data 22.05.2009. Di esso si è pertanto già tenuto conto nella liquidazione effettuata che ha preso in considerazione tali aspetti al fine di consentire un'adeguata personalizzazione del danno accertato.

In conclusione, va riconosciuta in questa sede al ricorrente, a titolo di danno non patrimoniale, la complessiva somma di Euro 353.818,00, liquidata all'attualità. Da tale importo deve essere detratto quanto già liquidato da questo Tribunale con sentenza n. 6039/2010 (Euro 49.079,07, somma quest'ultima già ridotta in virtù di quanto erogato dall'INAIL).

L'importo finale da liquidare al ricorrente a titolo di danno non patrimoniale risulta essere pari ad Euro 304.738,93, somma già attualizzata. Su tale somma spettano gli interessi legali dalla data della presente decisione al soddisfo.

Quanto al lamentato danno da demansionamento, la accertata dequalificazione professionale del ricorrente comporta l'obbligo di risarcire il danno patrimoniale consequenziale alla apprezzabile menomazione - non transeunte - della professionalità del lavoratore.

Il danno professionale può verificarsi in diversa guisa, potendo consistere sia nel pregiudizio derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità (danno emergente), sia nel pregiudizio subito per perdita di chance, ossia di ulteriori possibilità di guadagno (lucro cessante).

Anche rispetto a tale singola voce di danno - come di ogni altra - grava sul lavoratore l'onere di precisa allegazione, tramite l'indicazione di circostanze specifiche. Nella prova del danno è comunque utilizzabile la prova per presunzioni, valorizzandosi, per tale via, il dato dell'entità del demansionamento, della sua durata, dell'anzianità del lavoratore, elementi questi altresì utilizzabili nella successiva fase della liquidazione.

Nella fattispecie, come si è detto, lo *ius variandi* esercitato nei confronti del ricorrente, proprio perché ispirato ad una logica persecutoria, ha inevitabilmente comportato una drastica riduzione ed un impoverimento delle mansioni precedentemente espletate, determinando una considerevole dispersione di quel corredo di nozioni, abilità ed esperienze che l'istante aveva precedentemente maturato. La esclusione del D.C. dall'esercizio dell'attività operatoria, l'emarginazione e la riduzione alla progressiva totale inattività, non hanno consentito al ricorrente la piena utilizzazione e l'eventuale arricchimento del patrimonio professionale dallo stesso acquisito nella fase pregressa del rapporto, determinando, al contrario, uno svilimento delle conoscenze e delle abilità professionali precedentemente acquisite.

Osserva, il giudicante come in relazione al periodo dal febbraio 2001 al dicembre 2002, il ricorrente abbia già ottenuto la liquidazione del danno alla professionalità con la citata sentenza n. 6039/2010. Dovendo, pertanto, il giudizio in questa sede limitarsi al periodo successivo, deve essere riconosciuto al ricorrente il risarcimento del danno alla professionalità, derivante dall'illegittimo esercizio dello "*ius variandi*", danno che si liquida equitativamente, ex artt. 1226 c.c., utilizzando come parametro di riferimento la retribuzione ordinaria lorda risultante dalla ultima busta paga, nella misura del 15%, per il periodo di dequalificazione accertato, e, quindi, in Euro 63.606,07 somma già calcolata all'attualità. Su tale somma spettano gli interessi legali dalla data della presente decisione al soddisfo criteri di calcolo: si assume come parametro di riferimento la retribuzione mensile lorda di Euro 4.961,31 quale risultante dall'ultima busta paga del mese di luglio 2008 (cfr. doc. n. 139 in atti parte attrice), ridotta nella misura del 15%, per un risarcimento pari ad Euro 744,20 per ciascuna mensilità, che va moltiplicato per il numero delle mensilità maturate a partire dal mese di gennaio 2003 sino alla data del licenziamento (agosto 2008), per un totale di 67 mensilità.

Osserva il giudicante come nell'ambito del danno alla professionalità devono ritenersi compresi anche gli ulteriori danni lamentati dal ricorrente e, nella specie, il danno derivante dal mancato svolgimento dell'attività intramoenia e quello derivante dall'esclusione dal regime di turnazione e dai servizi di guardia e reperibilità, stante la necessità di evitare inammissibili duplicazioni risarcitorie con altre voci di danno accomunate dalla medesima fonte causale.

Spettano, infine al ricorrente le somme richieste a titolo di indennità sostitutiva delle ferie. Ed, infatti, la mancata fruizione delle ferie per causa non imputabile al lavoratore, assentatosi dal lavoro a causa di una lunga malattia non può escludere il diritto di quest'ultimo all'indennità sostitutiva delle ferie, in considerazione della irrinunciabilità del diritto stesso, costituzionalmente garantito (in tal senso Cass., sez. lav., 27 novembre 2012, n.21028). La giurisprudenza di legittimità, con orientamento ormai consolidato, ha da tempo statuito che "il diritto incondizionato del lavoratore alle ferie annuali (coperto anche da garanzia costituzionale) è ricollegabile non all'effettività dell'attività lavorativa bensì al rapporto di lavoro, la cui permanenza anche durante la malattia del

lavoratore impedisce di ravvisare in quest'ultima una causa ostativa alla maturazione del diritto stesso, dovendo anche considerarsi che l'interesse protetto con l'attribuzione al lavoratore del diritto alle ferie non è solo quello al riposo ma altresì quello alla fruizione di un periodo di tempo libero, sicché tutti quegli eventi che sono capaci di impedire - in linea di fatto - la soddisfazione di tale fondamentale bisogno, purché il rischio degli stessi sia posto dall'ordinamento a carico del datore di lavoro, non possono costituire impedimento alla maturazione del diritto alle ferie; il quale pertanto non subisce decurtazioni in relazione ad assenze per malattia, rientrando tale evento fra quelli che soddisfano alla duplice condizione sopraindicata" (cfr. tra le altre, Cass. S.U., 12 novembre 2001, n.14020; Cass., sez. lav., 23 gennaio 1997, n. 704).

Per quanto riguarda la quantificazione delle somme rivendicate a tale titolo, questo giudice ritiene di condividere le risultanze dei conteggi formulati da parte ricorrente, così come specificati in sede di note difensive, in quanto redatti in modo corretto e chiaro sulla base della normativa della contrattazione collettiva di riferimento, oltre che non specificamente contestati dalla resistente.

Dalle risultanze di tali conteggi, emerge che la somma spettante al ricorrente a titolo di indennità sostitutiva delle ferie non godute è pari ad Euro 37.511,54. Su tale somma spettano poi gli interessi legali a far data dal 07.08.2008 (data della cessazione del rapporto) al soddisfo.

Il licenziamento

Venendo all'esame della domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento intimato al ricorrente con Delib. n. 608 del 7 agosto 2008 per superamento del periodo di comporto, il Tribunale osserva quanto segue.

Il licenziamento è illegittimo per una pluralità di profili che di seguito si esporranno.

Rileva preliminarmente il giudicante come nel caso di specie deve ritenersi insussistente la motivazione posta formalmente alla base del provvedimento di recesso datoriale, non configurandosi l'ipotesi dedotta del superamento del periodo di comporto.

La questione da affrontare concerne, infatti, la computabilità o meno, nel periodo di comporto, delle assenze dovute a malattia laddove le patologie sofferte trovino la loro genesi nella violazione dello specifico obbligo del datore di lavoro di tutelare la integrità psico-fisica del lavoratore (art. 2087 c.c.).

Come è noto, l'art. 2110 c.c. disciplina le ipotesi (infortunio, malattia, gravidanza, etc.) di sospensione del rapporto di lavoro ossia le ipotesi in cui il lavoratore, per un tempo determinato dalla legge, dal contratto collettivo o dagli usi è esonerato dall'eseguire la prestazione lavorativa per il verificarsi dell'evento previsto che incide sulla capacità di lavoro, ma viene garantito allo stesso la normale retribuzione.

La giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che la fattispecie del recesso del datore di lavoro, per l'ipotesi di assenze del lavoratore, determinate da malattia o infortunio, tanto nel caso di una sola affezione continuata quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosì (c.d. eccessiva morbilità), si inquadra nello schema previsto ed è soggetta alle regole dettate dall'art. 2110 c.c., che prevalgono, per la loro specialità, sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa, sia sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, con la conseguenza che, in dipendenza della prospettata specialità e del contenuto derogatorio di dette regole, il datore di lavoro, da un lato, non può unilateralmente recedere o, comunque, far cessare il rapporto di lavoro prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (c.d. periodo comporto), predeterminato dalla legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi oppure, nel difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa, e, dall'altro, che il superamento di

quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo, né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali.

La Suprema Corte ha, tuttavia, puntualizzato che le assenze del lavoratore per malattia non giustificano il recesso del datore di lavoro, in ipotesi di superamento del periodo di comportamento, ove l'infermità sia, comunque, imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro, in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che il datore abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza o di norme specifiche, incombendo, peraltro, al lavoratore l'onere di provare il collegamento causale fra l'infermità, che ha determinato l'assenza (e, segnatamente, il superamento del periodo di comportamento) ed il carattere morbigeno dell'ambiente di lavoro o delle mansioni espletate (in tal senso, vedi, tra le altre Cass., sez. lav., 11 giugno 2013, n. 14643: in tale pronuncia la Suprema Corte ha confermato le statuizioni dei giudici di merito di primo grado e di appello che avevano ritenuto l'illegittimità del licenziamento intimato alla ricorrente per superamento del periodo di comportamento in un caso di accertato mobbing; ma vedi anche Cass., sez. lav., 6 settembre 2005, n. 17780; Cass., sez. lav., 25 novembre 2004, n. 22248; Cass., sez. lav., 7 aprile 2003, n. 5413; Cass. sez. lav., 18 aprile 2000, n. 5066).

Nella fattispecie, incontestato il superamento del periodo di comportamento, accertata, per le motivazioni già espresse, l'esistenza di una condotta di mobbing posta in essere dall'Azienda convenuta ai danni del ricorrente per il periodo su indicato, ritenuta la sussistenza del nesso di causalità tra i danni sofferti dall'istante e l'inadempimento datoriale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., deve affermarsi l'addebitabilità dello stato patologico, cui conseguì il superamento del periodo di comportamento, al comportamento persecutorio del datore di lavoro, e, dunque, in applicazione dei principi di diritto sopra esposti, non potendosi computare le assenze per malattia del ricorrente ai fini del periodo di comportamento, quest'ultimo non può ritenersi superato con conseguente illegittimità del licenziamento intimato dall'amministrazione resistente.

Quanto fin qui addotto non esaurisce però l'accertamento dei vizi che attecchiscono in via principale il provvedimento di licenziamento per come dedotti all'interno di questo giudizio (sotto il profilo della discriminatorietà ed illiceità).

In via principale rileva, infatti, il fine ritorsivo e comunque illecito che connota il provvedimento in oggetto, per la cui chiara individuazione non può prescindersi dal contesto nel quale esso è maturato.

Ed infatti, ad avviso del giudicante, l'atto di recesso oggetto della presente impugnativa deve a ben vedere essere inquadrato nell'ambito della serie reiterata di comportamenti vessatori volti all'emarginazione e all'esclusione del ricorrente dall'ambiente di lavoro, appunto quale ultimo atto volto a realizzare il disegno datoriale finalizzato alla definitiva espulsione del D.C. considerato ormai elemento scomodo e non più gradito alla dirigenza aziendale dell'amministrazione convenuta.

La motivazione del licenziamento, ovvero il superamento del periodo di comportamento, oltre che illegittima, per i motivi sopra esposti, si rivela nella sostanza una motivazione solo apparente che cela l'intento ritorsivo e discriminatorio.

Ebbene, in generale, si è in presenza di un licenziamento ritorsivo e/o discriminatorio e/o per motivo illecito determinante allorché l'atto di recesso costituisce un mero pretesto per perseguire con il licenziamento un altro e diverso scopo: quello di

procedere all'espulsione dal tessuto aziendale dei lavoratori scomodi o peggio sgraditi per ragioni del tutto svariate.

La pretestuosa modifica organizzativa, ovvero i motivi disciplinari addotti, a seconda del caso concreto, celano, dunque, un licenziamento per ritorsione o rappresaglia, attuato come precisa la Corte di Cassazione "a seguito di comportamenti risultati sgraditi all'imprenditore": "costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa"" (cfr. Cass., sez. lav., 3 agosto 2011, n. 16925).

Può, dunque, risultare particolarmente complesso per la parte onerata (il lavoratore) allegare circostanze comprovanti la natura discriminatoria o ritorsiva dell'atto, posto che queste "sono gelosamente custodite nella sfera datoriale", ma è pur vero che il lavoratore può avvalersi di presunzioni. Nonostante i predetti temperamenti, le difficoltà probatorie permangono, in considerazione del fatto che parte della giurisprudenza richiede l'ardua prova dell'elemento soggettivo, del c.d. intento discriminatorio o ritorsivo.

Tuttavia è stata rilevata dalla giurisprudenza più accorta l'applicabilità al caso in esame, oltre che dei principi ineludibili dell'agire secondo correttezza e buona fede, dell'istituto del divieto di compiere atti in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c., divieto che rappresenta, dunque, un autonomo limite esterno al potere discrezionale del datore di lavoro, che opera in caso di "oggettivo sviamento fraudolento della causa in concreto del licenziamento".

Dall'adozione della descritta impostazione derivano due rilevanti conseguenze. In primo luogo, l'accertamento giudiziale verte sullo scopo della manovra elusiva che deve coincidere con quello vietato dalla norma imperativa e, pertanto, talvolta potrebbe anche prescindere dall'indagine sul motivo illecito esclusivo e determinante.

Peraltro, l'illiceità del licenziamento in frode alla legge non richiede la difficile prova dell'intento elusivo (nel caso, ritorsivo), inteso come elemento che afferisce alla dimensione psicologica. L'intento del datore di lavoro non costituisce un elemento della frode alla legge ed è giuridicamente irrilevante sino a che non integra un motivo illecito esclusivo e determinante (art. 1345 c.c.).

Pertanto, la valutazione del carattere fraudolento dell'operazione economica complessivamente realizzata non può che avere carattere oggettivo, posto che deve riferirsi "alla causa in concreto dell'atto di licenziamento che in queste ipotesi viola vere e proprie norme imperative che contengono limiti esterni alla causa tipica del licenziamento stesso".

E' stato, inoltre, affermato dalla giurisprudenza di merito che "l'atto discriminatorio è, nella normalità dei casi, agganciato ad un motivo apparentemente valido - quale, nel caso di specie, la dedotta riduzione di personale per crisi aziendale - ma l'indagine del giudicante non può limitarsi alla formalistica presa d'atto dell'indicazione della motivazione da parte datoriale, ma deve piuttosto condurre a verificare se nel compimento dell'atto gestorio del rapporto di lavoro non sia stata posta in essere una discriminazione vietata dall'ordinamento, come, nel caso di specie, nella scelta del lavoratore rispetto al quale risolvere il rapporto" (Tribunale Latina, 02 agosto 2012; cfr. anche Tribunale Bologna sez. lav., 19 novembre 2012 e Tribunale Lodi, 19 aprile 2012).

La Cassazione in una sentenza significativa pone l'accento sul carattere "vendicativo" dell'atto di recesso avendo precisato che "il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta che questa sia, è un licenziamento nullo, quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c., comma 2, art. 1345 e 1324 c.c. Esso costituisce ingiusta ed arbitraria

reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato della ingiustificata vendetta."

Siffatto tipo di licenziamento è stato ricondotto, data l'analogia di struttura, alla fattispecie di licenziamento discriminatorio, vietato dagli art. 4 L. n. 300 del 1970, e 3 L. n. 108 del 1990 -interpretati in maniera estensiva - che ad esso riconnettono le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori, applicabili anche nell'ipotesi in cui il licenziamento riguardi un dirigente (cfr. Cass., sez. lav., 8 agosto 2011, n. 17087).

La Suprema Corte ha, infatti, affermato che "in tema di licenziamento, l'art. 3 della L. n. 108 del 1990, che estende ai licenziamenti nulli - in quanto discriminatori, ai sensi degli artt. 4 della L. n. 604 del 1966 e 15 della L. n. 300 del 1970 - le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18 della medesima L. n. 300 del 1970, qualunque sia il numero dei dipendenti ed anche a favore dei dirigenti, deve intendersi applicabile in genere ai licenziamenti nulli per illiceità del motivo determinante ed, in particolare, a quelli che siano determinati in maniera esclusiva da motivo di ritorsione o di rappresaglia" (in tal senso, tra le altre, Cass., sez. lav., 1 dicembre 2010, n. 24347).

Nel caso che ci occupa diversi sono gli elementi che assurgono ad indici rivelatori del carattere ritorsivo del licenziamento.

L'ASL ha intimato il licenziamento per superamento del periodo di comportamento con Delib. 7 agosto 2008, ma, a ben vedere, il periodo di comportamento risultava superato dal ricorrente già a partire dal 03.03.2006 per come rilevato dalla stessa amministrazione resistente che, con nota del 16 aprile 2007, proprio sul presupposto del superamento del periodo di comportamento, comunicava al ricorrente la sospensione della retribuzione e l'intenzione di procedere al recupero delle retribuzioni percepite indebitamente a partire dalla data su indicata (provvedimenti dichiarati illegittimi ed annullati con sentenza di questo Tribunale n. 5408/2012).

Ebbene la tempistica osservata dalla convenuta nella procedura di licenziamento assume un significato pregnante laddove si consideri che lo stesso è intervenuto in pendenza del procedimento di reclamo, laddove di lì a poco sarebbe stata depositata la relazione del perito nominato dal collegio, giudizio che, poi, stante l'intervenuto recesso, si è concluso con un provvedimento di cessazione della materia del contendere.

L'amministrazione resistente, che fino a quel momento, attraverso i giudizi medico-legali dei medici competenti aveva ritenuto il ricorrente dapprima affetto da "mobbing syndrom" e poi da "disturbo della personalità con spunti interpretativi", alla data del 31.07.2008, ritenendolo evidentemente guarito da tutte le patologie in precedenza diagnosticate, lo giudicava idoneo al lavoro, per poi licenziarlo con provvedimento del 7 agosto 2008.

Non meno rilevanti appaiono le anomalie della procedura di licenziamento che si apre in data 16.04.2008 con una lettera di contestazione che preannuncia, in realtà, un licenziamento per giusta causa, così come si legge nel testo della nota prot. n. 6651 (...tanto premesso questa Azienda intende dunque procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro, mediante procedimento di recesso per giusta causa, avendo la S.V. superato il periodo di comportamento previsto dalle norme contrattuali ed in quanto la condotta posta in essere risulta negligente e omissiva degli elementari doveri di pubblico dipendente, Condotta, pertanto, tale da non consentire, ai sensi e per gli effetti dell'art. 36 comma 2 del CCNL del 05.01.96 per l'Area della Dirigenza Medica e Veterinaria e dell'art. 2119 del Codice Civile, la prosecuzione, sia pur provvisoria, del rapporto di lavoro).

Al ricorrente viene, dunque, contestato non solo il superamento del periodo di comportamento (a distanza di circa due anni), ma anche una condotta "negligente e omissiva degli elementari doveri di pubblico dipendente". In seguito a numerose richieste di chiarimenti avanzate dal D.C., l'amministrazione, con nota del 27.05.2008, dapprima precisa che la condotta negligente e omissiva tenuta dal dipendente sarebbe consistita nel far pubblicare articoli su testate nazionali e regionali volte a gettare discredito sull'Azienda, contestandogli, altresì, un episodio nel quale il ricorrente avrebbe tenuto un comportamento aggressivo in presenza di altri dipendenti nei locali dell'Azienda; successivamente, tali contestazioni vengono del tutto abbandonate ed il licenziamento viene intimato esclusivamente per superamento del periodo di comportamento.

Ebbene, tutti gli elementi messi fin qui in evidenza costituiscono senza dubbio elementi di prova idonei (in quanto gravi, precisi e concordanti) per sostenere tanto la natura ritorsiva del licenziamento, quale reazione a legittimi atti di denuncia del ricorrente, ed, altresì, alle azioni giudiziarie dallo stesso intraprese per la tutela dei propri diritti (non è un caso che l'atto datoriale di recesso dal rapporto di lavoro intervenga proprio nelle more del procedimento di reclamo instaurato dal ricorrente), tanto la sua natura illecita in quanto animato dall'unico scopo di allontanare definitivamente dalla realtà aziendale un soggetto ormai non più gradito alla compagine dirigenziale dell'amministrazione resistente.

Il licenziamento appare dunque l'epilogo della tormentata vicenda lavorativa vissuta dal ricorrente rappresentando, come già evidenziato, l'ultimo (illegittimo) atto della serie reiterata di condotte vessatorie poste in essere dall'azienda convenuta ai danni del D.C..

Sulla scorta di quanto sinora detto il licenziamento intimato al ricorrente va, dunque, dichiarato nullo, con applicazione della tutela reale più completa. Va, per l'effetto, ordinato alla convenuta di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro; la stessa va condannata, altresì, al pagamento in suo favore di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto da ultimo percepita - pari ad Euro 4.961,31, calcolata dal giorno dell'illegittimo recesso, fino alla data di effettiva reintegra, ed al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dalla data della risoluzione sino al ripristino del rapporto.

Le spese di lite seguono la regola generale della soccombenza e si liquidano come da dispositivo. Nella liquidazione delle spese, si tiene conto non solo del valore della causa, ma anche della complessità delle questioni trattate e dell'articolato svolgimento del presente giudizio. Le spese di consulenza tecnica d'ufficio vanno poste definitivamente a carico della parte convenuta e liquidate con separato decreto emesso in pari data.

P.Q.M.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in persona della dott.ssa Adriana Schiavoni, quale giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza disattesa, così provvede:

- a) dichiara la responsabilità dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta in ordine al mobbing subito dal ricorrente e per l'effetto la condanna al pagamento in suo favore della somma complessiva di Euro 304.738,93 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, oltre interessi legali dalla data della presente decisione al soddisfo;
- b) dichiara l'illegittimità del demansionamento subito dal ricorrente per il periodo dal 01.01.2003 al 07.08.2008 e per l'effetto condanna l'Azienda convenuta al pagamento in suo favore della somma di Euro 63.606,07 a titolo di danno patrimoniale alla professionalità, oltre interessi legali dalla data della presente decisione al soddisfo;

c) condanna l'Azienda Sanitaria Locale di Caserta al pagamento in favore del ricorrente della somma di Euro 37.511,54 a titolo di indennità sostitutiva delle ferie non godute, oltre interessi legali dalla data della cessazione del rapporto al soddisfo;

d) dichiara la nullità del licenziamento intimato al ricorrente in data 07.08.2008 e per l'effetto ordina alla convenuta, in persona del legale rappresentante p.t., di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro;

e) condanna la società convenuta al risarcimento del danno subito dal lavoratore stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto percepita mensilmente all'epoca del licenziamento - pari ad Euro 4.961,31 -, calcolata dal giorno del licenziamento sino all'effettiva reintegra, oltre interessi legali sui singoli crediti dalla maturazione al saldo, nonché al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dalla data di risoluzione sino al ripristino del rapporto;

f) condanna la parte convenuta al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese processuali che liquida in complessivi Euro 5.901,00, di cui Euro 770,00 per spese, oltre IVA e CPA come per legge, con attribuzione al procuratore dichiaratosi antistatario;

g) pone a carico della parte convenuta le spese di consulenza tecnica d'ufficio, liquidate con separato decreto.

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, il 10 febbraio 2015.

Depositata in Cancelleria il 10 febbraio 2015.

TRIBUNALE DI SANTA MARIA DI CAPUA VETERE, sentenza 10 febbraio 2015; Giud. SCHIAVONI; D.C.N. (Avv. Maietta) c. AZIENDA SANITARIA LOCALE DI CASERTA (già ASL CE 2), in persona del legale rappresentante *pro tempore* (Avv.ti CHIOSI e D'ONOFRIO).

Lavoro (rapporto) - Mobbing – Dequalificazione professionale – Fattispecie

Danni civili – Risarcimento del danno da mobbing – Danno non patrimoniale – Fattispecie

Ai fini della configurabilità del mobbing lavorativo devono ricorrere una serie di comportamenti di carattere persecutorio - illeciti o anche leciti se considerati singolarmente - che, attestando un intento vessatorio, siano posti in essere contro la vittima in modo miratamente sistematico e prolungato nel tempo, direttamente da parte del datore di lavoro o di un suo preposto o anche da parte di altri dipendenti, sottoposti al potere direttivo dei primi, unitamente a un evento lesivo della salute, della personalità o della dignità del dipendente che si ponga in relazione causale con le descritte condotte implicante il pregiudizio della integrità psico-fisica e/o della dignità del lavoratore. (1)

Il datore di lavoro che abbia sottoposto il lavoratore a mobbing è tenuto a risarcirgli, a titolo di responsabilità contrattuale, oltre al danno patrimoniale, anche il danno non patrimoniale accertato tenuto conto nell'ambito della categoria generale ed unitaria "danno non patrimoniale", non esistono distinte sottocategorie, ma il riferimento a vari tipi di pregiudizio (danno morale, danno biologico, danno esistenziale, da vita di relazione ecc..) viene effettuato solo a fini descrittivi senza implicare il riconoscimento di distinte categorie di danno autonomamente e cumulativamente risarcibile, con l'effetto che la liquidazione del danno biologico effettuata tenendo conto delle tabelle

di Milano, che attuano una liquidazione congiunta a) del danno non patrimoniale conseguente a "lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale", sia nei suoi risvolti anatomico-funzionali e relazionali medi ovvero peculiari, che del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore", "sofferenza soggettiva", in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione, impedisce di liquidare al lavoratore somme a titolo di danno esistenziale. (2)

(1) In giurisprudenza constano numerosi precedenti che delineano una precisa definizione di mobbing, pur in assenza di una specifica enunciazione normativa. Per vero, nella giurisprudenza di legittimità si sono susseguite numerose pronunce che hanno cristallizzato un orientamento oramai consolidatosi, teso ad inquadrare e definire la fattispecie. Tra le più significative, procedendo con ordine cronologico, è possibile annoverare Cass. civ., sez. lav., 08-11-2002, n. 15749, in Guida al dir., 2002, fasc. 46, 35, n. GRAMICCIA e Dir. e giustizia, 2002, fasc. 43, 23, n. DE MARINIS, ove la S.C. ritenne configurabile quale illecito risarcibile il comportamento del datore di lavoro che si traduca in disposizioni gerarchiche vincolanti, rivolte al dipendente al fine di indurlo a compiere atti contra legem, potendo detto comportamento integrare la violazione del dovere di tutelare la personalità morale del lavoratore, imposto al datore di lavoro dall'art. 2087 c.c.; questa situazione, riconducibile al fenomeno del «mobbing», è diversa dall'ipotesi della risarcibilità del danno morale ai sensi dell'art. 2059 c.c. e 185 c.p., poiché la responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 2087 c.c. ha natura contrattuale mentre quella derivante dall'art. 2059 c.c. ha carattere extracontrattuale e presuppone la sussistenza di un reato. La seconda sentenza degna di nota è la decisione n. 8438 delle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione, del 4 maggio 2004, la quale risolse alcune importanti questioni inerenti la natura giuridica dell'azione risarcitoria qualificandola come contrattuale e, altresì, rappresentò un ulteriore importante evoluzione verso il riconoscimento legale del fenomeno delle molestie morali sul posto di lavoro, in quanto il termine Mobbing venne essenzialmente riferito «ad ogni ipotesi di pratiche vessatorie poste in essere da uno o più soggetti diversi per danneggiare in modo sistematico un lavoratore nel suo ambiente di lavoro». In questa definizione, infatti, si rinvenivano quegli elementi oggettivi (di sistematicità, durata, ripetitività della condotta persecutoria) e soggettivi (intento persecutorio ed offensivo) espressi più volte dalla psicologia del lavoro ai fini della qualificazione delle condotte mobbizzanti. La terza sentenza da considerare è quella emessa dalla Cassazione Sezione Lavoro, la decisione n. 6326 del 23 marzo 2005 (commentata da Cimaglia M. C., «Il Mobbing? Attentato alla sfera psichica, ma ora serve una definizione normativa», in Diritto e Giustizia, 2005, XVI, pagg. 22 e ss.), molto importante per aver annoverato il Mobbing – seppur in assenza di una specifica regolamentazione a livello di formazione di rango primario – fra gli atti interni statali. Infatti, secondo i Supremi giudici, «la disciplina del Mobbing, valutata nella sua complessità e sotto il profilo della regolazione degli effetti sul rapporto di lavoro, rientra nell'ordinamento civile e, comunque, non può non mirare a salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore». La pronuncia in questione, in effetti, ha ritenuto che l'elemento integrante, la condotta mobbizzante, sia costituito dall'aggressione della sfera psichica altrui dalla quale ne deriva una patologia ansioso-depressiva con lesione all'integrità psicofisica ed esistenziale del lavoratore. La quarta sentenza da segnalare è quella della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, n. 3785 del 17 febbraio 2009 (Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro 2009, pag. 115. Si vedano anche Cass., Sez. Lav., sent. 6 agosto 2014, n. 17698; Cass. Civ., Sez. Lav., sent. 26 marzo 2010, n.

7382.), nella quale i Giudici di Piazza Cavour hanno ribadito che per “mobbing” deve intendersi una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico protratta nel tempo nei confronti del lavoratore sul posto di lavoro che si concretizzi con reiterati e sistematici comportamenti ostili. Tali comportamenti assumono forme di prevaricazione e persecuzione psicologica portando alla mortificazione morale e all’emarginazione del dipendente concretizzando una lesione della sua personalità. Gli Ermellini hanno precisato quattro elementi rilevanti per l’esistenza di ipotesi di mobbing sui quali dev’essere concentrata l’attenzione: a) la molteplicità dei comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato nel tempo contro il dipendente con intento vessatorio; b) l’evento lesivo della salute e della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all’integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell’elemento soggettivo, cioè dell’intento persecutorio.

La quinta sentenza degna di nota è quella emessa dalla Suprema Corte di Cassazione il 21 maggio 2011, n. 12048 (*Lavoro nella Giurisprudenza* 2011, pag. 844, e in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2012, con nota di NICOLA GHIRARDI, “*La fattispecie di mobbing ancora al vaglio della Cassazione*”, pag. 59), nella quale gli Ermellini hanno affermato che «*per mobbing si intende una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell’ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione e di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l’emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisio-psichico e del complesso della sua personalità. La prova di tale condotta involge un giudizio di merito non censurabile in sede di legittimità*».

La sesta sentenza, molto recente, da segnalare, è quella della Suprema Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, del 23 gennaio 2015, n. 1258 (Vedasi anche Cass. Civ., Sez. Lav., sent. 7 agosto 2013, n. 18836), nella quale i giudici di legittimità hanno affermato che «*ai fini della configurabilità del mobbing lavorativo, devono ravvisarsi da parte del datore di lavoro comportamenti, anche protratti nel tempo, rivelatori anche in modo in equivoco, di un’esplicita volontà di quest’ultimo di emarginazione del dipendente, occorrendo, pertanto dedurre e provare la ricorrenza di una pluralità di condotte, anche di diversa natura, tutte dirette (oggettivamente) all’espulsione dal contesto lavorativo, o comunque connotate da un alto tasso di vessatorietà e prevaricazione, nonché sorrette (soggettivamente) da un intento persecutorio e tra loro intrinsecamente collegate dall’unico fine intenzionale di isolare il dipendente*».

Anche nella giurisprudenza di merito si possono rinvenire numerose pronunce nelle quali sono stati delineati gli elementi strutturali del Mobbing, alcune anche prima dei primi pronunciamenti della Corte di legittimità. La prima definizione giuridica della fattispecie risulta da due pronunce del Tribunale di Torino del 16 novembre e del 30 dicembre 1999, dalle quali emerge l’affermazione di una tutela giuridica piena avverso le azioni vessatorie patite dai lavoratori e ne emerge anche, allo stesso tempo, una innovativa ricostruzione giuridica del Mobbing (Vds. IACOVINO VINCENZO, DI PARDO SALVATORE, DI PARDO GIULIANO, IZZI CARLO, *Mobbing. Tutela civile, penale ed assicurativa. Casi giurisprudenziali e consigli pratici*, ed. Giuffrè, Milano, 2006. Cfr. sul punto GASPARI ALESSANDRA, *Emergenza Mobbing – Le coordinate del problema*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, IV/V, 2002, secondo cui «*con le sentenze del Tribunale di Torino l’evoluzione giurisprudenziale in materia raggiunge il suo più felice e rivoluzionario esito consistente nella valutazione del Mobbing come ‘framework’ ossia*

cornice all'interno della quale trovano la giusta collocazione le molteplici ed atipiche condotte nelle quali si manifesta il fenomeno»). Le due sentenze rappresentano un basilare punto di partenza per la ricostruzione della definizione di Mobbing. In particolare, il magistrato torinese ebbe ad affermare che il Mobbing è un «*fenomeno internazionalmente noto*» ovvero come fatto notorio ai sensi dell'art. 115 comma 2 del c.p.c. in quanto «*acquisito alle conoscenze della collettività in modo da non esigere dimostrazione in giudizio*». Il Tribunale affermò che per Mobbing deve intendersi quell'insieme di «*azioni vessatorie e di soprusi ripetuti da parte dei superiori che, in particolare, vengono poste in essere nei confronti della vittima per isolarla dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, per espellerla; pratiche il cui effetto è di intaccare gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso e provocandone una catastrofe emotiva, depressione e talora persino suicidio*».

Ulteriori prese di posizione della giurisprudenza di merito, dopo i giudizi espressi dal Tribunale di Torino, si sono susseguite numerose, come, per citarne alcune, quelle del Tribunale di Forlì di data 15 marzo 2001 (in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2001, pag. 411), in materia di Mobbing. Nella sentenza del 2001 il magistrato ha ritenuto di collegare la definizione positiva di Mobbing a quella offerta dalla psicologia del lavoro condividendone il «modello c.d. italiano» e, altresì, nella sentenza del 2005, il Tribunale, oltre ad affermare anch'esso che in mancanza di dati normativi chiari, sia opportuno «riprendere la definizione offerta dallo psicologo del lavoro – Prof. Ege – che nel 1996 introdusse questo concetto nel nostro paese», ribadì che ai fini della corretta identificazione del fenomeno, era necessario insistere sulla necessità della contemporanea esistenza degli elementi della durata, della ripetitività, della sistematicità, della pluralità e dell'intento persecutorio delle condotte. Altrettanto degne di nota sono le pronunce: del Tribunale di Milano di data 29 giugno 2004, con la quale, il Tribunale in funzione di giudice del lavoro, nella sentenza ha affermato che il Mobbing, che è possibile di definire in vari modi, in concreto può essere ricondotto ad alcuni comuni elementi essenziali, quali: - aggressione o persecuzione di carattere psicologico e – frequenza, sistematicità e durata nel tempo con andamento progressivo della condotta; del Tribunale di Como di data 22 maggio 2001, il quale ebbe ad offrire una definizione di Mobbing in termini esclusivamente collettivi, escludendo categoricamente la possibilità che le condotte mobbizzanti possano essere attuate da una singola persona ovvero da un singolo lavoratore ed, inoltre, la necessità del dolo specifico (c.d. *animus nocendi*) per la configurabilità del Mobbing. Quest'ultima pronuncia ritenuta da giurisprudenza e dottrina maggioritaria non condivisibile. Meritano di essere segnalate, il pregevole tentativo definitorio del Tribunale di Pinerolo del 2 aprile 2004 e la pronuncia emessa dalla Corte di Appello di Torino del 25 ottobre 2004. Secondo i giudici di quest'ultima, affinché si possa parlare di Mobbing è necessaria la concorrenza di due elementi: la reiterazione e la sistematicità delle condotte da un lato e l'intenzionalità delle stesse dall'altro. Nella giurisprudenza di legittimità più recente si riscontra sempre più di sovente il riferimento all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale cristallizzato dal Supremo organo di Nomofilachia. Come ad esempio nella sentenza n. 281/2011 del Tribunale di Firenze – Sezione Lavoro, nella quale viene fatto espresso riferimento all'autorevole giurisprudenza di legittimità che enuncia gli elementi rilevanti per l'esistenza di ipotesi di mobbing. Per una definizione di Mobbing, giova precisare che anche, nella giurisprudenza amministrativa, il Consiglio di Stato, in numerose sentenze, più volte chiamato a pronunciarsi riguardo a tale fattispecie, ha ritenuto di confermare le coordinate giurisprudenziali formatesi in materia a tenore delle quali: «Per mobbing, in

assenza di una definizione normativa, si intende normalmente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del lavoratore, tale che ne consegua un effetto lesivo».

Anche in dottrina si è dedicato ampio spazio alla problematica e in questo senso, fra i tanti, si vedano: GERMANO TOMMASO, *La tutela psicologica del lavoratore: uno studio secondo i recenti disegni di legge*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2000, n. X, pagg. 905 e ss.; NUNIN ROBERTA, *Alcune considerazioni in tema di Mobbing*, in *Italian Labour Law e Journal*, 2000, vol. II, consultabile sul sito internet www.labourlawjournal.it; LAZZARI CHIARA, *Il Mobbing tra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2001, I, pag. 59; MEUCCI MARIO, *Considerazioni sul Mobbing ed analisi del disegno di legge n. 4265 del 13 ottobre 1999*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 1999, pagg. 1053 e ss.; AMATO FABRIZIO, CASCIANO MARIA VALENTINA, LAZZERONI LARA, LOFFREDO ANTONIO, *Il Mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, ed. Giuffrè, Milano, 2002; IACOVINO VINCENZO, DI PARDO SALVATORE, DI PARDO GIULIANO, IZZI CARLO, *Mobbing. Tutela civile, penale ed assicurativa. Casi giurisprudenziali e consigli pratici*, ed. Giuffrè, Milano, 2006; ROCCHINA STAIANO, *Mobbing responsabilità e tutele processuali (Con CD-ROM)*, ed. Maggioli Editore, Milano, 2014; CONSOLETTI ANTONELLA, *Mobbing e discriminazioni sul luogo di lavoro, analisi e strumenti di tutela (Diritto e professione)*, ed. Giappichelli, Torino, 2010.

Si deve aggiungere che anche il legislatore italiano, in considerazione del grande numero di soggetti interessati al fenomeno e delle conseguenze dannose che il Mobbing comporta, si è interessato al problema inerente alle molestie morali sul luogo di lavoro. In effetti, nella XIII e nella XIV legislatura sono state presentate molteplici proposte di legge – finalizzate a prevenire, riparare, informare e reprimere – dirette ad una regolamentazione giuridica di questo fenomeno. In particolare, fra quelle di maggior risalto, si veda la Bozza di legge contro la violenza morale o psichica in occasione di lavoro (c.d. Mobbing), presentata nei primi mesi dell'anno 2003. Bozza di legge realizzata da un pool di professionisti guidati dal prof. Michele Piccione. Molto interessante è anche il disegno di legge illustrato al Senato il 2 febbraio 2005, Testo parlamentare unificato sul Mobbing della Commissione Lavoro e Senato.

(2) La seconda massima enunciata nella sentenza in esame consiste nella rilettura *secundum constitutionem* dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, inteso nella sua più ampia accezione, con conseguente riconduzione del sistema della responsabilità aquiliana nell'alveo della bipolarità prevista dal vigente codice civile che distingue solo tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.). Quest'ultimo, come categoria omnicomprensiva, risulta connotato da tipicità, perché risarcibile nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia derivato da un evento di danno consistente nella lesione di un diritto costituzionalmente tutelato. Il Tribunale nella sua pronuncia per valutare il risarcimento del danno enuncia, in primo luogo, che secondo la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale è riportata al sistema bipolare, previsto dal cod. civ., che distingue tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Enuncia, altresì, il concetto unitario di danno non patrimoniale, un'unica voce di danno, che è però suscettibile di atteggiarsi

con varie modalità e secondo molteplici aspetti, nei singoli casi: dal danno biologico, medicalmente accertabile, alle sofferenze fisiche ed emotive che concretizzano il c.d. danno morale; ai pregiudizi di carattere estetico od alla vita di relazione, al c.d. danno esistenziale ecc. La giurisprudenza di legittimità è costellata di precedenti in termini. Tuttavia, come opportunamente richiamate dal Tribunale nella sua pronuncia, le sentenze che rappresentano le “pietre angolari” nella giurisprudenza di legittimità, in tema di danno non patrimoniale, sono le sentenze gemelle del 2003 e le celeberrime sentenze di San Martino del 2008 (di quest’ultime, nella sentenza del Tribunale, è richiamata la n. 26972 del 2008 Cass.). Nelle sentenze gemelle del 31 maggio 2003, il Supremo Organo di nomofilachia ha affermato che *«il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente la persona»*. Come ribadito dagli Ermellini *«la lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. va tendenzialmente riguardata non già come occasione di incremento generalizzato delle poste di danno, ma soprattutto come mezzo per colmare le lacune, secondo l’interpretazione ora superata della norma citata, nella tutela risarcitoria della persona, che va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale: quest’ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso e dei pregiudizi diversi ed ulteriori, purché costituenti conseguenze della lesione di un interesse costituzionalmente protetto»*. La Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nel 2008, ha pronunciato 4 sentenze, di sostanziale identico contenuto nei principi generali, con le quali i giudici di legittimità hanno inteso dare risoluzione al contrasto intestino esistente presso la Corte, sul c.d. danno esistenziale, affermando che *«di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere » in quanto “in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela del risarcimento del danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata»*. In particolare, per quanto pertiene al danno esistenziale, dunque, la Cassazione, intervenne per dirimere la diversità di opinioni esistenti, che circolavano perfino all’interno delle sue varie sezioni, in ordine all’ammissibilità di una figura come quella del danno esistenziale, nell’ambito del sistema risarcitorio. Il punto di partenza dell’intervento, si deve al fatto che nella svolta interpretativa del 2003, non fu dato alcun rilievo, in seno alle sentenze gemelle, al danno *de quo*. Solamente nella sentenza della Corte Costituzionale n. 233 del 2003, il giudice delle leggi fa un espresso riconoscimento individuando, accanto ai pregiudizi di carattere morale e biologico, la sussistenza di un *“danno, spesso definito in dottrina e giurisprudenza come esistenziale, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diversi da quello dell’integrità psichica e fisica della persona”*. Malgrado questo, la Cassazione ha poi continuato ad esprimersi in maniera altalenante sulla riconoscibilità di tale posta di danno, sino alla sentenza n. 26972 del 2008: in essa si afferma l’esistenza della discussa voce di danno, ma se ne sottolinea la non configurabilità come autonoma sottocategoria di danno risarcibile: infatti, a parer del giudice di legittimità, il danno non patrimoniale stesso non è suscettibile di esser suddiviso in sottocategorie definite in molteplici e variegati modi, e l’uso della categoria “danno esistenziale”, pur conferendo in apparenza tipicità al *genus*, finirebbe per rendere atipico il danno non patrimoniale, poiché nella sottocategoria *de qua* verrebbero ricondotte anche fattispecie esondanti dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona tutelati dai diritti inviolabili costituzionali. Peraltro, una nozione di danno esistenziale è stata elaborata dalle S.U. nel marzo 2006 (Sent. Cass., Sez. Un.

Civ, 24 marzo 2006, n. 6572), nella quale per danno esistenziale si intende “ogni pregiudizio che l’illecito (datoriale nella fattispecie) provoca sul fare reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Peraltro il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed ulteriore (propria del danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l’evento dannoso. La nozione di danno esistenziale può essere utilizzata ancora a fini semplicemente descrittivi, e in questo caso è stata additata come preferibile la dizione “danno non patrimoniale da pregiudizi esistenziali”. Tuttavia, esso non può essere scisso dal danno biologico, che lo ricomprende avendo portata tendenzialmente omnicomprensiva. Sebbene nelle sentenze seriali di San Marino la Cassazione abbia inteso dire che “il danno esistenziale rappresenta un ordinario danno non patrimoniale, il quale non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente nominato”, appare condivisibile, come evidenziato dalla dottrina, sostenere l’unitaria liquidazione del danno non patrimoniale, che si compone di varie voci descrittive; ben diverso, però, è dire che una singola componente dello stesso possa essere idonea a riassorbire – a fronte di un determinato illecito – tutte le voci del pregiudizio. Il Supremo Consesso ha poi concluso affermando che «l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali». Dopo questi emblematici interventi del Supremo Organo di Nomofilachia, la giurisprudenza successiva di legittimità e di merito si è prevalentemente conformata a tali orientamenti, con sporadiche e sparse eccezioni. Anche la dottrina ha sempre dedicato ampio spazio alla tematica in questione e in questo senso, fra i tanti, per un approfondimento, si vedano: ZIVIZ PATRIZIA, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, ed. Giuffrè, Milano, 2011; TRAMONTANO LUIGI, *Il danno esistenziale e il suo risarcimento*, ed. La Tribuna, Piacenza, 2009; RESCIGNO PIETRO, *La sentenza delle S.U. sul danno non patrimoniale (12 opinioni a confronto)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009; GUERINONI EZIO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, ed. Giappichelli, Torino, 2009; FIANDACA LUCREZIA, *Il danno non patrimoniale percorsi giurisprudenziali*, ed. Giuffrè, Milano, 2009; CASTRONOVO CARLO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e responsabilità*, n. 1/2009; BARGELLI ELENA, *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionale orientata dell’art. 2059 c.c.*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, anno 2003, pagg. 691-703.

IL COMMENTO

1. Introduzione

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in funzione di Giudice del Lavoro, con la corposa e commendevole sentenza in esame, ha affrontato, con particolare attenzione, il tema relativo alle condotte datoriali ascrivibili nell’ambito del fenomeno qualificato come “Mobbing”. In particolare, il caso all’esame del magistrato riguarda un medico specializzato in ortopedia, traumatologia e medicina fisica-riabilitativa, dipendente della ASL di Caserta con la qualifica di dirigente medico, che è ricorso al Giudice del Lavoro lamentando di aver subito una serie di comportamenti vessatori ad opera del pubblico datore di lavoro, per un lasso temporale di oltre otto anni, sino alla data di licenziamento.

Il sanitario ricorrente ha lamentato, altresì, di essere stato oggetto di decisioni datoriali illegittime, come trasferimenti e dequalificazioni professionali arbitrarie, il tutto culminato con un licenziamento illegittimo. Inoltre, ha sostenuto e documentato di aver subito dei danni psico-fisici e patrimoniali, con suo conseguente diritto al risarcimento.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale casertano, nella sua pronuncia, con pregevole esaustività, ha ripercorso il cammino giurisprudenziale – con i vari arresti delle corti di merito e della corte di legittimità – che hanno condotto al riconoscimento del mobbing nel nostro ordinamento, prendendo a prestito anche alcuni indispensabili elementi nozionistici dalla psicologia e dalla sociologia.

Infatti, il magistrato dà contezza degli elementi necessari alla sussistenza - in base ad un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità – della fattispecie del c.d. “mobbing lavorativo”. Per far questo il giudice provvede quindi ad elencare, in maniera sintetica ma esauriente, tali elementi fattuali che devono ricorrere, ossia contegni datoriali di carattere vessatorio con intento persecutorio, evento lesivo della salute del lavoratore, nesso causale tra condotte e pregiudizi subiti dal prestatore di lavoro e intento persecutorio che unifica le condotte lesive¹.

A conclusione dell’analisi, il Tribunale ritiene che gli elementi calati in giudizio abbiano efficacemente raggiunto la prova e siano pertanto sussumibili nell’alveo dell’istituto in questione, così come ben indicato dagli ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali.

Nel caso in questione il giudice evidenzia, inoltre, le norme applicabili all’istituto nell’ambito del pubblico impiego, vale a dire l’art. 52 del T.U. n. 165 del 30 marzo 2001, dando conto che non è invece applicabile l’art. 2103 del c.c.

Ebbene, accertata la responsabilità dell’ente pubblico convenuto per “mobbing” patito dal medico ricorrente, nonché l’illegittimità del licenziamento subito, il giudice condanna l’Azienda sanitaria al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali e ordina, altresì, il reintegro nel posto di lavoro.

2. La definizione di “mobbing”

Come premesso, nella pronuncia ben articolata e motivata del Giudice casertano, sono presi in considerazione aspetti giuridici di rilevante interesse e attualità.

Il primo istituto giuridico analizzato riguarda il “mobbing”. Un fenomeno che seppur, come sostenuto da illustri antropologi e sociologi, probabilmente esistente da sempre, ora risulta essere sempre più sentito e oggetto di maggiori tutele e interventi a livello interno e internazionale.

¹ A tal riguardo il Tribunale sostiene che « Il dato oggettivo quindi, della serialità ed aggressività delle azioni, si combina con quello soggettivo della finalità vessatoria e persecutoria dell'autore che, specie in presenza di atti in sé leciti, permette di giungere ad una valutazione finale e complessiva di disvalore. Quanto poi al sistema di tutele approntabili in favore del lavoratore la strada è stata già delineata dalla giurisprudenza che per prima si è espressa sul punto e ha trovato il consenso unanime della dottrina ed ha individuato nell'art. 2087 c.c., norma immediatamente precettiva posta a salvaguardia dell'integrità fisica e psichica del lavoratore e della sua personalità morale, una disposizione di chiusura che consente di sanzionare ogni tipo di condotta suscettibile di produrre un danno ingiusto a diritti costituzionalmente garantiti».

Invero, solo oggi esistono strumenti che consentono di rilevare in modo puntuale e preciso tutti i danni derivanti dal mobbing ed è proprio ciò che ha fatto sì che aumentasse la consapevolezza dell'esistenza e dell'ampiezza del fenomeno².

Per una corretta definizione del mobbing – oltre all'encomiabile percorso argomentativo eseguito dal magistrato nella sentenza che si sta analizzando – appare utile e finanche necessario esaminare alcuni provvedimenti legislativi che hanno affrontato il tema in questione, a partire dal disegno di legge n. 6410 del 30.09.1999, nel quale è stato affermato che per mobbing deve intendersi una condotta contrassegnata da atti e comportamenti ostili che assumono le caratteristiche della violenza e persecuzione psicologica, attuati dal datore di lavoro o anche da dipendenti di pari grado, nei confronti del lavoratore, tesi a danneggiarlo e che siano svolti con carattere sistematico e duraturo, e con palese predeterminazione. Atti, quindi, contraddistinti da contenuto vessatorio e persecutorio che si traducono in maltrattamenti verbali e atteggiamenti che arrecano danno alla personalità del lavoratore³.

Importante da esaminare sono anche i disegni di legge n. 4265 del 13 ottobre 1999 e n.6667 del 5 gennaio 2000, il primo che definisce persecuzioni psicologiche e violenze morali sui posti di lavoro, quelle azioni che mirano inequivocabilmente a danneggiare un lavoratore; il secondo precisa che sono da considerare mobbing le molestie psicosomatiche, le minacce, le calunnie e tutti quei comportamenti vessatori che conducono altri a conclamata emarginazione sociale e/o lavorativa, ad ingiustificata discriminazione e penalizzazione del trattamento retributivo o ad arretramento a compiti o funzioni dequalificanti per la dignità personale, e che comportano l'accettazione volontaria di decisioni coercitive ingiustificate e pretestuose nella vita lavorativa⁴.

Allo stato attuale, tuttavia, come ben argomentato dalla consolidata giurisprudenza⁵, pur in assenza di una norma specifica sul mobbing, nel nostro ordinamento esistono diverse norme, sia di rango costituzionale, sia civili nonché penali che danno modo all'interprete di intervenire per la tutela dei lavoratori da comportamenti persecutori che si verificano nell'ambito lavorativo.

Per una compiuta definizione del fenomeno è comunque necessario riferirsi al consolidato orientamento giurisprudenziale. Secondo tale ricostruzione giurisprudenziale, le norme cardine di riferimento sono individuate nell'art. 2087 c.c. (che afferma la responsabilità contrattuale del lavoratore) e/o nell'art. 2043 c.c. (che ne fissa al contrario la responsabilità extracontrattuale) nonché negli artt. 1175 e 1375 c.c. (principi di correttezza e di buona fede), in combinato disposto con norme di rango costituzionale quali l'articolo 32 e l'art. 41 comma 2, Cost.

² Secondo alcune stime la percentuale oggi dei lavoratori che si ritengono essere colpiti dal fenomeno si aggirerebbe intorno all'8-10 %, una cifra che si aggira sui 1,6 - 2 milioni di lavoratori.

³ Cfr. D.d.L. n. 6410 del 30.09.1999 "*Disposizioni a tutela dei lavoratori dalla violenza e dalla persecuzione psicologica*", su proposta di legge ad iniziativa dei deputati Benvenuto, Ciani, Pistone e Repetto.

⁴ Cfr. D.d.L. n. 4265 del 13.10.1999 "*Tutela della persona che lavora da violenze morali e persecuzioni psicologiche nell'ambito dell'attività lavorativa*", su proposta di legge ad iniziativa dei senatori Tapparò, Battafarano, De Luca Michele, Duva, Grusso, Manzi, Montagnino, Pelella, Piloni, Ripamonti e Smuraglia; e D.d.L. n. 6667 del 5.01.2000 "*Disposizioni per la tutela della persona da violenze morali e persecuzioni psicologiche*", su proposta di legge ad iniziativa del deputato Fiori.

⁵ Cfr. fra le tante Corte Costituzionale, sentenza 19 dicembre 2003, n. 359, Cass. Civ., Sez. Lav., 9 settembre 2008, n. 22858, Cass. Civ. Sez. Lav., 6 marzo 2006, n. 4774.

La giurisprudenza ritiene correttamente l'art. 2087 c.c. «una norma di chiusura, volta a ricomprendere ipotesi e situazioni non espressamente previste che,... come del resto tutte le clausole generali, ha una funzione di adeguamento permanente del sistema alla sottostante realtà socio-economica, con una dinamicità ben più accentuata di quella dell'ordinamento giuridico, legato a procedimenti e schemi di produzione giuridica necessariamente complessi e lenti»⁶.

Il termine “mobbing” appare per la prima volta nel lessico giurisprudenziale nella pronuncia del Tribunale di Torino⁷. Ha poi acquisito, nella giurisprudenza di legittimità e di merito, una specificazione sempre più precisa e concorde.

Sebbene, ora più che mai, sia da molti ritenuto necessario un intervento legislativo che cristallizzi la fattispecie, a parere di chi scrive, appare condivisibile l'opinione dottrinale secondo cui qualsiasi tentativo di trovare una definizione puntuale del fenomeno mobbing sia destinato ad essere frustrato dal rischio di esclusione, a priori, di alcune delle possibili variegate modalità persecutorie nella casistica della vita reale⁸.

3. La lesione della professionalità per demansionamento e lo “ius variandi” datoriale nel pubblico impiego

Altro aspetto giuridico di rilievo e da apprezzare, nella sentenza in commento, è dato dalla riconosciuta lesione della professionalità per demansionamento.

In merito appare opportuno premettere brevi considerazioni.

Secondo la disciplina lavoristica, al datore di lavoro – al fine di garantire la migliore efficienza nell'attività produttiva – è assegnato un potere formativo stragiudiziale, il c.d. *ius variandi*, ossia la possibilità di modificare le mansioni del proprio dipendente per il raggiungimento degli obiettivi imprenditoriali. Tuttavia, la disciplina codicistica pone dei precisi limiti all'esercizio di tale potere, ai sensi dell'art. 2103 c.c.⁹ L'ordinamento, infatti, vieta la modifica *in peius* delle mansioni del lavoratore.

Nel pubblico impiego, sebbene la norma succitata non trovi applicazione, la regolamentazione dello *ius variandi* – in base all'art. 52 D.lgs. 165/2001¹⁰ – rispecchia comunque, salvo alcune variabili¹¹, i principi dettati dal legislatore nel diritto privato.

Nella questione esaminata nella sentenza, il giudicante, dalla verifica di tutti gli episodi rappresentati dal ricorrente, ha stabilito che quest'ultimo ha effettivamente subito un

⁶ Vds. Cass. Civ., Sez. Lav., 6 settembre 1988, n. 5048, in *Foro italiano*, 1988, I, 2849; Cass. Civ., Sez. Lav., 3 settembre 1997, n. 8422, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1997, p. 818 e Cass. Civ., Sez. Lav. 20 aprile 1998, n. 4012, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1998, in *Foro Italiano*, 1999, I, p. 969, in *Rivista Italiana di diritto del Lavoro*, 1999, II, p. 326.

⁷ Cfr. sentenze del Tribunale di Torino del 16 novembre e del 30 dicembre 1999.

⁸ Cfr. VALLEBONA ANTONIO, voce *Mobbing*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da PATTI S., 2007, vol. 9.

⁹ Ai sensi dell'art. 2103 c.c., “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione”.

¹⁰ L'art. 52 D.Lgs. 165/2001, stabilisce che “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi ovvero a quelle altre corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive”.

¹¹ Infatti, nel pubblico impiego, per stabilire quali mansioni possano essere considerate “equivalenti” a quelle svolte dal prestatore di lavoro, è necessario far riferimento, ai sensi dell'art. 52 T.U. 165/2001, alla classificazione prevista dai contratti collettivi.

progressivo ridimensionamento quantitativo e qualitativo delle mansioni svolte, giungendo ad essere nella sostanza depauperato di tutte le attività previste nel profilo della qualifica di appartenenza, vale a dire in quella di dirigente medico chirurgo, essendo stato ipso facto privato del proprio ruolo all'interno dell'azienda pubblica nella quale era impiegato.

4. Accertamento della condotta mobbizzante, dei conseguenti danni psicofisici e risarcimento dei danni

Per quanto attiene all'accertamento della condotta mobbizzante, il Tribunale ha preso atto e considerato che il medico ricorrente ha rappresentato di essere stato oggetto di varie forme di comportamenti vessatori, aventi carattere di permanenza e sistematicità, dispiegatisi nel corso di circa 8 anni, quali, sommariamente, depauperamento delle mansioni ed emarginazione lavorativa, mancata risposta alle istanze avanzate, trasferimenti immotivati, illegittimità dei vari giudizi medico legali formulati dai competenti organi, ed, infine, l'ingiusto licenziamento. Il giudice, in proposito, ha rilevato che dalla nutrita ed approfondita documentazione prodotta in atti e dalle risultanze processuali, si possa senza dubbio ritenere raggiunta la prova dell'inadempimento datoriale; che il ricorrente sia stato effettivamente sottoposto ad una serie di comportamenti vessatori, descritti compiutamente e provati, ad opera dell'Azienda sanitaria convenuta, nella persona dei vari dirigenti.

Il giudice ha quindi stabilito che il tutto ha cagionato una lesione permanente delle condizioni di salute psicofisiche dell'istante, derivando da questo l'obbligo in capo all'Azienda Sanitaria convenuta di provvedere al risarcimento dei danni non patrimoniali (danno morale, danno biologico medicalmente accertato e danno dinamico-relazionale).

5. Licenziamento illegittimo per mobbing e con intento discriminatorio o ritorsivo

Accade raramente che un Tribunale ritenga accertato e provato un licenziamento con intento ritorsivo.

Nella sentenza in esame, il magistrato giudicante, oltre a riconoscere l'illegittimità del licenziamento per la condotta mobbizzante attuata dall'ente pubblico in danno del ricorrente – che ha reso quindi illegittimo il licenziamento per infondatezza e pretestuosità della motivazione addotta dall'Azienda (superamento del periodo di comportamento) – ha, altresì, riconosciuto l'intento ritorsivo e discriminatorio, nella specie, quale reazione ritorsiva a legittimi atti di denuncia del ricorrente, nonché azioni giudiziarie intraprese dallo stesso per la tutela dei propri diritti.

Il giudice ha quindi accertato la responsabilità dell'ente convenuto per l'illegittimità del licenziamento intimato al ricorrente, dichiarandolo nullo con l'applicazione della più completa tutela reale (con ordine di reintegra nel posto di lavoro).

6. Conclusione

La sentenza che si è sin qui analizzata, a mio parere, rappresenta una pronuncia significativa nel panorama del fenomeno mobbing, in particolare per la portata del risarcimento a cui l'ente pubblico è stato condannato.

Vorrei aggiungere, inoltre, che chi scrive condivide appieno la qualificazione dei danni operata dal magistrato giudicante, nonché l'entità del risarcimento riconosciuto alla parte ricorrente: questo perché, anche al di là del caso di specie, assai spesso le condotte mobbizzanti arrivano ad interessare e ledere indirettamente anche le persone vicine al mobbizzato (in primo luogo i suoi familiari), tanto che “il mobbing” viene considerato con preoccupazione, quale fenomeno che può intaccare il benessere ed i “costi sociali”

(per l'assistenza sanitaria, per le pensioni anticipate di anzianità di invalidità del mobbizzato, per infortuni sul lavoro o per morte dei lavoratori usciti dal lavoro).

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO E I RISCHI DA ESPOSIZIONE A FIBRE DI AMIANTO

di Patrizia Pedretti

IL CASO

Il signor S.E., deceduto il 24 gennaio 2006, ha lavorato presso la Officine Meccaniche Santa Lucia dal 1967 al 1976. Nel 2002 S.E. ha riscontrato l'insorgere del mesotelioma pleurico, neoplasia che origina dal mesotelio e correlata alla esposizione alle fibre adipose dell'amianto. Tale malattia, come confermano svariati studi scientifici ha una latenza dai trenta ai quarant'anni e un periodo di degenza di uno o due anni. Il primo ricovero subito dal defunto avvenne il 10 aprile 2002, morì poi il 24 gennaio del 2006: la durata della malattia fu di circa 3 anni e 9 mesi. L'iter della malattia del signor S.E è suddivisibile in quattro parti: un primo periodo di malattia caratterizzato da ricoveri, chemioterapie e radioterapie, precedute da un intervento di chirurgia toracica; in un secondo momento, dal febbraio del 2003, per circa un anno, il signor S.E. sembrava essersi parzialmente rimesso dalla malattia tumorale; la malattia riprende dal marzo 2004, comportando interventi chirurgici e nuovi cicli di chemioterapie ed infine dal settembre 2004 si verifica un'inarrestabile evoluzione della malattia tumorale fino alla morte di S.E nel gennaio 2006. Gli attori in giudizio, la vedova e i figli, già conviventi prima dell'insorgere della malattia e rimasti tali fino alla morte di S.E, ritengono che il mesotelioma pleurico, con tutte le sue fasi di degenza, sia causato dal fatto che S.E abbia lavorato presso la Officine Meccaniche Santa Lucia, dove si svolgevano lavorazioni di materiale di amianto senza alcun accorgimento volto ad evitare la inalazione di fibre di amianto, a cui S.E è stato lungamente esposto (9 anni). Essi, pertanto, chiedono un risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del legame parentale e risarcimento del danno non patrimoniale collegabile ad un accertato danno biologico. La società infatti si preoccupò solo di garantire sicurezza da un punto di vista acustico, senza operare, invece, accorgimenti circa l'inalazione di polveri di amianto e senza informare i lavoratori del rischio, non rendendo obbligatorio l'uso delle mascherine o ogni altro accorgimento idoneo.

La stessa INAIL aveva riconosciuto una invalidità dell' 80% al signor S.E. e altri prestatori di lavoro, colleghi di S.E presso lo stesso luogo di lavoro, sono stati colpiti dalla stessa malattia (Tribunale di Prato-Giudice del Lavoro dep. 21.1.2013).

Il giudice, in primo luogo, dichiara la inammissibilità della domanda di risarcimento del danno iure successionis in quanto costituisce una mutatio libelli e non una emendatio. Passa, in secondo luogo alla analisi delle domande iure proprio. Accertato che la causa della malattia di S.E è dovuta alla esposizione alle fibre di amianto presso la officine Meccaniche Santa Lucia, il giudice ammette quindi la responsabilità della convenuta ex 2087c.c , in quanto quest'ultima non ha posto in essere i dovuti accorgimenti e le dovute precauzioni per evitare che i lavoratori delle macchine tessili fossero esposti a rischi circa la loro stessa salute psicofisica. Nonostante la convenuta dichiari che fino alla fine degli anni '80 non si conosceva la nocività dell'amianto e che la malattia potrebbe essere stata causata anche da concause dovute a colpe estranee al datore di lavoro, l'istruttoria chiaramente dimostra che le modalità di lavorazione e le protezioni per i lavoratori stessi erano pressoché inadeguate. Il giudice inoltre dimostra chiaramente che la pericolosità della lavorazione dell'amianto era conosciuta già da tempo, prima degli anni '70 (R.D 14 giugno 1909, n. 442; D.Lgt. 6 agosto 1916, n. 1136, art 36; R.D. 7 agosto 1936, n. 1720; R.D. 14 aprile 1927, n.530; D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303; D.P.R. n.1124

del 1965). Deve quindi essere riconosciuta la responsabilità ex. 2087c.c. della convenuta. Circa la riconducibilità della morte di S.E alla attività svolta presso Officine Meccaniche Santa Lucia, il giudice riconosce che la patologia riscontrata da S.E è dovuta al fatto che ha svolto attività lavorativa presso la convenuta, la quale ammette che nella produzione di macchine tessili erano utilizzati pannelli di materiale (petralit) contenente amianto. Ma ciò che resta da accertare è il nesso di causalità tra la patologia di S.E e i comportamenti omissivi della convenuta. Il nesso di causalità non è tanto un giudizio di probabilità statistica, ma un giudizio di alta probabilità logica, che si può configurare solo se si accerta che l'evento malattia non sarebbe sorto se la convenuta avesse posto in essere tutte le misure necessarie per eliminare, o quantomeno ridurre, il rischio che ciò si verificasse. La condotta omissiva, quindi, della convenuta è la condizione necessaria che ha fatto insorgere la patologia in S.E ed anche altri prestatori di lavoro presso lo stesso luogo (Tribunale di Prato-Giudice del Lavoro dep. 21.1.2013). La convenuta, sulla base delle conoscenze scientifiche del tempo e delle normative vigenti, avrebbe potuto rappresentarsi l'evento dannoso a causa della condotta antidoverosa posta in essere, non per forza l'evento morte, quanto almeno eventi dannosi diversi cagionati dalla sua stessa condotta omissiva. Dichiarata la responsabilità totale della convenuta, per la quantificazione del danno morale da legame parentale a titolo di risarcimento è necessario tenere in conto il decorso della malattia, in favore di una maggiore personalizzazione del danno e non solo secondo una valutazione solamente in via equitativa. Quanto invece al risarcimento del danno patrimoniale collegabile ad un accertato danno biologico, solamente alla vedova M.R.S. potrà essere liquidato. Infine anche la domanda di manleva nei confronti della Assicurazione, terza chiamata, va rigettata.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di PRATO
Unica CIVILE

Il Tribunale in composizione monocratica nella persona del Giudice dott. Alfonsina Manfredini, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 6927/2008 promossa da:

M.R.S., L.E. e S.E. con il patrocinio degli avv.ti Giuseppe e Vincenzo Alibrandi del Foro di Pistoia ed elettivamente domiciliati presso e nello studio dell'avv. Luciano Barletta, in Prato, via Pier della Francesca 32
attori

U.T.M. S.P.A in persona del l.r. p.t. sig. A.P., con il patrocinio dell'avv. Laura Formichini del Foro di Livorno ed elettivamente domiciliata presso e nello studio dell'avv. Andrea Lai, in Prato, via Ferrucci 203/c
convenuta

A.E.G. LIMITED in persona del procuratore speciale dott. Marcella Accoto, con il patrocinio dell'avv. Elisabetta Carelli del Foro di Milano e dall'avv. Francesco Tropea del Foro di Prato presso il quale ultimo ha eletto domicilio nella procura apposta in calce all'atto di citazione notificato

terza chiamata

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con ricorso davanti al Giudice del Lavoro la vedova e figli (già conviventi) di S.E. (deceduto per mesotelioma pleurico) chiedevano il risarcimento dei danni morali e materiali subiti fondando la loro richiesta sulla ritenuta sussistenza di un nesso causale tra l'ambiente e l'attività lavorativa svolta dal loro congiunto dal 1967 al 1976 presso Officine Meccaniche Santa Lucia (in seguito assorbita dalla società convenuta) e l'insorgenza della patologia, che si sarebbe rivelata fatale.

La convenuta, costituitasi in giudizio da un lato ha chiesto l'autorizzazione alla chiamata in causa della propria compagnia assicuratrice e dall'altro ha: -eccepito l'incompetenza del Giudice del Lavoro per la valutazione dei diritti risarcitori dei congiunti; -contestato la responsabilità ascrittale dai ricorrenti circa l'insorgenza della patologia in S.E. e dedotto l'assenza di qualsivoglia sua colpa, contestando in ogni caso l'ammontare del risarcimento richiesto dai vari congiunti e il titolo del risarcimento.

La terza chiamata si è costituita eccependo in via preliminare la prescrizione del diritto fatto valere dall'assicurata e la nullità della domanda svolta dalla chiamante in causa nei suoi confronti e, nel merito, l'inoperatività della polizza nel caso di specie sia sotto il profilo della responsabilità civile verso di dipendenti (RCOD) che di quella verso terzi (RCT)

Il giudice del Lavoro, stante l'oggetto della domanda e la competenza del giudice ordinario, ha disposto il mutamento del rito e la regolarizzazione ai fini fiscali degli atti.

La causa è stata istruita documentalmente anche a seguito della concessione dei termini ex art. 183, comma 6, c.p.c.. Sono stati escussi testi ed è stata licenziata CTU medico legale. All'udienza del 6 giugno 2014 fatte precisare le conclusioni, trascritte in epigrafe, e -concessi i termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche- la causa è stata trattenuta in decisione

I)Domande degli attori verso U.T.M. spa

Sono fondate nei termini e limiti di quanto segue.

a)Inammissibilità della domanda di risarcimento jure successionis

Deve preliminarmente rilevarsi che alle domande inizialmente introdotte dai ricorrenti (relative ai danni morali e a quelli materiali conseguenti alla morte del loro Congiunto) è stata aggiunta anche la domanda di risarcimento dei danni jure hereditatis solo in sede di deposito della memoria ex art. 183, comma 6, n.1 c.p.c.: queste domande degli attori devono essere dichiarate inammissibili posto che esse non costituiscono una (consentita) emendatio libelli conseguente alle osservazioni svolte dalla controparte in sede di comparsa di costituzione e risposta, bensì una vero e propria mutatio libelli, trattandosi di domanda fondata su fatti costitutivi (lesione del danno alla salute) diversi da quelli considerati nella domanda proposta jure proprio.

Vanno dichiarate quindi inammissibili le domande proposte dai vari ricorrenti/attori jure successionis.

b)Domande jure proprio

b.1)Riconducibilità della morte di S.E. all'attività svolta da U. (già Officine Meccaniche Santa Lucia)

Gli odierni "attori" (l'azione era stata inizialmente introdotta davanti al Giudice del Lavoro) hanno provato che il loro congiunto aveva lavorato come "operaio aggiustatore montatore" alle dipendenze delle Officine Meccaniche Santa (...) 20.6.1967 all'1/7.1976. La società datrice di lavoro era stata in seguito assorbita dalla odierna convenuta: tutti questi fatti sono pacifici.

I ricorrenti hanno rappresentato che la patologia manifestatasi al loro congiunto nell'aprile 2002 , poi diagnosticata come mesotelioma pleurico e dalla quale era derivata

la morte del loro Caro in data 24.1.2006, era riconducibile all'attività svolta presso le Officine Meccaniche Santa Lucia: ivi infatti si svolgevano lavorazioni di materiale di amianto, in forte quantità e senza alcun accorgimento volto ad evitare l'inalazione di fibre di amianto, a cui S.E. era stato lungamente esposto. Hanno quindi chiesto nel ricorso introduttivo il risarcimento del danno morale e dei danni materiali subiti in conseguenza della morte del loro Congiunto, deducendo di essere familiari (moglie e figli) e con lui conviventi fino alla morte: sulla qualità dei ricorrenti/attori e sulla convivenza non vi è contestazione tempestiva (essendo stata fatta solo nella comparsa conclusionale di U. e, quindi, tardivamente) e comunque la situazione familiare risulta certificata fin dall'atto introduttivo con il certificato di famiglia storico prodotto come doc. 3 (così stigmatizzandosi l'operato della difesa U. in sede di conclusionale sul punto).

E' stato anche prodotto in atti il riconoscimento da parte di INAIL della patologia con accertamento di un grado di invalidità dell'80% (verbale collegiale del 11.8.2005, impugnato davanti all'AG).

La stessa convenuta ha confermato che nella produzione di macchine tessili oggetto dell'attività di impresa erano utilizzati (per la coibentazione delle macchine) pannelli di materiale (petralit) contenente amianto, tagliati a misura con trancile e successivamente montati all'interno delle stesse macchine. Ha però escluso che vi fosse conoscenza della nocività della lavorazione. Ha esposto che negli anni '70 era stata conclusa una convenzione con l'Ente Nazionale per la Prevenzione degli Infortuni, sede di Firenze per la valutazione dei rischi a cui erano esposti i lavoratori e per verificare quali avvertenze dovessero essere assunte al fine di evitare ai lavoratori rischi di malattie professionali ed ha prodotto il documento 2 esponendo che era stato rilevato come problema il solo rumore da cui l'indicazione di fare utilizzare ai lavoratori otoproteettori sottoponendo a visita otoiatrica ed audiometrica i lavoratori: si stigmatizza sul punto l'operato della difesa della convenuta atteso che nella relazione si legge "come da Vostra richiesta... è stato eseguito un sopralluogo nello stabilimento 'S. Lucia Off. Mecc.' di Santa Lucia Uzzanese per determinare i livelli di rumorosità ambientale e la loro potenziale nocività per gli esposti". Dunque l'attività dell'ENPI era stata volontariamente circoscritta dalla convenuta alla valutazione del rischio da rumore. Invece la stessa convenuta ammette, con tutte le conseguenze del caso, che i lavoratori erano stati successivamente sottoposti anche a schermografie per valutare lo stato di salute dell'apparato respiratorio, che nulla ha a che fare con possibili danni da rumore.

b.2 responsabilità ex art. 2087 c.c. : sussistenza

La convenuta afferma che solo alla fine degli anni 80 era stata accertata la nocività dell'amianto e l'utilizzo di questo materiale era stato sospeso, così come nel 1995 era stato incapsulato il tetto. Ha inoltre prospettato la possibile presenza di concause determinanti la malattia infausta del sig. S.E. e eccepito l'assenza di colpa da parte sua, stanti le conoscenze della comunità scientifica in punto di pericolosità dell'amianto all'epoca in cui il sig. E. lavorava presso le Officine Meccaniche Santa Lucia, chiedendo quindi una valutazione secondo quanto prevedibile al momento.

L'istruttoria ha evidenziato che per le lavorazioni erano utilizzati pannelli di petralit (contenente amianto), e che le modalità di lavorazione e le misure di protezione per i lavoratori adottate dall'impresa convenuta erano assolutamente inadeguate: le lavorazioni avvenivano nell'officina, unico capannone finestrato lungo 50-60 ml., con impianto di aspirazione limitato ad una sola ventola di aspirazione (...) B., udienza del 6.11.2012)- e, inoltre, l'uso di mascherine era configurato come meramente facoltativo e non venivano presi provvedimenti sanzionatoti di alcun genere nei confronti di chi non mettesse le mascherine (così, ancora, A.B., teste qualificato in quanto dipendente

all'epoca dei fatti dell'Officine meccaniche Santa Lucia e con incarico di controllare che i lavoratori si avvalsero del materiale a protezione, così come dichiarato nella deposizione).

Appare, a questo punto, necessario verificare se, all'epoca dei fatti, fosse nota la pericolosità dell'amianto e quali cautele fossero conosciute per preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore in luoghi di lavoro in cui l'amianto fosse presente.

Al riguardo assai significativa risulta essere l'analisi svolta dalla Corte di legittimità già nella sentenza sez. L. 9 maggio 1998, n. 4721 ove si legge in motivazione: "non è revocabile in dubbio che ... da tempo era nota la pericolosità della lavorazione dell'amianto, e, in ogni caso, da epoca ben anteriore al 1970.

A tal fine basti ricordare come già il R.D. 14 giugno 1909, n. 442 (epoca nella quale le nozioni scientifiche, ed anche le esperienze in campo industriale, erano certo assai inferiori a quelle che si avevano nel 1970), che approvava il regolamento per il T.U. della legge per il lavoro delle donne e dei fanciulli, all'art.29 tabella B n.12, includeva la filatura e tessitura dell'amianto tra i lavori insalubri o pericolosi nei quali l'applicazione delle donne minorenni e dei fanciulli era vietata o sottoposta a speciali cautele, con una specifica previsione dei locali ove non sia assicurato il pronto allontanamento del pulviscolo; norma sostanzialmente identica seguiva nel regolamento per l'esecuzione della legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, emanato con D.Lgt. 6 agosto 1916, n.1136, art.36, tabella B, n.13. Ancora il R.D. 7 agosto 1936, n.1720 che approvava le tabelle indicanti i lavori per i quali era vietata l'occupazione dei fanciulli e delle donne minorenni, prevedeva alla tabella B i lavori pericolosi, faticosi ed insalubri in cui è consentita l'occupazione delle donne minorenni e dei fanciulli, subordinatamente all'osservanza di speciali cautele e condizioni e, tra questi, al n.5, la lavorazione dell'amianto, limitatamente alle operazioni di mescola, filatura e tessitura,

Lo stesso R.D. 14 aprile 1927, n. 530, tra gli altri agli artt. 10, 16, e 17, conteneva diffuse disposizioni relative alla aerazione dei luoghi di lavoro, soprattutto in presenza di lavorazioni tossiche (ridurle per quanto possibile).

In epoca più recente, oltre alla Ugge delega 12 febbraio 1955 n.52, che, all'art.1., lettera F, prevedeva di ampliare il campo della tutela, al D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 -di seguito esaminato- ed alle visite particolarmente accurate previste dal D.P.R. 20 marzo 1956, n. 648, si deve ricordare il regolamento 21 luglio 1960 n.1169 che all'art.1 prevede, specificamente, che la presenza dell'amianto nei materiali di lavorazione possa dar luogo, avuto riguardo alle condizioni delle lavorazioni, ad inalazione di polvere di silice libera o di amianto tale da determinare il rischio.

Si può infine ricordare che il premio supplementare stabilito dall'art. 153 del T.U. n. 1124 del 1965, per le lavorazioni di cui all'allegato n.8, presupponeva un grado di concentrazione di agenti patogeni superiore a determinati valori minimi (Cass. 20 agosto 1991 n.8970)."

Tutto ciò, senza considerare che la imperizia, nella quale rientra la ignoranza delle necessarie conoscenze tecnico-scientifiche, è uno dei parametri integrativi al quale commisurare la colpa, e non potrebbe risolversi in esimente da responsabilità per il datore di lavoro.

Da quanto esposto discende che normativamente, all'epoca di svolgimento del rapporto di lavoro del dante causa dei ricorrenti, era ben nota la intrinseca pericolosità delle fibre dell'amianto impiegato nelle lavorazioni, tanto che le stesse erano circondate legislativamente di particolari cautele, anche indipendentemente dalla concentrazione di fibre per centimetro cubo".

È appunto rispetto al rischio intrinseco alla lavorazioni svolte presso le Officine Meccaniche Santa Lucia che si imponeva il concreto accertamento e della adozione di

misure idonee a ridurre il rischio, in ottemperanza alla norma di chiusura di cui all'art. 2087 cod. civ., e tra queste, segnatamente quella di cui all'art. 21 del D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 , il quale, stabilisce che "nei lavori che danno normalmente luogo alla formazione di polveri di qualunque specie, il datore di lavoro è tenuto ad adottare provvedimenti atti (...) possibile, lo sviluppo e la diffusione nell'ambiente di lavoro" soggiungendo che "le misure da adottare a tal fine devono tenere conto della natura delle polveri e della loro concentrazione", cioè devono avere caratteristiche adeguate alla pericolosità delle polveri; l'art.9, che prevede il ricambio d'aria; l'art. 15, che prevede, persino fuori dell'orario di lavoro, si debba ridurre al minimo il sollevamento della polvere nell'ambiente, e, proprio a tal fine, l'impiego di aspiratori; l'art. 18, che proibisce l'accumulo delle sostanze nocive; l'art. 19, che impone di adibire locali separati per le lavorazioni insalubri (ove -nel caso in esame- non vi sono porte di separazione come dichiarato dai testi); l'art. 20, che difende l'aria dagli inquinamenti con prodotti nocivi specificamente mediante l'uso di aspiratori; l'art.25, che prescrive, quando possa esservi dubbio sulla pericolosità dell'atmosfera, che i lavoratori siano forniti di apparecchi di protezione.

Non è quindi revocabile in dubbio, stanti i richiami normativi effettuati, che sul piano normativo all'epoca di svolgimento del rapporto di lavoro di cui è causa, era ben nota l'intrinseca pericolosità delle fibre dell'amianto impiegato nelle lavorazioni, tanto che le stesse erano circondate legislativamente di particolari cautele, anche indipendentemente dalla concentrazione di fibre per centimetro cubo. Proprio il rischio intrinseco a tale tipo di lavorazione imponeva il concreto accertamento della adozione di misure idonee a ridurre il rischio, in ottemperanza alla norma di chiusura di cui all'art. 2087 cod. civ., e segnatamente quella di cui all'art. 21 del D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 , il quale, come la stessa impugnata sentenza ricorda, stabilisce che nei lavori che danno normalmente luogo alla formazione di polveri di qualunque specie, il datore di lavoro è tenuto ad adottare provvedimenti atti ad impedire o ridurre, per quanto è possibile, lo sviluppo e la diffusione nell'ambiente di lavoro" soggiungendo che "le misure da adottare a tal fine devono tenere conto della natura delle polveri e della loro concentrazione", cioè devono avere caratteristiche adeguate alla pericolosità delle polveri.

Da quanto fin qui espresso consegue che la richiesta formulata da parte di Officine Meccaniche Santa Lucia ad E.N.P.I., proprio alla luce della (necessaria) consapevolezza del rischio connesso alle lavorazioni, avrebbe dovuto essere mirata non solo/non tanto all'inquinamento acustico bensì, anche -e prioritariamente, date le possibili letali conseguenze- alla valutazione di tutti i possibili strumenti idonei a prevenire l'inalazione di polveri di amianto da parte dei lavoratori, con adeguati strumenti di aspirazione, effettiva separazione degli ambienti di lavoro e imposizione ai lavoratori -adeguatamente informati del rischio, dell'obbligo di avvalersi delle mascherine e di ogni altro accorgimento idoneo a proteggerli.

I rischi per la salute dei lavoratori erano, conclusivamente, conoscibili e non furono adottate tutte le cautele idonee a prevenire tali rischi (circostanza in ordine alla quale l'onere della prova grava sul datore di lavoro). In proposito la sentenza 4721/1998 della Suprema Corte di Cassazione sopra richiamata ha lucidamente evidenziato : "L'esonerazione del datore di lavoro dalla responsabilità civile per infortunio sul lavoro o malattia professionale opera esclusivamente nei limiti posti dall'art. 10 del D. P.R. n.1124 del 1965 e per i soli eventi coperti dall'assicurazione obbligatoria, mentre qualora eventi lesivi eccedenti tale copertura abbiano comunque a verificarsi in pregiudizio del lavoratore e siano causalmente ricollegabili alla nocività dell'ambiente di lavoro, viene in rilievo l'art. 2087 cod. civ., che, come norma di chiusura del sistema antinfortunistico, impone al datore di lavoro, anche dove faccia difetto una specifica misura preventiva, di

adottare comunque le misure generiche di prudenza e diligenza, nonché tutte le cautele necessarie, secondo le norme tecniche e di esperienza, a tutelare l'integrità fisica del lavoratore assicurato"

Deve essere quindi riconosciuta la responsabilità ex art. 2087 c.c. della convenuta b.3) riconducibilità della malattia e del decesso del sig. E.S.) all'attività svolta presso le Officine Meccaniche Santa Lucia di Uzzano.

Alcuni dati debbono -ad avviso di questo giudice- es(...) considerazione, tra cui - certamente in primo luogo- accertamento e valutazione effettuati dal CTU, dott. Andrea Gennai, per il quale l'esposizione ad amianto presso la Officine Meccaniche Santa Lucia - Uzzano- "è da ritenersi responsabile della patologia neoplastica (mesotelioma) che ha condotto a morte il sig. E." (pag- 10 rel. CTU). D'altra parte è stato accertato giudizialmente che la morte nel 2000 di U.R., citato dal teste B. nella sua deposizione, per mesotelioma pleurico è stata anch'essa conseguente al lavoro espletato presso le Officine meccaniche Santa Lucia (sentenza 21.1.2013 Tribunale di Prato Giudice del Lavoro).

Quanto alla valutazione effettuata dal Consulente dell'Ufficio circa la possibilità di imputare l'insorgenza della malattia in eguale misura all'attività lavorativa svolta da S.E. presso l'odierna convenuta e a quella da lui svolta presso le Ferrovie dello Stato, questo giudice ritiene di dovere dissentire.

Punto di partenza è il fatto che l'esposizione alle fibre di amianto di S.A. vi è certamente stata dal 1967 al 1976 (come confermato dai testi escussi). A detta del CTU l'esposizione ha continuato ad esistere, anche se in maniera non definibile, presso le Ferrovie dello Stato in Firenze.

Tanto premesso ritiene questo giudice di condividere le osservazioni svolte dal CTP L.O.B. nella sua relazione, circa il fatto che la letteratura scientifica è universalmente concorde nel ritenere che l'esposizione relativa alle fibre di amianto anche per brevi periodi sia sufficiente, nei casi predisposti, a determinare malattie tumorali postume, con intervalli di latenza tra esposizione e manifestazione tumorale di circa 35-40 anni. La durata dell'incubazione del mesotelioma è indicata in circa 40 anni anche negli atti della convenuta (es. conclusionale: pag. 13) nelle varie pubblicazioni citate da parte attrice e nella relazione di CTU e CTP e, fatto tutt'altro che irrilevante, nelle pubblicazioni di INAIL relative alle problematiche dei lavoratori esposti ad amianto (es. Seminario Nazionale Assoamianto Ferrara 2008).

Nel caso in esame la latenza di 35 anni e l'età di comparsa della malattia (E. era nato il (...) ed aveva 52 anni quando la malattia si è manifestata) sono certamente compatibili e, anzi, piuttosto tipiche del mesotelioma causalmente correlato con l'amianto, secondo quanto riportato dalla letteratura scientifica che si è occupata della materia.

Inoltre, gli studi scientifici hanno mostrato che nella patologia tumorale da fibre di amianto non è rilevante una lunga esposizione all'agente patogeno con conseguenti fenomeni di accumulo nell'organismo stesso. Infatti la capacità di permanere nei tessuti senza subire alterazioni dell'ago di amianto, fa sì che esso mantenga la sua efficacia cancerogena in quanto l'organismo non è in grado di elaborare o metabolizzare la sostanza cancerogena e renderla eliminabile. Diversamente in altre patologie tumorali (ad esempio tumore ai polmoni per tabagismo) solo l'accumulo di dosi di sostanze chimiche con potenzialità cancerogena (nicotina) possono determinare manifestazioni tumorali, proprio in virtù della lunga abitudine e del conseguente accumulo della sostanza cancerogena che l'organismo non è stato in grado di eliminare. In queste ultime patologie risulta rilevante la somma di stimoli sfavorevoli all'organismo reiterati nel tempo, in quanto -in parole semplici - la replicazione cellulare, che avviene attraverso dei messaggi chimici, può essere sganciata dai processi normali di replicazione della

cellula a causa della presenza di un agente fuorviante la regolamentazione dei normali meccanismi di replicazione cellulare, replicazione che avviene quindi in maniera incontrollata. Nel caso invece dell' "ago di amianto" (asbesto è parola che viene dal greco, ove significa "perpetuo ed inestinguibile") è proprio questa sola presenza in grado di determinare il mesotelioma, anche se vi è ancora incertezza nella comunità scientifica se ciò accada in dipendenza della liberazione dell'acido silicico, del quale è dimostrata nella letteratura scientifica un'azione tossico-necrotizzante, oppure dallo stimolo irritativo flogistico causato meccanicamente dalle (...) agente presente nella fibra di amianto ancora non esattamente individuata: quello che è certo è che nessun accumulo è necessario e diventa perciò irrilevante anche la durata dell'esposizione.

Corrette e condivisibili appaiono, quindi, le osservazioni del CTP dott. Begliomini. Il CTU dott. Gennai, nel rispondere alle osservazioni dei CTP, non ha controbattuto sul punto della eziopatogenesi del mesotelioma pleurico, limitandosi a affermare l'esposizione ad amianto dei lavoratori che, come il sig. S.E., lavoravano presso le Ferrovie dello Stato, officine di Firenze. Quanto alle osservazioni svolte dal CTP di parte convenuta, esse (ovviamente) accolgono le osservazioni del CTU, salvo addirittura chiedere l'applicazione di un criterio di proporzionalità in relazione agli anni di esposizione, criterio non giustificato su base scientifica dal CTP della parte convenuta, né giustificabile per quanto già sopra espresso sulla eziopatogenesi del mesotelioma pleurico che nulla ha a che vedere con la durata di esposizione.

Circa il nesso di causalità tra comportamento omissivo (quale è quello addebitato alla odierna convenuta -già Officine Meccaniche Santa Lucia) ed evento di danno, regolato dagli artt. 40 e 41 c.p., che stabiliscono un principio valido anche per l'illecito civile, ci si richiama all'interpretazione fornita dalle SSUU penali con la nota sentenza 10 luglio 2002, n. 30328, "nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva". Ciò significa che, a prescindere dal grado di probabilità in base al quale stabilire se la condotta omessa avrebbe evitato il danno, probabilità che la Suprema Corte definisce "logica" (ad esempio, Cass. pen. sez. IV, 7 marzo 2008, n.15282), resta il fatto che, secondo il giudizio c.d. controfattuale, la condotta è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente, l'evento non si sarebbe verificato (a contrariis, la condotta non è conditio sine qua non dell'evento laddove, eliminata mentalmente, l'evento si sarebbe comunque realizzato).

Sempre la Corte di cassazione evidenzia poi che: " nell'accertamento della causalità generale, ovvero nella identificazione della legge scientifica di copertura, il giudice deve individuare una spiegazione generale degli eventi basata sul sapere scientifico, sapere che è costituito non solo da leggi universali ma altresì da leggi statistiche, da generalizzazioni empiriche del senso comune, da rilevazioni epidemiologiche"(Cass. pen. 1 febbraio 2008, n. 5117). Non si può quindi non tener conto -nel caso in esame- del fatto che lavoratori addetti -contemporaneamente a S.E.- alle medesime lavorazioni presso le stesse Officine Meccaniche Santa Lucia risultano avere manifestato poco tempo prima dell'E. la stessa malattia ed esserne morti (così R.U.: malattia manifestata nel 1999 e morte sopravvenuta nel 2000, come da sentenza del Tribunale di Prato - Giudice del Lavoro dep.21.1.2013).

Né, infine, può costituire limite al riconoscimento dell'integrale risarcimento in favore della parte attrice la quantificazione in termini del 50% dell'importo richiesto da parte attrice nell'ambito della comparsa conclusionale, palesemente fondata sul presupposto che il giudice, accettando la valutazione del CTU, pervenisse al riconoscimento della paritaria corresponsabilità delle Ferrovie dello Stati nella causazione dell'evento funesto.

Conclusivamente questo giudice, a cui -in definitiva- spetta il gravoso ruolo di peritus peritorum, ritiene che la causa del mesotelioma pleurico da cui fu colpito S.E. debba ricondursi per il 100% all'esposizione all'amianto subita egli mentre lavorava alle dipendenze della dante causa dell' odierna convenuta, non essendo stati realizzati da parte di quest'ultima tutti gli accorgimenti che avrebbero dovuto essere apprestati e cercati (anche attraverso l'ausilio dell'ENPI) per tutelare la salu(...) lavorazioni. Alla mancata adozione di una condotta esigibile si correla la possibilità per l'azienda di rappresentarsi l'evento: secondo l'interpretazione costante della giurisprudenza di legittimità, tale possibilità di rappresentazione deve intendersi non come rappresentazione precisa dell'evento effettivamente verificatosi, ma come conoscenza della potenziale, generica idoneità della condotta antidoverosa a cagionare eventi dannosi, anche se di tipo diverso rispetto a quello concretizzatosi (v. ad esempio, Cass. pen. sent. n. 5117/2008).

b.4)Quantificazione del danno

E.S., nato il (...) in M.T. ebbe a subire un primo ricovero per la patologia di cui è causa il 10.4.2002 e morì il 24.1.06: la durata malattia fu dunque di 3 anni, 9 mesi, 12 gg

Questo giudicante , che non potrà effettuare che in via necessariamente equitativa la valutazione del danno subito dalla parte attrice, ritiene che a tali fini debba essere analizzato il decorso del malattia del sig. S.E., divisibile in 4 parti:

1) un primo periodo di riscontro della malattia con i ricoveri presso la Medicina di Pescia e successivamente in chirurgia toracica a Cisanello (biopsia e asportazione della massa tumorale), a cui è seguito il trattamento chemioterapico (luglio-ottobre 2002) ed infine la radioterapia (dicembre 2002 - gennaio 2003). In questo primo periodo si evidenziano i ricoveri, le sofferenze patite dal Congiunto per gli interventi chirurgici, la convalescenza, gli effetti debilitanti della chemioterapia e l'assidua frequenza ai cicli di chemioterapia (circa 270 giorni);

2) un secondo periodo di parziale remissione della malattia tumorale (dal febbraio 03 al febbraio 04 per circa 12 mesi);

3) un terzo periodo di ripresa della malattia tumorale, caratterizzato da controlli clinici e radiografici ripetuti nonché da un nuovo ciclo di chemioterapia (marzo - luglio 2004 , 120 giorni circa) e ciclo di terapia radiante fra agosto e settembre 2004 (circa 210 gg)

4) Un ultimo periodo in cui, sostanzialmente, vi è una parziale e fugace remissione del quadro clinico, ma nel contempo un'inarrestabile evoluzione della malattia tumorale fino alla morte occorsa in data 24.1.06. Di fatto dopo 4-5 mesi dal termine dei predetti cicli di chemioterapia e radioterapia, il 7.2.05 fu accertata la progressione della malattia, tant'è che alla TAC del 22.6.05 ed RMN del 22.9.05 fu rilevato un deciso peggioramento sia del tumore primitivo che delle varie localizzazioni a distanza. Vista la gravità del complesso metastatico alle vertebre il 23.9.05 fu deciso di riprendere un ciclo di chemioterapia, sospeso poi nell'ottobre 2005 per comparsa di insufficienza cardiorespiratoria. Appare infine che il quadro clinico è andato così peggiorando in maniera progressiva fino all'exitus avvenuta in ospedale il 24.1.06 ove il sig. E. è stato condotto in "condizioni generali scadenti"(poco meno di un anno e mezzo).

Tanto ai fini della parametrizzazione del danno non patrimoniale risarcibile agli attori (nel ricorso introduttivo indicato come danno morale ed inquadrabile come danno "da

lesione del legame parentale"), unitamente agli altri parametri comunemente utilizzati nel caso di specie come l'età della persona, la qualità del vincolo (parentale o di coniugio), l'intensità del vincolo stesso (grado di parentela), la convivenza o meno, la presenza di altri familiari conviventi.

La qualità di coniuge e figli e la convivenza con il sig. E.S. al momento del Suo decesso sono provati sia per la sig.ra M.R.S. che per i figli L. e S.. La liquidazione del danno non patrimoniale per la morte del congiunto viene qui equitativamente effettuata avendo riguardo ai valori minimi e massimi appositamente indicati in calce alle Tabelle del Tribunale di Milano, (quest'ultime utilizzate in conformità con i condivisibili insegnamenti della Corte di legittimità).

All'esito della valutazione di tutti i parametri fin qui indicati (...) ad una valutazione comunque necessariamente equitativa, appare congrua la valutazione effettuata in sede di precisazione delle conclusioni dagli attori nell'importo di Euro 200.000,00 circa, non ostando la quantificazione operata dalla parte interessata in sede di conclusionale l'evidente presupposto logico del riconoscimento da parte di questo giudice di una corresponsabilità delle Ferrovie dello Stato.

B.5)Danno biologico.

la domanda di danno non patrimoniale collegabile ad un accertato danno biologico è accoglibile nei soli limiti e termini di quanto segue.

Preliminarmente si ritiene che costituisca una mera emendatio libelli la qualificazione in termini di danno non patrimoniale effettuata dagli attori in sede di I memoria ex art. 183 comma 6, c.p.c. del danno morale già richiesto nel ricorso, verosimilmente effettuata per la sopravvenienza delle note sentenze delle SSUU della Cassazione del novembre nel 2008 in cui si era cercato di ricondurre a due tipologie (danno patrimoniale e danno non patrimoniale) le innumerevoli possibili voci di danno individuate dalla dottrina.

Ciò posto solo nel caso della sig.ra S. il CTU ha accertato, grazie all'ausilio dello psichiatra dott. Di Primio, l'esistenza di un disturbo dell'adattamento cronico, con umore depresso causalmente ricollegabile alla morte del coniuge. Il danno è stato stimato in termini di danno biologico nella misura del 10%, con riconoscimento anche di una inabilità temporanea 75% per giorni 90, al 50% per altri 90 gg e al 25% per ulteriori 90 gg.

Ne deriva che il danno non patrimoniale in esame da risarcire a M.R.S. può essere liquidato nel seguente modo tenuto conto dell'età della stessa alla data della morte del sig. E., e del valore del punto base del danno non patrimoniale secondo le tabelle Milano 2014 (Euro2.760,28):

Inabilità temporanea parziale al 75% Euro 6.480,00

Inabilità temporanea parziale al 50% Euro 4.320,00

Inabilità temporanea parziale al 25% Euro 2.160,00

Totale temporanea Euro 12.960,00

e, inoltre,

Invalità permanente 10% Euro20.150,00

e così per un totale complessivo, liquidato all'attualità, di Euro 33.110,00.

Nessun danno biologico può invece essere riconosciuto per mancanza di prova in relazione agli altri attori, la cui domanda deve essere rigettata.

B.6 Danni materiali richiesti nel ricorso introduttivo da parte ricorrente

Si rileva che in sede di comparsa conclusionale il difensore nulla ha esposto in materia, così dovendosi intendere implicitamente rinunciata la domanda relativa alla differenza tra le retribuzioni percepite dall'E., peraltro non provata.

C) Domanda di manleva della convenuta verso la terza chiamata.

La domanda è infondata e deve essere rigettata.

Deve preliminarmente rigettarsi la richiesta istruttoria, ribadita da parte convenuta in sede di precisazione delle conclusioni, volta ad ottenere l'ammissione della prova per testi in relazione ai capitoli 9, 10, 11 della II memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c. atteso che si tratta di circostanze suscettibili di prova documentale e, inoltre, il capitolo di prova n. 9) appare privo di riferimenti temporali e richiede valutazioni ("immediatamente") che non sono possibili, anche -nel caso in esame- per assenza di qualsiasi parametro di confronto (immediatamente, secondo l'origine etimologica, implica la presenza di un momento di riferimento in relazione al quale non vi è soluzione di co(...) appunto- "non mediatamente", ossia senza che si frapponga tempo in mezzo). Inoltre, per quanto di seguito indicato, le circostanze risultano anche irrilevanti in relazione al merito della domanda di manleva.

Deve quindi ribadirsi la valutazione di inammissibilità/irrilevanza effettuata dal precedente G.I.

Ciò posto, è fatto pacifico la stipula in data 31.12.2001 da parte di U.T.M. S.r.l. e di ACE Insurance S.r.l. di una polizza assicurativa (n. 010620866C) per la responsabilità civile verso i prestatori di lavoro e verso Terzi.

C.1) Eccezione di prescrizione

L'eccezione di prescrizione è infondata

La terza chiamata ha eccepito preliminarmente la prescrizione del diritto di essere manlevata da parte di U.T.M. spa (già Officine Meccaniche Santa Lucia) esponendo che l'atto introduttivo del presente giudizio (ricorso davanti al giudice del Lavoro) era notificato alla convenuta l'8.3.2007 e la notificazione dell'atto di chiamata in causa si era perfezionata solo il 9.7.2009: nessuna richiesta era intervenuta medio tempore all'assicurazione e dunque la prescrizione (un anno ex art. 2952 c.c. nel testo vigente fino all'ottobre 2008) dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione si era compiuta.

Dalla documentazione prodotta risulta che la convenuta ha reso nota comunicazione a mezzo raccomandata a mano trasmessa tramite il broker AssiteX alla terza chiamata in data 30.5.2005 copia della richiesta di risarcimento danni inviatale da E.S. in pari data (doc. 6 allegato alla memoria ex art 183, comma 6, n.2, c.p.c.): il documento indicato come raccomandata a mano risulta sottoscritto "p.ritiro" il 30.6.2005. Ulteriore comunicazione risulta essere stata poi inviata da U.T.M. spa in data 8.3.2007 relativa all'atto introduttivo notificato dagli eredi del sig. E. (doc. 7): anche in questo caso si tratta di raccomandata a mano sottoscritta "per ricevuta ASSITEX" in data "8/3/07". Dell'effettivo invio di tali comunicazioni alla terza chiamata ne dà certezza la stessa ACE EUROPE, Ufficio Sinistri che scrive ad ASSITEX "per riscontrare la pregiata vostra del giorno 8.3.2007" (nella lettera anticipata via fax del 24.4-2007 ad ASSITEX) indicando nell' oggetto: "vs riferimento: E. S. - assicurato U.T.M. SPA - Data di evento 4 APRILE 2002"). Nel testo della comunicazione (doc. 8 convenuta) viene fatto anche richiamo "al contenuto della nostra precedente missiva del 25.11.2005". Il documento non è stato disconosciuto dalla terza chiamata, né è stato contestato l'invio della richiesta del sig. E. da parte di U..

La terza chiamata ha opposto che dall'8.3.2007 alla notificazione dell'atto di citazione per chiamata in causa del terzo (9.7.2009) era abbondantemente decorso il termine di prescrizione ex art. 2952 cc, mentre la convenuta ha dedotto che vi era stata sospensione del corso della prescrizione ex art 2952 , comma 4, c.c.

