

Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

ANNO XVII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

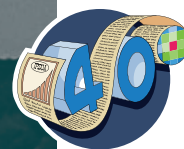
2 2012

www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

**Caso Ustica:
sicurezza dei cieli
e responsabilità**

**Sangue infetto
e teoria del rischio**

**Il diritto al tempo libero
non è un diritto inviolabile?**



Ipsoa,
una tradizione
di innovazione.
Da 40 anni.

DIREZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Carbone
Pier Giuseppe Monateri
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli

00129543



5 000001 29543 1



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer



Mediazione Civile

software gestionale

La soluzione per i professionisti della Mediazione

Suite Plus

al tariffario ufficiale o personalizzato fino alla consultazione delle statistiche.

è il software gestionale per l'Organismo di Mediazione che deve gestire con sicurezza le attività d'ufficio, l'albo dei mediatori e gli affari di mediazione: presentazione dell'istanza, gestione delle scadenze, organizzazione delle sale riunioni, parcellazione in base

Professional

documenti (accettazione, ricusazione dell'incarico, verbale di mediazione), fatturazione in base al Tariffario ministeriale o ai tariffari concordati con l'Organismo di Mediazione.

è il software gestionale per il Mediatore che deve gestire il procedimento di mediazione: relazione con i clienti, gestione delle scadenze e degli incontri tra le parti, redazione e invio di

Suite Plus e Professional sono perfettamente integrati e dialogano attraverso una semplice connessione internet



OA SISTEMI

Gruppo Wolters Kluwer

Desidero ricevere maggiori informazioni su:

Suite Plus
per gli Organismi di Mediazione

Professional
per il Mediatore

**COUPON
DA INVIARE
VIA FAX al n.:
080.34.92.480**

Per ulteriori informazioni:
www.oasistemi.it
swmediazione@wki.it

Nome/Cognome

Attività di mediazione: mediatore organismo di mediazione

Via

n.

Cap

Città

Prov.

Tel.

Fax

Cell.

E-mail

Y89DR LE



OA SISTEMI

Gruppo Wolters Kluwer

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n.196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1 - Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

OPINIONI

Danno non patrimoniale	TABELLA MILANESE E CASSAZIONE di <i>Damiano Spera</i>	121
-------------------------------	--	------------

GIURISPRUDENZA

Legittimità

Danno da contagio	EMOTRASFUSIONI INFETTE E PRESUNZIONE DEL NESSO DI CAUSALITÀ: LA TEORIA DEL RISCHIO SPECIFICO <i>Cassazione civile, sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685</i>	135
	commento di <i>Francesco Paolo Patti e Guido Maria Tancredi</i>	139
Nesso di causalità	RILEVANZA DELLE CONCAUSE NATURALI E RESPONSABILITÀ PROPORZIONALE: UN DISCUTIBILE <i>REVIREMENT</i> DELLA CASSAZIONE <i>Cassazione civile, sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991</i>	149
	commento di <i>Luca Nocco</i>	156
Danno non patrimoniale	IL DIRITTO AL TEMPO LIBERO NON È UN DIRITTO INVIOLABILE? <i>Cassazione civile, sez. III, 27 aprile 2011, n. 9422</i>	165
	commento di <i>Alessandro Galati</i>	166

Merito

Responsabilità civile	STRAGE DI USTICA: ANCORA SULLA RESPONSABILITÀ (NON SOLO OMISSIVA) DEI MINISTERI PREPOSTI ALLA SICUREZZA DEI CIELI <i>Tribunale di Palermo 10 settembre 2011</i>	171
	commento di <i>Micol Manenti</i>	179
Danno non patrimoniale	NESSUN RISARCIMENTO PER LA PERDITA DELL'ANIMALE DI AFFEZIONE: LA CONFERMA DEL GIUDICE DI CATANZARO <i>Tribunale di Catanzaro 5 maggio 2011</i>	187
	commento di <i>Giulio Ponzanelli</i>	190

Osservatorio di legittimità

a cura di <i>Antonella Batà e Angelo Spirito</i>	193
--	------------

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di <i>Gina Gioia</i>	196
-----------------------------	------------

Osservatorio di merito

a cura di <i>Paolo L. Carbone</i>	199
-----------------------------------	------------

INTERVENTI

Responsabilità sciistica	IL CONTRATTO PER LA FRUIZIONE DELLE AREE SCIABILI ATTREZZATE (PARTE TERZA) di <i>Umberto Izzo</i>	203
---------------------------------	--	------------