Ebbene, costituisce consolidato insegnamento della corte di legittimità dal quale questo giudice non intende discostarsi che "in tema di assicurazione, alla norma generale dettata, in tema di prescrizione, dall'articolo 2935 c.c. (secondo la quale la prescrizione stessa comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere), viene apportata deroga dalla norma di cui all'articolo 2952, quarto comma, c.c., la quale,

regolando in ogni suo aspetto il rapporto tra assicurato e assicuratore, detta, altresì, la disciplina speciale della sospensione del termine di prescrizione sino alla definitiva liquidità ed esigibilità del credito del terzo danneggiato; tale sospensione si verifica non già con la denuncia del sinistro, bensì con la comunicazione, efficace anche se proveniente dallo stesso danneggiato o da un terzo, all'assicuratore, della richiesta di risarcimento proposta dal danneggiato" (Cass. Cass., sez. III, 26-02-2014, n. 4548 che espressamente richiama: Cass. 22 agosto 2007, n. 17834; Cass. 2 agosto 2001, n. 10598; Cass. 10 agosto 2000, n. 10595; Cass. 17 maggio 1997, n. 4426) con la precisazione che, ove la determinazione quantitativa del credito avvenga giudizialmente, tale sospensione si protra (...) passata in giudicato (Cass. 30 gennaio 2006, n. 1872; Cass. 23 novembre 2000, n. 15149).

L'eccezione di prescrizione formulata dalla Compagnia assicuratrice, conclusivamente, va rigettata.

C.2) Eccezione di nullità della domanda proposta da U. nei confronti della terza chiamata

Posto che anche tale eccezione risulta infondata stante la compiuta difesa svolta dalla terza chiamata, il principio della c.d. ragione più liquida che la giurisprudenza anche delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha riconosciuto doversi applicare per economia processuale a tutela dei principi costituzionalmente garantiti (artt. 24 e 111 Cost) , impone di valutare prioritariamente le

C.3) eccezioni di inoperatività della polizza

a) relativa alla RCOD.

Nel caso in esame non vi è richiesta di risarcimento danni jure hereditatis, stante l'accoglimento della rilevata eccezione di tardività della domanda che parte attrice ha proposto solo nella I memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c.

Questo esclude che sia operativa nel caso in esame la copertura RCOD.

In ogni caso la stessa non sarebbe operativa sia per la previsione contrattuale che deve trattarsi di malattia determinatasi in conseguenza di fatto colposo commesso da U. "durante il tempo dell'assicurazione" -laddove l'inizio della vigenza del contratto di assicurazione è pacificamente riconosciuta nel 31.1.2001- e, inoltre, perché il rapporto di lavoro di S.E. con le Officine Meccaniche Santa Lucia (ora U.) si era concluso nel 1976, mentre nelle condizioni particolari aggiuntive, l'art. 6 "Estensione Malattie Professionali" precisa che " l'estensione non ha effetto per le malattie che si manifestino dopo 12 mesi dalla ..cessazione del rapporto di lavoro".

b) relativa alla RCT

la polizza sottoscritta tra U.M. S.p.A. ed ACE richiede che il danno involontariamente causato a terzi "per morte, per lesioni personali e per danneggiamenti a cose" si sia determinato "in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione all'attività svolta".

Ritiene questo giudice che gli odierni attori relativamente a questa tipologia di copertura assicurativa siano da qualificare "terzi", stante la domanda azionata di risarcimento dei danni da loro subiti jure proprio: ciò detto, nel caso in esame la polizza non risulta comunque operativa.

Una corretta interpretazione della clausola contrattuale contenuta nella Sezione I delle condizioni Generali di Assicurazioni e intitolata: "Oggetto dell'assicurazione A) Assicurazione della responsabilità civile verso terzi" impone infatti di ritenere che i "danni involontariamente causati a terzi" conseguenti ad un "fatto accidentale verificatosi in relazione all'attività svolta" debbano essere avvenuti durante il tempo di vigenza dell'assicurazione e si configurino come conseguenti a fatto lesivo della persona del terzo (o di un suo bene) correlati ad presenza fisica (della persona danneggiata o di

un suo bene) nei locali/spazi esterni ove viene esercitata l'attività, o per ragioni connesse ad beni/strutture dell'assicurata, o per l'agire di dipendente dell'assicurata -di cui quest'ultima debba rispondere- e, infine, sempre che il fatto accidentale (deve infatti escludersi palesemente l'eventualità che l'assicurazione e prima ancora U. possano rispondere per un fatto illecito compiuto dolosamente da un dipendente U.) si verifichi in relazione all'attività esercitata.

Quanto alla necessità riscontrata da questo giudice che il fatto si determini durante il tempo di vigenza della polizza si rileva che, diversamente opinando, la polizza assicurativa sarebbe andata a coprire un possibile indeterminato numero di situazioni, verificatesi in periodo antecedente alla stipula del contratto assicurativo tra odierne (...) con un'anomala estensione della responsabilità dell'assicurazione che, ad avviso di questo giudicante, avrebbe potuto sussistere solo in presenza di specifica pattuizione sottoscritta dall'odierna terza chiamata.

Conclusivamente la domanda di manleva svolta dalla chiamante in causa nei confronti della terza chiamata deve essere rigettata in quanto infondata.

Spese di lite

Seguono la soccombenza come per legge e pertanto, nei rapporti tra parte attrice e convenuta e stante l'inammissibilità della domanda di risarcimento jure hereditatis e l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno biologico solo per uno degli attori, deve disporsi la condanna della convenuta alla refusione in favore della parte attrice della metà delle spese di lite, compensando la residua metà. Le spese, nella quota riconosciuta, vengono liquidate in dispositivo sulla base del decisum, vista la nota spese ritenuta congrua in relazione ai criteri e parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, salvo un lieve incremento per la fase istruttoria e trattazione e ridotto lievemente, invece, l'importo indicato nella nota spese per la fase decisionale. Il tutto oltre accessori di legge e rimborso forfetario spese generali nei limiti del 12.50%, come da conclusioni precisate, disponendosi -infine- la condanna al pagamento in favore degli avvocati che si sono dichiarati antistatari.

Le spese seguono la soccombenza anche nei rapporti tra chiamante e terza chiamata e la refusione delle spese di lite grava dunque sulla convenuta condannata a rifondere alla terza chiamata le spese che vengono liquidate in dispositivo, in assenza di nota spese depositata, tenuto conto dell'attività svolta e dei criteri e parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014.

Le spese di CTU, già liquidate con separato provvedimento, vanno poste definitivamente a carico della convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1 - dichiara inammissibili le domande di risarcimento danni proposte dagli attori jure successionis

2 - riconosce la responsabilità ex art. 2087 c.c., condanna la convenuta a corrispondere in favore degli attori M.R.S., L.E. e S.E., a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale jure proprio per perdita del proprio congiunto, l'importo Euro 200.000,00 calcolato all'attualità per ciascuno dei congiunti, oltre interessi sulla somma devalutata alla data del fatto e via via rivalutata anno per anno ed oltre interessi legali sulla somma così complessivamente dovuta dalla data della presente sentenza fino al saldo effettivo;

3 - condanna la convenuta U.T.M. spa al pagamento in favore di M.R.S. a titolo di risarcimento del danno biologico/non patrimoniale subito, l'importo Euro 33.110,00, oltre interessi legali sulla somma devalutata alla data del 24.1.2006 e via via rivalutata

di anno in anno ed interessi legali sulla somma così complessivamente dovuta, dalla presente sentenza al saldo effettivo;
4 - rigetta la domanda di risarcimento del danno biologico proposta da L.E. e da S.E.;
5 - condanna la parte convenuta alle refusione della metà delle spese di lite sostenute dalla parte attrice che liquida in Euro 466,10 per esborsi, Euro 9.750,00 per compensi professionali, oltre rimborso spese forfetario 12,50%, ed accessori di legge, disponendo che il pagamento sia effettuato in favore dei difensori che si sono dichiarati antistatari, e compensando le spese per la residua parte;
6 - Rigetta la domanda di manleva svolta dalla convenuta nei (...)
7 - Condanna la convenuta alla refusione delle spese di lite della terza chiamata, spese che si liquidano in Euro 18.000,00 per compensi professionali, oltre a 15% di rimborso forfetario ed oltre IVA e CAP, come per legge;
8 - Pone definitivamente a carico di parte convenuta le spese di CTU.
Così deciso in Prato, il 27 gennaio 2015.
Depositata in Cancelleria il 28 gennaio 2015.

TRIBUNALE di PRATO, sentenza 28 gennaio 2015; Giud. Manfredini; M.R.S., L.E. e S.E. (avv.ti G. e V. Alibrandi); U.T.M. S.P.A (avv. Formichini); A.E.G. LIMITED (avv. Carelli, Tropea.

Rapporto di lavoro subordinato - Tutela delle condizioni di lavoro - Responsabilità del datore di lavoro - Omissione misure generiche di prudenza e perizia (Art. 2087 c.c.; D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303)

Danno da amianto – Mesotelioma pleurico insorto nel lavoratore - Nesso di causalità - Sussiste

La responsabilità del datore di lavoro ex articolo 2087 c.c. si concreta nell'omissione delle misure necessarie a preservare l'integrità fisica del lavoratore nel luogo di lavoro, tenuto conto delle concrete condizioni di lavoro e dell'esposizione del lavoratore a rischi (fibre di amianto), conosciuti e conoscibili nel dato momento storico. Pertanto l'imperizia del datore di lavoro, nella quale rientra la ignoranza delle necessarie conoscenze tecnico-scientifiche sulla pericolosità delle fibre di amianto impiegato nelle lavorazioni, circondate legislativamente di particolari cautele, è uno dei parametri integrativi al quale commisurare la colpa, e non potrebbe risolversi in esimente per il datore di lavoro. (1)

Nella riconducibilità del mesotelioma pleurico, insorto nel prestatore di lavoro, alla condotta omissiva del datore di lavoro è da accertarsi il nesso di causalità. Il rapporto di causalità è da intendersi come giudizio di alta probabilità logica, configurabile se si accerti che l'evento non avrebbe avuto luogo se fossero state poste in essere le dovute misure preventive e cautelari da parte del datore di lavoro. La condotta omissiva, pertanto, risulta essere la condizione necessaria dell'evento verificatosi. Il datore di lavoro, infatti, avrebbe potuto rappresentarsi l'evento, da intendersi come la conoscenza della potenziale, generica idoneità della condotta antidoverosa a cagionare eventi dannosi, anche se di tipo diverso rispetto a quello poi concretizzatosi. (2)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità il comportamento omissivo (mancata attuazione di misure precauzionali in presenza di amianto) del datore di lavoro costituisce responsabilità ex 2087 c.c.: Cass. Civ. Sez. lav. 9 maggio 1998, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 991; Cass. Pen. Sez. IV 20 marzo 2000, n.

3567; Cass. Civ. Sez. lav., 23 maggio 2003, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5; Cass. Civ. Sez. Lav. 11 gennaio 2005, n. 644, in *Giust. civ. Mass.* 2005; Cass. Civ. Sez. lav. 8 maggio 2007, n.10441, *Foro it.* 2007, 10, I, 2701; Cass. Pen. Sez. IV 22 novembre 2007, n. 5117, in *Guida al diritto* 2008, 10, 93; Cass. Civ. Sez. Lav. 1 febbraio 2008, n. 2491, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 2, 150; Cass. Pen. Sez. IV 14 maggio 2009, n. 41782, in *Guida al diritto* 2010, 2, 95; Cass. Civ. Sez. lav. 11 luglio 2011, n. 15156, in *Foro it.* 2012, 7-8, I, 2147, Cass. Pen. Sez. IV 17 gennaio 2012, n. 20227, in *Riv. Pen.* 2012, 11, 1121; Cass. Civ. Sez. lav. 30 maggio 2012, n. 8655, in *Diritto e Giustizia online* 2012 ; Cass. Civ. Sez. lav. 3 agosto 2012, n. 13956, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1017; Cass. Civ. Sez. lav. 5 agosto 2013, n. 18626, in *Giust. civ. Mass.* 2013. Ed anche in quella di merito: Pretura di Milano 16 luglio 1984, in *Riv. giur. lav.* 1984, IV,486; Pretura Torino 10 novembre 1995, in *DL Riv. critica dir. Lav.* 1996, 727; Corte Appello Genova 31 ottobre 2002, in *Orient. giur. lav.* 2003, I, 568; Tribunale Milano 31 luglio 2003, in *DL Riv. critica dir. Lav.* 2003, 971; Tribunale Milano 14 dicembre 2004, in *DL Riv. critica dir. Lav.* 2004, 956; Tribunale Milano, 9 gennaio 2006, in *DL Riv. critica dir. Lav.* 2006, 2, 515; Tribunale Napoli 24 marzo 2010, n. 1424; Corte d'Appello Venezia sez. lav., 27 maggio 2011, n. 229; Giurisprudenza difforme: a) legittimità: Cass. Civ. Sez. lav. 23 settembre 2010, n. 20142, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 9, 1252; b) merito: Tribunale Livorno, 07 gennaio 2003, in *Orient. giur. lav.* 2003, I, 577; Corte Appello Milano 9 gennaio 2003, in *Orient. giur. lav.* 2002, I, 766.

In dottrina, con riferimento alla responsabilità ex 2087 c.c. si veda: P. Tullini, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro: principi, categorie e regole probatorie a confronto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3 (2011), pag. 727; M. Lanotte, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, *Dir. relaz. ind.*, fasc.1 (2002), pag. 125.

(2) In giurisprudenza di legittimità constano precedenti in termini in relazione al nesso di causalità tra condotta omissiva del datore di lavoro e danno al lavoratore: Cass. Civ. Sez. lav. 6 luglio 1990, n. 7101, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 7; Cass. 7 novembre 2000, n. 14469; Cass. 20 aprile 1998, 4012; Cass. 3 settembre 1997, n. 8422; Cass. Civ. Sez. lav. , 11 novembre 1193, n. 11351, in *Resp. civ. e prev.* 1994, 689; Cass. Civ. Sez. lav., 21 novembre 1998, n. 12763, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 2635; Cass. Civ. Sez. lav. 29 dicembre 1998; Cass. Civ. Sez. Lav. 2 febbraio 2002, n. 5, in *Mass. giur. Lav.* 2002, 329; Cass. Civ. Sez. lav., 7 giugno 2007, n. 13309, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 12, 2653; Cass. Civ. Sez. lav., 14 dicembre 2011, n. 26879, in *Diritto e Giustizia online* 2011, 17 dicembre.

Per il nesso di causalità in generale si veda: Sez. Un. Pen., 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, sentenza Franzese. In dottrina si veda: R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per l'esposizione dei lavoratori ad amianto*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, (2011), pag. 597; D. Chindemi, *Rischio amianto: elemento soggettivo del reato e nesso di causalità*, *Resp. civ. e prev.*, fasc.1, (2010), pag. 20.

IL COMMENTO

1. La norma: l'art. 2087 c.c. – 2. Amianto e nesso di causalità – 3. Il caso Eternit – 4. Cenni comparatistici.

1. La norma: l'art. 2087 c.c.

Il presupposto oggettivo e fattuale che genera la responsabilità civile del datore di lavoro è l'articolo 2087 del Codice Civile: *“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.”*

Tale articolo, che garantisce la tutela delle condizioni di lavoro, costituisce una valvola di apertura attraverso la quale la giurisprudenza ha colmato le inevitabili lacune della innovazione tecnologica in continua evoluzione. Nonostante i continui progressi della scienza circa nuovi metodi lavorativi che comportano nuovi rischi, talvolta ignoti, il legislatore cerca di colmare le lacune del sistema legislativo introducendo sempre nuove norme in materia di prevenzione della integrità psicofisica del lavoratore¹. Le nuove norme introdotte mirano soprattutto alla modalità di gestione della sicurezza e all'adempimento degli obblighi di prevenzione da parte del datore di lavoro. Tale normativa va a colmare il generale precetto di responsabilità del 2087 c.c.: in tal senso il datore di lavoro si troverà di fronte ad una responsabilità sempre più specifica e oneri sempre più dettagliati e circostanziati. Il fatto che nuove misure di sicurezza siano state introdotte non significa che le disposizioni dell'articolo in questione siano state ridimensionate, ma, al contrario, tale norma funge da chiusura del sistema, permettendo in fase giurisprudenziale di andare a tutelare anche quelle situazioni altrimenti escluse dalle normative vigenti, o perché del tutto nuove e pertanto ignote o perché non ancora disciplinate dal legislatore, nonostante le conoscenze scientifiche già sviluppate. Tale norma, inoltre, non garantisce solo un interesse pubblico generale, nel senso che la protezione del lavoratore non è solo di natura pubblicistica e di interesse generale, ma è un vero e proprio diritto soggettivo del prestatore².

Più frequentemente la norma è utilizzata dal lavoratore al fine di ottenere un risarcimento del danno, a seguito di un pregiudizio subito alla salute del lavoratore stesso per inadempimento del datore di lavoro in materia di prevenzione di infortuni e malattie. Si consideri, quindi, come il 2087 c.c. mantenga la valenza di norma generale rispetto alle particolari discipline settoriali di protezione del lavoratore. Infatti, qualora non sia ravvisabile una disciplina specifica in un determinato settore circa la tutela del lavoratore, il datore di lavoro è comunque onerato dal preservare il prestatore da rischi e pericoli dell'attività lavorativa stessa. La norma, a mio avviso, può essere letta in due diversi sensi: da un lato impone *ex ante* obblighi di protezione in capo al datore di lavoro, dall'altro, invece, costituisce tutela del lavoratore *ex post*, in caso di danni subiti, per l'ottenimento di un risarcimento del danno.

Attraverso il 2087 c.c. , il datore di lavoro ha l'obbligo di adottare tutte le misure idonee alla tutela del lavoratore, tenuto conto del patrimonio di esperienza e conoscenza tecnica

¹ Decreto Legislativo 19 settembre 1994, n 626 e successive modifiche e integrazioni.

² *“L’art. 2087 c.c. non contiene soltanto l'enunciazione di un dovere imposto nell'interesse generale, ma attribuisce al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo alla sicurezza dell'ambiente di lavoro ed alla tutela della propria salute, sia sotto il profilo della prevenzione, sia per quanto riguarda gli aspetti risarcitori pur con differenti argomentazioni. Secondo la prevalente interpretazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore alla sicurezza comporta la legittimità del rifiuto di eseguire la prestazione lavorativa in caso di mancata predisposizione delle necessarie cautele antinfortunistiche, con diritto alla retribuzione e alla conservazione del posto di lavoro. Va tuttavia rilevato che la funzione prevenzionistica della norma - finalizzata a garantire un ambiente di lavoro sicuro, sano ed esente da rischi mediante un automatico e continuo aggiornamento della legislazione vigente ai mutamenti tecnologici - è stata purtroppo sovente dimenticata, determinando il fallimento dell'originario disegno prevenzionistico a favore di una criticabile «monetizzazione» del bene-salute.”* M.Lanotte, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, Dir. relaz. ind., fasc.1 (2002), pag. 125.

di ogni settore specifico, della normativa vigente³, quando presente, e delle nozioni generali di sicurezza, anche se “atipiche o innominate”⁴. Alla luce di quanto detto, quindi, il datore di lavoro dovrebbe garantire un elevato grado di sicurezza, non solo circa attrezzature e macchinari ma anche in relazione all'ambiente di lavoro e condizioni lavorative.

Il 2087 c.c., garantendo tutela al lavoratore *ex ante* ed *ex post* è protetto dal tetto costituzionale del diritto alla salute, ma anche di correttezza e buona fede del datore di lavoro nei confronti del suo stesso prestatore⁵.

Più specificatamente, la violazione degli obblighi di sicurezza derivanti del 2087 c.c. può portare a gravi malattie e infortuni. In tal caso, non solo è violata la specifica disposizione civilistica, ma anche è venuta meno la tutela del diritto alla salute costituzionalmente protetto⁶.

Nel caso, però, della violazione del diritto alla salute del lavoratore da parte del datore di lavoro è necessario tenere in considerazione il rapporto contrattuale che intercorre tra i due. Se genericamente il diritto alla salute trova una tutela aquiliana ex 2043 c.c., nel caso di rapporto di lavoro subordinato la responsabilità assumerà i caratteri di responsabilità contrattuale, in particolare in violazione di un obbligo specifico ex 2087 del codice civile⁷.

³ Art. 4, comma 1 D.lgs. 626 del 2004: “ Il datore di lavoro e' tenuto all'osservanza delle misure generali di tutela previste dall'art. 3 e, in relazione alla natura dell'attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, deve valutare, nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti i gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari. ”

⁴ “Peraltro, anche dopo l'emanazione dei più recenti provvedimenti in materia antinfortunistica, l'art. 2087 c.c. conserva la valenza di norma generale e sussidiaria rispetto alla particolare disciplina prevenzionistica contenuta nella legislazione speciale. La particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica continuano, infatti, a costituire i fondamentali parametri di riferimento per l'individuazione giurisprudenziale di nuovi obblighi «atipici» o «innominati», ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme prevenzionistiche speciali. Significativo, in tal senso, è il consolidato orientamento che impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure di sicurezza ritenute necessarie per tutelare la salute del lavoratore alla luce delle cognizioni della migliore tecnologia e del patrimonio di esperienza. La ratio si fonda sull'esigenza di supplire alle lacune di una normativa antinfortunistica che - per quanto dettagliata e specifica - non può essere in grado di prevedere qualsiasi fattore di rischio, nonché di evitare l'obsolescenza delle misure di sicurezza mediante automatici aggiornamenti imposti dal progresso tecnico.” M.Lanotte, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, Dir. relaz. ind., fasc.1, 2002, pag. 125.

⁵ Cass. 7 novembre 2000, n. 14469; Cass. 20 aprile 1998, 4012; Cass. 3 settembre 1997, n. 8422.

⁶ Art. 32, 1° comma, Cost. : “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.”

⁷ “Se infatti, in via generale, il danno alla salute viene ricondotto ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per la violazione del principio del *neminem laedere*, qualora la lesione dell'integrità psico-fisica si verifichi durante lo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata non può essere tralasciata la natura contrattuale del vincolo che lega il datore di lavoro responsabile del danno al soggetto leso, nè la conseguente origine negoziale delle obbligazioni gravanti sulle parti. In particolare, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, l'art. 2087 c.c. - imponendo espressamente all'imprenditore di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del dipendente - introduce un obbligo di sicurezza che trova fonte immediata e diretta nel contratto. Pertanto, in virtù del rapporto che lega il lavoratore con l'autore del fatto illecito, qualora si verifichi una lesione della salute del prestatore di lavoro - dovuta sia al mancato rispetto di norme prevenzionistiche speciali, sia alla mancata adozione di misure di tutela innominate, ma comunque necessarie in base ai parametri della particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica di cui all'art. 2087 c.c. - muta la norma di riferimento su cui fondare l'obbligo risarcitorio nonché la natura della responsabilità. Quest'ultima assume natura contrattuale indipendentemente dal fatto che la violazione integri anche gli estremi di un reato, ovvero configuri un'ipotesi di illecito aquiliano. Va tuttavia rilevato che per consolidato orientamento giurisprudenziale tale qualificazione della responsabilità del datore di lavoro per il danno alla salute subito dal dipendente non esclude che quest'ultimo possa agire a tutela del proprio diritto

Nel caso di azione di risarcimento del danno chiesto dai parenti del lavoratore rimasto vittima, la norma di copertura rimarrà il 2043 del codice civile: *“Conserva, invece, carattere esclusivamente extracontrattuale l'azione promossa iure proprio dai congiunti del lavoratore rimasto vittima di un infortunio mortale, volta ad ottenere la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno biologico e patrimoniale da essi subito, costituendo il rapporto di lavoro la mera occasione della responsabilità oggetto dell'accertamento.”*⁸

Nel caso del Tribunale di Prato⁹, infatti, il 2087 del Codice Civile è servito al giudice per verificare la responsabilità del datore di lavoro e verificare che la malattia insorta nel defunto è stata causata dal comportamento omissivo del datore stesso. Ma il risarcimento del danno alla vedova e ai figli del defunti rimane inserito nel quadro della responsabilità extracontrattuale, non intercorrendo tra attori e convenuta nessun tipo di contratto.

2. Amianto e nesso di causalità

L'esposizione del lavoratore a fibre di amianto, come nel caso sopra analizzato, comporta l'insorgere di malattie, tra cui il mesotelioma pleurico. Per comprendere se effettivamente l'evento lesivo malattia, e di conseguenza morte, sia riconducibile all'esposizione del lavoratore alle fibre di amianto in un determinato luogo di lavoro è da verificarsi se, alla luce delle nozioni conosciute e conoscibili all'epoca in cui è avvenuta l'esposizione, il datore di lavoro ha posto in essere tutte le misure preventive possibili. Bisogna quindi accertare se al tempo si conosceva la pericolosità di determinate tecniche lavorative e sarà onere del prestatore di lavoro dover dimostrare l'insufficienza e l'inidoneità delle misure cautelari e preventive poste in essere dal datore di lavoro. Come sottolinea la dottrina, *“Occorre dimostrare, in sede civile con sufficiente grado di probabilità, anche mediante CTU, che la malattia fosse stata contratta dal lavoratore nel corso del rapporto di lavoro, e fornire elementi, a livello scientificamente plausibile, concernenti la conoscibilità, da parte del datore di lavoro, del rischio nel medesimo periodo temporale, alla stregua dei risultati raggiunti dagli studi più accreditati in materia, con le conseguenti valutazioni sfavorevoli circa il comportamento aziendale in ordine all'adozione di misure protettive e all'acquisizione dei dati ed informazioni, necessarie soprattutto per farne partecipi i lavoratori.”*¹⁰. Il datore di lavoro, quindi, deve porre in essere attività volte a garantire sicurezza nello svolgimento delle attività lavorative e la eliminazione, o quantomeno riduzione al minimo, dei rischi legati alla inalazione di fibre di amianto. Tale obbligo non deriva solo in modo generico dall'articolo 2087 del codice civile, ma trova anche precetto specifico nel D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, in particolare l'articolo 21¹¹. Tale norma costituisce

ponendo a fondamento della propria domanda l'art. 2043 c.c., in via alternativa o anche concorrente rispetto all'azione contrattuale. Ciò in quanto il comportamento del datore di lavoro si configura nello stesso tempo sia come inadempimento contrattuale, sia come violazione di un diritto assoluto del lavoratore alla tutela della salute, costituzionalmente garantito dall'art. 32 cost.” così M.Lanotte, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, Dir. relaz. ind., fasc.1, 2002, pag. 125.

⁸ M.Lanotte, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, Dir. relaz. ind., fasc.1 (2002), pag. 125.

⁹ Si veda la sentenza in commento.

¹⁰ D.Chindemi, *Rischio amianto: elemento soggettivo del reato e nesso di causalità*, resp. Civ. E prev., fasc. 1 (2010), pag. 0200B.

¹¹ L'articolo 21 di tale norma così recita: *“Nei lavori che danno luogo normalmente alla formazione di polveri di qualunque specie, il datore di lavoro è tenuto ad adottare i provvedimenti atti ad impedirne o a ridurre, per quanto è possibile, lo sviluppo e la diffusione nell'ambiente di lavoro. Le misure da adottare a tal fine devono tenere conto della natura delle polveri e della loro concentrazione nella atmosfera. Ove*

regola di condotta specifica applicabile al caso concreto in cui l'attività lavorativa svolta dal prestatore di lavoro comporta l'inalazione di polveri di qualunque tipo. La colpa specifica del datore di lavoro si concreta nell'omissione di attuazione di misure preventive e cautelari così come prospettate dall'articolo 21, per evitare la polverosità dell'amianto. Il datore di lavoro, in ogni caso, qualora la sua attività lo richieda, e tale attività non è tipizzata da nessuna fattispecie normativa, dovrà comunque attenersi a regole di esperienza e conoscenza comune, in forza degli obblighi derivanti dall'articolo 2087 c.c.¹²

Il datore di lavoro potrà essere libero da ogni responsabilità se dimostra di aver mantenuto un comportamento secondo la diligenza specifica richiesta ad attenuare la pericolosità della polvere di amianto.

Riferendosi al caso di specie del Tribunale di Prato¹³, risulta difficile, per me, come per il giudice, ammettere che la condotta del datore di lavoro sia stata diligentemente mantenuta, tenuto conto delle conoscenze dei rischi che derivano da amianto, all'epoca risaputi. Già dagli anni '60, infatti, si erano formate sufficienti conoscenze circa la pericolosità delle fibre di amianto, tanto che l'omissione di misure di sicurezza da parte del datore di lavoro costituivano già fattispecie di colpa generica. Aspetto più difficile da accertare è il nesso di causalità tra la condotta omissiva del datore di lavoro e la malattia insorta nel prestatore.

In primis bisogna accertare se la causa della patologia è da far risalire al periodo di attività lavorativa a contatto con l'amianto o se la patologia è insorta prima. *In secundis* bisogna valutare se sia possibile ricondurre le patologie verificatesi alle singole condotte omissive poste in essere dal responsabile.

Quanto al primo profilo, come dice la dottrina, *“Se non è conosciuta la data di insorgenza della patologia possono originarsi ostacoli al fine della attribuzione della responsabilità perché, se insorta prima del periodo lavorativo, le omissioni del datore di lavoro non avrebbero avuto effetto condizionante sul successivo sviluppo della*

non sia possibile sostituire il materiale di lavoro polveroso, si devono adottare procedimenti lavorativi in apparecchi chiusi ovvero muniti di sistemi di aspirazione e di raccolta delle polveri, atti ad impedirne la dispersione. L'aspirazione deve essere effettuata, per quanto è possibile, immediatamente vicino al luogo di produzione delle polveri. Quando non siano attuabili le misure tecniche di prevenzione indicate nel comma precedente, e la natura del materiale polveroso lo consenta, si deve provvedere all'inumidimento del materiale stesso. Qualunque sia il sistema adottato per la raccolta e la eliminazione delle polveri, il datore di lavoro è tenuto ad impedire che esse possano rientrare nell'ambiente di lavoro. Nei lavori all'aperto e nei lavori di breve durata e quando la natura e la concentrazione delle polveri non esigano l'attuazione dei provvedimenti tecnici indicati al comma precedenti, e non possano essere causa di danno o di incomodo al vicinato, l'Ispettorato del lavoro può esonerare il datore di lavoro dagli obblighi previsti dai comma precedenti, prescrivendo, in sostituzione, ove sia necessario, mezzi personali di protezione. I mezzi personali possono altresì essere prescritti dall'Ispettorato del lavoro, ad integrazione dei provvedimenti previsti al comma terzo e quarto del presente articolo, in quelle operazioni in cui, per particolari difficoltà d'ordine tecnico, i predetti provvedimenti non sono atti a garantire efficacemente la protezione dei lavoratori contro le polveri.”

¹² - Cass. Pen., sez. IV, 20 marzo 2000, n. 3567: “datore di lavoro imprenditore ha l'obbligo ai sensi dell'art. 2087, c.c., di aggiornarsi sulle tecniche di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e non può addurre a propria scusa, in caso di inosservanza del detto obbligo, la mancata informazione al riguardo da parte di organi ispettivi o di controllo.”

- Cass. pen., Sez. IV, 29 aprile 1955, in Mass., 1955, 2, 505: *Il datore di lavoro – in ordine al contenuto dell'art. 2087 c.c. - deve ispirare la propria condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza.*

¹³ v. *supra* 9.

malattia; se insorta dopo sarebbe del tutto esclusa ogni efficacia eziologica sul suo insorgere.”¹⁴.

Quanto al secondo profilo, invece, bisogna indagare l'esistenza del rapporto di causalità tra condotta omissiva ed evento dannoso. Alla luce di quanto detto, sarà onere del lavoratore provare di aver subito un danno alla salute a causa della attività lavorativa svolta in assenza di misure di prevenzione da porsi in essere a carico del datore di lavoro e, di contro, onere del datore di lavoro sarà dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie a impedire il verificarsi dell'evento dannoso¹⁵.

La condotta omissiva, deve essere condizione necessaria dell'evento, secondo la teoria della condicio sine qua non: la condotta è causa dell'evento se, eliminata mentalmente, l'evento non si verifica o si concretizza diversamente¹⁶.

¹⁴D.Chindemi, *Rischio amianto: elemento soggettivo del reato e nesso di causalità*, resp. Civ. E prev., fasc. 1 (2010), pag 0200B.

¹⁵ Cassazione civile, sez. lav. n. 9209 del 07/05/2015: “Incombe sul lavoratore che lamenti di avere subito un danno - a causa dell'attività svolta - l'onere di provarne l'esistenza, al pari della nocività dell'ambiente di lavoro e del nesso causale tra l'uno e l'altro. Spetta, invece, al datore di lavoro dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno (confermata la decisione dei giudici del merito che, relativamente all'infortunio occorso ad un lavoratore, secondo cui mentre stava svolgendo lavori di giardinaggio con l'ausilio di apposite forbici inciampava e, cadendo, veniva colpito da un oggetto appuntito all'occhio sinistro, avevano eccepito che non risultava provato che l'infortunio si fosse verificato in costanza di attività lavorativa, preconditione per la declaratoria di responsabilità del datore di lavoro).”

¹⁶ Sez. Un. Pen., 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, Franzese: “È dunque causa penalmente rilevante (ma il principio stabilito dal codice penale si applica anche nel distinto settore della responsabilità civile, a differenza di quanto avviene per il diritto anglosassone e nordamericano) la condotta umana, attiva o omissiva, che si pone come condizione necessaria - conditio sine qua non - nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato. La verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale; articolato sul condizionale congiuntivo *se ... allora ...* (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale doppia formula, nel senso che: a) la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato. Ma, ferma restando la struttura ipotetica della spiegazione causale, secondo il paradigma condizionalistico e lo strumento logico dell'astrazione contro il fatto, sia in dottrina che nelle più lucide e argomentate sentenze della giurisprudenza di legittimità, pronunciate in riferimento a fattispecie di notevole complessità per la pluralità e l'incertezza delle ipotesi esplicative dell'evento lesivo (Sez. IV, 24.6.1986, Ponte, rv. 174511-512; Sez. IV, 6.12.1990, Bonetti, rv. 191788; Sez. IV, 31.10.1991, Rezza, rv. 191810; Sez. IV, 27.5.1993, Rech, rv. 196425; Sez. IV, 26.1.1998, P.G. in proc. Viviani, rv. 211847), si è osservato che, in tanto può affermarsi che, operata l'eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana, il risultato non si sarebbe o si sarebbe comunque prodotto, in quanto si sappia, già da prima, che da una determinata condotta scaturisca, o non, un determinato evento. E la spiegazione causale dell'evento verificatosi *hic et nunc*, nella sua unicità ed irripetibilità, può essere dettata dall'esperienza tratta da attendibili risultati di generalizzazione del senso comune, ovvero facendo ricorso (non alla ricerca caso per caso, alimentata da opinabili certezze o da arbitrarie intuizioni individuali, bensì) al modello generalizzante della sussunzione del singolo evento, opportunamente ri-descritto nelle sue modalità tipiche e ripetibili, sotto leggi scientifiche esplicative dei fenomeni. Di talché, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica - legge di copertura -, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto. Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi universali (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi statistiche che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di alto grado di credibilità razionale”

Ulteriore problematico profilo che si presenta circa il mesotelioma pleurico è che due sono le concause: l'esposizione all'amianto e la predisposizione personale. *“Due sono gli antecedenti del mesotelioma pleurico, due le cause che lo determinano, l'esposizione all'amianto e la predisposizione personale; infatti, il mesotelioma pleurico non è dose-correlato ed è pacifica l'insussistenza di una soglia minima al di sotto della quale possa escludersi il rischio per la salute, sicché anche una breve esposizione può essere fatale, in particolare non si potrà mai sapere cosa sarebbe successo se i datori di lavoro, e gli altri cui spettava, avessero provveduto a controllare adeguatamente le polveri secondo le tecniche dell'epoca. Nessuno può dire con certezza che a dosi meno dilaganti avrebbe, comunque, fatto seguito il mesotelioma e non potendosi verificare in che misura la predisposizione personale abbia inciso, con la mancanza di misure di sicurezza.”*¹⁷

Posta la naturale predisposizione dei soggetti a contrarre tale patologia, a mio avviso, risulta comunque necessario tenere in considerazione la stretta correlazione fra la patologia e la condotta omissiva del datore di lavoro, in quanto la naturale predisposizione non è sufficiente a “scusare” il comportamento omissivo del datore di lavoro. Nel caso di Prato¹⁸, il lavoratore è stato comunque esposto all'amianto per un periodo di 9 anni, continuativamente e in alte concentrazioni. Ai fini civilistici, di risarcimento del danno, occorre tenere in considerazione anche la natura e i tempi dell'omissione posta in essere dal datore di lavoro. Si avrà responsabilità, quindi, anche quando l'esposizione del prestatore di lavoro ad elevate e continuative dosi di amianto abbia alimentato altre patologie già in corso o comunque abbia accelerato “quella naturale disposizione” di cui sopra. È da considerare sussistente il nesso di causalità anche quando l'esposizione all'amianto abbia aumentato le probabilità che il soggetto contraesse la patologia, cioè aumentando la sua inclinazione ad ammalarsi.

Posto che il mesotelioma pleurico insorge anche a seguito di una breve esposizione all'amianto, è da considerarsi che, nel caso di specie, 9 anni di esposizione all'amianto rientrino pienamente nel concetto di alta probabilità logica nell'identificazione del nesso causale tra patologia e comportamento omissivo.

3. Il caso Eternit

A questo punto della analisi circa la responsabilità del datore di lavoro dovuta a mancata attuazione di misure di prevenzione dai rischi dovuta alla esposizione alle fibre di amianto, si ritiene opportuno menzionare il caso Eternit, precedente di grande rilievo, che ha sancito la responsabilità del datore di lavoro per disastro doloso. Il tribunale di Torino, il 13 febbraio 2012, ha riconosciuto la responsabilità penale di Schmidheiny Stephan e di De Cartier De Marchienne Louis per omissione di cautele dolose contro infortuni sul lavoro ex articolo 437, 1° e 2° comma del codice penale e di disastro doloso ex articolo 434 del codice penale, in relazione alla gestione della società Eternit Spa. Con la stessa sentenza è stata pronunciata anche la condanna al

“probabilità logica,” quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili. Si avverte infine che, per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo avere ri-descritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere ad una serie di “assunzioni tacite” e presupporre come presenti determinate “condizioni iniziali,” non conosciute o soltanto congetture, sulla base delle quali, “eteris paribus,” mantiene validità l'impiego della legge stessa.”

¹⁷ D.Chindemi, *Rischio amianto: elemento soggettivo del reato e nesso di causalità*, resp. Civ. E prev., fasc. 1 (2010), pag 0200B.

¹⁸ v. *supra* 9.

risarcimento del danno. Se si ricostruiscono i fatti, si comprende tutta la portata del dolo nella vicenda: *“Le industrie mondiali dell'amianto — secondo la ricostruzione operata dai Giudici di Torino — avrebbero avuto uno specifico interesse ad operare di concerto sui mercati ed esse si coalizzarono al fine di rendere meno precario e costoso l'approvvigionamento dell'amianto e per raggiungere tali obiettivi esse contennero il prezzo della materia prima e disciplinarono la regolarità dell'afflusso, ostacolarono e rallentarono la diffusione dei materiali sostitutivi, nonostante questi fossero conosciuti e disponibili già da molti anni. Ma la funzione del « cartello », che costituisce uno degli aspetti di maggior giuridico rilievo in questa sede, era costituita dalla ricerca di condurre una precisa politica di disinformazione, diretta, cioè, a rassicurare i dipendenti delle imprese e gli acquirenti del cemento-amianto che la materia prima trattata non comportasse alcun serio pericolo per la salute (7). Tale politica ebbe successo per diversi decenni con una costante crescita economica delle società facenti parte del cartello, seguendo in parallelo il cammino di costante crescita che contrassegnò la produzione delle società entrate nel cartello.”*¹⁹. Alla luce di ciò, non condivido quanto i giudici dicono circa la non conoscenza della nocività dell'amianto. Il legislatore, infatti, sin dal 1909 sottolinea la pericolosità della lavorazione dell'amianto²⁰.

Il giudice della sentenza sopra citata²¹, invece, coglie la sfumatura della imperizia del datore di lavoro, come presupposto della responsabilità: *“ l'imperizia del datore di lavoro, nella quale rientra la ignoranza delle necessarie conoscenze tecnico-scientifiche sulla pericolosità delle fibre di amianto impiegato nelle lavorazioni, circondate legislativamente di particolari cautele, è uno dei parametri integrativi al quale commisurare la colpa, e non potrebbe risolversi in esimente per il datore di lavoro.”* Le sentenze torinesi, in generale, caratterizzano una novità nel panorama giuridico italiano, per il tentativo di delineare il concetto di disastro ambientale doloso, nel tentativo di tutelare non solo il diritto alla salute dei lavoratori coinvolti, ma anche il diritto dell'ambiente.

“ Questi i punti giuridici salienti, in generale: I) è stata pronunciata una condanna per disastro doloso (art. 434 c.p.) e per omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) con pena di un'entità (18 anni) di carcere che è un'assoluta novità nel panorama giuridico italiano ed internazionale; II) la procura ha scelto di non contestare — come usualmente è avvenuto in Italia — il reato di lesione od omicidio, ma quello di disastro doloso; III) è il più grande processo promosso contro quella che, al momento, è stata ritenuta la più grande multinazionale del crimine ritenuta responsabile di migliaia di vittime della fibra killer; IV) è stato impegnato nel processo un collegio internazionale di legali, con avvocati provenienti dalla Svizzera, Francia, Belgio, Russia, Brasile, Canada e Stati Uniti; V) è emersa con forza la natura transfrontaliera del crimine e la necessità di disporre accertamenti anche su scala internazionale; VI) tale aspetto ci ha portato con il Procuratore Guariniello e la Presidente Marie Odile-Geffroy, coordinatrice del pool di magistrati di Parigi competenti in tema di salute pubblica, a scrivere e far approvare la Dichiarazione di Venezia 2012 dalla quale emerge la necessità dell'Istituzione della Procura Nazionale Ambientale, quale primo passo per la approvazione della Procura Europea

¹⁹A.Abrami, J.P.Teissonniere, *Il caso eternit*, Rivista giuridica dell'ambiente, fasc. 3-4, (2014), pag 301.

²⁰R.D. 14 giugno 1909, n. 442; Decreto luogotenenziale 6 agosto 1916, n. 1136; R.D. 7 agosto 1936, n. 1720; R.D. 14 aprile 1927, n. 530; L. 12 aprile 1943, n. 455; legge delega 12 febbraio 1955, n. 52; D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303; D.P.R. 20 marzo 1956, n. 648; Reg. 21 luglio 1960, n. 1169.

²¹v. *supra* 9.

dell'Ambiente, struttura di Pubblica accusa della Corte Penale Europea dell'Ambiente, riforma questa promossa da anni dalla IAES.”²²

Non dello stesso avviso invece è la Cassazione Penale, che ha annullato gli sforzi compiuti dai giudici torinesi, considerando il reato prescritto²³.

4. Cenni comparatistici

La sempre più nota pericolosità dell'amianto ha portato all'adozione di misure legislative ed orientamenti giurisprudenziali di tutela della salute e dell'ambiente in diversi ordinamenti²⁴. In tutti gli ordinamenti europei il diritto alla salute del lavoratore è tutelato da norme che responsabilizzano il datore di lavoro: se il datore di lavoro non ha adottato le dovute precauzioni, sia generiche che derivanti da normative specifiche, sarà responsabile per la malattia che il prestatore ha contratto a causa dell'esposizione alle fibre di amianto. A fronte della malattia insorta nel lavoratore, le corti europee accolgono la domanda di risarcimento del danno. Molto spesso, però, il danno si verifica prima che la malattia si presenti, in quanto il prestatore di lavoro, venuto a conoscenza del fatto che la sua attività lavorativa l'ha esposto all'amianto, sviluppa una forma di paura di contrarre la malattia, sottoponendosi quindi a numerosi e periodici controlli. Questa forma di danno non patrimoniale ancora non ha trovato una chiara lettura e un solido orientamento presso i giudici d'Europa.

Operando un'analisi comparatistica, si evince che nell'ordinamento francese, la risarcibilità del danno causato dall'esposizione all'amianto è valutata anche nel caso in cui la malattia causata dall'amianto non si sia presentata²⁵. La giurisprudenza francese, infatti, nei danni derivanti dall'amianto tiene in considerazione, ai fini del risarcimento del danno e della responsabilità civile, non solo l'evento lesivo malattia ma anche il danno patrimoniale da perdita di chance (*perte de chance*), inteso come perdita di guadagno causata dall'interruzione della vita lavorativa e danno non patrimoniale psicologico di paura e pericolo di contrarre patologie quali l'asbestosi o il mesotelioma pleurico (*préjudice d'anxiété*).

Il danno non patrimoniale da paura per il rischio di contrarre patologie legate all'amianto non è stato accolto, invece dal nostro ordinamento, che rimane ancorato alla possibilità di risarcimento del danno solo dopo che la malattia è insorta. La Cassazione Civile, nella sentenza n. 23719 del 2006, così si esprime: *“La Corte di Appello ha fatto corretta applicazione del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte nella sentenza n. 2515 del 21.2.2002 affermando che il risarcimento del danno non patrimoniale subito dai soggetti esposti ad inquinamento ambientale per il turbamento psichico connesso a tale pericolosa esposizione, anche in mancanza di una lesione all'integrità psico-fisica, richiede innanzi tutto la prova della rilevante gravità dell'evento, in secondo luogo la prova di un effettivo turbamento psichico del soggetto e in terzo luogo la prova del nesso causale fra tale turbamento e l'evento dannoso.(...)Pertanto il lavoratore che chiede il risarcimento dei danni per l'esposizione*

²² A.Abrami, J.P.Teissonniere, *Il caso eternit*, Rivista giuridica dell'ambiente, fasc. 3-4 (2014), pag 301.

²³ Cassazione penale, sez. I, sentenza 23.02.2015 n° 7941.

²⁴ “a) l'allestimento di normative volte, in una prima fase, alla prevenzione dei rischi connessi all'utilizzo dell'amianto, poi alla restrizione degli utilizzi e, infine, alla messa al bando della sostanza; b) l'allestimento di strumenti di welfare, miranti a rispondere alle esigenze economiche dei soggetti esposti all'amianto; c) l'intervento delle regole ordinarie di responsabilità penale e civile - quest'ultima sovente a rimorchio della prima, in vicende che hanno visto dirigenti di società, datori di lavoro, imprenditori condannati per la morte o per le malattie causate dall'esposizione alla sostanza.” L.Gaudino, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de Cassation sul préjudice d'anxiété*, Resp. Civ. E prev., fasc. 12 (2010), pag. 2620.

²⁵ App. Bordeaux, 7 avril 2009, n. 08/04292, in Rec. Dalloz, 2009, 2091.

ad agenti patogeni, pur non avendo contratto alcuna malattia, non è liberato dalla prova di aver subito un effettivo turbamento psichico e questa prospettata situazione di sofferenza e disagio non può essere desunta dalla mera prestazione lavorativa in ambiente inquinato.”

Situazione differente si verifica nel Regno Unito, dove i giudici di merito inglesi si sono sempre mostrati favorevoli al risarcimento del danno per “*pain suffering and loss of amenity*”, dovuto alla presenza di placche pleuriche nel soggetto che è stato esposto all'amianto. I giudici, quindi, accoglievano favorevolmente le domande di risarcimento del danno dei prestatori di lavoro che sono stati esposti all'amianto quando questi mostravano la presenza di placche pleuriche. Cambio di rotta avviene nel 2007 quando la *House of Lords* riconosce che la presenza delle placche non costituisce *actionable damage*²⁶. La presenza di placche pleuriche non è elemento sufficiente per fondare legittimamente una domanda di risarcimento del danno, responsabilizzando il datore di lavoro, in quanto il nesso causale tra la presenza delle placche pleuriche e l'esposizione all'amianto nel luogo di lavoro deve essere chiarito e dimostrato: infatti, il datore non può considerarsi oggettivamente responsabile per la sola presenza in corpo di placche pleuriche.

²⁶ “a) *De minimis non curat lex*: è desiderabile che non venga consentito di agire per trivial claims, soprattutto in un sistema che non carica sul soccombente le spese di lite. Una soluzione diversa potrebbe indurre molti - anche sulla spinta dei legali specializzati in materia - ad agire anche anzitempo, a sottoporsi a esami diagnostici per meri scopi legali, ad affrontare stressanti processi e, in definitiva, a esacerbare proprio quell'ansia che essi lamentano (46).

b) Il riconoscimento di una responsabilità per il solo rischio di contrarre una malattia (e calibrato sulle probabilità di contrarla) determinerebbe risultati ingiusti, considerando i possibili sviluppi futuri: se la malattia dovesse presentarsi, il risarcimento ottenuto si rivelerebbe inadeguato; in caso contrario, il soggetto avrebbe alla fine ricevuto una sorta di vincita inattesa a spese del convenuto. Inoltre, accordare l'azione a chi presenta le placche e negarla a chi non le ha sviluppate (che pur corre il medesimo rischio per essere stato esposto all'amianto) determinerebbe risultati ingiusti.

c) La regola che nega l'esistenza di un autonomo duty of care di non cagionare l'ansia si giustifica con le difficoltà di provare l'esistenza dell'ansia stessa, di stabilire il dies a quo con riguardo alla prescrizione, di quantificare il risarcimento.” L.Gaudino, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de Cassation sul préjudice d'anxiété*, Resp. Civ. E prev., fasc. 12 (2010), pag. 2620.

QUANDO LAVORARE COSTA CARO: IL DANNO DIFFERENZIALE NEL RISARCIMENTO A SEGUITO DI INFORTUNIO SUL LAVORO

di Roberta Ricchiuti

IL CASO

Il caso è stato discusso dal Tribunale di Milano in persona del giudice unico , dottoressa Sara Manuela Moglia, in funzione di giudice del lavoro. La sentenza ha ad oggetto la domanda di risarcimento danni promossa da un lavoratore, ricorrente, nei confronti del suo datore di lavoro. M.I. dichiarava che ,mentre prestava la propria opera, in qualità di dipendente della ditta P.A., in un cantiere edile presso il capannone sito in Garbagnate Milanese di proprietà della società D. s.r.l., cadeva da una scala procurandosi una frattura sottocapitata del femore destro. L'attore agiva in giudizio convenendo, non solo il suo datore di lavoro, ovvero la ditta P.A., ma anche la società A-G. Costruzioni e la società D. s.r.l., in qualità di proprietaria del capannone. Costituitasi in giudizio , con comparsa di risposta, la società D. s.r.l., difesa dagli avvocati Giovanni e Maurizio Ruta, dichiarava che fosse altamente improbabile che le lesioni diagnosticate al ricorrente potessero essere state causate dall'incidento subito sul posto di lavoro. La società, benché proprietaria effettiva del capannone nel quale sarebbe avvenuto l'incidente, infatti, dichiarava di aver stipulato un contratto di appalto con la società A-G Costruzioni. Costituitasi anche quest'ultima e rappresentata dall'avvocato Marco Eller Vainicher, chiedeva di essere estromessa dal giudizio in quanto totalmente estranea rispetto alle questioni in fatto ed in diritto e di aver concluso un contratto di subappalto con la ditta P.A. , riconosciuta quale effettiva parte nel contratto di lavoro stipulato dal lavoratore M.I. Veniva chiamato in causa anche l'architetto T. in veste di direttore dei lavori e coordinatore della sicurezza. Quest'ultimo riteneva che l'incidento non sarebbe avvenuto presso il cantiere poiché il lavoratore non sarebbe rientrato tra le persone ammesse a lavorare nel cantiere in quei giorni. Il ricorrente agiva in giudizio per il risarcimento dei danni e, nello specifico, per il risarcimento di quei danni supplementari ed accessori rispetto al danno biologico coperto ed indennizzato dall'Inail come qualificato ex articolo 13 D.lgs. n 38 del 2000.

Il giudice ha proceduto cercando di escludere, prima di tutto, i possibili fattori causali diversi dall'incidento sul posto di lavoro. Facendo leva sulla dichiarazione di un medico legale ha ,quindi, dichiarato la sussistenza del nesso di causalità tra il danno subito dal ricorrente e l'incidento sul posto di lavoro. Nella valutazione effettuata dal medico legale si è fatto riferimento ai dati clinici disponibili ,alle acquisizioni effettuate, alle dichiarazioni dell'Ospedale presso il quale sarebbe stato ricoverato il ricorrente, alle dichiarazioni rilasciate dallo stesso ricorrente. Il giudice si è, poi, avvalso dell'ausilio di un consulente tecnico d'ufficio ,nella persona del dottor Giovanetti, che ha effettuato la sua valutazione sulla durata della inabilità temporanea biologica ai fini del calcolo del danno subito dal ricorrente. È poi seguito il calcolo della invalidità permanente la quale stima effettuata dal consulente tecnico d'ufficio è risultata coincidente a quella effettuata dall'Inps secondo quanto disposto nel decreto legislativo del 2000. Il consulente tecnico ha poi effettuato il calcolo dell'incidenza della situazione negativa sulla capacità lavorativa specifica del lavoratore. L'analisi effettuata si è basata su una serie di fattori fondamentali per il calcolo quali: età del lavoratore, possesso di diploma, sesso del lavoratore, mansioni effettivamente svolte in precedenza, sfera attitudinale del lavoratore. E' stato poi effettuato il calcolo del danno patrimoniale non risarcito dall'Inail tenendo conto di scontrini, spese mediche, spese ospedaliere ed ambulatorie

effettuate, radiografie, spese medico-legali . Dalle spese risarcibili sono state escluse quelle non in diretto nesso di causalità con il sinistro. Il giudice ha ,quindi, proceduto alla definizione, prima, e alla quantificazione, poi, del danno differenziale quale danno non coperto dall'indennizzo dell'Inail. Il giudice ha fatto riferimento al decreto legislativo numero 38 del 2000 per la definizione del danno differenziale che non trova riscontro normativo. Il giudice ha dapprima sottolineato la possibilità di un risarcimento cumulativo rispetto all'indennizzo precedentemente disposto. Per far questo ha fatto ricorso comparativamente agli articoli 38 e 32 della Costituzione nell'individuazione della finalità dei rispettivi istituti. Sono stati, poi, presi in considerazione il D.lgs. del 2000 n 38 e il D.lgs. n.209 del 2005 per l'individuazione delle tabelle di riferimento. Il giudice è, quindi, giunto alla conclusione che la differenza tra "indennizzo" e "risarcimento" non è solo qualitativa ma anche quantitativa. Su queste premesse ha basato la quantificazione e la stima del danno riconoscibile al lavoratore (danno biologico ; invalidità temporanea , riduzione della capacità lavorativa specifica, spese mediche). Dal calcolo del danno risarcibile sono stati esclusi il danno morale e quello esistenziale. Quantificato il danno il giudice ha valutato la possibilità di attribuire la responsabilità dell'illecito al datore di lavoro ai fini del risarcimento del danno. Si è fatto ricorso agli articoli 2087 del codice civile, alle sentenze della Cassazione(n 1523 del 1993 e 1716 del 2008), al D.lgs. n 81 del 2008 giungendo ad ammettere una violazione degli obblighi di sicurezza e prevenzione sul lavoro imputabile al datore di lavoro rispetto al quale vige una presunzione di colpa contrastabile solo fornendo una prova contraria. Avendo citato in giudizio la ditta P.A, la società D. s.r.l. e la società A-G Costruzioni, il giudice si è interrogato su quale dei tre soggetti sia il diretto responsabile del danno subito dal lavoratore. Si è preso in considerazione l'articolo 26 del decreto legislativo del 2000 secondo il quale l'appaltante risponde in solido con l'appaltatore per i danni subiti dal lavoratore dipendente e non risarciti. Il giudice ha dichiarato responsabili il datore di lavoro e la società D. s.r.l. Quest'ultima avrebbe esercitato una concreta ingerenza nell'attività del subappaltatore. Non responsabile risulterebbe, invece, la società A-G Costruzioni. Il giudice è passato a valutare la responsabilità del terzo chiamato in causa , l'architetto T.F. nelle vesti di direttore e coordinatore della sicurezza. Il giudice ha dichiarato l'architetto responsabile sulla base dell'articolo 1218 nei confronti della società con la quale ha concluso un contratto di prestazione d'opera. Sulla base di questo ragionamento il giudice ha disposto ,a favore del ricorrente, l'accoglimento della domanda dello stesso, la condanna , in solido, della ditta P.A., della società D. S.r.l e dell'architetto T.F. al risarcimento dei danni sopportati dal ricorrente; l'obbligo di T.F. di manlevare la società D. s.r.l. dal pagamento di quanto dovuto; il rigetto della domanda nei confronti di AG Costruzioni; la condanna di P.A, D. Costruzioni e T.F. al pagamento delle spese processuali sostenute dal ricorrente e la condanna di D. s.r.l. alla rifusione delle spese processuali sopportate dalla società AG Costruzioni.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI MILANO

In persona del giudice unico dott.ssa Sara Manuela Moglia, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato, promossa con ricorso depositato in cancelleria in data 1 marzo 2013

da

M.I., elettivamente domiciliato in Milano, via Lombroso, 54, presso lo studio dell'avv. Fabio Ingrilli del foro di Milano che lo rappresenta e difende, per delega in calce al ricorso introduttivo;

ricorrente

contro

P. arch. A. elettivamente domiciliato in Milano, via Copernico, 59/a presso lo studio dell'avv. Marco Eller Vainicher che lo rappresenta e difende per delega in calce dell'atto di costituzione.

convenuto

contro

D. S.R.L. in persona del legale rappresentante pro tempore dott. L.D. elettivamente domiciliata in Milano, via Guglielmo Silva, 35 presso lo studio degli avv.ti Giovanni e Maurizio Ruta che la rappresentano e difendono per delega in calce alla memoria di costituzione di nuovo difensore.

convenuto

contro

A.G. COSTRUZIONI, in persona del suo legale rappresentante ing. G.V., elettivamente domiciliato in Milano, via Copernico, 59/a presso lo studio dell'avv. Marco Eller Vainicher che la rappresenta e difende per delega a margine dell'atto di costituzione.

Terza chiamata

contro

T. arch. F.G. elettivamente domiciliato in Milano, via Appiani 22, presso lo studio dell'avv. Aloma Rezzaro che lo rappresenta e difende per delega in calce dell'atto di costituzione.

Terzo chiamato

OGGETTO: infortunio sul lavoro e danno differenziale

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato in data 1 marzo 2013, M.I. conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Milano in funzione di Giudice del Lavoro, P.A. e la società D. s.r.l. (oltre a P.B. nei cui confronti è già stata pronunciata sentenza) al fine di sentir condannare i convenuti al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di un infortunio sul lavoro e non coperti dall'indennità corrispostagli dall'Inail.

Esponeva che, mentre il 29 aprile 2011, in qualità di dipendente della ditta individuale P.A., stava eseguendo alcuni lavori edili presso un capannone sito in Garbagnate Milanese di proprietà della società D. s.r.l., salito su di una scala per raggiungere il soffitto dove avrebbe dovuto posizionare i pannelli, perdeva il piede di appoggio e cadeva a terra procurandosi la frattura sottocapitata scomposta del femore destro.

Con la presente domanda, il ricorrente citava in giudizio il datore di lavoro ed il committente dell'appalto in esecuzione del quale l'infortunio era occorso e nei loro confronti chiedeva il risarcimento di tutti i danni patiti e non ancora indennizzati.

Si costituiva P.A. che contestava le deduzioni avversarie: più precisamente contestava la ricostruzione del fatto asseritamente generatore dell'infortunio e respingeva ogni profilo di responsabilità nell'accaduto.

Si costituiva la società D. s.r.l. che dubitava che le lesioni diagnosticate dai sanitari in

occasione delle cure apprestate a M.I. potessero trovare causa nell'infortunio dal medesimo denunciato.

In ogni caso, escludeva di aver sottoscritto un contratto di appalto con l'impresa P.A., precisava, invece, che il contratto era stato concluso con la società A-G. Costruzioni di cui chiedeva la chiamata in causa.

Respingeva ogni profilo di responsabilità.

A seguito di provvedimento autorizzativo, veniva disposta la chiamata in causa di A.G. Costruzioni che, costituendosi, chiedeva la propria estromissione in quanto estranea, in fatto ed in diritto, alla vicenda di cui è causa.

A seguito di chiamata in causa, si costituiva anche l'arch. T. che riferiva di aver ricoperto la carica di direttore dei lavori e di coordinatore della sicurezza su incarico del committente D. s.r.l..

In merito all'infortunio denunciato da M.I., dubitava che lo stesso potesse essere avvenuto presso il cantiere di Garbagnate Milanese e nella data indicata del 29 aprile 2011 e ciò in quanto, in quel periodo il predetto lavoratore non era tra le persone ammesse al cantiere e le opere che il medesimo dice di aver eseguito prima dell'infortunio, già terminate.

Inutilmente esperito il tentativo di conciliazione, sentite le parti, disposta consulenza tecnica medico legale, all'udienza del 3 dicembre 2014, la causa veniva posta in decisione.

All'esito della camera di consiglio, emetteva sentenza definitiva con lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

Motivi della decisione

Il ricorso proposto da M.I. va accolto seppur nei limiti e per i motivi che saranno di seguito illustrati.

Al di là delle riserve formulate dai terzi chiamati in merito al luogo ed al tempo in cui il denunciato infortunio sarebbe avvenuto, l'esame del ricorrente e dell'arch. P.A. non sembra lasciare dubbio alcuno sul fatto che il sinistro di cui è causa sia avvenuto all'interno del capannone sito in Garbagnate Milanese ove l'operaio del predetto P.A., stava eseguendo dei lavori commissionatigli dal suo datore di lavoro.

P.A. ha riconosciuto che il ricorrente, in quel frangente, stava lavorando alle sue dipendenze e che l'attività lavorativa svolta dall'operaio si collocava all'interno di un contratto di un subappalto che l'impresa P. aveva concluso con la società A.G. Costruzioni, a sua volta appaltatrice della committente società D. s.r.l..

Lo stesso P.A. non ha contestato che l'infortunio sia avvenuto nel mentre il ricorrente è salito in quota utilizzando una scala; solo ha cercato di escludere qualsiasi profilo di responsabilità asserendo di aver dato istruzioni al sig. M. sia sull'uso del trabatello sia sull'uso della scala.

Dalle dichiarazioni del ricorrente, peraltro, il sinistro risulta essere avvenuto in quanto il lavoratore, dovendo ultimare la controsoffittatura del soffitto con il posizionamento di un pannello, è salito sopra una scala che, scivolando, ha provocato la sua caduta a terra e quindi le lesioni poi accertate dai sanitari.

Le dichiarazioni raccolte unitamente agli accertamenti svolti dal dr. Giovanetti in qualità di consulente tecnico comprovano la compatibilità delle lesioni e dei danni lamentati dal ricorrente con il sinistro e con la dinamica dello stesso così come riferita dalla persona offesa.

Nel testo della consulenza medica così si legge:

"Allo stato attuale, sulla scorta dei dati clinici disponibili, nonché di quelli di diretta

acquisizione nel corso di tale accertamento medico-legale, si deve affermare, che in data 29 aprile 2011, presso l'Ospedale di Garbagnate Milanese, in capo al signor M.I., fu posta diagnosi di frattura sottocapitata di femore destro. Tale diagnosi fu formulata in idoneo ambiente ospedaliero sulla base di adeguate indagini strumentali in armonia con l'obiettività clinica registrata dai sanitari. La predetta diagnosi fu confermata poco dopo presso altra struttura ospedaliera specialistica, Istituto Ortopedico Galeazzi di Milano, ove il paziente veniva ricoverato e sottoposto ad intervento chirurgico di riduzione e sintesi della nota frattura.

Pertanto nessun dubbio vi è sulla reale sussistenza della frattura sottocapitata di femore destro a carico del signor M.I.. Per quanto attiene la natura della stessa si deve dire che una frattura può riconoscere un'eziologia traumatica oppure patologica.

Le principali cause di fratture patologiche sono: l'osteoporosi e i tumori ossei. Nel caso del signor M.I. la visione diretta dei radiogrammi pre-operatori e postoperatori non evidenzia reperti ascrivibili alla presenza di osteoporosi. A ciò si deve aggiungere che sia la giovane età del soggetto, sia il sesso di appartenenza, ma, soprattutto, le diverse refertazioni radiografiche, non pongono alcun dubbio sulla negatività della presenza della predetta patologia sistemica dell'osso a carico del ricorrente. Discorso analogo si deve fare anche per l'altra principale categoria di malattie predisponenti fratture di natura patologica, ossia i tumori ossei. Anche in questo caso la visione diretta dei già citati radiogrammi unitamente alla refertazione degli stessi da specialisti radiologici, permette di escludere in termini di certezza, la natura patologica su base neoplastica della frattura sottocapitata di femore destro a carico del signor M.I..

Stabilito pertanto, sulla scorta di quanto sopra detto, la natura traumatica della frattura femorale del ricorrente si dovrà ora addentrarsi nel meccanismo di produzione della stessa.

Per quanto attiene i meccanismi di produzione di tale frattura si deve dire che essi sono prodotti da urti ad elevata energia cinetica mediante traumatismi diretti (ad esempio impatto diretto dell'anca su una superficie piana resistente) oppure anche mediante traumatismi indiretti di tipo torsionale attorno all'asse longitudinale del femore).

Nel caso in oggetto la tipologia della frattura femorale riportata dal ricorrente è in completa armonia con la modalità di accadimento dell'evento traumatico così come descritto dallo stesso ricorrente, ossia caduta da altezza di circa quattro metri di altezza con impatto diretto dell'anca destra sulla pavimentazione del capannone.

Breve discorso deve farsi in merito anche alla notazione riportata sul verbale di Pronto Soccorso dell'Ospedale Galeazzi" ... Si rende edotto il paziente sul rischio di necrosi ischemica della testa femorale".

In tal senso va detto che per la peculiare vascolarizzazione della testa femorale, qualsiasi frattura femorale intra-capsulare, sia essa sottocapitata o mediocervicale, presenta un'elevata percentuale di comportare il successivo sviluppo di una necrosi ischemica a carico della testa femorale. Il timing operatorio, ossia il lasso di tempo in cui si deve ritenere accettabile, per l'esecuzione del atto chirurgico, è influenzato da diversi fattori sia individuali del soggetto, sia organizzativi a carico della struttura ospedaliera.

Nel caso in oggetto di trattazione, il ricorrente terminati gli accertamenti clinici e strumentali pre-operatori fu sottoposto ad intervento chirurgico di riduzione e sintesi mediante due viti cannulate della nota frattura. Il decorso operatorio e postoperatorio furono regolari, come pure regolari furono i primi controlli ambulatoriali clinici e radiografici.

Solo in data 6 luglio 2011, data di esecuzione di una tomografia computerizzata all'anca destra, venivano strumentalmente rilevati segni di sofferenza trofica a carico della testa

femorale e, pertanto, si poneva il sospetto diagnostico di necrosi ischemica della testa femorale, poi confermato nelle due successive visite ortopediche svoltesi sempre nello stesso mese di luglio 2011.

Sulla scorta di quanto detto, non è possibile affermare in alcun modo, che un trattamento più precoce della frattura prossimale del femore destro, avrebbe comportato una successiva diversa evoluzione clinica e, quindi, un diverso quadro menomativo rispetto a quello presente all'attualità".

Accertato l'effettivo verificarsi del sinistro nel giorno indicato dal ricorrente (29 aprile 2011) e nel luogo riferito dal predetto, accertata la compatibilità tra le lesioni accertate e la dinamica dell'incidente come raccontato dalla persona offesa, può ora passarsi all'esame della consulenza tecnica nel punto relativo all'accertamento dei danni ad alla sua quantificazione.

Le conclusioni a cui il ctu è pervenuto paiono assolutamente condivisibili in quanto ben argomentate, supportate da riferimenti testuali e, comunque, in nulla contrastate dalle osservazioni dei consulenti di parte

Il CTU dr. Giovanetti, ha scritto:

"Premesso tutto ciò ci si deve ora addentrare nel quesito teso a stabilire quale sia stata la durata dell'inabilità temporanea biologica. Va rammentato che il ricorrente fu degente in ospedale dal 29 aprile al 10 maggio 2011: tale lasso di tempo, pari ad 11 (undici) giorni deve riconoscersi quale periodo di inabilità temporanea di tipo biologico in forma pressoché assoluta, ossia al 100%.

Dopo la dimissione, secondo quanto prescritto dai sanitari, osservò una deambulazione con due bastoni canadesi dapprima in scarico assoluto e successivamente in carico sfiorante ed infine in graduale carico progressivo.

Il periodo di deambulazione in scarico assoluto ed in carico sfiorante, pari a circa 60 (sessanta) giorni, deve riconoscersi quale periodo di inabilità temporanea di tipo biologico mediamente al 75%, mentre il periodo di carico parziale progressivo con inizio del programma fisioterapico riabilitativo osservato per un lasso di tempo pari a circa 120 (centoventi) giorni, deve riconoscersi quale periodo di inabilità temporanea di tipo biologico mediamente al 50%.

Il restante periodo di convalescenza, caratterizzato dal completamento del programma riabilitativo ed ultimazione del recupero dell'articolarietà coxofemorale e, quindi, della funzione statica e deambulatoria sino alla attuale stabilizzazione dei postumi permanenti, pari a circa 152 (centocinquanta due) giorni, deve riconoscersi quale periodo di inabilità temporanea di tipo biologico mediamente al 30%.

Affrontando ora il quesito attinente i postumi di carattere permanente, intesi quale danno biologico non indennizzato, o indennizzabile da parte dell'I.N.A.I.L. (ex D.lgs. 28 febbraio 2000, n. 38) si dovrà dire quanto segue.

Allo stato attuale il ricorrente lamenta un quadro algo-disfunzionale a carico dell'anca destra con ripercussioni sulla deambulazione e sulla stazione eretta protratta, rachialgie diffuse e gonalgia destra persistente, nonché deflessione timica.

Quanto lamentato dal ricorrente risulta chiaramente attestato, sia clinicamente che strumentalmente, nella documentazione sanitaria in atti e successivamente prodotta e, soprattutto, altresì, direttamente obiettivato dallo scrivente nel corso di questo accertamento medico-legale ed in completa armonia con il quadro lesivo iniziale e la vicenda clinica conseguente.

I reliquati permanenti conseguenti all'evento traumatico de quo consistono, come si è descritto nell'esame obiettivo più sopra riportato, nella cicatrice in sede di intervento chirurgico per la riduzione e sintesi della nota frattura all'arto inferiore destro, la persistenza di mezzi, il quadro algo-disfunzionale a carico dell'arto inferiore destro con

indubbie ripercussioni sulla funzione deambulatoria e statica del soggetto, stante l'evoluzione artrosica dell'articolazione coxo-femorale per gli esiti di necrosi ischemica a carico della testa femorale destra, ed il quadro di deflessione timica di grado lieve.

Pertanto, si ritiene di indicare all'Ill.mo Signor Giudice la cifra percentuale del 22 % (ventidue per cento), quale invalidità permanente espressa in termini di danno biologico; tale valore deriva sia dalla consultazione dei più qualificati baremes di riferimento -omissis- sia da quella componente di esperienza soggettiva di analisi insita in ogni giudizio ed a maggior ragione in quelli di natura medico-legale.

Tale valore di danno biologico, quale risarcimento del danno alla persona da fatto illecito risulta essere pari al danno biologico permanente indennizzato dall'Istituto Assicuratore per gli Infortuni del Lavoro e le Malattie Professionali a mente del D.Lgs. n. 38 del 2000.

Per quanto concerne l'incidenza dell'attuale quadro menomativo del ricorrente, in nesso causale con l'evento traumatico patito in data 29 aprile 2011, sulla di Lui capacità lavorativa specifica si dovrà dire quanto segue.

Va premesso che il signor M.I. è un soggetto di sesso maschile, dell'età quarant'anni, in possesso di diploma di scuola professionale, conseguito nel proprio Paese, nel settore costruzioni ed infrastrutture ferroviarie.

Lo stesso riferisce, inoltre, di aver svolto sempre nel corso della propria carriera lavorativa la professione di operaio nel settore dell'edilizia, in vari Paesi esteri ed infine anche in Italia, con varie mansioni (talvolta marmista, altre volte piastrellista, altre volte ancora addetto a carpenteria edilizia, ecc).

Orbene, determinata la sua sfera attitudinale lavorativa, ossia di operaio del settore edilizio, tenuto conto del complesso menomativo residuo dall'evento de quo, lo stesso appare dispiegare i suoi effetti negativi, in relazione alla disfunzionalità registrata a carico dell'arto inferiore destro, più specificatamente dell'articolazione coxo-femorale omolaterale, nella misura stimata, con equa approssimazione, del 25% (venticinque per cento) con riferimento alla di Lui capacità lavorativa di tipo operaio addetto al comparto edilizio.

Per quanto attiene la quota di danno patrimoniale non risarcita dall'I.N.A.I.L., ossia il danno emergente di natura sanitaria si deve dire quanto segue.

Sono prodotti nella documentazione di parte ricorrente diverse attestazioni per prestazioni sanitarie di diverso genere, in nesso causale con l'evento de quo, per un importo pari ad Euro 1454,37 (dicasi millequattrocentocinquantaquattro//37) -ricevute ospedaliere per prestazioni ambulatoriali e radiografiche, nonché scontrini farmaceutici "parlanti", ricevute di spese sostenute per trasporto in ambulanza e con mezzi sociali del Comune di Sedriano, nonché fatture per nuoto e ginnastica secondo prescrizione medica -.

Non in nesso causale con il sinistro de quo sono spese farmaceutiche pari ad Euro 60.29 (dicasi sessanta//29) - farmaci decongestionanti per uso nasale, antibiotici per uso topico e farmaci per ipertrofia prostatica benigna -.

Sempre in atti sono presenti documenti fiscali non per spese sanitarie vere e proprie, ma con finalità di carattere medico-legale, per un importo pari ad Euro 151,45 (dicasi centocinquantuno//45)".

Come risulta evidente dal confronto tra le conclusioni a cui è pervenuto il ctu e le risultanze in atti, la quantificazione del danno biologico (pari al 22%) risulta eguale a quello a cui già era pervenuto l'Inail e per il quale è stata riconosciuta l'indennità.

Il ricorrente non omette tale circostanza e, infatti, in questa sede, chiede il risarcimento per il c.d. "danno differenziale".

La categoria del danno biologico differenziale trova fondamento nella formulazione

dell'art. 13 D.Lgs. n. 38 del 2000 che non definisce il danno globale alla persona, ma introduce esclusivamente la definizione di danno biologico coperto dall'Inail fondata sugli elementi identificativi espressamente indicati ossia la sussistenza di una lesione all'integrità psico-fisica suscettibile di valutazione medico legale secondo le ricadute di effetti dinamico relazionali di un uomo medio (in tal senso da ultimo Cass. 12326/09). L'assenza di riconducibilità della definizione di cui all'art. 13 citato -peraltro espressa in termini di indennizzo- a tutto il c.d. danno non patrimoniale lascia spazio alla possibilità che al soggetto residui la lesione di interessi della persona diversi da quelli espressamente indicati dalla norma.

Può trattarsi di danni o meglio di voci di danno che risultano risarcibili secondo le comuni regole dettate dall'art. 1218 c.c. definite quali danni complementari non riconducibili alla copertura assicurativa obbligatoria, quali ad esempio il danno biologico da invalidità temporanea, il danno morale, il danno esistenziale o danni differenziali quantitativi correlati essenzialmente alla minor quantificazione economica del danno da invalidità permanente operata dalle tabelle INAIL del 2000 rispetto a quella operata dalle tabelle create ed applicate dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile, che costituiscono, ormai, diritto vivente.

E' perciò possibile che l'indennizzo erogato o erogabile dall'Inail non escluda la possibilità per il danneggiato di ottenere l'integrale ristoro del maggior danno subito quantificato secondo i criteri civilistici .

Appare utile a tal fine rilevare altresì che la disciplina delineata all'art. 13 del citato decreto legislativo si ispira ai principi fondamentali dell'assicurazione Inail e l'indennizzo assolve ad una funzione sociale, differenziandosi così dal "risarcimento" previsto in ambito civilistico a ristoro del danno biologico.

La stessa Corte costituzionale (sent. n. 87/1991) ha chiarito che il danno previdenziale è finalizzato a garantire la libertà dal bisogno, mentre il danno civile ha la funzione di sanzionare e prevenire l'illecito.

Può quindi essere senz'altro affermata la coesistenza tra l'istituto dell'indennizzo ex art 13 D.Lgs. n. 38 del 2000 ed il risarcimento del danno biologico secondo i criteri civilistici (in questi termini cfr Cass. 18469/2012 che ha sottolineato le considerevoli e strutturali diversità tra l'indennizzo erogato dall'Inail all'assicurato ed il risarcimento del danno che attiene al diverso rapporto tra il lavoratore ed il suo datore di lavoro. Il primo, determinato dalla legge in misura forfettaria e predeterminata dovuto prescindendo dall'individuazione del responsabile, assolve ad una funzione sociale ed è finalizzato a garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore secondo quanto previsto dall'art. 38 Cost... Escludendo il pericolo di duplicazione dei risarcimenti in quanto la liquidazione dell'INAIL è limitata alla lesione dell'integrità psicofisica senza considerare le altre voci di danno esistenziale, alla vita di relazione e al danno morale (si confronti Cass. n. 2228/2012 sul danno morale e la sua autonomia rispetto al danno biologico; Cass. n. 14402/2011 sul danno esistenziale inteso quale alterazione/cambiamento della personalità del soggetto che si estrinsechi in uno sconvolgimento dell'esistenza, e cioè in radicali cambiamenti di vita).

A sostegno della conclusione testé riportata vi è poi un elemento testuale dato dal fatto che l'art. 13 qualifica l'emolumento a carico dell'INAIL come "indennizzo", termine che, dal punto di vista della teoria generale del diritto, indica un concetto del tutto distinto da quello di "risarcimento"; l'utilizzo del termine indennizzo in luogo di risarcimento non può essere ritenuta una questione meramente nominalistica, rispondendo viceversa ad una differente ratio.

Il risarcimento, infatti, ha lo scopo di ristorare il danno provocato da una condotta colposa o dolosa; essa presuppone la prova della condotta, dell'elemento soggettivo

(oltre che ovviamente del danno e del nesso causale) e deve garantire il ristoro integrale, trovando limite nella sola parte di danno che è addebitabile alla colpa del danneggiato; invece, l'indennizzo previsto nel sistema di assicurazione obbligatoria da infortuni sul lavoro è corrisposto solo che il danno sia conseguenza di evento avente origine in causa violenta e accaduto in occasione di lavoro, senza che sul suo riconoscimento incidano né la colpa del datore di lavoro né la colpa del lavoratore (con il solo limite del rischio effettivo).

Diversa è, infatti, la legittimazione costituzionale dei due sistemi: quello indennitario si fonda sull'art. 38 Cost., che impone di garantire ai lavoratori colpiti da eventi lesivi causati dall'attività lavorativa mezzi adeguati alle esigenze di vita; quello risarcitorio sull'art. 32 Cost. e alle esigenze di piena ed integrale tutela del diritto alla salute; pertanto, la norma previdenziale prevede la corresponsione di un minimum sociale garantito nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile la colpa di alcuno; per questo motivo attraverso la copertura sociale si indennizza, ma non si risarcisce integralmente.

Conferma dell'assunto dell'ontologica differenza tra risarcimento ed indennizzo viene anche dal raffronto tra le tabelle introdotte dal D.M. 12 luglio 2000 ex art. 13 D.Lgs. n. 38 del 2000 per l'indennizzo INAIL previsto a partire dal 6% e le tabelle delle micropermanenti (invalidità comprese tra l'1 e il 9%) nell'ambito della responsabilità civile per circolazione stradale, ex D.Lgs. n. 209 del 2005. Se entrambe le norme di riferimento (art. 13 D.Lgs. n. 38 del 2000 e art. 139, comma 2, D.Lgs. n. 209 del 2005) sostanzialmente dettano la stessa definizione del danno biologico - quale lesione dell'integrità psico fisica suscettibile di valutazione medico legale della persona indipendente dalla capacità di produzione del reddito - tuttavia, il raffronto dei valori attribuiti ai punti di invalidità evidenzia come per il "risarcimento" le tabelle delle micropermanenti del sistema di assicurazione per responsabilità civile automobilistica prevedano somme sensibilmente più alte di quelle previste dalle tabelle INAIL, con liquidazioni di circa il 50% superiori a parità di età e di invalidità, e via via proporzionalmente più elevate con uno scarto che arriva quasi al 75% in più al crescere della percentuale di invalidità considerata.

Tale dato, quindi, fornisce riscontro anche quantitativo all'assunto che vi è ontologica differenza tra risarcimento ed indennizzo, posto che, a parità di fonte normativa e di definizione sostanziale, sono stati previsti valori di liquidazione sensibilmente diversi.

Pertanto, in base al citato sistema, il risarcimento è commisurato all'esatta misura del danno, mentre l'indennizzo non copre necessariamente tutte le voci di danno eventualmente scaturite dall'evento.

Inoltre, il risarcimento presuppone necessariamente la sussistenza di un illecito (contrattuale od extracontrattuale), mentre le prestazioni assicurative erogate dall'INAIL sono indipendenti dall'esistenza di un illecito civile e sono garantite a prescindere dalla colpa dell'autore della condotta dannosa (e quindi anche in presenza del caso fortuito), e a prescindere anche dall'esistenza di un responsabile diverso dal danneggiato, in quanto il rischio dell'infortunio dovuto a caso fortuito o a colpa dello stesso lavoratore si sposta così sulla collettività.

Da ultimo, si osserva che per postumi inferiori al 5% (e dunque non indennizzati dall'INAIL) nessuno dubita della possibilità del lavoratore danneggiato di agire nei confronti del datore di lavoro per ottenere il risarcimento pieno del danno, certamente quantificato secondo gli usuali criteri civilistici.

Del tutto irragionevole e ingiustificato sarebbe allora riconoscere la piena risarcibilità dei danni di minore entità ed invece la risarcibilità soltanto parziale (ovvero nei limiti dell'indennizzo INAIL) per i danni alla salute di maggior incidenza.

Deve dunque concludersi che il lavoratore è tuttora legittimato a richiedere direttamente

al datore di lavoro -civilmente responsabile- il risarcimento del danno non indennizzato dall'INAIL (ovvero del c.d. danno differenziale).

Il danno, differenziale, previsto dall'art. 10 trova perciò applicazione "qualora il giudice riconosca che questo ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto ed è dovuto solo per la parte che eccede l'indennità".

Fatte queste premesse e richiamate le conclusioni alle quali è pervenuto il CTU, il risarcimento del danno riconoscibile al lavoratore ricorrente può essere così quantificato:

-per il danno biologico le Tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, per postumi permanenti quantificabili nella misura del 22% in un soggetto di 37 anni, prevedono un risarcimento pari a Euro 84.060 personalizzabile sino al 37%.

Il ricorrente ha chiesto venga applicata la percentuale di personalizzazione nella sua massima estensione richiamando, da un lato, il patema da lui subito per la preoccupazione di non trovare una nuova occupazione e, dall'altro lato, il danno estetico riconducibile alla cicatrice residua dall'intervento.

Si tratta, tuttavia, di elementi che già il consulente d'ufficio ha considerato proprio ai fini della quantificazione del danno biologico nella misura del 22%. Quindi, si ritiene che alcun ulteriore personalizzazione debba essere operata e che il risarcimento per il danno biologico vada quantificato in Euro 84.060.

Da tale voce di danno deve poi essere sottratto quanto ricevuto dall'Inail e pari a 55,384,62. Fatti i debiti calcoli si giunge alla somma di Euro 28711,38 che deve essere pagata al ricorrente a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, oltre agli interessi legali dalla data dell'infortunio alla data odierna sull'importo devalutato e ricondotto al valore che aveva alla data dell'infortunio e via via di anno in anno rivalutato secondo gli indici ISTAT sino ad oggi. Da oggi all'effettivo pagamento sulla somma debbono poi essere calcolati gli interessi e la rivalutazione.

-quanto all'invalidità temporanea, il ctu ha stabilito che il ricorrente abbia avuto 11 giorni di invalidità temporanea assoluta che, sempre secondo le tabelle milanesi può essere risarcita in misura pari a Euro 1100 (calcolando Euro 100 per ogni giorno); 60 giorni di invalidità al 75%, 120 al 50% e 152 giorni al 30%.

Avendo quale riferimento la somma di Euro 100 per un giorno di invalidità assoluta, fatti i debiti calcoli con le percentuali indicate dal ctu, la somma finale è pari a Euro 16.610,00;

Il ricorrente ha chiesto la condanna della parte convenuta al risarcimento del danno morale.

La domanda, autonomamente considerata, non può essere accolta.

La liquidazione del danno biologico, così come sopra effettuata, tiene conto dell'intero danno non patrimoniale permanente patito dal lavoratore e derivante, non soltanto dalla mera lesione dell'integrità psicofisica della persona, ma altresì dall'incidenza che tale lesione permanente ha in termini di sofferenza soggettiva (cfr. Cass. Civ., SS. UU., 11 novembre 2008, n. 26972). Essa, quindi, tiene già conto della cosiddetta componente morale del danno.

Deve del pari essere rigettata la domanda di risarcimento del danno esistenziale.

E' danno esistenziale quel danno la cui risarcibilità è direttamente correlata al riconoscimento della sussistenza di un quid di peculiare, di un particolare aspetto della vita di relazione sul quale l'evento dannoso ha prodotto concrete e provate ripercussioni, conseguenze tali da comportare una specifica alterazione nelle abitudini e negli assetti relazionali del danneggiato.

Quella generica ripercussione relazionale che normalmente consegue al verificarsi di un

danno biologico, invece, e che è qualificabile in termini di alterazione delle abitudini e delle occupazioni che avrebbe potuto prodursi in capo a qualsiasi individuo, indipendentemente dall'assetto che questo stesso soggetto abbia dato alla propria esistenza, potendosi far rientrare nell'id quod plerumque accidit, costituisce una componente del danno biologico quale impossibilità o difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali per gli effetti di tale lesione e di mantenerli a un livello normale, e pertanto non è suscettibile di autonoma valutazione rispetto al danno biologico medesimo.

La stessa Suprema Corte, nella sentenza pronunciata dalle Sezioni Unite, n. 26972/2008, sottolinea che i pregiudizi alla vita di relazione, allorché dipendano da una lesione dell'integrità psicofisica della persona, costituiscono uno dei riflessi negativi della lesione dell'integrità psicofisica stessa, di cui si è già tenuto conto nella liquidazione del danno non patrimoniale e deve, pertanto, escludersi che possano essere fatti valere come distinto titolo di danno e, segnatamente, a titolo di danno esistenziale.

M.I. ha chiesto, infine, la condanna al risarcimento del danno da perdita della capacità lavorativa specifica.

Come detto il Ctu ha quantificato tale voce di danno in misura pari al 25%.

In merito al danno da perdita della capacità lavorativa specifica giova rammentare che "l'accertamento di postumi permanenti, incidenti con una certa entità sulla capacità lavorativa specifica, non comporta l'automatico obbligo del danneggiante di risarcire il danno patrimoniale, conseguenza della riduzione della capacità di guadagno - derivante dalla ridotta capacità lavorativa specifica - e quindi di produzione di reddito; perciò detto danno patrimoniale da invalidità deve essere accertato in concreto attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse o, trattandosi di persona non ancora dedita ad attività lavorativa, presumibilmente avrebbe svolto, un'attività produttiva di reddito. La liquidazione del danno, peraltro, non può essere fatta in modo automatico in base ai criteri dettati dall'art. 4 L. 26 febbraio 1977, n. 39, che non comporta alcun automatismo di calcolo, ma si limita ad indicare alcuni criteri di quantificazione del danno sul presupposto della prova relativa che incombe al danneggiato e può essere anche data in via presuntiva, purché sia certa la riduzione di capacità lavorativa specifica" (Cass. Civ., Sez. Lav., 29 ottobre 2001, n. 13409; Cass. 22 maggio 2014, n. 11361).

La liquidazione del danno patrimoniale subito per la riduzione permanente della capacità lavorativa specifica può essere effettuata, per giurisprudenza costante (v. Cass. 12124/2003, Cass. 7629/2003) con la formula matematica per la capitalizzazione anticipata della rendita INAIL, il c.d. calcolo tabellare, facendo ricorso alle tabelle di cui al R.D. n. 1403 del 1922 e considerando lo scarto tra vita fisica e vita lavorativa, per cui:

$$X = R \times I\% \times C - S$$

dove X è la somma capitale da determinarsi, R il reddito annuo, I% il grado percentuale di riduzione permanente della capacità lavorativa specifica, C il coefficiente di capitalizzazione tratto dalla tabella All. 1 del R.D. n. 1403 del 1922 e S lo scarto tra vita fisica e vita lavorativa.

Nella fattispecie, risulta che al momento dell'infortunio il ricorrente era stato assunto dal P. con un inquadramento di operaio di 1 livello, con 40 ore settimanali e una retribuzione giornaliera di Euro 60,04, retribuzione che avrebbe portato ad una retribuzione annua presumibilmente pari a Euro 13.208; tenuto conto dell'età di anni 37 del ricorrente al momento dell'infortunio, il coefficiente di capitalizzazione è 16; tenuto conto, infine, del grado di riduzione permanente della capacità lavorativa specifica indicato dal ctu nel 25% e dello scarto tra vita fisica e vita lavorativa (ivi pure indicato) pari al 10% (estremamente prudenziale), si avrà:

$13.208 \times 25\% \times 16 - 10\% = 47.548,80$ oltre interessi e rivalutazione dalla presente al saldo effettivo.

Al ricorrente spetta poi il rimborso anche per le spese mediche che il CTU ha accertato essere correlate all'infortunio e ha valutato congrue e che sono state quantificate in Euro 1605,82.

In tale somma rientrano sia quelle derivante dalle cure rese necessarie per le lesioni subite, sia quelle di natura più strettamente medico legali, ma pur sempre collegate all'infortunio.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte al ricorrente, spettano, in sintesi, le seguenti voci di danno:

- per danno biologico Euro 28711,38, oltre agli interessi legali dalla data dell'infortunio alla data odierna sull'importo devalutato e ricondotto al valore che aveva alla data dell'infortunio e via via di anno in anno rivalutato secondo gli indici ISTAT sino ad oggi. Da oggi all'effettivo pagamento sulla somma debbono poi essere calcolati gli interessi e la rivalutazione.

- per invalidità temporanea, Euro 16.610,00, oltre interessi e rivalutazione dalla presente al saldo;

- per perdita della capacità lavorativa specifica: Euro 47548,80, oltre interessi e rivalutazione dalla presente al saldo effettivo.

- Euro 1605,82 per spese mediche e medico-legali, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo effettivo.

Accertati danni subiti dal ricorrente e il nesso di causalità con l'infortunio accaduto in occasione dell'attività lavorativa, deve ora essere accertato su quali parti processuali debba incombere l'obbligo del risarcimento.

Il ricorrente aveva chiesto la condanna nei confronti del datore di lavoro.

La giurisprudenza pone a carico del datore di lavoro una presunzione di colpa che egli può contrastare solo provando di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

Tuttavia per liberarsi dalla responsabilità non è sufficiente provare che l'infortunio sia dipeso dalla negligenza o dall'imperizia del lavoratore. Gli spazi concessi al datore di lavoro sono ristretti nell'ambito dell'art. 2087 in relazione alle misure prevenzionali oggettivamente necessarie, comprensive di taluni obblighi preliminari (specialmente l'informazione la formazione, l'addestramento, la vigilanza ed il controllo: artt. 36 e 37, D.Lgs. n. 81 del 2008) che pure influiscono sull'adempimento dell'obbligo prevenzionale.

In altri termini, il datore di lavoro, quale diretto responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un regolare controllo per imporre che i lavoratori rispettino la normativa prevenzionale e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi ad essa anche instaurando prassi di lavoro magari di comodo, ma non corrette e foriere di pericoli (cfr., Sezione IV, 28 febbraio 2008, L.). Non è perciò sufficiente provare la negligenza del lavoratore per liberarsi della colpa, anche in ragione dell'ampio spettro di obblighi alla cui esecuzione è tenuto il datore (ad es. cfr. Cass. Sez. L, Sentenza n. 1523 del 08/02/1993 la quale ha escluso che possa ravvisarsi un'attenuazione della responsabilità datoriale nel mancato uso da parte del lavoratore di mezzi protettivi posti comunque a sua disposizione, qualora lo stesso datore di lavoro sia venuto meno ad uno qualsiasi dei suoi obblighi rilevanti ex art.2087 c.c. fosse anche il solo obbligo di vigilanza).

In materia vige il principio, assolutamente pacifico, secondo cui, in tema di infortuni sul lavoro, l'addebito di responsabilità formulabile a carico del datore di lavoro non è escluso dai comportamenti negligenti, trascurati, imperiti del lavoratore, che abbiano contribuito alla verifica dell'infortunio, giacché al datore di lavoro, che è "garante" anche della correttezza dell'agire del lavoratore, è imposto (anche) di esigere da

quest'ultimo il rispetto delle regole di cautela (cfr. D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 8, art. 18, comma 1, lett. f) (Cassazione 2010/n.32357).

Come confermato da Cass. n.1716/2012, la responsabilità dell'imprenditore è esclusa solo in caso di dolo o rischio elettivo del lavoratore, ossia di rischio generato da un'attività estranea alle mansioni lavorative o esorbitante da esse in modo irrazionale. L'esonero della responsabilità del datore di lavoro si verifica solo quando il comportamento del lavoratore presenti i caratteri "dell'abnormità, dell'inopinabilità, dell'esorbitanza" rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive organizzative ricevute, o "dell'atipicità e dell'eccezionalità". La semplice irrazionalità della condotta, quando sia controllabile in anticipo, invece, non vale ad esonerare il datore di lavoro.

In sostanza, la colpa del datore di lavoro non è esclusa da quella del lavoratore e l'evento dannoso è imputato al datore di lavoro, in forza della posizione di garanzia di cui ex lege è onerato sulla base del principio dell'equivalenza delle cause vigente nel sistema penale (art. 41 c.p., comma 1). A tale regola, si fa eccezione, in coerente applicazione dei principi in tema di interruzione del nesso causale (art. 41 c.p., comma 2), in presenza di un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile del lavoratore. In tal caso, anche la condotta colposa del datore di lavoro che possa essere ritenuta antecedente remoto dell'evento dannoso, essendo intervenuto un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile (e come tale inevitabile) del lavoratore, finisce con l'essere neutralizzata e privata di qualsivoglia rilevanza efficiente rispetto alla verifica di un evento dannoso l'infortunio, che, per l'effetto, è addebitabile materialmente e giuridicamente al lavoratore (tra le tante, Cass. Sezione 4, 13 marzo 2008, Reduzzi ed altro; 29 febbraio 2008, Radrizzani).

In questa prospettiva, si esclude tradizionalmente che presenti le caratteristiche dell'abnormità il comportamento, pur imprudente, del lavoratore che non esorbits completamente dalle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli utilizzando gli strumenti di lavoro ai quali è addetto, essendo l'osservanza delle misure di prevenzione finalizzata anche a prevenire errori e violazioni da parte del lavoratore (cfr. Cass. Sezione 4, 5 giugno 2008, Stefanacci). Per converso, l'ipotesi tipica di comportamento "abnorme" è quella del lavoratore che violi le cautele impostegli, ponendo in essere in tal modo una situazione di pericolo che il datore di lavoro non può prevedere e certamente non può evitare. Mentre altra ipotesi paradigmatica di interruzione del nesso causale è quella del lavoratore che provochi l'infortunio ponendo in essere, colposamente, un'attività del tutto estranea al processo produttivo o alle mansioni attribuite, realizzando in tal modo un comportamento "esorbitante" rispetto al lavoro che gli è proprio, assolutamente imprevedibile (ed evitabile) per il datore di lavoro.

Nella specie, sulla base delle dichiarazioni rese dal datore di lavoro, è evidente che sia stato lo stesso a fornire al lavoratore la scala, oltre che il trabattello. P.A., invero, ha riferito di aver dato istruzioni al ricorrente su come la scala andava utilizzata e così facendo ha dato prova di aver dotato il lavoratore di tale strumento di lavoro.

Inoltre, di fronte alle dichiarazioni del ricorrente che ha riferito di essere stato richiesto dal datore di lavoro di svolgere il lavoro che si è apprestato a fare e nel cui svolgersi è avvenuto il sinistro, P.A., nulla ha replicato o contestato.

Agli atti vi è poi la dichiarazione del collega di lavoro del ricorrente (cfr. doc. 1 fasc. D.) che riferisce di aver saputo dal ricorrente, nell'immediatezza del fatto, di essere caduto dalla scala.

E' pur vero che il lavoratore vi è salito da solo e ciò è comprovato dal fatto che, al momento del sinistro, non vi erano altre persone presenti; tuttavia, l'utilizzo dello strumento senza la presenza di un collega è fatto che non può dirsi anomalo o abnorme, ma semmai rientrando in un uso, pur non a norma, ma che il datore di lavoro può

prevedere avvenga proprio in relazione alle concrete modalità di svolgimento del lavoro e l'esigenza di celerità che ogni operazione porta con sé.

Quanto alla colpa del datore di lavoro, la stessa poi discende dal fatto che lo stesso non ha dato prova che la scala fosse munita di quei dispositivi che avrebbero impedito lo scivolamento del piede. Posto, infatti, che tale è stata l'azione che può essere posta alla base dell'infortunio (il ricorrente ha parlato di perdita del piede di appoggio), il datore di lavoro avrebbe dovuto dimostrare che lo strumento di lavoro era dotato di quei dispositivi di sicurezza previsti dall'art. 113 T.U. D.Lgs. n. 81 del 2008.

Quanto all'utilizzo della scala e non del trabatello che, verosimilmente avrebbe consentito di lavorare in condizioni di maggior sicurezza, il lavoratore ha allegato di non averlo potuto fare in quanto vi erano le celle frigorifere che riducevano lo spazio utile.

Sebbene le parti convenute abbiano replicato che tale circostanza non è stata provata, la medesima si ricava dalle stesse allegazioni della società D. s.r.l.

Nella comparsa di costituzione la stessa, infatti, dubita che il sinistro sia avvenuto nel capannone di sua proprietà proprio perché in esso era stata installata una cella frigorifera che rendeva disagiata l'appoggio della scala.

Ora, che il fatto sia avvenuto in quel luogo e con l'uso della scala è circostanza che, dall'esame del ricorrente e del suo datore di lavoro, non pare possa essere messa in dubbio.

Come detto, di fronte alle parole del ricorrente che ha riferito di aver operato su ordine di P.A., questi nulla ha replicato; inoltre, che sia stata utilizzata la scala lo si ricava anche dalla dichiarazione scritta dal collega T.G. prodotta dalla stessa società D..

Ora, tenuto conto che il dipendente ha eseguito un ordine del datore di lavoro, che la scala era uno dei due strumenti utilizzabili per salire in quota (invero, il datore di lavoro ha solo detto che andava usata in due, ma non che non andava usata), il fatto che il lavoratore abbia eseguito il lavoro disobbedendo al datore di lavoro e salendo senza la presenza di un collega è circostanza che non può dirsi tale da far venire meno la colpa del datore di lavoro.

Certamente, però, la condotta del lavoratore, che ha mal utilizzato uno strumento di lavoro, non può che incidere sulla quantificazione del danno.

Il suo agire, infatti, ha contribuito a cagionare l'evento e, tale concorso di colpa rileva ai fini della quantificazione del risarcimento accordabile.

Il combinato disposto degli art. 2059 e 1227 c.c. impone, infatti, che il ristoro sia diminuito in base alla gravità della colpa del danneggiato ed alle conseguenze.

Ora, tenuto conto delle ragioni per le quali, si può, ragionevolmente, ritenere il lavoratore ha trasgredito alle prescrizioni dategli dal datore di lavoro (fretta di eseguire il lavoro), ma ugualmente al fatto che la presenza di un altro collega avrebbe forse reso più difficile lo scivolamento oppure attenuato le conseguenze, si ritiene di quantificare equitativamente nella misura del 30% il concorso di colpa del danneggiato.

Sicché, fatti i debiti conti e, partendo dalla somma complessiva che, come sopra esposto, si ritiene di dover accordare al lavoratore (Euro 94.476), applicata la decurtazione che si ritiene stimabile nel 30%, la somma finale risulta pari a Euro 66.133,2.

Sulla medesima poi vanno calcolati gli interessi e rivalutazione.

Il ricorrente ha evocato in giudizio anche la società D. s.r.l. che risulta proprietaria del capannone in cui il sinistro è avvenuto.

Quale fonte di tale responsabilità, invoca l'art. 26, comma 4, D.Lgs. n. 81 del 2008 che stabilisce che l'appaltante risponde in solido con l'appaltatore e ogni eventuale subappaltatore dei danni subiti dai dipendenti di questi ultimi e non indennizzati dagli

enti previdenziali.

Nello specifico, risulta provato che il rapporto contrattuale che legava la D. con le imprese esecutrici delle opere non era con l'impresa A.P., ma con A.G: Costruzioni a cui era stato affidato l'appalto, poi subappaltato al datore di lavoro dell'odierno lavoratore.

In ogni caso, al di là dei rapporti contrattuali, va considerato che la norma invocata dal ricorrente ai fini della responsabilità del committente contiene un'eccezione, ovvero esclude la possibilità di chiamare a rispondere il committente laddove l'infortunio sia collegato non già ai rischi c.d. ambientali, bensì ai rischi connessi con la specifica attività svolta dal lavoratore.

Ora, nella specie, il ricorrente non ha allegato che il sinistro ha trovato causa in un'anomalia dell'ambiente, inteso come immobile in cui i lavori erano eseguiti, ma solo nell'utilizzo di uno strumento di lavoro che non risultava dotato dei dispositivi di sicurezza.

In merito alla responsabilità del committente e dei subappaltatori la giurisprudenza, con orientamento ormai consolidato, ritiene che i predetti possono rispondere, in concorso con il datore di lavoro dell'infortunato, solo se il sinistro è avvenuto o in esecuzione di un'opera che il committente o un suo rappresentante avevano richiesto all'operaio, oppure qualora si configuri un'ipotesi di c.d. "culpa in eligendo".

In difetto di tale due ipotesi, invero, va privilegiata ed valorizzata l'autonomia che è propria dell'appaltatore e che può venire meno solo laddove lo stesso si riduca a compiti di mero esecutore, mentre il committente o il subappaltante non si limitino alla mera sorveglianza sull'opera oggetto del contratto al fine di verificare la corrispondenza tra quanto pattuito e quanto viene ad eseguirsi, ma esercitino una concreta ingerenza nell'attività del subappaltatore così da ridurre l'autonomia organizzativa e eventualmente incidendo sull'utilizzazione dei relativi mezzi.

Nella specie, quanto a D., nonostante la stessa abbia allegato di essere solo la proprietaria del capannone ove i lavori dovevano essere eseguiti, dagli atti prodotti risulta che la società aveva nominato il direttore dei lavori e il responsabile della sicurezza nella persona dell'arch. T..

Le produzioni offerte dallo stesso (verbali delle visite di cantiere) attestano la sua presenza, nella veste sopra indicata, con una certa frequenza.

La nomina dell'arch. T. a responsabile della sicurezza oltre che come direttore dei lavori attesta l'ingerenza della committente nello svolgimento dei lavori.

Al di là di quanto la stessa abbia voluto far credere e quindi al di là dell'allegazione della sua assoluta estraneità in quanto mera proprietaria dello stabile e impegnata in altre attività, risulta provato proprio dalla documentazione che il terzo dalla stessa chiamato ha portato, il suo effettivo ruolo.

La nomina da parte della committente del responsabile per la sicurezza, ha affidato alla medesima il compito e la responsabilità anche in ordine all'utilizzo degli strumenti da lavoro da parte dei dipendenti.

Controllo che, peraltro, lo stesso arch. T. ha fatto specificatamente con riguardo alla scala. Infatti, dalla dichiarazione del collega del ricorrente (doc. 1 fasc. D.) risulta che proprio l'arch. T. indicò agli operai come utilizzare la scala.

Tale indicazione dà la misura dell'ingerenza da parte del committente.

La medesima ingerenza non può essere individuata, invece, da parte della società AG Costruzioni.

Come si può leggere nei verbali di controllo del cantiere prodotti dall'arch. T., AG Costruzioni era presente al momento dei sopralluoghi; la sua presenza avveniva, però, per il tramite dell'arch. A.P. che risulta anche delegato alla firma degli atti in

rappresentanza della società.

Tra P.A. e AG Costruzioni era stato concluso un contratto di subappalto (vd produzione da parte di AG Costruzioni).

Non vi sono ulteriori allegazioni o elementi di prova che attestano un'ingerenza da parte del subcommittente tale da ridurre il subappaltatore a mero esecutore dell'opera e quindi a sottrarre al medesimo quel minimo di autonomia imprenditoriale ed organizzativa che, invece, dal testo del contratto sembra emergere.

E' pur vero che dai documenti (sub 11 fasc. T.), tra le imprese identificate quali operanti presso il cantiere, non risulta P.A., ma solo AG Costruzioni ed altre.

Tuttavia l'omessa ufficializzazione della presenza in cantiere di un subappaltatore non può valere a comprovare, in difetto di una prova positiva che non è stata fornita, un'ingerenza da parte del subcommittente.

La presenza, che per le ragioni sopra dette, può dirsi accertata del lavoratore M. sul cantiere, può, invece, servire ad ulteriormente sconfiggere l'estraneità dei fatti da parte dell'arch. T..

Questi si è difeso asserendo che la presenza del lavoratore M. non era stata comunicata e che a lui nessuno denunciò il sinistro.

A parte l'irrelevanza di tale secondo profilo, quanto al primo, lo stesso potrebbe avere rilevanza nella misura in cui il lavoratore si fosse introdotto furtivamente nel cantiere e quindi la sua presenza non avrebbe potuto essere rilevata dal responsabile per la sicurezza.

La circostanza, però, è fuor di ogni dubbio.

Infatti, sempre nel documento sub 1) di parte D. si legge che il collega del ricorrente ha riferito di essere stato istruito dall'arch. T. circa l'uso della scala, quindi, il professionista ha avuto diretto contatto con i dipendenti dell'arch. P. e se gli stessi si trovavano sul cantiere senza alcun titolo, era suo obbligo chiederne l'allontanamento. Cosa di cui non vi è prova.

Le considerazioni sopra illustrate portano quindi a ritenere responsabili dei danni subiti dal ricorrente: il datore di lavoro P.A. e la società committente D. s.r.l..

Quanto, però a quest'ultima, pur dovendo riconoscerne la responsabilità in forza della sua ingerenza nell'esecuzione dell'appalto, va tenuto che la stessa ha proposto domanda di manleva nei confronti dell'arch. T..

Questi non può essere chiamato a rispondere verso il ricorrente a titolo personale dei danni in quanto, rispetto al cantiere teatro del fatto e ai lavori occasione del sinistro, era responsabile della sicurezza del cantiere nominato da D. e quindi non aveva un rapporto diretto con il lavoratore.

Rispetto al quale, in assenza di un vincolo contrattuale, altre sono le regole per far valere la responsabilità di cui, nella specie, non vi è alcuna allegazione.

Diverso è, invece, nei rapporti interni tra lo stesso e la società D..

A riguardo, va considerato che le regole che fondano e misurano la responsabilità del professionista rispetto alla società che l'ha nominato sono quelle di diritto comune ovvero quelle ricavabili dall'art. 1218 c.c. che impone al creditore solo l'onere della prova in ordine alla non diligente esecuzione dell'opera, mentre al debitore l'onere della dimostrazione che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile.

Ora, nella specie come si è detto proprio gli argomenti che la parte ha utilizzato per difendersi denunciano la sua scarsa diligenza posto che ha parlato con lo stesso ricorrente (che ha dichiarato di essere stato ripreso perché non indossava i guanti) e con il collega e non ha verificato le ragioni della loro presenza; inoltre perché ha comunque consentito che tra gli strumenti di lavoro degli operai vi fosse la scala che poi è stata causa del sinistro e sul punto l'arch. T. non ha non solo provato, ma neppure allegato,

che la stessa avesse i dispositivi di sicurezza richiesti dal T.U.

Per tutte tale ragioni può essere accolta la domanda di manleva.

In punto spese, deve essere pronunciata in favore del ricorrente la condanna solidale di A.P., D. s.r.l. e di T.F. nella misura che sarà determinata in dispositivo e, quanto alla società AG Costruzioni, in suo favore e sempre nella misura liquidata in dispositivo, va disposta la condanna da parte di D. s.r.l.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, giudice del lavoro, non definitivamente pronunciando, ogni contraria ed ulteriore istanza domanda ed eccezione disattesa, così decide:

1) accoglie il ricorso e condanna, in solido tra loro, A.P., D. s.r.l. e T.F. al risarcimento dei danni sopportati dal ricorrente, danni liquidati in Euro 66133,20 a titolo di danno differenziale, danno da invalidità temporanea, danno da riduzione della capacità lavorativa specifica e danno patrimoniale, il tutto oltre interessi e rivalutazione dalla presente al saldo finale;

2) condanna T.F. a manlevare la società D. s.r.l. dal pagamento di quanto dovuto;

3) rigetta la domanda nei confronti di AG Costruzioni;

4) condanna A.P., D. Costruzioni e T.F., in solido tra loro, alla rifusione delle spese processuali sostenute dal ricorrente, spese che si liquidano in Euro 12.000 oltre accessori; pone a carico solidale degli stessi il compenso del ctu che liquida in Euro 950, oltre oneri di legge

5) condanna D. s.r.l. alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla società AG Costruzioni, spese che si liquidano in Euro 4000 oltre accessori di legge.

Così deciso in Milano, il 3 dicembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 3 dicembre 2014.

TRIBUNALE DI MILANO, sentenza 3 dicembre 2014; Giud. MOGLIA; M.I. (Avv. INGRILLI), P. arch. A. (Avv. ELLER VAINICHER), D.S.R.L. (Avv. G. e M. RUTA), A.G. COSTRUZIONI (Avv. ELLER VAINICHER), T. arch. F.G. (Avv. REZZARO).

Responsabilità civile – Appalto - Subappalto - Violazione norme sulla sicurezza e prevenzione sul lavoro – Responsabilità datore di lavoro – Sussiste - Responsabilità committente – Sussiste (Cod. Civ. art. 2087, D.Lgs. n 81 del 2008, Cod. Civ. art 1218)

Danni in materia civile – Indennizzo Inail - Risarcibilità danno differenziale - Condanna risarcimento - Sussiste (D.Lgs. n 38 del 23/2/2000; Art.32 e 38 Cost.; D.Lgs. n 209 del 2005)

Il datore di lavoro risponde della violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c., salvo che dimostri di aver adottato tutte le cautele necessarie ad evitare il danno. La prova della negligenza del lavoratore non è sufficiente ad escludere la colpa del datore di lavoro. Sono, altresì, responsabili il committente e il subappaltatore, in concorso con il datore di lavoro, qualora il sinistro sia avvenuto in esecuzione di un'opera richiesta dal committente o da un suo rappresentante, oppure qualora si verifichi un'ipotesi di culpa in eligendo. (1)

Posto che l'accertamento dei postumi permanenti, incidenti con una certa gravità sulla capacità lavorativa specifica, non comporta l'automatico obbligo del danneggiante di risarcire il danno patrimoniale, conseguenza della riduzione della capacità di guadagno-derivante dalla ridotta capacità lavorativa specifica - e quindi di produzione di reddito, il danno patrimoniale da invalidità deve essere accertato in concreto attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse o, trattandosi di persona non ancora dedita all'attività lavorativa, avrebbe svolto un'attività produttiva di reddito e la liquidazione del danno non può essere fatta in modo automatico in base ai criteri dettati dall'art.4 L.26 febbraio 1977, n 39, e può essere anche data in via presuntiva ,purché sia certa la riduzione di capacità lavorativa specifica. (2)

Poiché l'istituto dell'indennizzo corrisposto al lavoratore ex art 13 del D. Lgs. n. 38/2000 ha natura risarcitoria e assolve la medesima funzione del risarcimento del danno secondo i criteri civilistici, il lavoratore è legittimato ad agire direttamente contro il datore di lavoro per il risarcimento del danno subito nella sola parte in cui questo ecceda l'indennità che, per effetto del già citato D. Lgs., è liquidata dall'Inail all'infortunato o ai suoi aventi diritto. (Nella specie, il giudice ha accertato la risarcibilità del danno differenziale, calcolando il risarcimento liquidato a favore del lavoratore sottraendo quanto prestato dall'Inail a titolo di indennizzo alla stima complessiva del danno patito dal lavoratore) (3)

(1) Nella giurisprudenza di legittimità esistono precedenti in termini. Cass. 23/4 /2009 n. 9689 (lavoratore impiegato nella raccolta delle mele cadeva da una scala, durante il suo turno di lavoro, e conveniva in giudizio il datore di lavoro chiedendo al giudice che il quest'ultimo fosse condannato, per violazione del 2087 c.c. al risarcimento di tutti i danno patrimoniali e non patrimoniali); Cass.19 /4/2003 (la corte ha disposto a favore della responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'articolo 2087 sottolineando che "l'eventuale colpa del lavoratore per negligenza, imprudenza o imperizia non elimina la responsabilità del datore di lavoro, sul quale incombe l'onere di provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno."); Cass. sez. lavoro 16 maggio 2006 n. 11523; Cass. penale, 4/12/2009 n. 46747 (un operaio muore in azienda e, nonostante la presenza di un capocantiere, la Cassazione Penale ha ritenuto responsabile il legale dell'azienda. "[...] la giurisprudenza ha ribadito un importante e consolidato principio ossia la responsabilità dell'imprenditore per la mancata adozione delle misure idonee a tutelare l'integrità fisica del lavoratore discende o da norme specifiche o, quando queste non siano rinvenibili, dalla norma di ordine generale di cui all'art. 2087 c.c., la quale impone all'imprenditore l'obbligo di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte quelle misure che, secondo la particolarità del lavoro in concreto svolto dai dipendenti, si rendano necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori."); Cass. civ., Sez. lav., 4 luglio 2000, n. 8944; Cass. civ., Sez. lav., 17 novembre 1993, n. 11351; Cass. n 15705/2014 (nel caso di specie un lavoratore ricorreva per l'indennizzo causato da una ingiustificata condotta del datore di lavoro. Il lavoratore, muratore, nel tentativo di scendere da una impalcatura sulla quale aveva trascorso il periodo necessario per la pausa pranzo ,mettendo un piede nel vuoto, cadeva prima su di un tetto in eternit e, poi, sul lastrico stradale. La corte rigetta il ricorso qualificato inammissibile.); Cass. 6/7/2002 n 9856 ("Ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, incombe sul lavoratore l'onere di provare l'esistenza del danno denunciato ,come pure la nocività dell'ambiente di lavoro ,nonché il nesso tra l'uno e l'altro, mentre grava sul datore l'onere di provare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno."); Cass. Sez. pen., 11 settembre 2012 n 34747 (ha statuito che il

datore di lavoro “deve avere la cultura e la forma mentis del garante del bene costituzionalmente rilevante costituito dalla integrità del lavoratore ,e non deve perciò limitarsi ad informare i lavoratori sulle norme antinfortunistiche previste, ma deve attivarsi e controllare sino alla pedanteria, che tali norme siano assimilate dai lavoratori nella ordinaria prassi di lavoro”); Cass. 22 novembre 2012, n. 20597 (la Corte sottolinea che non è necessario che il datore di lavoro compia un continuo monitoraggio sul lavoratore ma “è richiesta solo una diligenza rapportata in concreto al lavoro da svolgere e cioè alla ubicazione del medesimo ,all’esperienza e specializzazione del lavoratore, alla sua autonomia, alla prevedibilità della sua condotta, alla normalità della tecnica di lavorazione”); Cass. Sez. lav., 27 maggio 2011 n 11757 (in materia di responsabilità del committente la Corte ha individuato le due specifiche ipotesi in cui questa occorre “quando si versi nell’ipotesi di culpa in eligendo, che ricorre qualora il compimento dell’opera o del servizio siano stati affidati ad un’impresa appaltatrice priva della capacità e dei mezzi tecnici indispensabili per eseguire la prestazione oggetto del contratto senza che si determinino situazioni di pericolo per terzi” oppure quando si dimostri che “ il fatto lesivo è stato commesso dall’appaltatore in esecuzione di un ordine impartitogli dal direttore dei lavori o da altro rappresentate del committente stesso, il quale, esorbitando dalla mera sorveglianza sull’opera oggetto del contratto, abbia in tal modo esercitato una concreta ingerenza sull’attività dell’appaltatore, al punto da ridurlo al ruolo di mero esecutore”). Nella giurisprudenza di merito: T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 16 giugno 2011 (la giurisprudenza civile e amministrativa, ha definito l’articolo 2087 “una norma di chiusura del sistema infortunistico che obbliga il medesimo datore di lavoro a tutelare l’integrità psicofisica dei propri dipendenti imponendogli l’adozione di tutte le cautele necessarie a preservare il bene della salute nell’ambiente ed in costanza di lavoro”); Trib. Lecce 6 giugno 2009, n 7310; Trib. Bari, 13 dicembre 2004; Trib. Trento, 16 gennaio 2004; Trib. Pisa, 6 ottobre 2001; Trib. Bari, 13 maggio 2004.

In dottrina si veda: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5636> (la sicurezza nei luoghi di lavoro, ex art.2087c.c. tra prevenzione e repressione) ; “I danni nel rapporto di lavoro” di Natalino Sapone (Giuffrè Editore); “Dal danno alla persona al danno delle del lavoratore “di Simeoli in “Il danno alla persona del lavoratore”, Milano 2007 372; “Fondamento e limiti dell’esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile “di Roberto Rivero; “Risarcimento del danno a causa di infortunio sul lavoro ex art.2087 c.c.” a cura di Colli Filippo e Rotondi Francesco; “Ancora sul rifiuto di utilizzare i dispositivi di protezione individuale” di Valeria Miraglia; “Infarto per stress: risarcimento del danno e distribuzione dell’onere della prova” di Giovanardi C.A., Guarnieri G., Ludovico G., Treglia G; <http://www.altalex.com/index.php?idnot=50351> (responsabilità del datore di lavoro per infortuni e malattie professionali); Il danno alla persona da compromissione della capacità lavorativa” di F. Buzzi, M. Travani, M. V. Claudio; “La responsabilità civile ed il danno” di Luigi Viola; “Trattato Breve della responsabilità civile”, Cedam 2005; “Il danno non patrimoniale” di Marco Rossetti; “La prova del Quantum nel risarcimento del danno” di Paolo Cendon, UTET ; “Chi decide quanto vale un danno biologico?” di Antonello Negro; Ceccarelli Valentina “Il danno alla persona nel rapporto di lavoro”; “Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni) cumulo o scorporo? “di Hazan Maurizio; “Il danno non patrimoniale” di Paola Nunzio Santi; <http://www.personaedanno.it/> (“Persona e Danno” a cura di Paolo Cendon”).

(2) Esistono precedenti in termini nella giurisprudenza di legittimità: Cass. 8 marzo 2011 n 5437; Cass, sezione lavoro 8 marzo 2011 n 5437 (nel caso in esame il ricorrente

chiedeva che non fosse disposto un ulteriore risarcimento del danno biologico in quanto, determinato dal decreto legislativo 2000 n 38, questo sarebbe stato risarcito in precedenza ricorrendo all'assicurazione obbligatoria. La corte rigettava il ricorso e disponeva "Il primo motivo è generico e si basa sul presupposto, errato, che la Corte abbia liquidato il danno patrimoniale derivante dall'usura, omettendo di liquidare il danno biologico, morale ed esistenziale."); Cass. Sez. III, 25/5/2004 ("Tale danno "differenziale" deve essere, quindi, determinato sottraendo dall'importo del danno complessivo (liquidato dal giudice secondo i principi ed i criteri di cui agli art. 1223, 2056 c.c. e ss.) quello delle prestazioni liquidate dall'Inail, riconducendolo allo stesso momento cui si riconduce il primo, ossia tenendo conto dei rispettivi valori come attualizzati alla data della decisione); Corte Cost. 18/7/1991 n 356. Nella Giurisprudenza di merito: Trib. Vicenza, sez. lav., 4 gennaio 2007 n. 321; Trib. Bassano del Grappa, sez. lav., 24/01/06 n. 59; Trib. Rovereto, sez. lav., 10/05/05 n. 18 del 10/05/05; Trib. Milano, sez. II, 10/05/05 n. 5298; Trib. Monza, sezione IV, 16 giugno 2005, n. 1828; Tribunale di Camerino, 19 luglio 2006; Trib. Bassano del Grappa, 24 gennaio 2006, n. 59; Trib. Vicenza, 4 gennaio 2007, n. 321; Tribunale Trieste 6 ottobre 2010; Trib. Camerino ,19 luglio 2006 (decisione inaccettabile di disconoscimento dell'istituto del danno differenziale "[...] a differenti entità risarcitorie a seconda che il sinistro venga qualificato o no come infortunio sul lavoro. In tale ultimo caso al danneggiato spetterebbe il solo indennizzo Inail ,mentre in caso contrario ,gli spetterebbe l'integrale e superiore risarcimento del danno differenziale secondo le regole comuni"); Trib. Torino, 17 settembre 2005 ("è pur sempre riconosciuta la possibilità di fornire la prova dell'esistenza di eventuali ulteriori danni –trascendenti, cioè, l'orizzonte del ristoro Inail standard ,ottenuto con una procedura di calcolo automatica e che prescinde da prove di sorta – così da conseguire il risarcimento del danno biologico differenziale personalizzato, dal datore di lavoro responsabile dell'evento. Tale danno ulteriore è, naturalmente, cosa assolutamente diversa da quello che si pretenderebbe di far discendere dalla meccanica applicazione di una determinata tabella di risarcimento."); Trib. Vicenza, 3 giugno 2004 ("l'esempio scolastico da manuale riguarda il caso del violinista che, a causa di lavoro, perda l'uso della mano subendo in tal modo un danno biologico che nel caso singolo ha una sua peculiarità personalizzata. In questo caso va escluso che nella quantificazione dell'Inail si sia tenuto conto di questa particolarità, e perciò, questo tipo di danno va risarcito").

(3) Giurisprudenza di legittimità: Esistono precedenti in termini. Cass. n 16213/2013 ("Ai fini della risarcibilità del danno patrimoniale conseguente alla riduzione della capacità lavorativa, il giudice, oltre a dover accertare in quale misura la menomazione fisica abbia inciso sulla capacità lavorativa specifica (e questa, a sua volta, sulla capacità di guadagno), è tenuto altresì a verificare se e in quale misura in tale soggetto persista o residui, dopo e nonostante l'infortunio patito, una capacità ad attendere al proprio o ad altri lavori confacenti alle sue attitudini e condizioni personali e ambientali idonei alla produzione di altre fonti di reddito, in luogo di quelle perse o ridotte, e solo nell'ipotesi in cui, in forza di detti complessivi elementi di giudizio, risulti una riduzione della capacità di guadagno e, in forza di questa, del reddito effettivamente percepito, tale ultima diminuzione è risarcibile sotto il profilo del lucro cessante."); Cass. 14/10/2005, n. 19981 ("consolidato principio in giurisprudenza di legittimità che il grado di invalidità di una persona, determinato dai postumi permanenti di una lesione all'integrità psico-fisica dalla medesima subita, non si riflette automaticamente nella stessa misura sulla riduzione percentuale della capacità lavorativa specifica e quindi di guadagno della stessa, spettando al giudice del merito valutarne in concreto

l'incidenza.”); Cass. 20/1/2006, n. 1120 (la quale sentenza ribadisce il principio secondo il quale il danno patrimoniale da invalidità deve essere accertato in concreto, attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgeva o, trattandosi di persona non ancora dedita ad attività lavorativa, presumibilmente avrebbe svolto un'attività produttiva di reddito); Cass. 5/7/2004, n. 12293; Cass. 12 Febbraio 2013 n. 3290 (“in tema di risarcimento del danno da invalidità personale, l'accertamento di postumi, incidenti con una certa entità sulla capacità lavorativa specifica, non comporta automaticamente l'obbligo del danneggiante di risarcire il pregiudizio patrimoniale conseguente alla riduzione della capacità di guadagno derivante dalla diminuzione della predetta capacità e, quindi, di produzione di reddito, occorrendo, invece, ai fini della risarcibilità di un siffatto danno patrimoniale, la concreta dimostrazione che la riduzione della capacità lavorativa si sia tradotta in un effettivo pregiudizio economico.”); Cass. 10 luglio 2008 n 18866 (“Tra la lesione della salute e la diminuzione della capacità di guadagno non sussiste infatti alcun rigido automatismo e questa Corte ha in più occasioni precisato come, pur in presenza di una lesione della salute di non modesta entità, non può ritenersi ridotta in ugual misura la capacità di produrre reddito, gravando sempre sul soggetto leso l'onere di allegare e provare, anche mediante presunzioni, l'incidenza dell'invalidità permanente sulla capacità di guadagno”) Cass. 8 agosto 2007, n. 17397; Cass. 15 giugno 2005, n. 12861 (“la valutazione degli elementi probatori, così come l'apprezzamento del ricorso alle presunzioni quali mezzi di prova e la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge, rimangono interni all'ambito della discrezionalità di apprezzamento del fatto propria del giudice di merito e non possono configurare vizi del percorso formativo del suo convincimento rilevanti ai sensi dell'art. 360 c.p.c.”). Giurisprudenza di merito: Trib. Crema 8 giugno 1989 (“quando la riduzione della capacità lavorativa specifica, pur non comportando per l'immediato una diminuzione di reddito sia tale o di tale natura da far fondatamente prevedere una perdita o una diminuzione futura di reddito, o riferendosi ad un soggetto non percettore di reddito incida nella sfera attitudinale del soggetto in misura da condizionarne negativamente le lavorative future ,allora non può negarsi l'emergenza anche di un danno patrimoniale da lucro cessante seppure in termini di più o meno forte probabilità, onde non può esigersene una prova rigorosa”); Trib. Bari, Sez. III, 23 febbraio 2006 (“l'incapacità lavorativa specifica che valuta l'eventuale riduzione della capacità di produrre reddito nonostante rientri nel concetto di danno futuro non producendo effetti attuali nel patrimonio del danneggiato, deve essere personale ed effettiva e fondarsi quanto meno su una presumibile prestazione lavorativa più sofferta e disagiata o sull'aumento di probabilità di una cessazione anticipata del rapporto di lavoro o sulla difficoltà di esercitare professioni alternative”); Corte App. Bari Sez. III 4 aprile 2006 (“l'invalidità permanente non determina automaticamente una riduzione della capacità lavorativa specifica, cioè della capacità di produrre reddito[...]); Trib. Venezia, 11 luglio 2005 n. 1540.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Accertamento medico; 3. Quando si può parlare di infortunio sul lavoro?; 4. Danno patrimoniale e danno alla capacità lavorativa specifica; 5) La controversa categoria del “danno non patrimoniale”; 6. Danno biologico: ha un prezzo la vita umana?; 7. È possibile un'autonoma liquidazione del danno morale?; 8. Danno esistenziale e compromissione della vita relazionale; 9. Danno differenziale,

questo sconosciuto!; 10. Quando è responsabile il datore di lavoro?; 11. Ulteriori profili di responsabilità; 12. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza in esame presenta numerosi profili interessanti. La materia degli infortuni sul lavoro è una materia, ancora oggi, fortemente controversa. Giurisprudenza e dottrina si arrovellano da tempo sul tema del risarcimento del danno differenziale che, ad oggi, non ha ancora trovato specifica previsione normativa. Gli istituti richiamati dalla sentenza possono essere guardati da diversi angoli visuali e, una volta analizzati nello specifico, fanno trasparire le contraddizioni che li caratterizzano. Lo studio approfondito di questa sentenza ci permette anche di comprendere il funzionamento dell'istituto, ancora discusso e controverso, del danno non patrimoniale. A partire dalla storia di un infortunio sul lavoro è possibile aprire una parentesi sulla situazione della giurisprudenza e della dottrina italiana per comprendere al meglio come lavorano e quali sono loro rapporti.

2. Accertamento medico

Utilizzando come scheletro il ragionamento seguito dal giudice si potrebbero commentare i singoli aspetti di diritto rilevanti ed individuati nel corso del giudizio. Appare lineare il procedimento logico-deduttivo seguito dal giudice di merito. Il giudice ha, in un primo momento, fatto ricorso alla consulenza medico-legale per accertare la natura eziologica dell'infortunio subito dal ricorrente. Il medico legale ha effettuato un'analisi accurata e meticolosa di ricerca delle possibili cause dell'infortunio. Ha proceduto escludendo una possibile natura patologica della frattura sottocapitata del femore destro del lavoratore per poi arrivare a confermare la sua effettiva natura traumatica. Valutando l'esistenza di una corrispondenza tra i meccanismi soliti di produzione di tale frattura, la dinamica e le modalità di accadimento dell'evento traumatico nello specifico, il giudice ha dimostrato la sussistenza di un nesso di causalità tra il danno patito dal lavoratore e l'evento. Dalla consulenza del medico legale emerge anche che il lavoratore sarebbe stato informato preventivamente sulle possibili conseguenze negative dell'operazione di riduzione e sintesi della frattura del femore e avrebbe accettato ugualmente di sottoporsi all'intervento. Nonostante ciò si evince chiaramente che non sarebbe stato possibile, in alcun modo, dimostrare che un trattamento precoce della frattura avrebbe portato a risultati differenti. Il giudice quindi ha accettato la dichiarazione del medico legale ed è partito da queste premesse per strutturare la sua decisione.

3. Quando si può parlare di infortunio sul lavoro?

Conclusa l'analisi effettuata sulla vicenda e sull'accertamento medico-legale è bene comprendere, prima di spingerci a fondo nella qualificazione e determinazione dei danni di cui il ricorrente chiede il risarcimento, cosa si intende per infortunio accaduto sul posto di lavoro. Sarebbe meglio chiarire, quindi, perché un infortunio è rilevante dal punto di vista giuridico e quali sono le norme che, ad oggi, tutelano il lavoratore garantendogli la possibilità di agire, eventualmente, contro il fautore del danno per chiederne il risarcimento. La problematica degli infortuni sul posto di lavoro è da sempre fortemente avvertita dalla coscienza sociale. A partire dal caso Thyssen Krupp di Torino del 2007¹, l'opinione pubblica è stata fortemente scossa ed è nata l'esigenza di

¹ La Thyssen Krupp è un'azienda tedesca considerata la migliore nel settore siderurgico. Tra le diverse società che controlla c'è anche l'Acciai Terni che ha due stabilimenti, di cui uno a Torino. Nella notte tra il 5 ed il 6 Dicembre del 2007 una fuoriuscita di olio bollente, avendo causato un incendio di grandi

ricercare risposte a livello normativo sulla questione. Per stabilire quando vi è copertura assicurativa dell'Inail bisogna rifarsi all'art. 2 del D.p.r. n.1124 del 1965. Quest'ultimo dispone che la tutela assicurativa contro gli infortuni sussiste nel momento in cui vi sia la compresenza di tre presupposti: 1) occasione di lavoro; 2) causa violenta; 3) lesione dell'integrità psico-fisica. Nel caso di specie il medico legale ha accertato la sussistenza dei predetti presupposti. Per quanto concerne il primo elemento, l'orientamento giurisprudenziale fa affidamento sulla definizione offerta da una sentenza della Cassazione.² La Cassazione, nell'elaborare la definizione di infortunio, fa riferimento anche ai normali rischi della vita quotidiana privata. Per questo motivo si tende a "coprire con la garanzia assicurativa una quantità di eventi dannosi subiti dal lavoratore sul luogo di lavoro e durante l'espletamento della prestazione non riconducibili al rischio intrinseco connesso all'attività lavorativa, o alle attività immediatamente e necessariamente a quella connesse, ma tuttavia legate allo svolgimento della prestazione".³ Il secondo elemento richiesto per l'indennizzabilità dell'infortunio è la causa violenta. Tale causa deve essere necessariamente connessa all'esplicazione dell'attività lavorativa. Con l'introduzione del decreto legislativo n. 38 del 2000 si è ampliata la copertura assicurativa dell'Inail facendovi rientrare anche tutti quegli infortuni occorsi nel tragitto che collega due luoghi di lavoro, o nel percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro. Ultimo elemento necessario per la configurazione di un infortunio indennizzabile è dato dalla presenza di una lesione all'integrità psicofisica del lavoratore.

4. Danno patrimoniale e danno alla capacità lavorativa specifica

Ogni istituto richiamato dalla sentenza in esame è stato oggetto di discussioni e dibattiti quanto alla sua natura e fondamento. Il giudice ha nominato un consulente tecnico d'ufficio per la stima e la quantificazione del danno subito dal lavoratore ricorrente. Il CTU ha individuato profili di danno patrimoniale e non patrimoniale che sono stati, in un secondo momento, ripresi dal giudice di merito che ne ha accertato la legittimità. Dalla sentenza emerge che nessuna delle due parti si è opposta alla dichiarazione del CTU e né risultano essere stati nominati dei consulenti tecnici di parte in grado di mettere in discussione quanto deciso dal perito in materia. Per quanto riguarda l'istituto del danno patrimoniale, questo potrebbe essere scisso nelle due componenti del 1) danno emergente; 2) lucro cessante. I due elementi del danno patrimoniale sono sostanzialmente differenti. Mentre il danno emergente fa riferimento all'effettiva perdita economica subita dal creditore-lavoratore a seguito del danno subito, il lucro cessante si riferisce alla, eventuale, perdita economica futura che il danneggiato sarà chiamato a sopportare. Il danno emergente contempla, quindi, le spese effettivamente sostenute⁴ (spese per i medicinali, riabilitazione, taxi, ambulanza, spese per lo psicologo, scontrini farmaceutici) mentre il lucro cessante non si riferisce a parametri di facile individuazione. L'unica differenza rilevante tra i due elementi del danno starebbe nella

proporzioni, portò alla morte di sette operai. I sindacati denunciarono l'inadeguatezza delle misure di sicurezza impiegate dallo stabilimento (estintori scarichi, telefoni isolati, idranti mal funzionanti, mancanza di personale specializzato). La società negò la propria responsabilità ed, inizialmente, accusò gli operai di aver cagionato colposamente l'incendio. La vicenda si chiuse in appello con la condanna, per omicidio colposo degli imputati. La Cassazione rinviò la questione alla Corte d'Appello in occasione della difficoltà di determinazione della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

² Cass. sez. 23 luglio 2012 *"per occasione di lavoro devono intendersi tutte le condizioni, comprese quelle ambientali e socio-economiche in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore"*.

³ Cass. sez. lavoro, 23 luglio 2012 n 12779.

⁴ "La responsabilità civile ed il danno" di Luigi Viola.

maggiore difficoltà di identificazione del lucro cessante che potrebbe essere sottoposto, con più facilità, a valutazioni di tipo equitativo.⁵ Nel caso che ci riguarda i dubbi in riferimento al danno emergente non si pongono. Il ricorrente presenta tutto il materiale richiesto ai fini della quantificazione e determinazione del danno quali: ricevute ospedaliere per prestazioni ambulatoriali, radiografie, scontrini di medicinali acquistati in farmacia, ricevute di spese sostenute per trasportare il ricorrente in ambulanza, fatture di nuoto, ginnastica, fisioterapia e documenti fiscali con finalità a carattere medico-legale. Concordo con il giudice sulla quantificazione del danno emergente che risulta essere quasi automatica nel momento in cui il ricorrente, diligentemente, fa prova di tutto il materiale raccolto. Più problematica è la definizione del lucro cessante che si concretizza nel danno alla capacità lavorativa specifica.⁶ L'opinione della giurisprudenza e della dottrina sembra essere uniforme nel definire questo tipo di danno. I criteri di riferimento però, a mio parere, per quanto possano essere precisi finiscono per essere poco concreti. Nello stimare il danno alla capacità lavorativa specifica si fa, infatti, riferimento a numerosi criteri quali: età del lavoratore, sesso, attitudini e mansioni svolte⁷.

A mio parere, per quanto possano essere razionali questi criteri, spesso finiscono per non prendere in considerazione adeguatamente la componente soggettiva e per creare ipotesi astratte e generalizzate di pregiudizio. D'altro canto, però, l'aspetto positivo è quello di individuare, comunque, dei criteri quanto più possibile oggettivi nella stima del danno patito da lavoratori che presentano caratteristiche comuni e versano in situazioni analoghe. Per quanto giurisprudenza e dottrina possano essere concordi nella qualificazione di questo tipo di danno, emergono opinioni contrastanti. La problematica più sentita, con riferimento al danno alla capacità lavorativa specifica, si riferisce alla prova che il danneggiato è chiamato a sopportare.⁸ Il lavoratore dovrebbe, infatti, essere in grado di provare che al danno subito seguirà un pregiudizio di natura economica legato, per esempio, alla variazione delle sue mansioni o alla perdita di chances. La giurisprudenza, però, appare unanime⁹ su un unico dato: il risarcimento del danno non può essere automatico ma deve essere fornita una prova concreta del pregiudizio reddituale che il lavoratore potrebbe subire. Esempi di pronunce in tal senso si trovano anche nella giurisprudenza di merito.¹⁰ Un esempio di accoglimento della domanda di risarcimento del danno patrimoniale alla capacità lavorativa specifica è dato dalla pronuncia del Tribunale di Brindisi, sezione Francavilla Fontana del 6 Febbraio

⁵ Visintini, "Trattato breve della responsabilità civile", Cedam 2005.

⁶ "La nozione di ridotta o perduta capacità lavorativa specifica non corrisponde al lucro cessante, istituto di natura civilistica. La nozione attiene alla sfera naturalistica dell'accertamento e della valutazione medico-legale, assolutamente disgiunta da ogni significato economico-attuariale." ("Il danno alla persona da compromissione della capacità lavorativa"-F. Buzzi, M. Travani, M. Valdinì).

⁷ "La capacità specifica al lavoro, nella sua definizione qualitativa, deve riferirsi alle attività pregresse, alle attività svolte all'epoca dell'illecito ed anche alle attività prospettiche, purché concretamente attese." da "Il danno alla persona da compromissione della capacità lavorativa" a cura di F. Buzzi

⁸ Cass. 12 Febbraio 2013 n. 3290 "in tema di risarcimento del danno da invalidità personale, l'accertamento di postumi, incidenti con una certa entità sulla capacità lavorativa specifica, non comporta automaticamente l'obbligo del danneggiante di risarcire il pregiudizio patrimoniale conseguente alla riduzione della capacità di guadagno derivante dalla diminuzione della predetta capacità e, quindi, di produzione di reddito, occorrendo, invece, ai fini della risarcibilità di un siffatto danno patrimoniale, la concreta dimostrazione che la riduzione della capacità lavorativa si sia tradotta in un effettivo pregiudizio economico".

⁹ Cass. 14 novembre 2011 n. 23761; Cass. 10 luglio 2008 n. 18866; Cass. 6 giugno 2008 n. 15031.

¹⁰ Il tribunale di Milano (sentenza del 16 Marzo 2012) in merito ad una richiedente di risarcimento del danno alla capacità lavorativa specifica da parte di una lavoratrice rigettava la domanda perché riteneva che la prova della effettiva sussistenza del danno patrimoniale e la quantificazione dello stesso non fossero stati forniti.

2013. Nel caso che ci riguarda il giudice accoglie la domanda di risarcimento del danno alla capacità lavorativa specifica facendo riferimento ai criteri richiesti. Il mio giudizio è assolutamente conforme a quello del giudice di merito. Ritengo, infatti, che gli elementi analizzati dal giudice siano esaustivi. Il lavoratore, al momento dell'infortunio, risultava essere un operaio di primo livello nel settore dell'edilizia. Dalla discussione emerge anche che il lavoratore era in possesso di un diploma di scuola professionale nel settore delle costruzioni e infrastrutture e che da sempre svolgeva mansioni quali quelle di marmista, piastrellista, carpentiere nell'edilizia. Da tutti questi dati, infatti, emerge che il lavoratore utilizzava molto il suo corpo. Il suo lavoro era legato all'utilizzo degli arti essendo un lavoro esclusivamente manuale. La perdita dell'uso della gamba, legata alla necrosi ischemica seguita alla frattura, avrebbe sicuramente compromesso le sue future prestazioni lavorative. Si può anche sottolineare il fatto che il lavoratore era in possesso di un diploma che lo abilitava a svolgere quelle specifiche mansioni e questo rendeva altamente difficoltoso il suo, eventuale, impiego in mansioni differenti. Prendendo in considerazione anche l'età del soggetto, questi appare essere lontano dalla pensione ma, allo stesso tempo, non così giovane da potersi riadattare a tipi di lavoro differenti da quello precedentemente svolto. Per questi motivi mi sento di dover abbracciare la soluzione prediletta dal giudice in merito alla stima e quantificazione del danno alla capacità lavorativa specifica. Ciò che, infine, è importante sottolineare è che, nella qualificazione del danno alla capacità lavorativa specifica, è necessario un duplice accertamento: 1) accertamento del medico-legale; 2) accertamento del giudice. Sarebbe auspicabile che nell'individuare un'ipotetica lesione alla capacità lavorativa specifica, prima facie, il medico-legale abbia un approccio libero da pregiudizi dovendo consegnare al giudice un parere del tutto asettico, totalmente svincolato da opinioni personali sul versante liquidativo, ponendolo nella condizione di poter procedere ad una valutazione che tenga conto del danno in ogni sua componente.

5. La controversa figura del “danno non patrimoniale”

Ponendo la nostra attenzione sull'istituto del danno non patrimoniale, appaiono doverosi ulteriori rilievi critici. Il ricorrente, nel caso in esame, aveva richiesto, accanto al risarcimento del danno patrimoniale, la liquidazione del danno non patrimoniale. Prima di svolgere le nostre osservazioni è necessario specificare il quadro normativo, giurisprudenziale e dottrinale nel quale questo istituto opera. Con le sentenze gemelle di San Martino del 2008, la Corte di Cassazione si era pronunciata in merito al risarcimento del danno non patrimoniale elaborando alcuni criteri cardine che sarebbero stati applicati, in futuro, dai giudici di merito. Le sentenze avevano, nello specifico, sottolineato che l'istituto del danno non patrimoniale deve essere considerato come un istituto a carattere generale tale da comprendere al suo interno tre diverse sottocategorie: 1) Danno biologico; 2) Danno morale; 3) Danno esistenziale. La Corte si era pronunciata negativamente in merito alla questione di una possibile liquidazione differenziata delle tre ipotesi di danno. Il danno non patrimoniale è tipico e andrebbe risarcito nei soli casi previsti dalla legge (interpretazione estensiva dell'art. 2059 c.c.) o nel caso in cui ricorra una violazione di principi costituzionalmente tutelati. Al fine di mantenere ferma la peculiarità dei singoli casi, però, è lasciata al giudice la possibilità di stabilire il quantum da liquidare, ricorrendo al suo equo apprezzamento e alla personalizzazione del danno.¹¹ Le sentenze gemelle avevano, però, dato adito ad una serie di pronunce contrastanti dei giudici di merito¹² non avendo chiarito a dovere alcuni

¹¹ Vedi “Il danno non patrimoniale” di Marco Rossetti

¹² Trib. Palermo, 12/03/2009, secondo cui «costituisce una duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali derivanti da reato del risarcimento sia per il danno

punti dell'istituto. Nascevano, infatti, con le pronunce del 2008, una serie di dubbi e perplessità che verranno chiariti nella sentenza, recentissima, della Cassazione del 23 Gennaio 2014 n. 1361. Quest'ultima sentenza ha meglio specificato che la categoria del danno non patrimoniale deve essere vista sì come una categoria unitaria ma al cui interno si collocano delle sottofattispecie di danno che risultano essere ontologicamente diverse. Dalla pronuncia in esame emerge che la quantificazione del danno non patrimoniale deve essere unica ma, al contempo, deve considerare autonomamente le diverse voci di danno che si andranno a sommare tra loro per dare origine alla stima complessiva. Da queste premesse possiamo muoverci per analizzare il caso di specie sottoposto all'attenzione del Tribunale di Milano.

6. Danno biologico: ha un prezzo la vita umana?

Il ricorrente agisce per il risarcimento del danno biologico, morale ed esistenziale. Il danno biologico consiste nella lesione dell'interesse all'integrità fisica della persona accompagnata ad una compromissione dell'attività del soggetto. Per quanto giurisprudenza e dottrina siano concordi nell'accettare questo istituto, non pochi sono i problemi legati, soprattutto, alla quantificazione e liquidazione del danno biologico. La stima del danno biologico viene fatta ricorrendo al c.d. metodo "tabellare". Le tabelle sono state considerate, infatti, lo strumento, per eccellenza, in grado di offrire un criterio che sia quanto più possibile obiettivo e razionale nella quantificazione del danno. Il Tribunale di Milano, nella sentenza in esame, dopo aver preso nota della dichiarazione fatta dal CTU che aveva stimato i postumi permanenti subiti dal lavoratore nella misura del 22%, aveva proceduto alla quantificazione del danno risarcibile tenendo in considerazione l'età del soggetto e le sue attitudini. Nonostante il ricorrente avesse chiesto l'applicazione della massima personalizzazione del 37%, il giudice l'aveva negata sulla base del fatto che il patema subito, la cicatrice residua dall'intervento, la preoccupazione di non trovare una nuova occupazione, indici sui quali il ricorrente faceva leva nel richiedere la personalizzazione massima, erano già stati tenuti in considerazione dal ctu nella determinazione del danno biologico. Per quanto, personalmente, possa trovarmi d'accordo con la quantificazione del danno operata dal giudice nella sentenza in esame, riconosco che il riferimento alle Tabelle di Milano possa essere criticato. Il risarcimento del danno biologico, secondo la mia opinione, nel caso da noi studiato, doveva essere assolutamente disposto. In relazione al lavoro svolto, alle mansioni concretamente svolte dal lavoratore appare chiaro che una menomazione permanente dell'arto inferiore potesse avere delle conseguenze negative. Le mie considerazioni si basano sul fatto che, per il lavoratore operaio, l'utilizzo degli arti nel suo lavoro è fondamentale. Bisogna anche considerare la preoccupazione del lavoratore di non trovare nuovo impiego, di non poter progredire nella carriera, di non potersi adattare, in futuro, all'esecuzione di prestazioni di lavoro differenti, senza tralasciare l'elemento psicologico dato dal malfunzionamento dell'arto. Il danno subito dal lavoratore, inoltre, potrebbe avere delle ripercussioni nella vita familiare dello stesso, nella quotidianità, nella vita relazionale considerando la difficoltà che il ricorrente potrebbe avere in futuro nello svolgere le normali attività che caratterizzano la vita di ogni uomo in quanto sarebbe fortemente compromessa la sua capacità motoria.

biologico, sia per il danno morale, atteso che quest'ultimo, inteso quale sofferenza soggettiva, costituisce necessariamente una componente del primo»; Trib. Bari, 27/03/2009, n. 29, secondo cui «vanno risarciti tutti i pregiudizi di natura non patrimoniale, tra questi il danno biologico quale "lesione della integrità psico-fisica della persona che incide negativamente sulle attività quotidiane e sulle dinamiche relazionali della vita del danneggiato" e il danno morale inteso quale "sofferenza soggettiva causata dal reato"».

L'esistenza stessa del ricorrente potrebbe essere fortemente segnata da questo evento anche prescindendo dalla componente lavorativa. Accanto alle lesioni fisiche, al danno psicologico, dovrebbe essere tenuto in considerazione anche il danno estetico patito dal lavoratore ricorrente e comprovato dalla esistenza di una cicatrice residua dall'intervento. I danni estetici, infatti, possono essere risarciti in via autonoma qualora sia dimostrato che possano influire sull'attività lavorativa futura.¹³ In questo caso nessuno nega che il lavoratore potrebbe subire pregiudizi futuri sul posto di lavoro pur non essendo presentata alcuna prova concreta a riguardo.¹⁴ Nel valutare i criteri ora esposti, sebbene il ricorso alle Tabelle di Milano sia immediato e garantisca un trattamento analogo di soggetti che abbiano subito danni coincidenti, il giudice di merito non terrebbe adeguatamente conto della posizione soggettiva del ricorrente, delle sue attitudini, delle sue caratteristiche, del suo status psicologico. Riconosco che il criterio in esame sia il più garantista in termini di risarcimento del danno non patrimoniale ma, allo stesso tempo, presenta un deficit quanto alla valutazione del caso specifico. Alcune pronunce giurisprudenziali, infatti, hanno messo in discussione il ricorso a questo criterio. Anche parte della dottrina, pur non mettendo radicalmente in discussione la funzione delle Tabelle di Milano, è orientata verso soluzioni alternative.¹⁵ Fortemente discrezionale potrebbe essere poi la "personalizzazione" del risarcimento. Questa non fa leva su criteri prestabiliti ma si affida all'equo apprezzamento del giudice. Nel caso di specie il nostro ricorrente chiedeva una personalizzazione massima che non gli veniva riconosciuta dal giudice. Potendo oscillare tra parametri minimi e massimi, il giudizio di personalizzazione può, a mio parere, finire con l'essere fortemente discriminatorio nel momento in cui affida integralmente al giudice la valutazione di un *quid pluris* nel risarcimento non contemplato dalle tabelle di riferimento. Nel momento in cui questo criterio viene riconosciuto il più efficace ed efficiente a livello nazionale, non posso che essere d'accordo con la stima fatta dal giudice. Ma il quesito che mi pongo, alla fine di questo contorto ragionamento, è il seguente: si può affidare la stima, la valutazione, di un danno, di una lesione, a criteri astratti ed oggettivi? O meglio, la vita umana ha un costo? Può essere definito da un giudice o da un legislatore, a priori, il valore economico di una lesione, di una menomazione, della perdita della vita? Queste domande lasciano aperte molte parentesi di discussione e ci lasciano, senza dubbio, interdetti.

7. È possibile un'autonoma liquidazione del danno morale?

Il ricorrente aveva richiesto, in via autonoma ed indipendente dal risarcimento del danno biologico, la liquidazione del danno morale. Nel valutare la sussistenza di questo profilo risarcitorio, il giudice a quo aveva finito per escluderla nel caso di specie. La Cassazione ha più volte riconosciuto l'autonomia della categoria del danno morale

¹³ Si veda Cassazione 12 ottobre 2010 n 21012.

¹⁴ Per quanto riguarda il danno estetico si veda Cass. Sez. civ., 28 aprile 1997, n 3635 secondo la quale *"può ricevere un autonomo ed aggiuntivo trattamento risarcitorio, sotto l'aspetto strettamente patrimoniale, il danno estetico, specie quello localizzato al viso, che, se pur determinante una c.d. "micro permanente" sul piano strettamente biologico, possa avere delle ripercussioni non soltanto su un'attività lavorativa già svolta, ma anche su un'attività futura, precludendola o rendendola di più difficile conseguimento."*

¹⁵ "Chi decide quanto vale un danno biologico?" di Antonello Negro. Nell'estratto si fa riferimento alla possibilità che in futuro sia il legislatore a predisporre i criteri per il risarcimento del danno. Questa esigenza nasce non tanto da un malfunzionamento delle tabelle milanesi quanto dalla necessità che vengano ripristinate le funzioni del legislatore e si riconosca la differenza di poteri del legislatore stesso rispetto a quelli dei singoli giudici. Questa parte della dottrina sottolinea, comunque, la necessità che il legislatore si rifaccia ai criteri stabiliti dalle tabelle ma che sia, in un secondo momento, il singolo giudice ad adattare tali criteri al caso concreto.

rispetto a quella del danno biologico¹⁶ ai fini risarcitori. Nel caso in cui vi siano i presupposti per richiedere la liquidazione di entrambe le voci di danno, si dovrà provvedere ad un autonomo risarcimento.¹⁷ Ciò che rileva, però, ai fini della determinazione del quantum del risarcimento, è l'individuazione della specifica lesione, in termini di sofferenza morale della persona, subita dal lavoratore. Il fatto che il giudice a quo abbia analizzato, nella liquidazione del danno biologico, la componente della "sofferenza soggettiva" sta a sottolineare che, nel caso di specie, nella valutazione e stima del danno biologico, il giudice abbia considerato anche i criteri per la liquidazione del danno morale. Come stabilito in una nota sentenza della Cassazione¹⁸, ciò che rileva ai fini della quantificazione del danno non è il "nome" impiegato per qualificare il pregiudizio subito dall'attore, quanto l'effettivo e sostanziale patema individuato, indipendentemente, dalla qualificazione definitoria. Sono d'accordo con la scelta del giudice di non disporre una liquidazione autonoma del danno morale nel caso in esame. Nel dimostrare la sussistenza della necessità di un' autonoma liquidazione del danno morale, a mio parere, il ricorrente avrebbe dovuto indicare profili di danno diversi da quelli analizzati dal giudice e, preventivamente, imputati a titolo di danno biologico. Rileva, infatti, che il giudice aveva considerato anche la componente soggettiva del danno subito. Sussiste duplicazione di risarcimento se il danno è il medesimo ancorché sia stato individuato con nomi differenti. Se, invece, i profili di danno sono diversi, potranno dare origine a risarcimenti cumulabili.

8. Danno esistenziale e compromissione della vita relazionale

Per concludere le nostre osservazioni sul danno non patrimoniale dovremmo soffermarci sul profilo che attiene alla liquidazione del danno esistenziale. Affinché possa disporsi il risarcimento del danno esistenziale è necessario che ricorra l'accertamento di particolari requisiti. E' necessario che il soggetto dimostri di aver attribuito un particolare valore alla propria esistenza, al proprio lavoro, alla vita relazionale. In questo caso manca l'individuazione concreta e specifica del quid di peculiare, del particolare aspetto della vita di relazione del soggetto leso sul quale l'evento dannoso avrebbe avuto ripercussioni gravi. Come definito dalla Cassazione¹⁹ le difficoltà di reintegrazione ed i pregiudizi alla vita di relazione subiti dal soggetto e conseguenti alla lesione psico-fisica del danneggiato, non costituiscono motivo di risarcimento ulteriore, a titolo di danno esistenziale, ma sono la diretta conseguenza del

¹⁶ Si veda Cass., 6 luglio 2006, n. 15358 "Secondo questa Corte infatti il danno morale configura una autonoma ipotesi di danno non patrimoniale, risarcibile al verificarsi di determinati presupposti, dotato di piena autonomia ontologica rispetto al danno biologico, per cui la specifica richiesta di quest'ultimo non può essere interpretata come riferibile anche al primo."

¹⁷ La Cassazione con sentenza n. 5795 del 2008 ha, infatti, precisato che "nel caso di accertamento di un danno biologico di rilevante entità e di durata permanente, il danno morale, come lesione della integrità morale della persona (art. 2 e 3 della Costituzione in relazione al valore della dignità anche sociale, ed in correlazione alla salute come valore della identità biologica e genetica) non può essere liquidato in automatico e pro quota come una lesione di minor conto. Il danno morale è ingiusto così come il danno biologico, e nessuna norma costituzionale consente al giudice di stabilire che l'integrità morale valga la metà di quella fisica".

¹⁸ si veda Cass. n.10527 del 2011 che ha stabilito che "in tema di liquidazione del danno non patrimoniale, al fine di stabilire se il risarcimento sia stato duplicato ovvero sia stato erroneamente sottostimato, rileva non il nome assegnato dal giudicante al pregiudizio lamentato dall'attore (biologico, morale, esistenziale) ma unicamente il concreto pregiudizio preso in esame dal giudice. Si ha pertanto duplicazione di risarcimento solo quando il medesimo pregiudizio sia stato liquidato due volte, sebbene con l'uso di nomi diversi".

¹⁹ Cass 11/11/2008 n. 26972 (Sentenze di San Martino: Cass. n. 26972/26973/26974/26975 pubblicate da tutte le più importanti riviste giuridiche con note di commento; Ponzanelli, "Sezioni Unite: il "nuovo statuto" del danno alla persona", in Foro it., 2009, I, 134).

danno biologico. Nel caso in questione nulla è specificato in merito ai particolari connotati che il lavoratore avrebbe dato alla propria vita, attività lavorativa o relazionale. Concordo, dunque, con la scelta del giudice di ricomprendere il risarcimento del danno esistenziale in quello biologico. Dagli accertamenti effettuati, infatti, non emerge che l'immagine del lavoratore avrebbe risentito dell'infortunio subito, né che sarebbe stata compromessa la sua posizione nella società o all'interno dell'azienda. Concludendo, ciò che è paradossale, a mio parere, è che categorie di danno così importanti vengano individuate dalla giurisprudenza e non abbiano ancora un riscontro normativo. Nonostante siano, ormai, trascorsi numerosi anni dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità in materia di danno non patrimoniale, questa categoria non ha ancora trovato solida collocazione nell'ordinamento italiano. Questo mi lascia pensare al fatto che sempre più spesso il giudice si atteggi a legislatore nell'individuare principi di diritto, e lungi dall'applicare semplicemente norme di legge dettate a priori e calate dall'alto, finisca egli stesso con l'individuare in via giurisprudenziale. La figura di un giudice "bocca della legge" lascia, sempre più spesso, spazio alla figura di un giudice "creatore del diritto" che pare essere, alle volte, l'unica in grado di tener testa alla repentina evoluzione della realtà. La mia domanda è: Dobbiamo arrenderci al cambiamento del sistema o auspicare una redistribuzione di poteri?

9. Danno differenziale, questo sconosciuto!

A livello normativo non si è ancora pervenuti ad una definizione compiuta del c.d. "Danno differenziale". Secondo la giurisprudenza e dottrina prevalente la nozione di danno differenziale comprende tutto ciò che non è coperto dall'Inail o per titolo differente o per lo stesso titolo. Quando il titolo è differente, il danno differenziale prende il nome di danno complementare o quantitativo; se il titolo è il medesimo si parla di danno differenziale qualitativo. L'istituto del danno differenziale non è ancora stato ben individuato e dubbi sono i suoi confini. Non si può, però, tralasciare la necessità, che spesso si affaccia, di risarcire anche questo tipo di danno. L'importanza della nozione di danno differenziale la si ritrova quando si va a valutare, in chiave comparativa, la figura dell'indennizzo obbligatorio disposto dall'Inail e quella del risarcimento di matrice civilistica. L'indennizzo previsto dall'Inail ha la sua base costituzionale nell'articolo 38 della Costituzione. Tale figura ha prevalentemente carattere di prevenzione e ha finalità sociale. L'istituto dell'indennizzo dell'Inail trova il suo presupposto nell'occasione di lavoro persa e vede quale soggetto debitore proprio l'ente assicurativo. Quando facciamo riferimento all'istituto del risarcimento dei danni ci fondiamo su presupposti diversi. La tutela risarcitoria civilistica ha natura contrattuale, vede quale soggetto debitore il datore di lavoro e ha come obiettivo quello di garantire il risarcimento dell'intero danno patito dal lavoratore²⁰. La definizione del danno indennizzabile dall'Inail si trova nell'articolo 13 del D.Lgs. 2000 n. 38. Benché sia stata ampliata la soglia di bisogno tutelata dall'articolo 38 che è ora orientata nel senso che il danno –base individuato è quello biologico, possono restare fuori dal danno indennizzato dall'Inail una serie di voci. Nasce, dunque, l'esigenza di ricorrere all'istituto della responsabilità civile per risarcire le ulteriori voci di danno(danno morale, esistenziale, biologico non coperto dall'Inail). Importante è, poi, sottolineare che, mentre l'istituto dell'indennizzo coperto dall'Inail non prevede accertamento della responsabilità del datore di lavoro, della colpa del danneggiato, facendo riferimento solo alle modalità con cui l'evento si è verificato e al fatto che questo sia avvenuto sul posto

²⁰ Vedi "La prova del quantum nel risarcimento del danno" di Paolo Cendon.

di lavoro e comportando il solo onere in capo al lavoratore di dimostrare il nesso di causalità tra l'evento ed il danno, l'istituto del risarcimento, avendo la sua base di legittimità costituzionale nell'articolo 32 della Costituzione, prevede che il lavoratore debba compiere tutti gli accertamenti precedentemente esposti. A partire dal 2000 sono state elaborate una serie di tesi più o meno restrittive in materia di danno differenziale. Secondo una prima teoria, di matrice giurisprudenziale, nel caso di indennizzo da parte dell'Inail, l'esonero del datore di lavoro sarebbe completo e non si avrebbe alcun danno differenziale²¹.

Una seconda teoria, restrittiva, imporrebbe il rigetto della domanda del danneggiato qualora quest'ultimo si sia limitato a domandare, genericamente, il risarcimento del danno biologico senza specificare la richiesta di quello differenziale. Altra tesi disporrebbe analogo rigetto, senza istruttoria, della domanda del ricorrente qualora costui abbia ommesso di indicare quanto ricevuto dall'Inail. La giurisprudenza di merito più accolta, invece, dispone a favore dell'esistenza dell'istituto del danno differenziale²².

Il problema più grande si pone in riferimento alla liquidazione del danno differenziale. A tal proposito più indirizzi contrastanti si sono susseguiti in giurisprudenza e dottrina. La giurisprudenza di merito si è, infatti, a lungo interrogata sul problema del divieto di cumulo tra le due forme di riparazione e sul problema dell'eventuale limite del regresso dell'Inail nel caso di responsabilità del datore di lavoro. Un primo indirizzo giurisprudenziale era giunto ad ammettere l'inesistenza di una interferenza tra ambito previdenziale ed ambito risarcitorio giungendo ad ammettere che fosse sufficiente il calcolo del danno civilistico complessivo²³. Un secondo indirizzo era a favore dell'esistenza di un potenziale conflitto tra i due ambiti riconducibile alla dicotomia danno patrimoniale-danno non patrimoniale. Secondo questo indirizzo non sarebbe stato possibile ricorrere ad una scomposizione in più voci diverse del danno alla persona. Secondo un terzo indirizzo, maggiormente accolto a livello giurisprudenziale, sarebbe massima e sarebbe doverosa una scomposizione delle singole voci, anche a livello di danno non patrimoniale²⁴. Le sentenze della giurisprudenza di legittimità sono ancora scarse. A tal proposito un'importante sentenza della Cassazione ha stabilito il principio secondo il quale il danno biologico non si esaurirebbe in quello indennizzato dall'Inail.²⁵ Secondo quanto fin qui affermato è doverosa una riflessione sul caso in esame. Nella sentenza analizzata il ricorrente aveva ricevuto l'indennizzo stimato dall'Inail secondo le tabelle di riferimento. Il ricorrente non negava di aver ricevuto tale ristoro e si domandava se fosse possibile agire ugualmente per il risarcimento dei danni direttamente contro il datore di lavoro. Analizzato il pensiero della corrente giurisprudenziale prevalente, è emerso che:

1. l'indennizzo ed il risarcimento sono cumulabili
2. è possibile agire per le voci di danno "restanti" e non indennizzate dall'Inail
3. indennizzo e risarcimento hanno funzioni differenti
4. è possibile agire contro il datore di lavoro essendo le singole voci di danno, anche non patrimoniale, scomponibili per il risarcimento del danno biologico

La soluzione adottata dal giudice di merito, a mio parere, appare perfettamente conforme alla giurisprudenza precedente. Bisogna riconoscere, infatti, che il ricorrente era ben consapevole della sua situazione e di aver ottenuto precedentemente dall'Inail

²¹ vedi Tribunale di Palermo 12 Marzo 2009; Tribunale di Vicenza 4 Gennaio 2007.

²² Cass, sez.lavoro, 26 ottobre 2012, n. 18569.

²³ Tribunale Reggio Calabria 9 giugno 2010.

²⁴ Tribunale Trieste 6 ottobre 2010.

²⁵ Cass, sezione lavoro 8 marzo 2011, n. 5437.

solo una parte, peraltro irrinunciabile, della liquidazione rispetto a quella complessiva. La stima di danno differenziale attuata dal giudice, infatti, risulta essere assolutamente corretta. Se a ciò si aggiunge che il calcolo del danno biologico effettuato dal ctu sulla base delle tabelle più comuni, e quello attuato dall'Inail erano coincidenti, si comprende che, effettivamente, il danno da risarcire al ricorrente consisteva nella mera differenza tra quanto prestato dall'Inail a titolo di indennizzo e quanto a lui dovuto sulla base delle altre voci di danno invocate. Essendo la figura del danno differenziale accolta, quasi all'unanimità, dalla giurisprudenza contemporanea non vi è ragione di metterla in discussione. Il lavoratore, infatti, può subire dei pregiudizi ulteriori rispetto a quelli stimati ed indennizzati dall'Inail. Questo trova una maggiore giustificazione se si considera che nel danno indennizzato dall'Inail non vi è la componente legata alla responsabilità del datore di lavoro ed il ricorrente potrebbe essere interessato anche ad agire con finalità "punitiva" nei confronti del diretto responsabile dell'infortunio subito. Manca totalmente nel calcolo ex art 13 D. Lgs. 2000 n. 38 anche la componente del danno morale ed esistenziale ed il lavoratore dovrebbe essere legittimato ad agire anche per la sofferenza soggettiva e per le, eventuali, ripercussioni negative sulla vita relazionale dallo stesso subite. Concludendo, secondo un mio giudizio, al lavoratore dovrebbe essere data la possibilità di agire, in un secondo momento e qualora ne ravvisi l'esigenza, contro il datore di lavoro restando, ugualmente, libero di accettare l'indennizzo dell'assicurazione senza sopportare necessariamente il peso di un processo.

10. Quando è responsabile il datore di lavoro?

Le ultime riflessioni da affrontare riguardano il profilo della responsabilità del datore di lavoro. Il caso in questione fa sorgere delle perplessità in merito al responsabile del danno. Il ricorrente aveva, infatti, chiamato in causa le tre imprese protagoniste della nostra storia domandando contro chi di loro fosse legittimato ad agire. In giurisprudenza non è più, oramai, controversa la natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro²⁶. Partendo da queste premesse, è doveroso specificare la disciplina in merito all'onere della prova. Dalla natura contrattuale della responsabilità, ex art. 2087 c.c., emerge chiaramente il principio secondo il quale il lavoratore sarebbe esonerato dalla prova della colpa, gravando sullo stesso il solo obbligo di dimostrare l'esistenza dei seguenti presupposti: 1) danno; 2) nocività dell'ambiente di lavoro; 3) nesso di causalità tra il danno e l'evento²⁷. In capo al datore di lavoro è posta una presunzione di colpa che potrebbe essere da lui abbattuta solo dimostrando che il fatto oggetto della controversia sarebbe avvenuto per causa a lui non imputabile. Abbiamo precedentemente verificato l'esistenza del nesso di causalità, nel caso di specie, dimostrato dal fatto che la frattura sottocapitata del femore destro, accertata dal medico legale, risultava essere la diretta conseguenza dell'impatto dell'anca destra con il pavimento a sua volta dovuto alla

²⁶ "Il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato-per legge, ai sensi dell'articolo 1374 c.c. dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e dall'altro, che la responsabilità contrattuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente, comunque assunta dal danneggiante nei confronti del danneggiato" (Cass. Sez. lav, 1 giugno 2006 n 13053, in Foro it. 2007, I, 1254).

²⁷ "L'art. 2087 cod. civ. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento. Ne consegue che incombe sul lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro e, solo se il lavoratore abbia fornito la prova di tali circostanze, sussiste per il datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza di tali obblighi." (Cass., Sez. lav., 29/1/2013 n.2038).

caduta del lavoratore dalla scala. Riprendendo, quindi, la definizione, precedentemente data, dell'onere della prova,²⁸ ulteriori precisazioni dovrebbero essere fatte con riferimento al caso di specie. Con riguardo all'onere della prova si sono succeduti orientamenti contrastanti. Un primo orientamento giurisprudenziale tende a preferire la tesi secondo cui l'onere di provare l'inadempimento, ossia la mancata adozione delle misure di prevenzione e sicurezza richieste, graverebbe sul lavoratore.²⁹ Emblematica a tal proposito è la sentenza della Cassazione che dichiara che "l'onere di dimostrare l'inadempimento del datore di lavoro dell'obbligo di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno all'integrità psico-fisica del lavoratore graverebbe su quest'ultimo".³⁰ La Cassazione si è pronunciata più volte in materia seguendo questa corrente di pensiero.³¹ Questo orientamento pare essere accolto anche da parte della dottrina. Un secondo filone giurisprudenziale sarebbe, invece, a favore di un'impostazione differente. Secondo quanto stabilito da altra parte della dottrina, infatti, l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare il danno sarebbe posto in capo al datore di lavoro. Il lavoratore dovrebbe dimostrare solo il nesso di causalità e la nocività dell'ambiente di lavoro.³² Un'ultima posizione intermedia, invece, fonderebbe tutto sulla distinzione tra misure di sicurezza nominate (previste da esplicite disposizioni di legge) e misure di sicurezza innominate.³³ Anche secondo questa impostazione l'onere di provare l'inadempimento sarebbe posto in capo al lavoratore. Quest'onere sarebbe affievolito nel caso di misure di sicurezza nominate per le quali al lavoratore si chiederebbe soltanto di provare il rischio specifico che si vuole prevenire. La giurisprudenza odierna sembra preferire la seconda impostazione lasciando al lavoratore il solo onere di provare le modalità con cui si è verificato il danno e le cause che lo hanno prodotto. Quella in capo al datore di lavoro è una presunzione che non può essere scavalcata provando la semplice negligenza del lavoratore. L'unico strumento che l'ordinamento pone nelle mani del datore di lavoro consiste nella prova di un comportamento assolutamente anomalo ed eccezionale del lavoratore. Commentando la sentenza in esame ci dobbiamo soffermare sul comportamento tenuto dal lavoratore. Emerge chiaramente che il lavoratore non ha adottato un comportamento anomalo e assolutamente imprevedibile. L'unica sua colpa risiede nell'essere stato imprudente nell'utilizzare la scala e nell'aver effettuato la prestazione richiesta in assenza di altri operai sul posto. Il comportamento del lavoratore si giustifica per la fretta di dover portar a compimento l'opera che gli era stata commissionata dal datore di lavoro. Quest'ultimo, infatti, avrebbe spiegato al lavoratore come utilizzare la scala ma non avrebbe dato alcuna prova di aver adottato tutte le misure di sicurezza e di prevenzione previste dal 2087c.c., ne avrebbe dimostrato che la scala fosse munita di dispositivi che avrebbero impedito lo scivolamento del piede. Il datore di lavoro non è stato in grado, quindi, di dimostrare l'insussistenza dell'inadempimento, a lui imputabile, degli

²⁸ Tratto da "I danni nel rapporto di lavoro" di Natalino Sapone.

²⁹ Cass, sez. lavoro 16 maggio 2006, n. 11523, in Riv. It. Dir. lav. 2007.

³⁰ "La parte che subisce l'inadempimento è comunque soggetta all'onere di allegare e dimostrare l'esistenza del fatto materiale ed anche le regole di condotta che assume essere state violate, provando che l'asserito debitore ha posto in essere un comportamento contrario o alle clausole contrattuali che disciplinano il rapporto, o a norme inderogabili di legge o alle regole generali di correttezza e buona fede o alle misure che, nell'esercizio dell'impresa, debbono essere adottate per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro." (Cass, sez. lavoro, 7 novembre 2000 n. 14469 in Dir. e giust. 2000, 43-44, 28).

³¹ "L'inadempimento dell'obbligo del datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore deve essere dimostrato dal lavoratore che chiede il risarcimento del danno biologico." Cass. Sez. lav., 5 febbraio 2000 n. 1307 in Foro it. 2000, I, 1570.

³² Cass., Sez. lavoro, 14 aprile 2008, n. 9817 in CED Rv. 602899.

³³ Cass., Sez. lav., 1 giugno 2006, n. 13053, in Foro it. 2007, I, 1244.

obblighi previsti. Non sono d'accordo con il giudice sul concorso di colpa del lavoratore da lui individuato nella misura del 30%. Con riferimento alle due argomentazioni sulle quali fa leva il giudice di merito per avvalorare la sua tesi non sono pienamente d'accordo sulla prima. Non è data prova concreta del fatto che se il lavoratore avesse utilizzato la scala in presenza di colleghi avrebbe ridotto la possibilità di verifica dell'incidente o l'avrebbe totalmente esclusa. Pur non essendo dimostrato concretamente, neppure, che se il lavoratore avesse impiegato la scala in modo conforme alle prescrizioni date dal datore di lavoro avrebbe evitato con certezza l'infortunio, in questo caso ravviso la presenza di un concorso colposo stante la necessità del lavoratore, comunque, di eseguire la sua prestazione in conformità di quanto disposto dal datore di lavoro. Emerge chiaramente che la disciplina è stata prospettata per cercare di porre un argine al fenomeno degli infortuni sul lavoro. Le regole sul riparto dell'onere della prova appaiono, infatti, dettare una disciplina garantista nei confronti del lavoratore e sono espressamente rivolte a tutelare la posizione di quello che, nel rapporto contrattuale, appare essere il soggetto più debole.

11. Ulteriori profili di responsabilità

L'ultimo profilo da analizzare riguarda la responsabilità della società D. S.r.l., committente e proprietaria del capannone presso il quale il lavoratore svolgeva la propria opera. Il ricorrente domandava se potesse agire anche nei confronti dell'impresa D. S.r.l. per la condanna al risarcimento dei danni. La Cassazione ha espressamente individuato due regole di diligenza e prudenza che devono essere rispettate dal committente durante l'esecuzione di un appalto. Prima di tutto il committente è chiamato a verificare che l'appaltatore da lui scelto non sia semplicemente munito di titolo idoneo all'esecuzione dell'opera ma abbia anche le competenze tecniche e specifiche necessarie. In secondo luogo il committente è obbligato a "non ingerirsi nell'esecuzione dell'opera". Nel caso in cui il committente non dovesse rispettare tali obblighi sarà chiamato a rispondere dell'eventuale danno verificatosi a titolo di colpa³⁴. La normativa è stata disposta per prevenire gli infortuni sul lavoro. Anche la Cassazione penale si era espressa, in una nota sentenza, in senso favorevole al riconoscimento di una responsabilità in capo al committente³⁵. Si tratta di capire quando si può parlare di ingerenza del committente e quando, invece, questa non sussiste. Nel caso specifico il giudice, correttamente, si sofferma sul fatto che la stessa società D. S.r.l. aveva scelto il direttore dei lavori e coordinatore della sicurezza. Questo dato risulta essere assolutamente rilevante. Proprio l'architetto scelto dal committente avrebbe, infatti, mostrato al lavoratore l'utilizzo degli strumenti da lavoro tra cui sarebbe rientrata anche la scala "responsabile" dell'infortunio. Questi dati dimostrano che la committente voleva esercitare un controllo molto forte sull'esecuzione dell'appalto. La nomina del coordinatore dei lavori, infatti, è un chiaro indizio della volontà della committente di porre persone di fiducia al comando dei lavori. Il fatto che l'infortunio sia stato favorito dall'impiego di uno strumento sul quale utilizzo il lavoratore sarebbe stato istruito dall'architetto scelto dalla committente non fa che sottolineare la responsabilità di quest'ultima.

³⁴ Art 26 "Testo Unico sulla sicurezza" del 2008.

³⁵ Cass, senz. penale n 23351 : "secondo l'insegnamento della suprema Corte in punto di responsabilità per ingerenza il committente risponde penalmente degli eventi dannosi comunque determinatisi, in ragione dell'attività di esecuzione svolta dal subappaltatore, quando si sia ingerito nell'esecuzione dell'opera mediante una condotta che abbia determinato o concorso a determinare l'inosservanza di norme di legge, regolamento o prudenziali, poste a tutela dell'altrui incolumità".

12. Conclusioni

Concludendo, la sentenza in esame è in grado di suscitare numerose riflessioni. Muovendo dalle differenti tematiche affrontate, dalle problematiche sottoposte alla nostra attenzione siamo in grado percepire la molteplicità degli spunti di riflessione che casi come questo sono in grado di offrire. L'istituto del "danno differenziale", le difformità di pensiero in merito alla qualificazione del "danno non patrimoniale", l'esigenza di garantire il rispetto delle norme di tutela e prevenzione sul posto di lavoro al fine di evitare il proliferare di infortuni ed incidenti, sono dati che ci offrono un quadro articolato e multiforme nel quale giurisprudenza e dottrina si muovono, si incontrano e si scontrano continuamente dando origine agli istituti che lo studioso del diritto deve quotidianamente affrontare. La bellezza di istituti come questi è nella loro dinamicità, nella capacità che hanno di adattarsi alla realtà alla quale vengono applicati, di trasformarsi con il tempo e di essere oggetto di continue rivisitazioni e specificazioni da parte dei fautori del diritto. Tematiche come queste lasciano spazio all'interpretazione degli studiosi che vedono dinanzi a loro una porta sempre aperta a nuove critiche e discussioni.

IL DANNO BIOLOGICO E L'ARDUA MEDIAZIONE TRA PRINCIPIO DI INTEGRALE RISARCIMENTO E PRINCIPIO DI UNITARIETÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE

di Tommaso Pedrazzani

IL CASO

Verso le ore 19:00 del 5 dicembre 2007 l'attore stava percorrendo un tratto di strada col proprio motociclo, quando avvicinandosi ad un incrocio, veniva urtato da un'automobile. Il soggetto danneggiato chiama in causa il conducente del veicolo, il proprietario dello stesso e la relativa assicurazione. Viene riconosciuta l'integrale responsabilità del sinistro in capo al conducente dell'autovettura.

L'attore lamenta un danno non patrimoniale complessivo di Euro 58.391,00 e un danno patrimoniale di Euro 28.031,30; quindi nel complesso un risarcimento di Euro 86.422,30 di cui, detratte alcune somme già versate, sarebbe ancora creditore per il valore di Euro 35.513,00. La compagnia assicuratrice afferma di aver già versato una somma superiore rispetto a quella indicata dal danneggiato, che talune voci di danno risultato non provate e che la percentuale di invalidità del 15% indicata dal c.t. di parte sembra eccessiva. Il giudice ritiene che la stima congrua del danno da invalidità permanente sia quella del 12%; per effettuare la liquidazione del danno egli si basa sulle Tabelle di Milano. Per quanto concerne l'invalidità temporanea il giudice riconosce la somma giornaliera di Euro 120,00, avuto conto del particolare dolore sofferto dalla vittima del sinistro. Per quanto riguarda l'invalidità permanente, sulla scorta delle indicazioni della tabella milanese, il giudice accerta un danno biologico al 25%. Il giudice esclude dal computo del danno patrimoniale talune voci non provate adeguatamente dall'attore e non riconosce alcun pregiudizio futuro da perdita della capacità lavorativa specifica. Non viene accertata nemmeno la sussistenza della lesione delle cenestesi lavorativa. Dopo la devalutazione del danno non patrimoniale, la somma complessiva (danno patrimoniale e danno non patrimoniale) da risarcire ammonta a Euro 55.873,91. Detratte le somme già versate, la somma che rimane da pagare corrisponde a Euro 6.032,93; su tale ammontare va calcolata la rivalutazione monetaria. Facendo difetto la prova del danno da lucro cessante, gli interessi vanno riconosciuti dal momento della pubblicazione della sentenza.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Massa in composizione monocratica
ha pronunciato la seguente

Sentenza

nella causa iscritta al n. 1590/2010 R.G. degli affari contenziosi civili
promossa da

G.L., con l'Avv. Stabilito Alessandro Fontana, elettivamente domiciliato in Massa, via Dorsale 23/A

Attore.

Contro

H.D.I. Assicurazioni S.p.A., con l'Avv. Vanni Cecchinelli, elettivamente domiciliata in Massa, via Pascoli 57.

Convenuta.

Nonché contro

T.F.

Convenuto contumace.

Con la chiamata in causa di

D.P.A.R.

Terza chiamata - contumace.

oggetto: responsabilità civile da sinistro stradale.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. - In fatto ed in diritto. - La domanda proposta da G.L., nel contraddittorio con T.F., H.D.I. Assicurazioni S.p.A. e D.P.A.R. onde sentir condannare i convenuti in solido a risarcire il danno arrecato in occasione del sinistro del 5.12.07 quando, alle ore 19.00 circa, l'attore, percorrendo via Pellegrini in Massa in sella al motociclo tg. (...), giunto all'intersezione con via Minuto, veniva urtato dall'autovettura tg. (...), condotta dal sig. T.F., di proprietà di D.P.A.R. - nei cui confronti è stato successivamente integrato il contraddittorio - assicurata con H.D.I. Assicurazioni S.p.A., è fondata nei limiti che qui appresso si vanno a precisare.

1.1 - Incontrovertita l'integrale responsabilità del sinistro in capo al T., occorre premettere che l'attore ha lamentato un danno non patrimoniale complessivo il cui controvalore, nella componente temporanea e permanente, è stato stimato in Euro 58.391,00; di aver sopportato spese mediche pari ad Euro 1.087,30; di aver sostenuto spese a vario titolo (es. trasporto per raggiungere i luoghi di cura) pari ad Euro 1.000,00; di aver sopportato spese per assistenza domiciliare pari ad Euro 5.944,00 per tutta la durata dell'inabilità temporanea assoluta; di aver subito un danno alla specifica capacità lavorativa pari ad Euro 20.000,00; che il danno complessivamente subito ammontava quindi ad Euro 86.422,30; che, trattandosi di infortunio in itinere, H.D.I. aveva versato all'INAIL la somma di Euro 25.409,00 e, di lì ad un momento, aveva corrisposto al danneggiato l'ulteriore somma di Euro 25.500,00 a parziale risarcimento del danno; che dunque l'attore, detratto quanto ricevuto, era ancora creditore dell'assicurazione del veicolo antagonista della somma di Euro 35.513,00.

1.2 - La compagnia di assicurazione, per resistere alla domanda e chiederne il rigetto, ha dedotto che, su richiesta dell'INAIL, H.D.I. le aveva corrisposto l'importo di Euro 44.080,25, oltre alla somma di Euro di Euro 25.500,00, direttamente al danneggiato, a completo risarcimento dei danni non patrimoniali subiti, mentre le ulteriori voci di danno illustrate nell'atto di citazione - spese mediche, spese di vario genere, spese per assistenza domiciliare, danno alla capacità lavorativa specifica - apparivano del tutto prive di prova, mentre risultava del tutto esorbitante la percentuale del 15% di invalidità permanente stimata dal c.t. di parte.

2. - Tanto premesso, occorre dunque accertare l'effettiva sussistenza delle singole poste risarcitorie lamentate e procedere alla comparazione con le somme globalmente erogate all'attore, tanto dall'INAIL, quanto dall'assicurazione convenuta, al fine di stabilire se esse siano soddisfattive del danno subito.

2.1 - Con precipuo riferimento al danno non patrimoniale, il C.T.U. nominato in corso di causa, dr. Gianfranco Tozzi, ha posto in evidenza che a seguito del sinistro stradale per cui è causa, il Sig. G.L. ha riportato "Frattura da scoppio scomposta ed esposta del tratto distale di tibia e perone di destra con perdita di sostanza ossea e diastasi dei frammenti, frattura del malleolo interno", da cui è derivato "un quadro algodisfunzionale caratterizzato da limitazioni funzionali a carico dell'articolazione tibio-

tarsica, come descritto in obiettività; giustificata la persistente reattività edematosa periarticolare al carico prolungato e la sintomatologia algica come riferita".

Il C.T.U. ha dunque rilevato postumi incidenti sulla integrità psicofisica globalmente intesa, valutabili nella misura del 12-13% (dodici-tredici per cento). La durata della malattia traumatica è da intendersi pari a 5 mesi di inabilità temporanea assoluta, cui si aggiunga un mese al 75%, 2 mesi al 50% e 3 mesi al 25%. Documentate e congrue in atti spese per relazione di CTP Dott. M. Positano (Euro 480).

La percentuale cui avere riguardo per la stima del danno da invalidità permanente appare congrua nella misura del 12%, ovvero nella stessa percentuale sulla base della quale l'INAIL ha parametrato l'erogazione delle prestazioni di cui all'art. 66 D.P.R. n. 1124 del 1965 e 13 D.Lgs. n. 38 del 2000.

2.2 - Per la liquidazione deve aversi riguardo alle Tabelle adottate dal Tribunale di Milano che, secondo l' insegnamento della giurisprudenza di legittimità, costituiscono parametro guida di riferimento, fatto salva la necessaria modulazione a seconda del caso concreto, onde procedere alla liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c. del danno alla persona (Cass. sent. n. 24473 del 2014; n. 14402 del 2011; n. 12408 del 2011).

La Tabella redatta dall'Osservatorio per la giustizia civile presso il Tribunale di Milano, recependo i punti cardine fissati dalle Sezioni unite (sentenze n. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008) e proponendosi di liquidare unitariamente il danno biologico conseguente alla "lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale", sia nei suoi risvolti anatomico-funzionali e relazionali medi ovvero peculiari, nonché il danno morale, inteso nei termini di dolore interiore e sofferenza soggettiva, determina il valore del punto conglobando nel valore tradizionale delle Tabelle precedenti un aumento di una percentuale ponderata onde tenere conto della sofferenza soggettiva. Con ciò imprimendo la conseguenza per la quale non vi è necessità di procedere ad un adeguamento onde tener conto del danno morale nei termini sopra precisati che, al contrario, concreterebbe duplicazione di identiche poste risarcitorie. Il sistema qui adottato è pienamente coerente con i principi dalla giurisprudenza di legittimità, atteso che, in luogo di una quantificazione del danno morale per il tramite di un aumento percentuale della somma liquidata a titolo di danno biologico, si provvede direttamente a conglobarlo nel punto di invalidità, aumentando, con una percentuale ponderata, direttamente il valore di quest'ultimo. Oltre all'aumento percentuale ponderato, al fine di tener conto nel valore "medio" del punto di invalidità anche del patema d'animo transeunte, è poi contemplata la possibilità di procedere ad ulteriori aumenti percentuali, contenuti entro limiti prestabiliti, con il precipuo scopo di garantire la possibilità di modulare la liquidazione nell'ottica personalizzata ed assicurare il rispetto dell'inderogabile principio dell'integrale risarcimento dei diritti inviolabili della persona umana.

Similmente, è stabilito un valore medio, che congloba il danno morale, anche per l'invalidità temporanea. Con particolare riguardo al caso di specie, è previsto nell'aggiornamento dell'anno 2014 un valore medio dell'invalidità totale giornaliera pari ad Euro 96,00, modulabile in ragione delle peculiarità del caso concreto sino ad un aumento massimo pari ad Euro 144,00.

2.3 - Ciò posto, dal momento che nel periodo di invalidità temporanea, risulta, tramite i testi escussi, che il G. ha sofferto particolare dolore, tanto da essere costretto all'assunzione di farmaci antidolorifici (v. testi M.O., G.A.), il danno da invalidità temporanea va incrementato sino a concorrenza della somma di Euro 120,00 giornaliera, per un totale, secondo le percentuali di invalidità temporanea distribuite per gli intervalli temporali come sopra indicati, pari ad Euro 27.000,00.

Il danno biologico al 25% per un soggetto di 47 anni al momento del fatto, secondo il valore medio del punto di invalidità, che congloba anche il danno morale, è pari ad Euro 28.285,00, tenuto conto di un controvalore pari ad Euro 3.061,13 per ciascun punto-base di invalidità. Non risultano allegate precipue circostanze afferenti al caso che giustificino l'incremento del valore medio del punto base. L'ammontare complessivo del danno non patrimoniale - per invalidità temporanea e permanente - liquidato con riferimento al gennaio 2014, è pari ad Euro 55.285,00.

2.4 - Viceversa, il danno patrimoniale si compendia con l'attribuzione delle spese mediche sostenute, il cui ammontare è stato ritenuto congruo nella misura di Euro 480,00, nonché con le spese di assistenza per tutto il periodo della durata dell'inabilità temporanea assoluta, pari ad Euro 5.944,00, come confermato dalla teste F.G..

Di contro, non risultano provate le ulteriori voci di danno patrimoniale lamentate dall'attore, in termini di spese per vestiario, per la sostituzione del telefono cellulare e per il trasporto presso luoghi di cura. A tale riguardo, infatti, tutti i testi si sono riferiti, per la conoscenza dei fatti, a quanto riferito loro dallo stesso G.. Sennonché, la giurisprudenza di legittimità è ferma nell'enunciazione del principio secondo cui la deposizione "de relato ex parte actoris", se riguardata di per sé sola, non ha alcun valore probatorio, nemmeno indiziario; può tuttavia assurgere a valido elemento di prova quando sia suffragata da circostanze oggettive e soggettive ad essa intrinseche o da risultanze probatorie acquisite al processo che concorrano a confortarne la credibilità (Cass. sent. n. 18352 del 2013; n. 11844 del 2006; n. 4618 del 1996; n. 269 del 1996).

Nel caso non si rinvencono agli atti evidenze processuali idonee a suffragare quanto riferito dai testi.

Nulla compete, infine, a titolo di danno patrimoniale futuro da perdita della capacità lavorativa specifica.

In linea generale, la mera lesione della capacità lavorativa generica è assorbita nella liquidazione del danno biologico. Il danno patrimoniale alla capacità lavorativa specifica va invece autonomamente liquidato a titolo di lucro cessante qualora alla riduzione della capacità lavorativa generica si associ una riduzione della capacità lavorativa specifica che, a sua volta, dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno (cfr., ex plurimis, Cass. sent. n. 8599/01). Il danno patrimoniale da invalidità deve essere accertato in concreto in relazione all'attività svolta dal soggetto leso: ove non sia dimostrata dal danneggiato la concreta incidenza del danno sulle sue possibilità di guadagno futuro, nonché l'entità del pregiudizio economico conseguentemente sofferto, il danno non è risarcibile; la prova deve avere ad oggetto la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse o, trattandosi di persona non ancora dedita ad attività lavorativa, presumibilmente avrebbe svolto, un'attività produttiva di reddito; pertanto la liquidazione del danno non può essere fatta in modo automatico in base ai criteri dettati dall'art. 4 L. 27 febbraio 1977, n. 39; tale articolo non comporta alcun automatismo di calcolo, ma si limita ad indicare alcuni criteri di quantificazione del danno sul presupposto della prova relativa che incombe sul danneggiato e può essere anche data in via presuntiva, purché sia certa la riduzione di capacità lavorativa specifica (Cass. sent. n. 23293/07; n. 19357/07; n. 18489/06; n. 5840/04; n. 239/01).

Per vero, la corte regolatrice non sembra esprimere un indirizzo pienamente uniforme in ordine alla prova dell'an della compromissione della specifica capacità lavorativa e, dunque, della concreta attitudine della lesione alla salute ad incidere sulle concrete capacità di guadagno del danneggiato.

Impregiudicati i profili che attengono più propriamente alla quantificazione - sui quali sia consentito non soffermarsi - secondo un orientamento del tutto minoritario, pur riconoscendosi che il grado di invalidità permanente determinato da una lesione

all'integrità psico-fisica non si riflette automaticamente, né tanto meno nella stessa misura, sulla riduzione percentuale della capacità lavorativa specifica e, quindi, di guadagno della stessa, tuttavia, nei casi in cui l'elevata percentuale di invalidità permanente rende altamente probabile, se non addirittura certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica ed il danno che necessariamente da essa consegue, il giudice può procedere all'accertamento presuntivo della predetta perdita patrimoniale (cfr. Cass. sent. n. 25634/013; n. 17514/011).

Secondo l'orientamento tradizionale, assolutamente maggioritario, l'accertata esistenza d'un danno alla salute patito, anche se di non lieve entità, non è di per sé sufficiente per ritenere necessariamente esistente una compromissione della specifica capacità lavorativa e, conseguentemente, risarcibile un danno da riduzione della capacità di guadagno, non sussistendo tra i due termini alcun rigido automatismo, a meno che il danneggiato non provi, sulla base di elementi concreti, una verosimile riduzione dei suoi redditi futuri (cfr., tra le più recenti, Cass. ord. n. 16213/013; sent. n. 16541/012; n. 15674/011; n. 10031/06; n. 1230/06; n. 19981/05).

Il Tribunale ritiene di dover dare continuità all'indirizzo prevalente, attesa la maggior aderenza con il caso di specie.

Preme infatti in primo luogo osservare che l'ausiliario dell'Ufficio nominato in corso di causa non ha istituito alcuna plausibile correlazione tra i postumi alla salute accertati - di entità invero non esorbitante - e una possibile incidenza sulla specifica capacità lavorativa del soggetto. Peraltro, se l'esame obiettivo dei distretti corporei attinti da lesioni e maggiormente sollecitati nel corso dell'attività lavorativa effettuato in fase di visita medico-legale rivela indubitabilmente limitazioni funzionali, è parimenti innegabile che le risultanze cliniche non conferiscono maggior valenza dimostrativa all'ipotesi che le menomazioni dell'integrità fisica riscontrate incidano sulla specifica capacità lavorativa del soggetto - obbligandolo a ridurre, per un tempo corrispondente all'invalidità accertata, la propria capacità di lavoro, con conseguente contrazione del reddito - rispetto all'opposta conclusione, in ipotesi formulabile, per cui il danneggiato, pur compromesso nell'integrità della propria salute, sia ugualmente in grado, accrescendo lo sforzo da impiegare e maggiormente usurando il proprio stato psico-fisico nell'adempimento della prestazione d'opera, a conservare inalterata la propria capacità lavorativa e di guadagno e, per l'effetto, immutato l'ammontare dei redditi percepiti.

Pertanto, in carenza di elementi che persuadano per l'ipotesi di una concreta lesione della capacità lavorativa specifica, nell'assenza di elementi che confortino anche solo l'ipotesi di una maggiore usura fisica nell'esercizio dell'attività lavorativa, non si dà ingresso neppure al risarcimento del danno alla salute sotto forma di danno da lesione della "cenestesi lavorativa", che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, risolvendosi in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo, che va liquidato come componente del danno alla salute (Cass. sent. n. 5840/04).

3. - Tanto premesso, poiché l'evento lesivo è precedente alla data in cui è stata redatta la tabella, occorre procedere alla devalutazione dell'importo complessivamente liquidato a titolo di danno non patrimoniale, al fine di avere valori omogenei - segnatamente, rispetto al danno patrimoniale, riferibile, con tollerabile approssimazione, all'epoca del sinistro - sui quali, poi, calcolare la rivalutazione fino alla data della liquidazione.

L'ammontare del danno non patrimoniale devalutato all'epoca del sinistro (5.12.07) è pari ad Euro 49.449,91. Con il danno patrimoniale, l'ammontare del risarcimento globalmente spettante, riferito all'epoca del fatto dannoso, è pari ad Euro 55.873,91.

Risultano corrisposti dall'INAIL, a titolo di danno biologico permanente, Euro 25.409,40 in data 3.6.09 (doc. 9 fasc. attoreo); in data 2.7.09 H.D.I. ha corrisposto l'ulteriore somma di Euro 25.500,00.

Non consta il pagamento di somme ulteriori da parte di H.D.I. D'altro canto, gli ulteriori emolumenti liquidati dall'INAIL attengono in larga parte a poste di danno patrimoniale non oggetto di richieste in questo giudizio, segnatamente l'indennità giornaliera prevista dagli artt. 66 n. 1, 68, 117 del D.P.R. n. 1124 del 1965, che persegue il preciso scopo di ricomporre l'equilibrio economico infranto dalla malattia e dalla conseguente assenza dal lavoro, ossia la funzione di integrare la capacità di guadagno del lavoratore venuta meno a causa della temporanea perdita della attitudine al lavoro (Cass. sent. n. 246 del 1989).

Anche gli acconti, onde comparare valori omogenei, devono essere devalutati sino alla data del sinistro (ex multis, Cass. sent. n. 6347 del 2014). A tale momento, il loro controvalore assomma ad Euro 49.570,98.

Pertanto, il quantum debeatur alla data del sinistro, al netto degli acconti, è pari ad Euro 6.302,93.

Su tale somma, dovrà calcolarsi la rivalutazione monetaria dalla data del fatto sino alla data di pubblicazione della sentenza, momento in cui il debito risarcitorio di valore si converte in ordinario debito di valuta (cfr. Cass. sent. n. 8507/011).

L'attore ha chiesto anche il calcolo degli interessi e della rivalutazione monetaria. Peraltro, chi giudica è dell'avviso che sulla scorta di quanto disposto da Cass., sez. un., n. 1712/95, è necessario che il danno da lucro cessante per mancata disponibilità immediata della somma capitale oggetto dell'aestimatio - liquidato con la tecnica degli interessi - sia allegato e provato, anche con presunzioni, costituite ad esempio, dall'allegazione della maggior remuneratività media del denaro rispetto al tasso di svalutazione nel periodo in considerazione - nonché dalla possibilità di effettuare un investimento che consenta di spuntare almeno quel saggio medio - essendo ovvio che in tutti i casi in cui il primo sia inferiore al secondo, un danno da ritardo non sarà normalmente configurabile, rimanendo assorbita la remuneratività del saggio di interesse nel maggior tasso di rivalutazione monetaria applicato al debito di valore per effetto della taxatio (Cass. sent. n. 3355 del 2010; n. 22347 del 2007; n. 15823 del 2005). Facendo difetto la prova del danno da lucro cessante, gli interessi vanno riconosciuti dal momento della pubblicazione della sentenza, i.e. dal momento in cui il debito di valore si converte in debito di valuta, fino al saldo.

4. - Alla liquidazione delle spese di lite si procede secondo soccombenza, applicando i valori medi - decurtato il compenso per la fase decisoria - dei parametri del conferente scaglione della tabella allegata al D.M. n. 55 del 2014, avuto riguardo al valore effettivo della controversia determinato in base alla somma in concreto attribuita alla parte attrice globalmente vittoriosa, piuttosto che a quella domandata. Spettano quindi Euro 870,00 per la fase di studio, Euro 740,00 per la fase introduttiva, Euro 1.600,00 per la fase istruttoria, Euro 1.000,00 per la fase decisoria.

Spese di C.T.U. definitivamente a carico dei convenuti e della terza chiamata in solido.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra contraria domanda, istanza o eccezione, così provvede:

- Accoglie, per quanto di ragione, la domanda attrice e, per l'effetto, condanna i convenuti e la terza chiamata, in solido tra loro, a risarcire il danno arrecato a G.L., liquidato, alla data del sinistro, in Euro 6.302,93, oltre rivalutazione monetaria dalla

data del fatto sino alla pubblicazione della sentenza, oltre interessi al tasso legale dalla pubblicazione sino all'effettivo soddisfo;

- Condanna i convenuti e la terza chiamata, in solido tra loro, a rifondere le spese di lite, liquidate in Euro 4.210,00 per compenso professionale, oltre rimborso forfetario 15%, Euro 382,00 per esborsi, oltre accessori di legge se ed in quanto dovuti;
- Spese di C.T.U. a carico dei convenuti e della terza chiamata in solido.

Così deciso in Massa, il 10 febbraio 2015.

Depositata in Cancelleria il 10 febbraio 2015.

TRIBUNALE DI MASSA, sentenza 10 febbraio 2015; Giud. *omissis*; G.L. (Avv. FONTANA) c. H.D.I. Assicurazioni S.p.A. (Avv. CECCHINELLI), T.F., D.P.A.R.

Responsabilità civile – Danni derivanti da sinistro stradale – Quantificazione del danno non patrimoniale – Tabelle di Milano – Danno biologico – Danno morale – Invalidità temporanea – Invalidità permanente (Cod. civ. artt. 1226, 2056, 2054, 2059; Cod. Ass. art 138)

Responsabilità civile – Danni derivanti da sinistro stradale – Danno patrimoniale – Riduzione della capacità lavorativa specifica – Accertamento in concreto – Lesione della cenestesi lavorativa (Cod. Civ. artt. 1223, 2043, 2697, 2729)

In presenza di un danno alla persona per la liquidazione del danno non patrimoniale deve aversi riguardo alle Tabelle di Milano, ritenute dalla Corte di Cassazione parametro guida di riferimento in sede di commisurazione equitativa dello stesso ex art 1226 cc, in virtù della loro capacità di liquidare unitariamente il danno biologico, conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica, e il danno morale, attraverso un aumento percentuale ponderato rispetto al valore tradizionale del punto di invalidità, in coerenza con i principi cardine fissati dalle Sezioni Unite nel 2008 . E' comunque fatta salva la possibilità di ricorrere a ulteriori aumenti percentuali nell'ottica di un'adeguata personalizzazione del danno e del rispetto del principio di integrale risarcimento dei diritti inviolabili della persona umana. (1)

La riduzione della capacità lavorativa specifica che dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno deve essere accertata in concreto in relazione all'attività svolta dal soggetto leso o che egli avrebbe presumibilmente svolto. Non sono ammessi automatismi che facciano discendere necessariamente una compromissione della specifica capacità lavorativa dall'accertata esistenza di un danno alla salute, anche se di non lieve entità, a meno che il danneggiato non provi, sulla base di elementi concreti, una verosimile riduzione dei suoi redditi futuri. L'eventuale danno da lesione della cenestesi lavorativa, che si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo, va liquidato come componente del danno alla salute. (2)

(1) La tematica della quantificazione del danno non patrimoniale è stata assai frequentemente affrontata dai giudici (in particolare quelli di legittimità) negli ultimi anni, a conferma di come questo sia un tema “caldo”. Per quanto riguarda le sentenze di Cassazione, le pronunce osservate sono le seguenti: Cass. Civ. 8828/2003; Cass. Civ. 26972/2008; Cass. Civ. 10527/2011; Cass. Civ. 12408/2011; Cass. Civ. 14402/2011;

Cass. Civ. 18641/2011; Cass. Civ. 20292/2012; Cass. Civ. 9231/2013; Cass. Civ. 19402/2013; Cass. Civ. 22585/2013; Cass. Civ. 1361/2014; Cass. Civ. 5243/2014. Per quanto riguarda le sentenze di merito appaiono degne di nota le pronunce indicate da Gerbi Martina e Lancioni Cecilia nel loro contributo del 2014 intitolato *Il Risarcimento del danno alla persona nella RC auto* (Danno e Resp., 2013, 12, 1158); Trib. Sulmona 19 ottobre 2011 n. 1233; Trib. Novara 23 marzo 2011 n. 242; Trib. L'Aquila 12 ottobre 2012. È altresì rilevante da sentenza trib. Milano 16 dicembre 2009 richiamata da Damiano Spera (*Tabella milanese e Cassazione*. Danno e Resp., 2012, 2). Per quanto riguarda le sentenze della Corte Costituzionale si vedano Corte Cost 184/1986 e Corte Cost 235/2014.

I contributi dottrinali analizzati sono stati: Giulio Ponzanelli *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?* Danno e Resp., 2015, 1, 71; Giulio Ponzanelli *Il controllo della Cassazione sul quantum del risarcimento* Danno e Resp., 2014, 1, 7; Nocco Luca *Le novità giurisprudenziali e legislative in tema di danno alla persona* Danno e Resp., 2013, 12, 1143; Francesco Renato Busnelli *La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona* Danno e Resp., 2014, 5, 461; Carlo Bona *Modelli di decisione, euristiche e simboli. Un contributo sul tema del danno non patrimoniale* Sistemi Intelligenti 2013, 2; Paolo Cendon e Natalino Saponi *Verso una nuova stagione esistenzialista del diritto privato* Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247; Pier Giuseppe Monateri *L'ontologia dei danni non patrimoniali* Danno e Resp., 2014, 1, 55; Gina Gioia *Danno esistenziale e prova per presunzioni* Danno e Resp., 2014, 5, 552; Laura Frata *L'unitarietà anomala del danno non patrimoniale nelle pronunce della Suprema Corte* Nuova Giur. Civ., 2014, 3, 194; Amram Denise *La qualificazione e la quantificazione del danno alla persona nell'ottica del diritto comparato* Danno e Resp., 2013, 12, 1147; Tommaso Gasparro e Elisa Serani *Il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona per lesioni di diritti diversi dalla salute* Danno e Resp., 2013, 12, 1169; Raffaella Spinelli *L'ambito di operatività dell'equità ex art 1226 e 2056 cc* Corriere Giur., 2014, 6, 811; Martina Gerbi e Cecilia Lancioni *Il risarcimento del danno alla persona nella RC auto* Danno e Resp., 2013, 12, 1158; Damiano Spera *Tabella Milanese e Cassazione* Danno e Resp., 2012, 2.