INDICE

INDICE DEGLI AUTORI	229
INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI	229
INDICE ANALITICO	229

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Mario Barcellona, Giovanni Comandè, Marco De Cristofaro, Maria Vita de Giorgi, Massimo Franzoni, Giorgio Lener, Francesco Macario, Marisaria Maugeri, Massimo Paradiso, Giovanni Pascuzzi, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Onofrio Troiano, Andrea Violante

Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET

<http://www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita>

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Isabella Viscardi, Francesco Cantisani,
Arianna Barsacchi

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche s.r.l.
20089 Rozzano (MI)-Via Pavese, 1/3
Tel. 02/57789422

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITÀ:

db Consulting s.r.l.
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via L. Gasparotto, 168 - 21100 Varese
Tel. 0332 282160 - Fax 0332 282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 526
del 23 ottobre 1995
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.411 - telefax (02) 82476.079
e-mail redazione.dannoeresponsabilita.ipsoa@wki.it

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).

Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti.
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

ITALIA

Abbonamento annuale 2012: € 199,00
Abbonamento annuale + monografia € 235,00

ESTERO

Abbonamento annuale 2012: € 398,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a Wki s.r.l. Gestione Incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento
Prezzo copia: € 23,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta
Annate arretrate rilegate: € 199,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196. La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

La Cassazione n. 12408/2011 riaccende il dibattito sul danno alla persona

Tabella milanese e Cassazione

di **Damiano Spera**

L'autore spiega le vere ragioni per cui la Cassazione ha scelto la tabella milanese come idoneo criterio di liquidazione del danno alla persona; propone una sorta di *vademecum* per una corretta applicazione della tabella milanese che miri ad un'adeguata personalizzazione, anche nell'ipotesi in cui sussista altresì la lesione di altri diritti inviolabili della persona; l'autore evidenzia, infine, talune incertezze nelle successive sentenze della Cassazione, anche in relazione al risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale.

Perché la Cassazione ha scelto la tabella milanese?

A mio giudizio le statuizioni assunte dalla Cassazione nella sentenza n. 12408/2011, con particolare riguardo all'adesione della tabella milanese, si giustificano per le ragioni che seguono.

1) L'Osservatorio per la Giustizia civile del Tribunale di Milano, sin dalla prima versione della tabella (anno 1995), ha preso le mosse dall'assunto della Corte costituzionale (sentenza n. 184/1986), secondo cui 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, devesi garantire, da un lato, proporzione e cioè parità di trattamento e, dall'altro, personalizzazione in relazione alle peculiarità del caso concreto accertate nel processo.

2) Sulla base di questa premessa la tabella milanese ha sempre previsto una forbice, adeguatamente ampia, di valori monetari, al fine di dare al giudice ed alle parti uno strumento idoneo di valutazione della fattispecie concreta, tenendo sempre conto dei precedenti giurisprudenziali in casi simili.

3) I criteri generali di costruzione della curva sono stati quelli del punto variabile, in funzione dell'età e del grado di invalidità: il valore economico del punto aumenta con l'aumento dell'invalidità (sul presupposto che l'incidenza della menomazione sulle condizioni di vita del soggetto diventa via via più grave con l'aumento dell'invalidità) e decresce in funzione dell'età della vittima (sul presupposto che, trattandosi di liquidazione di un danno futuro, si deve tenere conto della durata del pregiudizio che su-

birà la vittima, in funzione della sua probabile aspettativa di vita). La tabella milanese ha applicato quest'ultimo parametro riducendo l'importo ottenuto con il punto di invalidità con il crescere dell'età della vittima in ragione dello 0,5% per ogni anno di età. Tutti gli esposti criteri sono stati accolti prima dall'art. 5 della l. n. 57/2001 (come modificato dall'art. 23 della l. n. 273/2002) e, successivamente, dagli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni private.

4) Il *range* di personalizzazione è stato individuato nella percentuale, via via decrescente in ragione del grado di invalidità, dal 50% al 25%.

5) L'applicazione della tabella milanese, con le descritte modalità, ha consentito altresì la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, favorendo le transazioni stragiudiziali della lite ed anche quelle giudiziali, laddove fosse stata necessaria l'istruttoria per accertare l'*an debeatur*.

6) La tabella milanese non ha mai fatto "forzature", né nei confronti della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione né nei confronti della legge.

7) Ed infatti la tabella milanese ha sempre accolto una nozione unitaria e omnicomprensiva di danno biologico. Già nei "Criteri orientativi" della tabella milanese 2004 (dopo le sentenze gemelle del maggio 2003), si stigmatizzava che il danno biologico costituisce figura di danno non patrimoniale con cui si designa l'ipotesi della lesione dell'interesse costituzionalmente garantito (art. 32 Cost.) alla integrità psichica e fisica della persona; tale danno va 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: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma

anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva, e a ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana» (1).

8) La tabella milanese ha sempre ritenuto che non è possibile parlare di danno biologico presunto, perché occorre sempre la prova della «*lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale*» (2).

9) La tabella milanese ha sempre «ripudiato» l'esistenza del danno esistenziale, come voce autonoma di danno e, quindi, per questo verso ha anticipato le statuizioni delle sentenze delle Sezioni Unite di San Martino 2008, secondo cui «di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere».

10) La tabella milanese, tuttavia, non ha avuto timore di parlare di «*pregiudizi esistenziali*», distinguendo tra quelli cd. *standard* conseguenti alla menomazione dell'integrità psicofisica, per i quali è possibile il ricorso a presunzioni e quegli altri per i quali, invece, occorre una prova più rigorosa (presuntiva, ma se necessario, anche testimoniale e documentale), in presenza di particolari condizioni soggettive del danneggiato. I «Criteri orientativi della Tabella milanese 2009» espressamente affermano:

«Per individuare i *valori monetari* di tale liquidazione congiunta, si è poi fatto riferimento all'andamento dei precedenti degli Uffici giudiziari di Milano, e si è quindi pensato:

– a una *tabella di valori monetari "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);

– a una *percentuale di aumento di tali valori "medi"* da utilizzarsi - onde consentire una adeguata «personalizzazione» complessiva della liquidazione - laddove il caso concreto presenti *peculiarità che vengano allegare 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).».

11) In un passaggio importante delle sentenze di San Martino, le Sezioni Unite affermano: bisogna distinguere se la «sofferenza soggettiva» sia «in sé

considerata» o sia «componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale». Ricorre il primo caso (ad esempio) nel dolore che subisca la persona diffamata. Se vi sono degenerazioni patologiche della sofferenza «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. 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. Egualmente determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua nuova configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato».

Alla luce di queste statuizioni, risultò immediatamente evidente che non fosse più possibile continuare ad applicare la precedente Tabella milanese di liquidazione del danno non patrimoniale, atteso che la medesima prevedeva la separata liquidazione del danno morale, nella misura da un quarto alla metà dell'importo liquidato per il danno biologico. Incorporava dunque anche questa Tabella nelle censure delle Sez. Unite, perché determinava una duplicazione di risarcimento del danno.

Non vi erano ragioni per ritenere che le Sezioni Unite avessero inteso negare l'esistenza e la risarcibilità delle sofferenze fisiche e morali in presenza di danno biologico. Le Sezioni Unite avevano semplicemente «bacchettato» i giudici (togati ed onorari), perché procedevano a queste liquidazioni con errati automatismi tabellari. I giudici non si avvedevano che, quando c'è lesione biologica, i pregiudizi conseguenti alla menomazione psicofisica - «il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare» e quello ravvisato nella pena e nel dolore conseguenti

Note:

(1) Cfr. Corte cost. n. 356/1991 e Corte cost. n. 184/1986.

(2) Ora gli artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni e, prima, l'art. 5 l. n. 57/2001 già citato.

e cioè «nella sofferenza morale determinata dal non poter fare» - sono, in definitiva, due facce della stessa medaglia, essendo la sofferenza morale «componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale». Il giudice deve quindi, con congrua motivazione, «procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico», valutando congiuntamente i pregiudizi anatomico-funzionali e le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso.

Pertanto, con doveroso rispetto delle innovative statuizioni delle citate sentenze delle Sezioni Unite, nell'anno 2009, l'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano ha modificato la Tabella milanese laddove la stessa non risultava coerente con le stesse. La nuova tabella (attualmente in vigore), quindi, ha modificato le modalità di risarcimento, sia pure tenendo conto dei precedenti valori monetari, per consentire un'adeguata personalizzazione del danno, ma valutando interamente e complessivamente i pregiudizi subiti dalla vittima e comunque sussumibili nel danno non patrimoniale, al fine di evitare quei rischi (se non certezze) di duplicazione del medesimo pregiudizio. In sostanza il danno morale transeunte, riqualificato come sofferenza (spesso permanente) fisica e psichica è stato valutato congiuntamente al danno correlato alla menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto.