(2) L'argomento del danno alla capacità lavorativa è stato studiato soprattutto attraverso l'analisi delle pronunce di legittimità in tema di lesioni della capacità lavorativa specifica e della cenesesi lavorativa. Il dibattito in dottrina su queste tematiche sembra essere meno acceso rispetto alle precedenti poiché le posizioni dei giudici sono più chiare e principi fondamentali appaiono tutto sommato acquisiti. Le sentenze della Cassazione osservate sono: Cass. Civ. 5830/2004; Cass. Civ. 23291/2004; Cass. Civ. 4493/2011; Cass. Civ. 15674/2011; Cass. Civ. 17514/2011; Cass. Civ. 16541/2012; Cass. Civ. 3290/2013; Cass. Civ. 16213/2013; Cass. Civ. 25634/2013; Cass. Civ. 524/2014; Cass. Civ. 11361/2014; Cass. Civ. 25211/2014; Cass. Civ. 25730/2014; Cass. Civ. 2578/2015; Cass. Civ. 7639/2015.

Per quanto riguarda la dottrina si osservi: Martina Gerbi e Cecilia Lancioni *Il risarcimento del danno alla persona nella RC auto* Danno e Resp., 2013, 12, 1158; Giovanni Facci *L'osservatorio delle corti superiori* Resp. Civ. 2012, 2, 148; di Antonella Batà e Angelo Spirito abbiamo preso in considerazione i seguenti contributi *Danno alla capacità lavorativa specifica* Danno e Resp., 2013, 4, 433; *Il danno da incapacità di guadagno non è in re ipsa ma richiede la prova della contrazione del reddito* Danno e Resp., 2014, 11, 1080; *Il danno patrimoniale futuro è da valutare su base prognostica* Danno e Resp., 2014, 8-9, 861; *Riduzione della capacità lavorativa specifica* Danno e Resp., 2012, 10, 1014.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Evoluzione del danno non patrimoniale e del danno biologico; 3. Equità e Tabelle giudiziali; 4. Rapporto tra danno biologico e altre voci di danno non patrimoniale; 5. La sentenza del Tribunale di Massa in tema di danno non patrimoniale; 6. Capacità lavorativa generica e capacità lavorativa specifica; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Le sentenza del tribunale di Massa, datata 10 febbraio 2015, si occupa principalmente di due macro tematiche: la prima è quella della quantificazione del danno non patrimoniale, anche se tale etichetta risulta alquanto semplicistica dal momento che la pronuncia tocca o quantomeno richiama indirettamente più profili relativi tanto al danno non patrimoniale in generale quanto al danno biologico in particolare, la seconda è quella del danno alla capacità lavorativa specifica e del suo rapporto con il danno alla persona.

Per quanto riguarda il primo ambito, tale pronuncia ci offre l'occasione per porre la nostra attenzione su tre aspetti: l'evoluzione, parallela in qualche modo, del danno non patrimoniale e del danno biologico; il significato dell'equità giudiziale e l'utilizzo delle sistema tabellare; il rapporto complesso e controverso tra la figura danno biologico e le altre voci (descrittive?) del danno non patrimoniale.

La ricostruzione del percorso storico che la nostra giurisprudenza ha affrontato al fine di individuare e precisare concetti tanto importanti quanto lessicalmente "evasivi" e indeterminati, almeno a prima vista, come quelli di danno non patrimoniale e di danno biologico si impone ad avviso di chi scrive per poter comprendere quale sia nel dibattito attuale il reale significato di queste e altre figure, di origine positiva, dottrinale o pretoria, che dominano la scena del contenzioso civilistico e per capire se e in che modo la sentenza del giudice di Massa si pone in continuità con l'orientamento prevalente della giurisprudenza, così come la stessa afferma di fare.

L'approfondimento sulla tematica dell'equità del giudice e della sua relazione con il sistema tabellare risulta necessaria per comprendere innanzitutto quale sia il meccanismo pratico che la giurisprudenza corrente ritiene corretto per una precisa e puntuale quantificazione del danno non patrimoniale e successivamente per vedere come le riflessioni svolte nelle altre sezioni abbiano conseguenze molto rilevanti anche nella fase della concreta liquidazione del danno. Anche in tale sede osserveremo la linea seguita dal giudice di Massa per evidenziarne congruenze e/o discordanze rispetto al "modello" ritenuto adeguato dai giudici di legittimità.

Il rapporto tra le varie voci del danno non patrimoniale, presunte/descrittive o reali/autonome, è probabilmente una delle questioni più calde del recente dibattito scientifico in materia di responsabilità civile. Gli operatori del diritto hanno riconosciuto in modo abbastanza evidente tre figure di danno non patrimoniale, con valenza almeno descrittiva: il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale, ed a queste è stato di recente affiancato anche il danno da perdita della vita (Cass. Civ.1361/2014) di cui non ci occuperemo nella nostra analisi. Le righe che seguiranno cercheranno di mettere in mostra quali sono state e quali sono tuttora le principali linee interpretative in materia, evidenziando in particolare i principi di diritto che governano tale discussione e i risvolti pratici derivanti dall'adozione dell'una o dell'altra corrente di pensiero. Di seguito osserveremo come si inserisce la pronuncia posta alla nostra

attenzione in tale dibattito per poterne criticare, eventualmente, le discordanze rispetto alle posizioni dominanti in giurisprudenza e in dottrina.

Chiariamo fin da subito che tutti e tre questi profili sono visceralmente connessi tra di loro e che molto spesso talune valutazioni o considerazioni su taluno di essi si rifletteranno in modo immediato sull'altro, ma ci è sembrata opportuna questa scansione per dare un corretto impianto logico alla nostra analisi della sentenza. Abbiamo preferito concentrare le riflessioni sulla pronuncia del Tribunale di Massa dopo quelle di carattere generale sulle tre tematiche in modo da poter affrontare la sentenza al termine di una indagine la più completa possibile sulle questioni di maggiore importanza che coinvolgono le aule dei tribunali sul tema.

La seconda parte delle nostre riflessioni sulla sentenza, che sarà più breve rispetto alla prima in quanto i profili interessati dalla pronuncia sono maggiormente circoscritti e si prestano ad una valutazione più puntuale, si concentrerà fondamentalmente sui concetti di danno alla capacità lavorativa specifica e di danno alla capacità lavorativa generica, sul ruolo delle presunzioni e dell'onere della prova in questo ambito e sulla figura della lesione alla cenestesi lavorativa.

Come la stessa sentenza ci mostra chiaramente, su tali argomenti troviamo principalmente due posizioni che illustreremo nel proseguo e analizzeremo nei loro contenuti più rilevanti.

2. Evoluzione del danno non patrimoniale e del danno biologico

2.1 Interpretazione originaria dell'art 2059 cc

Il danno non patrimoniale è stato a lungo limitato alla figura tradizionale di sofferenza soggettiva derivante da reato, la cosiddetta pecunia doloris, in quanto l'art 185 c.p era l'unica disposizione che prevedesse esplicitamente la risarcibilità di una figura di danno non patrimoniale, ovvero quella causata da un illecito penalmente sanzionabile.

¹ L'interpretazione che veniva data all'art 2059 cc non permetteva infatti di individuare altre ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile in quanto non vi erano altre norme di diritto positivo che autorizzassero la riparazione di interessi non economici diversi da quello della vittima di un reato. In tempi recenti, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art 2059 cc e della responsabilità civile in genere, come ci suggerisce la stessa Corte Costituzionale, si è notevolmente allargata la portata applicativa dell'art 2059 cc stesso in modo da ricomprendere tutte le figure di lesione degli interessi della persona costituzionalmente tutelati.²

2.2 L'avvento del danno biologico

La transizione dalla vecchia "era" dell'art 2059 cc a quella nuova cominciò negli anni '70, quando risuonarono i primi vagiti della figura del danno alla salute, o danno biologico, cui il danno morale si aggiungeva in fase di liquidazione. Il riconoscimento "ufficiale" di questa nuova tipologia di danno viene fatto solitamente coincidere con la sent 3675/1981 della Corte di Cassazione.

Fino al 2008 il meccanismo di liquidazione del danno biologico e del danno morale era abbastanza elementare: si calcolava il danno biologico e successivamente si commisurava il danno morale in una frazione più o meno grande del danno biologico

¹ Giulio Ponzanelli *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?* Danno e Resp., 2015, 1, 71.

Le Sezioni Unite del 2008 ricordano come "la giurisprudenza [...] si consolidò nel ritenere che il danno non patrimoniale era risarcibile solo in presenza di un reato e ne individuò il contenuto nel c.d. danno morale soggettivo". Cass. Civ. Sez. Unite 26972/2008.

² Fondamentale in tal senso la sentenza 184/1986 della Corte Cost.

(un quarto, un terzo, la metà), secondo (assoluta) discrezione del giudice e in condizioni di automatismo risarcitorio quasi totale, nel senso che era praticamente impossibile ricostruire il procedimento razionale che aveva condotto il giudice a quantificare il danno morale in quella frazione.³

Per quanto riguarda nello specifico il modello di commisurazione del danno biologico, tra la metà degli anni '70 e la metà degli anni '80, sono stati sperimentati due criteri: quello del reddito medio nazionale e quello del triplo della pensione sociale.⁴ Come ci ricorda Bona, questi due sistemi prevedevano che si prendesse in considerazione un valore di base (reddito medio nazionale o triplo della pensione sociale) e lo si moltiplicasse per una percentuale di invalidità e per un coefficiente collegato all'età del danneggiato. Quanto detto ci mostra come, non appena si è affermata la figura del danno biologico, immediatamente è nata anche l'esigenza di garantirne un riconoscimento che fosse percepibile come giusto ed "equo" (torneremo più avanti sul significato di questo aggettivo) non solo per la vicenda all'attenzione del giudice, ma anche per tutti i casi analoghi che la giurisprudenza si fosse trovata a decidere. I due criteri di commisurazione del danno biologico suindicati si palesano come l'emblema dell'eguaglianza in senso formale: il danno alla salute verrà considerato in modo identico per qualsiasi soggetto leso sulla base di criteri chiaramente oggettivi, anche se i giudici hanno mostrato un qualche imbarazzo per l'estrema difficoltà di individuare quale fosse il reddito nazionale medio, senza tenere in considerazione le diversità tra danneggiati e senza considerare il fatto che l'entità del danno aumenta in modo più che proporzionale rispetto alla percentuale di invalidità. Le lacune di questi sistemi di liquidazione del danno biologico, soprattutto dal punto di vista dell'eguaglianza sostanziale, hanno portato i giudici ad adottare criteri differenti, che verranno osservati con precisione nella seconda sezione.

Bisogna ricordare che a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione del 1986 il danno biologico è stato considerato come una voce di danno patrimoniale, quindi risarcibile ex art 2043 cc,⁵ secondo una lettura un po' forzata della patrimonialità vista come la possibilità di misurare il "pregiudizio secondo criteri oggettivi e uniformi"⁶ volta più che altro a dribblare gli ostacoli posti dall'art 2059 cc, ritenuto all'epoca confinato al danno morale soggettivo. Per usare le parole della Corte "l'art 2043 cc, correlato all'art 32 cost, va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma [...] di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana".⁷ Questa lettura del danno biologico, che poggiava all'interno della pronuncia sulla scissione tra danno evento e danno conseguenza, entrambi risarcibili secondo l'orientamento della Consulta in quel periodo, è stata poi successivamente superata con le sentenze gemelle del 2003 della Corte di Cassazione, che hanno riportato il danno alla salute nell'alveo dell'art 2059 cc.

³ Nocco Luca afferma che "prima dell'intervento delle Sezioni Unite, la prassi dominante [...] prevedeva che la quantificazione del danno morale venisse effettuata sulla base di una frazione della riparazione accordata per il danno biologico". *Le novità giurisprudenziali e legislative in tema di danno alla persona*. Danno e Resp., 2013, 12, 1143.

⁴ Carlo Bona *Modelli di decisione, euristiche e simboli. Un contributo sul tema del danno non patrimoniale*. Sistemi Intelligenti 2013, 2, XXV.

⁵ "Soltanto il collegamento tra l'art 32 Cost e l'art 2043 cc [...], imponendo una lettura costituzionale di quest'ultimo articolo, consente d'interpretarlo come comprendente il risarcimento, in ogni caso, del danno biologico". Corte Cost 184/1986.

⁶ Giulio Ponzanelli *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?* Danno e Resp., 2015, 1, 71

⁷ Corte Cost. 184/1986.

2.3 Le sentenze gemelle del 2003

Le richiamate sentenze del 2003 affermano l'impossibilità di proseguire nella lettura restrittiva dell'art 2059 cc,⁸ adottata tradizionalmente dalla giurisprudenza del tempo, in quanto tale interpretazione, ancorata principalmente ai lavori preparatori al Codice Civile del 1942, risulta eccessivamente storicistica, forse addirittura anacronistica nel momento in cui ometteva di prendere in considerazione il mutamento di ordine costituzionale avvenuto con l'entrata in vigore della nostra Carta Fondamentale nel '48, con tutte le conseguenze derivanti in tema di scala di valori e tutela degli stessi.⁹

La Costituzione italiana, in particolare attraverso l'art 2¹⁰, riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'uomo e uno degli strumenti posti a salvaguardia di questi valori non può che essere quello del risarcimento del danno nel caso in cui i diritti fondamentali inerenti alla persona vengano compromessi. In quest'ottica il Supremo Collegio valorizza la innovativa figura del danno biologico, apparso sulla scena con preponderanza a partire dalla sentenza 3675/1981 della Cassazione, "formula con la quale si designa l'ipotesi della lesione dell'interesse costituzionalmente garantito (articolo 32 Cost.) alla integrità psichica e fisica della persona". La Corte avverte poi immediatamente di voler correggere quell'orientamento giurisprudenziale che collegava tale diritto costituzionale all'art 2043 cc anziché all'art 2059 cc.

In un passaggio successivo della sentenza 8828/2003 la Corte di Cassazione dichiara di ritenere ormai acquisita nel nostro ordinamento l'estensione della figura del danno non patrimoniale a ogni tipo di danno che riguardi un diritto inviolabile della persona costituzionalmente tutelato, e non il solo danno morale soggettivo, come altresì la Corte Costituzionale fece nel 1986.

La Cassazione ritiene che il risarcimento del danno non patrimoniale costituisca "la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi". Ciò detto la Corte si cura poi di precisare che, con l'ingresso nel nostro ordinamento della Costituzione, le sue disposizioni hanno assunto la forma di norme di legge e del più alto rango possibile nel rinnovato assetto delle fonti, per cui non vi è alcuna incompatibilità con il rinvio alla legge operato dall'art 2059 cc, non essendo necessaria l'ulteriore intermediazione dell'art 185 c.p., proprio in quanto la Costituzione rappresenta la fonte di diritto positivo di massimo grado come tale idonea a prevedere ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili ai sensi dell'art 2059 cc.

2.4 Le Sentenze di San Martino del 2008

Un ulteriore passaggio chiave per la storia del danno non patrimoniale è rappresentato dalle sentenze di San Martino, ovvero le sentenze n. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008. Queste pronunce delle Sezioni Unite confermano sostanzialmente quanto già era stato espresso nelle sentenze gemelle del 2003 e si

⁸ "Ritiene il Collegio che la tradizionale restrittiva lettura dell'articolo 2059, in relazione all'articolo 185 c.p., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato (interpretazione fondata sui lavori preparatori del codice del 1942 e largamente seguita dalla giurisprudenza), non può essere ulteriormente condivisa". Cass. Civ. 8828/2003

⁹ "Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'articolo 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo -, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona". Cass. Civ. 8828/2003.

¹⁰ Art 2 Cost. Italiana: la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

preoccupano di fornire nuove e più precise indicazioni fissando dei principi di fondamentale importanza per quanto riguarda i rapporti tra le diverse voci di danno non patrimoniale e la liquidazione dello stesso.

La Cassazione afferma che “non emergono nell’ambito della categoria generale del danno non patrimoniale distinte sottocategorie, ma si concretizzano soltanto specifici casi determinati dalla legge [...] di riparazione del danno non patrimoniale”.¹¹ La Corte si occupa poi nello specifico del danno biologico rilevando come la definizione contenuta negli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni¹² rappresenti una cristallizzazione dei risultati ottenuti dopo anni di dibattito e confronto tanto giurisprudenziale quanto dottrinale.

Per quanto ci interessa in questa parte delle nostre riflessioni, le Sezioni Unite chiariscono che la nuova lettura costituzionalmente orientata dell’art 2059 cc non può essere utilizzata per incrementare, moltiplicare le poste di danno. Tanto il principio di integralità del risarcimento del danno, quanto quello dell’unitarietà del danno non patrimoniale impongono di ritenere le varie voci di tale categoria, elaborate nel corso degli anni, come un fenomeno meramente descrittivo,¹³ poiché diversamente sarebbe molto concreto il rischio di cadere in duplicazioni di risarcimento, pericolo dal quale i giudici devono tenersi ben lontani curandosi di verificare concretamente l’effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome con cui questo viene richiesto.

Le sentenze che abbiamo brevemente illustrato costituiscono veramente uno snodo cruciale¹⁴ nell’evoluzione del danno non patrimoniale, tracciando il sentiero entro il quale sia i giudici di merito che la stessa corte di legittimità di muoveranno negli anni successivi,¹⁵ tentando sempre di precisare e di interpretare i principi da esse stabiliti senza (quasi) mai osare una loro drastica messa in discussione. A dimostrazione di ciò si può notare come anche le sentenze che secondo gli interpreti si discostano maggiormente dai dettami delle pronunce di San Martino, in realtà non ne predicano il superamento ma ne propongono semplicemente una lettura diversa da quella data loro dall’orientamento maggioritario.¹⁶

2.5 La sentenza 12408/2011 e le prospettive successive

¹¹ Cass. Civ. Sez. Unite 26972/2008.

¹² Art 138 cod.ass.: [...] per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.

¹³ Paolo Cendon e Natalino Saponi ricordano che “l’impianto di fondo della n. 26972/2008 poggiava sull’assunto secondo cui le sottocategorie [...] erano mere sintesi descrittive, unica essendo la categoria del danno non patrimoniale” per poi sottoporre a critica tale statuizione. *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*. Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247.

¹⁴ Tommaso Gasparro e Serani Elisa fanno notare come “l’autorevolezza del dictum a Sezioni Unite [...] conserva intatta la sua efficacia prescrittiva”. *Il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona per lesioni di diritti diversi dalla salute*. Danno e resp., 2013, 12, 1169.

¹⁵ Gerbi Martina e Lancioni Cecilia osservano una distinzione nella giurisprudenza di merito tra il trattamento riservato alle lesioni micropermanenti, per le quali persiste la congiunta attribuzione di danno biologico e danno morale, e quello riservato alle macropermanenti, in cui predomina invece il trend dell’unitarietà del danno non patrimoniale. *Il risarcimento del danno alla persona nella RC auto*. Danno e Resp., 2013, 12, 1158.

¹⁶ Si veda la sentenza Cass 1361/2014; tra i tanti passaggi volti a reinterpretare la pronuncia 26972/2008 ci sembra emblematico il seguente: “al contrario di quanto da alcuni dei primi commentatori sostenuto, e anche in giurisprudenza di legittimità a volte affermato (v. Cass., 13/5/2009, n. 11048, e, da ultimo, Cass., 12/2/2013, n. 3290), deve escludersi che le Sezioni Unite del 2008 abbiano negato la configurabilità e la rilevanza a fini risarcitori (anche) del cd. danno esistenziale”.

Un altro momento da reputare decisivo nella storia del danno non patrimoniale è dato a nostro avviso dalla sentenza 12408/2011 della Cassazione. Questa decisione, che verrà ripresa con maggiore dettaglio ove ci occuperemo di equità e di tabelle giudiziali, è di notevole rilevanza poiché, nel momento in cui le Tabelle di Milano vengono elevate a parametro di equità per la liquidazione del danno non patrimoniale e assumono le vesti di fonte paranormativa impedendo al giudice di merito di discostarsene ingiustificatamente e arbitrariamente, emerge in via più o meno riflessa quale sia la concezione di danno alla persona che la Suprema Corte vuole difendere. Questo aspetto emerge con chiarezza soprattutto in quei passaggi in cui la Corte illustra i motivi a ragione dei quali le Tabelle milanesi sono ritenute adeguate e preferibili rispetto alle altre.¹⁷

La Cassazione infatti ha deciso di attribuire rilevanza paranormativa alle Tabelle di Milano¹⁸ in quanto da un lato queste già avevano assunto una vocazione nazionale, dall'altro erano state aggiornate all'indomani delle Sezioni Unite del 2008 proprio al fine di adeguarsi ai principi enunciati in tema di liquidazione del danno non patrimoniale e permettevano una commisurazione del pregiudizio alla persona che prendesse in considerazione sia gli aspetti oggettivi che quelli soggettivi, o dinamico relazionali della lesione, in modo di soddisfare tanto l'esigenza di uniformità nel risarcimento, quanto quella di flessibilità e adeguamento al caso concreto.¹⁹

In sostanza la Cassazione non fa che confermarci che in presenza di una lesione all'integrità psicofisica della persona, il danno non patrimoniale coincide con la nozione onnicomprensiva del danno biologico, fissata dal legislatore nell'attuale Codice delle Assicurazioni private e arricchita dalla giurisprudenza successiva, idonea a conglobare in una commisurazione unitaria sia la dimensione biologica "pura" della lesione fisica, sia le conseguenze morali ed esistenziali alla prima connesse. Come vedremo in seguito, non è chiaro in dottrina e giurisprudenza se questa definizione estesa del danno biologico sia realmente "onnicomprensiva" o se invece vi sia spazio anche per altre voci di danno (per esempio danno esistenziale) che sfuggono alla nozione di lesione della salute; ciò che però è evidente è che il giudice di legittimità fornisce una chiara indicazione verso una lettura unitaria del danno non patrimoniale che va a intrecciarsi in modo profondo con la definizione del danno biologico in senso lato che gli interpreti avevano caldeggiato e che lo stesso legislatore aveva deciso di adottare nel 2001, nozione poi confluita nel codice delle assicurazioni private del 2005 e nel lavoro dell'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano impegnato ad aggiornare le Tabelle nel 2009.²⁰

¹⁷ Un'indicazione importante deriva dal rilievo che "l'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano [...] il 25 giugno 2009 ha adottato la nuova tabella, significativamente denominata – in ossequio ai principi enunciati dalle sezioni Unite del 2008 [...] – non più Tabella per la liquidazione del danno biologico, bensì Tabella per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psicofisica". Cass. Civ. 12408/2011.

¹⁸ "Costituiranno d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità". Cass. Civ. 12408/2011.

¹⁹ Richiamando la sentenza del 1986 della Corte Costituzionale, la Cassazione ricorda che "nella liquidazione del danno alla salute il giudice deve combinare due elementi: da un lato una uniformità pecuniaria di base [...], dall'altro elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione all'effettiva incidenza della menomazione sulle attività della vita quotidiana". Sempre Cass. Civ. 12408/2011.

²⁰ Damiano Spera illustra come nel sistema tabellare milanese il danno alla persona vada "considerato in relazione all'integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita". *Tabella milanese e Cassazione*. Danno e Resp., 2012, 2.

Naturalmente l'evoluzione del danno non patrimoniale non è terminata nel 2011. Negli anni seguenti si sono rincorse moltissime sentenze sia a livello di merito che di legittimità che hanno messo sotto stress le acquisizioni appena indicate e non sono mancati nemmeno altri momenti "storici" per la materia, come ad esempio la sentenza della Corte Costituzionale n 235/2014 o la celeberrima sentenza Scarano²¹ dello stesso anno, ma ci sembra di poter dire che lo stato dell'arte in tema di danno non patrimoniale abbia assunto un volto discretamente delineato, con alcuni punti saldi ed altri più traballanti che una parte della giurisprudenza e della dottrina cercano di far cedere verso un nuovo orizzonte della responsabilità civile. Tra i primi possiamo annoverare il principio dell'unitarietà del risarcimento (almeno nel significato di unica posta risarcitoria liquidata), la concezione dinamica del danno biologico e l'utilizzo delle Tabelle di Milano come parametro equo. Meno stabili invece appaiono il principio di integrale riparazione del danno (non mancano sentenze in cui si parla di "maggior approssimazione possibile all'integrale risarcimento", il che non fa che denotare l'impossibilità di una liquidazione del danno non patrimoniale realmente integrale) i limiti della nozione estesa di danno alla salute e conseguentemente il significato della personalizzazione del risarcimento.

2.6 La definizione di danno biologico e le sue conseguenze

Finora ci siamo occupati esclusivamente o quasi dei formanti giurisprudenziale e dottrinale, ma nell'analisi diacronica dello sviluppo del danno non patrimoniale ha giocato un ruolo importante anche il legislatore che è intervenuto, per quel che ci interessa, dando una definizione legislativa del danno biologico con l'art 5 della legge 57/2001 ed ora con gli artt. 138 e 139 cod. ass. del 2005. Tale nozione, che di fatto recepisce gli spunti elaborati in materia da dottrina e giurisprudenza precedenti, identifica il danno biologico con la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito. È di immediata evidenza come questa definizione abbia natura polivalente, idonea ad abbracciare sia l'immagine più vicina al sentire comune del danno biologico "puro", sia una componente più propriamente "artificiale" che include i cosiddetti "aspetti dinamico-relazionali" della lesione alla salute. L'imposizione per atto legislativo di questa figura di danno non patrimoniale ha avuto due importanti conseguenze: la prima è stata quella di aver dato una raffigurazione del danno biologico sottratta al dibattito giurisprudenziale almeno in alcuni dei suoi punti (si potrà discutere, per esempio, se gli aspetti dinamico relazionali includano sempre il danno esistenziale oppure no, ma non si potrà negare che il concetto legislativo di danno biologico abbia anche una dimensione definibile come soggettiva); la seconda è che nel nostro ordinamento esiste con certezza una figura di danno non patrimoniale che ha un nome ben preciso, per l'appunto "danno biologico".

Questa seconda osservazione che potrebbe sembrare abbastanza banale e priva di rilevanza sostanziale assume in realtà una certa importanza dal momento che la Cassazione si è spesso pronunciata con fermezza, come abbiamo visto, a favore dell'unitarietà del danno non patrimoniale. Ora dal momento che, a partire dal 2003²², non vi sono più dubbi sul fatto che il danno biologico ricada nell'ambito dell'art 2059 cc e non nel 2043 cc, e possiamo altrettanto sicuramente affermare che tale figura non sia semplicemente descrittiva dato che è contenuta espressamente in una disposizione

²¹ Cass. Civ. 1361/2014.

²² Cass. Civ. 8827 e 8828/2003.

legislativa, ci viene naturale domandarci come possa il nostro ordinamento affermare da un lato, tramite la voce dei nostri giudici di legittimità, che il danno non patrimoniale rappresenti un'entità unica, non divisibile in sottocategorie, dall'altro, tramite la penna del nostro legislatore, indicare esplicitamente una figura specifica di danno non patrimoniale. Vorrà forse significare che, in presenza di lesione della salute, il danno non patrimoniale coincide esattamente con quello biologico? Oppure dovremo ammettere che in questi casi si impone una deroga al principio dell'unitarietà del risarcimento del danno biologico? Al di là delle soluzioni talvolta alquanto acrobatiche adottate dalla nostra giurisprudenza per la soluzione di questo intricato dilemma bisogna ammettere che un po' di incoerenza in questo ambito c'è.²³ Ci occuperemo in seguito con maggiore dettaglio dei rapporti tra le diverse voci del danno non patrimoniale e delle relative conseguenze in tema di liquidazione dello stesso, ma è evidente che lacune concettuali e discrasie interpretative di tale importanza, già a livello di definizione di danno biologico e di riflesso di danno non patrimoniale, non possono che ostacolare quell'equo e uniforme risarcimento del danno non patrimoniale che tanto gli operatori del diritto quanto il legislatore auspicano.

3. Equità e tabelle giudiziali

3.1. Metamorfosi del significato di equità

Il principio cardine in tema di quantificazione del danno, compreso quello non patrimoniale, è quello di integrale riparazione dello stesso. Ma come è possibile stabilire o verificare l'integrale risarcimento di un danno che di per sé non è suscettibile di valutazione economica, quantomeno immediata?²⁴ La storia della quantificazione del danno non patrimoniale e dei suoi sviluppi rappresenta il tentativo di risposta che la giurisprudenza, la dottrina e in parte anche il legislatore hanno cercato di dare, via via in modo più raffinato possibile, a tale quesito.

L'art 1226 cc ci dice che qualora non si possa provare con precisione il danno nel suo ammontare, è necessario ricorrere al giudizio equitativo del giudice. I pregiudizi non patrimoniali, quelli che per eccellenza non possono essere provati nel loro quantum esatto, sono stati storicamente lasciati all'”apprezzamento di saggezza e di equità del singolo giudice”, come ci ricorda Ponzanelli.²⁵ Tuttavia quantomeno per il danno alla salute, a cominciare dalla sentenza della Corte Costituzionale del 1986, si è avvertita l'esigenza di elaborare criteri di valutazione uniformi tramite la costruzione di tabelle giudiziali.

Numerosi Tribunali, compreso in primis quello di Milano,²⁶ hanno iniziato a ideare dei sistemi che permettessero una quantificazione del danno rispettosa dei due opposti criteri indicati dalla Consulta: uniformità pecuniaria di base da un lato e flessibilità ed elasticità dall'altro. I tribunali che non avevano adottato un proprio impianto tabellare si erano appoggiati a quello di altri che reputavano autorevoli, favorendo così il dialogo

²³ Laura Frata reputa “censurabile [...] il tentativo di conciliare il principio dell'unitarietà del danno non patrimoniale e della sua liquidazione unitaria con una visione atomistica dei suoi effetti”. (*L'unitarietà anomala del danno non patrimoniale nelle pronunce della Suprema Corte* Nuova Giur. Civ., 2014, 3, 194)

²⁴ L'interrogativo è efficacemente ripreso da Francesco Renato Busnelli *La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona* Danno e Resp., 2014, 5, 461.

²⁵ Giulio Ponzanelli *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, Danno e Resp., 2015, 1, 71.

²⁶ Vedasi Damiano Spera *Tabella milanese e Cassazione*, Danno e Resp., 2012, 2.

tra le corti e una parziale armonizzazione a livello territoriale del sistema di liquidazione del danno biologico.²⁷

L'equità del giudice ha progressivamente subito una metamorfosi: da giustizia del caso concreto, e quindi del singolo giudice, a giustizia dei casi eguali, e quindi dei giudici in generale.

Il concetto di equità si è pian piano avvicinato a quello di parità di trattamento, di uguaglianza in senso sostanziale (art 3 comma 2 Cost). Le tabelle giudiziali sono finite per impersonare una forma di giudice collettivo che ha il compito di valutare e liquidare, secondo uguaglianza, il danno alla persona.

L'intervento del legislatore, con precipuo riferimento al caso della lesione derivante da sinistri stradali non ha invero cambiato più di tanto le carte in tavola, per quello che riguarda le macrolesioni, ovvero le lesioni permanenti che comportino una percentuale di invalidità permanente superiore al 9%: per tali ipotesi infatti il legislatore (art 138 cod. ass.) prevede l'adozione di una tabella unica nazionale, che però dal 2005 ad oggi non è mai stata emanata, lasciando quindi ai giudici la facoltà di continuare a basare la liquidazione del danno alla persona sulle tabelle giudiziali.

3.2 Le Tabelle di Milano

Vale la pena di ricordare che tali tabelle riguardano i casi in cui è stato prodotto un danno biologico, o meglio una lesione dell'integrità psicofisica, nella denominazione adottata, non senza motivo, dalle Tabelle di Milano aggiornate dopo le sentenze di San Martino del 2008.

Come diversi autori e la stessa giurisprudenza sottolineano²⁸, l'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano ha cambiato nel 2009 la denominazione delle proprie tabelle, passando da "Tabella per la liquidazione del danno biologico" a "Tabella per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psico-fisica", proprio al fine di adeguare il proprio sistema di quantificazione del danno alla salute ai nuovi parametri indicati dalle Sezioni Unite del 2008 e in via riflessa alla definizione legislativa onnicomprensiva di danno biologico introdotta dal legislatore.

Per sintetizzare la struttura consolidatasi di queste tabelle possiamo dire che esse prevedono l'individuazione di un punto di invalidità, effettuata in concreto tramite accertamento medico legale, cui si applica un aumento percentuale ponderato onde tenere in considerazione anche la dimensione soggettiva della lesione alla salute (i c.d. profili dinamico relazionali) e si ammette eventualmente la possibilità di un ulteriore aumento percentuale della somma ottenuta, entro limiti individuati dalle tabelle stesse, al fine di garantire un'adeguata personalizzazione del risarcimento del danno nei casi in cui questo lo esiga.

Attraverso tale meccanismo le tabelle assolvono il compito, imposto ai giudici di merito dalla Cassazione²⁹, di liquidare unitariamente il danno non patrimoniale derivante da lesioni alla salute, inglobando in una sola posta risarcitoria tutte le componenti del danno non patrimoniale, ovvero quella oggettiva del danno biologico "puro", attraverso la misurazione del punto di invalidità, e quella soggettiva del danno morale e, forse, esistenziale (ma su quest'ultimo punto torneremo successivamente con maggior dettaglio), attraverso l'aumento percentuale ponderato indicato dalla tabella. La

²⁷ A dimostrazione di ciò la Corte di Cassazione con la sentenza 12408/2011 farà esplicito riferimento alla "vocazione nazionale" che hanno assunto le Tabelle di Milano nel tempo.

²⁸ Si osservi ad esempio Laura Frata *L'unitarietà anomala del danno non patrimoniale nelle pronunce della Suprema Corte*, Nuova Giur. Civ. 2014, 3, 194

²⁹ "È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli", Cass. Civ. Sez. Unite 26972/2008.

possibilità ulteriore riconosciuta ai giudici di personalizzare il danno, qualora le circostanze del caso lo richiedano, risponde all'esigenza di garantire quel quid di elasticità e flessibilità che i giudici di legittimità reputano necessario come valvola di sfogo, affinché il sistema non si irrigidisca eccessivamente rischiando il collasso.

3.3. *Le Tabelle di Milano possono essere considerate un parametro "equo"?*

La domanda che a questo punto sorge spontanea è la seguente: posto che l'intervento adeguatore del giudice sulla somma individuata come danno biologico in senso dinamico sembra essere pensato solo per ipotesi straordinarie ed eccezionali, che sfuggano quindi alla prospettiva delle vicende ordinarie e quotidiane, un sistema tabellare così fisso e preciso è compatibile con il giudizio equitativo che l'art 1226 cc, un dato di diritto positivo dunque, richiede in sede di quantificazione dei danni non misurabili nel loro preciso ammontare, tra cui sicuramente sono ricompresi quelli non patrimoniali?

A questa cruciale domanda ha dato una risposta definitiva, o almeno così pare, la Corte di Cassazione con la sentenza 12408/2011. Il Supremo Collegio si interroga a fondo sul proprio ruolo nomofilattico e sul significato del principio di equità, giungendo a due statuizioni di vitale importanza:

“La Corte di Cassazione ritiene che sia suo specifico compito, al fine di garantire l'uniforme interpretazione del diritto (che contempla anche l'art 1226 cc, relativo alla valutazione equitativa del danno) fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona.”

“Equità non vuol dire arbitrio, perché quest'ultimo, non scaturendo da un processo logico-deduttivo, non potrebbe mai essere sorretto da adeguata motivazione.”

Gli Ermellini sostengono in particolare che l'equità abbia un doppio volto: il primo sarebbe quello di giustizia del caso concreto; il secondo invece di giustizia eguale e uniforme.³⁰

La Corte di seguito, nella ricerca di un delicato equilibrio tra i propri compiti e quelli dei giudici di merito, distingue tra l'equità adeguatezza che è competenza del giudice di merito e la fissazione di criteri generali che l'organo giudicante deve rispettare nelle proprie valutazioni equitative, spettante viceversa alla Cassazione nella sua veste di tutore dell'uniforme interpretazione del diritto.³¹

Trasferendo queste riflessioni di carattere generale sul piano della riparazione del danno non patrimoniale emerge come per i Giudici di Legittimità sia necessario stabilire un'uniformità pecuniaria di base idonea a garantire con buona approssimazione l'uguaglianza di trattamento, mantenendo comunque la possibilità di adeguare il risarcimento alle peculiarità del caso concreto.

L'obiettivo è quello di trovare un compromesso capace di evitare gli estremi di un meccanismo liquidatorio troppo rigido e astratto da un lato, e assolutamente arbitrario dall'altro.³²

³⁰ La Corte per la precisione (sent 12408/2011) parla di “strumento di adattamento della legge al caso concreto” e di “funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, evitando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale o viceversa”.

³¹ Per una lettura parzialmente differente dei rapporti tra giudici di merito e Corte di Cassazione si confronti Giulio Ponzanelli *Il controllo della Cassazione sul quantum del risarcimento*, Danno e Resp., 2014, 1, 27, specialmente nel passaggio in cui si legge che “la Cassazione si conferma sostanzialmente giudice di merito in tema di risarcimento del danno”.

³² Può essere utile anche qui richiamare la viva voce della sentenza che fa riferimento da una parte al pericolo di una sottrazione al giudice di “qualsiasi seria possibilità di adattare i criteri legali alle circostanze del caso concreto”, e dall'altro al timore che “il giudizio di equità sia completamente affidato alla intuizione soggettiva del giudice”.

Dopo aver osservato come i principi di adeguatezza e di proporzione impongano di evitare “liquidazioni equitative che si discostino da un minimo comune dell’equità risarcitoria”, la pronuncia dichiara apertamente il proprio favor per l’adozione delle Tabelle di Milano, poiché in primo luogo queste godono già di una “sorta di vocazione nazionale”³³ e in secondo luogo, nella fase di aggiornamento che le ha viste protagoniste nel 2009, all’interno della quale il cambiamento della denominazione ha avuto un ruolo tutt’altro che secondario,³⁴ sono stati presi in considerazione e adeguatamente rispettati i dettami delle Sentenze di San Martino in tema di liquidazione del danno alla persona.

La sentenza 12408/2011 in sostanza attribuisce una presunzione di corretto esercizio della valutazione equitativa³⁵ per tutti quei giudici che decideranno di conformarsi ai criteri contenuti nelle Tabelle milanesi, mentre chi vorrà discostarsene dovrà provare i motivi per cui la fattispecie posta alla sua attenzione si presenti come anomala rispetto ai casi di riferimento delle suddette tabelle, a tal punto da richiedere differenti meccanismi di liquidazione del danno non patrimoniale.³⁶

In tal modo la Cassazione ritiene di poter ovviare al problema di una giurisprudenza localizzata, antitetica rispetto al concetto di equità intesa come parità di trattamento, e al connesso fenomeno, del cd.. forum shopping, percepito come particolarmente odioso dalla Corte.

Spera avverte comunque che, nonostante la maggior parte delle pronunce successive sia stata rispettosa dei principi indicati dalla sentenza 12408/2011, non sono mancate decisioni, anche della stessa Cassazione, che si sono discostate più o meno marcatamente dal precedente, cercando di ridimensionare il valore delle Tabelle milanesi attraverso un accento particolare sulla figura del danno esistenziale.³⁷

All’esito di questa riflessione possiamo notare come in definitiva la Suprema Corte accolga l’idea che in caso di lesione all’integrità psico fisica della persona, la tecnica liquidatoria ritenuta “equa” e quindi corretta, sia quella che si basa sulla nozione estesa, o onnicomprensiva per alcuni,³⁸ di danno biologico. Infatti la Cassazione non fa che avallare lo schema di commisurazione del danno alla persona adottato dall’Osservatorio milanese, il quale si era uniformato ai criteri indicati dalle Sentenze di San Martino, impegnate nella lotta contro la duplicazione delle poste risarcitorie, e alle indicazioni legislative che avevano introdotto l’attuale definizione dinamica di danno alla salute.

³³ Gerbi Martina e Lancioni Cecilia chiariscono questa espressione illustrando come “i valori di cui alle tabelle elaborate dall’Osservatorio per la Giustizia Civile del Tribunale di Milano hanno svolto la funzione di vero e proprio faro guida per i Giudici di prossimità”. (*Il risarcimento del danno alla persona nella RC auto*, Danno e Resp., 2013, 12, 1158).

³⁴ È la stessa Corte di Cassazione che ce lo conferma richiamando esplicitamente questo punto sia nella celebre sentenza 12408/2011 che in molte altre sentenze successive che confermeranno i principi di diritto della sentenza in esame (cfr. Cass. 14402/2011).

³⁵ Francesco Renato Busnelli parla di “una garanzia di precostituita uniformità standardizzante nella valutazione equitativa”. (*La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona*, Danno e Resp., 2014, 5, 461).

³⁶ Damiano Spera, richiamando una sentenza del 16 dicembre 2009 del Tribunale di Milano, ci spiega come un esempio di tali casi eccezionali possa essere dato da un episodio di violenza sessuale su minorenne. In vicende di tale genere il danno biologico “puro” può essere non particolarmente significativo, mentre risultano drammatiche le ripercussioni sull’inviolabile diritto di libertà sessuale, rendendo così potenzialmente inadatta il sistema tabellare milanese innegabilmente biocentrico. (*Tabella milanese e Cassazione*, Danno e Resp., 2012, 2)

³⁷ Damiano Spera *Tabella milanese e Cassazione*, Danno e Resp., 2012, 2

³⁸ Damiano Spera, coautore delle Tabelle di Milano, afferma che “la tabella milanese ha sempre accolto una nozione unitaria e onnicomprensiva di danno biologico” (*Tabella milanese e Cassazione*, Danno e Resp., 2012, 2).

Come già abbiamo avuto modo di intuire, in questo sistema la quantificazione del danno consta di tre fasi, di cui l'ultima ha carattere eventuale. La prima potrebbe essere definita "paraoggettiva" in quanto l'accertamento del giudice si basa su un'indagine medico legale, e quindi si appoggia ad un'analisi tecnico scientifica, ma si riflette pur sempre su una scala di valori e di indici numerici costruita convenzionalmente dagli operatori coinvolti nel settore; la seconda potrebbe essere ricondotta ad una sorta di "soggettivizzazione standardizzata", con una formula forse non particolarmente elegante, ma ad avviso di chi scrive efficace nel tratteggiare le caratteristiche fondamentali di questa fase ovvero, da un lato la volontà di dare rilievo ai c.d. profili dinamico relazionali del danno biologico, dall'altro quella di ricondurli ad una valutazione appunto standardizzata in quanto espressa attraverso l'aumento di una percentuale ponderata rispetto all'indice del danno biologico puro; la terza è quella della personalizzazione vera e propria, ed ha la funzione di adeguare il risarcimento del danno alle peculiarità del caso concreto giunto davanti al giudice entro una percentuale massima indicata dalle tabelle, in modo tale che anche in presenza di circostanze anomale sia comunque preservato il principio dell'integrale riparazione del danno.

3.4. Fragilità logiche e vantaggi pratici del sistema tabellare

Cercando ora di sottoporre a critica il sistema tabellare edificato dall'Osservatorio di Milano e certificato dalla Cassazione nel 2011, non si possono non notare alcune fragilità di questo impianto liquidatorio, quantomeno sul piano logico. Se è vero che la scomposizione del procedimento di quantificazione del danno alla salute in almeno due momenti, uno ancorato ad un'uniformità pecuniaria di base, un altro legato ad esigenze di flessibilità e adeguatezza, è imposto dalle Sezioni Unite del 2008, non è tuttavia a nostro avviso agevole comprendere come le tabelle possano pretendere di individuare una dimensione soggettiva della lesione della salute³⁹ costante e uguale per tutti i danneggiati, attraverso la previsione di un uguale aumento percentuale rispetto al danno biologico puro. Se questi profili dinamico relazionali coincidono, come molti interpreti ritengono, con il danno morale soggettivo, ovvero il patema d'animo e la sofferenza interiore subita dal danneggiato, e con il danno esistenziale, o quantomeno con quegli aspetti di questa voce di danno che non si risolvano in uno sconvolgimento radicale delle scelte di vita della vittima dell'illecito, è abbastanza evidente la difficoltà di giustificare una oggettivizzazione di questi aspetti fortemente personalistici all'interno di un aumento percentuale ponderato e costante per ogni individuo danneggiato.⁴⁰

Va detto che le "incertezze nella quantificazione del danno non patrimoniale"⁴¹ sono dovute anche alle lacune presenti nella definizione legislativa del danno biologico. Ad avviso di chi scrive è forte la sensazione che si tratti di dubbi volutamente lasciati dal legislatore ad una saggia implementazione da parte degli interpreti per il semplice e banale rilievo che quando egli è intervenuto a inizio degli anni duemila fissando tale

³⁹ Il riferimento è alla formula "incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato" contenuta nella definizione di danno biologico di cui all'art 138 cod. ass.

⁴⁰ Particolarmente incisivo in tal senso appare il passaggio di una sentenza del 12 ottobre 2012 del Tribunale di L'Aquila in cui si legge che "il criterio tabellare valuta l'intensità del danno biologico in funzione della gravità e dell'età, ma rispetto allo shock che subisce la vittima di un incidente, né l'età, né la gravità incidono, dipendendo questo, al contrario, dalla personalità, dalla emotività, dalla sensibilità e vulnerabilità psicologica del soggetto". I tratti salienti di questa pronuncia sono riportati e analizzati da Gerbi Martina e Lancioni Cecilia in *Il risarcimento del danno alla persona nella RC auto*, Danno e Resp., 2013, 12, 1158.

⁴¹ È così intitolata una delle sezioni del contributo di Laura Frata *L'unitarietà anomala del danno non patrimoniale nelle pronunce della Suprema Corte*, Nuova Giur. Civ., 2014, 3, 194.

nozione nel diritto positivo, erano già state elaborate da tempo da dottrina e giurisprudenza le categorie del danno morale e del danno esistenziale (quest'ultima di origine più recente). Se il legislatore avesse voluto affermare espressamente che queste due voci di danno in presenza di un danno alla salute dovessero essere assorbite dal danno biologico in senso lato, avrebbe potuto scriverlo a chiare lettere, ma consapevole della delicatezza della questione il legislatore ha preferito utilizzare una formula più sfuggente come quella dell'art 138 cod. ass. in modo da permettere alla giurisprudenza di individuare al riguardo la soluzione più corretta, più equa.

A nostro modo di vedere la struttura trifasica della quantificazione del danno proposta dalle Tabelle di Milano presenta dei punti deboli qualunque sia la chiave di lettura che ne possa essere data dalla giurisprudenza. Posto che pare decisamente minoritario l'orientamento che insiste su un radicale distinzione tra danno biologico e danno morale,⁴² il problema si concentra primariamente sul ruolo del danno esistenziale. Se infatti ritenessimo il danno esistenziale completamente assorbito nella dimensione soggettiva del danno biologico verrebbe da chiedersi quale spazio residuerebbe alla personalizzazione del risarcimento; cioè in altre parole, se tutti i riflessi sulla vita, sulla sfera affettiva e sulle scelte quotidiane derivanti in capo alla vittima dell'illecito dal danno all'integrità psicofisica fossero già ricompresi nella percentuale ponderata individuata dalle tabelle, quali indici andrebbero presi in considerazione per adeguare e personalizzare il risarcimento del danno alla salute?

Problemi di peso non inferiore emergono anche adottando la tesi opposta, prospettata invero da una parte considerevole della giurisprudenza,⁴³ ovvero quella che distingue tra gli aspetti dinamico relazionali, inclusi nella definizione del danno biologico, dal danno esistenziale vero e proprio che si sostanzia in un sconvolgimento radicale delle abitudini e delle scelte di vita del danneggiato, da sottolineare opportunamente attraverso la fase della personalizzazione del risarcimento. Se è vero che tale orientamento è più fedele al principio di integrale riparazione del danno perché valorizza appieno anche la componente esistenziale della lesione alla salute, nondimeno sembra cozzare con il significato "sostanziale" del principio di unitarietà del danno non patrimoniale.⁴⁴ Infatti, sebbene all'esito della quantificazione del danno il giudice stabilisca un'unica posta risarcitoria, nel procedimento concretamente seguito egli sarà tenuto a prendere in autonoma considerazione tutte e tre le voci di danno non patrimoniale che l'orientamento maggioritario dei giudici di legittimità vorrebbe congelare ad un mera funzione descrittiva: in un primo momento valuterà il danno biologico attraverso l'individuazione del punto di invalidità; in un secondo momento quello morale, standardizzato dall'aumento di percentuale ponderata; in un terzo momento quello esistenziale operando un adeguamento della somma calcolata alle conseguenze più drastiche che il danno alla salute ha avuto sulla vita quotidiana del danneggiato. È chiaro che in questo modo si rischierebbe di tornare indirettamente alla

⁴² Gli autori e i giudici che sostengono questi tesi si basano per lo più sulla valorizzazione di alcuni recenti interventi legislativi in tale ottica (decreti legislativi 37 e 191 del 2009, per approfondimenti si confronti il contributo di Pier Giuseppe Monateri *L'ontologia dei danni non patrimoniali* *Danno e Resp.*, 2014, 1, 55) che però, ad avviso della posizione maggioritaria, hanno una valenza prettamente settoriale e non sono idonei a ricavare una nuova volontà generale in tal senso.

⁴³ Tra le altre Cass. Civ. 10527/2011; Cass. Civ. 14402/2011; Cass. Civ. 18641/2011.

⁴⁴ Laura Frata esprime tutte le sue perplessità sulla possibilità di conciliare una visione unitaria del danno non patrimoniale con una valutazione separata dei suoi effetti (*L'unitarietà anomala del danno non patrimoniale nelle pronunce della Suprema Corte* *Nuova Giur. Civ.* 2014, 3, 194).

visione parcellizzata del danno non patrimoniale precedente alle Sentenze di San Martino.⁴⁵

Dal punto di vista teorico la soluzione che potrebbe sembrare più adeguata ai dettami delle Sezioni Unite del 2008 dovrebbe consistere in una liquidazione del danno bifasica: da un lato il calcolo della percentuale di invalidità permanente, dall'altro un adeguamento della somma risarcitoria che tenga conto del profilo soggettivo della lesione alla salute attraverso un giudizio di sintesi che conglobi sia gli aspetti del danno morale che quelli del danno esistenziale. In fondo si potrebbe legittimamente sostenere che il danno morale ed il danno esistenziale non siano altro che due facce della stessa medaglia, poiché vanno entrambi ad incidere sulla dimensione soggettiva del danneggiato, l'uno nella sua sfera interna, l'altro in quella esterna.⁴⁶ Con un meccanismo del genere si garantirebbe tanto l'integrale riparazione del danno, dal momento che le ultime due voci non sarebbero cancellate ma valutate attraverso un giudizio sintetico, quanto l'unitarietà del risarcimento, poiché la quantificazione del danno non verrebbe scorporata in voci autonome ma affidata a due tipi di valutazioni, calcolo del punto e adeguamento, che non scindono la lesione alla salute, ma ne rispecchiano la doppia natura (oggettiva e soggettiva).

Per quale motivo allora la Cassazione non ha imposto uno schema di liquidazione del danno non patrimoniale di tale genere, che di fatto sembra essere l'immediata conseguenza dei criteri indicati nel 2008, preferendo invece la Tabella milanese che prevede una quantificazione del danno con una terza fase (eventuale)? La verità è che probabilmente la Cassazione ha un forte timore che lasciare (completamente) alla discrezionalità del giudice di merito la valorizzazione del profilo soggettivo della lesione all'integrità psicofisica possa condurre a risultati aberranti, con diseguaglianze estreme nella liquidazione del danno non patrimoniale. Ad una attenta riflessione si può notare come in sede di valutazione dei profili morali ed esistenziali delle conseguenze di un illecito, possano influire come in pochi altri ambiti, anche inconsapevolmente, fattori quali lo stile di vita del giudice, la sua educazione, la sua personalità, la sua sensibilità e quant'altro, conducendo così a soluzioni fortemente disomogenee e al rischio molto concreto di non poter più distinguere l'equità dall'arbitrio.

Ciò detto, malgrado i rilievi appena richiamati su talune fragilità logiche del sistema tabellare, bisogna ammettere che le Tabelle di Milano sembrano costituire quell'opportuno compromesso tra eccessiva rigidità e discrezionalità assoluta che la Cassazione pretende in tema di liquidazione del danno non patrimoniale, perché da un lato prevedono una valutazione standardizzata dei profili dinamico relazionali del danno basata su rilievi statistici, che vanno osservati con prudenza dall'occhio del giurista ma che non possono certamente essere ignorati, e dall'altro, qualora il caso concreto presenti circostanze anomale tali per cui si imponga una diversa quantificazione della somma risarcitoria, permette al giudice di personalizzare la riparazione purché l'attore ne dia una prova opportuna. In sostanza non si nega la possibilità di adeguare il risarcimento del danno alle peculiarità del caso concreto, ma si richiede che tali aspetti più o meno eccezionali vadano dimostrati rigorosamente dall'attore, mentre i profili

⁴⁵ “Fino a tutto il 2006 il formante giurisprudenziale era univocamente determinato nel senso della netta separazione, concettuale e funzionale, del danno biologico, del danno morale, del danno derivante da lesioni di altri interessi costituzionalmente protetti”, Pier Giuseppe Monateri *L'ontologia dei danni non patrimoniali* Danno e Resp., 2014, 1, 55.

⁴⁶ Diversa è l'opinione di Paolo Cendon e Natalino Saponi secondo i quali “il danno esistenziale è distinto sia dal danno biologico sia dal danno morale”; e ancora “negare poi la distinzione tra danno morale e danno esistenziale equivale a conferire al danno non patrimoniale [...] una curvatura edonistica” (*Verso una nuova stagione esistenzialista del diritto privato*, Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247).

dinamico relazionali più comuni e frequenti sono già previsti, “presunti” in qualche modo,⁴⁷ dalla Tabella all’interno dell’aumento di percentuale ponderata.

2.5 Le tabelle milanesi all’interno del dibattito sulla “dottrina delle corti”.

La questione sulla possibilità o meno di ammettere un ruolo così invasivo della Corte di Cassazione in sede di individuazione dei criteri per la commisurazione del danno alla persona, elevando le tabelle milanesi a parametro “paralegale”, si inserisce in realtà in un più ampio dibattito, fiorito o meglio rifiorito tra gli esperti negli ultimi sui rapporti di forza tra i tre formanti giuridici a livello nazionale (e sovranazionale). Ci si chiede in particolare quale grado di legittimazione possa avere una “dottrina delle corti” volta a utilizzare l’abilità ermeneutica dei magistrati non tanto per risolvere conflitti contingenti, ma piuttosto per ordinare e sistemare veri e propri settori del diritto rivalutando talvolta in modo radicale quando in precedenza proposto dagli orientamenti maggioritari. È diffusa pertanto l’idea che l’elaborazione teorica di dottrina e giurisprudenza sia essenzialmente differente: la “flessibilità e l’apertura” che caratterizzano il sapere dottrinale sarebbero incompatibili con la rigidità e il formalismo richiesti al giudice nel suo ruolo di vigile garante della legge. Immediato corollario di quanto detto è il sentimento di “rigetto” di parte degli studiosi nei confronti di queste importanti prese di posizione giurisprudenziali, non fosse altro per il sensibile grado di autonomia che talvolta le caratterizza rispetto alle indicazioni provenienti dalla dottrina o dalla parte maggioritaria della stessa. Personalmente non trovo molto persuasiva l’idea che il sapere giuridico espresso dai dottori e dai magistrati debba essere necessariamente differente e che si imponga di conseguenza l’esigenza di un “rispetto dei ruoli” in tal senso. Il diritto è una scienza che nasce e vive per risolvere conflitti concreti e tangibili, per quanto raffinata e pregevole possa essere una teoria del diritto, questa dovrà sempre trovare un riscontro nella realtà fenomenica tale da poter rappresentare un’ordinata proposta verso la soluzione dei problemi della realtà. Uno studioso di diritto non è uno scrittore di romanzi, non si può permettere di costruire mondi ideali completamente avulsi da ogni plausibile utilità o applicazione pratica; il dottore di legge ha il compito di indirizzare il proprio sapere verso chi nella pratica si occupa di regolare o risolvere i conflitti della quotidianità (giudici, avvocati ...) ovvero di educare chi in futuro si troverà a doversene occupare (giovani studenti di giurisprudenza), in ogni caso la sua elaborazione sarà tanto più valida quanto più sarà un efficace strumento per affrontare i problemi della vita concreta. Allo stesso modo però non deve essere concessa al giudice la facoltà di individuare soluzioni ad hoc difficilmente collocabili all’interno di un coerente sistema giuridico o di uno specifico settore di esso: l’attività di interpretazione del giudice, seppur rivolta a dare giustizia a situazioni contingenti, deve rimanere all’interno degli argini di una costruzione complessiva razionale al fine di evitare un tessuto giuridico disomogeneo e perciò irricongoscibile. Chiaramente il suo compito può essere facilitato dall’adesione ad un preciso orientamento dottrinale, capace di analizzare ed esporre con completezza maggiore, forse, rispetto a quello che può fare un magistrato, interi rami o profili dell’ordinamento. Tuttavia ciò non toglie, ad avviso di chi scrive, che debba essere riconosciuta la legittimità di una “dottrina delle corti”, a condizione che questa sia dotata di coerenza e razionalità e che non cada nel pericolo di una chiusura

⁴⁷ La sentenza n.18641/2011, richiamando la relazione introduttiva alle nuove Tabelle milanesi, ricorda che “il nuovo indirizzo giurisprudenziale [...] propone la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente alla lesione permanente dell’integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico legale e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di dolore, sofferenza soggettiva in via di presunzione in riferimento a un dato tipo di lesione”.

autoreferenziale del formante giurisprudenziale nei confronti della dottrina. Non mancano autori che sottolineano con forza maggiore il ruolo del giudice nel momento di interpretazione del diritto positivo identificando ogni operazione ermeneutica dei magistrati con una valutazione di compatibilità costituzionale (implicita) delle norme di rango primario rispetto alla Carta fondamentale. Tale orientamento sembra imporre ad ogni giudice il compito di leggere il diritto positivo con le lenti di un costituzionalista e di applicare quindi le disposizioni poste dal legislatore adottando sempre una logica di bilanciamento tra principi costituzionali. Per quanto affascinante e innovativo, a giudizio di chi scrive tale orientamento non sembra particolarmente persuasivo per due motivi fortemente connessi. Il primo di questi consiste nel presupporre che ogni giudice sia in grado di effettuare un'indagine di compatibilità costituzionale delle norme dell'ordinamento positivo: tale giudizio è infatti un'operazione molto complessa e delicata che coinvolge (sarebbe ingenuo affermare il contrario) anche profili di valutazione che trascendono gli strumenti giuridici ordinari, per inglobare anche elementi di politica del diritto in senso lato, per non dire di politica tout court. Per tale motivo il nostro sistema giuridico prevede una corte ad hoc incaricata di occuparsi appunto di questioni di legittimità costituzionale sulle leggi ordinarie, con una particolare procedura di nomina che coinvolge i massimi organi politici e istituzionali e non si basa esclusivamente su criteri di tipo tecnico-burocratico, dimostrazione questa di come sia ritenuto delicato il sindacato di costituzionalità (anche al livello di sola interpretazione) delle norme di legge. Alla luce di ciò ci sembra corretto affermare (o meglio confermare) che spetta ai giudici ordinari individuare l'interpretazione preferibile di una determinata disposizione alla luce delle regole e dei principi derivanti dall'ordinamento positivo, mentre sarà eventualmente compito della Consulta preoccuparsi se la soluzione da questi individuata sia o meno compatibile con la Carta Costituzionale. Non pare quindi utile e corretto onerare i magistrati di una approfondita indagine di legittimità costituzionale delle norme di legge, mansione che, ribadiamo, compete in via esclusiva alla Corte Costituzionale. Il secondo motivo di critica alla tesi sostenuta in primis da Enrico Scoditti risiede nel possibile vulnus che potrebbe derivare per il divieto di interpretazione contra legem. Malgrado le avvertenze che lo stesso Autore si cura di richiamare, il riconoscimento di un potere così ampio in capo al giudice in sede di interpretazione della legge rischierebbe di portare a conseguenze imprevedibili (e aberranti) per l'equilibrio dei formanti giuridici e dei poteri dei loro "titolari". Affermare che il giudice non è soggetto tanto alla legge quanto al diritto potrebbe ingenerare nei magistrati la sensazione di un vincolo infievolito nei confronti della legge, in virtù di una rinnovata (e forse esagerata) fiducia nella loro capacità ermeneutica e creatività interpretativa. Giova ricordare a tal proposito alcune elementari nozioni di diritto costituzionale: la legittimazione dei giudici è di tipo burocratico, nel senso che gli stessi vengono scelti esclusivamente sulla base delle proprie competenze tecnico-giuridiche, a differenza dell'organo legiferante il quale viene scelto in virtù di una elezione democratica dal popolo. Questo giusto per ribadire che il potere di prendere le scelte di opportunità per il popolo compete solo all'assemblea parlamentare e che la possibilità per i giudici di intervenire su quanto scritto dal legislatore non può che essere eccezionale, nel senso più ristretto possibile del termine, e di conseguenza affidata a quel peculiare organo giurisdizionale che è la Corte Costituzionale. Ciò detto, per ritornare al tema che ci riguarda da vicino, che ne è dei casi in cui il legislatore omette (intenzionalmente o per "distrazione") di disciplinare alcuni aspetti che appaiono essenziali per la soluzione delle controversie, come ad esempio la commisurazione del danno non patrimoniale? È da ritenere lecito l'intervento del giudice in sostituzione del legislatore in tali casi? A nostro avviso la risposta non può che essere affermativa. Di

fronte al pericolo di un vuoto di tutela o di forte instabilità e incertezza giuridica ben venga il sopravvento di una “dottrina delle corti” volta a ripristinare la coerenza e la razionalità del sistema legale, tanto più quando, come nel caso della liquidazione del danno alla persona, si ha l'impressione che il legislatore lasci intenzionalmente ai giudici il compito di regolare profili giuridici particolarmente complessi. Si potrà discutere se questa sia una situazione fisiologica ovvero patologica, tuttavia non vi è nulla ad avviso di chi scrive che possa negare la correttezza di un'ampia operazione di interpretazione-ricostruzione da parte dei giudici volta a colmare le lacune del diritto positivo. Anzi tanto più sarà completa ed esaustiva tale dottrina delle corti, tanto più apparirà coerente e quindi lecita agli occhi dei consociati e degli operatori giuridici.

3. Rapporto tra danno biologico e altre voci di danno non patrimoniale

Cercare di comprendere quale sia il significato e il ruolo del danno biologico nel nostro ordinamento è un'operazione molto complessa, ma una cosa è certa: non si può prescindere dallo studio dei rapporti tra lo stesso danno alla salute e le altre voci di danno non patrimoniale elaborate da dottrina e giurisprudenza. È infatti determinante la comprensione di quali siano i limiti concettuali della lesione biologica (sempre ammesso che ve ne siano) per poter osservare quale spazio abbiano i pregiudizi di tipo morale e de esistenziale nel nostro sistema e capire come questi si relazionino con la figura più tradizionale di danno non patrimoniale, ovvero il danno biologico.

3.1 Principio di unitarietà e principio di integrale risarcimento del danno: tra utopia e senso pratico.

Il recente dibattito sull'universo del danno non patrimoniale si è concentrato con fervore sulla natura di questa figura dividendo sostanzialmente gli interpreti in due schieramenti: da una parte abbiamo i sostenitori della struttura unitaria del danno non patrimoniale; dall'altra i paladini della natura composita, parcellizzata dello stesso. È evidente che non si tratta di mere speculazioni gius-filosofiche, ma di una dialettica che ha notevoli e decisive ripercussioni sulla vita quotidiana delle aule dei nostri tribunali, come già abbiamo avuto modo di comprendere nelle nostre riflessioni precedenti. Va premesso che, al di là delle differenti argomentazioni adottate da ogni operatore del diritto per difendere la propria posizione, nell'analisi di questa tematica possiamo individuare due coordinate, due stelle polari con cui ciascun autore e ciascun giudice sente giustamente l'esigenza di doversi confrontare per legittimare la propria lettura del danno non patrimoniale. Il primo di questi punti cardinali è dato dal principio di integrale risarcimento del danno; il secondo invece dal principio di unitarietà del danno non patrimoniale. Ora, mentre il primo di questi due principi deriva “direttamente” da un disposizione legislativa⁴⁸, il secondo è frutto fondamentalmente dell'elaborazione giurisprudenziale⁴⁹, volta a frenare il dilagare incontrollato del risarcimento del danno

⁴⁸ Così è interpretata la formula che prevede il risarcimento sia del danno emergente sia del lucro cessante contenuta nell'art 1223 c.c. cui l'art 2056 c.c. rimanda per la determinazione del risarcimento dovuto al danneggiato. Anche se a ragion veduta il principio di integrale riparazione del danno eccede il dettato dell'art 1223 c.c. (non fosse altro per la difficoltà di trovare un vero e proprio lucro cessante nel danno non patrimoniale) sembra evidente la forte connessione tra i due, tale da poter legittimamente sostenere che il primo sia una “derivazione” del secondo.

⁴⁹ Il riferimento primario va sicuramente alle sentenze della Cassazione Sezioni Unite Civili n. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 2008, meglio conosciute come le Sentenze di San Martino. Va ricordato che alcuni interpreti riconducano anche tale principio ad uno stretto legame con il dato legislativo e precisamente con l'art 2059 c.c., inteso come clausola tipica non frazionabile in sottocategorie, ma a nostro avviso pare che il principio di unitarietà del danno non patrimoniale sia conseguenza della particolare interpretazione data a questa disposizione più che un suo diretto corollario.

non patrimoniale e la sua irragionevole parcellizzazione; tuttavia osserveremo come paradossalmente il rapporto di forza tra queste due direttrici appaia invertirsi, malgrado qualche pronuncia in senso contrario⁵⁰, rispetto al valore del formante giuridico di provenienza.

Il principio di integrale risarcimento del danno ha un doppio volto che si trova perfettamente riflesso nella locuzione francese “tout le dommage, rien que le dommage”⁵¹, ovvero con una traduzione zoppicante “tutto quanto il danno, ma non un centesimo di più”.⁵² La funzione compensativa della responsabilità civile, l’unica “ufficialmente” riconosciuta a questo istituto, impone che ogni pregiudizio subito dalla vittima di un illecito trovi adeguata considerazione in sede di commisurazione del danno, in quanto il fine ultimo del risarcimento è quello di riportare il danneggiato nella condizione in cui si trovava prima che si verificasse il sinistro (certamente in senso figurato, quando si parla di danno non patrimoniale).

Per uscire un momento dagli argini di un discorso strettamente giuridico, non si può dire che il nostro legislatore, personificato dall’art 2059 cc, sia del tutto concorde con il detto comune secondo il quale “i soldi non fanno la felicità”: al contrario, il nostro ordinamento prevede che ogni bene non patrimoniale (la felicità in qualche modo⁵³) cui sia riconosciuta la risarcibilità, e quindi i casi previsti dalla legislazione ordinaria cui aggiungere i diritti inviolabili della persona costituzionalmente tutelati, debba essere equamente tramutabile in una somma liquida, al fine di ricevere un’integrale riparazione o un congruo ristoro in caso di lesione, a secondo che si propenda per una lettura restrittiva oppure elastica del principio di piena riparazione del danno.⁵⁴

Al di là delle provocazioni e dell’ironia di queste ultime righe, è evidente che la natura peculiare del danno non patrimoniale, per definizione insuscettibile di valutazione economica⁵⁵, crei non poche difficoltà in capo al giudice cui il nostro Codice Civile affida l’onere di determinare equitativamente l’ammontare del danno alla persona. Utilizzando le parole di Busnelli “è la stessa dimensione di integralità del risarcimento a risultare particolarmente difficile da accertare, soprattutto quando si passi alla valutazione del danno biologico”.⁵⁶ I sostenitori della struttura composita del danno non patrimoniale enfatizzano, come vedremo, la prima parte della formula francese suindicata, argomentando che non sia possibile garantire una piena restaurazione della lesione se non vi è la possibilità di calcolare autonomamente ogni singola voce di danno, in modo da evidenziare le particolarità di ciascuna sfaccettatura della lesione alla

⁵⁰ Vedasi la sent Cass. 1361/2014, nota come Sentenza Scarano.

⁵¹ Per una approfondita analisi del principio di integrale risarcimento del danno si legga Francesco Renato Busnelli *La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona* Danno e Resp., 2014, 5, 461; per una prospettiva comparatistica che includa anche il panorama francese Amram Denise *La quantificazione del danno alla persona nell’ottica del diritto comparato* Danno e Resp., 2013, 12, 1147.

⁵² In modo assai simile si esprimono le Sezioni Unite n 29672/2008 quando affermano che “il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre”.

⁵³ Certamente contrari a queste affermazioni si mostrano Paolo Cendon e Natalino Sapone che, all’interno del loro contributo più volte citato, criticano la curvatura edonistica che parte della dottrina vorrebbe conferire al danno non patrimoniale. (*Verso una nuova stagione esistenzialista del diritto privato*, Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247)

⁵⁴ Così si esprime F. R. Busnelli nel contributo sopra richiamato cercando di interpretare i principi emersi dalla Sentenza Scarano.

⁵⁵ “Il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione [...] di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica”. Cass. Civ. Sez. Unite 29672/2008.

⁵⁶ Francesco Donato Busnelli *La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona*, Danno e Resp., 2014, 5, 461.

persona. La seconda parte invece ci spinge a riflettere sulle finalità del risarcimento del danno nel nostro ordinamento. Affermare che la riparazione dell'illecito non si può spingere fino ad ammettere poste risarcitorie eccedenti l'entità del danno cagionato significa infatti negare qualsiasi prospettiva sanzionatoria o punitiva, che dir si voglia, della responsabilità civile. Malgrado qualche autore si schieri per l'orientamento contrario⁵⁷, la dottrina prevalente sembra essere fedele a questa lettura monistica della funzione del risarcimento del danno, sostenendo che in Italia la regolamentazione in concreto del risarcimento non esprime mai un giudizio di disvalore sulla condotta del danneggiante, né ha funzione di dissuasione.⁵⁸ Allo stesso modo la Cassazione sembra concorde nell'escludere funzioni punitive o sanzionatorie dell'illecito civile, salvo ovviamente per quelle ipotesi cui il legislatore costruisca fattispecie chiaramente denotate da uno scopo di punizione di una condotta riprovevole.⁵⁹ Emerge quindi come a fianco della evidente esigenza che il risarcimento del danno non si trasformi in un'occasione per perseguire ingiustificati fini di arricchimento, la locuzione "rien que le dommage" segna un limite richiesto anche dalla funzione stessa della responsabilità civile, dalla sua ratio intrinseca di istituto compensativo.

Per sintetizzare possiamo pensare al principio di integralità del risarcimento del danno come ad una sorta di "Giano Bifronte", impegnato a difendere la quantificazione del danno (nella nostra analisi, non patrimoniale) da attacchi provenienti sia da chi cerchi di ridimensionare il risarcimento stesso avvicinandolo ad un'ottica di un semplice equo indennizzo, sia da chi ne voglia fare un uso improprio per fini lucrativi o sanzionatori, amplificandone a dismisura i confini.

Il principio dell'unitarietà del danno alla persona trova invece la propria ragion d'essere nelle Sentenze di San Martino del 2008⁶⁰, che ne predicano la valorizzazione ai fini di contrastare una sconsiderata parcellizzazione del danno non patrimoniale operata da talune corti di merito, la quale non farebbe che riflettersi, secondo il giudizio della Corte, in una duplicazione delle poste risarcitorie (con effetti diretti sui premi assicurativi che tutti i consociati sono tenuti a pagare, aggiungiamo noi). A onor del vero parte della dottrina, in primis Paolo Cendon⁶¹, propongono una lettura differente di

⁵⁷ Luca Nocco richiama la finalità "solidaristico-satisfattiva, eventualmente affiancata da una funzione punitiva prevalente all'interno dell'art 2059 cc" e "l'esigenza di collegamento tra la valutazione del pregiudizio subito dal danneggiato e la valutazione della condotta del danneggiante", in *Le novità giurisprudenziali e legislative in tema di danno alla persona*, Danno e Resp., 2013, 12, 1143. Busnelli nel suo articolo del 2014 più volte citato, pur mostrandosi aderente all'orientamento maggioritario, avverte gli interpreti della presenza di qualche "scricchiolio" nella giurisprudenza di legittimità in tale contesto.

⁵⁸ Vedasi Raffaella Spinelli, *L'ambito di operatività dell'equità ex art. 1226 e 2056 c.c.* Corriere Giur., 2014, 6, 811

⁵⁹ Sembra essere ad esempio il caso dell'art 96 terzo comma c.p.c.

⁶⁰ È opportuno riportare i passaggi più significativi della sentenza Cass 26972/2008 in tale senso: "la formula danno morale non individua un'autonoma sottocategoria di danno, ma descrive [...] un tipo di pregiudizio"; "non emergono, nell'ambito della categoria generale danno non patrimoniale distinte categorie, ma si concretizzano soltanto specifici casi determinati dalla legge"; "il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati, risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno".

⁶¹ "Che le parole su cui si era imperniato fino ad allora il dibattito sul danno alla persona fossero divenute all'improvviso impronunciabili, pareva da escludersi, dal momento che la stessa pronuncia delle Sezioni unite vi faceva di continuo riferimento". Paolo Cendon e Natalino Saponi *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, Nuova Giur. Civ. 2014, 5, 147. Pier Giuseppe Monateri afferma che "le sentenze del 2008 [...] non hanno mai predicato l'assorbimento del danno morale nel danno biologico, avendo esse viceversa indicato al giudice del merito la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie" in *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, Danno e Resp., 2014, 1, 55. La sentenza Cass.2092/2012 dichiara che le pronunce di San Martino, pur avendo imposto una liquidazione unitaria del danno non patrimoniale, non obbligano una considerazione atomistica dei suoi effetti.

questa pronuncia, tentando di sminuire la rigidità del requisito unitario imposto dalla Cassazione, ma scontrandosi, a parere della dottrina contraria, con le chiare intenzioni, ivi espresse dalla Suprema Corte, di attribuire una valenza meramente descrittiva alle varie voci di danno non patrimoniale elaborate nel tempo dagli interpreti. Il principio di unitarietà del danno non patrimoniale non va però utilizzato allo scopo di eliminare qualsiasi distinzione nel procedimento di liquidazione dello stesso: la Cassazione con la sentenza 12408/2011, richiamando sia l'esigenza di un'uniformità pecuniaria di base, sia la necessaria garanzia di flessibilità⁶², legittima una scomposizione della quantificazione del risarcimento in due momenti, ove sussista una lesione all'integrità psicofisica, in modo da poter opportunamente tenere in considerazione tanto la dimensione oggettiva, quanto quella soggettiva del danno alla persona. In questo secondo momento in particolare andrebbero valorizzati i profili più personali e intimi del danno biologico, che la teoria composita vorrebbe invece scindere dalla relazione che attualmente viene loro riconosciuta con l'invalidità biologica pura. È importante a nostro avviso sottolineare come la Corte di Cassazione non sia stata del tutto originale nella previsione di questi due step del procedimento di quantificazione del danno alla persona, in quanto essa in realtà si riaggancia a ciò che già aveva espresso la Corte Costituzionale nella sent. 184/1986. Tale rilievo è significativo innanzitutto perché fornisce alla pronuncia della Cassazione una sorta di ancoraggio costituzionale, un "certificato di qualità" (ulteriore) agli occhi degli interpreti e in secondo luogo perché, pur trattandosi di una sentenza molto lontana dall'orientamento e dalla sensibilità attuali della Suprema Corte⁶³, emerge come anche la Consulta si preoccupi di suggerire che "il cumulo tra le tre voci di danno [...] dovrebbe consigliare cautela nella liquidazione dei danni in esame, onde evitare da un canto duplicazioni risarcitorie e dall'altro gravi sperequazioni nei casi concreti".

Nel corso del tempo si è assistito ad un rafforzamento del principio di unitarietà del danno non patrimoniale proprio a motivo della stringente ragione pratica che lo sorregge, a discapito talvolta del principio di integralità il quale, nonostante trovi la propria fonte direttamente nel codice civile, quando si rivolge al danno non patrimoniale, incontra forti ostacoli logici e naturali risolvendosi in un proposito "utopistico" se interpretato in senso letterale.

Dimostrazione dello scambio di posto tra questi due principi è sicuramente il fatto che anche taluni autori che potremmo ascrivere alla corrente sostenitrice della natura parcellizzata del danno non patrimoniale, hanno messo da parte l'aspirazione ad una netta divisione tra le voci di danno alla persona, preferendo valorizzare diversamente le varie componenti del danno non patrimoniale, dichiarando di non voler mettere in discussione la regola enunciata dalle Sentenze di San Martino.

La recente sentenza 1361/2014 della Cassazione sembra auspicare una revisione dei principi enunciati dalle storiche pronunce del 2008⁶⁴, ma è ancora presto per poter dire

⁶² "Nella liquidazione del danno biologico il giudice del merito deve innanzitutto individuare un parametro uniforme per tutti, e poi adattare quantitativamente o qualitativamente tale parametro alle circostanze del caso concreto", Cass. Civ. 12408/2011.

⁶³ Per esempio la Corte Costituzionale nel 1986 riconobbe il danno biologico come figura di danno patrimoniale e si dichiarò favorevole al risarcimento tanto del danno evento quanto del danno conseguenza.

⁶⁴ "L'esigenza di una tendenziale uniformità della valutazione di base della lesione non può d'altro canto tradursi in una preventiva tariffazione della persona"; "Emerge a tale stregua, da un canto, l'illegittimità dell'apposizione di una limitazione massima non superabile alla quantificazione del ristoro dovuto", Cass. Civ. 1361/2014.

se si tratti di un decisivo revirement giurisprudenziale⁶⁵ o di un semplice “incidente di percorso” sulla strada del principio di unitarietà del danno non patrimoniale tracciata dalle Sezioni Unite.

3.2 La tesi della natura unitaria del danno non patrimoniale

Per riallacciarsi a quanto appena descritto, autorevole dottrina⁶⁶ illustra come a seguito dell'enorme sviluppo che ha caratterizzato l'istituto del danno non patrimoniale negli ultimi decenni siano emersi due fenomeni tra loro confliggenti: da una parte l'esigenza di valorizzare l'unitarietà della figura del danno non patrimoniale imporrebbe di evitare il ricorso alle categorie del danno morale, o di altre voci di danno per il rischio molto concreto di pervenire alla duplicazione di poste di danno; dall'altra la necessità di un'integrale riparazione del danno non patrimoniale sembrerebbe suggerirci di prendere autonomamente in considerazione le varie dimensioni del danno non patrimoniale in modo da impedire che taluni aspetti dell'illecito siano trascurati o che nebulosi automatismi⁶⁷ nella tecnica risarcitoria conducano a decisioni giudiziarie difficilmente comprensibili e spiegabili. I sostenitori della teoria unitaria del danno non patrimoniale si mostrano fedeli all'orientamento maggioritario tra i giudici di legittimità e appaiono tutto sommato accondiscendenti verso lo scrutinio, talvolta molto penetrante⁶⁸, esercitato dalla stessa Cassazione sulle decisioni di merito in punto di quantificazione del danno alla persona. Nutriti dalle dottrine della analisi economica del diritto, questi autori si mostrano restii a concedere forti spazi di discrezionalità e di autonomia ai giudici di merito in sede di commisurazione del danno non patrimoniale, per la paura che una forma di equità giudiziale eccessivamente “sciolta” si possa agevolmente trasformare in una schizofrenia in sede di liquidazione del danno, con effetti devastanti sui bilanci delle Assicurazioni e (im)mediatamente sulle tasche dei cittadini⁶⁹.

Per questo motivo sono stati visti di buon occhio gli interventi della Suprema Corte che hanno cercato di ricondurre ad unità i molteplici aspetti della lesione alla persona, in continuità con quanto già tracciato dal legislatore nel solco di una concezione dinamica del danno biologico idonea ad accogliere anche profili di danno ulteriori rispetto a quelli della semplice invalidità fisica pura. Particolarmente significativa ci pare la posizione di Damiano Spera il quale sostiene che “il danno da lesione del bene salute non è assorbito, né assorbe altre lesioni di diritti inviolabili della persona”.⁷⁰ A prima vista tale dichiarazione sembra parcellizzare il danno della persona in molteplici voci e ci aspetteremmo di trovare tra i diritti inviolabili della persona da tenere distinti da quello biologico l'integrità morale e l'intangibilità della propria sfera affettiva e relazionale. In realtà l'Autore non cita nessuno di questi due, ma fa riferimento a “il diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario, ovvero il diritto all'onore, alla dignità o

⁶⁵ “Con questa sentenza può ritenersi probabilmente chiusa l'epoca della banalizzazione delle categorie”; “scarnificate dalle S.U., alla prova dei fatti, le categorie si sono rivelate indispensabili, in breve, è avvenuta la ri-ontologizzazione delle categorie”, Paolo Cendon e Natalino Sapone *Verso una nuova stagione esistenzialista del diritto privato*, Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247

⁶⁶ Giulio Ponzanelli *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, Danno e Resp., 2015, 1, 71

⁶⁷ Prima delle Sezioni Unite del 2008 era frequente la liquidazione del danno morale come frazione del danno biologico, senza peraltro che tale operazione ricevesse un'adeguata motivazione.

⁶⁸ Si veda Giulio Ponzanelli, *Il controllo della Cassazione sul quantum del risarcimento* Danno e Resp., 2014, 1, 27

⁶⁹ “La responsabilità civile italiana e mondiale è [...] una responsabilità civile sempre più assicurata”; “Più alto il risarcimento, più alto il livello dei premi, con la differenza [...] che il risarcimento va a vantaggio dei (pochi) assicurati danneggiati, mentre i premi sono sopportati da tutti gli assicurati”. Così si esprime Giulio Ponzanelli in *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, Danno e Resp., 2015, 1, 71.

⁷⁰ Damiano Spera, *Tabella milanese e Cassazione*, Danno e Resp., 2012, 2.

all'immagine, o alla libertà di scelta in campo religioso o sessuale". Cosa significa tutto ciò? Significa che Spera, adottando pienamente e coerentemente la nozione dinamica del danno biologico imposta dal legislatore e difesa dalla Cassazione, reputa i profili morali e relazionali del danno alla persona come parte integrante dello stesso danno biologico, lasciando uno spazio "proprio" solo a quegli aspetti del danno (incidenza sulla sfera sessuale, sui valori bioetici, sul credo religioso ...) che a ben vedere sfuggono alle ipotesi ordinarie di danno alla persona, o quantomeno a quelle che l'Osservatorio Milanese potrebbe aver preso in considerazione per la costruzione delle tabelle. In questo modo, cercando di interpretare il pensiero dell'Autore citato, si comprende come la sua concezione del danno alla persona sia in realtà assolutamente unitaria e anzi ci dimostra quali potrebbero essere i casi che legittimano una personalizzazione del danno, senza dover affidare ruoli "pericolosi" a figure come quella del danno esistenziale.

3.3 *La tesi della natura composita del danno non patrimoniale*⁷¹

Sul fronte opposto rispetto alla tesi che vede nel danno patrimoniale una figura unica, troviamo gli studiosi che sostengono la necessità di una divisione del danno alla persona nelle sue diverse componenti, in modo da procedere ad un'autonoma analisi delle stesse in sede di liquidazione del danno. In fondo per questi autori negare "l'ontologica differenza tra il danno alla salute, il dolore interiore, e la significativa alterazione della vita quotidiana"⁷² equivarrebbe a nascondere la riflessione giuridica dietro ad una maschera d'ipocrisia, indossata al solo scopo di salvaguardare asserite esigenze di contenimento del "mercato risarcitorio" imposte dall'economia e dalla prassi, come a dire che il fine giustifica i mezzi.⁷³

All'interno di questo schieramento possiamo notare posizioni più radicali e altre più moderate.

Quelle più radicali⁷⁴ perseverano nella proposta di una scissione concreta delle varie voci del danno alla persona in più sottocategorie autonome, criticando aspramente le pronunce di legittimità consolidate nel tempo o al più sollecitandone una drastica rilettura; tali posizioni mantengono un'apprezzabile coerenza sistematica ma hanno, probabilmente, scarsa possibilità di successo in quanto danno un rilievo praticamente nullo alle istanze pratiche che sottendono al principio di unitarietà del danno, istanze che invero non possono essere dimenticate dall'operatore giuridico pena una pericolosa estraneazione del diritto dalla realtà.

L'orientamento moderato invece dimostra una maggiore sensibilità nei confronti dei principi giurisprudenziali espressi dalla tesi prevalente in Cassazione, cercando di valorizzare la rilevanza delle diverse voci del danno non patrimoniale dall'interno della categoria, senza voler spezzare l'unitarietà del danno alla persona. Molti di questi autori e dei giudici che danno loro seguito concentrano la loro battaglia sulla figura del danno

⁷¹ "Natura composita del danno" è il titolo di una sezione del contributo di Paolo Cendon e Natalino Saponi, *Verso una nuova stagione esistenzialista del diritto privato* Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247. I due autori sostengono che "le categorie non sono solo simboli linguistici, ma sono le prospettive da cui guardare il danno" e ancora "[le categorie] rispondono a vincoli di realtà, non sono solo contingenti costruzioni convenzionali".

⁷² Pier Giuseppe Monateri, *L'ontologia dei danni non patrimoniali* Danno e Resp., 2014, 1, 55

⁷³ Nel senso che l'obiettivo di evitare un'eccessiva espansione del danno non patrimoniale legittimerebbe una costruzione e una deformazione della reale struttura dello stesso.

⁷⁴ A tale fazione ci sembra appartenga Pier Giuseppe Monateri, laddove afferma che "l'ontologica differenza che, all'interno della generale categoria del danno non patrimoniale corre tra danno biologico, morale ed esistenziale" impone "la completa autonomia nella loro considerazione, articolazione e valutazione in sede di giudizio", *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, Danno e Resp., 2014, 1, 55.

esistenziale, tentando di affermare che questi sia qualcosa di diverso dagli aspetti dinamico relazionali del danno biologico e che meriti un'opportuna considerazione in sede di personalizzazione del risarcimento. Così facendo tali studiosi ottengono lo scopo di una sostanziale differenziazione del danno alla persona, in quanto, sorvolando per il momento sul profilo del danno morale, richiedono una riconsiderazione della somma individuata a titolo di danno biologico alla luce dell'incidenza della lesione sui profili esistenziali più rilevanti della vita del danneggiato, ma all'esito della liquidazione la posta risarcitoria rimane comunque unica e non si rischierebbero, in teoria, duplicazioni risarcitorie. Questa posizione è certamente più vicina ai dettami espressi dalla giurisprudenza a partire dalle Sentenze di San Martino⁷⁵, ma conserva qualche incoerenza sistematica maggiore rispetto a quella radicale perché è ancorata all'idea di un danno alla persona che risulta "trino (nella sostanza) ed unico (nella forma)"⁷⁶, per utilizzare un linguaggio che non ci compete. Permane inoltre qualche dubbio sull'esatto significato della personalizzazione e dell'adeguamento del risarcimento del danno, ruolo che questi autori affidano al danno esistenziale: non è infatti chiaro se la presenza di un "profondo sconvolgimento delle scelte di vita" del danneggiato debba comportare un aumento percentuale della somma da liquidare, come previsto dalle tabelle ed entro i limiti dalle stesse fissati, oppure un radicale distacco dalle Tabelle di Milano, costituendo quindi una delle cause che legittimerebbero l'utilizzo di diversi parametri equitativi da parte del giudice di merito, come ammesso in via eccezionale dalla Cassazione. Ad avviso di chi scrive sembra che la prima soluzione sia quella preferita o quantomeno preferibile, ma non sarebbe certamente un male se si facesse maggior chiarezza su questo punto sia in dottrina che in giurisprudenza.

Il dibattito sul significato e sul ruolo del danno esistenziale, sebbene possa apparire di rilevanza cruciale per le sorti del danno non patrimoniale, potrebbe tuttavia essere ridimensionato se si osservi con un occhio più attento le posizioni dei vari interpreti. Infatti anche all'interno della fazione "esistenzialista" sembra consolidarsi l'idea che il danno esistenziale non sia una mera ripercussione del sinistro sulla sfera affettiva del soggetto, ma "una alterazione delle sue abitudini e dei suoi assetti relazionali ed una sottoposizione a scelte di vita diverse delle precedenti in ordine all'espressione ed alla realizzazione della sua personalità, anche nel mondo esterno".⁷⁷ È allora evidente che solo in presenza di un danno esistenziale "grave", o meglio solo di fronte ad un pregiudizio qualificabile come danno esistenziale secondo una lettura restrittiva dello stesso, ci sarà spazio per una personalizzazione del risarcimento del danno alla persona, mentre negli altri casi i profili dinamico relazionali del sinistro saranno ricompresi nella nozione estesa di danno biologico. Notiamo quindi come episodi di una tale gravità potrebbero realisticamente coincidere con quei casi "straordinari" che la teoria unitaria del danno non patrimoniale ammette al fine di adeguare il risarcimento del danno alle concrete circostanze della vicenda. Da ciò discende che nonostante le posizioni concettuali di partenza possano essere alquanto distanti, anche tra la teoria della natura unitaria del danno alla persona e quella della natura composita è possibile giungere nei fatti a compromessi accettabili per entrambe le fazioni.

4. La sentenza del Tribunale di Massa in tema di danno non patrimoniale

⁷⁵ Infatti diverse sentenze hanno recepito queste indicazioni o vi ci sono avvicinate molto. (Cfr. Cass. Civ. 10527/2011; Cass. Civ. 14402/2011)

⁷⁶ Questa lettura sembra essere richiamata dalle parole della Cass. 19402/2013: "la Corte ritiene di dover confermare [...] che il danno biologico, il danno morale ed, danno da vita di relazione rispondono a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo".

⁷⁷ Gina Gioia, *Danno esistenziale e prova per presunzioni*, Danno e Resp., 2014, 5, 552.

Cerchiamo ora di osservare in che rapporto si pongono le riflessioni finora condotte con la decisione posta alla nostra attenzione.

Nel caso affrontato dal giudice di Massa, il Tribunale si trova di fronte ad una richiesta di danni di naturale patrimoniale e non patrimoniale per le conseguenze derivanti da un sinistro stradale. Ci concentreremo in questa sezione sulle valutazioni fatte dal giudice in tema di danno non patrimoniale per evidenziarne congruenze e diversità rispetto agli orientamenti prevalenti in dottrina e giurisprudenza appenata osservati.

A tal proposito il giudice di Massa dichiara che “per la liquidazione deve aversi riguardo alle Tabelle adottate dal Tribunale di Milano” richiamando la giurisprudenza di legittimità che ne certifica lo status di parametro equo per eccellenza, in primis la Cass. 12408/2011. Il Tribunale si pone quindi in perfetta continuità rispetto alle indicazioni provenienti dalla Cassazione, a dire il vero quasi unanimi per quanto riguarda la scelta di adottare le tabelle milanesi come modello guida per la liquidazione del danno alla persona. Il giudice si preoccupa inoltre di specificare quale sia il particolare pregio delle Tabelle di Milano, che ha spinto la Cassazione ad elevarle a indice paranormativo di riferimento per liquidazione del danno da lesione all’integrità psicofisica, ovvero la loro idoneità a valutare congiuntamente sia i profili oggettivi che quelli dinamico relazionali del danno alla persona.

A dire il vero in questo passaggio il giudice sembra mostrare qualche imprecisione perché omette di specificare che il “danno morale” di cui parla ha una valenza meramente descrittiva o al più storica. Infatti a seguito dell’intervento legislativo, oggi confluito negli artt. 138 e 139 cod. ass., e alla sua valorizzazione da parte dei giudici di legittimità, che il Tribunale di Massa dichiara di voler seguire, non è più lecito parlare di un vero e proprio danno morale, ma semmai dell’incidenza sugli aspetti dinamico relazionali come componente del danno alla persona da valutarsi all’interno dello stesso, tramite l’aumento di una percentuale ponderata rispetto al danno biologico “puro”, in luogo di considerazione autonoma e separata come era frequente prima delle Sentenze di San Martino.

Anche se non pare correttamente in linea con l’orientamento prevalente quella esplicita distinzione fenomenologica tra danno biologico e danno morale che comunque il giudice di Massa sembra riconoscere, bisogna ammettere che in fondo tale piccola deviazione concettuale rispetto alla tesi dominante in Cassazione non ha una grossa rilevanza pratica, quantomeno nel caso in esame, perché alla fine, sia adottando la nozione onnicomprensiva del danno biologico, sia distinguendo tra danno biologico e danno morale all’interno del calcolo tabellare, avremo sempre una somma individuata tramite l’accertamento dell’invalidità biologica pura e l’aumento percentuale ponderato previsto dalle Tabelle.

Non vanno tuttavia ignorate le conseguenze che tale divergenza rispetto all’orientamento prevalente potrebbe comportare, ad un’analisi più sistematica della materia del danno non patrimoniale: il giudice sembra infatti confinare l’aumento percentuale al solo “danno morale, inteso nei termini di dolore interiore e sofferenza soggettiva”, senza nulla dire a riguardo del c.d. danno esistenziale. Cercando di interpretare le parole del giudice le soluzioni potrebbero essere due. O il Tribunale ritiene che la voce del danno esistenziale (in senso descrittivo) sia in realtà già pienamente assorbita nei profili dinamico relazionali del danno biologico, ma così non si comprenderebbe il motivo per cui non sia stata data un’esplicita indicazione analoga anche per il danno morale, oppure il giudice ritiene che tale aspetto entri in gioco nel successivo, eventuale, momento della personalizzazione del risarcimento. Dal momento che l’aumento della percentuale ponderata sul valore del danno biologico puro appare riguardare (nelle parole del giudice) solo il danno morale, sembra lecito desumere dalle

righe della sentenza il sospetto che il giudice scelga la seconda opzione, distaccando quindi il pregiudizio esistenziale dalle prime due fasi della quantificazione del danno alla persona, per inserirlo nella terza.

Se fosse corretta tale lettura della pronuncia, è evidente come quella “piccola deviazione”, per come l’abbiamo chiamata, possa rivelarsi in realtà un distacco piuttosto sensibile rispetto all’orientamento maggioritario della Cassazione, che sembra propendere per un pieno rispetto del significato dinamico del danno biologico, inclusivo anche del pregiudizio relazionale, lasciando tuttalpiù spazio al danno esistenziale (anche se come visto, tale indirizzo non è pienamente consolidato ed appare per certi versi criticabile) in sede di personalizzazione del risarcimento solo ove questo venga inteso come un radicale mutamento delle scelte di vita del danneggiato. Bisogna per onestà ammettere che nel caso in concreto non sono emersi profili esistenziali del danno e di conseguenza il giudice non si è trovato in dovere di analizzare puntualmente anche il rapporto tra il cd. danno esistenziale e le altre voci di danno non patrimoniale; le nostre riflessioni sono di conseguenza basate su quanto il giudice dice a proposito del danno biologico e del danno morale, ricavando in via residuale quello che a nostro avviso potrebbe essere il suo pensiero sul versante del danno esistenziale.

Accanto alla liquidazione del danno da invalidità permanente, il Tribunale riconosce alla vittima del sinistro anche un danno da invalidità temporanea, in cui a differenza del primo, è confluita una sorta di personalizzazione del risarcimento. Infatti, posto che secondo le Tabelle milanesi “il valore medio dell’invalidità totale giornaliera è pari a Euro 96,00, modulabile in ragione delle peculiarità del caso concreto sino ad un aumento massimo pari a Euro 144,00”, il giudice fissa tale somma in Euro 120,00, avuto riguardo al particolare dolore che il danneggiato ha subito durante il periodo di invalidità temporanea, certificato dall’assunzione di farmaci antidolorifici.

5. Capacità lavorativa specifica e capacità lavorativa generica

5.1 Categorie e profili più dibattuti

A differenza della tematica precedente, il dibattito giuridico sul danno alla capacità lavorativa sembra essere negli ultimi anni meno “caldo”, nel senso che le posizioni giurisprudenziali prevalenti appaiono fortemente consolidatesi e le pronunce dissenzienti sono piuttosto rare e spesso ancorate a casi alquanto particolari.

In termini generali, un illecito che comporti una lesione dell’integrità psicofisica può determinare un danno alla capacità lavorativa di tre tipi differenti: riduzione o perdita della capacità lavorativa generica, riduzione o perdita della capacità lavorativa specifica e danno alla cenestesi lavorativa (anche se quest’ultimo non è un vero e proprio danno alla “capacità lavorativa”).⁷⁸

Rappresenta un danno alla capacità lavorativa generica “la sopravvenuta inidoneità del soggetto danneggiato allo svolgimento delle attività lavorative che, in base alle condizioni fisiche, alla preparazione professionale e culturale, sarebbe stato in grado di svolgere”⁷⁹. Questa menomazione “dà luogo di per sé a danno biologico”⁸⁰, che come

⁷⁸ Si veda Antonella Batà e Angelo Spirito *Il danno da incapacità di guadagno non è in re ipsa ma richiede la prova della contrazione del reddito*, *Danno e Resp.*, 2014, 11, 1080.

⁷⁹ Cass. Civ. 3519/2001; si esprime in modo molto simile anche Cass. Civ. 2758/2015.

⁸⁰ Non è perfettamente concorde con questo passaggio la Cass. 4493/2011, secondo la quale è più corretto dire che “allorquando il grado di invalidità non consenta [...] una valutazione prognostica e dunque l’apprezzamento del lucro cessante, va preferito un meccanismo di liquidazione (quale quello del danno alla salute) capace di cogliere nella sua totalità il pregiudizio subito dal soggetto nella sua integrità psicofisica”.

tale va provato e risarcito indipendentemente dal fatto che da esso sia derivata anche una perdita patrimoniale”.⁸¹

Qualora invece “a detta riduzione della capacità lavorativa generica, si associ una riduzione della capacità lavorativa specifica, cioè una riduzione della capacità di guadagno, detta diminuzione integra un danno patrimoniale”.⁸²

Appare subito evidente come la differenza tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, tra art 2043 cc e art 2059 cc, giochi un ruolo cruciale per una corretta comprensione del problema.⁸³ Inquadrare l’inabilità lavorativa generica nell’alveo del danno biologico⁸⁴ significa sottoporla a tutte quelle regole che abbiamo illustrato nella prima parte delle nostre riflessioni in tema di danno non patrimoniale e, appunto, di danno biologico. La riduzione della capacità lavorativa specifica consiste invece in un danno da lucro cessante conseguente alla diminuzione dei ricavi che il soggetto danneggiato percepirà a cagione dei postumi derivanti dall’illecito e dalle conseguenze di questi sull’attività lavorativa svolta dalla vittima del sinistro o che presumibilmente avrebbe svolto.⁸⁵

La natura di danno da lucro cessante dell’inabilità lavorativa specifica ha chiaramente ripercussioni importanti in tema di accertamento dello stesso, di onere della prova e di valenza delle presunzioni.

L’orientamento assolutamente dominante in giurisprudenza è saldo nell’escludere qualsiasi automatismo nella verifica del danno alla capacità lavorativa specifica, precisando che “in tema di risarcimento del danno da invalidità personale, l’accertamento di postumi, incidenti con una certa entità sulla capacità lavorativa specifica, non comporta automaticamente l’obbligo del danneggiante di risarcire il pregiudizio patrimoniale conseguente alla riduzione della capacità di guadagno derivante dalla diminuzione della predetta capacità e, quindi, di produzione del reddito, occorrendo, invece ai fini della risarcibilità di un siffatto danno patrimoniale, la concreta dimostrazione che la riduzione della capacità lavorativa si sia tradotta in un effettivo pregiudizio economico”.⁸⁶ Non è tantomeno ammesso che, accertata l’invalidità permanente in una certa entità, automaticamente si possa presupporre che il danno alla capacità lavorativa specifica sia desumibile in una percentuale esattamente corrispondente a quella del danno biologico.⁸⁷

⁸¹ Tra le altre Cass. Civ. 23291/2004

⁸² Tra le altre Cass. Civ. 524/2014

⁸³ La Cassazione nella sent. 5840/2004 si esprime nei termini seguenti: “il danno biologico e quello che si riflette sul piano economico reddituale attengono a due distinte sfere di riferimento, dovendosi avere riguardo per il secondo alla riduzione della capacità di guadagno e per il primo, prevalentemente, alla gravità della inabilità”; così anche Cass. Civ. 4493/2011.

⁸⁴ Non è della stessa opinione la pronuncia, del tutto minoritaria, della Suprema Corte n. 908/2013, la quale ritiene che “la lesione della capacità lavorativa generica, consistente nella idoneità a svolgere un lavoro anche diverso dal proprio, ma confacente alle proprie attitudini, costituisce un danno patrimoniale, che non è affatto necessariamente ricompreso nel danno biologico”.

⁸⁵ “Un danno da lucro cessante conseguente alla riduzione della capacità di lavoro in tanto è configurabile in quanto sussistano elementi per ritenere che, a causa dei postumi, il soggetto effettivamente ricaverà minori guadagni dal proprio lavoro, essendo ogni ulteriore o diverso pregiudizio risarcibile a titolo di danno alla salute”. Cass. Civ. 5840/2004; così anche Cass. Civ. 16541/2012; Cass. 16213/2013.

⁸⁶ Cass. Civ. 25211/2014; Cass. Civ. 3290/2013; Cass. Civ. 25730/2014.

“Non può farsi discendere in modo automatico dall’invalidità permanente la presunzione del danno da lucro cessante”. Antonella Batà e Angelo Spirito, *Riduzione della capacità lavorativa specifica*, Danno e Resp., 2012, 10, 1014.

⁸⁷ A tal proposito appare emblematica e quasi paradossale la pronuncia n. 2758/2015 della Cassazione nella quale, a fronte di un danno biologico stimato del 15%, non viene ritenuto scorretto il calcolo della riduzione della capacità lavorativa specifica nel 50% (effettuato dal Tribunale di primo grado, ma rifiutato dalla Corte di Appello) in quanto il soggetto era un agente della Polizia Stradale. Nella generalità dei casi,

Spetta al danneggiante fornire la prova concreta del lucro cessante derivante dalla perdita o riduzione della capacità lavorativa specifica ed è ammesso il ricorso a presunzioni⁸⁸ solo ove egli sia riuscito a dimostrare innanzitutto che la menomazione fisica abbia inciso sulla reale capacità di guadagno e in secondo luogo che egli stesse svolgendo o avrebbe presumibilmente svolto una certa attività lavorativa.⁸⁹ La giurisprudenza si preoccupa inoltre di richiedere la dimostrazione della “mancanza di persistenza, dopo l’infortunio, di una capacità generica di attendere ad altri lavori, confacenti alle attitudini e condizioni personali ed ambientali dell’infortunato”.⁹⁰ Notiamo così come il contenuto dell’onere probatorio richiesto al danneggiato sia triplice: la diminuzione della capacità di guadagno a causa dell’illecito, lo svolgimento attuale o presumibile di una determinata attività lavorativa e l’impossibilità di svolgere altri lavori confacenti alle caratteristiche del soggetto.

Ci si è chiesti se tale regime probatorio valga per tutte le ipotesi di riduzioni dell’abilità lavorativa specifica, oppure vi siano dei regimi di eccezione. L’orientamento maggioritario tende a richiedere questo tipo di accertamento senza fare particolari differenze, tuttavia una posizione minoritaria della Cassazione cerca di distinguere tra ipotesi di gravi invalidità permanenti e ipotesi di lesioni lievi dell’integrità psicofisica. La sentenza 17514/2011 ammette, per esempio, che “nei casi in cui l’elevata percentuale di invalidità permanente rende altamente probabile, se non addirittura certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica ed il danno che necessariamente da essa consegue, il giudice può procedere all’accertamento presuntivo della predetta perdita patrimoniale, liquidando questa specifica voce di danno con criteri equitativi”. Tale principio di diritto eliminerebbe il primo dei tre elementi di cui si compone l’onere probatorio del danneggiato, ampliando di conseguenza lo spazio affidato alle presunzioni, che andrebbero a coprire non solo l’incidenza futura del danno alla capacità di guadagno, ma persino l’accertamento della stessa. Ad un’osservazione attenta del caso concreto emergono tuttavia alcuni particolari a nostro avviso rilevanti. La vicenda di cui è occupata questa sentenza di Cassazione nel 2011 riguardava un incidente stradale che ha coinvolto un ragazzo minorenne causandogli un danno biologico accertato dal C.T.U. nella misura del 60%. Ci sembra quantomeno legittimo il sospetto che in tale vicenda, da un lato l’elevato grado di invalidità permanente capace di avvicinare l’episodio più ad un vero e proprio evento drammatico che ad una semplice “sventura”, dall’altro la tenera età della vittima con tutte le relative conseguenze in tema di difficile dimostrazione del lavoro che avrebbe presumibilmente svolto,⁹¹ abbiano portato i Supremi Giudici ad una sentenza in qualche modo “compassionevole” nei confronti della vittima che sarà tenuta a sopportare per tutta la vita gli esiti di questo nefasto episodio.

il principio in esame viene richiamato per il fine contrario di verificare che in realtà anche a fronte di una sensibile lesione dell’integrità psicofisica la capacità lavorativa specifica ha subito una riduzione significativamente inferiore, sempre ammesso e accertato che l’abbia subita. Vedi Cass. Civ. 1613/2013.

⁸⁸ “Se la riduzione della capacità lavorativa specifica è di una certa entità, è possibile presumere che al capacità di guadagno risulti ridotta anche per il futuro”. Giovanni Facci *L’osservatorio delle corti superiori* Resp. Civ. 2012, 2, 148.

“Il danno patrimoniale futuro, nel caso di illecito lesivo della persona, è da valutare su base prognostica ed il danneggiato, tra le prove, può avvalersi anche delle presunzioni semplici”. Antonella Batà e Angelo Spirito *Il danno patrimoniale futuro è da valutare su base prognostica* Danno e Resp., 2014, 8-9, 861.

⁸⁹ Vedasi Cass. Civ. 3290/2013.

⁹⁰ Cass. Civ. 25211/2014; Cass. Civ. 16213/2013.

⁹¹ A tal proposito la sentenza 17514 dichiara che “la relativa prognosi deve avvenire in primo luogo in base agli studi compiuti ed alle inclinazioni manifestate dalla vittima ed, in secondo luogo, sulla scorta delle condizioni economico sociali della famiglia”.

Il principio di diritto stabilito in questa pronuncia, seppure minoritario, viene ripreso dalla sentenza 25634 del 2015 che citando testualmente il precedente ribadisce la possibilità di accertare in via presuntiva la menomazione della capacità lavorativa specifica nel caso di elevata percentuale di invalidità permanente. Questo richiamo viene però fatto in obiter dictum dal momento che la Cassazione si esprime nei seguenti termini: “con motivazione adeguata, [la Corte territoriale] ha spiegato che il Tribunale aveva presunto dal fatto noto dell’invalidità permanente il fatto ignoto della riduzione della capacità lavorativa specifica [...] e ha quindi considerato il periodo di invalidità temporanea, ma per quanto riguarda la permanente ha negato che si trattasse di invalidità idonea ad influire sulla capacità lavorativa specifica esercitata”. Questa sentenza ci dice innanzitutto che, anche adottando questa posizione minoritaria, non ogni lesione macropermanente legittima un accertamento presuntivo della capacità lavorativa specifica e quindi non basta che la percentuale di danno biologico superi il 9%, e in secondo luogo che nemmeno un danno biologico al 20%, quale quello accertato nel caso concreto, è idoneo ad espandere automaticamente il ruolo della presunzione del senso prima indicato. Sono palesi le difficoltà che questo orientamento mostra in termini di certezza del diritto in quanto non è facilmente percepibile quale sia la soglia percentuale di invalidità permanente oltre la quale sia lecito presumere la riduzione della capacità di guadagno. Anche se rinvenissimo una pronuncia che fissi tale limite, si tratterebbe comunque dell’esercizio di un potere giudiziale “sospetto”, nel senso che qualora fosse necessario operare una distinzione tra lesioni di lieve e di grave entità, il compito di stabilire un regime giuridico differente sembrerebbe spettare al legislatore, come dimostrano gli artt. 138 e 139 cod. ass. che codificano un trattamento diverso tra le microlesioni e le macrolesioni conseguenti ad un sinistro stradale.

Ci sembra quindi evidente come tali precedenti non siano, tutto sommato, in grado di scalfire il principio generale difeso dalla giurisprudenza per cui, in tema di accertamento del pregiudizio della capacità lavorativa specifica, le presunzioni relative alla riduzione della capacità di guadagno possono intervenire solo dopo la dimostrazione della lesione all’abilità lavorativa specifica, e provata l’attività reddituale probabilmente o concretamente svolta.

Un altro problema di primaria importanza consiste nella comprensione di ciò in cui si sostanzia l’onere di provare che non sia residua “una capacità di attendere ad altri lavori, confacenti alle sue attitudini e condizioni personale ed ambientali, ed altrimenti idonei alla produzione di alte fonti di reddito”.⁹²

La sentenza 2758/2015 della Cassazione si preoccupa di precisare il contenuto di questo onere probatorio richiedendo da un lato la valorizzazione dell’idoneità ad esercitare altri tipi di lavoro, dall’altro la verifica che questi siano conformi alle attitudini e alla preparazione della vittima dell’illecito, con un particolare occhio di riguardo per il caso in cui il soggetto sia inserito già da anni nella specifica attività. Per alleggerire la posizione del danneggiato che a prima vista apparirebbe alquanto difficoltosa per quanto finora descritto, la Suprema Corte stabilisce che “tale attività alternativa deve poi non necessitare di sforzi superiori a quelli richiedibili sulla base della coscienza sociale”. Così facendo la Corte sembra individuare un equo compromesso tra le esigenze di ristorare un pregiudizio concretamente subito dalla vittima e quelle di evitare che si utilizzi uno strumento risarcitorio per addivenire nei fatti ad un arricchimento del danneggiato.

Nella tematica del danno alla capacità lavorativa ha una posizione di rilievo anche quella particolare figura, prima facie ibrida, rappresentata dalla lesione della cenestesi

⁹² Cass. Civ. 16541/2012; Cass. Civ. 16213/2013.

lavorativa. Tale forma di danno che la giurisprudenza identifica con “la maggiore usura, fatica o difficoltà incontrate nello svolgimento dell’attività lavorativa che non incidano sul reddito di una persona offesa neppure nel senso di perdita di un favorevole possibilità di incremento patrimoniale”⁹³ è oscillata per diversi anni tra la categoria del danno patrimoniale e quella del danno non patrimoniale.

In tempi recenti la giurisprudenza è giunta alla concorde decisione di inserire la lesione della cenestesi lavorativa all’interno del danno biologico (e quindi non patrimoniale), eliminando categoricamente qualsiasi residuo dubbio al riguardo. La sentenza 5840 del 2004 è molto chiara al riguardo dichiarando di prediligere questa opzione in virtù della natura tendenzialmente onnicomprensiva del danno alla persona idonea a considerare tutte le conseguenze negative che la lesione ha avuto sulla vita concreta del danneggiato e suggerendo che “la componente costituita dal pregiudizio alla cenestesi lavorativa” possa essere “liquidata mediante un appesantimento del valore monetario di ciascun punto di invalidità” (ricordiamo che questa sentenza si colloca storicamente dopo le sentenze gemelle del 2003 ma prima delle Sezioni Unite di San Martino del 2008).

Ecco allora che troviamo un punto di contatto tra la prima e la seconda parte del nostro lavoro: il danno alla cenestesi lavorativa integra una di quelle ipotesi che legittimano una personalizzazione del risarcimento del danno alla persona in quanto, data la diversità della sua incidenza sulla salute del danneggiato a seconda della professione svolta, non è possibile una sua standardizzazione precisa e corretta all’interno dei valori tabellari. Ci sembra giusto sottolineare, dopo le molte parole spese in precedenza sul ruolo del danno esistenziale e le riflessioni di molti autori sull’importanza del valore-uomo,⁹⁴ in termini (quasi) filosofici, come in tale caso la ragione che conduce ad un adeguamento del danno non patrimoniale abbia una natura prevalentemente oggettiva, identifica nel progressivo logorio della salute determinato dalle maggiori difficoltà lavorative che conseguono all’illecito.

5.2 La sentenza del giudice di Massa in tema di danno alla capacità lavorativa (specificata)

La sentenza del giudice di Massa, dopo aver richiamato la distinzione sul tema tra orientamenti minoritari e maggioritari appena illustrata, abbraccia con piena consapevolezza e coerenza i secondi.

Il Tribunale si cura infatti di descrivere la riduzione della capacità lavorativa specifica come una componente del danno patrimoniale, in particolare una forma di lucro cessante, richiedendone un accertamento concreto con tutti i crismi che la Cassazione ha individuato in tema di onere probatorio. Nello specifico il giudice si concentra sull’esigenza di dimostrare “l’incidenza del danno sulle possibilità di guadagno futuro, nonché l’entità del pregiudizio economico conseguentemente sofferto” e lo svolgimento concreto o presumibile di un’attività produttiva di reddito.

Successivamente evidenzia l’assenza di qualsiasi rigido automatismo tra l’accertamento dell’invalidità biologica permanente e quello della inabilità lavorativa specifica, mostrando assoluta fedeltà a quelle pronunce che non operano distinzioni tra ipotesi di gravi invalidità e ipotesi di lesioni lievi.

⁹³ Cass. Civ. 4493/2011. La stessa definizione è presente anche nel contributo di Martina Gerbi e Cecilia Lancioni *Il risarcimento del danno alla persona nella RC auto* (Danno e Resp., 2013, 12, 1158), nel quale si analizza il comportamento di alcune corti di merito riguardo al tema del danno alla capacità lavorativa.

⁹⁴ “Il valore uomo – nella componente diversa dalla salute – può esaurirsi nella sofferenza interiore?”. Paolo Cendon e Natalino Saponi si pongono tale quesito e danno risposta negativa in *Verso una nuova stagione esistenzialista del diritto privato*, Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 247.

Infine il giudice di Massa è attento a distinguere le conseguenze patrimoniali della lesione dai pregiudizi alla cenestesi lavorativa, rientranti invece nella categoria del danno non patrimoniale e valutabili quindi in tale diversa sede.

In concreto il giudice nega il riconoscimento sia della riduzione della capacità lavorativa specifica, sia della lesione della cenestesi lavorativa in quanto sono mancanti gli elementi probatori necessari.

5.3 Pregi e pericoli dell'orientamento maggioritario

Ad avviso di chi scrive l'orientamento maggioritario, seguito dalla pronuncia in esame, pare apprezzabile in quanto attento a richiedere un onere probatorio necessariamente severo in quanto indirizzato ad ottenere il risarcimento non di un pregiudizio fisico e come tale evidente e/o facilmente verificabile, ma di un danno patrimoniale futuro, di per sé connotato da una certa aleatorietà che deve essere ridotta quanto più possibile dal momento che la responsabilità civile si cura di riparare un danno e non di tutelare speranze o aspettative vagamente fondate. Il pericolo maggiore che corre questa posizione è quello di “chiedere troppo” all'attore in tema di dimostrazione dell'assenza di una residua capacità di svolgere altri lavori, in quanto talvolta tale prova può risultare particolarmente gravosa e inoltre, se intesa in modo eccessivamente ampio, rischierebbe di essere vista come l'imposizione di scelte lavorative “degradanti” per il danneggiato. Fortunatamente da quanto emerge dal campionario giurisprudenziale osservato, sembra che i giudici dimostrino una certa attenzione su questo punto, evitando di richiedere all'attore sforzi straordinari nella ricerca di una differente occupazione o di obbligarlo ad accettare mansioni o impieghi inadeguati rispetto alla sua “personalità professionale”.

Merita qualche parola anche la questione della lesione della cenestesi lavorativa. Appare fondamentalmente corretta la scelta di collocare tale figura di pregiudizio nella categoria del danno non patrimoniale, in quanto da essa non deriva nessuna conseguenza patrimoniale “immediata e diretta” (art 1223 cc) ed inoltre la nozione dinamica di danno biologico è idonea a considerare in modo più completo la delicata dimensione della lesione della cenestesi lavorativa, la quale obbligherà il danneggiato a proseguire la propria attività nella consapevolezza che questa comporterà una progressiva erosione del proprio bene salute.

Tuttavia si impone a nostro avviso un'avvertenza: la grande “fiducia” mostrata dalla giurisprudenza prevalente degli ultimi anni nella figura del danno biologico non deve degenerare in una radicale deformazione dello stesso. Già la definizione di danno biologico contenuta nel Codice delle Assicurazioni private ha una componente alquanto artificiale, normativa nella misura in cui vi include anche “l'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato”; se a questo si aggiungono le riflessioni svolte in precedenza a proposito dell'assorbimento, quantomeno parziale, del danno morale e del danno esistenziale all'interno della valutazione complessa del danno biologico, è agevole comprendere come tale figura abbia assunto una portata decisamente ampia. Affidare al danno biologico ulteriori funzioni di raccordo tra le varie categorie problematiche del diritto privato potrebbe comportare un sovraccarico per tale voce di danno, giungendo a soluzioni aberranti ed ingiuste perché ancorate ad una concezione dello stesso sempre più distante dal suo intuitivo significato e per questo “artificiale”.

Per quanto riguarda la problematica della lesione della capacità lavorativa, non ci pare che la questione del pregiudizio alla cenestesi lavorativa crei grosse difficoltà alla nozione di danno biologico, in quanto a ben vedere sembra rientrare abbastanza agevolmente nel significato naturale, intuitivo. Tuttavia è bene non dimenticare il

monito ad un utilizzo prudente del danno alla cenestesi lavorativa per evitare che si strumentalizzino il danno biologico, che richiede un accertamento in via equitativa anche se “ancorato” al sistema tabellare, al fine di sorpassare le difficoltà probatorie richieste per l’accertamento del danno patrimoniale.

6. Conclusioni

Al termine di questo lavoro vorremmo evidenziare come la sentenza del Tribunale di Massa concorra a rafforzare la sensazione, già emersa in maniera evidente all’esame dei dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in materia di responsabilità civile, che il danno biologico svolga un ruolo decisamente dominante all’interno della tematica generale del risarcimento del danno. Nel nostro titolo abbiamo attribuito a questa voce di danno il compito, o meglio abbiamo riconosciuto una funzione che altri già da tempo sembrano avergli affidato, di mediatore tra il principio di unitarietà del danno non patrimoniale e quello di integrale risarcimento dello stesso; ma un ruolo medesimo potrebbe forse essergli riconosciuto, per quanto detto in tema di danno alla cenestesi lavorativa, all’interno della dialettica tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Insomma è chiara la tendenza degli interpreti, o almeno di una larga parte di questi, ad avvalersi della polivalenza di questa figura di pregiudizio per la soluzione di questioni che presentano sfaccettature complesse, profili ibridi che risultano difficili da prevedere e regolare analiticamente dal legislatore e (anche) per questo vengono lasciati all’interno del danno alla salute. Il danno biologico, conglobando al suo interno una dimensione oggettiva ed una soggettiva, riesce a garantire sia le istanze di uniformità sia quelle di flessibilità nel risarcimento, permettendo al giudice di giungere a una liquidazione “equa” in entrambi i significati che abbiamo visto competere a questo aggettivo. Ci viene naturale immaginare il danno alla salute come ad una categoria “strattonata” da un lato da chi ne voglia preservare il suo significato più naturale e più prossimo all’invalidità fisica pura, al fine di non vederne disperso il senso originale, dall’altro da chi ne auspica una forte espansione in modo da ampliare i pregi che contraddistinguono tale figura anche a profili di pregiudizio all’apparenza estranei al danno alla persona strettamente inteso. Pur dichiarandoci favorevoli ad una nozione estesa di danno biologico ci sentiamo in dovere di ribadire l’avvertenza precedentemente indicata a non abusare di questa figura e delle sue potenzialità, così da stravolgerne il significato e mettere in pericolo pure le acquisizioni fin qui conquistate. In fondo non hanno tutti i torti Cendon e Sapone quando sottolineano che non si può dimenticare di punto in bianco il ruolo e l’importanza che hanno rivestito le categorie nella storia del danno non patrimoniale. Se è vero che la natura di scienza pragmatica del diritto impone che l’elaborazione delle distinzioni sia finalizzata sempre alla soluzione di problemi che si incontrano nella realtà quotidiana e non a creare inutili speculazioni filosofiche, è anche vero il contrario: se gli operatori del diritto avvertono la necessità di riconoscere delle diversità tra le varie componenti del danno non patrimoniale (nessun autore ci pare mettere in discussione l’esistenza di “profili” o “aspetti” morali ed esistenziali), allora significa che tali differenze dovranno pur, in qualche modo, essere considerate dall’interprete che si avvicina alla figura del danno non patrimoniale. Avendo già speso molte parole al riguardo non ci dilunghiamo nella spiegazione delle esigenze pratiche che hanno condotto i nostri giudici a valorizzare con forza il principio di unitarietà del danno non patrimoniale, ma ci limitiamo ad auspicare che la nostra giurisprudenza, pur perseverando nell’attenzione a non trasformare il risarcimento del danno in qualcosa di altro da sé, non si dimostri sorda alle sollecitazioni provenienti dagli autori che prospettano una maggiore coerenza logica e concettuale nella sfera del

danno non patrimoniale, coniugando scrupolosamente le istanze che giungono dalla prassi e dalla quotidianità con quelle scaturenti dal dibattito dottrinale.

“JUDGE MADE LAW” E DANNO NON PATRIMONIALE: VISIONI A CONFRONTO DOPO LE SENTENZE DI SAN MARTINO

di Chiara Milanese

IL CASO

La vicenda riguarda un caso di malpractice sanitaria durante le fasi prodromiche e successive ad un intervento di sostituzione di artroprotesi all' anca sinistra e legato all' insorgenza di un' infezione ospedaliera attribuita a responsabilità dell' Azienda Ospedaliera-Universitaria di Ferrara- Arcispedale Sant' Anna, che viene difatti citata dalla parte attorea.

Secondo la Consulenza tecnica d' ufficio del prof. Dario Betti dell' Università di Padova si è accertata un'evidente responsabilità, che per una migliore comprensione della successiva liquidazione del danno è necessario approfondire.

Il consulente infatti afferma che le conseguenze lamentate dal sig. XX sono da porsi in relazione causale con i trattamenti subiti, ma in misura differenziale: quelli di natura infiammatoria e infettiva sono da ricondurre con certezza alla fase operatoria eseguita presso la AOU Sant'Anna di Ferrara, mentre quelli di natura disfunzionale a carico dell' anca sinistra sono da riferire al successivo incompleto intervento presso lo IOR di Bologna, a carico del quale il processo si è estinto per rinuncia e conseguente accettazione.

Il momento causale da cui discende la responsabilità per l'AOU S. Anna è evidenziabile nella mancata decisione di reintervenire con la rimozione dell' impianto protesico, oltre che della generica attribuzione della localizzazione infettiva all' arco temporale del ricovero.

Secondo il Giudice la domanda di parte attrice è fondata e merita accoglimento e l' esclusiva responsabilità del personale sanitario medico e/o non medico è comprovata.

Il giudice avvia il suo iter argomentativo dalla configurazione della responsabilità contrattuale dell' Azienda Sanitaria.

Va premesso, per una migliore comprensione, che la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria qui in questione deriva dall' art. 1228 c.c. , norma che ci individua nel debitore, e non nell' ausiliario (il medico), il soggetto contrattualmente responsabile.

In via preliminare, secondo il giudice, è opportuno qualificare la responsabilità in tema di colpa medica, che è di tipo contrattuale, derivante dal contratto o meglio dal contatto sociale, intervenuto tra la paziente e la struttura ospedaliera convenuta, avente ad oggetto le prestazioni medico sanitarie.

Il medico o in genere il personale non medico, che opera all' interno di una struttura sanitaria, poiché svolge un' attività a contenuto professionale, è tenuto nell' adempimento delle proprie obbligazioni alla diligenza specifica del debitore qualificato ex art. 1176, 2° comma, c.c. e ciò comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che costituiscono la conoscenza della professione medica.

Per quanto riguarda il profilo del grado della colpa, l' art. 2236 (responsabilità del prestatore d'opera) va interpretato nel senso che la limitazione di responsabilità alle sole ipotesi di dolo e colpa grave non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza o imperizia, ma solo per i casi che richiedono di risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà.

Il giudice arriva poi a trattare uno degli argomenti più rilevanti per quanto riguarda il successivo accoglimento della domanda attorea. Infatti, per quanto riguarda la ripartizione dell' onere probatorio tra paziente e medico ex art. 1218 c.c. si deve ritenere

che, in forza della presunzione di colpa, il paziente ha solo l'obbligo di allegare il peggioramento delle proprie condizioni di salute, imputandone la causa poi all'intervento del medico. Spetta poi a quest'ultimo dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia e che la sua prestazione implicava la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Quindi ritenuta la natura contrattuale di tale responsabilità, si osserva che nel caso in esame la parte convenuta non ha assolto all'onere probatorio precedentemente descritto e che quindi non si può parlare di esatto adempimento, né di inadempimento non imputabile.

Si passa poi alla liquidazione del danno, in primis quello patrimoniale, che non viene quantificato, in quanto anche per gli anni trascorsi dall'evento non è stata quantificata o documentata alcuna spesa e risulta poi evidente il soccorso sia del Servizio Sanitario nazionale sia delle Assicurazioni sociali.

Più complessa risulta invece la quantificazione del danno non patrimoniale, essendo qui necessario anche un rimando alla c.t.u. precedentemente citata, e costituente parte della pronuncia giudiziale. Si procede infatti a due liquidazioni separate in ordine a quella derivante dall'invalidità permanente e quella derivante dall'invalidità temporanea.

Per quanto riguarda la liquidazione del danno biologico permanente il giudice lo quantifica nella misura massima stimata dal c.t.u. Del 8% pari a Euro 13.688,00 alla luce dei criteri derivanti dalle tabelle milanesi 2013, tenendo in considerazione anche il ristoro dovuto per la sofferenza morale soggettiva e vista l'età del danneggiato al momento del sinistro di 56 anni.

Infatti secondo il c.t.u. è a carico dell'A.O.U. Arcispedale S. Anna un periodo di invalidità permanente stimabile nell'ordine dell'8% infatti se l'intervento di sostituzione protesica fosse stato compiutamente eseguito a Bologna, e quindi non tenendo in considerazione il seguente intervento presso lo IOR, la parte di danno direttamente riconducibile all'errore tecnico degli operatori di Ferrara sarebbe da riferire esclusivamente al solo disvalore estetico della cicatrice, riconducibile alla prima operazione.

Il giudice inoltre personalizzando la liquidazione somma a questi danni anche un aumento personalizzato nella misura massima prevista del 25% di Euro 3.422,00 euro. Egli giustifica ciò con un'argomentazione analitica in cui mostra le circostanze eccezionali da tenere in considerazione, quali le particolari ripercussioni dei postumi traumatici sulla vita sociale e di relazione futuri, sostanzialmente notevolmente complicati in ragione della patologia infettiva in perenne azione e dell'assoluto inestetismo.

Passando poi alla liquidazione del danno non patrimoniale conseguente alla ritenuta invalidità temporanea, questa viene fissata dal CTU in un periodo di 7 mesi, nella misura parziale del 50%. ritenendo infatti che la condizione invalidante sia espressione di un programma chirurgico non portato a compimento e che nella ragionevole ipotesi di un suo completamento, avrebbe condotto ad una ripresa funzionale ottimale dell'arto, residuando solo la modesta invalidità relativa alla cicatrice chirurgica.

Il giudice in conformità con l'orientamento della Terza Sezione Civile ha adottato una liquidazione congiunta del danno biologico e morale, come quantificato nelle citate tabelle 2013 del Tribunale di Milano e considerando la sofferenza temporanea ricollegabile all'intervento, il calvario sanitario e la lunghezza del periodo, secondo equità, liquida il risarcimento giornaliero all'importo di Euro 140,00/2, secondo la forbice giornaliera individuata dalle tabelle. Il complessivo danno risulta così pari a Euro 14.700

Per concludere il giudice accoglie la domanda proposta da XX nei confronti dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Ferrara-Arcispedale Sant' Anna e dichiara la responsabilità contrattuale della convenuta e la condanna al pagamento di Euro 13.688,00+ Euro 3.422,00 + Euro 14.700,00 a titolo di danno non patrimoniale, più il tasso annuo, le spese della lite e delle spese per CTU.

TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TERZA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Pietro Iovino
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 14960/2010 promossa da:
XX (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. D'AMATO PANTALEO e dell'avv. LOLLI SILVIA (LLLSLV77T56A944Y) VIA D'AZEGLIO 15 40100 BOLOGNA; elettivamente domiciliato in VIA M. D'AZEGLIO C/O AVV. LOLLI SILVIA 15 40123 BOLOGNA presso il difensore avv. D'AMATO PANTALEO
ATTORE

contro

AZIENDA OSPEDALIERA - UNIVERSITARIA DI FERRARA-ARC. S.ANNA (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. BORGHESI DOMENICO e dell'avv. UBERTI MANUELA GIOVANNA (BRTMLG56L58H294A) C.SO GIOVECCA,203 44100 FERRARA; SALVINI PAOLO (SLVPLA62D25L219Z) Via Morghen n.9 10143 Torino; elettivamente domiciliato in VIA DEGLI AGRESTI N. 4 40123 BOLOGNA presso il difensore avv. BORGHESI DOMENICO

CONVENUTA

CONCLUSIONI:

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

FATTO E DIRITTO

1. La presente sentenza è redatta senza l'esposizione dello svolgimento del processo e con motivazione consistente nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi, così come previsto dagli artt. 132 comma 2 n. 4 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c. nel testo introdotto dagli art. 45 e art. 53 della L. n. 69 del 18 giugno 2009 trattandosi di disposizioni applicabili anche ai procedimenti pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della L. 4 luglio 2009 ai sensi dell'art. 58 comma 11.

2. Per quanto di residuo ed attuale interesse, attesa la dichiarata estinzione del processo limitatamente all'altro convenuto Istituto Ortopedico Rizzoli (in prosieguo anche IOR) per rinuncia e conseguente accettazione, la vicenda riguarda un caso di malpractice sanitaria occorso durante le fasi prodromiche e successive all'intervento del 13.04.2007 di sostituzione di artroprotesi all'anca sinistra e legato all'insorgenza di una infezione nosocomiale (da staphylococcus aureus) attribuita a responsabilità dell'AZIENDA OSPEDALIERO-UNIVERSITARIA DI FERRARA – ARCISPEDALE SANT'ANNA (in prosieguo anche Azienda), così citata al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Costituitasi, la convenuta eccepiva l'incompetenza per territorio in favore del Tribunale

di Ferrara e chiedeva il rigetto di ogni domanda attorea, in quanto non provata nei fatti e infondata in diritto, ritenendo non assolto l'onere probatorio.

L'istruttoria si è svolta con la produzione di numerosa documentazione relativa ai ricoveri ospedalieri in occasione del primo intervento, nonché a quelli successivi legati alla travagliata vicenda sanitaria, nonché con lo svolgimento di una consulenza tecnica d'ufficio ed all'esito, respinta ogni richiesta di approfondimento istruttorio, in particolare rigettati ogni supplemento/rinnovazione della consulenza, è stata posta in decisione con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c. nell'estensione massima.

La domanda di parte attrice è fondata e merita perciò accoglimento per quanto di ragione.

Invero l'esclusiva responsabilità nell'occorso del personale sanitario medico e/o non medico, non può che ritenersi comprovata dalle concordi risultanze degli atti istruttori raccolti.

2.1 Perché insistita dall'Azienda convenuta, occorre nuovamente soffermarsi sulla questione dell'incompetenza per territorio.

Come correttamente eccepito dalla difesa attorea ogni questione deve però ritenersi preclusa nella presente sede in ragione del contenuto dell'ordinanza del 27.01.2011, con la quale l'eccezione de qua, con decisione di evidente portata definitiva e perciò di contenuto equivalente ad una sentenza non definitiva, è stata respinta.

3. In via preliminare, è opportuno ricordare e riaffermare, perché questione che ha occupato le parti, influente all'uopo ogni riferimento nel giudizio civile del richiamo all'art. 2043 cc fatto dal cd. Decreto Balduzzi (DL 13.09.2012 n. 158, conv. in L. 08.11.2012 n. 189), che la responsabilità in tema di colpa medica, va qualificata come contrattuale, in quanto derivante dal contratto (o dal contatto sociale) intervenuto tra la paziente e la struttura ospedaliera convenuta, avente ad oggetto le prestazioni medico sanitarie.

Si deve tenere conto, perciò, che il medico o in genere il personale non medico, che opera all'interno di quella struttura sanitaria, poiché svolge un'attività a contenuto professionale, è tenuto nell'adempimento delle proprie obbligazioni, non già alla diligenza generica del buon padre di famiglia, bensì a quella più accurata e specifica del debitore qualificato, come prescrive l'art. 1176, 2° comma, c.c.; ciò comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che, nel loro insieme, costituiscono la conoscenza della professione medica (Cass. 4852/99, 5945/00, 6386/01, 3492/02).

Aderente a una siffatta impostazione, deve rilevarsi il recente autorevole intervento sul punto della Suprema Corte i cui condivisibili principi («...la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale. PUNTO fermo, ai fini della filomachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni unite nel novembre 2008, e tra queste la n.26973, ed in particolare nel punto 4.3 del c.d. preambolo sistematico, che attiene ai c.d. contratti di protezione conclusi nel settore sanitario, ed agli incipit giurisprudenziali ivi richiamati, e seguiti da decisioni di consolidamento.» cfr. Cass. civ. Sez. III, Sent., 19-02-2013, n. 4030) è sufficiente qui richiamare come precedente conforme e condiviso.

Sotto il profilo del grado di colpa, di cui il medico o il personale sanitario in genere, deve rispondere, il disposto dell'art. 2236 c.c. va interpretato nel senso che la limitazione di responsabilità alle sole ipotesi di dolo e colpa grave non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza o imperizia, ma soltanto per i casi che richiedono di risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà (perché trascendono la preparazione media o non sono stati ancora studiati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo ai metodi da adottare; cfr. Cass., Sez. III, sent. n. 5945 del 10.5.2000; Cass.,

Sez. III, sent. n. 4852 del 19.5.1999; Cass., Sez. III, sent. n. 11440 del 18.11.1997). Per quanto attiene, poi, alla ripartizione dell'onere probatorio tra paziente e medico, la natura contrattuale della predetta responsabilità implica che, in forza della presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c., il paziente ha solo l'onere di allegare il peggioramento delle proprie condizioni di salute, imputandone la causa all'intervento del medico. E' invece onere di quest'ultimo dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia, e che la sua prestazione implicava la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Ne consegue che, qualora il medico non assolva in maniera idonea questo suo onere probatorio, l'inesatto adempimento della sua prestazione – ovvero anche solo l'incertezza degli esiti probatori in ordine all'esatto adempimento – va posta a suo carico e ciò comporta l'accoglimento della domanda risarcitoria, fondata sulla responsabilità contrattuale.

Del resto quanto al riparto dell'onere probatorio in tema di colpa medica, la costante giurisprudenza di legittimità ritiene che *«l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato», mentre ha solo l'onere di allegare (ma non di provare) la colpa del medico. Invece, rimane «a carico del medico convenuto dimostrare che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato causa del danno» (ex plurimis, Cass. 4792/2013, rv. 625765).*

Alla luce dei predetti principi e della ritenuta natura contrattuale della responsabilità medica, si osserva che nel caso in esame la parte convenuta non ha assolto all'onere probatorio dianzi descritto e, quindi, non può ritenersi l'ipotesi dell'esatto adempimento né quella dell'inadempimento non imputabile.

3.1 La C.T.U. del prof. dott. Dario Betti dell'Università di Padova – la quale appare logicamente coerente e adeguatamente motivata in ordine all'individuazione della patologia ed all'eziogenesi di essa in relazione ai trattamenti terapeutici praticati ed alla quale si rimanda per gli aspetti di dettaglio – ha consentito di accertare una evidente responsabilità, secondo quanto si andrà ad esporre.

Il Consulente ha affermato (cfr. pag. 17-18) che *«...le conseguenze lamentate dal sig. XX sono da porsi in relazione causale con i trattamenti subiti, ma in misura differenziale: quelli di natura flogistico-infettiva sono da ricondurre con certezza alla fase operatoria eseguita presso la AOU Sant'Anna di Ferrara, mentre quelli di natura disfunzionale a carico dell'anca di sinistra sono da riferire al successivo incompleto intervento presso lo IOR di Bologna.»*

Il prof. Betti ha, quindi, precisato che *«...i profili di responsabilità seguono la suddetta ripartizione, ma mentre per l'AOU S. Anna è evidenziabile un momento causale che, al di là della generica attribuzione della localizzazione infettiva all'arco temporale del ricovero ed all'intrinseca invasività dell'intervento chirurgico, consiste nella mancata decisione di reintervenire con la rimozione dell'impianto protesico una volta assodata, con scintigrafia, la "infezione protesica attiva", a carico della IOR il momento causale di danno si identifica nell'incompleta rimozione della protesi di anca.» (cfr. pag. 18).*

Dalla differenziazione dei profili di responsabilità il CTU fa ovviamente discendere conseguenze anche sotto il profilo della riferibilità degli esiti invalidanti alle due strutture convenute, ponendo *«...a carico dell'A.O.U. Arcispedale S. Anna un periodo di invalidità temporanea – per la persistenza del tragitto fistoloso femorale, stimabile nell'ordine dell'8% (otto)- di sette mesi: dalla data di dimissione (22.11.2007) dopo l'intervento di revisione (27.10.2007) dei soli "tessuti molli immediatamente adiacenti all'osso femorale" eseguito alla A.O.U. Sant'Anna di Ferrara, fino alla data dell'intervento presso lo IOR (23 giugno 2008).» (cfr. pag. 18).*

Il CTU ha inoltre precisato che «...a partire dalla stessa data si è concretizzata una menomazione invalidante – non attribuibile alla AOU Sant’Anna di Ferrara – sovrapponibile alla perdita funzionale dell’arto inferiore, oltre alla persistenza del tragitto fistoloso, stimabile attorno al 50%.», chiarendo all’uopo come «...tale condizione invalidante sia espressione di un programma chirurgico non portato a compimento e che nella ragionevolissima ipotesi di un suo completamento, potrebbe condurre ad una ripresa funzionale ottimale dell’arto, residuando solo la modesta invalidità relativa all’irregolarità dell’estremo rostrale di una cicatrice chirurgica che comunque sarebbe esitata come espressione inevitabile del reintervento.» (cfr. pag. 18-19).

Per doverosa completezza, stante le insistenti richieste attoree, si annota che il CTU ha anche preso posizione rispetto alle osservazioni del CTP attoreo dott. Centrone, precisando tra l’altro in via meramente ipotetica e come pura ipotesi di lavoro, che, «...se si dovesse stimare la condizione del sig. XX come se non fosse avvenuta la successiva fase dell’ Istituto Ortopedico Rizzoli, avremmo una limitazione funzionale modesta dell’arto inferiore di sinistra, legata prevalentemente alla flogosi dei tessuti periprotetici ed una fistola secernente: in altri termini un’invalidità ben lontana dalla stima del 50% che deriva esclusivamente dalla perdita della funzione articolare dell’anca, a sua volta direttamente riconducibile al mancato completamento dell’intervento di sostituzione completa del sistema protesico.» (cfr. pag. 29-30). Con la diretta ed immediata conseguenza che la parte di danno alla persona direttamente riconducibile all’errore tecnico degli operatori di Ferrara, ove l’intervento di sostituzione protesica fosse stato compiutamente eseguito a Bologna, sarebbe da riferire esclusivamente al «...solo disvalore estetico della cicatrice cheloide derivata dalla deiscenza della ferita chirurgica e relativa cronica reazione tissutale, per una invalidità permanente non superiore all’8% (otto).» ed un periodo di inabilità temporanea di sette mesi, nella misura parziale del 50%.

3.2 Quanto al valore da accordare alla perizia è evidente che la meticolosità dell’accertamento, l’ampia garanzia di contraddittorio assicurata ed esercitata da parte convenuta, l’assenza di elementi oggettivi contrastanti e soprattutto di elementi di incongruità, specie se si tiene nel debito e doveroso conto quanto assunto in replica alle osservazioni dei CCTTPP, rendono del tutto inutile disporre un nuovo accertamento nel presente processo civile.

Una siffatta valutazione, oltre che presidio dei principi di economia dei mezzi giuridici e della ragionevole durata del processo, come voluta dall’art. 111, 2^a co., Cost., è inoltre supportata da elementi obiettivi legati al fatto che anche l’eziopatogenesi ignota ricadrebbe comunque, sotto il profilo processuale probatorio, sulla parte convenuta e ciò in ragione di quanto già visto.

Consegue a ciò che appare inutilmente dispendioso in termini di tempo e di risorse economiche accedere a nuova consulenza sulla ricostruzione del sinistro.

4. Procedendosi perciò alla liquidazione del danno, quello patrimoniale, attese le risultanze di causa, va quantificato in:

A) € 0,00 relativamente alle spese anche *latu sensu* mediche, non essendone allegate e documentate; converge verso una siffatta decisione, non solo, la circostanza che, nonostante gli anni trascorsi dall’evento, non è stata quantificata o documentata alcuna spesa, ma anche, è evidente il soccorso sia del Servizio Sanitario nazionale sia delle Assicurazioni Sociali;

5. Il danno non patrimoniale, alla luce dei criteri in uso presso questo Tribunale, che fanno riferimento alle tabelle milanesi 2013, rielaborate a seguito della sentenza delle Sezioni Unite dell’11.11.2008, tenendo in considerazione anche il ristoro dovuto per la

sofferenza morale soggettiva, va quantificato, vista l'età del danneggiato al momento del sinistro (56 anni), come segue: danno biologico permanente (IP) nella misura massima stimata dal c.t.u. del 8% pari a Euro 13.688,00= a cui vanno sommati, tenuto conto delle particolari ripercussioni dei postumi traumatici sulla vita sociale e di relazione futuri, sostanzialmente notevolmente complicati in ragione della patologia infettiva in perenne azione e dell'assoluto inestetismo in persona comunque in età sufficientemente giovane in rapporto alle odierne aspettative di vita, Euro 3.422,00 per un aumento personalizzato nella misura massima prevista del 25%.

Passando alla liquidazione del danno non patrimoniale conseguente alla ritenuta invalidità temporanea (totale di sette mesi al 50%), anche al riguardo la Terza Sezione Civile ha adottato la liquidazione congiunta del danno biologico e morale, come quantificato nelle citate tabelle 2013 del Tribunale di Milano in una forbice giornaliera da un minimo di € 96,00 ad un massimo di € 144,00; nel caso in esame, poiché la sofferenza temporanea patita causalmente ricollegabile all'intervento risulta rilevante, atteso il calvario sanitario e la lunghezza del periodo, appare equa una quantificazione giornaliera corrispondente all'importo di € 140,00/2; il complessivo ammontare di tale danno risulta così pari ad € 14.700,00.

5.1 Il danno non patrimoniale come complessivamente considerato, dovrà poi maggiorarsi, secondo l'insegnamento di Cass. 17 febbraio 1995, n. 1712, di rivalutazione monetaria e interessi sulla somma capitale annualmente rivalutata, da calcolarsi al tasso del 2,5 % annuo, questo costituendo la media dei tassi vigenti nel periodo; che peraltro, l'impossibilità tecnica di devalutare il relativo ammontare quanto alle somme già liquidate all'attualità impone di recuperare l'effetto anomalo di una doppia rivalutazione calcolando gli interessi nella misura anzidetta sulle somme integralmente rivalutate non già dalla data del fatto, ma da un'epoca intermedia, che, avuto riguardo al tempo decorso, si reputa equo stabilire nel 1 giugno 2009.

A seguito della liquidazione qui operata il debito di valore si converte in debito di valuta e su di esso dovranno computarsi gli interessi moratori *ex lege*.

6. Le spese seguono la soccombenza.

Le spese di CTU, negli importi già liquidati, andranno definitivamente poste definitivamente a carico della parte convenuta, con conseguente obbligo di rimborso a favore di quella attorea di quanto dalla stessa già anticipato a tale titolo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, istanza ed eccezione disattese, così provvede:

accoglie la domanda proposta da XX nei confronti di AZIENDA OSPEDALIERO-UNIVERSITARIA DI FERRARA – ARCISPEDALE SANT'ANNA e, per l'effetto, dichiarata la responsabilità contrattuale della convenuta, la condanna al pagamento, in favore di parte attorea, per le causali indicate in parte motiva, delle seguenti somme o poste:

a) Euro 13.688,00 + Euro 3.422,00 + Euro 14.700,00 a titolo di danno non patrimoniale, oltre interessi al tasso annuo al 2,5 % dalla data del 1° giugno 2009 alla data della sentenza;

b) euro 00,00 per danno patrimoniale;

c) degli interessi al tasso annuo di legge sulle somme così dovute dalla data della sentenza a quella del saldo effettivo;

d) delle spese di lite, che liquida in Euro 329,00 per spese ed Euro 4.500,00= per compensi, oltre IVA, CPA, se dovuti e nelle aliquote legali;

e) delle spese per CTU, negli importi già liquidati, con conseguente obbligo e condanna, al rimborso a favore di parte attorea di quanto dalla stessa eventualmente già anticipato a tale titolo.

Dichiara la presente sentenza esecutiva *ex lege*.

Bologna 14.04.2014

Il Giudice Dott. Pietro Iovino

Pubblicazione il 09/05/2014

TRIBUNALE DI BOLOGNA, sentenza 9 maggio 2014, n. 1432; Giud. IOVINO, XX (Avv. D'AMATO, LOLLI) c. Azienda Ospedaliera- Università di Ferrara- Arc. S. Anna (Avv. BORGHESI, UBERTI).

Responsabilità civile - Responsabilità contrattuale dell'azienda sanitaria – Responsabilità da contatto sociale del medico – Onere della prova – Prova della causa non imputabile da parte della struttura – Non assolto (Cod. civ., art. 1173, 1218, 1228)

Danni civili – Responsabilità medica - Danno biologico – Tabelle di Milano - Liquidazione congiunta del danno biologico e del danno morale – Fattispecie (Cod. civ., 1223)

Posto che, essendo ininfluyente il richiamo all'art. 2043 c.c. fatto dal cd. Decreto Balduzzi, la responsabilità in tema di colpa medica va qualificata come contrattuale, in quanto derivante dal contratto (o dal contatto sociale) intervenuto tra la paziente e la struttura ospedaliera convenuta avente ad oggetto le prestazioni medico sanitarie, il medico o in genere il personale non medico, che opera all'interno di una struttura sanitaria, poiché svolge un'attività a contenuto professionale, deve adempiere alle proprie obbligazioni con la diligenza del debitore qualificato, come prescrive l'art. 1176, 2° comma, c.c., con l'obbligo di rispettare tutte le regole e gli accorgimenti che, nel loro insieme, costituiscono la conoscenza della professione medica, in forza della presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c. il paziente ha solo l'onere di allegare il peggioramento delle proprie condizioni di salute, imputandone la causa all'intervento del medico, mentre spetta a quest'ultimo dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia, e che la sua prestazione implicava la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, con l'ulteriore conseguenza che, ove il medico non assolva questo suo onere probatorio, l'inesatto adempimento della sua prestazione – ovvero anche solo l'incertezza degli esiti probatori in ordine all'esatto adempimento - va posta a suo carico, comportando l'accoglimento della domanda risarcitoria. (1)

Posto che in caso di danno biologico, la liquidazione deve tenere conto della lesione dell' integrità psicofisica del soggetto sotto il duplice aspetto dell'invalidità temporanea e di quella permanente, per quanto riguarda la liquidazione del danno biologico permanente, il grado di invalidità permanente espresso dal c.t.u. esprime la misura in cui il pregiudizio alla salute incide su tutti gli aspetti della vita quotidiana della vittima e solo in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, che rendono il danno

concreto più grave, è consentito al giudice, con motivazione analitica, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione, mentre per la liquidazione del danno non patrimoniale conseguente all'invalidità temporanea, questa comprende sia il danno biologico sia quello morale, infatti quest'ultimo è una componente del danno biologico, posto che qualsiasi lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica e psichica, fermo restando che il giudice può personalizzare la liquidazione in base alle Tabelle Milanesi 2013. (2)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità, come riportato dalla sentenza in questione, la Cassazione consacra definitivamente il principio secondo cui per il risarcimento del danno da attività medico - chirurgica, l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o del contatto sociale) ed allegare l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del medico convenuto dimostrare che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato causa del danno, Cass. Civ. Sez.III,26 febbraio 2013,n.4792 in *Giustizia Civile Massimario* 2013. La Terza sezione della Cassazione civile ha ribadito di nuovo questo orientamento nella sentenza n. 24109, 24 ottobre 2013 in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2014, 3, 897 (nota di BORRETTA). Vi è inoltre altra giurisprudenza di legittimità che supporta questo orientamento : Cassazione civile sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. Civ.* 2009,11,I, 2532 ; Cassazione civile sez III , 12 settembre 2013, n. 20904 in *Ragiusan* 2014, 357-358-217 ; Cassazione civile sez III, 20 ottobre 2014, n.22222 in *Giustizia Civile Massimario* 2014 ; Cassazione Civile sez. III, 30 settembre 2014, n.20547 in *Giustizia Civile Massimario* 2014 ; Cassazione civile sez. III, 12 dicembre 2013, n. 27855 in *Diritto & Giustizia* 2013, 13 dicembre (nota di: VILLANI) ; Cassazione civile sez. III, 8 settembre 2008, n. 24791 in *Giust. civ. Mass.* 2008,10,1448; Cassazione civile sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918 in *Giust. civ. Mass.* 2006,11; Cassazione civile sez III, 6 ottobre 2014, n. 21025 in *Diritto & Giustizia* 2014, 7 ottobre; Cassazione civile sez. III, 11 novembre 2005, n°22894 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 7/8. Orientamento difforme invece era prevalso all' interno della giurisprudenza di legittimità in particolar modo dalla decisione della Corte di Cassazione del 21 dicembre 1978, n.6141 in *Foro it.*, 1979, I, 4, secondo cui spettava al medico provare che il caso è di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento è di facile esecuzione e al medico che l' insuccesso non sia dipeso da suo difetto di diligenza. Secondo questo orientamento vi sono state proficue sentenze di legittimità: Cassazione civile sez. III, 19 maggio 1999, n° 4852 in *Danno e resp.* 2000, 157 (nota di GRONDONA); Cassazione civile sez. III, 16 febbraio 2001, n°2335 in *Resp. civ. e prev.* 2001, 580 (nota di GUERINONI); Cassazione civile sez. III, 16 novembre 1988, n° 6220 in *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc. 11. Questo orientamento deve oggi ritenersi superato alla luce della fondamentale sentenza n.13533, 30 ottobre 2001 delle Sezioni Unite della Cassazione in *Foro it.* 2002, I, 770 (nota di LAGHEZZA), secondo cui il creditore che agisca in giudizio per l'inesatto adempimento del debitore deve solo fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto (ed eventualmente del termine di scadenza), limitandosi ad allegare l'inesattezza dell'adempimento costituita dalla violazione dei doveri accessori, dalla mancata osservanza dell'obbligo di diligenza o dalle difformità qualitative o quantitative dei beni, posto che incombe sul debitore convenuto l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione. Questa sentenza ha di fatto segnato una svolta nella disciplina della distribuzione dell'onere della prova in ambito di responsabilità professionale e l' applicazione dei principi

enunciati dalla precedente sentenza sono stati portati alle estreme conseguenze dalla sentenza della Corte di Cassazione sez. III, n.10297, del 28 maggio 2004, in *Foro it.* 2005, I, 2479 secondo cui in tema di responsabilità della struttura sanitaria per inesatta esecuzione della prestazione medica, il paziente che agisce in giudizio - deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria - deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito numerose sono le pronunce che da una quindicina di anni hanno abbracciato l'orientamento prevalente in Cassazione: Tribunale Bari sez. II, 23 aprile 2014, n°2040 in *Redazione Giuffrè* 2014; Tribunale Salerno sez. II, 17 febbraio 2014, n°533 in *Redazione Giuffrè* 2014; Tribunale Milano sez. I, 23 luglio 2014, n° 9693 in *Guida al diritto* 2014, 44, 25 (nota di: MARTINI); Tribunale di Teramo, 25 marzo 2013, n°259 in *Redazione Giuffrè* 2013; Tribunale Bari sez. II, 16 aprile 2012, n°1310 in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)* 2013, 1, 488 (nota di: PARZIALE) ; Tribunale Bari sez. III, 26 marzo 2012, n°1070 in *Giurisprudenzabarese.it* 2012; Tribunale Latina sez. II, 3 agosto 2010 in *Redazione Giuffrè* 2011; Tribunale Milano sez. V, 3 giugno 2009, n° 7306 in *Giustizia a Milano* 2009, 10, 67; Tribunale di Bari sez.II 17 aprile 2008, n°981 in *Giurisprudenzabarese.it* 2008 ; Tribunale Bari sez. III, 13 febbraio 2007, n°422 in *Guida al diritto* 2007, 42, 81; Tribunale Milano, 22 aprile 2005 in *Giustizia a Milano* 2005,27 ; Tribunale Roma, 10 marzo 2004 in *Redazione Giuffrè* 2005 ; Tribunale Milano, 11 giugno 2003 in *Giustizia a Milano* 2003,52.

In dottrina, con riferimento al fatto che il paziente abbia solo l' onere di allegare il peggioramento delle proprie condizioni di salute, imputandone la causa all' intervento medico e che sarà poi quest' ultimo dimostrare che l' esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia si veda : LAGHEZZA PAOLO, *Inadempimenti ed onere della prova: Le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo* , nota a Cass. sez. un civ. 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Foro it.*, 2002, fasc. 3 pag. 769 – 775; PUCCELLA ROBERTO, *Inadempimento “qualificato”, prova del nesso di causa e “favor creditoris”* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, fasc. 4, pag.1087-1096; MIGLIACCIO EMANUELA, *Corsi e ricorsi in tema di prova della responsabilità medica* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, fasc.2 pag. 859-887; DE MATTEIS RAFFAELLA, *La responsabilità professionale del medico. L' art. 3 del D.L. N.158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica* in *Contratto e impresa*, 2014,fasc.1 pag.123-137 ; CARTONI CORRADO, *Il giudice civile e la responsabilità sanitaria* in *Giustizia civile*, 2013, fasc. 10 pag 531-544; GOZZO FRANCESCO, *La responsabilità da contatto sociale del medico dipendente da una struttura sanitaria* in *Studium iuris*, 2013, fasc.4 pag. 512-513; VALORE PAOLA, *Responsabilità del medico e onere della prova*, in *Giustizia civile*, 2013, fasc.1 pag. 129-131; LONGOBUCCO FRANCESCO, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fasc.4 pag. 1391-1400; DI DONNA LUCA, MASSONI FRANCESCO, ONOFRI EMANUELA, RICCI SERAFINO, SARRA MARCO VALERIO, *La responsabilità professionale nelle infezioni nosocomiali* in *Il Corriere giuridico*, 2012,fasc.6 pag. 839-851; MUCCIOLI NICOLETTA, *La responsabilità del sanitario e l' onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale* in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, fasc. 1 pag.94-101; GAVAZZI LAURA, *La responsabilità*

della struttura sanitaria e del medico dipendente: breve excursus sulle evoluzioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la materia in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc.12 pag 2533-2541; BUGATTI LAURA, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell' onere probatorio* in *Danno e responsabilità*, 2011, fasc.8-9 pag. 839-845; SCOGNAMIGLIO CLAUDIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L.N. 189/2012* in *Responsabilità civile e Previdenza* 2013, pag. 1988, fasc.6; BARBANERA ROBERTA, *Onere della prova e responsabilità della struttura sanitaria* in *Il Corriere del Merito*, 2009, fasc.11 pag. 1084-1090; ALESSANDRA GARIBOTTI, *Dal paternalismo medico al paternalismo giudiziale*, in *Rivista italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.4, 2014, pag. 1345; PUCCELLA ROBERTO, *I difficili assetti della responsabilità medica* in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2007, fasc.12 pag. 445-459.

(2) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Nella giurisprudenza di legittimità, come riportato dalla sentenza in questione, la Cassazione ha stabilito che la liquidazione del danno biologico deve essere congiunta con quella del danno morale. Il richiamo è alle Sentenze di San Martino: Cass. Sez. Un. civ., 11 novembre 2008, n.26972, n.26973, n.26974, n.26975 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 38, commentata da G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*, in *Foro it.* 2009,I,134. In senso conforme anche Cassazione civile sez. III, 19 febbraio 2009, n.4053 in *Giust. civ. Massimario* 2009,2,269; Cassazione civile sez. III, 13 novembre 2009, n. 24044, in *Giust. civ. Massimario* 2009, fasc. 11, 1588; Cassazione civile sez. lav., 30 novembre 2009, in *Giust. civ. Massimario* 2009,11,1643; Cassazione civile sez. lav. 24 maggio 2010, n. 12593 in *Giust. civ. Massimario* 2010, 5,800. Più recentemente segue questo orientamento anche la pronuncia della Cassazione civile sez. III, 7 novembre 2014, n. 23791 in *Diritto & Giustizia* 2014, 10 novembre. Per quanto riguarda poi l' utilizzazione delle Tabelle di Milano come parametri liquidatori del danno non patrimoniale a livello nazionale bisogna fare riferimento a Cassazione civile sez.III,30 giugno 2011,n. 14402, in *Responsabilità civile e previdenza* 2011, 2025 con nota di ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso unitaria)*. Dello stesso avviso anche Cassazione civile sez. III, 12 settembre 2011, n.18641 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc. 12, 2448 e Cassazione civile sez. III 30 giugno 2011, n.14402 in *Foro it.* 2011, 9, I, 2274; Cassazione civile sez. III 6 marzo 2014, n.5243, in *Giustizia civile Massimario* 2014. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, numerose sono le pronunce che hanno abbracciato i due orientamenti della Cassazione: Tribunale di Catania,27 novembre 2008- Giudice Lima ; Tribunale di Torino, 27 novembre 2008- Giudice Ciccarelli; Tribunale di Milano, 2 dicembre 2008- Giudice Bondì; Tribunale di Trieste, 15 dicembre 2008-Giudice Carlesso; Tribunale di Potenza,16 dicembre 2008- Giudice Mainenti; Tribunale di Pavia,17 dicembre 2008-Giudice Balba; Tribunale di Firenze,20 gennaio 2009-Giudice Ricucci; Tribunale di Napoli, 1 febbraio 2009 n.1309- Giudice Caccese; Tribunale di Milano, 16 febbraio 2009-Giudice La Monica; Tribunale di Milano, 19 febbraio 2009,n.2334- Giudice Spera; Tribunale di Torino, 17 marzo 2009-Giudice Ciccarelli; Tribunale di Firenze, 8 maggio 2009-Giudice Pompei; Tribunale di Catanzaro, 13 maggio 2009-Giudice Pezzo; Tribunale di Milano,30 giugno 2009-Giudice Illarietti. Tutte queste pronunce si trovano massimate in *Danno e Responsabilità* 2009, Gli speciali, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*. In dottrina, numerosi sono stati i contributi sul vastissimo tema della liquidazione del danno non patrimoniale e sull' applicazione delle Tabelle meneghine come parametri

liquidatori nazionali di riferimento. Si veda quindi R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo allo studio del danno extracontrattuale* in *Rivista di diritto civile*, 1957, I, 227; ROSSETTI, *Il danno da lesione alla salute*, Cedam, Padova, 2001; PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatori*, in *Rivista di diritto civile* 2011, II, 556; PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite tra giurisprudenza, interventi legislativi e nuove tabelle* in *Danno e Responsabilità*, 2009, Gli speciali: *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*; BILOTTA, *Le sentenze di merito dopo le Sezioni Unite del 2008 sul danno non patrimoniale in Responsabilità civile e previdenza*, 2009, n.7/8; BONA, *Il danno morale distinto dal danno biologico nel d.p.r. 3 marzo 2009, n.37* in *Danno e Responsabilità* 2009, Gli speciali, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*; P. CENDON E A.NEGRO, *I nuovi danni* in www.personaedanno.it; BUSNELLI, *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori* in *Danno e responsabilità*, 2008, vol.2; PONZANELLI, *Sezioni Unite: il “nuovo statuto” del danno non patrimoniale* in *Foro it.* 2009,I; PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale* in *Foro it.* 2013,3448-3450; A.RICCIO, *La nuova tabella unica nazionale sul danno biologico e la lesione dei diritti dell’ uomo* in *Contratto e Impresa, dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, N.I Gen.-Feb. 2012; P.CENDON, *Il corpo, l’ esistenza, il dolore* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 12.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La figura del danno biologico; 3. Il danno morale; 4. Le Tabelle di Milano; 5. La liquidazione congiunta del danno biologico e del danno morale: le Sentenze di San Martino; 6. Le reazioni di giurisprudenza e dottrina; 7. Osservazioni conclusive

1. Introduzione

La pronuncia in esame, partendo dal tema della responsabilità contrattuale dell' azienda sanitaria nell'ipotesi di inesatta prestazione sanitaria eseguita dal medico e dal personale non medico, ci porta a riflettere sui criteri di liquidazione del danno biologico e in particolar modo sulla liquidazione congiunta dopo le “Sentenze di San Martino” dello stesso unitamente a quello morale.¹

Si pongono quindi due questioni di rilievo: l’una è l'individuazione del titolo della responsabilità dell'azienda sanitaria, l’altra riguarda invece i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale. Per quanto riguarda la prima questione, la responsabilità in tema di colpa medica, va qualificata come contrattuale, in quanto derivante dal contratto intervenuto tra la paziente e la struttura ospedaliera convenuta, avente ad oggetto le prestazioni medico sanitarie. Il rapporto che si instaura tra ente ospedaliero e paziente e che ha fonte nel contratto atipico a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti dei terzi² (c.d. Contratto di ospedalità) è produttivo di un' obbligazione soggettivamente complessiva definita di *assistenza sanitaria* .Di conseguenza l'attività del medico rappresenta solo un momento della più complessa prestazione, di cui si è

¹ Il richiamo è a Sez.Un.civ.,11 novembre 2008, n.26972, n.26973, n.27974, n.26975 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 38. Per un commento : PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale* in *Foro it.* 2009,I,134.

²Secondo la giurisprudenza di legittimità ormai consolidata a partire da Cass.civ.,21 dicembre 1978, n.6141 in *Foro it.* , 1979, I,4 e avallata da Cassazione civile.,11 gennaio 2008,n.577,in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008,849,con nota di GORGONI.

appena parlato. L' ente risponderà contrattualmente, ai sensi e per gli effetti dell' art. 1218, dei danni cagionati al paziente per l' inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico e ai sensi e per gli effetti dell' art. 1228 c.c. dei danni cagionati al paziente in caso di inadempimento della prestazione medico-professionale svolta dal sanitario stesso, in qualità di suo ausiliario.³ La responsabilità dell' ente per il fatto dei propri ausiliari, fondata sulla previsione dell' art. 1228 c.c. deriva dall' obbligo ex lege che incombe sul debitore di rispondere dei fatti dolosi o colposi cagionati dai terzi di cui si avvale per l' adempimento della propria obbligazione.

Accertata la responsabilità contrattuale dell' Azienda sanitaria il Tribunale di Bologna giunge ad occuparsi della quantificazione dei danni cagionati all' attore in conseguenza della *malpractice* sanitaria. Per la determinazione dei danni non patrimoniali, la pronuncia ricorre ai parametri liquidatori del Tribunale di Milano, allineandosi alla prassi diffusa, nella maggior parte dei fori italiani, di utilizzare questi criteri non normativi. L' idea è che le tabelle meneghine abbiano valenza nazionale⁴ e debbano trovare applicazione quando la lesione all' integrità psico-fisica non sia causata da sinistro stradale e quindi non trovino applicazione i criteri legislativi degli artt.138 (“lesioni di non lieve entità”) a 139 (“lesioni di lieve entità”) ,d.lgs. n.209/2005 e le tabelle valutative correlate.

Sia per quanto riguarda la liquidazione del danno biologico permanente sia per quanto riguarda la liquidazione del danno non patrimoniale conseguente alla ritenuta invalidità temporanea, il Tribunale di Bologna conferma nuovamente l' impostazione della Corte di Cassazione nelle Sentenze di San Martino e ribadite ancora nelle sentenze di Cassazione nn. 12408/2011 e 14402/2011 , che prevedono una liquidazione congiunta delle conseguenze di natura morale a quelle di natura biologica.⁵ Inoltre quando il caso concreto presenti peculiarità che vengono allegare e provate, anche in via presuntiva dal danneggiato, i criteri tabellari consentono, mediante determinate percentuali di aumento, “una adeguata personalizzazione complessiva nella liquidazione”.⁶

Già da questo breve incipit possiamo notare che oggi la vera sfida della responsabilità civile sia la quantificazione del danno in tutte le sue sfumature, in particolar modo di quello non patrimoniale. Questa analisi critica si propone in primis di analizzare le vicende del danno biologico nel nostro ordinamento , unitamente all' evoluzione del danno morale e alla sua liquidazione congiunta dopo le sentenze di San Martino. In

³ Secondo la giurisprudenza (il riferimento è a Cassazione civile, 4 aprile 2003,n.5329, in *Giustizia civile Massimario*,2003,4; e Cass.civ., 17 maggio 2001,n.6756, in *Giurisprudenza italiana*,2002,1010) sussiste responsabilità contrattuale della struttura per fatto degli ausiliari se ricorrono tre presupposti: 1) danno causato per fatto dell' ausiliario;2) rapporto di preposizione tra ausiliario e debitore committente; 3) nesso eziologico, definito di occasionalità necessaria, tra danno ed esercizio delle incombenze dell' ausiliario

⁴ Il richiamo esplicito è a Cass.civ.sez.III,30 giugno 2011,n.14402, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011,2025 con nota di ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute : la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso unitaria)*, in cui è stabilito che: “ le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell' integrità psico-fisica del Tribunale di Milano costituiscono valido e necessario criterio di riferimento ai fini della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.; i relativi parametri sono conseguentemente da prendersi a riferimento ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, ovvero quale criterio di riscontro e verifica di quella cui il giudice di merito sia diversamente pervenuta”.

⁵ Dello stesso avviso anche Cass.civ.sez.III, 12 settembre 2011,n. 18641,in *Responsabilità civile e previdenza*,2011,fasc.12, pag.2488 secondo cui: “...tali tabelle, infatti propongono una liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente alla lesione permanente dell' integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico legale e del danno non patrimoniale conseguente alle lesioni in termini di dolore, sofferenza soggettiva in via di presunzione in riferimento a un dato tipo di lesione, vale a dire la liquidazione congiunta dei pregiudizi in passato liquidati a titolo di danno biologico standard, personalizzazione del danno biologico, danno morale”.

⁶ Così Cass.civ.,30 giugno 2011,n.14402 in *Foro it.* 2011, 9,I,2274.

seguito si procederà ad analizzare la dialettica dottrinale e giurisprudenziale che si è sviluppata in questi anni sull'opportunità o meno di una tale liquidazione congiunta. In particolar modo si assurgeranno a colonne portanti delle due visioni interpretative, da una parte il lavoro del Prof. Ponzanelli, che si esprime in maniera favorevole, e dall'altra alle opinioni di Paolo Cendon e di Marco Bona.

2. La figura del danno biologico

Il legislatore del 1942, per quanto riguarda il risarcimento dei danni non patrimoniali, stabiliva all'art. 2059 c.c. che “il danno non patrimoniale deve essere risarcito nei soli casi determinati dalla legge”.

Secondo giurisprudenza e dottrina il danno non patrimoniale quindi si riteneva risarcibile solamente nelle ipotesi di reato, grazie al richiamo che tale articolo faceva all'art. 185 del codice penale che recita: “ogni reato, che abbia cagionato danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”.

Tutto ciò è rimasto immutato fino a quando il Tribunale di Genova ha formulato la figura del danno biologico. Prima di tale pronuncia la giurisprudenza era solita calcolare il risarcimento per l'invalidità permanente mediante una semplice operazione matematica, rapportando la percentuale di invalidità al reddito del danneggiato. Secondo il Tribunale genovese tale meccanismo è viziato da rigidi automatismi e non permette al giudice di adattare la riparazione alla fattispecie concreta. La proposta del tribunale genovese è quella di *“dare rilievo al danno fisico in sé considerato e di valutare a parte l'eventuale incidenza di esso sulla capacità di lavoro-guadagno.(...) Nell'ipotesi di lesione all'integrità fisica della persona deve essere risarcito il danno biologico in sé e per sé considerato, a prescindere dall'effettiva incidenza sulla capacità lavorativa del leso”*.⁷ Nasce così il danno biologico.

Tuttavia per supportare tale conclusione bisogna trovare dei riferimenti normativi. Il Tribunale di Genova ritiene di rinvenirli nell'art. 2043 c.c., in quanto questo articolo riparerebbe da qualsiasi “danno ingiusto” a prescindere dalla sua patrimonialità. Quindi, secondo il collegio genovese, va riconosciuto il danno alla persona, risarcibile a norma dell'art. 2043 c.c. Ed a prescindere dalle limitazioni poste dall'art. 2059 c.c., riguardando quest'ultima norma i soli danni morali soggettivi.⁸

Il problema successivo che si è posto nella dialettica dottrinale e giurisprudenziale è stato quello riguardante la qualificazione di tale tipologia di danno. Alcuni infatti si sono espressi a favore della patrimonializzazione del danno biologico come il Tribunale di Pisa, che nella sentenza 10 marzo 1979,⁹ afferma che il danno biologico non può essere definito extrapatrimoniale, come fatto invece dal Tribunale di Genova, né può essere qualificato come danno non patrimoniale, essendo questo limitato al danno morale soggettivo. Si afferma infatti che questo debba essere qualificato come danno patrimoniale in quanto suscettibile di una valutazione economica secondo parametri obiettivi.

La Corte Costituzionale, sul punto, ha preso una posizione chiara ed ha affermato nel 1979¹⁰ che l'art. 2059 c.c., quando fa riferimento ai danni non patrimoniali accoglie una nozione ampia, che non può essere limitata al solo danno morale soggettivo. Di

⁷ Trib.Genova, 25 maggio 1974, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1975, 416.

⁸ In questo senso R.SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. Contributo allo studio del danno extracontrattuale* in *Rivista di diritto civile*, 1957, I, 227.

⁹ In *Responsabilità civile e previdenza*, 1979, 356.

¹⁰ Corte Costituzionale, 26 luglio 1979, n.87 in *Foro it.*, 1979, I, 2542.

conseguenza, secondo la Corte, tra i danni non patrimoniali risarcibili ai sensi del combinato disposto artt. 2059 c.c. e 185 c.p. va annoverato anche il danno biologico.

Tuttavia il problema che si poneva era che il diritto vivente era ormai prevalentemente attestato nel senso della risarcibilità del danno biologico a prescindere dalle limitazioni poste dall' art. 2059 c.c. Il dibattito trova un nuovo punto fermo nel 1986 quando la Corte Costituzionale con un secondo intervento¹¹ afferma che l'art. 2059 c.c., nel sancire che il danno non patrimoniale deve essere risarcito nei casi espressamente determinati dalla legge, si riferisce solo al danno morale soggettivo, consistente in ingiuste perturbazioni dell'animo, o in sensazioni dolorose, e non esclude la risarcibilità delle lesioni alla salute, ancorché improduttive di pregiudizio patrimoniale, note come "danno biologico".

Così interpretato l'art. 2059 c.c. non contrasta con gli artt. 2, 3, 24 e 32 della Cost. Inoltre secondo la Corte la distinzione tra il danno biologico e il danno morale soggettivo va individuata nella struttura del fatto realizzativo della menomazione dell'integrità bio-psichica: il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale soggettivo (come anche il danno patrimoniale) appartiene alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto.

La risarcibilità in ogni caso del danno biologico trova il suo fondamento nell'art. 2043 c.c. che, correlato all'art. 32 della Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

Il danno biologico viene definito dalla giurisprudenza come: "la menomazione dell'integrità psico-fisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell' ambiente in cui la vita si esplica, ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica".¹²

Quindi il danno biologico, secondo Rossetti, alla luce dell' elaborazione giurisprudenziale, deve definirsi " una perdita: per l' esattezza, esso consiste nella riduzione o soppressione della qualità della vita del danneggiato, riduzione o soppressione che debbono essere causate da una compromissione dello stato di salute goduto prima del verificarsi del danno, e debbono essere valutate a prescindere da qualsiasi conseguenza patrimoniale sfavorevole".¹³

Nell' ordinamento giuridico italiano ,a partire dall' anno 2000, si rinvencono diverse definizioni normative di danno biologico, ma queste sono dettate in ambiti specifici (es. danno biologico derivante da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore dei natanti) e non hanno valenza generale. Tuttavia esse hanno recepito sostanzialmente la nozione di danno biologico elaborata dalla giurisprudenza in epoca antecedente.

Ad esempio il Codice della Assicurazioni private all' art. 138, 2° comma, con riferimento alle lesioni di lieve entità definisce come danno biologico : " la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un' incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito".

Per la sussistenza del danno biologico la lesione dell' integrità psico-fisica costituisce presupposto necessario. Secondo la Cassazione infatti " deve in proposito osservarsi che

¹¹ Corte Costituzionale , 14 luglio 1986 n. 184 in *Foro it.* 1986,I,2053.

¹² Cass. Civ. 6 aprile 1983, n. 2396 in *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, 760 in senso conforme anche Cass. Civ. 19 dicembre 2000, n.15950.

¹³ ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute*, Cedam, Padova, 2001.

il danno alla salute, per quanto normalmente si risolve in un peggioramento della qualità della vita, presuppone pur sempre una lesione dell' integrità psico-fisica, di cui quel peggioramento è solo la conseguenza. Non, dunque, la minore godibilità della vita è in sé risarcibile a tale titolo, ma solo la lesione alla salute, costituente il bene giuridicamente tutelato dall' art. 32 della Costituzione”.¹⁴

Tuttavia bisogna anche riportare nell' analisi, che spesso la giurisprudenza ha fatto ricorso alla categoria del danno biologico al fine di procedere al risarcimento del danno anche in ipotesi in cui l' interesse leso dalla violazione fosse diverso dal bene salute. Con tale impostazione il danno biologico assume rilevanza ben oltre i confini che gli competono, finendo per rappresentare il punto di riferimento attraverso il quale procedere al risarcimento per lesioni di interessi della persona diversi dal bene salute. Questa impostazione tuttavia porta ad un' eccessivo allargamento della risarcibilità, con conseguenti rischi in quanto vi sarebbe un' estensione esagerata rispetto alla sua portata originaria.

Inoltre, il danno biologico si è affermato come categoria risarcitoria onnicomprensiva, accanto alle tradizionali figure del danno patrimoniale e del danno morale, quest'ultimo verrà analizzato successivamente.

Infatti secondo la giurisprudenza “ la considerazione del danno biologico deve essere fatta, ai fini del risarcimento, in relazione all' integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività; le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la propria personalità, e cioè tutte le attività realizzatrici della persona umana”.¹⁵

3. Il danno morale

Il danno morale è la più antica voce di danno non patrimoniale derivante dalla tradizione romanistica, ed è la voce di più facile individuazione ricomprendente il c.d. “pretium doloris”, inteso come “transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso”.¹⁶

Tradizionalmente, danni morali “debbono considerarsi quelli che si risolvono nella lesione di sentimenti, delle affezioni della vittima; e dunque nella sofferenza morale, nel dolore che la persona viene a sopportare per un certo evento dannoso. Questa è del resto la sfera tradizionalmente riservata al danno morale, - nel diritto comune si parlava di *pretium doloris*; nell' antico diritto tedesco di *Schmerzengeld* - questa ancora la ragione della sua rilevanza per il diritto, che si riferisce all' esigenza di tener conto, in certi casi anche delle sofferenze, dei patemi d'animo, ecc. che la vittima può risentire”.¹⁷

In origine il legislatore identificava il danno non patrimoniale solo con il danno morale e stabiliva all' art. 2059 c.c. che il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati da legge e ciò risultava sia dalla relazione al codice civile sia dalla redazione del codice penale e in giurisprudenza, coerentemente con tale indirizzo, si affermava: “Il danno non patrimoniale, risarcibile nel solo caso in cui derivi da un fatto imputabile come reato, consiste nell' ingiusto turbamento dello stato d'animo in conseguenza dell' offesa subita e, pertanto, il relativo risarcimento soddisfa l' esigenza di assicurare al danneggiato un' utilità sostitutiva che lo compensi ,per quanto è possibile, delle sofferenze morali e psichiche ricevute e che, proprio per tale suo

¹⁴ Cassazione civile, 17 novembre 1999, n.12765 in *Danno e responsabilità* 2000, 321.

¹⁵ Cassazione civile, 19 marzo 1993 ,n.3260 in *Resp. civ. e prev.* 1993, 268 (nota di: COMANDÈ).

¹⁶ Corte cost., 14 luglio 1986, n.184 in *Foro it.*, 1986, I, 2060.

¹⁷ SCOGNAMIGLIO, *Danno morale* in *Novissimo Digesto italiano*, Utet, Torino, pag.146-149.

carattere, è necessariamente rapportata anche alla dimensione temporale di dette sofferenze”.¹⁸

Tuttavia questa interpretazione dell' art. 2059 c.c., oggi, non è più conforme al diritto vivente, come risulta dalle argomentazioni della Corte costituzionale, espresse nella sentenza n. 233 del 17 luglio 2003: “può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 cod. civ. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. In due recentissime pronunce (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata, con ricchezza di argomentazioni - nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale - un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art.32 Cost); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.”¹⁹

Quindi oggi nella nozione di danno non patrimoniale di cui all' art. 2059 c.c. non rientrano più esclusivamente i danni morali soggettivi ma devono ritenersi ricompresi tutti i danni di natura non patrimoniale derivanti dalla lesione di valori inerenti alla persona.

Questi brevi cenni sulle due figure di danno appena trattate nei paragrafi precedenti, che non hanno presunzione di esaustività, ci servono come solido bagaglio per poter compiere un' indagine più approfondita del tema fondante di questa a analisi critica e cioè la liquidazione congiunta del danno biologico e di quello morale.

4. Le tabelle di Milano: cenni generali

Prima di passare ad analizzare le sentenze di San Martino e le successive discussioni giurisprudenziali e dottrinali, si ritiene necessario fare un breve accenno alle modalità di liquidazione del danno biologico, in particolar modo sull' applicazione delle Tabelle di Milano.

La nota sentenza della Corte Costituzionale n.184 del 14 luglio 1986, estensore Dell' Andro,²⁰ alla fine della lunga ed articolata individuazione delle regole da seguire per il risarcimento del danno alla persona, aveva insistito sulla opportunità-necessità che il danno biologico fosse valutato secondo criteri tabellari oggettivi ed uniformi, con la possibilità del giudice di effettuare, in base allo specifico caso concreto, degli adattamenti in funzione della personalizzazione del risarcimento.

Da questa sentenza parte la c.d. “fase delle tabelle” sulla liquidazione del danno biologico, volte a migliorare il grado di certezza dei risarcimenti.²¹ Ora quindi grazie a questi criteri tabellari il braccio o la mano di una persona hanno un valore standard di mercato , come fossero dei beni patrimoniali paragonabili ad un'auto.

Quindi, ad ogni punto tabellare di invalidità, viene attribuito un valore standard di quantificazione, che può essere personalizzato dal giudice in presenza di particolari

¹⁸ Cassazione civile, 11 ottobre 1985, n. 4947 in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 10

¹⁹ Corte Costituzionale 11 luglio 2003, n. 233 in *Foro it.*, I, 2003, pag. 2206-2207

²⁰ Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n.184 in *Foro.it.*, 1986, I, 2053, con nota di PONZANELLI

²¹ PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. Dir. Civ.* 2011, II,p.556

condizioni soggettive del danneggiato. La prassi giurisprudenziale ci mostra che i giudici, liquidando il danno biologico fanno riferimento al valore oggettivo di mercato del punto di invalidità temporanea o permanente, adattandolo al caso concreto a seconda delle condizioni particolari del soggetto leso. In seguito alle sentenze di San Martino del 2008, l'Osservatorio per la giustizia civile di Milano, il 22 maggio 2009, ha esplicitato l'esigenza di una liquidazione unitaria del danno non patrimoniale biologico, data l'inadeguatezza dei valori monetari, utilizzati fino ad allora nella liquidazione di questa tipologia di danno, a risarcire altri profili di danno non patrimoniale. Si è pervenuti quindi alla liquidazione congiunta dei pregiudizi in passato liquidati a titolo di danno biologico standard, personalizzazione del danno biologico e danno morale.

L'Osservatorio ha redatto una tabella di valori monetari medi, corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini standard in quanto frequentemente ricorrenti e ha predisposto anche una percentuale di aumento di tali valori medi da utilizzare, per consentire la personalizzazione complessiva della liquidazione, nella situazione in cui il caso concreto presenti peculiarità. Le tabelle, inoltre, prevedono una liquidazione congiunta del danno biologico e morale temporaneo.

La III Sezione civile della Cassazione, in una recente sentenza ²² ha stabilito che per quanto riguarda la liquidazione del danno biologico la regola equitativa ex art. 1226 c.c. deve garantire l'uniformità del giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile che dei danni simili possano essere liquidati in misura diversa dai differenti Uffici giudiziari. La conclusione è che il riferimento al criterio di liquidazione del danno predisposto dal Tribunale di Milano garantisce l'uniformità di trattamento, in quanto queste tabelle sono già ampiamente diffuse sul territorio nazionale e la Corte ne riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico, salvo che non sussistano circostanze idonee a giustificare l'abbandono. La Cassazione con questa sentenza stabilisce che il giudice di merito è tenuto ad applicare ai fini della liquidazione del danno biologico le tabelle meneghine e la pena conseguente è la violazione della legge e la conseguente censurabilità della sentenza.

5. La liquidazione congiunta del danno biologico e del danno morale: le sentenze di San Martino

Arriviamo quindi ad analizzare le già citate sentenze di San Martino²³, punto di svolta fondamentale per la liquidazione del danno non patrimoniale, in particolar modo per quello biologico. In questa sede non ci soffermeremo sull'analisi fatta dalle Sezioni Unite sull'ammissibilità o meno del danno esistenziale come categoria autonoma, nell'ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, ma ci concentreremo piuttosto sul principio della liquidazione congiunta del danno biologico e di quello morale. Questa sentenza ci permetterà, inoltre, di concludere il discorso sulle recenti innovazioni in materia di qualificazione giuridica del danno biologico.

Come abbiamo precedentemente detto, l'effetto pratico di maggior rilievo, che ha seguito la deposizione delle quattro sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di danno patrimoniale, è stato la riconsiderazione dei rispettivi metodi per la liquidazione del danno alla persona da parte della quasi totalità dei Tribunali della Repubblica. Si riportano quindi ora solo quei principi enunciati dalla Suprema Corte che sono rilevanti per la nostra trattazione.

²² Cassazione sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408 in *Foro it.* 2011, 9, I, 2274.

²³ Cassazione Civile sez. Unite., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 38. Per un commento: PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*, in *Foro it.* 2009, I, 134.

La Corte ci dice in via preliminare che il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.), detto danno biologico, del quale è data dal D.Lgs.n.209 del 2005, artt. 138 e 139 specifica definizione normativa²⁴ va ricondotto nell' ambito dell' art. 2059 c.c. In precedenza, come è noto dalla conclusione del secondo paragrafo di questa analisi critica, la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento fra l' art. 2043 c.c. e l' art. 32 Cost. come ritenuto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 184/1986. La rilettura costituzionalmente orientata dell' art. 2059 come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell' ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.).²⁵

La Suprema Corte continua poi sottolineando che la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell' ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno e che questa selezione avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria.

Si continua poi affermando che nell' ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la locuzione “danno morale” non individua un' autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di lesione, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. La sofferenza, cui ci si riferisce, è caratterizzata da intensità e durata nel tempo, che non assumono rilevanza ai fini dell' esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento. Alla luce di quanto fin qui affermato, quindi, non emergono dell' ambito della categoria generale del danno non patrimoniale distinte categorie, ma si concretizzano solo specifici casi di riparazione del danno non patrimoniali.

È solo per fini descrittivi che, quindi, in ipotesi come quella di lesione del diritto alla salute, si impiega il nomen danno biologico, che come definito dal Codice delle assicurazioni private è la lesione temporanea o permanente all' integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un' incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di reddito.

In questo senso, come mera sintesi descrittiva, vanno intese le distinte denominazioni di danno morale, danno biologico e danno da perdita del rapporto parentale adottate dalle sentenze gemelle del 2003²⁶ e recepite dalla sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale.²⁷

Inoltre le Sezioni Unite aggiungono che la gravità dell' offesa è requisito ulteriore per il risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Infatti, il diritto deve essere leso oltre una soglia minima, cagionando un pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Le sentenze, inoltre, ribadiscono, ulteriormente che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare integralmente il pregiudizio: si è già precisato che il danno non patrimoniale di

²⁴ Cassazione civile sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022 in *Foro it.* 2006, 5, I, 1344 e Cassazione Civile sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918 in *Resp. civ. e prev.* 2007, 2, 276 (nota di: P. CENDON).

²⁵ Cassazione Civile sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 in *Giur.it.* 2004, 1129 (nota di: M.BONA).

²⁶ Cassazione Civile sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.* 2003, I, 2272 (nota di E. NAVARETTA) e sentenza n. 8827 vd. sopra.

²⁷ Corte Costituzionale, 11 luglio 2003, n. 233 in *Giur. it.* 2004, 1129 (nota di: BONA).

cui all' art. 2059, identificandosi con il danno determinato dalle lesioni di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica, costituisce la categoria unitaria non suscettibile di suddivisione in sottocategorie e che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno.

Con specifico riferimento alle categorie dei danni biologico e morale la Corte precisa che “definitivamente accantonata la figura del c.d. danno morale soggettivo, la sofferenza morale, senza ulteriori connotazioni in termini di durata, integra pregiudizio non patrimoniale. Deve tuttavia trattarsi di sofferenza soggettiva in sé considerata, non come componente di un più complesso pregiudizio non patrimoniale. Ricorre il primo caso ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferto, ad esempio, dalla persona diffamata o lesa nella identità personale, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze, si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente”.

Dovrà infine il giudice, qualora si avvalga delle tabelle meneghine, procedere ad un' adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso con il fine di ristorare il danno nella sua interezza. In conclusione la sintesi descrittiva *danno biologico* contiene in sé ciò che rientra anche in quella del danno morale ed è per questo motivo che determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale. Dovrà farsi riferimento alla sintesi descrittiva *danno morale* solo quando non siano dedotti pregiudizi di natura fisica.

L' enunciazione di tali principi, per alcuni aspetti innovativi, ha gravemente messo in crisi il sistema della liquidazione del danno alla persona sino a quel momento adottato, inducendo, non solo gli organi giudiziari ma anche gli ambienti dottrinali ad una profonda riflessione. Questi principi verranno più analiticamente analizzati nel paragrafo successivo.

6. Le reazioni di giurisprudenza e dottrina

Sia in dottrina che in giurisprudenza si sono profilate due questioni che hanno dato luogo ad opinioni contrastanti, che non hanno portato ad alcuna conclusione certa, essendo comunque costante l' astensione del legislatore a pronunciarsi in materia.

Come sostenuto da Ponzanelli,²⁸ infatti, i profili più discussi sono se, dopo l' intervento delle Sezioni Unite, continui ad essere risarcibile la figura più tradizionale di danno non patrimoniale, cioè il danno morale e se sia ancora possibile cumulare questa voce di danno con il danno biologico e in secondo luogo, se si da risposta affermativa, quale sia la più corretta quantificazione, dopo che le Sezioni Unite hanno giudicato in modo severo i criteri fino ad allora seguiti, cioè il metodo frazionario per la quantificazione del danno morale, considerato automatismo eccessivamente generalizzante e non idoneo nel caso concreto a calibrare il giusto risarcimento.

Bisogna precisare per una successiva corretta analisi che le Sezioni Unite non hanno cancellato la risarcibilità del danno morale, ma ne hanno solo dato una nuova lettura alla luce dell' unitarietà del danno non patrimoniale. Questo punto, non bene chiaro a tutti sia in giurisprudenza che in dottrina, ha portato ad incertezze, dalle quali sono derivate decisioni giurisprudenziali diverse dopo le linee guida delle Sezioni Unite.

²⁸ PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite tra giurisprudenza, interventi legislativi e nuove tabelle*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, Gli speciali, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*.

Queste sentenze sono state definite da Marco Rossetti in un intervento al Convegno annuale pisano dell' Associazione Melchiorre Gioia²⁹ come “gattopardesche”, “unne” e “ossequiose”. Gattopardesche in quanto l' importo in precedenza dato a titolo di danno morale sia stato sic et simpliciter riversato nell' importo maggiore attribuito a titolo di ristoro del danno biologico. Unne, in quanto sia stata negata la liquidazione del danno morale, riducendo l' importo complessivamente liquidato, sul presupposto che si giungerebbe altrimenti ad una duplicazione anche quantitativa e non solo qualitativa del medesimo danno e ossequiose infine per quanto riguarda la personalizzazione del danno biologico secondo le allegazioni e le prove offerte. In questi anni infatti alcuni giudici di merito hanno continuato a concedere il danno morale o la stessa somma risarcitoria finale, come se nulla fosse accaduto.

Secondo alcuni autori, come Bilotta,³⁰ dalle sentenze di merito e dalle opinioni espresse in dottrina, risulta chiaramente come sia inadeguata la lettura offertaci dalla Cassazione e che sia perciò necessaria una riflessione profonda sul sistema del risarcimento del danno non patrimoniale. A parere di chi scrive su questo ultimo punto è difficile essere di opinione diversa, tuttavia risulta eccessivamente pericoloso sostenere che i principi delle Sentenze di San Martino siano inadeguati e su questo punto la dottrina e la giurisprudenza si sta fortemente scontrando. Molto chiare a mio avviso sono le posizioni di Ponzanelli, che vede in maniera favorevole tali sentenze, rispetto a Paolo Cendon che adotta invece una posizione fortemente critica nei confronti delle stesse.

In aggiunta molti giudici di legittimità sono tornati a riaffermare in più occasioni l' autonomia ontologica del danno morale in relazione alla diversità del bene protetto,³¹ anzi si può affermare che la Sezione III si sia posta in controtendenza rispetto alle pronunce novembrine, riaffermando l' operatività del modello precedente anche con riferimento al criterio della liquidazione del danno morale.

Inoltre bisogna anche accennare alla promulgazione del d.p.r. 3 marzo 2009 n. 37 che disciplina le modalità di riparazione dei danni alla salute subiti dal personale italiano impegnato in missioni militari all' estero. In questo decreto si conferma la risarcibilità del danno morale in una percentuale del danno biologico, affermandosi anche : “....la determinazione della percentuale di danno morale viene effettuata, caso per caso, tenendo conto dell' entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che dalla lesione alla dignità alla persona, connessi ed in rapporto all' evento dannoso, in una misura fino ad un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico”

Secondo Francesca Bonaccorsi³² l' art. 5 del d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37, esprime una concezione diametralmente opposta alle pronunce delle Sezioni Unite dell' 11 novembre 2008 e riafferma la distinzione tra danno biologico e danno morale e che il danno morale possa essere determinato in una proporzione del danno biologico, sino a due terzi di questo. Tuttavia questo atto normativo ha natura regolamentare e riguarda le elargizioni a favore del personale militare e di altre categorie di cittadini vittime esposti all' uranio impoverito.

Sulle sentenze novembrine si è espresso in maniera fortemente critica Marco Bona.³³ Egli afferma che diversamente da quanto affermato dalle Sezioni Unite, le “sofferenze

²⁹ ROSSETTI, in Convegno Melchiorre Gioia, 22-23 maggio 2009, Pisa.

³⁰ BILOTTA, *Le sentenze di merito dopo le Sezioni Unite del 2008 sul danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009 n.7/8.

³¹ Cassazione Civile sezione III, 12 dicembre 2008 n. 29191 in *Giust. Civ. Mass.* 2008,12,1766 e Cassazione Civile sez. III, 13 gennaio 2009, n. 479 in *Resp.civ e prev.* 2009, 12, 2478 (nota di: CHINDEMI).

³² In *Danno e Responsabilità*, 2009, Gli speciali, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*.

³³ BONA, *Il danno morale distinto dal danno biologico nel d.P.R. 3 marzo 2009,n.37* in *Danno e Responsabilità*, 2009, Gli speciali, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*.

fisiche e psichiche”, ossia tutti quei dolori, temporanei o permanenti, connessi all'alterazione dell' integrità psico-fisica non hanno mai sostanziato nella storia italiana della responsabilità civile, il cuore della categoria del danno morale e non hanno mai esaurito da soli il novero dei pregiudizi morali. Risulta infatti come le sofferenze fisiche e psichiche si siano collocate al di fuori del danno morale. Infatti queste sono state intese e valutate a partire dalla medicina legale, non già come elementi del danno morale, ma come componenti dolorose del danno biologico fisico . Tuttavia, a ciò si può controbattere come talvolta siano stati fatti confluire nel danno morale pregiudizi vicini alle sofferenze psichiche (es. l' ambigua figura del c.d. “perturbamento psicologico”) . Bona continua questa sua presa di posizione critica nei confronti delle Sentenze di San Martino evidenziando come sin dalle origini del sistema risarcitorio nostrano “sfera biologica” e “sfera morale” siano state inquadrate come aree distinte.³⁴ Egli ribadisce come sia innegabile che la giurisprudenza, soprattutto in seguito al consolidamento del danno biologico e partendo dalle indicazioni della medicina legale, si sia sempre mantenuta fedele alla distinzione corrente tra il “dolore” del corpo e il “dolore” come vissuto intellettuale ed emotivo del soggetto. La categoria del danno morale è stata costantemente riferita al perturbamento dell' animo e nell' ultimo decennio la protezione risarcitoria dell' animo è stata sempre più intesa come via per valorizzare, in seno al risarcimento del danno alla persona, la lesione, contestuale a quella del corpo e/o della psiche, di beni ulteriori rispetto all' integrità psicofisica. Si pone inoltre a fondamento di questa interpretazione il fatto che la dottrina medico legale insista sulla distinzione tra dolore somatico e sofferenza emotiva . Prosegue sostenendo che non è vero che con la liquidazione separata del danno morale si sia duplicato il danno biologico: i giudici, infatti, hanno sempre avuto ben presente, nel risarcire separatamente il danno morale, di riconoscere in capo al danneggiato una somma per pregiudizi concettualmente distinti da quelli conteggiati nella quantificazione del danno biologico, cioè pregiudizi inerenti non già sul corpo o sulla psiche ma sul “turbamento dello stato d' animo della vittima”.³⁵ In pratica ha tuttora assolutamente senso riconoscere il danno morale distintamente da quello biologico ed inoltre il fatto che la determinazione del quantum del danno morale avvenisse in una misura proporzionale all' entità del danno biologico aveva una logica giustificatrice nel fatto che il perturbamento dell' animo in quanto si può presumere che il perturbamento dell' animo e la violazione della dignità morale siano tanto maggiori quanto più gravi risulti la lesione dell' integrità psicofisica, fermi restando necessari gli adeguamenti di questa logica a ciascun caso concreto. Bona conclude quindi che le pronunce hanno doppiamente errato in quanto il danno morale non riguarda pregiudizi biologici e che il danno biologico non può inglobare il danno morale in quanto in quest' ultimo senso vi sia una clamorosa smentita anche nella definizione a livello legislativo di questa categoria.³⁶

In maniera fortemente critica rispetto alle sentenze di San Martino si è espresso anche Paolo Cendon.³⁷ Egli sostiene che il danno morale è un danno non misurabile scientificamente e la relativa prova è difficilmente fornibile in maniera positiva, diretta, dovendosi far ricorso alla presunzione ed alla valutazione delle circostanze delle

³⁴ Melchiorre Gioia infatti sosteneva infatti che i danni alle persone fossero concepiti come incidenti su due versanti diversi: il corpo e l' animo, e come si distinguesse tra i danni all' esistenza fisica e i danni all' esistenza morale in M.GIOIA, *Dell' ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, II ed., G. SILVESTRI, Milano, 1929, 123 ss.

³⁵ Così Corte Cost., 11 luglio 2003, n.233.

³⁶ Il legislatore infatti ha definito il danno biologico nell' art. 13 comma 1, D.Lgs.n. 38/2000 e comma 2, lett. A, art. 138 e comma 2 art. 139 Cod. Assicurazioni private, senza ritenerlo come una categoria tale da includere tutti quei pregiudizi non pecuniari tradizionalmente denominati danni morali.

³⁷ P. CENDON E A. NEGRO, *I nuovi danni* in www.personaedanno.it

fattispecie concreta. Inoltre fa notare che se si analizzano le più recenti pronunce di legittimità e di merito emerge come il danno morale venga considerato quale categoria autonoma o, comunque, quale voce dotata di autonomo rilievo.

Al riguardo, anche nelle più recenti pronunce³⁸ la Cassazione ha precisato che il danno morale è voce autonoma rispetto non soltanto al danno biologico, ma anche a quello esistenziale.

Non più accettabile, dunque, è l'automatico assorbimento del morale nel biologico, né possono emergere dubbi circa la distinzione tra la sofferenza interiore, il pregiudizio psicofisico e la modifica in senso negativo della vita quotidiana. Ulteriore elemento positivo emerso nella recente giurisprudenza è la componente del danno morale individuata nella lesione della dignità personale. Infatti in più pronunce è stato richiamato l'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, per cui la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata.

Di opinione opposta è invece il Prof. Giulio Ponzanelli, come ha di recente ribadito in occasione del Ciclo di Lezioni Magistrali sulla Responsabilità civile presso l'Università di Trento.³⁹ Egli sostiene che il danno biologico da una parte e il sistema tabellare dall'altro assicurano l'integrale riparazione del danno e cosa ancora più importante assicurano certezza e forniscono dei criteri stabili per la liquidazione.

Ribadisce inoltre come non bisogna mai scordare che la creazione di una voce unica di danno non patrimoniale nelle Sentenze di San Martino è stata fatta in ossequio alla concezione unitaria del danno non patrimoniale, che deve essere considerata un punto saldo nell'analisi di tale disciplina, ma che molto spesso viene dimenticata da molti autori, che portano in secondo piano questa concezione. In conformità a tale principio il Professore richiama l'attenzione su una sentenza recente del novembre 2014,⁴⁰ nella quale il Giudice Rossetti riafferma ancora una volta che non vi possono essere più rami risarcitori quando il pregiudizio è il medesimo.

Ponzanelli osserva che le interpretazioni, che potenzialmente porterebbero ad una duplicazione del danno non patrimoniale, non sono consapevoli che oggi il risarcimento è diventato sempre più un costo sociale. Tali interpreti non si rendono conto che tutti i risarcimenti vengono pagati in maniera diretta od indiretta dalla società in una responsabilità civile sempre più assicurata.

Coloro i quali sostengono che non vi può essere duplicazione del danno non lo fanno in ragione di una volontà a risarcire in maniera minore, ma in ragione della consapevolezza che un eccessivo innalzamento delle somme risarcibili metterebbe in crisi l'intero sistema della liquidazione del danno non patrimoniale, portandolo alla non efficienza ed operatività.

7. Osservazioni conclusive

Per concludere, già dal titolo di questa analisi critica: "Judge made law" incisiva frase di Jeremy Bentham,⁴¹ si evince la volontà di mettere in evidenza l'impronta fortemente pretoria che caratterizza l'ambito della liquidazione del danno non patrimoniale, nel

³⁸ Cassazione civile sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585 in *Foro it.* 2013, 12, I, 3433 (nota di: PALMIERI, PARDOLESI, PONZANELLI).

³⁹ Lezione Magistrale di GIULIO PONZANELLI, *Il giudice e la legge nel diritto della responsabilità civile*, giovedì 23 aprile 2015, Facoltà di Giurisprudenza-Università degli Studi di Trento, rivedibile sul canale YouTube Jus Unitn.

⁴⁰ Cassazione civile sez. III, 7 novembre 2014, n. 23791 in *Diritto & Giustizia* 2014, 10 novembre.

⁴¹ J. BENTHAM (Londra, 15 febbraio 1748 – Londra, 6 giugno 1832) è stato un filosofo e giurista inglese. Il suo pensiero è stato molto influente nella filosofia del diritto anglo-americana.

quale la Cassazione in particolare ha svolto un ruolo che il legislatore non si è voluto assumere. Si nota quindi come la responsabilità civile per quanto riguarda la sua evoluzione sia così vicina al diritto di common law.

Ma fino a che punto questa assenza del legislatore è tollerabile, in un ambito così delicato come la liquidazione del danno?

La responsabilità civile, infatti, non è altro che uno trasferimento di ricchezza, dal danneggiante al danneggiato e il giudice, oggi, si ritrova a dover gestire esborsi molto rilevanti e vi è, quindi, la necessità di avere certezza nell'ambito della liquidazione del danno non patrimoniale.

Ma questa certezza, a mio avviso, non si può raggiungere senza una presa di posizione forte da parte del sistema legislativo che compia una trattazione organica, generale ed esaustiva e che porti finalmente un orientamento unitario in un ambito da lungo tempo tormentato da dialettiche giurisprudenziali e dottrinali che hanno portato solamente ad incertezze.

Ma cosa fare nell'inerzia del legislatore?

La tesi più condivisibile è quella di Giulio Ponzanelli, precedentemente illustrata. Infatti fino ad oggi l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione è il più corrispondente alle esigenze di certezza e l'utilizzo delle Tabelle di Milano risponde invece alla necessità di avere criteri sicuri e certi nella liquidazione del danno.

IL DANNO DIFFERENZIALE: TERRENO DI CONFRONTO TRA TUTELA PREVIDENZIALE E SISTEMA RISARCITORIO

di Marta Pilotto

IL CASO

Mentre l'attrice rientrava dal lavoro, utilizzando un mezzo della società Alfa, si verifica un incidente stradale nel quale la stessa riporta una frattura alla prima vertebra lombare. La perizia medico-legale, effettuata dal CTU nominato dal giudice, accerta che tale lesione, eziologicamente e oggettivamente compatibile con la dinamica dell'incidente, comporta un'importante limitazione funzionale del rachide e, pertanto, stima un'invalidità permanente del 18%.

Viene, inoltre, riconosciuta un'invalidità temporanea totale (di 30 giorni) e parziale (al 75% per un periodo di 90 giorni, al 50% per 60 giorni e al 25% per un ugual periodo) connessa al lungo periodo di allettamento e all'uso prolungato del busto.

È incontestata tra le parti la dinamica del fatto e la conseguente responsabilità della società Alfa.

Dibattuto è, invece, l'ammontare del risarcimento, in quanto gli oltre 100.000 euro chiesti dall'attrice sembrano eccessivi alla società responsabile e (in particolare) all'assicurazione di quest'ultima.

La vicenda, che ruota intorno alla mera determinazione del *quantum* risarcitorio, presenta dei profili che complicano la determinazione di tale ammontare.

Il giudice, in ossequio all'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione l'11 novembre 2008, liquida il danno non patrimoniale come un'unica categoria generale, prendendo in considerazione, al suo interno, le distinte voci che astrattamente lo compongono (danno biologico, danno morale e danno esistenziale).

Come criteri di riferimento per la liquidazione, invece, vengono prese le Nuove Tabelle di Milano del 2014 che, a partire dalla sentenza della Suprema Corte del 2011 n. 12408, assurgono a parametro equitativo di riferimento, da porre a base del risarcimento in tutte le ipotesi di danno non rientranti in specifiche tabelle legali.

Sulla base dei parametri tabellari, dunque, il complessivo danno non patrimoniale, comprensivo di quello connesso alla lesione dell'integrità psicofisica e di quello derivante da "sofferenza soggettiva" e "dolore", viene fissato in 64.800 €.

Nel caso di specie, inoltre, non si dà luogo alla personalizzazione della liquidazione, mediante aumento del valore del punto biologico, in quanto non è stata fornita prova in giudizio di sofferenze fisiche e psichiche ulteriori rispetto a quelle intrinseche ad una lesione di analoga gravità.

All'ammontare così determinato devono, poi, essere aggiunti gli interessi cd. da lucro cessante -relativi alla mancata disponibilità della somma di denaro- e detratti gli acconti attualizzati dati dall'assicurazione alla danneggiata in corso di causa e imputati al risarcimento del danno non patrimoniale.

L'ulteriore profilo che viene in luce è quello relativo alle somme erogate dall'INAIL a titolo di indennizzo per infortunio sul lavoro.

Si pone l'annosa questione del cd. danno differenziale, ossia la possibilità di agire contro il responsabile dell'illecito (Alfa S.p.a e, conseguentemente, il suo assicuratore) per ottenere il risarcimento del danno biologico eccedente l'importo determinato in sede amministrativa dall'istituto previdenziale.

Il giudice, richiamando una recente sentenza della Corte di Cassazione (Cass. 19/01/2015, n. 777) e collocandosi nel solco di una giurisprudenza consolidata, chiarisce le differenze ontologiche e quantitative che corrono tra l'indennizzo INAIL -

che trova la sua base legale nell'art. 13 del D. Lgs. 38/2000 in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali- e il sistema risarcitorio tipico della responsabilità civile.

Preso atto di tali differenze strutturali e funzionali, si deve, pertanto, escludere che le somme eventualmente erogate dall'assicurazione sociale esauriscano di per sé il diritto al risarcimento del danno biologico del lavoratore danneggiato e, al contrario, esse si devono sottrarre dal risarcimento spettante al lavoratore secondo le ordinarie regole civilistiche.

Una lettura contraria del citato art. 13 comporterebbe una violazione del *favor* espresso dalla nostra Carta costituzionale nei confronti del soggetto lavoratore, che verrebbe a trovarsi in una situazione ingiustificatamente peggiore rispetto ad un danneggiato non lavoratore.

Ammettendo, dunque, nel caso in questione il diritto dell'attrice ad ottenere da Alfa S.p.a (e dalla sua assicurazione, coobbligata in solido) il cd. biologico differenziale, il giudice evidenzia un ulteriore aspetto dibattuto tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: la questione relativa ai criteri di computo del danno differenziale.

Egli dichiara di aderire ad un orientamento affermatosi nella giurisprudenza di merito (in particolare: Tribunale di Venezia e Tribunale di Trento) che, nel caso di invalidità superiore ai 15 punti -per cui l'indennizzo INAIL è comprensivo tanto del danno biologico che di quello patrimoniale da diminuita capacità lavorativa generica- sia necessario detrarre dall'ammontare dell'integrale danno biologico spettante al lavoratore, la capitalizzazione della rendita erogata dall'INAIL per la lesione del diritto alla salute e dal danno patrimoniale la capitalizzazione della rendita per la perdita della capacità di lavoro generica.

Secondo tale impostazione, dunque, è necessario scorporare le singole voci di danno dal complessivo ammontare che deve essere risarcito al lavoratore secondo i criteri civilistici, per evitare che la rendita inerente al danno patrimoniale vada a diminuire il *quantum* del danno differenziale (nelle sue due accezioni: quantitativo e qualitativo) che il lavoratore può pretendere dal danneggiante.

Conclusivamente, il giudice pone a carico dei convenuti, in maniera solidale, le spese mediche sostenute dall'attrice, per la misura eccedente quelle già coperte dall'INAIL.

Non ritiene, inoltre, provata, tramite specifica documentazione medico-legale, una qualche perdita di capacità lavorativa specifica che dia conseguentemente luogo a una desumibile riduzione della capacità di guadagno.

Per quanto riguarda la riduzione della potenziale attitudine all'attività lavorativa (cd. capacità lavorativa generica), essa è risarcibile all'interno del danno biologico, da intendersi come voce comprensiva di tutti gli effetti negativi del fatto lesivo che incidono sul bene della salute in sé considerato.

Da tali due ultime considerazioni, il giudice esclude che sia configurabile anche un autonomo danno di tipo patrimoniale.

N. R.G. 5475/2010
Sentenza n. 372/2015

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di REGGIO EMILIA
SEZIONE SECONDA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Simona Boiardi
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 5475/2010 promossa da:

XX (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. MANINI UMBERTO elettivamente domiciliata in VIA MEUCCIO RUINI 74 42100 REGGIO EMILIA presso il difensore avv. MANINI UMBERTO

ATTRICE

CONTRO

ALFA S.P.A. (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. MAZZA FRANCO e dell'avv. MAZZA FRANCESCA MARIA (MZZFNC63H51H223Y) VIA EMILIA S. PIETRO 27 42100 REGGIO EMILIA elettivamente domiciliato in VIA EMILIA S. PIETRO 27 42100 REGGIO EMILIA presso il difensore avv. MAZZA FRANCO

AURORA ASSICURAZIONI SPA ORA UGF ASSICURAZIONI S.P.A. (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. MAZZA FRANCO e dell'avv. MAZZA FRANCESCA MARIA (MZZFNC63H51H223Y) VIA EMILIA SAN PIETRO 27 42100 REGGIO EMILIA elettivamente domiciliato in VIA EMILIA S.PIETRO 27 REGGIO EMILIA presso il difensore avv. MAZZA FRANCO

CONVENUTE

OGGETTO: Altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale

Conclusioni: come in atti

Breve svolgimento del processo

Con atto di citazione, notificato in data 26.07.2010, XX conveniva in giudizio, avanti il Tribunale di Reggio Emilia, la società Alfa dell'Emilia S.p.A. nonché la Aurora Assicurazioni S.p.A. ora UGF Assicurazioni S.p.A., chiedendone la condanna al pagamento, in solido fra loro, della somma di € 100.939,16 a titolo di risarcimento dei danni subiti e delle spese sostenute a seguito di un incidente stradale verificatosi, in data 30.05.2008, su un mezzo di Alfa mentre l'attrice rientrava dal lavoro.

Si costituivano in giudizio Alfa spa. e Aurora Assicurazioni S.p.A.(ora UGF Assicurazioni S.p.A.) nulla contestando circa la dinamica del fatto e la conseguente responsabilità della Alfa spa ma deducendo l'eccessività del quantum richiesto.

In comparsa di costituzione e risposta le convenute davano, inoltre, atto di avere versato la somma di € 10.670,00 a titolo di acconto e chiedevano di detrarre tale importo (e tutte le somme già liquidate da INAIL) da quanto dovuto a titolo di risarcimento di danni.

La causa veniva istruita con CTU medico legale.

Successivamente il Giudice chiedeva all'Inail ex rt.213 c.p.c. di indicare quale fosse esattamente l'importo erogato, all'attrice, in relazione all'infortunio del 30.05.2008

In data 22.10.2012 la Compagnia Assicuratrice provvedeva ad effettuare un secondo versamento di € 5.000,00 e, in data, 14-11-2013 veniva consegnato un ulteriore assegno di euro 20.000,00.

All'udienza del 04.12.2014, il Giudice tratteneva la causa in decisione, dando termine sino al 02.02.2015 per il deposito di note conclusive e al 22.02.2015 per repliche.

Coincisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della decisione

Non è contestata tra le parti la dinamica del fatto e la conseguente responsabilità della Alfa spa.

Per quel che riguarda il danno subito sono condivisibili le conclusioni cui è pervenuto il CTU medico-legale, attraverso congrua e logica motivazione di ordine tecnico-scientifica, il quale, all'esito delle indagini svolte sulla perizianda, ha positivamente riscontrato la sussistenza delle lamentate lesioni (frattura di L1) con importante limitazione funzionale del rachide , e la loro compatibilità, oggettiva ed eziologica, con

la dinamica dell'incidente quale emersa dagli atti di causa, stimando, quindi, nella misura del 18% i postumi invalidanti residuati in capo all'attrice.

La ctu medico legale, alle cui conclusioni il tribunale aderisce ha accertato un periodo di invalidità temporanea totale di 30 giorni, un ulteriore periodo al 75% di giorni 90, 60 giorni al 50% e 60 giorni al 25%.

Quanto alla liquidazione del danno, occorre considerare che il nuovo indirizzo di cui alle sentenze delle sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'11/11/08 ha rilevato l'esigenza di una liquidazione unitaria del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute; la Suprema Corte ha infatti evidenziato come il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisca una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento.

In tale nuova ricostruzione bipolare della responsabilità aquiliana, le categorie del danno biologico, danno morale e/o del danno esistenziale devono dunque essere ricondotte ad un'unica categoria generale di danno non patrimoniale, nell'ambito della quale dovranno rilevare come singole voci di pregiudizio.

Spetta tuttavia al giudice il compito di procedere ad un'adeguata personalizzazione della liquidazione del danno valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Ritiene questo Giudice di poter procedere alla liquidazione del danno non patrimoniale (cumulativamente inteso) facendo riferimento alle Nuove Tabelle di Milano del 2014 tenuto, altresì, conto della recente sentenza della Cassazione del 25 febbraio-7 giugno 2011 n.12408 che ha adottato la tabella milanese a parametro equitativo di riferimento, da porre a base del risarcimento del danno, quale sia la latitudine in cui si radica la controversia.

In dette tabelle si propone una liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente a lesione dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore" e "sofferenza soggettiva" in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione.

Si tratta cioè di valori monetari "medi", corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini "standardizzati", in quanto frequentemente ricorrenti (sia quanto agli aspetti anatomico-funzionali sia quanto agli aspetti relazionali, sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva), salva la possibilità di utilizzare percentuali in aumento laddove il caso concreto presenti specifiche peculiarità che vengano allegate e provate.

Il danno non patrimoniale permanente, avuto riguardo alla percentuale di invalidità (18%) e alla età del ricorrente all'epoca dei fatti (61), ammonta dunque ad euro 50.550,00.

Il danno non patrimoniale da incapacità temporanea ammonta considerato un valore giornaliero di euro 100,00 (tenuto conto dell'allettamento e dell'uso prolungato del busto ortopedico) è pari a :

Invalidità temporanea totale € 3.000,00

Invalidità temporanea parziale al 75% € 6.750,00

Invalidità temporanea parziale al 50% € 3.000,00

Invalidità temporanea parziale al 25% € 1.500,00

e complessivamente (temporanea totale e parziale) ad euro € 14.250,00.

In tali somme sono già ricompresi i danni non patrimoniale medi , conseguenti alla sofferenze ed al patema d'animo cagionato dal sinistro corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini "standardizzabili".

La personalizzazione in ragione della sofferenza morale, può comportare l'applicazione dell'aumento personalizzato del punto biologico.

Ma tale aumento può essere riconosciuto solo in presenza di una specifica allegazione e di una specifica prova di una sofferenza fisica o psichica ulteriore rispetto a quella da considerarsi intrinseca ad ogni lesione dell'integrità psicofisica di gravità pari a quella di cui si tratta.

Non si ritiene sussistano elementi che consentano una personalizzazione del danno tenuto conto che si è già valutato ai fini della determinazione del valore giornaliero dell'indennità temporanea l'uso del busto e la necessità dell'allettamento

Totale danno alla persona euro 64.800,00.

Sulla somma ottenuta vanno aggiunti -trattandosi di obbligazione di valore, - gli interessi c.d. da lucro cessante, siccome riferiti ad autonomi presupposti, avendo la rivalutazione funzione pienamente reintegratoria del patrimonio del soggetto leso, i secondi funzione correlata alla mancata disponibilità della somma di danaro.

Questi ultimi che, in considerazione della nuova disciplina della determinazione del relativo tasso, si ritiene possano essere individuati nella misura di quelli legali, nelle varie epoche di riferimento, vanno computati -al fine, però, di evitare indebiti effetti locupletativi ed in ossequio al consolidato indirizzo della Suprema Corte (cfr. la nota pronuncia delle sez. un. n.1712 del 1995; nonché di recente Cass. n.492 del 2001)- sulla predetta somma da devalutare , alla data del sinistro (30-5-2008) e via via rivalutata anno per anno sempre sulla base degli indici ISTAT fino alla data di pubblicazione della presente sentenza, con esclusione degli interessi sugli interessi; da tale ultima data, divenuto il debito di valuta, saranno dovuti gli interessi, sempre al tasso legale, sulla somma così determinata, fino all'effettivo soddisfo.

Poiché sono stati corrisposti degli acconti occorre rivalutare all'attualità tali somme e detrarre dalla somma liquidata all'attualità a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale liquidato.

Occorre, a questo punto, verificare se, in relazione al predetto grado d'invalidità, spetti secondo i criteri ordinari un risarcimento superiore all'importo riconosciuto in sede amministrativa dall'Inail a titolo di indennizzo per infortunio sul lavoro.

In linea preliminare ritiene questo giudice che il danno differenziale sia in astratto risarcibile.

La giurisprudenza (Cass. 19-1-2015 n.777) ha evidenziato come: *"nell'attuale regime, che all'art. 13 cit., D.Lgs. prevede l'estensione della copertura assicurativa obbligatoria gestita dall'INAIL anche al danno biologico, le somme eventualmente erogate dall'istituto non esauriscono il diritto al risarcimento del danno biologico in capo all'assicurato.*

Invero, lo stesso art. 13 cit., dopo aver premesso che le disposizioni in esso contenute si pongono nell'ottica della attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento," definisce il danno biologico solo l'ha via sperimentale"e ai soli fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali."

Tali puntualizzazioni dimostrano che la prospettiva della norma non è quella di fissare in via generale ed omnicomprensiva gli aspetti risarcitori del danno biologico, ma solo quella di definire i meri aspetti indennitari agli specifici ed unici fini dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali.

Infatti, l'erogazione effettuata dall'INAIL è strutturata in termini di mero indennizzo, indennizzo che, a differenza del risarcimento, è svincolato dalla sussistenza di un illecito (contrattuale od aquiliano) e, di conseguenza, può essere disposto anche a prescindere dall'elemento soggettivo di chi ha realizzato la condotta dannosa e da una

sua responsabilità.

Si tenga altresì presente che, anche riguardo al consolidamento degli effetti patrimoniali in capo all'avente diritto, l'indennizzo INAIL si struttura in modo diverso da un risarcimento del danno, dal momento che la rendita cessa con la morte del lavoratore (e non passa nell'asse ereditario), mentre il diritto al risarcimento, una volta consolidatosi, entra a far parte del patrimonio dell'avente diritto e si trasferisce agli eredi (come del resto si era ritenuto in giurisprudenza anche nell'ipotesi di lesioni che avessero determinato la morte del danneggiato solo in un secondo momento).

Sempre a conferma delle notevoli divergenze strutturali tra l'indennizzo erogato dall'INAIL e il risarcimento del danno biologico, si consideri altresì che mentre quest'ultimo trova titolo nell'art. 32 Cost., l'indennizzo INAIL è invece collegato all'art. 38 Cost., e risponde alla funzione sociale di garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore.

In breve, la differenza strutturale e funzionale tra l'erogazione INAIL ex art. 13 cit. e il risarcimento del danno biologico preclude di poter ritenere che

le somme eventualmente a tale titolo versate dall'istituto assicuratore possano considerarsi integralmente soddisfattive del diritto al risarcimento del danno biologico in capo al soggetto infortunato od ammalato, nel senso che esse devono semplicemente detrarsi dal totale del risarcimento spettante al lavoratore.

Ritenere il contrario significherebbe attribuire al cit. art. 13, la finalità non già di apprestare un arricchimento di tutela in favore del lavoratore ma, al contrario, un suo secco situazione anteriore (come formatasi in virtù di giurisprudenza ormai consolidata) e un trattamento deteriore - quanto al danno biologico - del lavoratore danneggiato rispetto al danneggiato non lavoratore.

Ulteriore conferma del fatto che il D.Lgs. n. 38 del 2000, cit. art. 13, non possa integrare una limitazione di tutela del lavoratore danneggiato, ma debba, anzi, costituire il contrario, si evince dalla giurisprudenza della Corte cost. che, fin dalla sentenza n. 87/91, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, artt. 2, 3 e 74, in riferimento all'art. 3 Cost., art. 32 Cost., comma 1, art. 35 Cost., comma 1, e art. 38 Cost., comma 2, sollevata in ragione della mancata indennizzabilità del danno biologico da parte dell'INAIL, ebbe tuttavia a rilevare che: "... indubbiamente, l'esclusione dell'intervento pubblico per la riparazione del danno alla salute patito dal lavoratore in conseguenza di eventi connessi alla propria attività lavorativa non può dirsi in sintonia con la garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.) e, ad un tempo, con la tutela privilegiata che la Carta costituzionale riconosce al lavoro come valore fondante della nostra forma di Stato (art. 1 Cost., comma 1, artt. 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.). E' vero che il danno biologico, in sé considerato, deve ritenersi risarcibile da parte del datore di lavoro secondo le regole che governano la responsabilità civile di quest'ultimo. Tuttavia, le stesse ragioni, che hanno indotto a giudicare non soddisfacente la tutela ordinaria e ad introdurre un sistema di assicurazione sociale obbligatoria contro il rischio per il lavoratore di infortuni e malattie professionali capaci di incidere sulla sua attitudine al lavoro, inducono a ritenere che anche il rischio della menomazione dell'integrità psico-fisica del lavoratore medesimo, prodottasi nello svolgimento e a causa delle sue mansioni, debba per se stessa, e indipendentemente dalle sue conseguenze ulteriori, godere di una garanzia differenziata e più intensa, che consenta, mediante apposite modalità sostanziali e procedurali, quella effettiva, tempestiva ed automatica riparazione del danno che la disciplina comune non è in grado di

apprestare".

In definitiva, anche alla stregua di una doverosa interpretazione costituzionalmente orientata, deve escludersi che le prestazioni eventualmente erogate dall'INAIL esauriscano di per sé e a priori il risarcimento del danno complessivamente subito.

Come più sopra statuito, il diritto dell'attrice ad ottenere dalla società convenuta il risarcimento del danno biologico da menomazione permanente concerne la parte eccedente l'ammontare dell'indennizzo erogato a tale titolo dall'I.N.A.I.L. (integrante il c.d. danno differenziale).

Ulteriore questione controversa è quella relativa ai criteri di computo del danno differenziale quantitativo e, segnatamente, quella che concerne le modalità concrete di detrazione di quanto erogato o erogabile dall'Inail.

Emerge dalla certificazione redatta dall'I.N.A.I.L. in data 7 novembre 2012 che l'Istituto ha già corrisposto all'attrice ratei della rendita costituita per l'indennizzo del danno biologico per complessivi Euro 8175,29 (alla data del 13-6-2012); inoltre il valore capitale della rendita per indennizzo del danno biologico alla data del 13-6-2012 ammonta ad Euro 18.797,29; quindi l'importo spettante al ricorrente a titolo di risarcimento del danno biologico permanente va diminuito della somma complessiva di Euro (Euro 8175,29 + Euro 18.797,29) = Euro 26.972,58.

In proposito occorre evidenziare che questo giudice aderisce all'orientamento della giurisprudenza di merito (Corte d'Appello di Venezia, sez. lav. 21.7.2011; Trib. Trento Sez. Lavoro 12-3-2013), secondo cui, nel caso di invalidità permanente superiore al 15% e, quindi, di corresponsione da parte dell'I.N.A.I.L. sia della rendita a titolo di danno biologico sia della rendita a titolo di danno patrimoniale (per diminuita capacità di lavoro generica), dall'importo integrale del danno che deve essere risarcito al lavoratore secondo i criteri civilistici, deve essere detratta la capitalizzazione delle singole poste indennitarie erogate dall'I.N.A.I.L., singolarmente considerate - e, quindi, detraendo dall'ammontare dell'integrale danno biologico spettante al lavoratore la capitalizzazione della rendita erogata dall'I.N.A.I.L. per il pregiudizio alla salute, e dal danno patrimoniale la capitalizzazione della rendita per la perdita della capacità di lavoro generica - e non già dall'ammontare del danno complessivamente spettante al lavoratore vada detratta la capitalizzazione dell'intera rendita erogata dall'I.N.A.I.L. (ossia la somma di quella erogata a titolo di danno biologico e di quella erogata a titolo di danno patrimoniale);

Se, infatti, dall'ammontare integrale del danno spettante al lavoratore venisse detratta la complessiva capitalizzazione delle due rendite erogate dall'INAIL, potrebbe accadere che il quantum riconosciuto dall'I.N.A.I.L. a titolo di indennizzo per la diminuzione della capacità di lavoro generica vada a diminuire il quantum spettante al lavoratore a titolo di danno differenziale quantitativo (danno biologico permanente differenziale) e/o qualitativo (danno biologico temporaneo, danno morale, danno esistenziale).

Occorre però precisare che le prestazioni liquidate dall'Inail, vanno ricondotte allo stesso momento cui si liquida il danno (cioè alla data odierna), tenendo conto dei rispettivi valori come attualizzati alla data della decisione (v. sul punto i criteri indicati da Cass. Civile sentenza 10035 del 25-5-2004).

Per quel che riguarda le spese mediche sostenute il Ctu ha osservato che: *"le spese mediche documentate in atti sono da ritenersi tutte giustificate, opportune e congrue".*

Sono dovuti, quindi, per tale titolo euro 1053,75 da cui deve essere detratta la somma di euro 398,96 già corrisposta dall'Inail.

Sulla somma di euro 654,79 dovranno calcolarsi rivalutazione monetaria e interessi.

Per motivi di semplificazione nel calcolo, per tali spese, sostenute in epoche diverse, il computo di rivalutazione ed interessi si fa decorrere equitativamente dal 1-1-2009.

Né risulta ulteriormente risarcibile il danno per perdita della capacità lavorativa oltre la misura già riconosciuta sotto forma di rendita dall'Inail non avendo l'attrice nulla provato e/o allegato al riguardo .

La riduzione della capacità lavorativa generica, quale potenziale attitudine alla attività lavorativa da parte di un soggetto è legittimamente risarcibile come danno biologico nel quale si ricomprendono tutti gli effetti negativi del fatto lesivo che incidono sul bene della salute in sé considerato - con la conseguenza che la anzidetta voce di danno non può formare oggetto di autonomo risarcimento come danno patrimoniale, che andrà, invece, autonomamente liquidato sola nel caso in cui alla detta riduzione della capacità lavorativa generica si associ una riduzione della capacità lavorativa specifica, che a sua volta, dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno.

La liquidazione del danno per la perdita di capacità lavorativa specifica (come danno permanente e futuro) può avvenire con criteri equitativi solo dopo che sia stata verificata con la prova scientifica medico-legale la gravità e permanenza della invalidità al lavoro specifico (cfr. Cassazione civile, sez. III, 01/12/2009, n. 25289, Cassazione civile, sez. III, 10/07/2008 n. 18866; Cass. Civ. sent. n. 13953 del 14.06.2007; Cass. Civ. n. 23293 dell'08.11.2007; Cass. Civ. n. 17397 dell'08.08.2007);

Per quel che riguarda le spese di lite considerando, da un lato, che le società convenute non hanno risarcito spontaneamente il danno provvedendo a versare diversi acconti solo in corso di causa (l'ultimo solo in data 14-11-2013), e, dall'altro, che la pretesa dell'attrice si è rivelata nel quantum solo parzialmente fondata, si dispone la compensazione delle spese di lite nella misura di un terzo.

La società convenuta va condannata alla rifusione, in favore di parte attrice, dei residui due terzi delle spese di lite che vengono liquidate, già in tale misura, in dispositivo

Le spese di CtU vanno poste definitivamente a carico delle convenute, in solido tra di loro, così come le spese di CTP pari ad euro 720,00.

P.Q.M.

il Tribunale di Reggio Emilia giudice unico sulle domande proposte così definitivamente provvede ogni altra istanza ed eccezione disattesa:

1) accoglie la domanda proposta dall'attrice contro Alfa spa e Aurora Assicurazioni spa (ora UGF Assicurazioni spa) e le condanna, in solido tra di loro, a pagare all'attrice la somma di 64.800,00. alla data odierna, oltre a rivalutazione e interessi su tale somma devalutata alla data del sinistro (30-5-2008) ed annualmente rivalutata detratti gli acconti versati (che dovranno essere rivalutati all'attualità) e diminuita della somma complessiva di Euro 26.972,58 (Euro 8175,29 + Euro 18.797,29) che deve essere attualizzata alla data odierna così come indicato nella parte motiva della sentenza;

2) condanna le convenute, in solido tra di loro, a corrispondere a parte attrice la somma di euro 654,79 per spese mediche su cui dovranno calcolarsi rivalutazione monetaria e interessi dal 1-1-2009 alla data odierna;

3) condanna le convenute a rifondere a parte attrice, in solido, tra loro le spese processuali liquidate in € 4836,00 per compenso professionale euro 339,00 per esborsi oltre Iva CpA e spese generali del 15% disponendo la distrazione a favore del procuratore di parte attrice Avv. Manini Umberto;

4) Pone definitivamente a carico delle convenute, le spese della CTU e le spese sostenute da parte attrice per la CTP (pari ad euro 720,00).

Reggio Emilia, 11-3-2015

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA, sentenza 11 marzo 2015, n. 372; Giud. BOIARDI; XX (Avv. MANINI) c. ALFA S.p.A. (Avv.ti. MAZZA F., MAZZA F.M.), AURORA ASSICURAZIONI ora UGF ASSICURAZIONI S.p.A. (Avv. MAZZA F., MAZZA F.M.).

Danni civili – Infortunio sul lavoro – infortunio in itinere – assicurazione per gli infortuni sul lavoro e per le malattie professionali – configurabilità danno differenziale – risarcibile – calcolo danno differenziale mediante scorporo danno patrimoniale e non patrimoniale (D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, art. 13)

Posto che in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata deve escludersi che le prestazioni eventualmente erogate dall'INAIL a un lavoratore infortunato durante l'orario di lavoro esauriscano di per sé e a priori il risarcimento del danno complessivamente subito dal lavoratore danneggiato, quest'ultimo può agire per ottenere dal responsabile dell'infortunio il risarcimento del danno biologico da menomazione permanente nella misura eccedente l'ammontare dell'indennizzo erogato a tale titolo dall'I.N.A.I.L. (ovvero il c.d. danno differenziale), che, in caso di invalidità superiore al 15% e, quindi, di corresponsione da parte dell'I.N.A.I.L. sia della rendita a titolo di danno biologico sia della rendita a titolo di danno patrimoniale, va calcolato e detraendo dall'ammontare dell'integrale danno biologico spettante al lavoratore la capitalizzazione della rendita erogata dall'I.N.A.I.L. per il pregiudizio alla salute, e dal danno patrimoniale la capitalizzazione della rendita per la perdita della capacità di lavoro generica. (1)

(1) In giurisprudenza constano precedenti in termini. Una lettura della giurisprudenza permette di cogliere il processo di ampliamento della copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali. In particolar modo, a seguito del D.Lgs. n. 38/2000, il danno biologico è divenuto oggetto delle prestazioni indennitarie da parte dell'INAIL, ponendo, sotto nuove spoglie, il problema del cd. danno differenziale. Nella giurisprudenza di legittimità circa il riconoscimento del danno differenziale: Cass. Civ., sez. lav., 16 giugno 2001, n. 8182, in *Foro it., Rep. 2001, voce Infortuni sul lavoro*, n. 3, in cui, in particolar modo viene proposta una convincente lettura costituzionalmente orientata dell'art. 10 d.p.r. n. 1124/1965 (clausola di esonero da responsabilità civile del datore di lavoro); Cass. Civ., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10035, in *Danno e resp.*, 2004, 1065; Cass. Civ., 22 dicembre 2011, n. 28205, in *Foro it., Rep. 2012, voce Lavoro (rapporto)*, n. 478 e in *Riv. it. dir. Lav.*, 2012, 733; Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2015, n. 777, in *www.dejure.it*, con nota di M. SCOFFERI, *Infortunio sul lavoro: oltre all'INAIL c'è di più*, in *Diritto&Giustizia*, fasc. 2, 2015; Cass. Civ., 26 ottobre 2012, n. 18469, in *Foro it., Rep. 2013, voce Infortuni sul lavoro*, n. 21, in particolare in tale sentenza la Corte ammette la tesi di calcolo del danno differenziale in base allo scomputo per poste di danno. Per il riconoscimento del danno differenziale nella giurisprudenza di merito, tra le tante: Trib. Pinerolo, 27 aprile 2004, in *Riv. Crit. dir. Lav.*, 2004, 943; Trib. Torino, 5 giugno 2003, in *Danno e Responsabilità*, 2004, 12,

1251, con nota di E. MARCELLINO, *Infortuni sul lavoro verso nuovi equilibri: prova del nesso di causalità e danno differenziale*; Trib. Piacenza, 4 giugno 2009, n. 401, in www.dejure.it; Trib. Roma, sez., XII, 6 luglio 2010, in LI; Trib. Pisa, 3 maggio 2011, n. 808, in Riv. it. Dir. Lav., 2012, 507, con nota di A. SALERNO, *Sulla portata della clausola di esonero dalla responsabilità civile per infortuni sul lavoro dopo la novella del D.Lgs. n. 38/2000*; Tribunale di Trento, sez. lav., 12 marzo 2013, in *Leggi d'Italia*.

I criteri di calcolo del danno differenziale risultano, in particolar modo dopo la pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione del 2008 (Cass. Civ., Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972-2975, in Foro it., Rep. 2009, voce Danni civili, n. 156) particolarmente dibattuti. In materia, si possono distinguere almeno tre indirizzi giurisprudenziali. Per la tesi della mera sottrazione tra ammontare del risarcimento in sede civilistica e indennizzo erogato dall'INAIL: Trib. Reggio Emilia, sent. 330/2011, ined.; Trib. Montepulciano, sent. n. 149/2009, ined., queste ultime in *Quaderni di ricerca INAIL, Appendice 4*; per la tesi dello scorporo per singole voci di danno: Trib. Treviso, Sez. I, 20 gennaio 2009, ined.; Trib. Genova, 28 maggio 2009, n. 2116 in cui in particolare: *poiché la tutela previdenziale non comprende né il danno biologico dinamico né le altre poste di danno non patrimoniali come il danno morale, queste sono riservate all'infortunato (danno complementare) e non sono aggredibili dall'INAIL con l'azione di rivalsa, che riguarda solo i titoli di danno riconosciuti in ambito previdenziale*. Per l'orientamento intermedio, che prevede da divisione delle poste risarcitorie riconosciute a titolo di danno patrimoniale da quelle spettanti al danneggiato per pregiudizi non patrimoniali: Trib. Milano, Sez. V, 9 giugno 2009, n. 7515, G.U. Damiano Spera, in www.altalex.com; Corte App. Venezia, sez. lav., 21 luglio 2011; Trib. Trento, sez. lav., 12 marzo 2013, in *Leggi d'Italia* (le ultime due richiamate nella sentenza in commento).

In dottrina, in materia di tutela persona del lavoratore: M. CORRIAS, *Questioni sul danno alla persona del lavoratore*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 5, 2013; ma è bene anche rileggere U. TERRACINI, *La Costituzione e i diritti del lavoro*, in *Costituzione della Repubblica*, Roma, 1948. Con particolare riguardo all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali: INAIL, *Quaderni di ricerca, Danno biologico: monitoraggio, criticità e prospettive d'interesse medico-legali a dieci anni dall'introduzione della nuova disciplina*, n. 3, novembre 2014, in rete: <http://www.inail.it/internet/default/INAILcomunica/CollanaQuadernidiricerca/Numero3novembre2014/index.html>. Un'analisi dell'evoluzione della disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, in particolare circa i nuovi assetti del sistema previdenziale dopo il D.Lgs. n. 38/2000: D. POLETTI, *Gli infortuni sul lavoro dopo la riforma, tra regole risarcitorie e nuovi indennizzi*, in *Danno e Responsabilità*, 2000. Sullo specifico punto del danno differenziale, con correlata analisi delle differenze sussistenti tra tutela previdenziale e sistema risarcitorio: GIUSEPPE LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2013; F. FERROLA, *Il danno biologico differenziale alla luce del D.Lgs. 38/00*, in *Diritto&Diritti*, 2003. In particolare, sul profilo della clausola di esonero dalla responsabilità civile: SALERNO, *Sulla portata della clausola di esonero dalla responsabilità civile per infortuni sul lavoro dopo la novella del D.Lgs. n. 38/2000*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, fasc. 2, 2012. Per una trattazione sui diversi orientamenti giurisprudenziali di calcolo del danno differenziale: D. CHINDEMI, *Il "danno differenziale" dopo le sentenze di San Martino*, 2010, in rete: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=11225>; M. BONA, *Accordi transattivi INAIL-assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e*

protezione indennitaria?, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 5, 2013; INAIL, *Quaderni di ricerca n. 3, Appendice 4*, D. SPERA *Il danno differenziale, le Tabelle milanesi 2013 e danno non patrimoniale*, in *Officina e Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2013. Più in generale, con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale e la sua evoluzione si veda: N. LIPARI, P. RESCIGNO, *Diritto Civile*, Vol. 4, Attuazione e tutela dei diritti, Tomo III, La responsabilità e il danno, Giuffrè Editore, 2009; C. DE GENNARO, *Dall'homo economicus al "valore uomo": evoluzione storico-giuridica del danno biologico*, 2008, In rete: <http://www.filodiritto.com/articoli/2008/11/dallhomo-economicus-al-valore-uomo-evoluzione-storico-giuridica-del-danno-biologico>; P. ZIVIZ, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 2, 2014; P. ZIVIZ, *Conferme e novità in materia di danno non patrimoniale*, 2015, in rete: http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_15386.asp; con particolare riguardo alla liquidazione del danno non patrimoniale: D. CHINDEMINI, *Criteri risarcitori del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 2, 2013; D. SPERA *Il danno differenziale, le Tabelle milanesi 2013 e danno non patrimoniale*, in *Officina e Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La tutela del lavoratore e la sua evoluzione: dal codice civile alle pronunce della Corte Costituzionale del 1991; 3. Il decreto legislativo n. 38/2000: il danno biologico differenziale; 4. Il riconoscimento del danno differenziale nel nuovo sistema previdenziale: confronto tra tutela indennitaria e sistema risarcitorio; 4.1. Differenze ontologiche; 4.2. Differenze quantitative; 5. La risarcibilità del danno differenziale; 6. Criteri di liquidazione del danno differenziale; 7. Considerazioni finali.

1. Introduzione

La sentenza in commento permette di affrontare la tematica del danno alla persona del lavoratore che costituisce un terreno di compenetrazione e confronto tra il sistema della responsabilità civile e la tutela previdenziale per gli infortuni e le malattie professionali. Tale incontro, per evitare che assuma i caratteri dello scontro, richiede un necessario coordinamento tra le diverse discipline per garantire, da un lato, la realizzazione della funzione compensativa della responsabilità civile, espressa dal principio dell'integrale riparazione del danno¹, e dall'altro la funzione costituzionale di protezione del lavoratore da una condizione di bisogno, espressa, nel nostro ordinamento, dall'assicurazione obbligatoria in ambito lavoristico².

I due sistemi di tutela hanno come punto di contatto il diritto alla salute *lato sensu*, la cui protezione passa necessariamente per l'attivazione di strumenti di riparazione in caso

¹ Tale principio è stato sancito, tra le tante, da Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, che verrà trattata più estesamente in seguito. Di recente la Corte Costituzionale (sent. Corte Cost., 19 giugno 2009, n. 180, in G. U. del 24 giugno 2009, n. 25), pronunciandosi sulla legittimità delle limitazioni legali poste dall'art. 149 cod. ass. –che prevede l'applicazione di una specifica tabella per lesioni di lieve entità subite nel contesto di circolazione dei veicoli-, ha affermato che non è riscontrabile, nell'ordinamento, un diritto costituzionalmente garantito all'integrale risarcimento del danno. La misura risarcitoria può, infatti, essere limitata nel *quantum* qualora vi siano interessi contrapposti tali da giustificare un suo temperamento in sede legislativa.

² In questi termini viene individuata la funzione giuridica dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali fornita dall'INAIL da GIUSEPPE LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2013, pag. 1049.

di lesione dello stesso.

Il concetto di danno alla persona è diventato, allora, teatro di una reciproca influenza che ha spinto i due sistemi ad avvicinarsi, pur rimanendo distinti e distinguibili.

L'evoluzione in ambito civilistico, che ha portato prima al riconoscimento del danno biologico³ e, in un secondo momento, alla sua progressiva attrazione all'interno della sfera non patrimoniale⁴, ha reso indispensabile un'estensione dell'assicurazione obbligatoria anche al danno biologico.

Dall'altro lato, il complesso risarcitorio civilistico ha positivamente risentito della riflessione in materia di danno alla persona del lavoratore.

Il rapporto di lavoro - connotato da un forte profilo personale, in quanto vede coinvolta direttamente la persona del lavoratore - è terreno fertile per l'emersione di profili pregiudizievoli per tale soggetto, considerato parte debole del rapporto, che spingono ad interrogarsi e sviluppare strumenti nuovi di protezione e tutela della persona.

Come due binari paralleli, ma imprescindibilmente legati, dunque, il risarcimento del danno alla salute e la garanzia indennitaria offerta dall'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro rappresentano due facce differenti del sistema generale di riparazione del danno alla persona.

In tale contesto si colloca la sentenza oggetto di questa analisi.

Il giudice di Reggio Emilia è chiamato a determinare il *quantum* del risarcimento connesso ad una lesione dell'integrità psicofisica dell'attrice.

La sua posizione di lavoratrice e, in particolar modo, la possibilità di qualificare l'incidente stradale in questione come un infortunio in itinere⁵, colloca il giudice nel mezzo del crocevia sopra descritto, in cui, sotto l'ombrello della tutela civilistica si innestano le somme erogate dall'INAIL a titolo di indennizzo in relazione all'infortunio sul luogo di lavoro.

Il problema che emerge è, dunque, quello di definire l'area di intersezione tra le due tutele e, conseguentemente, i relativi confini, avendo riguardo di garantire la massima protezione del diritto alla salute, rafforzata ancor di più, in tale circostanza, dal generale *favor* espresso dal dettato costituzionale nei confronti del lavoratore.

Si tratta, pertanto, di stabilire se il lavoratore possa agire contro il responsabile civile dell'evento lesivo, da cui ha avuto origine il danno, per ottenere il cd. danno differenziale, ossia l'eventuale differenza tra l'ammontare del risarcimento spettante al danneggiato secondo le normali regole del sistema risarcitorio e il minor valore dell'automatico indennizzo erogato dall'INAIL al medesimo soggetto, in quanto lavoratore.

Da tale primo profilo discende come necessario corollario la dibattuta questione di stabilire i criteri per il computo del cd. danno differenziale.

Prima di dedicare spazio all'analisi separata di tali profili, è necessario, però, soffermarsi

³ Il primo riconoscimento del cd. danno biologico avviene ad opera della Corte Costituzionale con la sentenza n. 184 del 30 giugno 1986. Originariamente, il danno biologico è riconosciuto come un *tertium genus* rispetto al danno patrimoniale e quello morale e la sua risarcibilità viene ricostruita tramite il combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.

⁴ La sentenza della Corte Costituzionale del 27 ottobre 1994, n. 372 riconduce definitivamente il danno biologico nell'alveo dell'art. 2059, configurandolo come un danno non patrimoniale e, dunque una lesione dell'integrità psicofisica della persona che non produce alcuna conseguenza diretta sul reddito della vittima.

⁵ A norma dell'estensione operata dall'art. 12 del D.Lgs. n. 38/2000, l'assicurazione sociale obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali "*comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti*".

sull'evoluzione storica della tutela del lavoratore, collocare la questione nel complesso normativo di riferimento e, in particolare, dare conto del travagliato percorso di riconoscimento della copertura assicurativa del danno biologico, realizzata solo in tempi relativamente recenti, con il D.Lgs. del 23 febbraio 2000, n. 38.

2. La tutela del lavoratore e la sua evoluzione: dal codice civile alle pronunce della Corte Costituzionale del 1991

Con il codice civile del 1942, la tutela della salute e della dignità del lavoratore ha trovato spazio in un'importante norma del titolo V, contenente la disciplina del lavoro.

L'art. 2087, infatti, pone in capo al datore di lavoro un dovere di protezione e tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro.

Tale disposizione è considerata norma fondante e di chiusura⁶ del sistema di protezione dei lavoratori, idonea ad operare anche in assenza di norme speciali che la declinino ulteriormente, ma, allo stesso tempo, atta a traghettare quelle stesse norme, ove presenti, all'interno del contratto di lavoro, rendendo il loro contenuto dispositivo un vero e proprio obbligo di natura contrattuale.

Da questa interpretazione, frutto di un percorso di riflessione dottrinale e giurisprudenziale lungo e travagliato⁷, l'art. 2087 è oggi considerato una disposizione inderogabile di legge, integrativa del contratto di lavoro, la cui violazione rende il datore contrattualmente responsabile.

D'altro canto, la giurisprudenza costante⁸, esclude che l'art. 2087 integri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che renderebbe il datore di lavoro responsabile ogni volta che il lavoratore abbia comunque sopportato un danno, ma, al contrario, *“occorre che l'evento sia pur sempre riferibile alla colpa del primo, per violazione di obblighi di comportamento previsti da espresse disposizioni, anche infralegislative, o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuabili”*.⁹

L'art. 2087 è, dunque, il fulcro della tutela risarcitoria connessa al danno alla salute del lavoratore.

L'ampia formulazione della norma, che comprende diritti della persona del prestatore di lavoro quali la sicurezza, l'integrità psicofisica e la dignità, permette un adeguamento costante di tale tutela alle innovazioni dettate dal progresso tecnico (e tecnologico) e ai mutamenti del contesto produttivo nel quale il lavoratore svolge la sua attività.

Il pieno riconoscimento del diritto alla salute come diritto fondamentale proprio di ogni individuo e interesse della collettività si ha, però, nel 1948 con l'avvento della Costituzione.

Tale legittimazione al massimo livello del nostro ordinamento, la configura come un diritto primario ed assoluto¹⁰, che impone l'adozione di sistemi di prevenzione e tutela e la predisposizione di misure riparatorie volte a compensare, in caso di lesione

⁶ L'attribuzione all'art. 2087 del carattere di “norma di chiusura” si deve alla Corte di Cassazione (Tra le tante: Cass. civ., sez. lav., 19 agosto 2003, n. 12112, in *Foro it.*, *Rep.* 2004, voce *Contratto in genere*, n. 276). In virtù di tale interpretazione è stato possibile ritenere la norma applicabile anche a quelle situazioni non ancora configuratesi al momento della sua formazione.

⁷ Prima del definitivo inquadramento dell'art. 2087 nell'ambito del contratto, si è dibattuto per lungo tempo sulla natura del dovere di prevenzione e tutela del lavoratore da esso derivante: in particolare, c'era chi sosteneva che la violazione di detto obbligo rientrasse in un caso di responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043.

⁸ Tra tutte: Cass. civ., 1 giugno 2004, n. 10510, in *Foro it.*, *Rep.* 2004, voce *Ferrovie e tramvie*, n. 3030; Cass. civ., 17 febbraio 2009, n. 3785, in *Foro it.*, *Rep.* 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 3890.

⁹ Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2012, n. 1716, in *Foro it.*, *Rep.* 2012, voce *Cassazione civile*, n. 1140.

¹⁰ In tali termini si esprime la Corte Costituzionale circa il diritto alla salute enunciato all'art. 32 Cost. nella sentenza del 26 luglio 1979, n. 88

dell'integrità fisica e psichica, il danno subito.

Trasposto sul piano lavoristico, esso è espressione del diritto ad un ambiente di lavoro salubre, essenziale per la salvaguardia della salute dei lavoratori.

La Carta costituzionale, inoltre, riconosce al lavoro una tutela privilegiata, elevandolo a valore fondante della nostra forma di Stato¹¹, e creando un impianto complessivo volto alla protezione della persona del lavoratore, rafforzata rispetto a quella garantita alla generalità dei consociati¹².

Tale assetto trova il suo naturale completamento nel generale dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) e nel principio di uguaglianza sostanziale, enunciato all'art. 3, comma 2, Cost.

Menzione a parte merita l'art. 38 Cost.¹³, che impone allo Stato di predisporre degli strumenti di previdenza e assistenza sociali volti a garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore.

Proprio in attuazione di detta previsione costituzionale, con il d.p.r. del 30 giugno 1965, n. 1125 (d'ora in poi T.U.) è stata istituita l'assicurazione sociale obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Tale assicurazione garantisce ai lavoratori prestazioni sanitarie relative alle prime cure, prestazioni economiche e forniture di apparecchi di protesi¹⁴ ed è gestita dall'INAIL, l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro.

Originariamente, oggetto di tale copertura assicurativa erano soltanto le ipotesi in cui il lavoratore, a seguito di un infortunio o di una malattia professionale, avesse subito una riduzione della propria capacità lavorativa generica, anche nei casi di forza maggiore o di colpa del lavoratore stesso.

Erano, pertanto, esclusi dall'indennizzo INAIL tutti quei casi in cui la menomazione dell'integrità psicofisica non avesse avuto alcuna incidenza sull'attitudine al lavoro, connessa a sua volta con la capacità di guadagno, in aderenza alla visione essenzialmente patrimoniale propria anche del sistema risarcitorio civilistico.

Inoltre, l'art. 10 del T.U., in ossequio alla risalente funzione transattiva dell'assicurazione, esonerava il datore di lavoro da ogni tipo di responsabilità civile, eccezion fatta per i casi di condanna del medesimo o dei soggetti incaricati della direzione e della sorveglianza sul lavoro per un reato perseguibile d'ufficio.

In tali circostanze, da un lato il lavoratore danneggiato poteva agire in sede civile per vedersi riconoscere l'importo risarcitorio eccedente quello già percepito a titolo di indennità (il cd. danno differenziale) e, dall'altro, veniva riconosciuto (art. 11 T.U.) all'INAIL il diritto di regresso contro i responsabili per le somme erogate.

L'equilibrio così creato tra i due sistemi (risarcitorio e indennitario) è stato, però, stravolto a seguito di una radicale modificazione interna alla responsabilità civile del concetto di danno alla persona.

A partire dagli anni '70, infatti, la tradizionale concezione della tutela della persona, ancorata alla sua capacità di guadagno, va rapidamente evolvendosi per effetto di un'attenzione maggiore all'individuo in quanto tale e alla crescente considerazione della sua completa dimensione psicofisica¹⁵.

¹¹ Art. 1, comma 1, Cost. *“L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.”*

¹² Per un'analisi completa e mirabile in merito al sistema costituzionale dei diritti del lavoro si veda: U. TERRACINI, *La Costituzione e i diritti del lavoro*, in *Costituzione della Repubblica*, Roma, 1948.

¹³ Art. 38 Cost., commi 1 e 2: *“Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.”*

¹⁴ Da: Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali. In rete: <http://www.lavoro.gov.it/AreaPrevidenza/assicurazione/Pages/default.aspx>

¹⁵ Per una puntuale analisi sull'evoluzione del concetto di danno alla persona si veda: C. DE GENNARO,

Con la sentenza della Corte Costituzionale del 30 giugno 1986, n. 184, viene riconosciuta la risarcibilità del cd. danno biologico¹⁶, a seguito di una lesione del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato.

Il danno biologico, dunque, sostituisce la *fictio* della riduzione della capacità lavorativa generica, permettendo un risarcimento del bene salute in sé considerato, senza alcuna connotazione di tipo patrimoniale.

La vistosa asimmetria tra misura dell'indennizzo e ammontare del risarcimento così determinatasi - per di più a scapito del lavoratore danneggiato che, al contrario, dovrebbe essere oggetto di una protezione rinforzata in virtù del dettato costituzionale - imponeva una correzione.

Nel 1991, è la Corte Costituzionale a prendere la parola e a giocare un efficace ruolo propulsore per la riforma del T.U. INAIL.

Con tre incisive pronunce¹⁷, che si susseguono nel giro di pochi mesi l'una dall'altra, i giudici della Consulta riconoscono l'iniustizia del sistema così creatosi e intervengono, in particolar modo, sul diritto di surrogazione dell'INAIL e sulla clausola di esonero prevista all'art. 10 del d.p.r. 1124/65.

Con la prima delle tre sentenze, i giudici delle leggi hanno lanciato un forte monito al legislatore, affermando con determinazione la necessità di estendere l'assicurazione sociale obbligatoria anche al danno biologico, per renderla coerente con i principi di tutela della salute, del lavoro e dell'effettività delle garanzie assicurative, nonché del principio di eguaglianza e ragionevolezza espressi dalla Costituzione.

*“Le stesse ragioni, che hanno indotto a giudicare non soddisfacente la tutela ordinaria e ad introdurre un sistema di assicurazione sociale obbligatoria contro il rischio per il lavoratore di infortuni e malattie professionali capaci di incidere sulla sua attitudine al lavoro, inducono a ritenere che anche il rischio della menomazione dell'integrità psico-fisica del lavoratore medesimo, prodottasi nello svolgimento e a causa delle sue mansioni, debba per sé stessa, e indipendentemente dalle sue conseguenze ulteriori, godere di una garanzia differenziata e più intensa, che consenta, mediante apposite modalità sostanziali e procedurali, quella effettiva, tempestiva ed automatica riparazione del danno che la disciplina comune non è in grado di apprestare.”*¹⁸

Con la sentenza 356/91, invece, ad essere messo sotto accusa è il diritto di surrogazione che l'INAIL poteva esercitare ex art. 1916 c.c.

Dopo aver enunciato il principio dell'integrale e non limitabile risarcibilità del danno biologico, la Corte esclude la surrogazione dell'INAIL sulle somme risarcitorie dovute dal terzo danneggiante e non incluse nella copertura assicurativa, dichiarando *“costituzionalmente illegittimo l'articolo 1916 c.c., per violazione dell'art. 32 della Costituzione, nella parte in cui consente all'assicuratore di avvalersi anche delle somme che il terzo danneggiante deve al danneggiato a titolo di risarcimento del danno biologico che non formi oggetto della copertura assicurativa.”*¹⁹

L'ultima sentenza²⁰, che chiude il trittico, è conseguente necessario della pronuncia sopra richiamata e, infatti, vede la Corte Costituzionale negare il diritto di regresso

Dall'homo economicus al “valore uomo”: evoluzione storico-giuridica del danno biologico, 2008. In rete: <http://www.filodiritto.com/articoli/2008/11/dallhomo-economicus-al-valore-uomo-evoluzione-storico-giuridica-del-danno-biologico>

¹⁶ Vedi nota 3.

¹⁷ Ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale, 15 febbraio 1991, n. 87; Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356; Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, con nota di M. DOGLIOTTI, *Diritto alla salute e danno biologico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994.

¹⁸ Sent. Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, cit.

¹⁹ Sent. Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, cit.

²⁰ Sent. Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, cit.

dell'ente assicurativo sulla somma spettante al lavoratore danneggiato per il danno biologico²¹.

Viene, inoltre, ridisegnata la portata della clausola di esclusione della responsabilità civile del datore di lavoro²², applicando il seguente principio: *se non si fa luogo a prestazione previdenziale, non vi è assicurazione: mancando l'assicurazione, cade l'esonero*²³.

A seguito di tale reinterpretazione giurisprudenziale, dunque, il lavoratore vittima di un infortunio sul lavoro poteva godere, da una parte dell'indennizzo erogato dall'INAIL collegato alla perdita di capacità lavorativa generica e, dall'altra, agendo sul piano civilistico e dimostrando la colpa del datore di lavoro o di un soggetto terzo, poteva ottenere il risarcimento del danno biologico, escluso dalla copertura assicurativa.

3. Il decreto legislativo n. 38/2000: il danno biologico previdenziale

Con il decreto legislativo del 23 febbraio 2000, n. 38 viene ridisegnata la disciplina dell'assicurazione sociale obbligatoria per adattarla alla nuova lettura costituzionalmente orientata del danno alla persona e, pertanto, ponendo al centro del sistema la tutela del danno biologico.

L'art. 13, cuore del decreto, contiene la prima formulazione legislativa del danno biologico²⁴.

Tale definizione, come afferma esplicitamente la norma stessa, è dettata “*in via sperimentale*” e solamente “*ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni*” e connota tale danno come “*la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale*”, per il quale le misure indennitarie “*sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato*”.

A partire dalla percentuale di invalidità determinata dal medico legale sulla base della “*tabella delle menomazioni*”²⁵, il nuovo sistema previdenziale è suddiviso in tre fasce: fino al 5% vige una franchigia per la quale non è previsto alcun indennizzo; per le menomazioni comprese tra il 6% e il 15% viene corrisposta un'indennità liquidata in

²¹ Si perviene a tale risultato mediante pronuncia di illegittimità costituzionale relativa ai commi 1 e 2 dell'art. 11 del d.P.R. n. 1124/1965.

²² Vengono dichiarati incostituzionali i commi 6 e 7 dell'art. 10 del d.P.R. 1124/1965 “*nella parte in cui prevedono che il lavoratore infortunato o i suoi aventi causa hanno diritto, nei confronti delle persone civilmente responsabili per il reato da cui l'infortunio e'derivato, al risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica solo se e solo nella misura in cui il danno risarcibile, complessivamente considerato, superi l'ammontare delle indennità corrisposte dall'I.N.A.I.L..*”.

²³ In questi termini si esprime la stessa Corte Costituzionale, dando conto di una formulazione che si era affermata in dottrina. Si è voluto richiamare tale passaggio perché si ritiene sintetizzi in maniera efficace il portato giuridico delle sentenze del 1991(in particolar modo la n. 356/1991 e la n. 485/1991).

²⁴ Solo un anno più tardi, il legislatore detta un'altra disciplina specifica del danno biologico per le lesioni derivanti da circolazione stradale. L'art. 5 della L. n. 57/2001 dettava una nozione di danno biologico che ricalcava sostanzialmente quella operante in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali. Nel 2005, però, il Codice delle assicurazioni (D.Lgs. 27 settembre 2005, n. 209) precisa tale definizione, aggiungendo l'elemento della incidenza dell'evento sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito.

²⁵ La “*tabella delle menomazioni*” associa ad ogni singola patologia contemplata, la corrispondente percentuale di invalidità valida per il computo dell'indennizzo. Il sistema affianca a questa, la “*tabella indennizzo danno biologico*” e la “*tabella dei coefficienti*”. La prima attribuisce ad ogni punto di invalidità il corrispondente valore monetario, variabile a seconda dell'età del danneggiato e dell'entità della lesione; la seconda contiene i valori -parametrati alla retribuzione e alla specifica attività lavorativa svolta- per il calcolo dell'ulteriore quota, erogata a titolo di ristoro per le conseguenze patrimoniali dell'evento. Le tre tabelle, espressamente richiamate dall'art. 13, sono state approvate con decreto del Ministro del lavoro e della Previdenza sociale il 12 luglio 2000.

capitale volta a ristorare il solo danno biologico; a partire al 16% di invalidità è erogata un'indennità tramite rendita periodica comprensiva, oltre che del danno biologico, anche di una quota ulteriore per le conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione²⁶.

4. Il riconoscimento del danno differenziale nel nuovo sistema previdenziale: confronto tra tutela indennitaria e sistema risarcitorio

Così chiarito il complesso normativo alla base della decisione del giudice di Reggio Emilia, passiamo ora all'analisi del primo *punctum dolens* che la vicenda solleva: stabilire se sia possibile, nel caso di specie, agire per il riconoscimento del danno differenziale.

Per risolvere il nodo gordiano che la questione della lavoratrice della Alfa S.p.A. solleva, è necessario rispondere preliminarmente a due quesiti consequenziali: se nel nuovo sistema previdenziale tracciato dal D.Lgs. n. 38/2000, ci sia spazio per il riconoscimento di una somma riparatoria ulteriore rispetto a quella determinata in base ai parametri fissati dall'INAIL e, qualora si riesca a dare risposta positiva a tale prima domanda, se il danno differenziale così prospettato sia risarcibile.

Per affrontare il primo quesito risulta indispensabile mettere in luce le differenze ontologiche e quantitative che impediscono una totale sovrapposizione tra risarcimento civilistico e indennizzo previdenziale. Lo stesso percorso logico viene seguito dal giudice di merito, il quale, ai fini del raffronto, ripercorre una recentissima sentenza della Suprema Corte²⁷.

4.1. Differenze ontologiche

La differenza tra le due tutele si fonda, innanzi tutto, sull'autonoma funzione sociale che esse assolvono.

La finalità tipica del sistema risarcitorio è quella compensativa. Il risarcimento del danno biologico, fondandosi sull'art. 32 Cost., mira al complessivo ristoro della lesione all'integrità fisica e psichica patita dal danneggiato, in ossequio al “*principio costituzionale della sua integrale e non limitabile risarcibilità*”²⁸.

Attuativa, invece, dell'art. 38 Cost., la tutela previdenziale è funzionale a garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore, intervenendo in situazioni di difficoltà o debolezza connesse alla condizione lavorativa e, pertanto, meritevoli di una più intensa protezione sociale.

Il collegamento tra tali norme costituzionali²⁹, come puntualmente messo in luce dalla Corte Costituzionale nelle tre sentenze del 1991 sopra richiamate, si fonda sulla tutela della salute che non può essere demandata al solo sistema risarcitorio, ma trova suo connaturale completamento nel rimedio previdenziale. Esso assicura al lavoratore in stato di bisogno un *minimum* sociale, liquidato in maniera automatica e secondo

²⁶ Per i criteri di calcolo del danno patrimoniale previdenziale il calcolo viene effettuato mediante la “tabella dei coefficienti”, pertanto si rinvia alla nota precedente.

²⁷ Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2015, n. 777, in *DeJure Banca Dati*, con nota a sentenza di M. SCOFFERI, *Infortunio sul lavoro: oltre all'INAIL c'è di più*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 2, 2015.

²⁸ Corte Cost., n. 356/1991, cit., anche se recentemente la Corte sembra aver cambiato orientamento, a tale riguardo si rimanda alla nota 1.

²⁹ Nella sentenza n. 118, del 18 aprile 1996, la Corte Costituzionale ribadisce la connessione, ma allo stesso tempo l'autonomia delle due tutele: il diritto al risarcimento e quello all'indennizzo previdenziale in caso di lesione dell'integrità psicofisica sono accomunati dallo stesso principio costituzionale, ravvisato nell'art. 32 Cost. che deve essere letto nel solco del principio solidaristico espresso dall'art. 2 Cost. Il diritto alle misure di carattere assistenziale, però, trova il suo fondamento più proprio nell'art. 38 Cost., che permette al legislatore di creare un sistema previdenziale che tenga anche conto della limitatezza delle risorse.

parametri standardizzati e uniformi, indipendentemente dalla sussistenza dell'illecito e, quindi, erogabile anche in caso di forza maggiore o di colpa del lavoratore stesso.

La sostanziale autonomia tra i due sistemi trova, poi, conferma nello stesso art. 13 cit.: la portata della definizione di danno biologico, ivi dettata in via sperimentale, non è onnicomprensiva, ma è espressamente limitata dal legislatore alla tutela offerta dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

Inoltre, il D.Lgs. 38/00 stesso qualifica l'importo riconosciuto in sede amministrativa in termini di indennizzo e mai di risarcimento del danno biologico.

Un'ulteriore considerazione degna di nota (e assai rilevante nell'economia del discorso qui seguito) riguarda gli effetti patrimoniali che si sviluppano in capo al danneggiato: una volta che il diritto al risarcimento si consolida in capo all'avente diritto, infatti, esso entra a far parte del suo patrimonio e, dunque, anche dell'asse ereditario. La rendita indennitaria, al contrario, cessa con la morte del lavoratore e pertanto non è trasmissibile agli eredi.

Da tali considerazioni emerge che l'assicurazione sociale obbligatoria offerta dall'INAIL è volta a coprire il rischio di infortunio sul lavoro, prevedendo un rimedio in caso di concreto verificarsi dello stesso che è da qualificarsi in termini di mero indennizzo che, a sua volta, è svincolato dall'accertamento di un illecito.

Tale copertura assicurativa, però, non è completa, in quanto le differenze ontologiche e finalistiche, che si è cercato di illustrare, impediscono la sua completa assimilazione al risarcimento civilistico.

4.2. Differenze quantitative

Sussistono, inoltre, importanti differenze quantitative che si giustificano anche alla luce della necessità dell'ente previdenziale di fornire una copertura indennitaria del danno biologico, ampliando la copertura assicurativa offerta dall'originario impianto del d.p.r. 1124/65, evitando, allo stesso tempo, di far aumentare in maniera eccessiva i premi assicurativi richiesti e garantendo l'equilibrio finanziario del sistema.

Le differenze quantitative, che vedono generalmente l'importo del risarcimento nettamente superiore a quello dell'indennizzo, possono essere meglio apprezzate se raggruppate in due distinte sottocategorie, conosciute in dottrina sotto il nome di “danno differenziale in senso stretto” e di “danno complementare”.

Il danno differenziale in senso stretto riguarda quelle voci di danno che vengono prese in considerazione da entrambi i sistemi di tutela; esso corrisponde alla differenza tra la quota di risarcimento che verrebbe liquidata in sede civile per le voci di danno coperte dall'assicurazione obbligatoria e l'ammontare complessivo dell'indennizzo INAIL.

Per quanto riguarda il profilo del danno biologico, la disparità si fonda su una differente valutazione economica della medesima lesione nei due sistemi: l'importo liquidato in sede amministrativa risulta, infatti, generalmente minore in quanto si fonda su una quantificazione monetaria del punto di invalidità inferiore rispetto a quella civilistica.

Anche la percentuale complessiva di invalidità determinata dal medico legale secondo la “tabella delle menomazioni” è più bassa se comparata a quella determinata sulla base delle Tabelle di Milano³⁰.

³⁰ Con la sentenza del 7 giugno 2011, n. 12408, la Corte di Cassazione ha adottato le Tabelle del Tribunale di Milano come criterio equitativo di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona, a pena di nullità per falsa applicazione di norme di legge. Tale parametro viene, infatti, preso a fondamento dal giudice di Milano, nel caso in analisi, per la determinazione dell'ammontare del risarcimento in sede civilistica. Per un'analisi puntuale circa le ragioni che hanno portato la Suprema Corte a optare per le tabelle di Milano e un approfondimento sui criteri tabellari impiegati per la loro redazione si veda D. SPERA, *Tabella milanese e Cassazione*, in *Danno e responsabilità*, fasc. 2, 2012.

All'interno di tale categoria può essere fatto rientrare anche il risarcimento ulteriore che si otterrebbe in sede civile per il danno patrimoniale, ove tale voce sia indennizzata anche dall'INAIL e, dunque, nelle sole ipotesi di invalidità superiore ai 16 punti.

Sostanzialmente diverso è, invece, il cd. danno complementare, che è costituito da quei titoli di danno esclusi dalla copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e, pertanto, non tenuti in conto in sede amministrativa.

Il danno biologico previdenziale corrisponde, in primo luogo, al solo danno alla salute in senso stretto³¹, ossia non comprensivo di tutti quei pregiudizi soggettivi, esistenziali e di carattere dinamico-relazionale patiti dal lavoratore a seguito della lesione³².

Ci si riferisce, in particolare, al danno morale soggettivo e a quello esistenziale, i quali, nella liquidazione del risarcimento, contribuiscono, insieme al danno biologico in senso stretto, a comporre il bouquet di quanto è risarcibile applicando le tabelle di Milano post 2008³³.

Ascrivibile al danno complementare è, inoltre, il danno biologico per le lesioni all'integrità psicofisica che non determinano un'invalidità permanente superiore alla soglia del 6% e il danno da invalidità temporanea. Sono, inoltre, escluse dall'indennizzo le spese mediche non rientranti nelle cure prestate dall'istituto previdenziale.

Finalmente, possiamo dare risposta al primo quesito sollevato.

Dall'articolato confronto tra risarcimento del danno e indennizzo previdenziale, si deve desumere che le profonde differenze insite nella natura, nelle finalità e nel *quantum* erogabile dei due istituti siano tali da rendere non sovrapponibili le due tutele e che, quindi, un danno differenziale sia astrattamente configurabile.

5. La risarcibilità del danno differenziale

Prima di poter sciogliere la questione da cui eravamo partiti è, però, necessario rispondere al secondo quesito posto: *il danno differenziale così configurato è risarcibile?*

Primariamente, può prospettarsi un risarcimento solo nei casi in cui l'infortunio o la malattia professionale siano imputabili al datore di lavoro o ad un soggetto terzo, poiché presupposto della responsabilità rimane pur sempre l'elemento soggettivo di chi ha

³¹ In dottrina, per indicare il danno biologico previdenziale, si parla molto spesso di “danno biologico statico”, per distinguerlo “dal danno biologico dinamico”, risarcito in sede civilistica, comprensivo anche di altri pregiudizi afflittivi della sfera relazionale e soggettiva del danneggiato.

³² Le Sezioni Unite nelle cd. sentenze di San Martino (Cass. Civ. Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Foro it., Rep. 2009, voce Danni Civili, n. 156*) hanno sostenuto che la definizione di danno biologico contenuta negli artt. 138, 139 del Cod. ass. sia suscettibile di applicazione generale “in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale”. Secondo la definizione legislativa contenuta nel D.Lgs. n. 209 del 2005 il danno biologico risarcibile corrisponde alla “lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito”.

³³ Con la sentenza delle Sezioni Unite n. 26972/2008 già richiamata, la Corte di Cassazione rileva l'esigenza di una liquidazione unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale, nella quale devono essere presi in considerazione il danno biologico e ogni altro pregiudizio concretamente patito dalla vittima dell'illecito. Le figure del danno morale ed esistenziale possono essere impiegate a fini descrittivi, ma non può essere permesso, per loro tramite, di duplicare il risarcimento, stante la natura compensativa e non sanzionatoria della responsabilità civile. Per un'analisi dell'incidenza di tale pronuncia sui criteri di liquidazione del danno differenziale, si veda oltre. La dottrina in materia di danno non patrimoniale è quanto mai ricca, in particolar modo si segnala: D. CHINDEMI, *Criteri risarcitori del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 2, 2013.

posto in essere la condotta dannosa³⁴. Vengono in questo modo esclusi dalla tutela risarcitoria tutti gli infortuni sul lavoro imputabili al lavoratore stesso o ascrivibili al caso fortuito, per i quali rimane pur sempre garantito l'indennizzo dell'ente previdenziale.

Posta questa indefettibile condizione preliminare, a far certamente propendere per la risarcibilità del danno differenziale porta l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13 cit.

Ragionando *a contrario*, infatti, se si considerasse l'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa come assorbente di ogni ulteriore diritto al risarcimento, si dovrebbe constatare come tale previsione comporti un trattamento deteriore del lavoratore danneggiato, rispetto ad un danneggiato non lavoratore.

Ciò è impedito dal generale *favor laboratoris* espresso dalla nostra Costituzione che, parallelamente, impone una tutela più intensa per la salute del lavoratore rispetto a quella comune, per cui una disparità può essere consentita, ma solo *in melius*.

Tale principio è stato messo in luce in maniera quanto mai efficace dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 87 del 1991³⁵, ed è stato assunto come linea guida per il riassetto dell'assicurazione sociale obbligatoria del 2000; sarebbe, dunque, incongruo ritenere il portato pratico dell'art. 13, in cui si sintetizza il carattere innovativo del decreto in questione, tanto lontano dall'intenzione riformatrice originaria del legislatore. Inoltre, anche a voler prescindere dal considerare il lavoratore in quanto tale un soggetto meritevole di una tutela sociale rinforzata, una simile interpretazione sarebbe comunque sanzionabile alla luce del canone di uguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.

Sulla base del canone ermeneutico dell'interpretazione conforme a Costituzione, dunque, il giudice di Reggio Emilia opta per quell'interpretazione della disposizione, tra le diverse possibili, che sia in linea con i dettami costituzionali e che, pertanto, renda la norma esente da censure da parte dei giudici delle leggi. Si esclude, infatti, che le prestazioni erogate o erogabili dall'INAIL esauriscano di per sé e a priori il risarcimento del danno complessivamente subito e, conseguentemente, si ammette il diritto dell'attrice di ottenere dalla società Alfa S.p.A., ritenuta responsabile dell'incidente stradale, il danno differenziale.

Alla medesima conclusione è possibile, però, giungere per altra via: attraverso una rilettura costituzionalmente orientata, non già dell'art. 13 cit., ma dell'art. 10, in particolare dei suoi commi 1 e 2, del T.U., contenente la clausola di esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro.

Originariamente, è bene richiamarlo, tale norma garantiva al datore di lavoro, l'esonero dalla responsabilità civile per gli infortuni o le malattie professionali dei propri lavoratori a fronte del pagamento dei premi assicurativi. Solo nei casi di condanna per un reato perseguibile anche d'ufficio connessa all'infortunio, il lavoratore poteva agire contro il proprio datore responsabile per il risarcimento dell'ulteriore danno differenziale.

L'evoluzione di tale clausola esonerativa, i cui tratti principali sono stati tratteggiati precedentemente, è andata di pari passo con una maggior sensibilità nei confronti della tutela della persona e del lavoratore, che ne ha eroso il contenuto originario, allargando specularmente gli spazi dell'azione risarcitoria spettante al danneggiato.

Già prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 38/2000, la giurisprudenza prevalente riteneva sufficiente accertare che l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale

³⁴ Tale responsabilità è di tipo contrattuale se ad essere dichiarato responsabile è il datore di lavoro, a norma dell'art. 2087 c.c., già preso in considerazione in questa analisi. È, invece, passibile di responsabilità aquiliana il terzo qualora violi il principio del *neminem ledere* posto dall'art. 2043 c.c.

³⁵ Vedi nota 18.

fossero stati determinati da negligenza o da inosservanza di disposizioni di legge, e quindi dei doveri posti dallo stesso art. 2087 c.c., per poter affermare che il fatto scaturigine dell'infortunio integrasse gli estremi costitutivi del reato di lesioni colpose. Con la sentenza costituzionale n. 356/1991 viene sollevata una questione di legittimità proprio in merito ai commi 1 e 2 dell'art. 10 T.U.

Con una pronuncia interpretativa di rigetto, la Consulta puntualizza la portata della clausola di esonero alla luce del dettato costituzionale³⁶, applicando il già richiamato principio: *se non si fa luogo a prestazione previdenziale, non vi è assicurazione: mancando l'assicurazione cade l'esonero*.

L'istituto dell'esonero è ritenuto operante solo all'interno dei confini dell'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Poiché non tutto il danno derivante dalla lesione all'integrità psicofisica del lavoratore è indennizzato dall'ente previdenziale, per quella quota non coperta dall'assicurazione sociale, il datore di lavoro risponde secondo le normali regole civilistiche e pertanto a prescindere dal riconoscimento di una fattispecie di reato.

A partire da tale sentenza, si sono succedute diverse pronunce dei giudici di merito³⁷ e della Suprema Corte³⁸ che hanno accolto e consolidato questa interpretazione e si ritiene che sia difficile, ad oggi, mutare tale orientamento, anche alla luce della nuova interpretazione di legittimità, avallata dalla Corte Costituzionale, circa la portata dell'art. 2059 c.c.³⁹.

6. Criteri di liquidazione del danno differenziale

Sciolta la questione della risarcibilità del danno differenziale, si pone di fronte al giudice di Reggio Emilia il problema della concreta determinazione di tale differenza. Questo è, forse, il profilo più delicato della decisione in commento in quanto, mentre la risarcibilità del danno differenziale è generalmente accolta dai giudici a tutti i livelli, per

³⁶ Sent. Corte Cost., n. 356/1991 cit.: *“L'esonero opera pertanto all'interno e nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione, così come delimitata dai suoi presupposti soggettivi ed oggettivi. Laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di quei presupposti, non opera l'esonero: e pur trovando il danno origine dalla prestazione di lavoro, la responsabilità è disciplinata dal codice civile, senza i limiti posti dall'art. 10 del T.U. del 1965 [...] Ne consegue che all'azione di risarcimento del danno da lesione del diritto alla salute, per gli effetti non collegati alla eventuale diminuzione della capacità lavorativa o alla eventuale perdita di guadagno, non può essere opposto, indipendentemente dalla esistenza o meno di un reato, l'esonero dalla responsabilità civile previsto dalla norma impugnata a favore del datore di lavoro in colpa. L'esclusione, per tali profili del danno biologico, di una effettiva copertura assicurativa, rende inapplicabile la disciplina speciale prevista dal primo comma dell'art. 10. Da ciò discende che il danno biologico, in sé considerato, deve ritenersi risarcibile da parte del datore di lavoro secondo le regole che governano la responsabilità civile di quest'ultimo”*

³⁷ Tra le tante: Trib. Pinerolo, 27 aprile 2004, in Riv. crit. dir. lav., 2004, 943; Trib. Treviso, 31 maggio 2006, *ined.*; Trib. Novara, 12 giugno 2008, *ined.*; Trib. Bologna, 25 luglio 2008, *ined.*; Trib. Pisa, 3 maggio 2011, n. 808, in Riv. it. dir. lav., 2012, 507, con nota a sentenza di A. SALERNO, *Sulla portata della clausola di esonero dalla responsabilità civile per infortuni sul lavoro dopo la novella del D.Lgs. n. 38/2000*, in Rivista Italiana di Diritto del lavoro, fasc. 2, 2012;

³⁸ Tra le tante: Cass. civ., sez. lav., 16 giugno 2001, n. 8182, Pres. Dell'Anno, in Foro it., Rep. 2001, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 3; Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2015, n. 777, cit. (sentenza di legittimità a cui fa esplicito riferimento il giudice del Tribunale di Reggio Emilia in analisi).

³⁹ Trattazione a parte meriterebbe l'evoluzione giurisprudenziale che ha ampliato la portata dell'art. 2059 c.c., rendendo risarcibile per suo tramite non solo il danno non patrimoniale connesso alla commissione di un reato, ma anche nelle ipotesi in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto (Cass. Civ., 31 maggio 2003, n. 8827 e n.8828; successivamente confermate da Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233). Per la dottrina in materia si rimanda a: D. CHINDEMI, *Criteri risarcitori del danno non patrimoniale*, in Responsabilità civile e previdenza, fasc. 2, 2013 in cui il consigliere della Corte di Cassazione con mirabile sinteticità fa il punto sui differenti presupposti del risarcimento del danno non patrimoniale in base alla sussumibilità o meno del fatto illecito in una fattispecie di reato.

quanto concerne i criteri di calcolo del danno differenziale vige una pluralità di opinioni tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. Tale incertezza è andata ulteriormente aggravandosi a seguito della sentenza della Sezioni Unite del 2008.

Se, infatti, prima dell'intervento della Suprema Corte la tesi della quantificazione mediante un separato confronto tra risarcimento e indennizzo per singole poste di danno sembrava consolidarsi⁴⁰, le sentenze di San Martino hanno sancito esplicitamente che *“il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisioni in sottocategorie variamente etichettate”*⁴¹, riaccendendo la vecchia disputa, per la verità mai del tutto assopita, sui criteri di calcolo del danno differenziale.

Si sono, dunque, distinti tre differenti orientamenti giurisprudenziali che si cercherà di riassumere brevemente di seguito⁴².

Una parte della giurisprudenza di merito⁴³, corroborata da una pronuncia di legittimità del 2004⁴⁴, calcola il danno differenziale semplicemente sottraendo all'ammontare complessivo del risarcimento il valore delle indennità erogate o erogabili dall'ente previdenziale. Tale impostazione poggia sull'art. 10 comma 6 del T.U. INAIL e permetterebbe di *“evitare una ingiustificata locupletazione in favore degli aventi diritto, i quali, diversamente, percepirebbero, in relazione al medesimo infortunio, sia l'intero danno, sia le indennità”*⁴⁵.

Agli antipodi si colloca quella giurisprudenza che ha continuato a determinare il danno differenziale mediante il criterio dello scomputo per poste⁴⁶.

Tale orientamento si pone a prima vista come nettamente contraddittorio rispetto alla sentenza delle Sezioni Unite del 2008, ma sul punto si tornerà a breve. Esso parte dalla constatazione che, nonostante il D.Lgs. n. 38/2000 abbia reso indennizzabile il danno biologico, permangono delle voci di danno risarcibili civilmente, escluse dalla copertura assicurativa.

Non sarebbe, pertanto, possibile operare una pura sottrazione tra gli importi complessivi garantiti dai differenti sistemi di tutela, in quanto essi sono tra di loro fortemente eterogenei.

Per poter essere confrontati, e dunque correttamente sottratti, è necessario procedere all'individuazione delle voci di danno omogenee presenti nei due sistemi.

Un terzo indirizzo può essere considerato come intermedio tra la mera operazione di

⁴⁰ Particolarmente emblematica a tale riguardo è la sentenza del Tribunale di Pinerolo del 27 maggio 2004, cit., nella quale il giudice di merito considera danno differenziale risarcibile quello risultante dalla sottrazione tra il danno biologico statico da invalidità permanente e il danno biologico previdenziale.

⁴¹ Cass., sez. un., n. 26972-26975/2008, cit.

⁴² La categorizzazione dei differenti indirizzi della giurisprudenza circa il calcolo del danno differenziale che qui si propone non si pretende in alcun modo esaustiva o assoluta. Essa è stata elaborata facendo riferimento a vari tentativi di ricognizione sui recenti orientamenti giurisprudenziali proposti in dottrina. Per un'analisi più estesa si rimanda a: M. BONA, *Accordi transattivi INAIL-assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 5, 2013; INAIL, *Quaderni di ricerca* n. 3, in particolare modo: *Appendice 4 – D. SPERA Il danno differenziale, le Tabelle milanesi 2013 e danno non patrimoniale*, in *Officina e Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2013; D. CHINDEMI, *Il “danno differenziale” dopo le sentenze di San Martino*, 2010, in rete: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=11225>.

⁴³ Trib. Reggio Emilia, sent. n. 330/2011, *ined.*; Trib. Montepulciano, sent. n. 149/2009, *ined.*, entrambe in *Quaderni di ricerca INAIL, Appendice 4*.

⁴⁴ Cass. Civ., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10035, in *Danno e resp.*, 2004, 1065.

⁴⁵ Cass. n. 10035/2004, cit.

⁴⁶ Per questo orientamento: Trib. Treviso, Sez. I, 20 gennaio 2009, *ined.*; Trib. Genova, 28 maggio 2009, n. 2116, *ined.* in cui in particolare: *poiché la tutela previdenziale non comprende né il danno biologico dinamico né le altre poste di danno non patrimoniali come il danno morale, queste sono riservate all'infortunato (danno complementare) e non sono aggredibili dall'INAIL con l'azione di rivalsa, che riguarda solo i titoli di danno riconosciuti in ambito previdenziale.*

sottrazione e la tesi dello scorporo⁴⁷, recependo le novità introdotte dalle recenti e rilevanti pronunce della Corte di Cassazione già richiamate: il principio della *reductio ad unum* per quanto concerne la categoria omnicomprensiva di danno non patrimoniale e il riconoscimento della vocazione nazionale delle Tabelle di Milano da parte della Suprema Corte nel 2011⁴⁸.

Tale impostazione ritiene che, non potendosi più operare delle indebite scomposizioni del danno alla persona in poste distintamente risarcibili, onde evitare duplicazioni risarcitorie, sia comunque necessario tener distinte quelle somme volte a ristorare il danno non patrimoniale da quelle invece imputate al danno patrimoniale⁴⁹.

Tale scorporo è reso necessario al fine di garantire l'omogeneità tra i due termini su cui si andrà ad operare la sottrazione: il danno biologico standardizzato erogato dall'ente previdenziale e il danno biologico, già comprensivo anche del danno morale, liquidato in sede civile a seguito di una congrua personalizzazione in relazione al caso concreto.

*“In definitiva, il giudice – una volta liquidato il danno non patrimoniale civilisticamente risarcibile e conseguente alla lesione del bene salute – non può fare altro che raffrontare tale importo, senza ulteriori e non più consentiti distinguo, con il quantum erogato dall’ente a titolo di danno biologico, [...] riconoscendo in capo al danneggiato il diritto al risarcimento dell’importo differenziale”*⁵⁰.

Il confronto, così configurato, tra poste omogenee (o presunte tali) permette di evitare che il danno patrimoniale indennizzato dall'INAIL per la diminuzione della capacità lavorativa generica vada a ridurre il danno biologico differenziale spettante al lavoratore, anche in virtù dell'esclusione dell'azione di surrogazione da parte dell'assicuratore sociale su tali somme.

Quest'ultimo orientamento proposto è quello adottato dal giudice della sentenza in commento come base per il calcolo del danno differenziale, a cui, però, non si ritiene di aderire, in quanto presenta dei vizi di carattere sostanziale.

Nonostante ciò, esso comunque offre alcuni innegabili pregi.

Ben rappresenta quella compenetrazione, pur nella reciproca autonomia, che caratterizza i due sistemi di tutela apprestati dall'ordinamento, per cui, ad una modificazione pregnante del sistema risarcitorio, corrisponde necessariamente una ridefinizione dell'area di intersezione e dei reciproci confini dei due rimedi.

Inoltre, tramite il rifiuto di ogni scomposizione del danno non patrimoniale in differenti poste, esso impedisce indebite duplicazioni risarcitorie e riconosce pienamente alla giurisprudenza della Corte di Cassazione la funzione nomofilattica che le è propria.

A favore depone, poi, la norma del sesto comma dell'art. 10 T.U., la quale prevede il calcolo del danno differenziale per semplice sottrazione delle indennità previdenziali dal complessivo ammontare del risarcimento.

Il meccanismo della mera sottrazione viene, inoltre, corretto, scorporando le somme date a titolo di danno patrimoniale da quelle relative a pregiudizi non patrimoniali, al fine di evitare, nella pratica, di decurtare indebitamente il *quantum* del differenziale spettante al lavoratore.

⁴⁷ Per questa impostazione: Trib. Milano, Sez. V, 9 giugno 2009, n. 7515, G.U. Damiano Spera, in *www.altalex.com*; Corte App. Venezia, sez. lav., 21 luglio 2011, *ined.*; Trib. Trento, sez. lav., 12 marzo 2013, in *Leggi d'Italia*, le ultime due richiamate dalla sentenza in commento.

⁴⁸ Cfr. nota 30.

⁴⁹ Ci riferiamo, ovviamente, solo a quelle lesioni che comportano un'invalidità permanente accertata in sede medico-legale almeno pari al 16%, in quanto solo al di sopra di tale soglia la rendita periodica INAIL è comprensiva di una componente biologica e di una componente patrimoniale, parametrata al pregiudizio alla capacità lavorativa.

⁵⁰ Così si esprime Trib. Milano, Sez. V, 9 giugno 2009, cit., con G. U. Damiano Spera, notoriamente uno dei redattori delle Tabelle di Milano.

Tale criterio di calcolo risulta soddisfacente quando, come generalmente accade e come risulta anche nel caso di specie, l'indennizzo erogato al lavoratore danneggiato risulti inferiore rispetto all'ammontare del risarcimento civilistico del solo danno biologico statico.

In alcune particolari, ma non infrequenti, circostanze, però, tale orientamento mostra i suoi limiti.

Ciò si verifica tipicamente nei cd. infortuni in itinere, in particolare in caso di concorso di colpa del danneggiato.

È stato messo in luce come il diritto di surrogazione dell'assicurazione sociale sia *“principio guida ai fini del riconoscimento del danno differenziale”* in quanto quest'ultimo può essere individuato, di riflesso, nelle regole che disciplinano tale istituto⁵¹.

In base all'indirizzo accolto dal giudice di Reggio Emilia, nel caso di indennizzo INAIL superiore al danno biologico statico risarcibile in sede civile, il diritto di surrogazione dell'assicurazione sociale si estenderebbe anche a quelle poste di danno non patrimoniale escluse della copertura assicurativa, in quanto l'ente previdenziale avrebbe diritto di rivalsa per l'intero di quanto erogato.

Ciò si pone in contrasto con la chiara norma dell'art. 142 cod. ass., che impedisce *“in ogni caso”* la surrogazione dell'assicurazione nei diritti del lavoratore per quelle somme risarcitorie non indennizzate⁵².

Ammettere da un lato, come fa il giudice stesso, che il danno biologico erogato dall'INAIL non sia soggetto in alcun modo a personalizzazione e consentire dall'altro la surrogazione per l'intero danno non patrimoniale crea un salto logico che, in definitiva, frustra il diritto del danneggiato di ottenere risarcimento per i pregiudizi morali, esistenziali e alla vita di relazione a cui avrebbe diritto secondo la tutela risarcitoria⁵³.

Come si concilia, allora, questa esigenza di procedere ad un confronto scindendo le singole voci di danno all'interno della componente non patrimoniale con la sentenza delle Sezioni Unite del 2008?

È da ritenere che le sentenze di San Martino non impediscano al giudice di operare delle distinzioni all'interno della categoria unitaria del danno non patrimoniale e dar conto della personalizzazione effettuata.

⁵¹ D. CHINDEMI, *Il “danno differenziale” dopo le sentenze di San Martino*, cit.

⁵² Il diritto di surrogazione, in questo contesto, è il diritto dell'assicuratore sociale (INAIL) di sostituirsi all'assicurato (lavoratore) nei diritti verso il terzo responsabile dell'illecito, per recuperare quanto egli ha corrisposto a titolo di indennizzo. La limitazione di tale diritto alle sole voci di danno coperte dall'assicurazione, sancita per la prima volta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 356/1991, cit., è stata recepita nel Codice delle assicurazioni private all'art. 142, comma 4: *“In ogni caso l'ente gestore dell'assicurazione sociale non può esercitare l'azione surrogatoria con pregiudizio del diritto dell'assistito al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti”*.

⁵³ Un esempio dell'ipotesi che si sta cercando di prospettare aiuterà a meglio seguire il ragionamento che qui si propone: Tizio, mentre sta tornando a casa da lavoro sull'auto aziendale, perde la mano in un incidente stradale con Caio, che egli stesso ha contribuito a causare. Poiché tale incidente può essere qualificato come infortunio in itinere, l'INAIL eroga un indennizzo pari a 50.000 €, parametrato alla lesione all'integrità fisica patita dal lavoratore, comprensivo del solo danno biologico statico, a prescindere da ogni valutazione in merito alla colpa del lavoratore nell'incidente. Il profilo del concorso di colpa rileva, però, ai fini del risarcimento dovuto da Caio, il quale viene riconosciuto responsabile per, poniamo, l'80%. In sede civile, dunque, il risarcimento risulta diminuito di conseguenza e il suo complessivo ammontare viene valutato in 30.000 €. Se si operasse con il criterio della sottrazione (risarcimento meno indennizzo) dovremmo ammettere che il danno differenziale è nullo e che l'assicurazione sociale può rivalersi sull'intero dei 30.000 €. Tale somma, però, non è comprensiva solo del danno biologico statico, ma anche delle sue componenti dinamiche, non rientranti nella copertura assicurativa INAIL. Tizio verrebbe, in questo modo, privato del suo diritto risarcitorio relativo al danno biologico dinamico, che più correttamente dovrebbe aggiungersi agli indennizzi INAIL e non sottrarsi.

In questi termini si pronuncia la Corte di Cassazione in una recente sentenza del 2014, che spinge verso una parcellizzazione del danno non patrimoniale, in quanto si dice che tale categoria di danno, per quanto unitaria, ha naturalmente carattere complesso e composito “*articolandosi in una pluralità di aspetti (o voci) con funzione meramente descrittiva*” di cui fanno parte “*il danno morale, il danno biologico e il danno da perdita del rapporto parentale o cd. danno esistenziale*”⁵⁴.

Del medesimo parere è anche parte consistente della dottrina, tra cui Domenico Chindemi, Consigliere della Corte di Cassazione, il quale, in una particolare riflessione in merito alla determinazione del danno differenziale, ha sottolineato come sia necessario esaminare singolarmente le varie componenti di danno, per verificare quelle estranee alla copertura assicurativa sociale, per le quali sarà sempre possibile agire per il differenziale, in virtù della diversità ontologica, quantitativa e qualitativa tra i due ristori.⁵⁵

È stato obiettato che sarebbe difficile scindere tra il danno biologico statico e quello dinamico, eppure questo è proprio il compito del giudice, il quale è aiutato in tale determinazione dalle stesse Tabelle milanesi, le quali distinguono il danno biologico e morale dalla personalizzazione dello stesso per ulteriori, e provati, pregiudizi alla sfera esistenziale o relazionale del danneggiato.

In tale direzione sembra essersi orientata anche la Corte di Cassazione in alcune importanti sentenze successive al 2008.

Nel 2012, infatti, dovendosi pronunciare sul riconoscimento del danno differenziale e sul criterio dello scomputo per poste di danno posto alla base della determinazione dello stesso, la Suprema Corte ha affermato che, poiché la liquidazione dell'INAIL risulta limitata alla sola lesione dell'integrità psicofisica, senza tenere in conto di altre voci quali il danno morale soggettivo, il danno esistenziale e relazionale, non sussiste alcun pericolo di duplicazione dei risarcimenti⁵⁶.

In conclusione, per le ragioni sopra esposte, in merito ai criteri di calcolo del danno differenziale si ritiene di aderire alla tesi dello scomputo per singole voci di danno, con particolare riguardo a quelle ipotesi in cui il danno biologico statico, determinato sulla base delle Tabelle di Milano, risulti inferiore all'indennizzo erogato dall'INAIL⁵⁷.

Una diversa determinazione del danno in questione determinerebbe una violazione del diritto all'integrale risarcimento del danno di quel particolare soggetto costituzionalmente tutelato che è il lavoratore, in quanto vedrebbe frustrato il suo diritto al risarcimento relativo al danno dinamico, che può trovare ristoro solo in sede civilistica.

È da respingere, a tal riguardo, la maggior critica che viene opposta a tale tesi, relativa

⁵⁴ Cass. Civ., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Danni civili*, n. 63. In materia: P. ZIVIZ, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 2, 2014; della stessa autrice, *Conferme e novità in materia di danno non patrimoniale*, 2015, in rete: http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche.asp/news_giuridica_15386.asp; G. PONZANELLI, *La sentenza Scarano sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 4.

⁵⁵ “*Appare opportuno, sia in caso di surrogazione legale dell'assicuratore sociale che di danno differenziale, chiedere al giudice la specificazione delle voci di danno non patrimoniale. Tale richiesta non è in contrasto con il principio dell'unitario risarcimento del danno non patrimoniale, non potendo il giudice liquidare, sia pure equitativamente, tale voce di danno senza indicare le specifiche compromissioni che lo compongono.*” ancora da D. CHINDEMI, *Il “danno differenziale” dopo le sentenze di San Martino*, cit.

⁵⁶ Cass. Civ., 26 ottobre 2012, n. 18469, in *Foro it.*, Rep. 2013, *Infortuni sul lavoro*, n.21.

⁵⁷ Per un'analisi più approfondita in merito a tale tesi si veda: M. BONA, *Accordi transattivi INAIL-assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria?*, cit.

alla locupletazione del danneggiato. Per quanto concerne la lesione dell'integrità psicofisica, infatti, il lavoratore danneggiato ha comunque diritto al *minimum* sociale erogabile in base ai criteri dell'assicurazione previdenziale.

Irrilevante ai fini del pieno soddisfacimento del danno patito è il fatto che tale somma risarcitoria, in particolari circostanze, possa essere superiore a quella determinata secondo le normali regole civilistiche: egli avrà in ogni caso diritto ad ottenere ristoro per quei pregiudizi connessi alla sua sfera esistenziale, morale e relazionale, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento.

A far propendere per tale orientamento, giova ribadirlo, è il particolare *favor* espresso dalla nostra Costituzione nei confronti del lavoratore e, in particolar modo, il principio di uguaglianza sostanziale dell'art. 3 comma 2, che permette una differenziazione di tutela tra la posizione del lavoratore e quella spettante alla generalità dei consociati, ma solo *in melius*.

7. Considerazioni finali

Al termine di questo mio - seppur breve e parziale - lavoro, mi trovo a chiedermi se alla luce del sistema attuale, delle marcate conferme e dei recenti stravolgimenti che ne hanno ridisegnato il volto, sarebbe opportuno propendere per un generale aumento delle somme erogate dall'INAIL, per adattare l'indennizzo per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali al (generalmente) maggiore risarcimento che si può ottenere in sede civile.

Una risposta a tal proposito non può essere univoca e richiede all'interprete di vagliare, tramite il prisma della sua sensibilità giuridica ed umana, scelte di politica del diritto che riguardano valori fondamentali e fondanti come la tutela della salute e la protezione del lavoratore.

A parer mio, però, bisogna impostare ogni eventuale discussione in merito rivolgendo ancora una volta lo sguardo alle due funzioni autonome e distinte che la tutela risarcitoria e quella indennitaria assolvono nel nostro ordinamento: compensativa del danno sofferto l'una; *minimum* sociale riconosciuto al lavoratore in una condizione di debolezza l'altra. E, forse ancor di più, tenere in considerazione le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre, nel lontano 1965, un sistema di assicurazione sociale obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali: tutelare il lavoratore garantendogli una riparazione del danno, parziale da un lato, ma effettiva, tempestiva ed automatica dall'altro.

Alla luce dell'analisi fin qui fatta, ritengo che le differenze quantitative tra le due tutele debbano permanere e siano giustificate alla luce delle differenze qualitative e funzionali, ma v'è di più. Se si volesse immaginare di aumentare l'indennizzo così come oggi (pre)determinato in base alle Tabelle INAIL, si avrebbe una corrispondente crescita dei premi assicurativi richiesti, al fine di mantenere l'equilibrio finanziario della relativa gestione.

L'aumento del costo dell'assicurazione graverebbe, in ultima analisi, sui datori di lavoro, determinando un complessivo aumento dei costi sostenuti per il fattore lavoro impiegato.

L'indennizzo, però, rimane pur sempre un'*extrema ratio*, un paracadute per il lavoratore in caso di infortunio sul lavoro, da leggersi comunque come un *quid pluris* rispetto al risarcimento civilistico del danno effettivamente patito.

Un sistema che investe troppo sulla tutela post-danno rischia di rendere insufficienti le risorse stanziare per la prevenzione e la sicurezza sul posto di lavoro. La diversità dei processi produttivi, la diversificazione del lavoro e i rischi peculiari connessi a ciascun ambiente lavorativo richiedono delle misure di protezione e prevenzione mirate ed

efficaci, volte a ridurre il numero degli infortuni e l'incidenza delle malattie professionali.

Indennizzare totalmente l'eventuale danno, significa comprimere sensibilmente l'incentivo per la precauzione *ex ante* che compete al datore di lavoro, che dovrebbe sempre essere preferita rispetto a una tutela *ex post*.

Non è, dunque, possibile né auspicabile propendere per un appiattimento della tutela indennitaria su quella risarcitoria. Seppur per certi versi parallele, l'equilibrio del sistema si regge sulla loro distanza.

DANNO DA ILLEGITTIMA ESPULSIONE DEL CLANDESTINO E RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MINISTERO DELL'INTERNO

di Veronica Villotti

IL CASO

In presenza di una segnalazione Schengen¹ (che successivamente si scoprirà essere inesistente) diffusa nel 1998 dalla Germania, il cittadino albanese Masha Jonuz si vede destinatario del diniego di nulla osta per la regolarizzazione della condizione di lavoratore extracomunitario (l.189/2002) dalla Questura di Roma nel novembre 2003 e conseguentemente, pochi giorni dopo, del decreto di espulsione (d.lgs.286/98) adottato dal Prefetto di Roma. Nel 2008 la Prefettura di Roma, dopo aver riaperto l'istruttoria, rigetta l'istanza di revoca del decreto di espulsione dichiarando una "compatibilità" dello straniero foto-segnalato in Germania con il sig. Jonuz.

Ha inizio così l'iter, che coinvolge la giurisdizione amministrativa e civile, promosso dall'attore per l'ottenimento della revoca del decreto di espulsione per illegittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione dell'Interno (annullamento che verrà dichiarato solamente nel 2010 dal giudice di pace di Roma in sede di rinvio) e per il riconoscimento, in capo alla stessa, di una responsabilità extracontrattuale da cui deriverebbe il risarcimento del danno patrimoniale per lucro cessante e del danno non patrimoniale per la compromissione dei diritti costituzionalmente garantiti a causa del periodo trascorso come clandestino sul territorio italiano.

L'Amministrazione, rivendicando a gran voce l'insussistenza dell'elemento soggettivo e la correttezza delle indagini svolte con l'ausilio delle Autorità tedesche, afferma la possibilità di imputare i danni - sopra richiamati - direttamente in capo al sig. Jonuz in quanto conseguenza del suo comportamento illecito (permanenza per sette anni sul suolo italiano non curante dell'ordine di espulsione immediatamente esecutivo).

Linea difensiva poco accattivante che ha decretato l'insuccesso dell'intento una volta appurata l'esistenza della responsabilità in capo all'Amministrazione dell'Interno e il conseguente obbligo di risarcimento.

La rivendicazione del risarcimento trova giustificazione nell'adozione da parte della Pubblica Amministrazione di un provvedimento illegittimo che avrebbe pregiudicato non solo le aspettative di guadagno della parte ricorrente, ma anche le sue stesse condizioni di vita.

Così rappresentata la situazione, il giudice muove da una fondamentale considerazione (rilevante anche per la comprensione dei successivi passaggi della sentenza): la responsabilità riconosciuta in capo all'Amministrazione non sarebbe riconducibile all'alveo della responsabilità extracontrattuale, ma, più correttamente, si tratterebbe di responsabilità contrattuale. Il rapporto che la Pubblica Amministrazione instaura in forza del procedimento amministrativo stesso, porta a riconoscere come i provvedimenti sarebbero di fatto rivolti unicamente nei confronti di un destinatario: il sig. Jonuz.

Appurato quanto premesso, il giudice prosegue soffermandosi sulle giustificazioni poste alla base della struttura argomentativa che ha portato la Prefettura di Roma a rigettare l'istanza di revoca del decreto di espulsione. Il diniego dell'istanza di revoca del decreto

¹ L'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 ha istituito uno spazio di libera circolazione con efficacia nei confronti delle parti contraenti. Il livello di sicurezza è mantenuto grazie alla creazione del SIS (Sistema di Informazione Schengen) che consente il facile reperimento di informazioni riguardanti persone ricercate o segnalate.

di espulsione sarebbe stato adottato asserendo una presunta compatibilità tra le due foto oggetto di analisi.

Tale ultimo aspetto non si è sottratto al raggio di azione del giudice di pace di Roma che, in sede di rinvio, ha decretato l'annullamento dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione a danno del ricorrente.

Il giudice di pace avrebbe così annullato il provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca del decreto di espulsione e l'atto sotteso per carenza di motivazione richiamando proprio la differenza evidente tra il concetto di "compatibilità" e quello di "coincidenza". Ma vi è di più. Dedicando - ingiustamente - poche parole, il giudice afferma poi la rilevata inesistenza della segnalazione stessa.

La realtà dei fatti per come presentata porta, quindi, a non ritenere soddisfatto il requisito della necessaria motivazione.

Il giudice in secondo luogo si sofferma sul funzionamento stesso del SIS, rilevando come in realtà le motivazioni che stanno alla base dell'indicazione di un soggetto nel Sistema si presenterebbero tra loro del tutto eterogenee e pertanto sarebbe necessaria un'attenta ed ulteriore istruttoria da parte dello Stato che è chiamato a decidere circa il rilascio o il rinnovo di un permesso di soggiorno. Non operando alcun automatismo.

Come riportato all'inizio della trattazione, il giudice del Tribunale Ordinario di Roma mette in evidenza come in realtà il caso verta su un'ipotesi di responsabilità contrattuale dell'Amministrazione dell'Interno e non invece su una questione di responsabilità extracontrattuale, così come prospettato dalla difesa attorea. Questo aspetto è molto delicato, non solo perché può costituire oggetto di accese critiche (punto che non trova concorde alcune anime di dottrina e giurisprudenza, come verrà ripreso nelle parti che seguono) ma anche, e soprattutto, perché influenza l'operatività dell'onere probatorio. Il ricorrente dovrà quindi limitarsi a provare l'esistenza del rapporto (procedimento amministrativo) e del danno. Elidendo così gli ulteriori adempimenti che sarebbero necessari nel caso di responsabilità extracontrattuale.

Riguardo poi al profilo attinente la legalizzazione del lavoro di una persona extracomunitaria irregolare, è lo stesso legislatore (l.222/2002) che prevede la possibilità di instaurare un procedimento di legalizzazione del lavoro irregolare che prende avvio dalla denuncia di emersione (denuncia presentata da Carlini Attilio presso la cui casa svolgeva la mansione di domestico il sig. Jonuz).

Si rileva pertanto la violazione del diritto del soggetto a prestare attività lavorativa (art.36 Cost.): violazione che il giudice ritiene essere conseguenza del comportamento dell'Amministrazione stessa. L'aver ritenuto sufficiente la mera "compatibilità" per decretare l'espulsione dell'attore si presenta come errore non scusabile e quindi l'Amministrazione può essere ritenuta colpevole ai sensi dell'art.1218 c.c.

L'ultimo profilo affrontato nella trattazione del giudice verte sulla misura del danno sofferto e quindi sulla possibilità di riconoscere un risarcimento a favore del sig. Jonuz. L'attenta analisi operata dal giudice si sofferma sul fatto che lo status di clandestino sia da considerare come conseguenza del provvedimento illegittimo dell'Amministrazione (non condividendo così la tesi riportata dalla difesa della resistente che sosteneva un concorso del danneggiato ex art.1227 cod. civ.). Viene quindi riconosciuto terreno per il risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante per i mancati guadagni; facendo riferimento, per la liquidazione del danno, alla retribuzione indicata nella domanda di regolarizzazione e a quella stabilita dal contratto stipulato con il sig. Carlini.

Riguardo, infine, alla liquidazione del danno non patrimoniale, accertata la lesione di diritti costituzionalmente rilevanti, questa viene stabilita tenendo presente il periodo di irregolare soggiorno e l'età dell'attore

IL TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
SEZIONE II CIVILE
IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

sciogliendo la riserva che precede, ha emesso la seguente

ORDINANZA

pronunciata ai sensi degli artt. 702 bis c.p.c. nel giudizio r.g. 34829 iscritto nell'anno 2013 e vertente

tra

MASHA Jonuz (Avv.to Vincenzo Ciaffi)

Ricorrente

e

MINISTERO DELL'INTERNO in persona del ministro in carica
(Avvocatura Generale dello Stato)

Resistente

[1] Con ricorso promosso art. 702 bis c.p.c. Masha Jonuz, cittadino albanese, ha proposto domanda di risarcimento del danno nei confronti del Ministero dell'Interno, nella misura di € 75 mila a titolo di danno patrimoniale per lucro cessante e di € 400 mila per danno non patrimoniale, per aver dovuto vivere quale clandestino su territorio italiano, con relativa compromissione dei diritti costituzionalmente garantiti ad un lavoro regolare, alla tutela della salute ed all'assistenza sanitaria nonché alla libera circolazione sul territorio nazionale ed alla vita di relazione.

[2] Ha dedotto l'attore a sostegno della svolta domanda l'esistenza di un illecito extracontrattuale in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione dell'Interno per aver adottato atti illegittimi e più puntualmente consistenti, in un diniego di nulla osta per la regolarizzazione della condizione di lavoratore extracomunitario della Questura di Roma in data 10.11.2003 e nel conseguente decreto di espulsione adottato dal Prefetto di Roma in data 14.11.2003.

[3] Il presupposto di fatto in forza del quale sarebbero stati adottati i censurati provvedimenti dall'Amministrazione disponente, presupposto costituito da una segnalazione Schengen del 22.7.1998 proveniente dalla Germania ed ostativa ad ogni rilascio ai sensi dell'art. 1, comma 8, l. 222/2002 lett. B), sarebbe infatti risultato inesistente, come da e-mail di risposta del S.I.S. con sede in Bonn, autorità cui si era rivolto il difensore del ricorrente e che avrebbe per l'appunto negato la provenienza dai propri uffici di una segnalazione in danno del Masha.

[4] Espone il ricorrente come, nonostante il difetto del richiamato estremo, la Prefettura di Roma, riaperta l'istruttoria all'esito di consultazione con il proprio referente in territorio tedesco, avesse in data 5.3.2008 prot. n. 23476/08 rigettato l'istanza di revoca del decreto di espulsione motivandola con la "compatibilità" dello straniero foto-segnalato in Italia in data 13.11.2003 con lo straniero foto-segnalato in Germania.

[5] Deduce l'istante di aver proposto contro siffatto diniego di revoca, in una agli atti presupposti (diniego nulla osta alla regolarizzazione e decreto di espulsione), ricorso dinanzi al Tar Lazio e quindi, ancora, dinanzi al giudice di pace di Roma, in riassunzione, in esito a declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

[6] Espone quindi l'attore di aver impugnato il decreto del giudice di pace adito dinanzi alla corte di cassazione che con ordinanza n. 6915/2010 avrebbe annullato il primo per

vizio di motivazione, nella parte in cui aveva ritenuto il concetto di "compatibilità" nella foto-segnalazione assimilabile a quello di "coincidenza" e per difetto di motivazione sulla documentazione prodotta dall'istante.

[7] Afferma ancora il ricorrente di aver ottenuto, giusta ordinanza adottata in sede di rinvio dal giudice di pace di Roma in data 16.12.2010, l'annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca del decreto di espulsione e dell'atto sotteso ed all'esito il permesso di soggiorno.

[8] Su tale premessa la parte ha introdotto l'odierno giudizio.

[9] Alla proposta istanza resiste l'Amministrazione convenuta che deduce l'inesistenza dei dedotti danni derivando gli stessi dal comportamento del ricorrente che, nell'inosservanza dell'ordine di espulsione del Prefetto, immediatamente esecutivo, mai sospeso ed annullato solo nel 2010, si sarebbe trattenuto illegittimamente sul territorio nazionale per sette anni con una condotta integrante gli estremi di reato previsti nel d.lgs. 286/1998, non potendo in tal modo vantare lo stesso alcun diritto al risarcimento danni conseguenza invece del proprio comportamento illecito.

[10] Deduce poi la resistente l'insussistenza di una qualsiasi colpevolezza in capo alla stessa che avrebbe rigettato la richiesta di revoca del decreto di espulsione dopo aver svolto indagini in collaborazione con le Autorità tedesche e aver chiesto alla Polizia Scientifica un'analisi foto dattiloscopica tra i soggetti esaminati. Conclude la parte per il carattere non proporzionato del richiesto risarcimento, nulla escludendo che l'istante avrebbe potuto trovare lavoro nel proprio paese d'origine durante il periodo di clandestinità vissuto in Italia (dal 2003 al 2010) ed avanza domanda di risarcimento ex art. 96 c.p.c.

[11] _____

[12] L'attore propone azione di risarcimento per equivalente deducendo in capo all'Amministrazione convenuta l'integrazione di una condotta illecita ai sensi dell'art. 2043 c.c.

[13] La circostanza che il ricorrente faccia valere il diniego di un provvedimento di regolarizzazione della sua condizione di extracomunitario presente su territorio italiano (emersione del lavoro in nero ex art. 33 l. 189/2002 negata con decreto del Prefetto in data 6.11.2003) e quindi l'illegittimità-illiceità del conseguente decreto di espulsione adottato in data 14 novembre 2003 ex d.lgs. 286/98 e del successivo diniego di revoca del 5.3.2008, fa sì che muovendo la censurata attività della p.a. convenuta nell'ambito di un procedimento amministrativo definito quanto ai propri termini soggettivi, meglio debba e possa disquisirsi nella specie di una responsabilità contrattuale della p.a.

[14] La dedotta illegittimità della condotta dell'Amministrazione dell'Interno per il descritto procedimento amministrativo sarebbe infatti destinata a dispiegarsi non nei confronti di un "quisque de populo" leso quanto agli azionati diritti solo in esito all'adozione dei provvedimenti censurati, ma, piuttosto, unicamente nei confronti del soggetto istante in quanto destinatario dell'atto amministrativo censurato e del rapporto con la p.a. sorto in esito alle istanze amministrative promosse dal medesimo proposto.

[15] La pre-individuazione dei soggetti destinatari della condotta foriera di danno è accostabile a quella fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità dello Stato per violazione di direttive comunitarie allorché per detta ipotesi il riferimento è stato, per l'appunto, a quello della responsabilità contrattuale "ex lege" (Cass. Sez. U, Sentenza n. 9147 del 17/04/2009).

[16] Tanto posto in termini di qualificazione dell'introdotta rimedio, che è dunque quello di un risarcimento da responsabilità contrattuale, nel merito la domanda proposta è fondata.

[17] L'archivio informatico di Schengen è lo strumento utilizzato dal Ministero dell'Interno per verificare l'esistenza di condanne penali a carico di un cittadino straniero commessi nei Paesi aderenti al Trattato.

[18] Nella specie l'allarme per "segnalazione" nel Sistema Informativo Schengen (S.I.S.) per motivi di pubblica sicurezza, formato su informazioni inserite nel sistema dai competenti organi operanti in Germania ai danni del ricorrente Masha Jonuz, cittadino albanese, allarme per il quale quest'ultimo risultava segnalato come inammissibile nei paesi aderenti all'Accordo di Schengen 30 novembre 1993, n. 388 e per il quale sono stati adottati in suo danno i provvedimenti di diniego e di espulsione censurati, è risultato, all'esito del giudizio, inesistente o come insufficientemente formatosi ai danni dell'attore.

[19] Ed invero, venendo ai fatti di lite, si ha che anche il supplemento di istruttoria, in esito al quale la Prefettura di Roma si è espressa con provvedimento del 5.3.2008 per il diniego dell'istanza di revoca del decreto di espulsione, muove da un rapporto di mera "compatibilità" tra il profilo foto - segnaletico dell'attore con quello del soggetto foto - segnalato in Germania.

[20] L'insufficienza della mera "compatibilità" tra i profili è stata censurata dalla corte cassazione intervenuta giusta ordinanza 6915/2010 sul provvedimento inizialmente adottato dal giudice di pace di Roma di rigetto della istanza di revoca del decreto di espulsione.

[21] In sede di rinvio, è poi lo stesso giudice di pace che, pronunciando con decreto in data 20.12.2010 l'annullamento del provvedimento espulsivo per ritenuta carenza di motivazione, argomenta proprio dalla diversità dei concetti di "compatibilità" e di "identità" tra i soggetti foto-segnalati, nella ritenuta insufficienza del primo a far ritenere che colui che venne foto-segnalato in Germania possa individuarsi nel Masha.

[22] Nella motivazione del medesimo provvedimento giurisdizionale si legge finanche di una riscontrata sostanziale inesistenza della segnalazione Schengen ai danni dell'attore per la data del 22.7.1998, e quindi in epoca antecedente all'impugnato decreto di espulsione che, invece, proprio dalla ritenuta esistenza della prima avrebbe illegittimamente argomentato.

[23] Detto quadro probatorio non risulta peraltro modificato in esito al rigetto dell'istanza di annullamento del decreto di espulsione adottato dal tribunale di Roma in data 22.3.2004.

[24] Detto rigetto consegue infatti, come da provvedimento in atti (doc. 4 convenuta), dal differente estremo del difetto di operatività del divieto di allontanamento dal territorio nazionale del cittadino extra comunitario per pendenza della procedura di legalizzazione di lavoro irregolare (artt. 1 e 2 decreto legge settembre 2002, n. 195 contenente "Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari" convertito con modificazioni dalla L. 9 ottobre 2002, n. 222).

[25] La mera menzione della segnalazione ex art.96 della Convenzione di Schengen effettuata dalla Prefettura nell'adozione del provvedimento di espulsione senza indicazione dell'ipotesi specifica per la quale il cittadino extra comunitario sarebbe stato segnalato - e tanto non si evince in atti quanto alla vicenda dedotta dall'attore - non soddisferebbe peraltro neppure al requisito della necessaria motivazione e non consentirebbe neppure un adeguato esercizio del diritto di difesa.

[26] Quanto rilevato è destinato a valere tanto più atteso che l'inammissibilità nell'area Schengen consegue ad una pluralità di ipotesi di eterogenea valenza che vanno dalla commissione di gravi reati fino alla mera irregolarità amministrativa.

[27] Con il sistema informatico di allarme Schengen si vuole segnalare una pericolosità sociale che richiede per la sua affermazione da parte dello Stato chiamato al rilascio o

rinnovo di un permesso di soggiorno, un' istruttoria diretta ad individuare gli esatti contenuti dell' iscrizione.

[28] Si consideri come sia stata affermazione degli stessi giudici di Lussemburgo quella per la quale la mera segnalazione Schengen non legittimi, come tale, il rifiuto all'ingresso in uno Stato senza che sia intervenuta un' effettiva verifica sulle condizioni di pericolosità effettive e attuali (Corte di Giustizia UE , grande sez., sentenza 31.01.2006, C-503/03).

[29] Tanto esposto, quanto alla illegittimità dell'adottata condotta della p.a. in applicazione dei principi vigenti in materia di responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione ai fini dell'integrazione del carattere ingiusto del danno, si tratterebbe di verificare se:

a) vi sia sussistenza di un evento dannoso; b) l'accertato danno sia qualificabile come ingiusto, in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento (a prescindere dalla qualificazione formale di esso come diritto soggettivo); c) l'evento dannoso sia riferibile, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, ad una condotta della P.A.; d) l'evento dannoso sia imputabile a responsabilità della P.A., sulla base non solo del dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento, ma anche del requisito soggettivo del dolo o della colpa (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 22508 del 28/10/2011; Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 4172 del 15/03/2012).

[30] Considerato come si sia operato in via preliminare l'inquadramento della fattispecie in esame in una ipotesi di responsabilità contrattuale o comunque di responsabilità a predefinita, rispetto all'evento dannoso, relazione soggettiva, lo spostamento del quadro di classificazione comporta un alleggerimento, rispetto ai segnati contenuti, dell'onere probatorio del soggetto danneggiato.

[31] Quest'ultimo infatti dovrà provare l'esistenza del rapporto e quindi, nella specie, del procedimento amministrativo di diniego della regolarizzazione e dell'annullamento del decreto di espulsione, ed allegare un danno.

[32] E così ritenuta l'esistenza del rapporto, può stimarsi esistente il danno per come lamentato dall'attore e dallo stesso allegato.

[33] Si ponga mente, al riguardo, alla circostanza che prima dell'adozione dei provvedimenti di diniego che avevano attinto il ricorrente, integrando in tal modo la sua condizione di clandestino, egli sarebbe stato assunto con contratto di collaborazione domestica (doc. 4 denuncia di emersione di lavoro domestico irregolare effettuata da Carlini Attilio) e che detto contratto, all'esito della vicenda presupposta rispetto all'odierna lite e quindi dopo l'annullamento del diniego di revoca e l'ottenimento di permesso di soggiorno, sia stato stipulato in data 18.3.2012 con Carlini Angelo.

[34] Ritenuto per l'indicato profilo la violazione del diritto del soggetto a prestare attività lavorativa ed a vivere quindi, per la ottenuta retribuzione, una esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.), ritenuta comunque la riconducibilità della descritta condotta alla condotta della Questura e della Prefettura di Roma, resta da considerare se per i provvedimenti adottati sia riconoscibile l'estremo soggettivo della colpa in capo alla p.a.

[35] Sul punto l'inquadramento operato quanto alla dedotta responsabilità sembra meglio suggerire che sia la p.a. a dover provare di essere esente da colpa, con la dimostrazione che il dedotto danno consegua a causa non imputabile all'Amministrazione o all'impossibilità della stessa di adempiere (art. 1218 c.c.).

[36] Ma sul punto si osserva come la distinzione tra "compatibilità" ed "identità" foto-segnaletica non potesse sfuggire alle autorità di polizia preposte e ciò, salvo a voler snaturare del tutto ogni finalità della segnalazione, sulla cui portata si sono già indicati i possibili limiti: vale sul punto infatti la considerazione che prima non deve valere a

segnalare un possibile pericolo o un pericolo del pericolo che potrebbe ben dirsi integrato ove l'allarma s ritenga soddisfatto dalla mera compatibilità di profili foto-segnaletici.

[37] L'errore in cui è incorsa l'Amministrazione convenuta che ha tradotto una "quasi identità" in un sicuro fondamento dell'espulsione e del diniego di revoca è come tale non scusabile e quindi colpevole per l'integrazione della responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.

[38] Resta la misura del danno sofferto dall'istante per tutto il tempo in cui egli non ha ottenuto dalle autorità amministrative preposte il permesso di soggiorno e quindi dal 2003 al 2010.

[39] Va escluso sul punto peraltro, come invece opina la difesa erariale, che ad elidere ogni conseguenza dannosa (art. 1227, comma secondo, c.c.) possa concorrere la condotta del danneggiato, per essersi questi trattenuto da clandestino sul territorio italiano durante tutto il periodo in cui non gli venne accordata la regolarizzazione della sua posizione: invero la misura dell'espulsione era e rimane illegittima e come tale la stessa è causa della condizione di clandestinità sofferta dall'attore.

[40] Il danno può riconoscersi quindi come danno patrimoniale da lucro cessante per i mancati guadagni che sarebbero venuti all'attore dalla tempestiva costituzione del rapporto di collaborazione domestica per il quale ha avuto inizio l'iter amministrativo per la regolarizzazione del lavoro in nero ex art. 33 l. 189/02 giusta denuncia in data 15.3.2003, rapporto poi costituito in data 21.3.2012 con la famiglia Carlini (docc. 37 e 38 ricorrente) all'esito del rilascio del titolo autorizzatorio.

[41] Atteso che, giusta domanda di regolarizzazione, si indicava quale importo della retribuzione mensile convenuta quello di € 756,57 (doc. 3) e che con il contratto di assunzione del 21.3.2010 si dichiara una retribuzione di € 560,00 (doc. 37), alla stima della media dei due importi consegue una quantificazione del danno da lucro cessante pari ad € 658,28 mensili, importo che moltiplicato per il numero dei mesi di permanenza sul territorio italiano senza permesso, dà una somma complessiva che si stima, comunque in via equitativa, come pari ad € 75 mila.

[42] Quanto al danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), lo stesso, ritenuta la rilevanza costituzionale dei diritti lesi (art. 36 Cost.) e per tale via la configurabilità stessa del dedotto pregiudizio (Cass. Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008), può in via equitativa stimarsi in considerazione del periodo trascorso in posizione di clandestinità (anni sette) e dell'età ancora giovane del soggetto danneggiato (nato nel 1967 e quindi di anni 36 al momento della sofferta mancata regolarizzazione) e quindi dell'incidenza sullo stesso della impossibilità di accedere a regolari vie di accesso all'attività lavorativa e di vita in genere, in un importo pari alla metà del riconosciuto pregiudizio patrimoniale e quindi in € 32.500,00 e ciò nei limiti di prova presuntiva che può dirsi raggiunta in atti.

[43] Il complessivo risarcimento, pari ad € 107.500,00, va poi rivalutato (indice FOI novembre 2003) trattandosi di debito di valore e sugli importi di anno in anno rivalutati (dal 10.11.2003 al 21.3.2010) vanno quindi riconosciuti gli interessi di legge sino al sodisfo.

[44] La riconvenzionale promossa ex art. 96 c.p.c. dall'Amministrazione, attesi gli esiti della lite quanto all'istanza avversaria, resta del tutto disattesa.

[45] Le spese di lite sono liquidate d'ufficio, in difetto di "notula", secondo soccombenza per gli importi di cui al d.m. 140/2012 (scaglione valore sul "riconosciuto", da € 100 mila ad € 500 mila, per importi inferiori ai medi in ragione dello svolgimento del giudizio e delle attività spiegate) e quindi in € 7.000,00 per

compensi di avvocato, € 536,00 per spese vive oltre accessori come per legge, da distrarsi in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

[46] P.q.m.

[47] definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa:

[48] condanna

[49] il Ministero dell'Interno al pagamento in favore di Masha Jonuz della somma di € 107,500 oltre interessi e rivalutazione come indicato in parte motiva;

[50] rigetta

[51] la riconvenzionale proposta da parte convenuta;

[52] condanna

[53] il Ministero dell'Interno al rifondere a Masha Jonuz le spese di lite che liquida, d'ufficio, in € 7.000,00 per compensi di avvocato, € 536,00 per spese vive oltre accessori come per legge da distrarsi.

Roma, 10.1.2014

Il giudice Laura Scalia

TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 10 febbraio 2014; Giud. SCALIA; Masha Jonuz (Avv. CIAFFI) c. Ministero dell'Interno (AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO).

Responsabilità civile - Pubblica Amministrazione - Provvedimento illegittimo - Straniero irregolare - Contatto sociale - Responsabilità contrattuale - Sussiste (Cod. civ., artt.1173 1218 e 1223; l. 30 luglio 2002, n.189, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, art.33; d.lgs.25 luglio, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, art.13)

Responsabilità civile - Permanenza irregolare sul territorio italiano - Mancati guadagni - Concorso del danneggiato - Non sussiste (Cod. civ., art.1227 co.2; d.l.9 settembre 2002, n.195, Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari, artt.1 e 2, convertito con modificazioni in l.9 ottobre 2002, n.222)

Il Ministero dell'Interno risponde in via contrattuale del danno lamentato dallo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione illegittimo, posto che il danneggiato in forza del procedimento amministrativo risulta aver instaurato un "contatto sociale" con l'ente stesso, essendo per questo motivo riconducibili in capo al Ministero obblighi di protezione dell'affidamento oggetto di previsione costituzionale, la cui violazione rileva ai sensi dell'art.1218 cod. civ., non essendo invocabile in tale ipotesi la responsabilità extracontrattuale. (1)

Lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che egli ritenga illegittimo che resti in Italia e non si rechi all'estero fino alla dichiarazione di illegittimità del provvedimento adotta un comportamento che non viola la diligenza che avrebbe permesso al danneggiato di evitare il danno ai sensi del secondo comma dell'art. 1227 c.c. (2)

Allo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che sia successivamente dichiarato illegittimo compete il risarcimento da parte del Ministero degli interni sia del danno patrimoniale, consistente nel mancato guadagno derivato dalla impossibilità di regolarizzare la propria posizione di lavoro per il tempo in cui lo straniero è stato illegittimamente oggetto del provvedimento di espulsione, sia del danno non patrimoniale che discende dalla lesione del diritto alla retribuzione riconosciuto dall'art. 36 Cost. che può essere equitativamente quantificato tenendo conto della durata del periodo in cui danneggiato ha illegittimamente subito lo status di clandestino, e della età del danneggiato. (Cod. civ. artt. 1223, 1226, 2059) (3)

(1) Si rilevano precedenti in termini riguardo al riconoscimento della natura contrattuale della Pubblica Amministrazione. Si veda sul punto Cass. civile sez. I 10 gennaio 2003, n.157, in *Foro.it*, 2003, I, 78, con nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione afferma un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, dove la Corte richiama l'inadeguatezza del regime della responsabilità extracontrattuale, enfatizzando la differenziazione e specificazione del rapporto che viene ad instaurarsi - in forza del procedimento amministrativo - tra Pubblica Amministrazione e privato. I confini del rapporto con la Pubblica Amministrazione hanno assunto tratti più netti grazie anche all'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n.241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi. Stessa tesi viene sposata anche dai giudici di Palazzo Spada, più recentemente Cons. Stato sez. VI, 29 maggio 2014, , n.2792, in *Guida al diritto* 2014, 26, 79, (s.m.) nota di Ponte. Con riguardo alla specifica diatriba inerente all'onere della prova e l'avvicinamento pericoloso dell'accertamento della colpa in ambito extracontrattuale con l'ambito contrattuale per ovviare alle domande lasciate senza risposta dal revirement delle Sezioni Unite, si pronuncia a favore di una tesi contrattualistica della responsabilità dell'Amministrazione - nuovamente - il Consiglio di Stato in Cons. Stato sez. VI, 4 aprile 2011, n.2102, in *Foro amm. CDS* 2011, 4, 1268 (s.m). In dottrina, sullo specifico punto del riconoscimento di obblighi di protezione in capo all'ente, CASTRONOVO Carlo in *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, pag.647, 1998. In dottrina, sul riconoscimento del contatto sociale, VIOLA Luigi e TESTINI Donatella, *La responsabilità da contatto con la Pubblica Amministrazione*, Halley editrice, 2005; GIOVAGNOLI Roberto, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Giuffrè editore, 2010; GAFFURI Federico, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Giuffrè editore, 2006. Questa corrente di pensiero, nonostante la forza persuasiva, ha comunque incontrato non pochi dissensi, soprattutto considerando la forza dirompente della sentenza che ha confermato la tesi aquiliana della responsabilità della Pubblica Amministrazione: la tradizionale impostazione frutto della storica sentenza delle Sezioni Unite, Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n.500, in *Foro.it*, 1999, I, 2487 con note di Palmieri e Pardolesi. In tale occasioni le Sezioni Unite riconoscendo il risarcimento degli interessi legittimi e rivoluzionando la lettura tradizionale dell'art.2043 cod. civ. non più come norma secondaria ma come clausola generale, hanno ricondotto nell'alveo della responsabilità extracontrattuale la responsabilità della Pubblica Amministrazione, preoccupandosi di esteriorizzare i passaggi che deve apprestarsi a seguire il giudice nel momento in cui procede all'accertamento della responsabilità. Fautori della tesi aquiliana sono gli stessi giudici di Palazzo Spada, si veda Cons. Stato sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Dir. e Formazione* 2005, 222 e più recentemente Cons. Stato sez. V, 10 febbraio 2015, n.675,

in *Diritto & Giustizia* 2015, 16 marzo. Riguardo alla possibilità di una coesistenza dei due regimi di responsabilità nella realtà dell'Amministrazione si veda Cons. Stato sez. VI, 15 aprile 2003, n.1945, in *Riv. amm.* R. It., 973, nota di Capuzza, Cons. Stato sez. IV, 29 gennaio 2008, n.248, in *Riv. giur. edilizia* 2008, 3, I, 764, dove viene messa in luce la differente intercorrente tra interesse alla correttezza del procedimento amministrativo ed interesse legittimo o diritto soggettivo dalla cui lesione scaturisce il danno per cui il ricorrente esperisce l'azione risarcitoria. Così anche, TAR Lazio sez. I, 23 aprile 2007, n.291, in *Foro amm.* TAR 2007, 9, 2805 (s.m.), nota di Scaglione e TAR Firenze sez. I, 5 febbraio 2015, n.230, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015. In dottrina, NAVARRETTA Emanuela, in *III La responsabilità e il danno*, Milano, Giuffrè editore, 2009, pag.251 ss., dove viene espressa una accesa critica inerente alla necessità di ricorrere alla responsabilità contrattuale o a escamotage per la selezione degli interessi rilevanti, quando questo processo può essere comodamente eseguito dall'accertamento sull'ingiustizia del danno, riconducendo così la responsabilità nelle maglie della teoria aquiliana. Riguardo all'aspetto peculiare dello straniero e dei diritti a lui riconosciuti, Corte Cost. n.105/2001, in *DeJure* banca dati; Cass. civ. sez. II, 21 marzo 2013, n.7210, in *Guida al diritto* 2013, 23, 58 (s.m), entrambi concordi nel riconoscere allo straniero, sia esso regolare o meno sul territorio italiano, i diritti inviolabili della persona. In dottrina, riguardo alla clausola di reciprocità e al residuale raggio di azione riconosciute si veda FORTUNATO Giuseppe e IZZO Umberto, *Giustizia insieme. Movimento per la Giustizia* art.3, pagg.171 ss., Aracne editrice S.r.l., I edizione, 2011; BOBBIO Norberto, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

(2) Non constano precedenti in giurisprudenza riguardo al concorso del danneggiato irregolarmente presente sul territorio italiano. Rileva comunque ai fini del giudizio la pendenza del procedimento di emersione per la legalizzazione del lavoro irregolare. Tale pendenza impedirebbe l'adozione di decreto di espulsione/allontanamento nei confronti dell'interessato, ai sensi degli artt.1 e 2 della l.9 settembre 2002, n.195, Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari, convertita in l.9 ottobre 2002, n.222.

(3) Si rinvia ai riferimenti indicati nel paragrafo 7 del commento che segue.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in esame colloca una responsabilità - quale quella della Pubblica Amministrazione, oggetto di dirompenti sentenze² - in un ambiente tanto angusto quanto delicato come quello della disciplina concernente lo straniero irregolare.

Vi è però di più. L'architettura argomentativa proposta dal giudice è pervasa da un aspetto innovativo, ma non sconosciuto alla precedente giurisprudenza³ : la natura

² Storica sentenza della Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n.500, in *Foro.it*, 1999, I, 2487 con note di Palmieri e Pardolesi.

³ Sul riconoscimento della responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione si veda Cass. civ. Sez.I, 10 gennaio 2003, n.157, in *Foro.it*, 2003, I, 78, con nota di Fracchia, "Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500-99-SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art.2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa".

contrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Tale considerazione rappresenta la spina dorsale che sostiene il pensiero dell'interprete nei punti salienti della sentenza e che lo condurrà sino alla decisione finale.

L'aspetto che offre invero il giusto appiglio per un'analisi critica del caso è proprio la condizione di clandestinità in cui riversa il soggetto a causa dell'adozione di un atto - poi considerato illegittimo⁴ - della Pubblica Amministrazione.

L'irregolarità in cui è costretto a vivere l'attore porta alla luce le problematiche inerenti i diritti riconosciuti all'immigrato⁵, i procedimenti per ottenere la regolarizzazione del lavoro del soggetto extracomunitario ed il permesso di soggiorno.

Ritengo quindi che proprio da quest'ultimo aspetto debba principiare il percorso della mia trattazione.

2. Permesso di soggiorno e regolarizzazione del lavoro

Il permesso di soggiorno è un'autorizzazione a permanere sul suolo italiano, rilasciata dall'Ufficio Immigrazione della Questura, su richiesta dei soggetti extracomunitari⁶ (o apolidi). Tale titolo riconosce in capo al destinatario la possibilità di esercizio dei diritti ivi riportati. Varie sono le tipologie di permesso di soggiorno, ma quella che rileva ai fini dell'analisi del nostro caso è solo una: permesso di soggiorno per lavoro subordinato. Il legislatore italiano non si limita a riconoscere la possibilità di rilasciare il permesso di soggiorno nel caso sussista un lavoro subordinato, ma compie un successivo passaggio. Viene, infatti, a delinearsi un assetto normativo in cui espressamente si prevede la possibilità di legalizzare il lavoro irregolare: il datore di lavoro può di fatto dare inizio alla c.d. procedura di emersione, al termine della quale - accertata la regolarità della richiesta e l'assenza di fatti ostativi - si perverrà alla stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato ed al contestuale rilascio del permesso di soggiorno⁷ stesso.

La scelta di muovere il mio ragionamento dalla delineazione del quadro normativo non è del tutto casuale.

Tenere a mente l'assetto previsto dal nostro legislatore, aiuta il lettore nel comprendere l'analisi critica della sentenza in esame: come verrà rilevato nei passaggi che seguono, infatti, sarà proprio la pendenza di questo procedimento a legittimare la presenza sul territorio del sig. Jonuz anche a seguito della pronunzia del decreto di espulsione immediatamente esecutivo e sarà, ironicamente, la lettera di questo stesso legislatore ad essere invocata dalla Pubblica Amministrazione nell'adottare il diniego del nulla osta per la regolarizzazione del lavoro⁸.

E' bene però procedere per gradi logici e spostare l'occhio di analisi sull'estremo opposto del permesso di soggiorno: l'espulsione dello straniero.

⁴ A mio parere, nel caso in esame, il vizio del provvedimento adottato dalla P.A. può essere ricondotto alla categoria dei vizi di legittimità e più precisamente a quella delle figure sintomatiche (eccesso di potere) inteso come travisamento ed erronea valutazione dei fatti che sono presupposto per l'adozione del provvedimento stesso.

⁵ Così GORDIMER Nadine, premio Nobel per la letteratura nel 1991, "Dobbiamo chiederci chi è un clandestino, uno che non ha il permesso di soggiornare in un Paese. E' una persona senza futuro perché non ha un'identità da rivendicare. Diventa una presenza illegale, illegittima. E' qui, ma al tempo stesso non è qui. Vive su una soglia. E' una non persona".

⁶ L'Albania ha presentato la richiesta di adesione all'UE nell'aprile 2009. Successivamente, nel 2014 si è vista riconoscere lo status di candidato ufficiale, avviando così di fatto le trattative per l'adesione.

⁷ Art.33 l.222/2002 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 settembre 2002, n.195, recante disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari".

⁸ Art.1 co.8 lett.b) l.222/2002 "Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai rapporti di lavoro riguardanti lavoratori extracomunitari: b) che risultino segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato"

3. Espulsione dello straniero: vietato ogni automatismo

L'esercizio dell'espulsione amministrativa è legittimato dall'art.13 del T.U. sull'Immigrazione⁹. Sfortunatamente il giudice del Tribunale Ordinario di Roma nel riportare i fatti ha tralasciato di specificare - espressamente - quale - tra le diverse - ipotesi di espulsione sia stata adottata nel caso di specie. Tuttavia, seguendo la linea argomentativa della stessa Prefettura di Roma, ritengo che questa, nell'adottare il decreto, avesse avuto riguardo all'ipotesi disposta all'art.13 co.1 T.U. l.286/1998 ossia quella dell'espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato.

Il fulcro degli effetti della pronuncia del decreto di espulsione è evidentemente quello dell'allontanamento dello straniero dal territorio dove risiede irregolarmente.

In realtà però altro è l'effetto su cui vorrei soffermare la mia attenzione: l'inserimento nel SIS del nome dello straniero segnalato ai fini della non ammissione¹⁰.

L'inserimento del nominativo dello straniero nel Sistema comporta una serie di conseguenze che possono arrivare ad influenzare il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno. Potrebbe capitare quindi che uno straniero si veda negato il rilascio del permesso di soggiorno o - come nel caso di specie - privato della regolarizzazione del lavoro, solamente in forza di una segnalazione proveniente da un altro Stato e svolta pertanto secondo le regole procedurali ivi previste. Il rischio è quello di ritrovarci dinanzi ad un vero e proprio automatismo che porti a comprimere i diritti di uno straniero fidandosi incondizionatamente del giudizio di un interprete che adotta le decisioni e costruisce le proprie argomentazioni sulla base della regolamentazione operante nel suo Paese. Situazione che, secondo consolidata giurisprudenza, a cui mi sento di aderire, è da ritenersi illogica ed inammissibile¹¹.

4. La *vexata quaestio* della responsabilità della Pubblica Amministrazione

Delineata la prospettiva normativa che ci troviamo dinanzi con riguardo alla posizione dello straniero, possiamo ora affiancarci in maniera più consapevole alla sentenza oggetto di esame e addentrarci, così, negli aspetti più discussi e controversi della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

E' bene muovere da una fondamentale considerazione: le querelle che interessano la natura della responsabilità de qua non si mostrano ancora sopite, coesistendo costantemente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, prese di posizione indubbiamente dissimili. E' giusto - tuttavia - procedere per gradi.

Il muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi è stato abbattuto, in tempi non recenti, da rivoluzionaria giurisprudenza¹² la quale ha riconosciuto la risarcibilità dei danni

⁹ D.lgs.286/1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero

¹⁰ Art.96 co.1 *Conv. di applicazione dell'Accordo di Schengen* del 1985 "I dati relativi agli stranieri segnalati ai fini della non ammissione sono inseriti in base ad una segnalazione nazionale risultante da decisioni prese nel rispetto delle norme procedurali previste dalla legislazione nazionale, dalle autorità amministrative o dai competenti organi giurisdizionali".

¹¹ Sul punto, Corte di Giustizia UE, grande sez., sent. C-503/03 2006, dove si afferma come la segnalazione del SIS di un soggetto, per motivi di pubblica sicurezza, non può implicare il divieto di ingresso in altro Stato senza previo accertamento dell'effettivo carattere pericoloso e del rischio per la sicurezza. Così anche il TAR del Veneto, 11 dicembre 2003, n.6156, "Risulta indispensabile quindi che l'autorità nazionale acquisisca idonea documentazione dallo Stato estero, onde appurare quale sia la ragione della dichiarata inammissibilità, e, solo sulla base di tale istruttoria, motivare l'eventuale provvedimento di diniego di regolarizzazione."

¹² Cass. civ., SS.UU., sent.500/1999, in *Foro.it*, 1999, I, 2487 con note di Palmieri e Padolesì.

causati dalla Pubblica Amministrazione con riguardo sia alla lesione di diritti soggettivi sia a quella di interessi legittimi.¹³

Altro grande merito attribuito al nuovo indirizzo giurisprudenziale è stato poi quello di abbandonare il precedente orientamento secondo il quale la colpa della Pubblica Amministrazione sarebbe stata da considerarsi in re ipsa nella stessa illegittimità dell'atto ed approdare così alla imprescindibile verifica della sussistenza della colpa¹⁴, riscontrabile nei casi di violazione di regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione.

Lungi dallo screditare la portata dirompente della pronuncia della Corte Suprema, non posso però fare a meno di muovere una timida critica alla genericità che contraddistingue la scelta degli indici della colpa. Genericità che mal si concilia con la ammirabile scelta di negare il riconoscimento di una colpa in re ipsa¹⁵. Parlare di colpa in termini di "violazione di regole di imparzialità e di correttezza" non porterebbe infatti ad una pericolosa analogia di questi indicatori alla sfera dei vizi del provvedimento amministrativo? Così facendo, dunque, non si finirebbe forse, scegliendo la strada meno tortuosa, per reintrodurre quanto si era tanto vantato di abolire? Ragionando in questi termini una volta accertata l'illegittimità dell'atto per vizi¹⁶, inevitabile corollario sarebbe il riconoscimento della colpa della Pubblica Amministrazione, senza ulteriore sforzo di accertamento, reintroducendo così dalla finestra quello che con tanta fatica - e non poche difficoltà - si era fatto uscire dalla porta¹⁷.

Correttivi alla prospettiva delineata sono stati apportati dagli stessi interpreti che, muovendo dalla sentenza della Suprema Corte, hanno aggiunto nuovi indici presuntivi per l'individuazione dell'elemento soggettivo¹⁸. Il terreno si presentava ancora fertile per

¹³ Ruolo determinante nello sviluppo teorico deve riconoscersi soprattutto al diritto comunitario, v. caso Francovich Corte di Giustizia Ce, 19 novembre 1991, in *Foro.it*, 1992, V, 145, con note di Barone e Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore* e di Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*. La Corte di giustizia ha ammesso così la risarcibilità dei danni da mancata o tardata attuazione di direttive e inoltre ha emesso direttive che hanno imposto agli Stati di offrire tutela anche a veri e propri interessi legittimi (nello specifico in materia di aggiudicazione di appalti).

¹⁴ Ricostruzione che viene tradizionalmente sussunta nell'espressione "colpa di apparato".

¹⁵ Così a riguardo, Cons. Stato Sez. IV, 10 agosto 2004, n.5500, in *Foro.it*, 2005, III, 295, nota di Fracchia, cit., "La categoria concettuale della presunzione assoluta di colpa (che' di questo si tratta), concepita dalla giurisprudenza anche per semplificare l'accertamento dell'illecito e per favorire la tutela risarcitoria del privato danneggiato (altrimenti onerato di una prova complessa e priva di parametri certi), e' parsa, comunque, incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi nell'ingiusta assegnazione all'amministrazione di un trattamento peggiore rispetto a quello degli altri soggetti di diritto".

¹⁶ Si veda la categoria dell'eccesso di potere (rectius delle figure sintomatiche). Nel momento in cui ci si è chiesti di che cosa fossero sintomatiche tali figure inevitabilmente si è fatto riferimento proprio ai principi generali, come il buon andamento, l'imparzialità, la proporzionalità.

¹⁷ E' sempre il Consiglio di Stato che nella medesima pronuncia n.5500/2004 si sofferma sulle critiche mosse all'impostazione adottata dalla Suprema Corte riguardo all'individuazione dell'elemento soggettivo, così "Le ricostruzioni piu' recenti si sono, invece, basate, in antitesi all'indirizzo della Suprema Corte, sul rilievo critico che il criterio della "...violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi..." (indicato nella sentenza n. 500/99) si risolve, se non attenuato da uno spazio di non colpevolezza (tuttavia non evidenziato dalla Cassazione), nella tautologica affermazione della coincidenza della colpa con l'illegittimità del provvedimento, con surrettizia reintroduzione della tesi che si e' dichiarato di voler abbandonare."

¹⁸ Cons. Stato Sez. IV, 14 giugno 2001, n.3169, in *Studium Iuris*, 2002, 108, "E' indispensabile, piuttosto, accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento (v. Corte Giustizia CE 5 marzo 1996, cause riunite n.46

un ultimo passaggio in tema di colpa dell'apparato: l'onere probatorio viene ulteriormente alleggerito con il riconoscimento della possibilità di invocare l'illegittimità dell'atto quale presunzione di colpa da parte del privato e riconoscere, così, in capo alla Pubblica Amministrazione l'onere di dimostrare la scusabilità dell'errore¹⁹.

Lampante è l'avvicinamento dei confini - riguardo all'onere della prova - tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale, aspetto che non è passato inosservato neanche ad autorevole giurisprudenza²⁰.

Il primo grande risvolto di questo innovativo orientamento giurisprudenziale è stato comunque quello di riferirsi alla responsabilità della Pubblica Amministrazione come a una responsabilità extracontrattuale (art.2043 c.c.), preparando, così, le fondamenta per le future interpretazioni giurisprudenziali.

La tormentata ricostruzione - però - non incontra qui la sua fine. Il giudice della vicenda in realtà non condivide la posizione della difesa attorea - la quale invoca una responsabilità extracontrattuale in capo all'Amministrazione dell'Interno - ma, al contrario, discostandosi dall'insegnamento tradizionale delle SS.UU., sposa una tesi contrattualistica. Facendo ciò muove da due ordini di ragioni: 1) l'attività della P.A. si inserisce in un procedimento amministrativo in cui i soggetti sono già stati predefiniti; 2) il destinatario del provvedimento non è un "quisque de populo" ma un soggetto identificato.

Il lodevole intento di riportare la responsabilità della Pubblica Amministrazione sotto il regime della responsabilità extracontrattuale con il tempo inizia a vacillare e, i primi intraprendenti che giungono al riconoscimento di un'altra natura della responsabilità dell'Amministrazione, sono proprio gli stessi giudici. La Suprema Corte - nella storica sentenza 157/2003 - ha tracciato il percorso della nuova corrente di pensiero evidenziando come, nel dibattito inerente la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, "emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana" che sembra presentarsi come naturale corollario del mutamento del rapporto dell'Amministrazione con il privato; rapporto che diviene "specifico e differenziato".

I tempi sembrano quindi promettere un abbandono della responsabilità del passante per approdare a nuovi lidi. Sì, ma quali?

In verità il dibattito riguardo alla natura della responsabilità dell'Amministrazione ha trovato l'input decisivo nella storica sentenza del 1999, ma non ha mancato di suscitare la curiosità di Autorevole dottrina in tempi ben precedenti.

e 48 del 1993; Id., 23 maggio 1996, causa C-5/1994). Se una violazione è l'effetto di un errore scusabile dell'autorità, non si potrà configurare il requisito della colpa".

¹⁹ Sul punto, Cons. Stato Sez. VI, 9 giugno 2008, n.2763, in *Foro amm. CDS 2008*, 6, 1802 (s.m.), "Al riguardo, si ricorda che, secondo l'orientamento prevalente, al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della p.a.: può invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2006 n. 3981; 9 marzo 2007 n. 1114)."

²⁰ Così, Cons. Stato Sez. VI, 4 aprile 2011, n.2102, in *Foro amm. CDS 2011*, 4, 1268 (s.m.), "Circa la prova della colpa dell'Amministrazione -che, in base ai parametri indicati, non si può ritenere in re ipsa, ma va dimostrata in riferimento alla condotta amministrativa in relazione ai suoi parametri generali - va considerata la particolare dimensione della responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interessi legittimi: una responsabilità non del tutto coincidente con quella di cui all'art. 2043 Cod. civ., poichè implicante anche profili (di rilievo, in particolare, sul piano probatorio) assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale".

Il riferimento corre alla figura di Carlo Castronovo. Lo studioso infatti, esattamente un anno prima del revirement della Cassazione²¹, afferma - quanto poi sarà ripreso dai fautori della responsabilità "contrattuale" della Pubblica Amministrazione - che, nell'esatto momento in cui viene ad instaurarsi un procedimento amministrativo, il rapporto tra privato e Amministrazione, non potendo più essere configurato come rapporto occasionale tra "meri estranei", diviene una relazione giuridicamente rilevante. Con l'instaurarsi del procedimento amministrativo²², la Pubblica Amministrazione è dunque destinataria di obblighi²³ che trovano il loro fondamento nella stessa Costituzione.²⁴ Non possiamo quindi parlare di semplice contatto, ma di un vero e proprio contatto sociale qualificato²⁵ (contatto sociale che viene definito da A. Zaccaria nel suo saggio *"La resistibile ascesa del contatto sociale"* come contatto sociale procedimentale "ritenuto rilevante per via dell'affidamento che può suscitare la p.a. lì dove il suo agire debba essere imparziale").

Così ragionando si viene dunque ad emancipare la figura degli obblighi di protezione - scaturenti dall'affidamento del soggetto - dalle circoscritte ipotesi della culpa in contrahendo²⁶. Le obbligazioni senza prestazione sembrano aver guadagnato una loro autonomia²⁷ rispetto alla figura degli obblighi di prestazione, permettendo loro di trovare copertura nella terza categoria prevista dalla tripartizione gaiana (art.1173 cod. civ., "variae causarum figurae"). La responsabilità precontrattuale sarebbe, in definitiva, una species del genus responsabilità per violazione degli obblighi di protezione dell'affidamento.

Successivamente, gli interpreti, seppur - agli inizi - timidamente, hanno finito per riconoscere alcuni spazi per l'applicazione di una tesi contrattualistica. Quindi, mentre con una mano la giurisprudenza tradizionale rimaneva saldamente ancorata alla tesi

²¹ V. CASTRONOVO Carlo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in Jus, pag.647, 1998.

²² Grazie anche all'analitica disciplina riguardo alla partecipazione ai procedimenti amministrativi (Capo III) che è stata delineata nella l.241/1990, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (con modifiche l.15/2005).

²³ Contra, NAVARRETTA Emanuela, in *III La responsabilità e il danno*, pag.239, Giuffrè Editore 2009, cit., "Critica all'obbligazione senza prestazione: non è legittimo estrapolare dall'obbligazione il cuore della prestazione, privando l'art.1218 cod.civ., che parla di "inesatta esecuzione della prestazione", di una sua parte essenziale" e ancora "la correttezza è un fondamentale criterio di giudizio dei comportamenti, ma non può né fondare un interesse alla correttezza autonomamente rilevante né postulare un'obbligazione senza prestazione che, a sua volta, latere creditoris verrebbe a tutelare un mero interesse alla correttezza".

²⁴ Obblighi che possiamo rinvenire invero nella stessa lettera del legislatore costituzionale all'art.97 co.2 Cost., "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

²⁵ Sul punto, SCOGNAMIGLIO Claudio, Lezione magistrale 13 marzo 2015, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, con riguardo al contatto sociale, cit., "L'area di questi comportamenti che non si presentano immediatamente discendenti da un contratto e che però stona ricondurre alla responsabilità extracontrattuale, è un'area definita come terra di nessuno".

²⁶ Sul punto v. MENGONI Luigi, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm., 1956, II, 360. Si è arrivati così a riconoscere, facendo leva sull'art.1337 cod.civ., l'estensione dell'obbligo di buona fede dei contraenti alla fase delle trattative.

Il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale è avvenuto grazie anche alla pronuncia di due sentenze della Cassazione (richiamate da SCOGNAMIGLIO Claudio nella sua trattazione riguardo alla responsabilità da contatto sociale): Cass., 18 novembre 2011, n. 24388; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Resp. civ.*, 2012, 1949, con nota di C. Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*.

²⁷ Obblighi di correttezza che vengono sussunti nella categoria di "obbligazione senza obbligo primario di prestazione".

della responsabilità extracontrattuale²⁸; con l'altra tentava di affiancare la responsabilità della Pubblica Amministrazione ai confini - decisamente più favorevoli per il privato²⁹ - della responsabilità "contrattuale"³⁰.

5. Responsabilità "contrattuale"³¹ ed extracontrattuale: una "pacifica" coesistenza

Dopo aver cercato di richiamare, seppur sinteticamente, anni di sviluppo giurisprudenziale e dottrinale, mi chiedo, ora, quale è lo scenario che ci viene lasciato in eredità da questi persuasivi ragionamenti e quale il modo per superare - o, quantomeno, tentare di superare - una situazione di stallo che non dà cenni di risoluzione e che, stante la forte diversità di applicazione da parte degli stessi giudici, potrebbe anche essere causa di ingiustificate disparità di trattamento in presenza di situazioni oggettivamente affini.

Siamo davvero certi che il riconoscimento della natura contrattuale prenda le mosse solo dalla constatazione dell'esistenza di un rapporto qualificato e che non sia invece anche un facile escamotage per soddisfare le esigenze di risposta lasciate insoddisfatte dallo stesso revirement della Corte Suprema?³² E, ancora, ascrivendo tale ipotesi - invero assai numerose - nell'alveo della responsabilità a titolo contrattuale non si finirebbe forse per vanificare l'operatività stessa dell'art.2043 cod. civ., erodendo sempre di più i suoi campi di applicazione?³³ Come selezionare poi, tra le varie situazioni di contatto, quelle meritevoli di tutela?³⁴

A ben vedere siffatto tentativo, operato dalla dottrina prima e dalla giurisprudenza poi, lascia ancora irrisolte numerose questioni e non è immune da forti critiche: indubbia da un lato è la sussistenza di un affidamento obiettivo³⁵ e la presenza di obblighi ricondotti

²⁸ Si v. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Dir. e Formazione* 2005, 222, secondo cui "le condivisibili esigenze di semplificazione probatorie [...] possono essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c."

²⁹ Riguardo all'onere della prova: è il debitore che deve vincere la presunzione di colpa; riguardo alla prescrizione: prescrizione decennale nel caso di responsabilità contrattuale. Anche se invero un sacrificio viene sofferto a carico del creditore in ambito contrattuale rispetto all'ambito extracontrattuale: - nel caso di inadempimento doloso - il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel momento in cui è sorta l'obbligazione mentre tale limite non sussiste in ambito extracontrattuale.

³⁰ Si v. Cass. civ. sez. I, 10 gennaio 2003, n.157, in *Foro.it*, 2003, I, 78, con nota di F.Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione afferma un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*.

³¹ L'uso delle virgolette evoca quanto affermato da SCOGNAMIGLIO Claudio, Lezione magistrale 13 marzo 2015, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, nella sua trattazione inerente alla responsabilità del contatto sociale, il quale sottolinea la necessità di specificare sempre il "cosiddetta" perchè tale responsabilità "non deriva da un contratto, ma dal contatto sociale".

³² Mi riferisco alle problematiche - sopra riportate - inerenti all'onere della prova in ambito extracontrattuale e all'evidente avvicinamento di questo - a seguito dell'applicazione nella prassi giurisprudenziale - con quanto previsto dal legislatore in ambito contrattuale.

³³ Riguardo a quest'ultima critica trovo corretto sottolineare come la teoria delle obbligazioni senza prestazione trovi il suo Paese di nascita non in Italia, bensì in Germania e questo per dare risposta alle esigenze derivanti dall'assenza, in tale ordinamento, di una clausola generale equivalente al nostro art.2043 cod.civ. Si voleva così ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale ipotesi che altrimenti non avrebbero trovato la giusta tutela stante l'inadeguatezza della previsione legislativa.

³⁴ Mancando in ambito contrattuale qualsiasi riferimento ad un giudizio prognostico sulla spettanza del bene o ad un accertamento circa l'ingiustizia del danno.

³⁵ Anche se in realtà, così come è stato rilevato per l'art.1337 cod.civ., il vero fondamento dell'obbligazione non sarebbe l'affidamento obiettivo, bensì l'interferenza tra due sfere giuridiche. Interferenza che indubbiamente riscontriamo anche all'art.2043 cod.civ.

- ex lege - in capo alla Pubblica Amministrazione, che non permette di richiamare un rapporto tra due "meri passanti"; dall'altro sembra essere pericolante la costruzione contrattualistica nella parte in cui svincola il riconoscimento del risarcimento da qualsiasi valutazione riguardo alle situazioni che creano contatto e agli interessi che vengono in rilievo, potendo così essere rivendicato un risarcimento a titolo contrattuale da parte di chiunque venga ad instaurare - in forza del procedimento amministrativo - uno specifico rapporto con l'ente.

A parere di scrive però la "prova di forza" che ha tenuto occupate dottrina e giurisprudenza in questi anni, nell'intento di far prevalere la propria tesi su quella altrui, vantando pregi e benefici, ha avuto come risultato quello di portare in secondo piano un elemento di analisi che, invero, dovrebbe rivestire un ruolo centrale: nel momento in cui il privato si appresta a chiedere il risarcimento per danno da contatto, quale danno viene risarcito? Ricollocando il dibattito in tale prospettiva viene offerto il destro per una considerazione non del tutto banale: laddove il privato non si veda riconosciuta - nel giudizio prognostico (nell'ambito di lesione di un interesse legittimo pretensivo) - la spettanza del bene, potrebbe sempre chiedere il risarcimento del c.d. danno da contatto³⁶. In quest'ottica quindi il risarcimento del danno da contatto si presenterebbe come complementare rispetto al risarcimento per la lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo³⁷.

Sviluppando tale procedimento argomentativo si arriva a comprendere come il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale non comporti l'automatica negazione della responsabilità "contrattuale": i due titoli sembrano, viceversa, correre su binari paralleli.

Così ragionando, infatti, le contrapposte tesi sopra sostenute sembrerebbero non parlarsi: da una parte la responsabilità extracontrattuale viene in rilievo nei casi di lesione di diritto soggettivo o di interesse legittimo pretensivo (o oppositivo) a cui sottende il bene della vita; dall'altra la responsabilità "contrattuale" rientra in quelle ipotesi in cui vengono violati gli obblighi procedimentali di correttezza e imparzialità riconosciuti in capo all'Amministrazione.

Da una parte quindi - con riferimento al diritto soggettivo o all'interesse legittimo- si rientrerebbe nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, rassicurando così i timori riguardo all'assenza di un qualsiasi giudizio inerente la spettanza del bene o l'accertamento dell'ingiustizia del danno, mediante la previsione degli oneri - più gravosi - richiesti dall'art.2043 cod. civ.; dall'altra non verrebbe sminuito l'effettivo contatto che viene ad instaurarsi tra privato e Amministrazione e gli obblighi riconosciuti ex lege in capo a quest'ultima.

Una conferma in tal senso ci viene offerta anche dalla ricostruzione adottata in ambito giurisprudenziale, significativa è la pronuncia del TAR del Lazio sez. I, n.291/2007 , laddove si afferma quanto segue: "la responsabilità dell'amministrazione conseguente alla emanazione di un atto illegittimo può essere ricostruita sia come violazione dei

³⁶ Così, TAR Lazio, 5 novembre 2007, in *Foro amm.* TAR 2007, 11, 3463 (s.m), "Escluso un danno da mancato raggiungimento di un utile economico (...), ritiene il Collegio che non possa però escludersi il riconoscimento del c.d. danno da contatto, che tutela l'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra Amministrazione e privato".

³⁷ Sul punto, Cons. di Stato Sez. VI, 15 aprile 2003, n.1945, in *Riv. amm.* R. It., 973, nota di Capuzza, "la ricostruzione della responsabilità dell'Amministrazione in termini di responsabilità derivante dalla mera violazione degli obblighi imposti a presidio dell'affidamento del privato, meritoria laddove consente di ristorare in via equitativa il pregiudizio anche nelle ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale, non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediabile della tutela ristoratoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al quantum, il risarcimento del danno pieno, subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita".

doveri connessi al "contatto procedimentale" con il privato (con conseguente identificazione del danno con i pregiudizi economici conseguenti alla illegittimità e a prescindere dalla "utilità finale" desiderata) che come responsabilità aquiliana conseguente alla lesione dell'interesse legittimo cui si correla la utilità finale".³⁸

Ricondurre anche il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi o interessi legittimi alla responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione per violazione di obblighi di correttezza significherebbe dire che, ogni qualvolta l'Amministrazione adotti un provvedimento illegittimo, per ciò solo il ricorrente - che in forza del procedimento amministrativo è entrato in "contatto" con la stessa - avrà diritto al risarcimento del danno, senza alcuna opera di selezione quale un giudizio sulla spettanza del bene o l'accertamento dell'ingiustizia del danno. Con l'assurda conseguenza - portando il ragionamento agli estremi confini - che chiunque faccia valere un vizio di procedimento può ottenere il risarcimento del danno, indipendentemente da qualsiasi giudizio prognostico circa la spettanza del bene, quindi, anche se, paradossalmente, il soggetto dovesse vantare una mera aspettativa e non un effettivo affidamento riguardo al conseguimento dell'utilità finale.³⁹

Non escludendo dallo scenario la possibile responsabilità "contrattuale" dell'Amministrazione, in che cosa consisterà il risarcimento nel caso di violazione degli obblighi di correttezza procedimentale?

Per valutare il quantum del risarcimento bisogna tenere a mente quanto - sopra - esposto riguardo al rapporto tra obblighi di protezione dell'affidamento e responsabilità precontrattuale⁴⁰: la responsabilità per violazione di obblighi di protezione (all'interno della cui categoria ritroviamo anche la violazione degli obblighi di correttezza e imparzialità da parte dell'Amministrazione) - scaturenti dall'affidamento - si pone in un rapporto di genere a specie rispetto alla responsabilità precontrattuale, allora, ciò detto, possiamo arrivare all'ultimo gradino di questa nostra scala argomentativa affermando che il risarcimento - nell'ambito della tematica della responsabilità della Pubblica Amministrazione - dovrà avvenire secondo lo schema dell'interesse negativo⁴¹ (così come avviene nel caso di responsabilità precontrattuale).

³⁸ Sul punto anche Cons. Stato Sez.IV, 29 gennaio 2008, n.248, in *Riv. giur. edilizia* 2008, 3, I, 764, "sarebbe enucleabile dal novero degli interessi pretensivi, e piuttosto accanto a essi, un ambito di interessi procedurali, la cui violazione integrerebbe un titolo di responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita".

³⁹ Sul punto, NAVARRETTA Emanuela, *III La responsabilità e il danno*, pag.245, Milano, Giuffrè editore 2009, cit., "Per la giurisprudenza che abbraccia la tesi della responsabilità contrattuale è chiaro che non si possa più ammettere alcuna selezione rispetto agli interessi legittimi (...). Anche colui che senza poter vantare alcun affidamento verso un risultato che, magari con certezza non gli spetta, potrebbe pretendere un risarcimento del danno, lamentando un qualunque profilo di illegittimità della condotta della p.a.".

⁴⁰ Sul punto si veda, ZACCARIA Alessio, *"La resistibile ascesa del contatto sociale"*, in *Riv.Dir.Civ.*, 2013, 1, 77, "Ciò che caratterizza questa giurisprudenza (quella in tema di responsabilità della PA) rispetto al resto della giurisprudenza in tema di responsabilità da contatto sociale è il richiamo che si trova, non di rado, compiuto alla disciplina della responsabilità precontrattuale, a sottolineare, se non altro, l'affinità delle tematiche".

⁴¹ Così TAR Lazio Sez.I, 23 aprile 2007, n.291, in *Foro amm.* TAR 2007, 9, 2805 (s.m.), nota di Scaglione, "Se infatti ci si pone nella prospettiva della responsabilità per violazione dei doveri connessi al contatto procedimentale, il danno risarcibile (secondo lo schema del cd. interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale) sarebbe costituito dalle spese sopportate nell'ambito del procedimento (danno emergente) e dalla perdita di altre possibili opportunità di guadagno (lucro cessante); se invece ci si colloca nella prospettiva della responsabilità aquiliana per lesione dell'interesse legittimo e perdita della utilità finale, a parte la esigenza - allorché vengano in rilievo, come nella fattispecie, interessi di tipo pretensivo - di un giudizio prognostico in ordine alla effettiva spettanza della utilità finale, il danno risarcibile sarebbe costituito dalla perdita dei guadagni che sarebbero derivati dal conseguimento della

Si è giunti così forse a trovare un compromesso tra due posizioni che si presentavano radicalmente opposte. Fermo restando che una simile costruzione teorica, seppur certamente persuasiva, dovrà sempre superare la prova dell'applicazione giurisprudenziale.

Alla luce di quanto sopra esposto, torniamo ora al caso in rassegna. Nel caso di specie il giudice riconosce la presenza di una responsabilità di tipo contrattuale in capo all'Amministrazione, facendo leva proprio sul contatto che si è venuto a creare a seguito dell'instaurarsi del procedimento amministrativo e dei relativi obblighi riconducibili - ex lege - in capo alla Pubblica Amministrazione.

Siamo sicuri che la sua presa di posizione sia così netta? Proseguendo a leggere il passaggio seguente della sentenza ci accorgiamo come, alla luce di un'analisi più accurata, - ironicamente - il giudice, dopo aver affermato che "ritenuta l'esistenza del rapporto, può stimarsi esistente il danno", si preoccupi di richiamare la circostanza che "prima dell'adozione dei provvedimenti di diniego, egli (il ricorrente) sarebbe stato assunto con contratto di collaborazione domestica", procedendo poi ancora a porre l'accento sulla rilevanza costituzionale del diritto leso. Affermazione del tutto superflua⁴² nel caso di piena e totale adesione alla teoria contrattualistica della responsabilità della Pubblica Amministrazione e allora perché l'interprete ha sentito il bisogno di specificare questo aspetto? Sembra quasi che il giudice abbia voluto sopperire alle lacune della responsabilità contrattuale e superare così l'ostacolo della mancanza di accertamento circa l'ingiustizia del danno, anticipando egli stesso il possibile esito. Rimanendo saldamente ancorato alla sua tesi - sposata invero sin dall'inizio della sua ricostruzione - tenta comunque di far proprio uno degli elementi caratterizzanti la responsabilità aquiliana - seppur in maniera molto velata, senza operare un espresso richiamo-⁴³

I fautori della teoria contrattualistica avvertono quindi il timore di quanti rivendicano la necessaria presenza di un giudizio sulla spettanza del bene o sull'ingiustizia del danno⁴⁴ anche in uno scenario dove il rapporto è tra due soggetti predeterminati; mentre - sul versante opposto - i sostenitori della tesi aquiliana - con voli pindarici - per l'individuazione dell'elemento soggettivo della colpa sembrano avvicinarsi sempre più pericolosamente al terreno della responsabilità contrattuale. Siamo sicuri che la creazione di una responsabilità sui generis - frutto della "discrezionalità" del giudice per far fronte alle esigenze del caso concreto - sia davvero necessaria nell'ambito della responsabilità della Pubblica Amministrazione per il risarcimento dei danni derivati da un provvedimento illegittimo? Se invece fosse possibile risolvere i problemi pratici utilizzando i validi strumenti già messi a disposizione dal nostro legislatore? Si

utilità medesima al netto dei relativi costi". Così anche, TAR Firenze, Sez.I, 5 febbraio 2015, n.230, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

⁴² Sono consapevole del fatto che il richiamo alla stipulazione del contratto sia necessario in fase di liquidazione del danno da lucro cessante così come il richiamo alla rilevanza costituzionale del diritto è necessaria per la liquidazione del danno non patrimoniale, non nego però che la collocazione di tale inciso in quel segmento della trattazione ha destato in me non pochi dubbi a riguardo (dubbi che sopra ho riportato).

⁴³ Così NAVARRETTA Emanuela, *III La responsabilità e il danno*, Milano, Giuffrè editore 2009, pag.251 ss., cit., "Si aggiunge la banale constatazione che non vi è ragione di ricercare faticosamente di delimitare l'ambito dei legittimati a pretendere il risarcimento, quando nel nostro sistema il criterio selettivamente chiamato a filtrare gli interessi che meritano tutela risarcitoria è l'ingiustizia del danno, da cui incomprensibilmente si tende a sfuggire".

⁴⁴ Ingiustizia del danno che, in ambito contrattuale, si presenterebbe in re ipsa per il solo fatto dell'inadempimento da parte del soggetto "creditore" degli obblighi a lui riconosciuti ex lege, in forza dello status che riveste e del contatto che viene ad instaurarsi con un soggetto determinato - come nel caso della P.A. -, o in forza di un contratto.

risparmierebbero indubbiamente molto lavoro e fatica e si valorizzerebbe quanto abbiamo sempre avuto tra le pagine del nostro codice civile, assicurando così - una volta sottratta la scelta del regime da applicare alle oscillazioni totalmente "discrezionali" della giurisprudenza - una tutela omogenea e coerente per situazioni oggettivamente uguali.

6. I diritti dello straniero: mancanza di cittadinanza equivale a mancanza di diritti?

Prima di procedere all'analisi circa il risarcimento del danno - per coerenza logica ed espositiva - vorrei soffermarmi su un aspetto che, sin dalla prima lettura della sentenza in esame, ha suscitato in me intensa curiosità: il soggetto che viene leso dal comportamento della Pubblica Amministrazione non è un cittadino o uno straniero con permesso di soggiorno, bensì uno straniero irregolare.

Quando sono sottoposte alla nostra attenzione le vicende - in ambito civile - che quotidianamente sono proposte nelle aule dei Tribunali, la mente critica corre subito all'analisi della natura della responsabilità e al conseguente regime applicabile, finendo quasi per considerare palese il fatto che quei diritti - fatti valere in giudizio - debbano essere riconosciuti senz'altro al soggetto leso. Possiamo operare un tale automatismo logico anche nel momento in cui a chiedere il risarcimento, per la lesione di quegli stessi diritti che la Carta costituzionale richiama con tanta enfasi, sia un soggetto, non solo extracomunitario, bensì clandestino? Affermiamo l'esistenza di diritti dell'uomo inviolabili, indipendentemente dalla cittadinanza o dallo Stato di origine, ma quando sul piano pratico si avverte l'esigenza di individuare tali diritti, la nostra opera di selezione sarà il frutto di un'interpretazione restrittiva o estensiva?

La questione è peculiare, forse perché non è mai stata dedicata la giusta attenzione a questo tema che, soprattutto ai giorni nostri - dove assistiamo all'inarrestabile crescita del fenomeno immigratorio - dovrebbe invece costituire il perno di accesi dibattiti. Quindi, senza ulteriore indugio, procediamo con la trattazione⁴⁵.

"Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli"^{46, 47}.

Questa affermazione ci consente di muovere con alcune preliminari considerazioni. All'interno nel nostro ordinamento il primo nodo interpretativo - nell'ambito della disciplina sullo straniero - che dobbiamo sciogliere è quello concernente l'art.16 prel. cod. civ.⁴⁸ il quale prevede quella che viene definita "condizione di reciprocità"⁴⁹. Inevitabile era la collisione di questa norma - che riporta come anno di nascita il 1942 - con la Carta costituzionale, che promuove la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. La clausola considerata individualmente - prima dell'avvento rivoluzionario della

⁴⁵ Consapevole di allontanarmi dai confini del dibattito oggetto della sentenza, ritengo comunque sia doveroso accennare a questo delicato aspetto, senza recepire come cosa ovvia il riconoscimento dei diritti lesi (nel caso di specie: "ritenuta la violazione del diritto del soggetto a prestare attività lavorativa ed a vivere quindi, per la ottenuta retribuzione, un'esistenza libera e dignitosa (art.36 Cost.)") solamente "perché così viene affermato nella sentenza", ma provando a scoprire le trame di questo intricato ragionamento.

⁴⁶ BOBBIO Norberto, *"L'età dei diritti"*, Torino, Einaudi, 1990.

⁴⁷ Sul tema anche *"Giustizia insieme. Movimento per la Giustizia art.3"*, pagg.171 ss., Aracne editrice S.r.l., I edizione, 2011.

⁴⁸ Così richiamato anche dall'art.10 Cost.

⁴⁹ Art.16 prel. cod.civ. "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali". Registrandosi così un cambio di direzione rispetto alla previsione contenuta nel codice previgente: art.3 cod.civ. 1865 ai sensi del quale "lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini"; evidentemente considerato troppo liberale per il legislatore del 1942.

Costituzione - lasciava intendere che lo straniero potesse esercitare i diritti civili solamente nel caso in cui analoghi diritti erano contemplati nel suo ordinamento di origine a favore dei cittadini italiani; con il rischio che tale strumento fosse utilizzato dallo Stato italiano stesso non come punto di forza per il riconoscimento dei diritti fondamentali in tutti i Paesi del mondo, bensì come una ritorsione contro lo Stato straniero che privi il cittadino italiano di eguali diritti.

Con l'avvento della Costituzione - soprattutto dell'art.2 - l'art.16 prel. non poteva che essere reinterpretedato con la lente del costituente - senza dimenticare poi che a questa fitta rete di diritto positivo si è aggiunto, nel 1988, il Testo Unico sull'immigrazione⁵⁰ - mutando così il suo terreno di applicazione.

Alla luce di quest'assetto normativo non ci resta che individuare l'ambito residuo di applicazione dell'art.16 prel. cod. civ., tenendo conto del fatto che questa disposizione è ancora presente nel nostro articolato normativo, non essendo mai stata abrogata da alcuna legge o da alcun intervento della Corte Costituzionale⁵¹.

Il dubbio sembra interessare - principalmente - il fenomeno degli stranieri irregolari⁵²: considerando il fatto che il T.U. sull'Immigrazione all'art.2 co.2 mostra una certa apertura nei confronti dello straniero regolarmente presente sul territorio riguardo al riconoscimento dei diritti civili.

Sembra più coerente interpretare la coesistenza tra l'art.16 prel. cod. civ.⁵³ e i principi enunciati nella Carta costituzionale, nel senso che - con specifico riferimento all'immigrato irregolare⁵⁴ - la condizione di reciprocità sarà invocabile solamente nei

⁵⁰ D.lgs. n.286/1998 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", che all'art.2 dispone "Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti". Potendo così rientrare tale TU nel richiamo generale operato dall'art.16 prel. cod.civ. alle leggi speciali.

⁵¹ Corte Cost. sent.105/2001, in *DeJure* banca dati, "Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani".

Riguardo poi il riconoscimento del diritto di eguaglianza di cui all'art.3 Cost., la stessa Corte con sent.120/1967, in *DeJure* banca dati, ha affermato "(...)"l'art. 3 della Costituzione non deve farsi con questa norma, isolatamente considerata, ma con la norma stessa in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare quei diritti fondamentali".

⁵² L'art.2 del T.U. sull'immigrazione infatti al secondo comma dispone che "Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione".

⁵³ Sul punto, IZZO Umberto, *"Giustizia insieme. Movimento per la Giustizia art.3"* pag.181, Aracne editrice S.r.l., I edizione, 2001, "(con riferimento all'art.16 prel.) meccanismo che venne introdotto nel nostro ordinamento alla fine del 1938, nel pieno di una stagione che pochi mesi prima aveva celebrato la promulgazione dei primi Regi Decreti a difesa della razza italiana"

⁵⁴ Tenendo sempre come punto di riferimento il caso in esame dove il sig. Jonuz, cittadino albanese, a causa del diniego del provvedimento per la regolarizzazione del lavoro subordinato e della conseguente pronuncia del decreto di espulsione, si è trovato di fatto a versare nella condizione di straniero irregolare sul suolo italiano.

casi in cui non vengano in rilievo i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e riconosciuti all'individuo in quanto tale.⁵⁵

In conclusione, con riguardo al caso di specie, è pacifico come l'art.36 Cost. - di cui il giudice accerta la violazione - possa rientrare a pieno titolo nel novero dei diritti fondamentali riconosciuti all'individuo⁵⁶.

7. Risarcimento: ricostruzione alla luce dell'adesione alla tesi aquiliana

In seguito alle considerazioni - poco sopra - riportate riguardo alla natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione, mi sento di aderire - discostandomi così dall'approccio adottato dal giudice de quo - alla tesi aquiliana. Il ricorrente, infatti, nel proporre la propria domanda risarcitoria non avrebbe chiesto il risarcimento del mero danno da violazione dell'obbligo di protezione (risarcibile solo in termini di interesse negativo secondo la tesi esposta in precedenza); bensì il risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse meritevole di tutela, anzi, rectius, utilizzando le parole dello stesso giudice, nel caso di specie abbiamo "la violazione del diritto al soggetto a prestare attività lavorativa ed a vivere quindi, per la ottenuta retribuzione, una esistenza libera e dignitosa (art.36 Cost.)".

Muovendo da queste considerazioni dobbiamo ora procedere con l'accertamento della presenza di tutti gli elementi richiesti per il riconoscimento della responsabilità aquiliana.

Nel caso di specie il sig. Jonuz chiede il risarcimento di euro 75 mila a titolo di danno patrimoniale per lucro cessante e di euro 400 mila per danno non patrimoniale. Prima di procedere però al quantum del risarcimento è bene soffermarci sull'an dello stesso.

Fermo restando - anche alla luce di quanto affermato circa i diritti dello straniero - che al sig. Jonuz è consentito chiedere ed ottenere il risarcimento per la violazione di diritti inviolabili⁵⁷ (art.36 Cost.), dobbiamo ora accertare la sussistenza della responsabilità in capo alla Pubblica Amministrazione.

Ci viene in soccorso - nel procedere all'accertamento - la stessa giurisprudenza delle SS.UU., la quale - nella storica sentenza 500/1999 - così ha disposto: "Il detto giudice, onde stabilire se la fattispecie concreta sia o meno riconducibile nello schema normativo delineato dall'art.2043 c.c., dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini: a) in primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) procederà poi a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno

⁵⁵ Così, Cass. civ. sez.II, 21 marzo 2013, n.7210, in *Guida al diritto* 2013, 23, 58 (s.m), "il principio di reciprocità non riguarda qualsiasi diritto rivendicato dallo straniero. Sono esclusi dal suo ambito applicativo, in primo luogo, i diritti che la Costituzione repubblicana e le Carte internazionali attribuiscono ad ogni individuo per la sua stessa qualità di persona umana (...) pertanto, proprio nella prospettiva dell'universalità della persona umana, chiunque, senza distinzione tra cittadino e straniero, e senza distinzione tra straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato e straniero privo di un titolo o un permesso di soggiorno, ne è titolare" -prosegue poi- "la giurisprudenza di questa Corte - dando continuità e suggello ad orientamenti emersi presso i giudici di merito già prima della citata riforma legislativa del 1998 - ha chiarito che l'art.16 preleggi sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona, dal momento che i diritti fondamentali, siccome riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da tale articolo".

⁵⁶ Cass. civ. sez. III, 11 gennaio 2011, n.450, in *Foro.it*, 2011, 2, I, 394, "La sentenza di questa Corte n.1681/1993, come notato dalla dottrina più attenta, finiva per limitare i diritti inviolabili dell'uomo a quelli successivamente e specificatamente elencati dalla stessa carta Costituzionale (art.13 e segg.). Va invece osservato che il catalogo dei diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente garantiti, non costituisce numero chiuso".

⁵⁷ Sul punto, Cass. civ. sez. II, 21 marzo 2013, n.7210, in *Guida al diritto* 2013, 23, 58 (s.m), "Allo straniero, sia o meno residente in Italia, è sempre consentito (a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità) domandare al giudice italiano il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona".

ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, sia esso un interesse indifferenziatamente tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo) ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o altro interesse giuridicamente rilevante e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto⁵⁸; c) dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, se l'evento dannoso sia riferibile alla condotta della P.A.; d) provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A."

Dal percorso così delineato deve principiare il nostro accertamento inerente all'an del risarcimento.

Il ricorrente lamenta di aver subito un danno - patrimoniale e non patrimoniale - a seguito dell'adozione di un provvedimento illegittimo da parte dell'Amministrazione, per aver dovuto vivere in condizione di clandestinità sul territorio italiano, non avendo potuto così svolgere un lavoro regolare che gli permettesse di percepire una retribuzione proporzionata, la quale gli avrebbe consentito di vivere una vita dignitosa. Bisogna richiamare all'attenzione come - prima dell'adozione dei provvedimenti di diniego da parte dell'Amministrazione - il sig. Jonuz avesse intrapreso il procedimento di emersione per ottenere la regolarizzazione del lavoro subordinato presso il sig. Carlini; procedimento che è giunto ad esito positivo a seguito dell'annullamento del diniego di revoca e dell'ottenimento del permesso di soggiorno.

Così delineati i confini della vicenda rileva come il danno debba essere senz'altro considerato ingiusto⁵⁹: la condotta imputabile alla Pubblica Amministrazione si è mostrata idonea a ledere un diritto costituzionalmente garantito quale quello sancito all'art.36 Cost - così richiamato anche dal giudice - ossia il diritto a svolgere attività lavorativa, ottenendo una retribuzione che consenta di vivere una vita dignitosa e libera. L'approccio aquiliano alla responsabilità della Pubblica Amministrazione ci consente invero di operare quella selezione dei danni risarcibili tanto invocata in una dimensione - quale quella contrattuale⁶⁰ - dove l'ingiustizia si presenta in re ipsa portando così, con riferimento alle ipotesi di adozione di provvedimenti illegittimi, ad ampliare pericolosamente l'ambito dei danni risarcibili da parte della Pubblica Amministrazione⁶¹.

Più spinoso è l'accertamento della colpa dell'apparato. Nel momento in cui decido di analizzare il caso con la lente della responsabilità aquiliana, finisco inevitabilmente a

⁵⁸ E' questo inciso che mostra la massima apertura della Suprema Corte nei confronti della risarcibilità degli interessi legittimi: non viene più considerato ingiusto solamente quel danno lesivo di diritti soggettivi, bensì - più correttamente - quel danno che incide su un interesse rilevante per l'ordinamento, indipendentemente dal nomen.

⁵⁹ Affinché un danno possa considerarsi ingiusto, alla luce del nostro ordinamento, questo deve essere non iure, ossia la condotta non deve risultare giustificata dal nostro ordinamento, e contra ius, ossia lesivo di un interesse meritevole di tutela.

⁶⁰ Sul punto, NAVARRETTA Emanuela, *III La responsabilità e il danno*, pag.160, Milano, Giuffrè editore, 2009, cit., "nella dimensione contrattuale è sempre necessario e sufficiente che si integri la condotta vietata senza bisogno che si dia alcuna dimostrazione autonoma della lesione di un interesse giuridico e della sua prevalenza. (...) La diversità reale tra i due ambiti è che il contratto ha il potere di conferire rilevanza giuridica anche ad interessi di mero fatto mentre nell'ambito aquiliano questi non possono trovare alcuna protezione".

⁶¹ Sul punto bene OSELLA Stefano, *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Volume 17, pag.3, cit., "l'ingiustizia ha quindi una funzione selettiva: l'antigiuridicità - l'iniuria - entra in qualche modo a far parte della fattispecie di illiceità di cui all'art.2043 cod.civ. nel momento in cui diviene necessario discriminare tra danni risarcibili e non risarcibili. Il danno ingiusto sarà, pertanto, quel danno che l'ordinamento impone di internalizzare". Riguardo alle Pubbliche Amministrazioni poi, cit., "vi sono poi pregiudizi da sempre ritenuti sostenibili ma che, ad un certo punto, non vengono più tollerati, quali quelli inflitti dalle Pubbliche Amministrazioni che, per lungo periodo di tempo godevano di una posizione di privilegio all'interno del risarcimento del danno".

dover accertare l'imputabilità dell'evento dannoso a dolo o colpa della resistente, in quanto non dovrebbe operare il meccanismo della presunzione di colpa che troviamo nell'ambito contrattuale. Dico "non dovrebbe" perché in realtà - come è stato messo in luce nei precedenti paragrafi - la pronuncia delle Sezioni Unite del 1999 ha lasciato insoddisfatta la giurisprudenza, richiamando, per l'accertamento della colpa, elementi indicatori di dubbia forza, così finendo per riportare alla luce - secondo alcuni autori - la colpa dell'apparato stesso in re ipsa per l'illegittimità del provvedimento adottato.

Non potendo accettare un simile discrimine tra Pubblica Amministrazione e soggetti privati dell'ordinamento, ritengo quindi che sia più corretto aderire a quella giurisprudenza che, per ovviare alla lacuna lasciata in eredità dalla sentenza 500/1999, ha riconosciuto - anche in ambito extracontrattuale - la possibilità per il privato di invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione di colpa, ammettendo poi in capo all'Amministrazione la possibilità di dimostrare la scusabilità dell'errore⁶².

Ritornando ora al caso di specie, è evidente come sussista l'elemento della colpa della Pubblica Amministrazione, la quale - peraltro - non ha neanche tentato di dimostrare la propria scusabilità asserendo l'imputabilità del danno allo stesso comportamento del ricorrente, il quale sarebbe rimasto sul suolo italiano nonostante l'adozione del decreto di espulsione. Tesi che presenta scarsa forza persuasiva: non solo per il fatto che il soggetto era stato espulso in forza di un provvedimento illegittimo, ma soprattutto per il fatto che - come correttamente messo in luce dal giudice de quo - ai sensi del decreto legge n.195/2002 non può essere adottato un provvedimento di espulsione in pendenza della procedura di legalizzazione del lavoro irregolare⁶³. Riguardo all'illegittimità del provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca del decreto di espulsione e dell'atto sotteso, questi sono stati dichiarati illegittimi in sede di rinvio dal giudice di pace di Roma.

Infine, il nesso di causalità⁶⁴ tra l'evento dannoso e il comportamento della Pubblica Amministrazione⁶⁵ è lampante: il ricorrente - prima dell'adozione dei provvedimenti illegittimi - aveva avviato un procedimento di emersione per la regolarizzazione del lavoro, poiché stava lavorando presso il sig. Carlini come domestico e percependo così una retribuzione. Retribuzione che non gli sarebbe più stata concessa a causa del diniego del nulla osta per la legalizzazione del lavoro e del decreto di espulsione⁶⁶.

⁶² Sul punto - nuovamente - Consiglio di Stato sez. V, 31 luglio 2012, n.4337, in *Foro amm. CDS* 2012, 7-8, 1980, (s.m), "in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile (Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2010, n.3367)".

⁶³ Per coerenza espositiva è giusto sottolineare come l'art.2 del decreto legge nell'ultimo inciso disponga "salvo che risultino (i lavoratori in attesa di regolarizzazione) pericolosi per la sicurezza dello Stato". Non sarebbe questo il caso del ricorrente, infatti, fermo restando il fatto che una segnalazione nel SIS non giustifica l'adozione di tale provvedimento dovendo dispiegarsi un'istruttoria da parte dello Stato per verificare le cause che hanno portato all'inserimento del nominativo nel Sistema, è stato ritenuto come fosse insufficiente adottare un decreto espulsivo richiamando semplicemente la "compatibilità" della foto e, soprattutto, è stata provata l'inesistenza della denuncia stessa a carico del soggetto leso.

⁶⁴ PUCELLA Roberto, Lezione magistrale 5 marzo 2015, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, cit., "La domanda a cui risponde la causalità giuridica è: quali conseguenze tra quelle derivanti dal fatto illecito possono essere ascritte al responsabile? Di quali danni costui si deve fare carico?"

⁶⁵ PUCELLA Roberto, Lezione magistrale 5 marzo 2015, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, cit., "L'indagine causale si scompone di due momenti: la prima guarda al fatto, la seconda alla selezione delle conseguenze risarcibili".

⁶⁶ Cass. civ. sez. III, 24 aprile 2001, n.6023, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 874, "Il nesso causale può essere considerato sussistere solo quando tra il fatto iniziale e l'evento vi sia un rapporto che presenta gli estremi di una sequenza costante". E' doveroso ricordare come in tale sequenza non si inserisca il presunto fatto del ricorrente, non avendo questi concorso ex art.1227 cod.civ. con la propria condotta a causare il danno

Accertata quindi la sussistenza della responsabilità in capo all'Amministrazione, procediamo ora con l'analisi del quantum del risarcimento⁶⁷.

Il ricorrente denuncia e prova l'avvenuto danno patrimoniale per lucro cessante a seguito del diniego di nulla osta per la regolarizzazione del posto di lavoro, che non gli avrebbe permesso di continuare a percepire la retribuzione per il lavoro svolto. Per la liquidazione del danno il giudice - correttamente - fa riferimento all'importo della retribuzione mensile percepita prima della procedura di emersione e quella che si dichiara nel contratto stipulato in data 18.03.2012, a seguito del rilascio di permesso di soggiorno.

Il danneggiato chiede altresì il risarcimento per i danni non patrimoniali per aver dovuto vivere come clandestino, con la seguente compromissione di diritti costituzionalmente garantiti⁶⁸ quale il diritto ad un lavoro regolare, il diritto all'assistenza sanitaria, il diritto alla libera circolazione. In questo caso il danno non patrimoniale è liquidato in via equitativa ex art.1226 cod. civ., avendo avuto riguardo alla giovane età del ricorrente e quindi all'incidenza sullo stesso dell'impossibilità di accedere a un lavoro regolare⁶⁹. La risarcibilità dei danni non patrimoniali allo straniero è stata ribadita dalla stessa Corte di Cassazione, la quale nel 2011⁷⁰ ha così disposto: "allo straniero, indipendentemente dalla condizione di reciprocità, compete il risarcimento dell'intero danno non patrimoniale, di cui all'art.2059 cod. civ., allorché esso sia liquidato non come ipotesi espressamente prevista dalla legge, ma quale risarcimento della lesione di un valore della persona umana, costituzionalmente garantito", ponendo così fine a qualsiasi dubbio in materia.

Così come la mia trattazione, anche la sentenza del giudice - seppur soffermandosi brevemente - ha concluso con quest'ultimo aspetto, dopo aver dedicato il cuore delle sue argomentazioni alla responsabilità della Pubblica Amministrazione. Responsabilità che - come abbiamo visto - non cesserà mai di essere oggetto di accesi dibattiti, i quali - alla fine di tutto - sono quelli che hanno esortato le nostre stesse riflessioni⁷¹.

per i motivi sopra riportati e ribaditi anche dal giudice de quo (pendenza del procedimento per la legalizzazione del lavoro irregolare e adozione di un decreto di espulsione illegittimo).

⁶⁷ Le regole operanti in ambito contrattuale riguardo all'individuazione del danno risarcibile sono applicabili anche in ambito extracontrattuale grazie al richiamo operato dall'art.2056 cod.civ. gli articoli 1223, 1226 e 1227 cod.civ.

⁶⁸ L'art.2059 cod.civ. trova operatività - oltre al caso di danno non patrimoniale derivante da reato ex art.185 c.p. - laddove sussista la lesione di diritti garantiti dal nostro costituente; si veda Cass. civile sez. III, 31 gennaio 2008, n.2379, in *Giust.civ.*, 2010, 3, I, 700.

⁶⁹ Ho deciso di richiamare la parte relativa alla liquidazione per una scelta di coerenza espositiva nella trattazione, non rilevando - con riguardo a questo aspetto - particolari controversie nella vicenda de qua.

⁷⁰ Cass. civ. sez. III, 11 gennaio 2011, n.450, in *Foro.it*, 2011, 2, I, 394.

⁷¹ BOBBIO Norberto, cit., "Il compito degli uomini di cultura è più che mai oggi quello di seminare dei dubbi, non già di raccogliere certezze".

IL CASO LIMITE DELLO STRANIERO EXTRACOMUNITARIO NON RESIDENTE IN ITALIA FRA RICONOSCIBILITÀ/COMMENSURABILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE E DIRITTI INVIOLABILI

di Vania Odorizzi

IL CASO

In data 8.8.2006 si verifica un incidente stradale mortale. Sarkor Mariuer, il conducente, alla guida di un'auto di sua proprietà, non assicurata, con a bordo tre passeggeri, perde il controllo del veicolo che urta violentemente contro la riva ascendente di un fossato. L'urto determina la roteazione in aria della vettura, che poi si arresta sul terreno agricolo adiacente la carreggiata. Decedono nel sinistro il conducente e Themar Klevor, il quale, fuoriuscito dall'abitacolo durante il volo in aria dell'auto, viene trovato senza vita sul fondo del fossato. Gli altri due passeggeri riportano lesioni. L'auto del conducente non risulta essere coperta da assicurazione, circostanza mai contestata. La madre, i due fratelli e la sorella, risiedenti in Albania, convengono perciò in giudizio Fondiaria SAI S.p.A., impresa designata per la liquidazione dei sinistri a carico del Fondo di Garanzia per le vittime della strada (ai sensi dell'art. 283, comma 1, lett b) del codice delle assicurazioni (D.Lgs. N. 209/2005)). Convengono inoltre Chiesa Teresa, erede del conducente deceduto. Propongono azione di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

Chiesi Teresa, convenuta contumace, rinuncia all'eredità. Si costituisce invece Fondiaria Sai S.p.A..

Il Tribunale di Bologna esamina la questione preliminare di rito eccepita dalla Fondiaria SAI S.p.A.: non sarebbe stato per questa correttamente integrato il contraddittorio, in violazione dell'articolo 102 c.p.c.. Questa infatti, aveva chiesto integrazione del contraddittorio dopo che Chiesi Teresa nel momento in cui depositava il verbale di rinuncia all'eredità, sottolineava la possibile sussistenza di altri eredi. Il giudice ordinava così alla parte attorea le ulteriori notifiche. Le ricerche portavano a risultati negativi e con ordinanza il giudice concedeva i termini di cui all'art 183 c.6, c.p.c.. L'eccezione sollevata contro tale ordinanza per violazione dell'art 102 c.p.c. viene dichiarata dal giudice infondata in quanto non sarebbe soddisfatto l'onere della prova, che grava su chi eccepisce la non integrità del contraddittorio, dando conto inoltre della diligenza con cui la parte attorea aveva condotto le ricerche. Sempre in via preliminare il Tribunale ritiene abbandonata ogni pretesa risarcitoria contro Teresa C., la quale ha rinunciato all'eredità.

Passando al merito la domanda dell'attore viene accolta. La convenuta aveva prima di tutto evidenziato come il trasportato deceduto nel sinistro fosse Themar Kleo (Valona, Albania, 08.06.1982), persona diversa da Themar Klevor (Valona, Albania, 08.06.1985), parente degli attori. Dall'istruttoria appare però dimostrato che la vittima dell'incidente è Themar Klevor: convergono verso tale conclusione le dichiarazioni dei due passeggeri superstiti, la documentazione anagrafica del Municipio, il decreto del Tribunale di Valona, la dichiarazione della zia e la deposizione resa dal medico legale. È provato anche il rapporto di parentela intercorrente fra il suddetto e gli attori.

Si premette che pacifica e non contestata è la responsabilità esclusiva di Sarkor Mariuer: oltre che dal rapporto della Polizia di Imola, in particolare risulta essere attestata dalla richiesta di archiviazione (per morte del reo) del processo penale iscritto a carico di Sarkor Mariuer per omicidio colposo (*"il fatto appare dovuto alla esclusiva e grave negligenza nella guida attribuibile a Sakor Mariuer, conducente dell'auto"*). Parte

convenuta però eccepisce il concorso colposo della vittima nel sinistro, in quanto questa non avrebbe fatto uso della cintura di sicurezza in violazione di quanto prescritto dal Codice della Strada, condotta omissiva rilevante ai sensi dell'art.1227 co.1 c.c. Il mancato uso delle cinture viene ritenuto "più probabile che non" dalla considerazione che, delle quattro persone in auto, solo Themar sia sbalzato fuori dall'abitacolo. Ciò considerato il Tribunale fa' proprio un orientamento consolidato in giurisprudenza che individua una cooperazione nel fatto colposo del passeggero che non utilizzando la cintura di sicurezza riporti lesioni e deceda in seguito ad un incidente stradale (Cass. Sez. III, 11 marzo 2004, n. 4993; Cass Civ. sez. III, 28 agosto 2007, n.18177): l'uso delle cinture avrebbe comportato con elevata probabilità un danno inferiore per la vittima. Ai sensi dell'art 1227 co.1 il risarcimento viene così diminuito del 30%.

Si passa dunque a quantificare il danno, patrimoniale e non patrimoniale, che Fondiaria S.p.A. dovrà risarcire alle parti attoree. Per quanto concerne il danno patrimoniale, questo va risarcito alla sola madre, per le spese da lei sostenute per il trasporto della salma in Albania. Tale danno va liquidato nella somma di 4.028,05 euro, somma inferiore rispetto alla somma individuata dall'attrice nell'atto di citazione e nella memoria conclusionale (5.218,05 euro), la quale per errore di computo risultava eccessiva. In riferimento al danno non patrimoniale (art 2059 c.p.c.), il tribunale dichiara di adottare per la sua quantificazione le Tabelle di Milano. Queste infatti, precisa, per la loro adeguatezza e razionalità consentono una valutazione omnicomprensiva delle singole voci concorrenti nel danno non patrimoniale, rispettando la sua unicità e tipicità. Tutto questo in conformità con quanto dichiarato dalla Cassazione a Sezioni Unite nelle sentenze n. 26972,26973, 26974, 26975 nel 2008, che ha dato lettura costituzionalmente orientata dell'art 2059 c.c.. Tutto ciò considerato, il danno da perdita del rapporto parentale rientra nell'ambito di applicazione dell'art 2059 c.c. ed inoltre in tale sottocategoria descrittiva deve considerarsi già di per sé compreso il danno morale. Diversamente si incorrerebbe in una duplicazione risarcitoria, del tutto priva di giustificazione. Per il giudice è indiscutibile che, in ragione dell'effettivo legame affettivo che si crea nella famiglia, la perdita di un congiunto determini un grave perturbamento d'animo. È altrettanto vero che il dolore, non essendo monetizzabile, potrà essere valutato in termini puramente equitativi, guardando al caso concreto e alle varie circostanze, fra cui l'età della vittima, la convivenza con la stessa, il grado di parentela e le condizioni della famiglia. Nel caso di specie si tiene presente che Themar Klevor era un ventunenne che aveva lasciato l'Albania e la famiglia da cinque anni per svolgere in Italia una vita autonoma e che manteneva i rapporti con i famigliari aiutandoli attraverso l'invio periodico una somma di denaro. Ciò considerato, applicando le Tabelle di Milano del 2013 e tenendo conto dell'età e delle aspettative di vita future del de cuius e dell'età dei singoli danneggiati, il danno patrimoniale viene quantificato in euro 100.000,00 nei confronti della madre e in euro 30.000,00 nei confronti di ciascun fratello. Somme che vengono ridotte del 30% in applicazione dell'art 1227 co.1 c.c. Si dichiara poi fondata l'eccezione sollevata dalla convenuta circa la necessità di adeguare l'entità del risarcimento alla realtà economico-sociale in cui vivono gli attori. Questo in quanto secondo detto Giudice, al risarcimento del danno va data una funzione meramente surrogante e compensativa delle sofferenze che derivano da un fatto illecito; ciò in conformità con un orientamento della giurisprudenza di legittimità (ad esempio Cass. n.1367/2000) e di merito (ad esempio Trib. Torino n.4932/2010). È necessario adeguare il potere d'acquisto della valuta in cui viene effettuata la liquidazione a quello del Paese di residenza degli attori per rispondere al principio di eguaglianza sostanziale e non determinare quindi un ingiustificato arricchimento da parte dei destinatari dell'arricchimento. Il Tribunale

guarda così al coefficiente previsto nel Decreto del Ministero del Lavoro 12.5.2003 per la “determinazione dei livelli di reddito equivalente, per ciascun Paese straniero, al reddito di cui all’art. 38, co.1, della L.28 dicembre 2001 n.448” che per l’Albania risulta essere pari a 0,4075. Inoltre viene accordata anche la rivalutazione monetaria, determinata secondo i dati Istat, intercorsa fra la data del fatto illecito che ha generato il danno e la data della decisione definitiva; viene altresì riconosciuto il pagamento degli interessi legali, determinabili attraverso criteri equitativi, da calcolare sulla somma via via rivalutata. Il debito di valuta così ottenuto sarà computato degli interessi moratori ex lege. Le somme dovute a titolo di rivalutazione ed interesse legali sono ridotte anch’esse adeguandole al potere d’acquisto della valuta nel paese di residenza degli attori. In conclusione, viene invece rigettata l’eccezione sollevata dalla Fondiaria SAI S.p.a, in cui contestava la risarcibilità del danno non patrimoniale alle parti attoree in quanto in Albania il codice non contempla la risarcibilità del danno non patrimoniale: di qui l’inesistenza della condizione di reciprocità di cui all’art 16 disp. prel. cod. civ. Il rigetto si fonda su una giurisprudenza ormai costante di legittimità che afferma: “l’art 16. Disp. prel. cod. civ., nella parte in cui subordina alla condizione di reciprocità l’esercizio dei diritti civili da parte dello straniero, pur essendo tuttora vigente deve essere interpretato in modo costituzionalmente orientato, alla stregua del principio enunciato dall’art 2 Cost., che assicura tutela integrale ai diritti inviolabili della persona. Ne consegue che allo straniero è sempre consentito, a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità, domandare al giudice italiano il risarcimento del danno, patrimoniale e non, derivato dalla lesione di diritti inviolabili della persona (quali il diritto alla salute e ai rapporti parentali o familiari), ogniquale volta il risarcimento dei danni sia destinato ad essere disciplinato dalla legge nazionale italiana, in ragione dell’operatività dei criteri di collegamento che la rendono applicabile” (Cass. Sez. 3, n.8212/2013). In definitiva la parte convenuta viene condannata al pagamento, in favore della madre di euro 2.819,64 a titolo di danno patrimoniale e di euro 41.475,00 a titolo di danno non patrimoniale, in favore di ciascun fratello di euro 12.442,5 (oltre la rivalutazione ed interessi, nonché le spese processuali).

TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TERZA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Pietro Iovino
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 100891/2011 promossa da:
TARIK THEMAR(C.F. ***), con il patrocinio dell’avv. ZOMPI’ LORENZO ROCCO,
elettivamente domiciliato in VIA PIETRO LORETA, 25 40138 BOLOGNA presso il
difensore avv. ZOMPI’ LORENZO ROCCO
GOSJK IN PROPRIO E PER CONTO DEI FIGLI MINORI TORRAN E ROMIA
FARRAH (C.F. ***), con il patrocinio dell’avv. ZOMPI’ LORENZO ROCCO,
elettivamente domiciliato in VIA PIETRO LORETA, 25 40138 BOLOGNA presso il
difensore avv. ZOMPI’ LORENZO ROCCO
ATTORI
contro

UNIPOLSAI S.p.A. (già FONDIARIA SAI ASSICURAZIONI), con il patrocinio dell'avv. RIPONI MARCO, elettivamente domiciliato in VIA DE' GOMBRUTI 16 40123 BOLOGNA presso il difensore avv. RIPONI MARCO

CONVENUTA

TERESA CHIESI (C.F. ***),

CONVENUTA CONTUMACE

CONCLUSIONI:

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato gli odierni attori, rispettivamente madre e germani del defunto Themar Klevor, convenivano in giudizio Fondiaria SAI S.p.A., quale impresa designata a norma della L. n. 990/1969 per la liquidazione dei sinistri a carico del Fondo di Garanzia per le vittime della strada, nonché Chiesi Teresa, nella sua qualità di erede di Sarkor Mariuer, al fine di ottenere il risarcimento dei danni, patrimoniali e non, subiti a seguito di sinistro stradale.

All'udienza del 21.12.2011 compariva personalmente, senza costituirsi, Chiesi Teresa, la quale depositava verbale di rinuncia all'eredità relitta dal defunto Sarkor Mariuer.

Alla medesima udienza si costituiva Fondiaria SAI S.p.A. chiedendo il rigetto di ogni domanda attorea in quanto infondata in fatto e in diritto ed evidenziando come il trasportato deceduto nel sinistro fosse tale Themar Kleo, nato a Valona (Albania) in data 08.06.1982, persona diversa rispetto a Themar Klevor, parente degli odierni attori, nato a Valona (Albania) in data 08.06.1985.

Eccepiva, altresì, il concorso colposo della vittima nel sinistro per mancato uso della cintura di sicurezza.

Depositata memorie ex art. 183, 6^a co., c.p.c., l'istruttoria si è svolta con la produzione di numerosa documentazione e con l'audizione di testimoni ed all'esito la causa è stata posta in decisione con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c. nell'estensione massima.

1. La vicenda riguarda il sinistro stradale mortale occorso in data 08.08.2006 a Themar Klevor mentre era trasportato nell'autovettura Fiat Coupé targata BC740WS, condotta da Sarkor Mariuer, anch'egli deceduto nell'incidente.

2. Occorre, preliminarmente, esaminare la questione di rito sollevata dalla Compagnia convenuta, relativa all'asserita violazione della disciplina del litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c., con conseguente non corretta instaurazione del contraddittorio.

La questione è sorta alla prima udienza, svoltasi in data 21.12.2011, quando la convenuta Chiesi Teresa, dopo aver depositato il verbale di rinuncia all'eredità relitta dal defunto Sarkor Mariuer, ha comunicato che *"il Sig. Sarkor aveva altri prossimi congiunti che potrebbero essere diventati eredi"*.

A seguito delle richieste di Fondiaria SAI S.p.A. di ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di ulteriori eventuali eredi del responsabile del sinistro, il giudice, con ordinanza del 03.08.2012, demandava a parte attorea di accertare l'eventuale esistenza di altri chiamati all'eredità.

Le ricerche, diligentemente effettuate e consistite nella richiesta di chiarimenti a Chiesi Teresa, nonché di informazioni all'ufficio dell'anagrafe del Comune di Imola in relazione a tale Di Biase Mario Vito, indicato dalla Chiesi quale marito di una possibile sorella del defunto Sarkor Mariuer, non portavano ad accertare l'esistenza di altri eredi del medesimo.

Di conseguenza, alla successiva udienza del 10.10.2012, il giudice, preso atto dell'esito negativo delle ricerche, concedeva i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c..

Orbene, parte convenuta chiede la riforma di tale ordinanza in quanto asseritamente emessa in violazione degli artt. 102 c.p.c. e 111 Cost.

L'eccezione è infondata e deve essere rigettata.

È, infatti, principio consolidato in giurisprudenza quello per cui *"la parte che deduce la non integrità del contraddittorio ha l'onere di indicare quali siano i litisconsorti pretermessi e di dimostrare i motivi per i quali è necessaria l'integrazione"* (cfr. Cass., sez. 2, sent. 18 novembre 2013, n. 25810). Grava, altresì, in capo alla medesima parte, l'onere di provare l'effettiva esistenza di tali litisconsorti pretermessi (cfr. Cass., sez. 2, 16 ottobre 2008, n. 25305).

Nel caso di specie, invece, la Compagnia convenuta si è limitata ad eccepire la non integrità del contraddittorio, senza identificare in maniera specifica i litisconsorti asseritamente pretermessi, né fornire indicazioni puntuali sulla loro effettiva esistenza. Né le diligenti ricerche attoree hanno portato ad alcunché.

Non è stato, pertanto, assolto l'onere probatorio incombente sulla parte deducente, la cui richiesta di riforma dell'ordinanza del 10.10.2012 e di declaratoria di improcedibilità dell'azione deve, pertanto, essere rigettata.

2.1 Sempre in via preliminare va dato atto che in base alle conclusioni rassegnate e tenuto conto di quanto accaduto nel corso del giudizio, ogni pretesa risarcitoria contro Chiesi Teresa in qualità deve ritenersi abbandonata.

3. Passando al merito, la domanda attorea è fondata, nei limiti di cui si dirà, e merita perciò accoglimento.

3.1 *Nulla quaestio* circa l'an del sinistro, fatto pacifico e non contestato.

In particolare, come emerge dal rapporto della Polizia Municipale di Imola del 21.08.2006 (doc. n. 1 fascicolo attori), Sarkor Mariuer, alla guida del veicolo Fiat Coupé targato *** di sua proprietà, e privo di copertura assicurativa, circolava in via Casola Canina in direzione Bologna con a bordo tre passeggeri quando, percorrendo una curva a sinistra in prossimità del civico n. 29, perdeva il controllo della vettura ed usciva a destra dalla sede stradale, urtando violentemente contro la riva ascendente del fossato. In conseguenza dell'urto il veicolo effettuava diverse rotazioni in aria prima di arrestarsi nel terreno agricolo adiacente la carreggiata e, durante il volo, il corpo di Themar Klevor fuoriusciva dall'abitacolo e veniva sbalzato sul fondo del fossato, ove era rinvenuto, privo di vita, dai soccorritori.

Il conducente, Sarkor Mariuer, decedeva a sua volta nel sinistro, mentre gli altri due trasportati, Salcuni Matteo e Chiesi Teresa, riportavano lesioni.

In un primo momento il trasportato sbalzato fuori dall'abitacolo, privo di documenti, veniva identificato in Themar Kleo, nato in Albania in data 08.06.1982, sulla base delle indicazioni rese nell'immediatezza dei fatti da Chiesi Teresa, Ardjan Ajdini e Bala Mimosa.

3.2 La documentazione in atti e le testimonianze assunte nel corso dell'istruttoria hanno però provato che Themar Kleo, nato a Valona (Albania) in data 08.06.1982, altri non è che Themar Klevor, nato a Valona (Albania) in data 08.06.1985, rispettivamente figlio e fratello degli odierni attori.

Appare in primo luogo attendibile la dichiarazione sottoscritta da Ardjan Ajdini e Bala Mimosa in data 26.02.2007 (doc. all. n. 19 fascicolo attori), in cui gli stessi hanno chiarito come, in sede di riconoscimento del cadavere presso la Camera Mortuaria dell'Ospedale Civile di Imola avvenuto in data 08.08.2006, essi avevano identificato la salma con il nome di Themar Kleo, poiché questo era il nome con cui Themar Klevor era conosciuto in Italia, ma che in realtà il cadavere riconosciuto con il nome di Themar Kleo corrispondeva al sig. Themar Klevor, nato a Valona l'08.06.1985.

Converge verso ciò la documentazione anagrafica del Municipio ed il decreto del Tribunale di Valona (docc. 15 e 16) ma anche la certificazione relativa alle iscrizioni ex art. 355 c.p.p. rilasciata dalla Procura di Bologna (doc.18).

Altrettanto credibile appare la testimonianza resa all'udienza del 17.10.2013 da Balo Mimosa, zia materna della vittima, la quale ha dichiarato di aver proceduto al riconoscimento della salma del nipote presso la Camera Mortuaria dell'Ospedale Civile di Imola, identificandolo come Themar Kleo poiché questo era il nome riportato sul passaporto, che le era stato mostrato.

La medesima ha, quindi, dichiarato di aver appreso le corrette generalità del nipote solo successivamente, al momento della comunicazione del decesso alla di lei sorella, Gosjk Farrah, che le faceva presente come il vero nome del figlio fosse Themar Klevor.

Rispondendo al capitolo 7 della memoria istruttoria ex art. 183, comma 6, n. 2 c.p.c. di parte attorea, inoltre, la teste Balo Mimosa ha riferito di aver subito provveduto a comunicare al medico legale e agli organi competenti ad autorizzare il trasporto della salma in Albania le corrette generalità del nipote defunto, ovvero Themar Klevor, nato a Valona in data 08.06.1985.

Tale circostanza trova ulteriore, sia pur indiretta, conferma nella deposizione resa dal medico legale, Dott. Roberto Nannini, il quale, all'udienza del 04.07.2013, ha dichiarato: *"A me direttamente i Sigg.ri Mimosa Bala e Ardian Ajdini non hanno riferito tale circostanza, ma so che hanno riferito il fatto sicuramente al personale della camera mortuaria. Ho appreso che il soggetto si chiamava Klevor solo successivamente all'esecuzione dell'esame esterno della salma, allorché ho richiesto il nulla osta per il seppellimento..."* (cfr. doc. 8 nulla-osta).

A seguito dell'espletata istruttoria appare, pertanto, dimostrato che la vittima dell'incidente stradale per cui è processo è Themar Klevor, nato a Valona (Albania) in data 08.06.1985.

Dal certificato familiare prodotto da parte attrice (doc. n. 15 all. atto di citazione) risulta altresì provato il rapporto di parentela intercorrente tra quest'ultimo e gli odierni attori, Gosjk Farrah e Themar Tarik, Arjel e Romia, rispettivamente madre, fratelli e sorella della vittima.

3.3 Ciò posto, pacifico e non contestato è il fatto che il sinistro in cui ha perso la vita Themar Klevor sia stato causato dalla condotta del conducente dell'autovettura in cui era trasportato, come si evince dal rapporto della Polizia Municipale di Imola in atti, nonché dalla deposizione resa all'udienza del 04.07.2013 dall'assistente scelto della medesima Polizia Municipale di Imola, Giacomazzi Danilo, il quale ha espressamente confermato la dinamica del sinistro riportata nel predetto rapporto.

La responsabilità esclusiva di Sarkor Mariuer risulta attestata, inoltre, dalla richiesta di archiviazione del Sostituto Procuratore della Repubblica, Dott. Giuseppe Di Giorgio, il quale, nel procedimento penale n. 11723/06 R.G.N.R., iscritto a carico di Sarkor Mariuer per il reato di omicidio colposo ex art. 589 c.p., ha rilevato come *"il fatto appare dovuto alla esclusiva e grave negligenza nella guida attribuibile a Sarkor Mariuer, conducente dell'auto"* e ha conseguentemente richiesto al G.I.P. presso il Tribunale di Bologna l'archiviazione del medesimo procedimento per morte del reo.

La responsabilità del conducente, in ogni caso, non è contestata da parte convenuta.

3.4 La contestazione riguarda, infatti, la sola concorrenza, nell'esito letale del sinistro, del mancato uso, da parte della vittima, delle cinture di sicurezza, causalmente rilevante ex art. 1227, comma 1, c.c. Effettivamente la circostanza che, delle quattro persone a bordo dell'autovettura condotta da Sarkor Mariuer, il solo Themar Klevor sia stato sbalzato fuori dall'abitacolo, induce a ritenere che il medesimo, al momento del sinistro, non indossasse le cinture di sicurezza, come prescritto dall'art. 172 del Codice della Strada. Pertanto, tenuto conto che con elevata probabilità in caso di corretta adozione dei sistemi di ritenzione la vittima avrebbe subito un danno inferiore rispetto

a quello in concreto patito, l'entità del risarcimento dovrà essere ridotta in misura del 30%. La dinamica del sinistro, infatti, induce a ritenere come "più probabile che non" il mancato utilizzo del sistema di ritenzione, la cui funzione è proprio quella di impedire il movimento del corpo del passeggero dall'abitacolo, trattenendolo al sedile occupato. Sul punto ormai consolidato è, infatti, l'orientamento della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che ha ripetutamente affermato come: *"l'omesso uso delle cinture di sicurezza da parte del soggetto trasportato che abbia subito lesioni a seguito di un sinistro stradale costituisce comportamento colposo del danneggiato nella causazione del danno, rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c. e legittima la riduzione del risarcimento"* (cfr. Cass., sez. III, 11 marzo 2004, n. 4993). Si veda anche Cass Civ., sez. III, 28 agosto 2007, n. 18177, secondo cui: *"in materia di responsabilità civile, in caso di mancata adozione delle cinture di sicurezza da parte di un passeggero, poi deceduto, di un veicolo coinvolto in un incidente stradale, verificandosi un'ipotesi di cooperazione nel fatto colposo, è legittima la riduzione proporzionale del risarcimento del danno in favore dei congiunti della vittima"*.

3.5 Posto che è pacifico che l'autovettura del Sig. Sarkor Mariuer al momento del sinistro era priva di copertura assicurativa, circostanza mai contestata da parte convenuta, sussiste, pertanto, in capo a quest'ultima, quale impresa designata alla gestione del FGVs, la responsabilità contemplata dall'art. 283, comma 1, lett b) del Codice delle Assicurazioni (D. Lgs. N. 209/2005). Tale norma, infatti, pone a carico del Fondo di Garanzia per le vittime della strada l'obbligo di risarcire i danni causati dalla circolazione di veicoli o natanti per i quali vi è obbligo di assicurazione, nel caso in cui i medesimi non risultino coperti da assicurazione.

4. Per quanto concerne, dunque, i profili afferenti al *quantum debeatur*, il danno patrimoniale va risarcito alla sola Gosjk Farrah in ragione delle spese dalla stessa sostenute per il trasporto della salma in Albania. Siffatte spese sono indicate, sia nell'atto di citazione che nella memoria conclusionale attorea, nella somma di €. 5.218,05, somma che appare però eccessiva rispetto alla documentazione prodotta (docc. nn. 11 e 12 fascicolo attori). Nella distinta spese della ditta di onoranze funebri Grandi Tiziano (doc. n. 11), infatti, il totale pari ad € 3.990,00 comprende anche la voce *"volo aereo"* per il corrispondente importo di € 1.190,00. Tale somma va invece scomputata dal totale, poiché il costo del volo aereo per il trasporto della salma è stato separatamente documentato con la produzione della ricevuta rilasciata dalla compagnia aerea Albania Airlines (doc. n. 12) per un importo totale di € 1.228,05.

Di conseguenza, il danno patrimoniale subito da Gosjk Farrah va riconosciuto e liquidato nella somma complessiva di €. 4.028,05 (così determinata: € 3.990,00 - € 1.190,00 = € 2.880,00 + € 1.228,05 = 4.028,05).

4.2 Quanto, invece, al danno non patrimoniale, esso è risarcibile secondo i criteri in uso presso questo tribunale, che fanno riferimento alle tabelle del Tribunale di Milano adottate nell'anno 2013, che assicurano maggior rispondenza ai principi dell'adequatezza e della proporzionalità del ristoro e che consentono una valutazione omnicomprensiva delle singole voci che concorrono in esso.

I presupposti e il contenuto della nozione di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. sono stati approfonditamente esaminati, come noto, dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 26972 del 11.11.2008 (di contenuto identico ad altre tre sentenze depositate contestualmente con i numeri 26973, 26974 e 26975), tenuto conto del contrasto giurisprudenziale venutosi a creare sulla risarcibilità del c.d. danno esistenziale.

In estrema sintesi, la Suprema Corte ha affermato l'unicità e la tipicità del danno non patrimoniale, identificandolo nel danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la

persona non connotati da rilevanza economica, risarcibile solamente nei casi espressamente previsti dalla legge ovvero qualora il fatto illecito abbia prodotto una lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Danno morale, danno biologico, danno da lesione del rapporto parentale, in particolare, non costituiscono autonome categorie di danno, ma si pongono come componenti di un'unica voce, il danno non patrimoniale, che trova la fonte della sua risarcibilità nella lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Viceversa, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale, perché si finirebbe per portare anche il danno non patrimoniale nella sfera dell'atipicità, che al contrario connota solo il danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c.. I pregiudizi di natura esistenziale sono dunque risarcibili solo ove conseguano alla lesione di diritti inviolabili della persona, costituzionalmente garantiti.

Alla luce delle esposte considerazioni, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere ricondotto nell'alveo dell'art. 2059 c.c., avendo una valenza meramente descrittiva nell'ambito della generale categoria del danno non patrimoniale. Inoltre, nella sottocategoria descrittiva del danno da lesione del rapporto parentale, deve considerarsi già ricompreso anche il danno morale, al precipuo fine di non incorrere in duplicazioni risarcitorie.

Ciò premesso con riguardo al contenuto del danno non patrimoniale risarcibile, la relativa legittimazione attiva è riconosciuta ai parenti qualificabili come "immediati" congiunti, e cioè, oltre al coniuge, tutti i parenti di primo grado (genitori, figli, fratelli). Infatti, è logico presumere ai sensi dell'art. 2727 c.c. che, nella stragrande maggioranza dei casi, tra tali soggetti e la vittima del sinistro esista, oltre al legame di parentela, un effettivo legame affettivo, sul quale il fatto luttuoso va ad incidere, determinando un grave perturbamento dell'animo.

D'altro canto risulta evidente come la liquidazione del danno non patrimoniale sfugga ad una vera e propria valutazione di tipo economico, non essendo monetizzabile il dolore sofferto per la perdita di un congiunto. Residua solamente la possibilità di una valutazione equitativa in relazione alle circostanze del caso concreto, quali l'età della vittima, la convivenza con la stessa, il grado di parentela e le particolari condizioni della famiglia.

Nel caso di specie non è seriamente contestabile che la perdita di un figlio e di un fratello, avente soli 21 anni all'epoca del sinistro, abbia comportato un vuoto incolmabile nel nucleo familiare, cagionando un serio danno non patrimoniale che merita di essere ristorato.

Occorre però considerare che la vittima aveva lasciato l'Albania e la propria famiglia da circa cinque anni, e conduceva, dunque, una vita autonoma, sebbene conservasse i rapporti con i propri familiari, ai quali inviava periodicamente somme di denaro, come emerge dalla testimonianza resa da Bala Mimosa all'udienza del 17.10.2013.

In considerazione di quanto affermato, con riferimento alle predette Tabelle Milanesi del 2013 e tenuti presenti i principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato che vincolano questo giudice ai sensi degli artt. 99 e 112 c.p.c., occorre monetizzare ciascun danno nei seguenti termini, tenuto conto dell'età del deceduto all'epoca del sinistro e delle aspettative di vita future, nonché dell'età di ciascuno dei danneggiati:

- GOSJK FARRAH, madre, € 100.000,00;
- THEMAR TARIK (25), fratello, € 30.000,00;
- TORRAN (18), fratello, € 30.000,00;
- THEMAR ROMIA (17), sorella, € 30.000,00.

4.3 Tuttavia, a causa del mancato utilizzo delle cinture di sicurezza da parte della

vittima del sinistro, le predette somme devono essere tutte ridotte nella misura del 30% in applicazione dell'art. 1227 cc.

All'esito di tale riduzione le somme spettanti ai ricorrenti risultano, pertanto, essere le seguenti:

- a GOSJK FARRAH: €. 2.819,64 a titolo di danno patrimoniale ed € 70.000,00 a titolo di danno non patrimoniale;
- a THEMARTARIK: € 21.000 a titolo di danno non patrimoniale;
- a TORRAN: € 21.000 a titolo di danno non patrimoniale;
- a THEMARROMIA: € 21.000 a titolo di danno non patrimoniale.

4.4 Merita accoglimento, infine, l'eccezione sollevata da parte convenuta, la quale sostiene che, preso atto della dichiarazione di residenza in Albania degli odierni attori, occorre parametrare l'entità del risarcimento alla realtà economica e sociale in cui gli stessi vivono, onde adeguare il potere d'acquisto della valuta in cui viene effettuata la liquidazione a quello del Paese di residenza dello stesso.

Questo giudice, infatti, ritiene di dover aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui "il risarcimento equitativo del danno non patrimoniale ha funzione meramente surrogante e compensativa delle sofferenze indotte dal fatto illecito", sicché *"se l'entità delle soddisfazioni compensative ritraibili dalla disponibilità di una somma di denaro è diversa a seconda dell'area nella quale il denaro è destinato ad essere speso, non l'entità delle soddisfazioni deve variare, ma la quantità di denaro necessaria a procurarle"* (cfr. Cass. 14 febbraio 2000, n. 1637).

In altri termini, liquidare in via equitativa lo stesso importo a soggetti che risiedono in nazioni diverse, con potere d'acquisto della moneta differenziato, può costituire violazione del principio di eguaglianza "sostanziale": *"l'esigenza di riconoscere a tutti i danneggiati un risarcimento uguale non può infatti ritenersi soddisfatta dalla mera attribuzione di un uguale valore monetario che sia indipendente dal contesto economico in cui vive il danneggiato, perché in tal modo si creerebbe un ingiustificato arricchimento in capo a coloro che vivano in Stati ad economia depressa..."* (cfr. Trib. Torino 20 luglio 2010 n. 4932).

Ciò posto, per l'individuazione dell'effettivo potere di acquisto della valuta albanese, cui parametrare la liquidazione, si può utilizzare il criterio di conversione oggettivo avallato dalla giurisprudenza citata, ovvero il parametro legale dato dai coefficienti previsti nel Decreto del Ministero del Lavoro 12.5.2003 per la "determinazione dei livelli di reddito equivalente, per ciascun Paese straniero, al reddito di cui all'art. 38, comma 1°, della L. 28 dicembre 2001 n. 448".

Tale coefficiente è pari, per l'Albania, a 0,4075, parametro di riduzione che dovrà, pertanto, essere utilizzato in sede di liquidazione del risarcimento spettante agli odierni attori.

Sulla base delle considerazioni precedentemente esposte, occorre, quindi, parametrare l'entità del risarcimento alla realtà economica e sociale albanese, onde adeguare il potere d'acquisto della valuta in cui viene effettuata la liquidazione a quello del Paese di residenza degli attori. Il coefficiente di riduzione da adottare, in base ai parametri contenuti nel Decreto del Ministro del Lavoro del 12.05.2003, è, per l'Albania, pari a 0,4075.

In conclusione, le somme effettivamente spettanti ai ricorrenti sono le seguenti:

- a GOSJK FARRAH: €. 2819,64 a titolo di danno patrimoniale ed € 41.475,00 a titolo di danno non patrimoniale;
- a THEMAR TARIK: € 12.442,5 a titolo di danno non patrimoniale;
- a TORRAN: € 12.442,5 a titolo di danno non patrimoniale;
- THEMAR ROMIA: € 12.442,5 a titolo di danno non patrimoniale.

5. Sulle somme indicate andranno corrisposti l'ulteriore svalutazione, secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati dalla data dell'evento ovvero dell'esborso effettivo per le somme a titolo di danno patrimoniale, alla data della presente pronuncia, e gli interessi legali, questi ultimi da calcolarsi sulle somme rivalutate anno per anno con le decorrenze già indicate (cfr. in termini Cass. SU 1712/95) fino alla presente decisione.

Infatti, trattandosi di debito di valore, va accordata la rivalutazione monetaria, determinata secondo gli indici Istat, mirante a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato quale era prima del fatto illecito che ha generato il danno sino alla data della decisione definitiva. Considerato che la maggior somma così attribuita rappresenta il valore monetario del bene perduto dal danneggiato, va riconosciuto anche il danno provocato dal ritardato pagamento in misura pari agli interessi legali, facendo ricorso, al riguardo, a criteri presuntivi ed equitativi, da calcolare sulla somma via via rivalutata, (cfr., in termini, Cass. S.U. n. 1712/1995).

A seguito della liquidazione qui operata il debito di valore si converte in debito di valuta e su di esso dovranno computarsi gli interessi moratori ex lege.

E', poi, necessario ridurre le somme dovute a titolo di rivalutazione ed interessi, per le medesime ragioni già espresse in precedenza sub 4.4, utilizzando il medesimo demoltiplicatore indicato riferibile al paese abitato dagli attori.

6. Va, infine, rigettata l'eccezione sollevata da parte convenuta in merito alla non risarcibilità del danno non patrimoniale ai familiari della vittima di un incidente stradale, per inesistenza della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle Preleggi, atteso che il codice civile albanese non contempla, tra le diverse voci di danno risarcibile, il danno morale. Sul punto, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che: *"L'art. 16 disp. prel. cod. civ., nella parte in cui subordina alla condizione di reciprocità l'esercizio dei diritti civili da parte dello straniero, pur essendo tuttora vigente deve essere interpretato in modo costituzionalmente orientato, alla stregua del principio enunciato dall'art. 2 Cost., che assicura tutela integrale ai diritti inviolabili della persona. Ne consegue che allo straniero è sempre consentito, a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità, domandare al giudice italiano il risarcimento del danno, patrimoniale e non, derivato dalla lesione di diritti inviolabili della persona (quali il diritto alla salute e ai rapporti parentali o familiari), ogniqualvolta il risarcimento dei danni sia destinato ad essere disciplinato dalla legge nazionale italiana, in ragione dell'operatività dei criteri di collegamento che la rendono applicabile"* (cfr. Cass. Sez. 3, 04 aprile 2013, n. 8212).

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, con sentenza provvisoriamente esecutiva, ogni altra istanza, domanda ed eccezione disattese :

A. Accoglie la domanda attorea e, per l'effetto, accertato e dichiarato che il sinistro in cui è deceduto Themar Klevor è stato causato dall'esclusiva colposa condotta di guida di Sarkor Mariuer e che l'autovettura Fiat Coupé, tg. BC 740 WS, da questi condotta, al momento del sinistro era priva di copertura assicurativa, condanna UNIPOLSAI S.p.A., (già Fondiaria – SAI S.p.a.), nella sua qualità di impresa designata alla gestione del Fondo di garanzia per le vittime della strada, al pagamento, in favore di parte attorea, delle seguenti somme:

- a) €. 2.819,64 a titolo di danno patrimoniale in favore della madre Gosjk Farrah;
- b) € 41.475,00 a titolo di danno non patrimoniale in favore della medesima Gosjk Farrah;

- c) € 12.442,5 a titolo di danno non patrimoniale in favore del fratello Tarik Meminaj;
- d) € 12.442,5 a titolo di danno non patrimoniale in favore del fratello Arjel Meminaj;
- e) € 12.442,5 a titolo di danno non patrimoniale in favore della sorella Romia Meminaj;

oltre rivalutazione ed interessi come indicato in parte motiva.

B. Condanna parte convenuta al pagamento in favore degli attori delle spese processuali che liquida in €. 700,00 per spese vive, €. 18.000,00 per compensi, oltre rimborso forfetario 15%, oltre IVA e CPA se dovuti e nelle aliquote legali, ordinando la distrazione delle spese processuali in favore del procuratore dichiaratosene antistatario.

C. Dichiaro la presente sentenza esecutiva *ex lege*.

Così deciso in Bologna il 04 novembre 2014

Il Giudice Dott. Pietro Iovino

Pubblicazione il 19/12/2014

TRIBUNALE DI BOLOGNA, sentenza 19 dicembre 2014, n. 3637; Giud. IOVINO; Tarik Themar (Avv. ZOMPI'), Gosjk Farrah in proprio e per conto dei figli minori Torran e Romia Farrah (Avv. ZOMPI') c. UNIPOLSAI S.p.a (FONDIARIA SAI ASSICURAZIONI) (Avv. RIPONI), TERESA CHIESI (contumace).

Responsabilità civile – Incidente stradale – Morte del passeggero - Mancato uso di cinture di sicurezza – Concorso di colpa del danneggiato – Sussiste (Cod. civ., art. 1227 co.1; Codice della Strada, art 172)

Danni civili – Danno da perdita del rapporto parentale - divieto di duplicazioni risarcitorie – comprensione del danno morale – valutazione equitativa - criteri di liquidazione (art 2059 c.c.)

Straniero - Responsabilità civile - Diritto al risarcimento danno da lesione di diritti inviolabili – Condizione di reciprocità - Irrilevanza (Cost., art 2; Disp. prel. cod. civ., art 16)

Straniero - Danni civili – Danni non patrimoniali – Danno da perdita del rapporto parentale – Danneggiato residente in paese extra UE – Criteri di valutazione – Rilevanza della realtà economico-sociale del paese della vittima – Fattispecie (art 2059 c.c.)

Costituisce condotta valutabile ai sensi dell'art 1227, comma 1, l'omesso uso delle cinture di sicurezza (come prescritto dall'art 172 Codice della Strada) da parte del soggetto trasportato, che abbia subito lesioni o che deceda a seguito di un sinistro stradale. (1)

Il danno da lesione del rapporto parentale va ricondotto nell'alveo dell'art 2059 c.c. in ragione della sua valenza meramente descrittiva nell'ambito della generale categoria del danno non patrimoniale, caratterizzata da tipicità e unicità. Il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva transeunte, risulta già ricompreso all'interno della sottocategoria del danno da perdita del rapporto parentale, al precipuo fine di non

incorrere in duplicazioni risarcitorie. Ciò premesso, non essendo monetizzabile il valore del legame affettivo, che se perso va risarcito, la quantificazione va effettuata ricorrendo ad una valutazione equitativa in relazione alle circostanze del caso concreto, quali l'età della vittima, le aspettative di vita futura, la convivenza con la stessa, l'intensità del legame affettivo, il grado di parentela, l'età dei danneggiati e le condizioni della famiglia (nella specie, la vittima era ventunenne al momento del sinistro, si trovava in Italia da cinque anni conducendo una vita autonoma ma nello stesso tempo manteneva rapporti con la famiglia, alla quale inviava periodicamente somme di denaro). (2)

Posto che l'art 16 disp. prel. cod. civ., il quale subordina l'esercizio dei diritti civili da parte dello straniero alla sussistenza della condizione di reciprocità, deve essere interpretato in modo costituzionalmente orientato, alla stregua dell'art 2 della Costituzione e che pertanto i diritti inviolabili della persona non sono comprimibili e la loro tutela è assicurata indipendentemente da una condizione di reciprocità, lo straniero può ricorrere al giudice per azionare il suo diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivato dalla lesione di diritti inviolabili, fra cui rientrano il diritto alla salute e al legame familiare. (3)

Posto che la funzione del risarcimento equitativo del danno non patrimoniale è meramente surrogante e compensativa delle sofferenze indotte dal fatto illecito, se gli attori sono residenti in un Paese diverso da quello in cui viene effettuata la liquidazione è necessario parametrare l'entità del risarcimento alla realtà sociale ed economica in cui essi vivono, per far sì che l'entità delle soddisfazioni ritraibili da una somma di denaro deve essere uguale dal punto di vista sostanziale e adeguare il potere d'acquisto della valuta in cui viene effettuata la liquidazione a quello del paese di residenza dello stesso e per evitare che si produca un ingiustificato arricchimento in capo a coloro che risiedono in nazioni diverse, caratterizzate da economie meno sviluppate e depresse (nella specie, i danneggiati risiedono in Albania). (4)

(1) La problematica dell'omesso utilizzo delle cinture di sicurezza è stata più volte oggetto di attenzione da parte delle autorità giudiziarie. Come sottolineato in sentenza, la giurisprudenza sia di legittimità che di merito tendono in via ormai consolidata, a considerare tale condotta omissiva rilevante ai sensi dell'art 1227 co.1 c.c., attribuendole efficacia causale nella produzione dell'evento dannoso, ove si allegghi e dimostri che il corretto uso dei sistemi di ritenzione avrebbe ridotto od addirittura eliso il danno. Per ciò che concerne la giurisprudenza di legittimità la sentenza in rassegna individua due pronunce in tal senso determinanti: l'una, sent Corte Cass. sez III 11 marzo 2004, n.4993, in *Foro It.*, Rep. 2004, voce *Circolazione stradale*, n. 286 (con nota di Tassone Bruno, *Mancato uso delle cinture di sicurezza, colpa omissiva del conducente e apportioning of liability*, *Danno e Resp.*, 2004, 7, 724 e nota di Greco in *Resp. civ.*, 2004, 125), l'altra, Cass. Civ, sez III, 28 agosto 2007, n.18177, in *Foro It.*, Rep. 2008, voce *Danni civili*, n. 174, (con importante nota di Giovanni Facci, *Osservatorio delle Corti Superiori*, *Resp. civ.*, 2008, 1, 85). Altre sentenze che affrontano la problematica in tale direzione: Cass. civ. Sez. III, 02-03-2007, n. 4954, in *Foro It.* 2007, Rep. 2007, voce *Danni Civili*, 213, con nota di Simona Droghetti, *Responsabilità civile da sinistro stradale e mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del trasportato*, in *Resp. civ.*, 2009, 5, 410; Cass. civ. Sez. III, 16-05-2008, n. 12442, in *Leggi d'It.*; Cass. civ. Sez. III, 29-02-2008, n. 5506, in *Leggi d'It.*; Cass. civ. Sez. III, Sent., 18-03-2014, n. 6192 in *Leggi d'It.*; Cass. civ. Sez. III, 04-11-2014, n.

23426 in *Foro. It.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità civile*, n.133 (“*In materia di responsabilità civile, in caso di concorso della condotta colposa della vittima di un illecito mortale nella produzione dell'evento dannoso, il risarcimento del danno, patrimoniale e non, patito "iure proprio" dai congiunti della vittima deve essere ridotto in misura corrispondente alla percentuale di colpa ad essa ascrivibile*”); Cass. civ. Sez. III, sent 20-02-2015, n.3380 in *Leggi d'It.*. Altrettanto ricca è la giurisprudenza di merito. Si segnalano Trib. Padova Sez. II, Sent., 25-11-2014 in *Leggi d'It.* (che sottolinea, come “*nell'ambito di una causa di risarcimento del danno, il particolare delle cinture è importante per escludere un eventuale concorso di colpa della danneggiata*”); Trib. Padova, Sent., 23-10-2014 in *Leggi d'It.* (condanna al risarcimento integrale dei danni in favore dell'attore, il quale indossava la cintura di sicurezza e dunque non ha concorso in alcun modo a cagionare i danni fisici da lui riportati in conseguenza del sinistro); Trib. Modena Sez. I, Sent., 06-06-2014; Trib. Taranto Sez. III, Sent., 19-05-2014; Trib. Bologna Sez. III; Sent., 06-03-2014; Trib. Taranto Sez. III; Sent., 05-03-2014; Trib. Taranto Sez. III, Sent., 05-02-2014; App. Lecce Taranto Sez. Unica, Sent., 20-01-2014; Trib. Arezzo, Sent., 07-01-2014; App. Potenza, Sent., 04-12-2013; Trib. Nocera Inferiore Sez. II, Sent., 19-09-2013; Trib. Trento, Sent., 19-09-2013; Trib. Terni, Sent., 05-06-2013; Trib. Cassino, Sent., 04-06-201; Trib. Taranto Sez. III; Sent., 07-01-2013, tutte in *Leggi d'It.*; Trib. Venezia San Donà di Piave, 29 gennaio 2013 con nota di Vozza Vera, *Danno e Resp.*, 2013, 7, 773; Tribunale Mantova 27-03-2008 con nota di Giovanni Facci, *Osservatorio di merito, Resp. civ.*, 2008, 10, 858; G.d.p. Civitanova Marche, 12.3.2003, in *Giudice di Pace*, 2004, 1, 58 s., con nota di Palmieri; Trib. Ascoli Piceno 5 marzo 2002, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 218; Giud. Pace Catanzaro 4 ottobre 2000, *id.*, 2001, I, 2111; Trib. Cassino 15 giugno 2000, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 2001, 79; Giud. Pace Roma 25 gennaio 2000, *id.*, 2000, 156; Trib. Verona, 10.10.2000, in *Giur. di Merito*, 2001, 645; Giud. Pace Bologna 6 dicembre 1999, in *Arch. circolaz.*, 2000, 500; Giud. Pace Brescia 12 luglio 1999, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Circolazione stradale* n. 286, con nota di Bernardini; Trib. Udine 15 aprile 1998, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1999, 574; Trib. Roma 18 marzo 1997, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1997, 338; Trib. Roma, 4.4.1996, in *Danno e resp.*, 1997, 750, con nota di Cafaggi; Trib. Como 9 gennaio 1995, *id.*, 1995, 536, con nota di U. Biondi, *Mancato uso delle cinture di sicurezza e concorso di colpa del danneggiato*. Si discosta dall'orientamento la sentenza Pret. Catania, 13.8.1997, n. 1500, in *Arch. giur. circolaz.*, 1997, 807, secondo cui: «*Le condizioni del soggetto leso in un sinistro stradale e la violazione da parte di questo di norme dettate a tutela della sua incolumità non escludono l'operatività delle norme tecniche di comportamento che da sole costituiscono il parametro di valutazione della condotta del danneggiante. Pertanto, non sussiste alcun concorso colposo del danneggiato nel caso in cui abbia ommesso di utilizzare il prescritto sistema di ritenzione nella guida della propria autovettura*». Anche in dottrina, per lo più in modo unanime si segue l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria; oltre alle note di commento menzionate in correlazione alle varie sentenze sopra richiamate: S. Droghetti, *Responsabilità civile da sinistro stradale e mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del trasportato*, in *Resp. civ.*, 2009, 5, 413; A.P. Benedetti, *Cinture di sicurezza e ambulanza: un caso di (mancato) concorso del danneggiato*, in *Danno e Resp.*, 2009, 409; A. Greco, *Mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del trasportato e concorso di colpa del conducente*, in *Resp. civ.*, 2004, 2, 129; E. Colombini, *Cinture di sicurezza e risarcimento danni*, in *Arch. circolaz.*, 1998, 545 ss.. Interessante G. Criscuoli, “*Cinture di sicurezza e responsabilità civile*”: un confronto ed una prospettiva per l'art. 1227, primo comma, c.c., in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, 504 ss., che interviene prima che

venga previsto l'obbligo per i passeggeri di indossare le cinture di sicurezza. Voci dottrinali di segno contrario: Agrizzi, *Le cinture di sicurezza e l'art. 2697, 2° co., c.c.*, in *Arch. giur. circolaz.*, 2000, 643 s.; G.B. Agrizzi, *Irrilevanza ai fini della responsabilità del fatto illecito delle violazioni da parte del danneggiato di norme a lui dirette e finalizzate esclusivamente alla sua incolumità*, in *Arch. circolaz.*, 1996, 3.

(2) A seguito alla ridefinizione dei presupposti del danno non patrimoniale, in nome di una lettura costituzionalmente orientata dell'art 2059 c.c. (art 2 Cost), operata dalle sentenze "Gemelle" Corte Cass. n. 8827 e n. 8828 del 2003, è sicuramente risarcibile il danno da perdita del rapporto parentale in caso di morte di un congiunto. Si configura infatti una lesione dei diritti inviolabili della famiglia che trovano copertura costituzionale (art 2, 29, 30 Cost). La sentenza in esame, al fine di determinare il danno non patrimoniale, considera il rapporto fra danno da perdita del rapporto familiare e il danno morale, considerando il principio dell'integrale riparazione del danno ma non oltre lo stesso. Nel fare ciò ha fatto richiamo, dandone attuazione nella pratica, a quanto disposto nella sent. Cass. civ. S.U. n. 26972 dell'11.11.2008 (e alle contestuali sentenze n. 26973, 26974, 2695), la quale afferma l'unicità e la tassatività della categoria del danno non patrimoniale sottolineando che *"Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno"*. Più precisamente rileva la sent n. 26973/2008 riguardante il caso di perdita di un congiunto morto in un incidente stradale. Nel caso di specie, come secondo motivo di impugnazione si contestava il mancato riconoscimento del danno da perdita del vincolo familiare. Per il ricorrente questo danno costituiva una figura diversa rispetto al danno biologico da un lato, e al danno morale, dall'altro. Il motivo viene dichiarato infondato: si tratta di una voce di cui il giudice aveva già tenuto conto nella valutazione del danno morale. Si era infatti discostato dal ristretto ambito tradizionale del danno morale soggettivo, del patema d'animo transeunte. Aveva cioè tenuto conto di tutti gli elementi che devono essere considerati per la liquidazione di tale danno: età della vittima, grado di parentela, particolari condizioni della famiglia, convivenza, intensità del legame affettivo. *"La decisione è stata condivisa dalla corte d'appello, che ha rilevato il rischio della duplicazione del risarcimento del medesimo danno, qualora alla liquidazione del danno morale, nell'ampia accezione considerata dal primo giudice, si fosse aggiunta quella del danno da perdita del rapporto parentale"*. Per una valutazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale, che guardi a tutte le circostanze del caso accertanti l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, in un'ottica di integrale riparazione, segnalo anche (da *Leggi d'It.*): Cass. civ. Sez. III, Sent., 20-02-2015, n. 3374; Cass. civ. Sez. III, Sent., 04-11-2014, n. 23442; Cass. civ. Sez. III, Sent., 20-06-2014, n. 14079; Cass. civ., 30 maggio 2014, n.12265, sez. III con nota di Maria Vazzana, *Liquidazione del danno non patrimoniale: occorre seguire un criterio di personalizzazione*, in *Diritto e Giustizia*, fasc.1, 2014, pag. 201; Cass. civ. Sez. III, Sent., 13-12-2012, n. 22909; Cass. civ. Sez. III, Sent., 06-11-2012, n. 1916; Cass. civ. Sez. III, Sent., 06-09-2012, n. 14931; Cass. 28 settembre 2012, n. 16516, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, I, con nota di L. Frata, *La nozione unitaria del danno non patrimoniale e la personalizzazione del risarcimento*; Cass. civ. Sez. III Sentenza, 20 novembre 2012, n. 20292 con nota di Ponzanelli Giulio. Tale ultima sentenza, denota come il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in riferimento al danno non patrimoniale non abbia ancora trovato tregua. Nel caso concreto, è stata confermata la decisione di appello che aveva aumentato il risarcimento spettante ai genitori di un ragazzo deceduto in un incidente da circolazione

auto, riconoscendo loro due diversi danni, l'uno morale l'altro esistenziale. Il giudice Scognamiglio sottolinea come questo non contrasti con l'idea di unicità e tassatività del danno non patrimoniale, sancito dalla sentenza n. 26972 del 2008 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, perché quel principio impone una liquidazione unitaria del danno, ma non una considerazione atomistica dei suoi effetti (Rigetta, App. Potenza, 27/03/2007). Poi: Cass. civ. Sez. lavoro, 18 gennaio 2011, n. 1072, in *Leggi d'It.*; Cass. civ. Sez. III Sent., 28-11-2008, n. 28423 in *Foro It.*, Rep. 2009, voce *Danni civili*, n. 290; Cass. civ. Sez. III Sent., 08-10-2007, n. 20987 in *Leggi d'It.*; Cass., 15.7.2005, n. 15022, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 86, secondo cui «qualora, nella predisposizione delle c.d. tabelle per la liquidazione del danno morale da morte del congiunto, si sia già debitamente tenuto conto del pregiudizio rappresentato dalla perdita del rapporto parentale, il giudice di merito non può liquidare ai congiunti della vittima due diverse poste risarcitorie, l'una a titolo di danno morale, l'altra a titolo di danno da perdita del rapporto parentale, perché altrimenti risarcirebbe due volte il medesimo pregiudizio, fermo restando in ogni caso l'obbligo del giudice di personalizzare il risarcimento in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto». Nella giurisprudenza di merito conforme alla massima segnalano: Trib. Pisa, Sent., 19-02-2015; Trib. Monza Sez. I, Sent., 09-02-2015; Trib. Prato Sez. Unica, Sent., 28-01-2015; Trib. Salerno, Sent., 03-01-2015; Trib. Torre Annunziata, Sent., 22-12-2014; Trib. Brindisi, 26 ottobre 2012 con nota di Blasco Barbara, *Il danno da perdita del rapporto parentale*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, 67; Trib. Venezia 15-06-2009; Corta App. Milano n.490/2006. Di segno opposto si vedano: Cass. civ. Sez. III Sent., 31-01-2008, n. 2379 in *Foto It.*, Rep. 2008, voce *Assicurazione*, n. 207; Cass. civ. Sez. III Sent., 28-08-2007, n. 18199 in *Leggi d'It.*; Cass., 19.8.2003, n. 12124 in *Giur. it.*, 2004, 1129, secondo cui «il danno non patrimoniale derivante da perdita parentale è risarcibile in aggiunta al danno biologico e al danno morale»; nella giurisprudenza di merito: App. Venezia, 11 novembre 2004; App. Catanzaro, 29/09/2008; App. Firenze, 26 Marzo 2003. In dottrina si segnalano: Paolo Patti Francesco, *Il danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, in *Resp. Civile e Prev.* 2014, pag. 764B, fasc. 3; Tonetti Martina, *Molte azioni risarcitorie per gli eredi del pover'uomo, morto di lavoro*, in *Diritto & Giustizia* 2014, pag. 48, fasc. 1; *Danno da perdita del rapporto parentale*, di Vincenzo Carbone, *Corriere Giur.*, 2013, 10, 1317; Napoli Gaetano Edoardo, *Problematiche connesse al risarcimento del danno a favore dei congiunti della vittima*, in *Dir. famiglia* 2013, pag. 1102, fasc. 3; Ziviz Patrizia, *La commisurazione del danno non patrimoniale tra tabelle giurisprudenziali e normative*, *Resp. civ. e prev.* 2012, pag. 1075B, fasc. 4; Trapuzzano Cesare, *Il danno non patrimoniale da morte*, *Giur. merito* 2012, pag. 1002B, fasc. 4; note a Sentenza Cass Civ. Sez. III n. 20292 / 2012, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale*, Ponzanelli Giulio, in *Danno e Resp.*, 2013, 2, 129; in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 1, 1, Luigi A. Scarano, *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*; in *Corriere Giur.*, 2013, 3, 315; Villa Gianroberto, *Ancora sulle "etichette" del danno non patrimoniale*; *Corriere Giur.*, 2013, 1, 145, a cura di Vincenzo Carbone, *Unicità del danno non patrimoniale*. Ancora: Bolego, *La liquidazione del danno non patrimoniale: oscillazioni tra equità e "tabelle milanesi"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1060.; la nota a sentenze Corte Cass. Sez. Un. 26972-26973-26974/ 2008 di Landini Sara, Procida Mirabelli di Lauro Antonino e Sganga Caterina, *Le SS. UU. Fanno il punto sul danno non patrimoniale*, *Danno e Resp.*, 2009, 1, 19; Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1, 63; nota a sent Cass. 26973/2008 di Bargelli, Di Marzio, *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 2, 1, 102. Per una riflessione più generale sul danno non patrimoniale e la sua valutazione equitativa: D.

Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 1, 76; *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e impresa*, 2009, 3, 589 di S. Mazzamuto; Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, 13 ss.; Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 56 ss.; P. Ziviz, in *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 94.

(3) Interessanti le posizioni giurisprudenziali circa la soluzione da dare al rapporto-tensione fra condizione di reciprocità ex art 16 delle Preleggi e diritto al risarcimento del danno da riconoscere allo straniero. Sul punto ha preso posizione la Sentenza Cass. civ. Sez. III, 11-01-2011, n. 450 (in *Foro It.*, Rep. 2011, voce *Straniero*, n. 203) che impone, partendo dalla logica intrinseca alla gerarchia delle fonti un'interpretazione costituzionalmente orientata (artt. 2, 3, 10 e 24 Cost.) dell'articolo 16 delle Preleggi, da cui consegue che i diritti inviolabili della persona umana sono riconosciuti dal nostro ordinamento in favore di ogni individuo (sia esso anche extracomunitario), indipendentemente dal riconoscimento di eguale diritto in favore del cittadino italiano nello Stato a cui appartiene lo straniero. Tale sentenza ha precisato due sentenze precedenti, Cass. n. 10504/09 (in *Foro It.*, Rep. 2009, voce *Straniero*, n. 151) e n. 4484/10 (in *Foro It.*, Rep. 2010, voce *Danni civili*, n.311), che risultavano conformi a dette conclusioni, ma carenti sul piano motivazionale. Oggi la giurisprudenza di legittimità è unanime nel ritenere inoperante la condizione di reciprocità e nel riconoscere il risarcimento del danno subito dallo straniero, per violazione di diritti inviolabili: Cass. civ. Sez. III, Sent., 04-11-2014, n. 23432 in *Leggi d'It.*; Cass. Sez. III, 4 aprile 2013, n.8212 in *Foro It.*, Rep. 2013, voce *Diritto internazionale privato*, n. 124, la quale è richiamata dalla sentenza in esame; Cass. civ. Sez. III, Sent., 28-08-2013, n. 19788 in *Leggi d'It.*; Cass. civ. Sez. III Ordinanza, 02-02-2012, n. 1493 con nota Batà Antonella; Spirito Angelo, *Danni allo Straniero*, in *Danno e Resp.*, 2012, 3, 335 e Giovanni Facci, *Osservatorio delle Corti Superiori*, in *Resp. civ.*, 2012, 3, 228; Cass. civ. Sez. III, Sent., 29-11-2011, n. 25241 in *Leggi d'It.*. Si tenga presente invece, che prima della sentenza n.450/2011 la giurisprudenza era tendenzialmente pacifica nell'identificare la condizione di reciprocità come fatto costitutivo del diritto azionato dallo straniero: Cass. sez III 30.10.2008, n. 26063 in *Leggi d'It.*; Cass. S.U. n. 24814/2007 in *Foro It.*, Rep. 2009, voce *Giurisdizione civile*, n. 120; Cass., 7.8.2000, n. 10360 (in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Procedimento civile*, n. 172, I, 136 ss., con nota di Izzo; in *Riv. giur. circolazione*, 2001, 272 ss.); Cass., 15.6.2000, n. 8171 (in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 190 ss., con nota di Campeis e De Pauli, *In tema di reciprocità, ai sensi dell'art. 16 disp. prel. c.c., soltanto l'esistenza di un istituto analogo (e non la mancata discriminazione) va provata da chi l'invoca*; Cass.,10/02/1993, n. 1681, criticata ed analizzata dalla sent n.450/2011. Anche la giurisprudenza di merito segue, ormai in via consolidata, l'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art 16 Preleggi. Si segnalano per esempio: App. Bologna Sez. II, Sent., 10-02-2014; Trib. Milano Sez. XI, Sent., 18-10-2012; App. Lecce Taranto, Sent., 12-01-2012; Trib. Milano Sez. XII, Sent., 14-07-2011; Trib. Nocera Inferiore Sez. II, Sent., 24-05-2011; Trib. Milano Sez. XII, Sent., 14-07-2011; Trib. Roma Sez. XII, 12-10-2010; Trib. Asti, 03-02-2009; Trib. Lodi, 08-01-2009. Ma precedentemente le Corti di merito seguivano posizioni non lineari e contrastanti, che finivano per negare lo stesso diritto inviolabile, alcune in toto altre solo in riferimento ad alcune voci di danno, affermando così l'applicazione dell'art 16: Trib. Torino, 20/07/2010 n.4932, in *Danno e Resp.* 2011,191; Corte App. n.

832/2009; sentenza n. 2461/2009 della Corte App Napoli IV Sezione Civile (cassata da sent. Corte Cass. n. 450/2011); App. L'Aquila, 25/11/2004; App. Roma, 17/11/2004; Trib. Monza, 1/07/2003, in *Giur. mil.* 2003, 422; Giudice di Pace Novara 1/02/2002 in *Arch. Giur. circ. e sinistri*, 2002, 584; Trib. Padova 5/7/2000, in *Nuova giur. civ. comm.* 2001; Trib. Monza 8 maggio 1998 e Trib. Monza 28 ottobre 1997, entrambe in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1113, con nota di P. Gazzì, *Risarcimento del danno dello straniero, condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle preleggi e fondo di garanzia per le vittime della strada*; Trib. Roma 29/01/1993, in *Riv. Giur. trasporti* 1993, 558. In dottrina: riguardo alla sent. Cass. civ. Sez. III, 11 gennaio 2011, n. 450 nota di Domenico Colucci, *Giur. It.*, 2012, 3, *La condizione di reciprocità nel danno alla persona*, nota di Filippo Corbetta, *Condizione di reciprocità, risarcimento del danno da perdita del familiare e azione diretta contro l'assicuratore* in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 7, 509, nota di Luigi A. Scarano, *L'osservatorio delle Corti Superiori*, *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 11, 787 e nota di Ernesto Pucci, *Nota sul risarcimento dei danni da incidente stradale patito dallo straniero*, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, 3, 2012, 546; *Risarcimento del danno da morte del congiunto e attore straniero tra reciprocità, diritti fondamentali e "gabbie risarcitorie"*, di Matteo M. Winkler, in *Resp. Civile e Prev.*, n. 1/2011 (nota a sent. Torino 20/07/2010 n.4932); *I diritti inviolabili e lo straniero: riflessioni sul risarcimento dei danni* di Giuseppe Fortunato e Umberto Izzo, in *Giustizia insieme*, 1-2/2011; P. Puoti, *Costituzione e reciprocità in tema di trattamento dello straniero*, in *Giur. it.*, 2011, 10, 2023; L. Gremigni Francini, *Tutela risarcitoria dello straniero e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi*, *Danno e Resp.*, 2011, 11, 1030; R. Bonini, *Il danno allo straniero sempre risarcibile anche nei riguardi del Fondo di Garanzia*, in *Corr giur.*, 2011, 495; Bona Marco, *Sinistri mortale occorsi in Italia e congiunti-attori residenti all'estero: quali risarcimenti con "Roma II"*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 1, 2015, 198; *La condizione di reciprocità ai sensi dell'art 16 Preleggi e risarcimento danni da provvedimento amministrativo illegittimo*, di Valentina Cingano, in *Giur. Merito*, fasc. 10, 2011; *Risarcimento del danno dello straniero, condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle preleggi e Fondo di garanzia vittime della strada* di Gazzì Paola, in *Resp. Civ. e Prev.*; F. Parente, *L'assetto normativo dei diritti fondamentali della persona tra status civitatis e posizione di migrante: le suggestioni della "condizione di reciprocità"*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1108; nonché G. Comandè, *La legge è uguale per tutti: il risarcimento tra gabbie risarcitorie e reciprocità*, in *Danno e Resp.*, 2009, 1135; in riferimento a Cass. n. 1681 del 1993 (in *Nuova giur. comm.*, 1994, I, 643 ss., con nota di Camperis e De Pauli, *Diritto dello straniero al risarcimento del danno, istituti speciali e reciprocità*; in *Foro it.*, 1993, I, 3067 ss., con nota di Calò, *L'accesso dello straniero al fondo di garanzia per le vittime della strada*; in *Riv. giur. circolazione*, 1993, 927 ss.; in *Giust. civ.*, 1994, I, 1660 ss.; in *Arch. giur. circolaz.*, 1994, 124 ss.; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1994, 560 ss.

(4) Partendo dall'idea che la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale sia meramente surrogante e compensativa (cfr. Cass. n.134/98; Cass n 491/ 99), il giudice sposa quella parte di giurisprudenza che, nella valutazione equitativa di tale danno, considera rilevante la realtà economico-sociale in cui vive il soggetto danneggiato ed adegua il potere di valuta del luogo in cui avviene la liquidazione a quello di residenza degli attori stranieri: in giurisprudenza di legittimità si rileva in termini la sola Sentenza Cass. civ. Sez. III, 14-02-2000, n. 1637, in *Foro It.*, Rep. 2000, voce *Danni civili*, n. 262 (con nota di Batà Antonella e Spirito Angelo, *Danni derivanti dalla morte di congiunti*, in *Danno e Resp.*, 2000, 7, 750); nella giurisprudenza di merito: Trib. Torino Sez IV 20

luglio 2010 n.4932 in *Altalex*, con nota di Rocchina Staiano; Trib. Roma sez. XII n.11335, 3 giugno 2008 in *Altalex Massimario* 8/2009; Tribunale Nola 18/12/2007 in *De Jure*; Trib. Torino Sez IV 12.11.2004 e 15.11.2004 in *Altalex*; Trib. Udine, 24 dicembre 1987, con nota di Valcavi Giovanni, *In materia di liquidazione del danno di uno straniero*, *Foro It.*, 1989, I, 1619; Trib. Monza, 2 novembre 2007, n.3302 e Trib. Bari, 17 aprile 2008 (alle quali fa riferimento in nota, Matteo M. Winkler, *Risarcimento del danno da morte del congiunto e attore straniero tra reciprocità, diritti fondamentali e “gabbie risarcitorie”*, in *Resp. Civile e Prev.*, n.1/2011). Non mancano però posizioni del tutto contrarie. Significativa la sent. Cass. civ. Sez. III, 13-11-2014, n. 24201, in *Foro It.*, Rep. 2014, voce *Danni civili*, n. 212 e anche in *De Jure* con nota di Francesca Valerio, *No alle discriminazioni: nella liquidazione non si deve tener conto della nazionalità degli aventi diritto*, in *Diritto e Giustizia*, fasc.1, 2014, pag. 7; sent. Corte Cass. sez. III, n.7932, 18/05/2012, in *Foro It.*, Rep. 2012, voce *Danni civili*, n. 225. Nella giurisdizione di merito si segnalano in senso contrario alla massima: Trib sez. XII Milano n 9615, 14/07/2011, in *De Jure*; Trib. Roma Sez. XII, 27-10-2010 in *Leggi d'It.*; Trib. Terni, 22-10-2010 con nota di Giovannini Elisabetta, *Principio di uguaglianza e liquidazione del risarcimento del danno allo straniero*, *Corriere del Merito*, 2011, 3, 259, sentenza che a sua volta richiama App. Milano, 8 aprile 2010; Trib. Milano, sez X civile 18 dicembre 2008 n. 12099 (in rete: www.stranieriinitalia.it). In dottrina anche *Macroeconomia e funzioni della responsabilità civile nella commisurazione del danno non patrimoniale* di Umberto Izzo, in *Danno e Resp.*, 2/2011; *I diritti inviolabili e lo straniero: riflessioni sul risarcimento dei danni* di Giuseppe Fortunato e Umberto Izzo, in *Giustizia insieme*, 1-2/2011; Matteo M. Winkler, *Risarcimento del danno da morte del congiunto e attore straniero tra reciprocità, diritti fondamentali e “gabbie risarcitorie”*, in *Resp. Civile e Prev.*, n.1/2011; *Prendere ai poveri per dare ai ricchi? Il danno non patrimoniale dello straniero*, nota a Trib. Torino, 20 luglio 2010 ed a Trib. Trento, 3 novembre 2009, in *Danno e resp.*, 2011, 202; *Danno morale sofferto da straniero e risarcibilità. Condizioni* (nota a Giudice di pace Novara 1 febbraio 2002 n. 56), Galli Luisa, *Arch. Giur. Circolaz.*, 2002, 586.

IL COMMENTO

1. Introduzione

La sentenza in rassegna mette in campo molte questioni problematiche, caratterizzate da una interessante, quanto delicata attualità. Svilupperò la mia analisi dando conto inizialmente della rilevanza causale che il mancato utilizzo delle cinture da parte di un passeggero assume ai sensi dell'art 1227 co.1 c.c., sollevando riflessioni circa la possibile configurabilità di una colpa omissiva generica del conducente. Nella parte centrale, a cui è dedicato il titolo e su cui mi concentrerò maggiormente, tratterò invece l'arduo tema della tutela giuridica dello straniero extracomunitario non residente in Italia. In particolare affronterò il problema della risarcibilità o meno del danno non patrimoniale (dedicando uno spazio di rilievo anche a quello patrimoniale) in assenza di una condizione di reciprocità e della sua quantificazione in relazione alla realtà economico-sociale del paese di residenza dello straniero stesso. Si tratta di problematiche che alimentano molteplici spunti di riflessione, che si intrecciano inevitabilmente con il tema dei diritti inviolabili della persona. Proprio perché di diritti inviolabili si discute, ho voluto dedicare la parte conclusiva del commento al diritto per eccellenza, cioè quello alla vita, richiamando il contrasto giurisprudenziale in merito al riconoscimento o meno del danno da morte sofferto dalla vittima iure proprio.

2. L'omesso uso delle cinture di sicurezza da parte della vittima e concorso di colpa. Che dire del conducente?

Il tribunale di Bologna ha ritenuto il mancato uso delle cinture di sicurezza da parte della vittima rilevante causalmente ex art 1227, co. 1, c.c. e su tale base ha ridotto l'entità del risarcimento del 30%. Guardando all'iter argomentativo condotto dallo stesso, si possono sollevare delle considerazioni critiche. Innanzitutto è da criticare a mio parere il modo in cui il Tribunale ha dedotto, in maniera forse troppo sbrigativa, che Themar Klevor non avesse allacciato le cinture: è vero che la considerazione che fu l'unico dei quattro passeggeri a sbalzare fuori dall'abitacolo propende per tale conclusione, ma altrettanto vero è che un'analisi più attenta forse si faceva opportuna. Non risulta infatti che il giudice abbia ricevuto conferma in tal senso dagli altri due passeggeri superstiti o soprattutto che abbia incaricato degli esperti per rinvenire un eventuale mal funzionamento o rottura della cintura di sicurezza dell'interessato. Si dia ad ogni modo per provato l'omesso utilizzo della cintura di sicurezza, che per la dinamica del sinistro avrebbe comportato alla vittima, con elevata probabilità, un danno inferiore rispetto a quello in concreto patito. Configurato un concorso di colpa, il giudice attribuisce a tale condotta rilevanza eziologica nella produzione dell'evento dannoso pari al 30%. Quel 30% non andava forse ulteriormente ripartito tra conducente e danneggiato? Il Tribunale di Bologna non ha infatti preso in considerazione un'altra problematica che di recente è stata sottoposta alle corti civili (nonché penali), quella cioè della configurabilità di un concorso colposo del conducente nella produzione del danno, per non aver, secondo l'ordinaria diligenza, controllato che i passeggeri indossassero le cinture di sicurezza e non essersi rifiutato di guidare nel caso in cui questi non avessero acconsentito di fronte ad una esplicita richiesta d'utilizzo. In termini positivi si è pronunciata la Corte di Cassazione, sez. III, nella sentenza 11.3.2004, n. 4993 (richiamata peraltro dallo stesso giudice bolognese), la quale individua una colpa generica omissiva del conducente, per violazione del principio generale di diligenza e prudenza. In particolare motiva: «*in termini di prudenza e diligenza (...) il conducente di un autoveicolo non può porre o tenere in circolazione lo stesso, se si è reso conto che qualcuno dei trasportati non si conforma alle regole stabilite dalla normativa sulla circolazione stradale. (...) Sotto un profilo di normale prudenza, ha l'obbligo di fare effettuare detta circolazione in sicurezza e nel rispetto delle norme*»¹. Se si seguisse tale impostazione, oltre alla partecipazione della vittima alla condotta colposa del conducente, si dovrebbe ammettere anche la partecipazione del conducente alla condotta colposa (violazione del Codice della Strada) della vittima, con conseguente ulteriore ridistribuzione di quel 30%. C'è chi critica tale impostazione, ritenendola «*in opposizione con il c.d. rapporto "libertà-responsabilità", secondo il quale "l'inattività di un soggetto deve essere maggiormente tutelata rispetto al rischio derivante dalla sua azione"*»; così facendo, difatti, la colpa omissiva potrebbe estendersi fino al punto di

¹ «Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto il 30 per cento del concorso di colpa del trasportato e il 20 per cento del concorso del conducente, dopo aver accertato che il mancato uso delle cinture di sicurezza aveva avuto un'efficienza causale nella produzione dell'evento dannoso subito dal trasportato pari al 50 per cento» (da massima, in *Leggi d'It.*). In tal senso: Frongia, *Responsabilità del conducente per le lesioni riportate dal trasportato a causa del mancato utilizzo delle cinture di sicurezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 711; B. Tassone, *Solidarietà e parzialità nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, in *Danno e Resp.*, 2007, 11, 1105 e *Mancato uso delle cinture, colpa omissiva del conducente e apportioning of liability*, in *Danno e Resp.* 2004, 7, 724-737; Palmieri, *Avvinti da un insolito destino: cinture di sicurezza e risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 1997, 381.

imporre a chiunque un obbligo di aiutare il prossimo”². È come se vi fosse una tensione fra due esigenze: quella di attribuire responsabilità all’autore dell’illecito ogni qual volta, violando il criterio della diligenza del *bonus pater familias*, non abbia adottato determinate cautele che avrebbero dovuto governare il suo operato e quella di valorizzare al massimo la libertà-autoresponsabilità di ciascuno, perciò anche della vittima. Dove porci di fronte alla problematica qui in esame? Ritengo che, nonostante il passeggero sia il soggetto che meglio può attuare l’obbligo di evitare quella parte di danno causato dall’omesso uso delle cinture di sicurezza, si possa sicuramente ritenere esigibile un comportamento prudente anche da parte del conducente. Si tratta di una prudenza mancata che risulta contestabile. Condotta che per di più non comporta per il conducente grandi sforzi o eccessivi oneri tali da poter far risultare sproporzionata la distribuzione di responsabilità fra autore dell’illecito e vittima.

3. Riconoscibilità e commensurabilità del danno non patrimoniale dello straniero extracomunitario non residente in Italia

Se la commensurabilità del danno non patrimoniale, a fronte dell’esigenza di risarcire il pregiudizio subito dalla persona nella sua integralità ma non oltre la stessa, è il grosso problema della responsabilità civile, la questione si fa ancora più complessa se il soggetto da risarcire è uno straniero. Del resto, trovarsi a dover risarcire un soggetto extracomunitario non residente in Italia non è di certo un evento eccezionale per un giudice italiano. Appare quasi scontato ricordare come la società in cui viviamo sia una società aperta al mondo, in cui ormai le varie culture comunicano l’una con l’altra, ma soprattutto l’una nell’altra. Il multiculturalismo pone gli Stati ad affrontare innumerevoli questioni, molto spesso così delicate da lasciare il diritto sempre un passo indietro rispetto all’evoluzione delle stesse. Ma, come già anticipato, il problema della tutela giuridica dello straniero si fa sentire anche nel “circoscritto” mondo della responsabilità civile. La sentenza del Tribunale di Bologna permette di inquadrare la questione e di individuarne gli aspetti più delicati. In primo luogo: può il giudice non risarcire una madre, due fratelli ed una sorella per i danni subiti dalla perdita di un congiunto a seguito di un illecito stradale, a causa dell’inesistenza in Albania, paese ove risiedono, di una condizione di reciprocità? Sulla questione si è pronunciata la Corte di Cassazione, Sez. III, con la sentenza, 11 gennaio 2011, n.450 che statuisce un’interpretazione costituzionalmente conforme (secondo gli artt. 2, 3, 10 Costituzione) dell’art 16 delle preleggi. La Corte sottolinea come fino a quel momento la giurisprudenza abbia pacificamente applicato la condizione di reciprocità identificandola quale fatto costitutivo del diritto azionato dallo straniero, fatto che in quanto tale deve essere provato (una fra tutte nomina la sentenza della Corte. Cass. S.U. 24814/ 2007). Se da una parte con la Carta Costituzionale, l’individuo veniva proclamato titolare di diritti inviolabili che gli appartengono in quanto uomo, quale che sia la sua cittadinanza, e generava in capo allo Stato il precipuo compito di riconoscerli, dall’altra la giurisprudenza continuava a richiamare l’articolo 16 delle preleggi. La Corte del 2011 fa espresso richiamo alla sentenza di Cassazione, 10/02/1993, n. 168, caso inerente la riconoscibilità o meno in capo ad un soggetto egiziano del diritto al

² Antonio Greco, *Mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del trasportato e concorso di colpa del conducente*, nota a Cass. civ. Sez. III, 11 marzo 2004, n. 4993, in *Resp. civ.*, 2004, 2, 125. In particolare egli richiama Monateri, *op. loc. ult. cit.*, 101 e 102: «il criterio, che deve guidare la giurisprudenza nella creazione dei doveri extracontrattuali non scritti, deve essere il medesimo sia che si tratti di colpa dovuta a condotte commissive, sia a condotte omissive. Infatti, in questo caso il principio di efficienza è il principio stesso di prudenza di cui è espressione l’art. 2043 c.c., in quanto è la prudenza, intesa proprio come arte del prevenire il danno, a richiedere che l’obbligo di impedirlo gravi, con tutta ovvietà, sul soggetto che meglio può attuarlo».

risarcimento del danno nei confronti del Fondo di Garanzia per le vittime della strada, che se da un lato afferma la tutela dei diritti inviolabili dello straniero e sottolinea l'irrelevanza della presenza di un istituto analogo a quello del FGVs, dall'altra ribadisce l'operatività dell'articolo 16. Lo straniero che voleva far valere il diritto al risarcimento nei confronti del Fondo di Garanzia per le vittime della strada doveva dimostrare soltanto *“che lo Stato cui appartiene riconosce, senza limitazioni discriminatorie per il cittadino italiano, i diritti civili connessi al risarcimento del danno ed all'istituto dell'assicurazione, essendo del tutto irrilevante la carenza, nell'ordinamento straniero, di un istituto analogo a quello del fondo di garanzia che, avendo funzione risarcitoria e non indennitaria, attiene non al diritto ma alle modalità attraverso le quali nello Stato italiano è assicurato il risarcimento del danno”*. La sentenza quindi, oltre ad affermare che il diritto alle prestazioni del fondo di garanzia non rientra nell'alveo dell'art 2 Costituzione, esclude la copertura costituzionale anche di tutto l'arsenale dei rimedi apprestati dall'ordinamento, per il quale restava ferma la condizione di reciprocità. Ne conseguiva un sistema che, se da un lato proclamava il riconoscimento positivo dei diritti fondamentali in capo a ciascun individuo, dall'altro non ne garantiva l'effettiva tutela. E' chiaro come la mancanza di strumenti rimediali effettivi rendeva la disposizione sostanziale per lo più priva di contenuto. La sentenza n.450/2011 ha inteso superare questa inaccettabile soluzione, avendo ben chiaro che i rimedi risarcitori costituiscono il nucleo minimo ed imprescindibile della garanzia dei diritti inviolabili. Prima di tutto afferma che il diritto al risarcimento proclamato dall'art 2059 c.c., così come interpretato a partire dalle sentenze Gemelle, va riconosciuto senza distinzioni anche allo straniero, ammettendo l'applicazione della condizione di reciprocità solo per gli altri diritti civili. In termini più chiari precisa ciò che si era affermato nelle sentenze n. 10504 del 07/05/2009 e n. 4484 del 24.2.2010³, affermando come *“l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, comporti non solo che della condizione di reciprocità non debba tenersi conto ai fini di assicurare allo straniero il risarcimento della lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito (fin qui in applicazione dell'art. 2 Cost.), ma anche che lo straniero danneggiato possa avvalersi di tutti gli strumenti risarcitori apprestati per il cittadino, anche se essi sono diretti verso un soggetto diverso da quello che ha provocato la lesione”*. Questo perché *“una volta adottato il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, tale percorso interpretativo non può arrestarsi al solo art. 2 Cost., ma va compiuto per intero, per cui in tutte le ipotesi per le quali lo straniero può far valere la tutela risarcitoria in deroga alla disciplina di cui all'art. 16 preleggi, per la lesione di un diritto inviolabile dell'uomo, essendo questo direttamente riconosciuto dall'art. 2 Cost., tale tutela gli andrà accordata anche in osservanza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e cioè nelle stesse forme in cui viene somministrata al cittadino italiano, salvo che non sia espressamente previsto in modo diverso dalla legge”*. Nel caso di specie, il Tribunale di Bologna ha quindi giustamente rigettato l'eccezione sollevata da parte convenuta circa la non risarcibilità del danno non patrimoniale ai congiunti della vittima della strada per inesistenza della condizione di reciprocità, in quanto il diritto ai legami e agli effetti famigliari è diritto inviolabile, che come tale deve essere riconosciuto e quindi tutelato nei confronti di ogni individuo indistintamente. Se perciò il danno non patrimoniale per perdita del rapporto parentale e familiare viene risarcito agli attori ci si potrebbe

³ Nella specie avevano condannato l'assicurazione al risarcimento del danno alla persona da sinistro stradale, non risultando però in modo chiaro quale fosse stato il processo argomentativo seguito, perché il richiamo al principio di cui all'art. 2 Cost. sarebbe stato in tal senso insufficiente.

interrogare sulla configurabilità o meno di un danno patrimoniale che dalla lesione di quel diritto inviolabile può derivare (ipotizzando, in quanto non risulta da sentenza, che gli attori abbiano fatto espressa domanda in tal senso). Interessante è infatti la posizione assunta dalla stessa sentenza n. 450/2011 la quale dichiara che anche la questione circa la risarcibilità del danno patrimoniale, relativamente all'operatività o meno della condizione di reciprocità, si pone negli stessi termini in cui si è affrontata la questione del danno non patrimoniale: la tutela risarcitoria deve essere garantita in riferimento a qualsiasi danno, sia esso non patrimoniale o patrimoniale, che derivi dalla lesione di un diritto inviolabile della persona. Quindi, per quanto interessa la nostra analisi, in caso di morte del congiunto di uno straniero, *“la tutela risarcitoria (non derogata dalla condizione di reciprocità), derivando dall'evento lesivo dei valori costituzionali attinenti alla famiglia ed al rapporto parentale (artt. 2, 29 e 30 Cost.), e quindi integranti diritti inviolabili dell'uomo, copre sia il danno conseguenza patrimoniale che quello non patrimoniale”*. Poniamoci per adesso in posizione acritica nei confronti di detta conclusione ed analizziamola in parallelo con la quantificazione del danno patrimoniale operata dal Tribunale di Bologna. La sentenza in esame risarcisce alla sola madre il danno patrimoniale relativo alle spese sostenute per il trasporto della salma in Albania. Si tratta di un danno emergente, presente ed attuale, che al momento della decisione giudiziale è completamente determinato nella sua entità. Si noti come il danno patrimoniale appaia a prima vista facilmente e prontamente calcolabile, ricorrendo a semplici operazioni aritmetiche. In realtà non è così. Anche il danno patrimoniale può portare ad una rottura, una rottura che non è fine a sé stessa, ma che ha una proiezione nel tempo e questa sua dilatazione temporale deve essere quantificata e risarcita dal giudice (al fine di garantire la tanto sperata riparazione integrale del danno). Per intenderci, in riferimento al caso di specie, che ne è dell'aspettativa degli stretti congiunti al contributo economico da parte del familiare deceduto prematuramente? Si sta ponendo la questione del danno futuro, cioè quel danno che in quel momento non esiste ancora, o esiste solo in parte. Un danno che, se provato, sarebbe alla stregua della sentenza n.450/2011 risarcibile anche allo straniero, indipendentemente da una condizione di reciprocità, in quanto danno-conseguenza della lesione del rapporto familiare parentale. Come ha sancito la Suprema Corte, per risarcire un simile danno è necessario che sulla base di circostanze concrete e palpabili questo sia prevedibile con elevata probabilità⁴. Se riteniamo la costruzione della sentenza n.450/2011 corretta, nel caso di specie v'era forse ragione di risarcire ai congiunti di Themar Klevor anche il danno futuro, in ragione di elementi di fatto accertati e inequivoci. Anzi, dai fatti in sentenza, è un danno futuro che già al momento della decisione sicuramente si manifesta nella sua concretezza. Il giovane Themar infatti lavorava in Italia da cinque anni e contribuiva al mantenimento della famiglia albanese, inviando periodicamente somme di denaro. Una volta provata la veridicità e la consistenza di tale contributo, sulla base di un criterio di normalità si poteva ben presumere che Themar avrebbe continuato ad apportare aiuti economici per la famiglia se non fosse morto nell'

⁴ La Cassazione precisa che *“il risarcimento del danno futuro, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante, non può compiersi in base ai medesimi criteri di certezza che presiedono alla liquidazione del danno già completamente verificatosi nel momento del giudizio, e deve avvenire secondo un criterio di rilevante probabilità; a tal fine, il rischio concreto di pregiudizio è configurabile come danno futuro ogni volta che l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocamente sintomatici di quella probabilità secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto”* Cass. civ., 27.04.2010, n. 10072, in GCM 2010, 4, 620.

incidente d'auto⁵. Il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione nel 2011 per affermare il risarcimento del danno patrimoniale allo straniero, a prescindere da una condizione di reciprocità, conseguente alla lesione di un diritto fondamentale, è stato però giustamente criticato in dottrina. Toccano nel segno le considerazioni mosse da Giuseppe Fortunato e Umberto Izzo in *Giustizia Civile, I diritti inviolabili e lo straniero: riflessioni sul risarcimento dei danni* (Riv. Giustizia insieme 1-2, 2011). In tale sede si contesta l'artificio di cui la Corte ha fatto uso per giungere a quella conclusione, rimettendo in campo la distinzione fra danno-conseguenza e danno-evento: “Dire, però, che “è il bene leso che caratterizza la diretta copertura costituzionale della tutela, mentre il danno conseguenza (patrimoniale o non patrimoniale) individua solo la perdita (o il pregiudizio) in concreto verificatosi e risarcibile” finisce per generare qualche problema, riproponendo il rischio di impantanarsi nei bizantinismi a cui la dicotomia danno evento/conseguenza ci aveva abituato”. Se per i due autori la risarcibilità non pone problemi quando il danno patrimoniale, emergente o cessante che sia, è conseguenza diretta della lesione, la questione si complica quando la connessione causale fra patrimonio e diritto inviolabile si fa meno diretta e necessaria; si pensi proprio al caso di lucro cessante per danno futuro: “Basta davvero mettere in asse con l'art 2 Cost. gli artt. 29 e 30 Cost. per dire risarcibile, schivando la condizione di risarcibilità, un danno che è patrimoniale, ma che per effetto di un collegamento causale (...) viene nobilitato al punto da fargli conseguire i gradi dell'inviolabilità?”. Si produrrebbero delle aporie insostenibili, in cui vedremmo in alcuni casi riconoscere il risarcimento del danno patrimoniale indipendentemente da una condizione di reciprocità ed altri in cui questa sarebbe invece condizione necessaria, sulla base di un non chiaro e sfumato collegamento con il diritto inviolabile. Tutte osservazioni che come sottolineato, fanno emergere la necessità di individuare il “confine fra patrimonialità e diritto inviolabile”. Ancor prima mi pare si dovrebbe riflettere sulla difficoltà che una società moderna trova nell'identificazione stessa di quel nucleo essenziale di diritti da considerare come inviolabile. L'universalismo corre di pari passo con il particolarismo e questo non si deve tralasciare. Inoltre, una volta proclamato in termini univoci un diritto come inviolabile, si affianca l'ulteriore difficoltà di definirne il contenuto sostanziale: non si dimentichi infatti che alla proclamazione di un diritto inviolabile possono corrispondere implicazioni diverse sul piano pratico. Per non allontanarmi troppo da quello che è l'oggetto di analisi, si pensi soltanto al tema della dignità umana in riferimento alla questione del fine vita. Tutte problematiche che costituiranno arduo banco di prova per i giudici. Per quanto qui ci riguarda, la perdita dei rapporti familiari che deriva dalla morte di una vita che si è spenta, sicuramente rientra nell'alveo dei diritti inviolabili, per il cui risarcimento assolutamente non rileva la presenza di una condizione di reciprocità. Anzi risulta sconcertante come la giurisprudenza poteva nella pratica annullare la tutela di beni come la vita, l'integrità fisica, i vincoli familiari, sulla base della mera appartenenza del soggetto leso. Tanto più che alla base dell'irrelevanza della condizione di reciprocità in casi come questi, come ha acutamente

⁵ In tema di risarcimento del danno patrimoniale per lucro cessante in proiezione futura: Sent. Cass. civile sez. un. n. 26973/2008; Sent. Cass. civ. sez. III 14-02-2000 n. 1637 con nota di Batà Antonella e Spirito Angelo, *Danni derivanti dalla morte di congiunti*, in *Danno e Resp.*, 2000, 7, 750; Cass. 13 novembre 1997, n. 11236, in *Foro it.*, 1998, I, 54; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 663 con nota di Smorto; in *Resp. civ.*, 1998, 661, con nota di Ziviz; in *Vita not.*, 1998, I, 912 (interessante in quanto esclude la rilevanza delle condizioni economiche della famiglia); Cass. civ., 28.10.2009, n. 22793, in *GD* 2010, 17, 67; Trib. Torino, sez. lav., 8.04.2009, n. 1358, in *RIDL* 2010, 1, 104 con nota di Caliendo; Cass. civ., 30.09.2008, n. 24331, in *GCM* 2008, 9, 1406; Trib. Milano, sez. X, 10.04.2008, n. 4954, in *Giustizia a Milano* 2008, 5, 38.

affermato Matteo M. Winkler, non v'è solo la necessità di dare effettiva tutela e riconoscimento al valore vita e alle sue declinazioni, ma vi sono anche ragioni politiche: *“Un approccio che distinguesse tra vita e vita a seconda della nazionalità avrebbe implicazioni che andrebbero ben al di là della lettera della norma. Infatti, le regole in materia di responsabilità incidono sul comportamento delle persone e, dunque, sullo standard adottato per una determinata attività. Sottoporre il risarcimento del danno a condizioni di reciprocità significa influire sul livello di diligenza da tenersi nei confronti degli stranieri, dall'ambito della circolazione stradale al settore del lavoro, che si trovino sul territorio italiano”*⁶.

Una volta riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale ai congiunti della vittima, anche se stranieri, il giudice si pone di fronte al grande problema della sua commensurabilità. Si tratta di un danno che incide su interessi inerenti la persona non suscettibili di valutazione economica. Ed ecco la vera difficoltà del nostro giudice: identificare una somma di denaro per risarcire un qualcosa che non si può toccare con mano. Quanto può valere il rapporto parentale familiare che si è perso? Ciò che è certo è che la perdita va risarcita, in qualche modo il vuoto che la morte di un congiunto lascia, se può apparire incommensurabile, dovrà trovar un suo, difficile da dire ma questo è ciò che accade, “compenso” in denaro. Per la determinazione del danno non patrimoniale il Tribunale di Bologna fa uso delle Tabelle di Milano, per la loro capacità di rispondere al principio di tassatività e unicità affermato nella sentenza n.26972/2008 S.U. Corte di Cassazione. Rinviamo alla sezione rassegna dedicata alla massima n.3 per un approfondimento, ricordiamo come il giudice per la liquidazione del danno da perdita di un congiunto tenga conto, secondo una valutazione equitativa, di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare l'età della vittima, il grado di parentela, la convivenza, l'età dei congiunti, le condizioni della famiglia, nonché, non di certo ultimo per importanza, l'intensità del vincolo familiare. Ma ciò che qui interessa è sottolineare l'altro ordine di problemi che pone il danno non patrimoniale lamentato dal cittadino extracomunitario non residente in Italia. Una volta risolto il dilemma relativo alla condizione di reciprocità, negando che essa possa incidere sull'ammissibilità della domanda risarcitoria quando si faccia questione di diritti inviolabili, ci si interroga se la nazionalità dello straniero possa invece avere valenza in un momento successivo, nel momento della quantificazione dell'entità del danno stesso. Deve cioè il giudice parametrare l'entità del risarcimento alla realtà economica e sociale da cui provengono i soggetti da risarcire? Nella sentenza in esame il Tribunale risponde in termini affermativi, sottolineando la necessità di adeguare il potere d'acquisto della valuta in cui viene effettuata la liquidazione a quello di residenza dell'attore. Nel fare questo aderisce all'orientamento giurisprudenziale che dispone: *“Posto, invero, che in tal caso il risarcimento ha funzione meramente surrogante e compensativa delle sofferenze indotte dal fatto illecito costituente reato (cfr. Cass., n. 134/98), se l'entità delle soddisfazioni compensative ritraibili dalla disponibilità di una somma di denaro è diversa a seconda dell'area nella quale il denaro è destinato ad essere speso, non l'entità delle soddisfazioni deve variare, ma la quantità di denaro necessaria a procurarle. La sentenza non è dunque censurabile in punto di rilievo conferito alla realtà socio economica dell'area in cui vive il danneggiato come ad uno degli elementi di fatto di cui tener conto nella determinazione quantitativa dell'obbligazione risarcitoria del responsabile, da effettuarsi, attesa la sua funzione non sanzionatoria ma riparatoria (cfr. Cass., n. 491/99), con riguardo (alle sofferenze ed) alla posizione del*

⁶ Matteo M. Winkler, *Risarcimento del danno da morte del congiunto e attore straniero tra reciprocità, diritti fondamentali e “gabbie risarcitorie”*, in *Resp. Civile e Prev.*, n.1/2011

danneggiato”⁷. Dopo aver determinato in via equitativa l’entità del danno non patrimoniale, il giudice deve effettuare una *“successiva operazione di valutazione di corrispondenza di tale importo al particolarmente elevato potere di acquisto del denaro nella zona in cui esso è presumibilmente destinato ad essere speso”*, un’operazione che *“assume connotazioni meramente economiche ed è collegata a parametri non già indefinibili, ma anche numericamente accertabili (indice del costo della vita nelle varie aree del territorio nazionale) ed aritmeticamente calcolabili. Della loro incidenza il giudice è dunque tenuto a dare puntuale conto allorché, come nella specie, abbia fatto riferimento al contenuto socio-economico dell’area territoriale in cui vive il danneggiato come ad un fattore giustificativo della determinazione in misura particolarmente contenuta della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno morale subiettivo”*. Tale impostazione risponderebbe al principio di eguaglianza sostanziale, permettendo di evitare illegittimi arricchimenti⁸. Una simile soluzione accolta dal giudice bolognese mi trova in totale disaccordo. Invero, questo orientamento non risulta condiviso in via unanime. Anzi, in giurisprudenza molteplici sono le voci contrarie. Significativa la sentenza di Cassazione civile, Sez. III, 13-11-2014, n. 24201, in tema di risarcimento danni per la morte a seguito di un incidente stradale di un cittadino tunisino, che si trovava in Italia per ragioni lavorative. Nella specie la sentenza cassa con rinvio la sentenza di App. Brescia, 28/02/2011, disponendo che nella valutazione equitativa del danno non patrimoniale, il giudice non deve assolutamente tener conto della realtà socio-economica del Paese in cui la somma da liquidare è destinata ad essere spesa. La morte di una persona vede come suo contraltare un risarcimento che ha come funzione primaria quella di *“ripristinare il valore dell’uomo nella sua insostituibile unicità”*. Incidono sulla determinazione del risarcimento unicamente la condotta illecita, colposa o dolosa, il danno e il nesso di causalità. Il luogo ove il danneggiato abitualmente vive e presumibilmente spenderà o investirà il denaro derivante dal risarcimento, è un elemento successivo ed estraneo all’illecito e come tale influente sulla misura del risarcimento del danno. In altri termini *“la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale non è, infatti, quella di fornire alla vittima del fatto illecito una sorta di stanziamento da sospendere per ottenere in cambio una certa quota di piaceri volti ad annullare le sofferenze subite, bensì quella di “compensare” la vittima stessa, ancorché con un mezzo improprio ove rapportato al tipo di danno, per l’“impoverimento” subito sotto il profilo non patrimoniale; con la conseguenza che la somma di denaro che va riconosciuta a ristoro del danno non patrimoniale non dipende dal costo della vita nel paese in cui risiede o vive la vittima dell’illecito”*⁹. Possiamo sottolineare come in giurisprudenza si risponda in uno o nell’altro senso facendo leva su quella che a rigore dovrebbe essere la funzione primaria del risarcimento del danno non patrimoniale. Il Tribunale di Bologna sposa la funzione compensativa delle sofferenze che la perdita di un congiunto ha provocato. Chi invece ritiene che l’entità del danno non patrimoniale debba restare impermeabile di fronte a considerazioni di carattere socio-economico preferiscono vedere nel risarcimento del danno non patrimoniale una funzione preventivo-deterrente. Interesse ad una funzione deterrente che ha riacquisito anche in dottrina forte seguito¹⁰. Secondo quest’ultimo modo di ragionare, l’attenzione si pone

⁷ Sentenza Cassazione 14 febbraio 2000, n.1637 in *Leggi d’It.*, con nota di Batà Antonella e Spirito Angelo, *Danni derivanti dalla morte di congiunti*, in *Danno e Resp.*, 2000, 7, 750.

⁸ Sent. Trib. Torino, 20/07/2010 n. 4932 in *Altalex*, con nota di Rocchina Staiano.

⁹ Sentenza Tribunale Terni 22-10-2010, *Leggi d’It.*, con nota di Giovannini Elisabetta, *Principio di uguaglianza e liquidazione del risarcimento del danno allo straniero*, *Corriere del Merito*, 2011, 3, 259.

¹⁰ C. Scognamiglio, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2485 ed E. Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, *Resp. civ. e prev.*, 2008, 501

non solo sul soggetto vittima ma si sbilancia anche sul soggetto agente. In tal senso vale la pena richiamare la sentenza del Tribunale di Trento, 3 novembre 2009¹¹. Non permettere modulazioni fungerebbe da strumento deterrente, da chiaro segnale alla collettività circa le conseguenze del loro agire. Essa sarebbe ben informata del fatto che la lesione a diritti fondamentali della persona comporta l'obbligo al risarcimento e l'entità che il giudice definirà non dipenderà di certo dal Paese di appartenenza del soggetto da risarcire. In dottrina si è sottolineato come del tutto riduttivo e semplicistico è il cercare di dare soluzione a questi problemi facendo richiamo alle funzioni della responsabilità civile. Si è cioè sottolineato come in realtà il vero problema è quello dell'incapacità di *“processare razionalmente l'informazione raccontata dal danno non patrimoniale puro”* dopo il verificarsi dell'evento dannoso: c'è la difficoltà di trovare le informazioni necessarie ad attribuire ragionevolezza e razionalità ad un modello ideale che se supportato da una sana oggettività sarebbe apprezzabile. Le informazioni, s'è detto, devono ricercarsi nella vicenda stessa, in tutta la sua complessità, evitando di cercarle ossessivamente *“nel mondo del danneggiato e nel mutevole spazio dei suoi bisogni e dei suoi stati esistenziali”*. Ciò che deve essere condotto è *“un processo logico-argomentativo mai meccanico e soprattutto sottoponibile a vaglio successivo di ragionevolezza e congruità (...) che avrebbe il non trascurabile vantaggio di restituire al giurista uno spazio di manovra”*¹². La prospettiva macroeconomica del danno non patrimoniale offre quindi forti ed interessanti spunti di riflessione e la questione non si può di certo ritenere risolta. A mio parere, un sistema che riuscisse a modulare l'entità del risarcimento in riferimento al contesto socio-economico e al costo differenziato della vita, con criteri il più possibile oggettivi e corretti in modo tale da trattare effettivamente sotto questo profilo in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse, in conformità con il principio di eguaglianza sostanziale, lascerebbe in ogni caso un certo amaro in bocca difficile da digerire. Modulare il danno non patrimoniale in base al dove la somma di denaro corrisposta verrà spesa creerebbe in primo luogo una situazione di incertezza insuperabile, sotto il profilo per esempio della prova dell'abitudine della residenza e del suo effettivo mantenimento, lasciando ampi margini per il prodursi di comportamenti abusivi delle parti in contenzioso¹³. Non solo. Il caso del Tribunale di Torino 20/07/211 sopra richiamato riguardava un soggetto extracomunitario rimasto vittima di un incidente sul lavoro. Come sappiamo, un datore di lavoro è tenuto ad assicurare uno standard di sicurezza nell'ambiente lavorativo che sia idoneo a garantire al meglio l'incolumità dei suoi dipendenti. Un sistema che liquida il danno subito in base al costo della vita del luogo in cui vive il lavoratore avrebbe

¹¹ In *Danno e Responsabilità*, 2/2011, pag.196: «[T]enuto conto che la responsabilità civile consiste in una relazione tra due soggetti messi in relazione dal danno, ne deriva che quest'ultimo, che costituisce l'oggetto della relazione, si rivolge sia al danneggiato che al danneggiante. Pertanto, accanto alla funzione compensativa, che si sviluppa dopo la commissione dell'illecito a vantaggio esclusivo del danneggiato, pare potersi riconoscere alla responsabilità civile, ed al danno [non patrimoniale] risarcibile che ne è il risvolto concreto, una funzione preventiva o precauzionale che si sviluppa ancora prima della commissione dell'illecito, a beneficio della moltitudine indistinta dei consociati».

¹² In *Danno e Responsabilità*, 2/2011, pag.196: «[T]enuto conto che la responsabilità civile consiste in una relazione tra due soggetti messi in relazione dal danno, ne deriva che quest'ultimo, che costituisce l'oggetto della relazione, si rivolge sia al danneggiato che al danneggiante. Pertanto, accanto alla funzione compensativa, che si sviluppa dopo la commissione dell'illecito a vantaggio esclusivo del danneggiato, pare potersi riconoscere alla responsabilità civile, ed al danno [non patrimoniale] risarcibile che ne è il risvolto concreto, una funzione preventiva o precauzionale che si sviluppa ancora prima della commissione dell'illecito, a beneficio della moltitudine indistinta dei consociati».

¹³ Trib. Milano, sez. X civile 18 dicembre 2008 n. 12099 (in rete: www.stranieriinitalia.it) : interessante anche perché sottolinea come il modulare l'entità del danno in base al “dove” la somma verrà spesa, richiede necessariamente di ragionare anche sul “quando” e il “come”.

come conseguenza inaccettabile quella “di diminuire tale standard per quanto riguarda i lavoratori stranieri, in particolare quelli provenienti da Paesi in via di sviluppo. In termini economici, questa condizione prende il nome di “undercompensation” e a sua volta genera, dal punto di vista dell’impresa convenuta, fenomeni di “underregulation”, cioè di sottoregolamentazione. Non solo. Che dire se lo straniero è residente in un Paese economicamente più florido dell’Italia? In questo caso, avremmo ipotesi di overcompensation, come giustamente è stato osservato, difficilmente giustificabili sotto il profilo politico-economico”¹⁴. Lo stesso accadrebbe nel caso di un conducente d’auto. La sua responsabilità per non aver circolato secondo prudenza e diligenza gli costerà meno se, per fortuna della sorte, trasportava un soggetto straniero. Implicitamente penserà di potersi permettere, in un’analisi costi-benefici, un livello di diligenza più scadente rispetto allo standard richiesto dall’ordinamento. Si può forse accettare una simile conclusione? Un ordinamento che dovrebbe favorire l’integrazione tra i popoli e porre misure volte a combattere la discriminazione, finirebbe per “far passare” il messaggio che la vita e l’integrità fisica di un soggetto straniero, proveniente da stati ad economie meno floride, valgano meno rispetto a quella di un soggetto che ha la fortuna di vivere in un contesto socio economico più sviluppato. Il valore della vita e dell’integrità di un uomo assumerebbe carattere differenziato, in estremo contrasto con l’articolo 3 della Costituzione.

4. Il danno da perdita della vita

Abbiamo fino ad ora preso in considerazione il danno che “le vittime di rimbalzo” subiscono *iure proprio*. D’altra parte, di fronte al caso oggetto della sentenza, la morte istantanea di un soggetto a seguito di un incidente stradale, ritengo opportuno concludere la mia rassegna richiamando un interrogativo a cui la giurisprudenza cerca di dare risposta e cioè se sia configurabile e quindi risarcibile un danno da morte che la vittima ha subito *iure proprio*. Io che perdo la vita in un incidente stradale per il fatto illecito altrui acquisisco nella mia sfera giuridica un diritto al risarcimento per la tale perdita, diritto che si trasmetterà ai congiunti *iure hereditario*? Se così fosse poco importerebbe che la vittima si chiami Themar Klevor, straniero, albanese, nato a Valona l’8 giugno del 1985. È bene dar conto delle varie tappe che la giurisprudenza ha conosciuto nell’affrontare il problema. Innanzitutto si ricorda come la giurisprudenza di legittimità ha sempre configurato il danno biologico come quel danno procurato alla salute della vittima e non come danno consistente nella privazione della vita. Il bene “salute” si distingue dal bene “vita”.¹⁵ Come ha sottolineato la Cassazione nella sentenza n. 491, 20 aprile 1999, la morte non costituisce la massima lesione possibile arrecabile al bene salute; la morte incide al contrario sul ben distinto bene della vita, “*la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi*”. Ciò che è stato leso è un qualcosa che riguarda la persona nella sua natura intrinseca e se il titolare di quel bene cessa di esistere allora non sarà configurabile una risarcibilità autonoma, se è vero che il risarcimento del danno ha una funzione “*non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione di effetti pregiudizievoli*”¹⁶. Partendo quindi da questo presupposto la giurisprudenza ha

¹⁴ Matteo M. Winkler, *Risarcimento del danno da morte del congiunto e attore straniero tra reciprocità, diritti fondamentali e “gabbie risarcitorie”*, in *Resp. Civile e Prev.*, n.1/2011

¹⁵ Sent Cass. civ., Sez III 10 settembre n. 8970/1998 in *Altalex*.

¹⁶ Era quanto aveva in precedenza affermato anche la Corte Costituzionale (estensore Mengoni) nel 1994 con sent n. 372: “*un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte*

elaborato la categoria del danno morale, anche detto catastrofico, liquidato per le sofferenze psichiche sofferte dalla vittima delle lesioni fisiche per il tempo in cui abbia sopportato lucidamente l'agonia in attesa di morire, oppure il danno biologico terminale, quando, soddisfatto il requisito dell'apprezzabile lasso di tempo fra l'evento lesivo e la morte, si poteva configurare una lesione all'integrità fisica culminata in patologia. Sulla questione è intervenuta la Corte di Cassazione S. U. n. 26973/2008 nel momento in cui ha risistemato il danno non patrimoniale, disponendo la necessità di non incorrere in una duplicazione di risarcimento¹⁷. Il punto che qui a noi interessa è che si negava quindi un danno da morte sofferto iure proprio dalla vittima. Forte era la resistenza delle corti di merito di fronte a simili conclusioni. Nella sentenza del 15 giugno del 2009 il giudice di Venezia dichiara come il bene della salute non solo non sia un bene distinto dal bene della vita, ma anzi, ne costituisca elemento essenziale: lo definisce un presupposto indefettibile. Negare un risarcimento alla vittima in caso di morte istantanea e riconoscerlo invece, per la lesione del bene salute, alla vittima che è morta dopo un apprezzabile lasso di tempo, porta ad un *“esito risarcitorio inversamente proporzionale alla gravità dei fatti in contestazione”* tanto che si potrebbe dire: *“uccidere è più conveniente che ferire”*. Non solo. Arditamente nota come i diritti inviolabili dell'uomo, tra cui vi rientrano certamente la salute nonché la vita, sono fatti rientrare ormai nell'alveo dell'art 2059. Se questo è vero in questa nuova prospettiva non avrebbe più senso aggrapparsi alla funzione compensativa della responsabilità civile, la quale è *“destinata a lasciare il campo insieme alla patrimonialità della salute”*. Il Tribunale infatti, sottolinea che già la Corte Costituzionale nella sentenza 184/86 attribuisce all'art 2059 una funzione sanzionatoria-deterrente, o comunque almeno riparatoria-satisfattiva. Nel caso di lesione al bene della vita non si tratta di compensare ex post una lesione al patrimonio ma si sanziona ex ante un comportamento che colpisce il corredo dei diritti inviolabili che fanno dell'uomo un uomo, dando così all'ordinamento la possibilità di autoconservarsi realizzando uno *“strumento di deterrenza per l'agire in prevenzione”*. Diversamente offrire tutela alla salute e non alla vita porta ad una *“frantumazione dell'individuo”*. A queste affermazioni si è reagito in giurisprudenza di legittimità, criticando il fatto che risarcire il bene vita non avrebbe in realtà né funzione sanzionatoria, né consolatoria, ma porterebbe semplicemente ad arricchire ulteriormente le tasche dei congiunti senza una giustificazione¹⁸. La questione conduce a dei nodi delicatissimi, difficili da districare. Svolta nella giurisprudenza di

immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita”.

¹⁷ Riconosce il solo danno morale la Corte di Cassazione S.U. nella sent. n.26973/2008, per il fatto che la sofferenza subita dalla vittima, protrattasi per undici ore, non poteva degenerare in patologia, permettendo di dar luogo ad un danno biologico. Se invece la sofferenza degenera in patologia, il giudice dovrà secondo una valutazione equitativa liquidare il solo danno biologico, personalizzandolo e quindi tenendo conto nella loro di tutte le sofferenze psichiche e fisiche nella loro interezza. Per quanto riguarda il danno biologico terminale si segnalano le recenti pronunce di Cassazione: Cass. civ. sez. III n.18163, 28-08-2007 in *Leggi d'It.*; n.6946, 22-03-2007 in *Leggi d'It.*; Cass. civ. sez. III, n. 9959, 28-04-2006 in *Leggi d'It.*; Cass. civ. sez. III, n. 2775, 24-02-2003 in *Leggi d'It.*, con nota di Caputi Marco, *Tra Pilato e la Palisse: il fatto morte e il danno tanatologico*, in *Danno e Resp.*, 2003, 11, 1078 e nota di Foffa Roberto, *Il danno tanatologico e il danno terminale* in *Danno e Resp.*, 2003, 11, 1078; Cass. civ. sez. III, n.7632, 16-05-2003 in *Leggi d'It.* con nota di Bona in *Giur. It.*, 2004, 495, le quali richiedono per la sua configurazione uno spazio temporale apprezzabile che scandisca una netta separazione fra i due eventi e una volta configurato lo riconoscono, indipendentemente dal fatto che la vittima sia cosciente o meno; inoltre per la sua quantificazione viene fatto rientrare nel danno da abilità sì temporanea, ma massimo per intensità ed entità.

¹⁸ v. sentenza Corte di Cassazione n. 6754, 24-03-2011 in *Leggi d'It.*, nota di Berruti, in *Giur. It.*, 2012, 4, 796.

legittimità è stata segnata di recente dalla sentenza “Scarano” n. 1361/2014 in cui il danno iure proprio viene detto finalmente risarcibile. La Cassazione ha affermato che la perdita della vita non può essere lasciata priva di tutela, neppure civilistica. Ciò che risulta di estremo interesse è come la perdita della vita non venga identificata come danno esclusivamente sofferto dalla vittima, bensì anche dalla collettività. La morte costituisce certamente per il singolo la perdita più grave ma costituisce altresì un costo per la società. Ed invero la società investe su ciascuno di noi, spende su ogni individuo e crea delle aspettative nei confronti di ciascuno. Al suddetto costo della società deve *“corrispondere un risarcimento capace di trasmettere ai consociati il disvalore dell’uccisione e la deterrenza della reazione dell’ordinamento”*. Il danno alla vita, che è bene supremo dell’individuo, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile, distinto dal bene della salute è un danno non patrimoniale che va risarcito. Il diritto al risarcimento *“si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all’exitus, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell’irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, giacché la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto”*. Esso deve essere riconosciuto quindi alla vittima anche in caso di morte istantanea o immediata ed il relativo diritto si trasmetterà iure hereditario. Di fronte al contrasto giurisprudenziale che la sentenza “Scarano” ha generato, a fronte di una impellente necessità di certezza del diritto, la questione è stata rimessa con ordinanza alle Sezioni Unite affinché si pronuncino circa la risarcibilità o meno iure hereditario del danno da morte immediata.¹⁹

In attesa di una più chiara risistemazione della questione, certo è che se venisse riconosciuto anche dalle Sezioni Unite il risarcimento per la perdita della vita, rientrando il corrispondente diritto nell’alveo dell’art 2059 c.c., sarebbe sicuramente azionabile da ciascun individuo, indipendentemente dall’esistenza di una condizione di reciprocità nel paese di sua residenza.

¹⁹ In dottrina, in materia di danno da morte, si segnalano: R. Pucella, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, Nuova Giur. Civ., 2014, 5, 269, in cui, all’indomani della sentenza “Scarano” fra le altre cose sottolinea: *“Riconoscere che il danno da morte va risarcito iure proprio significa essere giunti a metà del guado. Rimane da risolvere il problema del quantum debeatur in relazione al quale si frappongono ostacoli di varia natura e genere: se, come a più riprese si è osservato, la perdita della vita non equivale alla sottrazione dell’integralità della salute, non si potrà ricorrere all’agevole strumento delle Tabelle milanesi, nella loro espressione massima; ma soprattutto, se questo danno è destinato ad affluire nel patrimonio degli eredi, unitamente al danno morale catastrofico patito dalla vittima e al danno morale iure proprio degli eredi stessi, si porrà la sostanziale esigenza di una liquidazione che appaia complessivamente equa a favore dei congiunti. Si dovrà capire, allora, se la liquidazione del danno da morte metterà in moto un contestuale ed istintivo meccanismo di contrazione delle altre poste di danno, in funzione di bilanciamento; Guidi Benedetta, *Storia e vicissitudini del danno da morte*, in *Danno e Resp.*, 2013, 12, 1207; Mauro Tosoni, *Il risarcimento del danno da morte*, nota a Cass. civ. Sez. III, 29 novembre 2011, n. 25215 in *Resp. civ.*, 2012, 12, 889; Marilena Gorgoni, *Ancora ripensamenti giurisprudenziali sul danno da morte iure hereditario*, nota a Cass. civ. Sez. lavoro, 18 gennaio 2011, n. 1072 in *Resp. civ.*, 2012, 5, 351; Sara Amerio, *Il danno da morte e la sua trasmissibilità iure hereditario*, *Resp. civ.*, 2011, 12, 842; A. Zilli, *La via della consapevolezza porta al risarcimento del danno tanatologico*, in *Lavoro nella Giur.*, 2010, 1223; Pucella R., *Danni da morte e tutela dei congiunti*, in *Resp. civ.: danno non patrimoniale*, a cura di Delle Monache, 2010 pag 631ss.; E. Serani, *Il risarcimento del danno da morte dopo le sezioni unite del 2008: prassi e aporie delle corti di merito*, in *Danno e resp.*, 2013, 1200 e ss.; Giannini, *Il risarcimento del danno alla persona*, Giuffrè, 2000; Bona, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno e resp.*, 1999, 623; Giannini, Pogliani, *Il danno da illecito civile: danno biologico, danno psichico, danno patrimoniale, danno morale, le tabelle liquidative*, Giuffrè, 1997; Ponzanelli, *La Corte Costituzionale ed il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, I, 3297; Navarretta, *Trasmissibilità del danno alla salute e tutela risarcitoria della “vita”*, in *Danno e resp.*, 1997, 41.*

The Student Paper Series of the Trento Lawtech Research Group is published since Fall 2010

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1>

FREELY DOWNLOADABLE PAPERS ALREADY PUBLISHED:

STUDENT PAPER N. 23

La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities

CHIARUTTINI, MARIA OTTAVIA (2015) *La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 23. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9

STUDENT PAPER N. 22

Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio = Technology Transfer and Regional Context: Old Problems and New Perspectives for a Sustainable Co-operation among University, Entrepreneurship and Local Economy

CALGARO, GIOVANNI (2013) *Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 22. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-525-5

STUDENT PAPER N. 21

La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata = Internet Service Provider liability and copyright infringement: a comparative analysis.

IMPERADORI, ROSSELLA (2014) *La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 21 . Trento : Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-572-9

STUDENT PAPER N. 20

Open innovation e patent: un'analisi comparata = Open innovation and patent: a comparative analysis

PONTI, STEFANIA (2014) *Open innovation e patent: un'analisi comparata*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 20 . Trento : Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-573-6

STUDENT PAPER N. 19

La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski Accidents and Civil Liability

CAPPA, MARISA (2014) La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski Accidents and Civil Liability. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 19. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-548-4

STUDENT PAPER N. 18

Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM = Agricultural Biodiversity and the Protection of Farmers from Patent Hold-Up: The Case of GMOs

TEBANO, GIANLUIGI (2014) Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 18. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-527-9

STUDENT PAPER N. 16

La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata = The Protection of Geographical Indications in the Wine Sector: A Comparative Analysis

SIMONI, CHIARA (2013) La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series; 16. Trento: Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza.

STUDENT PAPER N. 15

Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano

SALVADORI, IVAN (2013) Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 15. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N. 14

Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare

VIZZIELLO, VIVIANA (2013) Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 14. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N.13

The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material

CARVALHO, ALEXANDRA (2013) The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 13. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N.12

Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930)

TRESTINI, SILVIA (2012) Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930) = For an Archeology of Food Law: 54 Years of Case Law Collections Concerning the Safety and Quality of Food (1876-1930). The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 12.

STUDENT PAPER N.11

Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo

PICCIN, CHIARA (2012) Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo = From the Alps to the Pyrenees: Comparative Analysis of Civil Liability for Mountain Sport Activities in Italian and Spanish Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 11

STUDENT PAPER N.10

Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore

PERRI, THOMAS (2012) Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright. Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series, 10

STUDENT PAPER N. 9

L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco

ALESSANDRA ZUCCATO (2012), L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 9)

STUDENT PAPER N.8

Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis.

RUGGERO, BROGI (2011) Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis. Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 8)

STUDENT PAPER N.7

Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica

TREVISAN, ANDREA (2012) Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

STUDENT PAPER N.6

Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici

SIRAGNA, SARA (2011) Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: Legal and Economic issues Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

STUDENT PAPER N.5

Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese

GUERRINI, SUSANNA (2011) Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

STUDENT PAPER N.4

"Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia

PODETTI, MASSIMILIANO (2011) "Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy Trento: Università degli Studi di Trento. (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

STUDENT PAPER N.3

Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti

TOGNI, ENRICO (2011) Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

STUDENT PAPER N.2

Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia

SARTOR, MARTA (2010) Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

STUDENT PAPER N.1

Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito

RIZZETTO, FEDERICO (2010) Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)