12) Per altro verso la sentenza della Cass. n. 12408/2011 ha apprezzato che la tabella milanese è stata aggiornata alla luce dei criteri enunciati dalle Sezioni Unite; significativamente la tabella ha cambiato anche il nome: non più "Tabella per la liquidazione del danno biologico", ma "Tabella per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psico-fisica". Inoltre la tabella milanese ha sempre avuto una "vocazione nazionale", perché seguita da circa i due terzi dei Tribunali d'Italia ed ha sempre considerato le "conseguenze macroeconomiche" delle decisioni assunte. La Tabella milanese ha sempre ripudiato l'orientamento giurisprudenziale (minoritario) secondo cui il danno alla persona deve essere liquidato anche tenendo conto del costo della vita nel luogo in cui vive il danneggiato; si riconosce una somma con cui si liquida il danno consequenziale alla lesione del diritto inviolabile alla salute, senza ingabbiare la liquidazione in diverse ed arbitrarie griglie territoriali in considerazione delle diverse quantità di beni che si possono acquistare con detta somma. La Tabella milanese ha consentito quindi di ridurre il fenomeno del cd. "forum shopping". Tuttavia i valori monetari della tabella milanese sono stati sempre

coerenti con quelli assunti in passato (tant'è che nella prima colonna si riporta ancora il valore monetario "storico" della tabella ed. 1996, rivalutato ad oggi).

13) La tabella milanese non ha dato uno "schiaccio" alle Sezioni Unite, sul presupposto che avrebbe eseguito solo un'operazione di *maquillage* della curva risarcitoria, senza incidere sulla sostanza (come da qualcuno è stato sostenuto). La nuova tabella milanese ha modificato, in concreto, l'attenzione degli operatori (giudici, avvocati, assicurazioni) sul contenuto effettivo del danno non patrimoniale subito dalla vittima e dunque risarcibile. La Tabella milanese ha solo salvaguardato i valori monetari già in uso precedentemente alle sentenze di San Martino 2008, posto che la censura da queste mosse, come si è detto, ha avuto riguardo (soprattutto) al risarcimento del danno esistenziale (come voce autonoma di danno) ed alla necessità di non duplicare il risarcimento delle medesime voci di danno, ma non ha mai avuto ad oggetto (né avrebbe potuto) i valori monetari in sé considerati. Ebbene anche nella Tabella milanese ed. 2004 l'Osservatorio sulla Giustizia civile del Tribunale di Milano si adeguò ai *dicta* delle sentenze gemelle della Cassazione del maggio 2003, conservando i valori monetari di liquidazione del danno subito dalle vittime secondarie, a seguito di morte o grave lesione del prossimo congiunto: le somme prima riconosciute per "danno morale" sono state poi liquidate come "danno non patrimoniale da perdita o grave lesione del rapporto parentale". Lo schiaccio alle Sezioni Unite 2008 è stato dato, invece, da quei giudici che, incuranti della funzione nomofilattica della Suprema Corte, hanno continuato, imperterriti, a liquidare il danno da sofferenza in una frazione (più o meno ampia) del danno biologico (come, ad es., il Tribunale di Roma).

14) La Tabella milanese non aveva preso posizione sulla obbligatorietà della stessa nelle ipotesi di micropermanenti non consequenziali agli incidenti stradali, lasciando liberi i giudici di pronunciarsi, rimandando ad un momento successivo la raccolta e l'analisi dei precedenti giurisprudenziali. È questo il compito di un Osservatorio: non imporre dogmi interpretativi, ma promuovere l'adozione delle soluzioni maggiormente condivise. È stata la sentenza in esame, nell'esercizio dei suoi poteri-doveri nomofilattici, a statuire che la tabella milanese deve essere ora obbligatoriamente applicata in tutti i casi in cui non vi siano i presupposti per la cogente applicazione dell'art. 139 Codice delle Assicurazioni (danno alla persona cagionato da sinistri stradali

disciplinati dal Titolo X del Codice delle Assicurazioni) a pena di nullità per violazione o falsa applicazione di norme di legge, ex art. 360 n. 3 c.p.c., in relazione agli artt. 1226 e 2056 c.c. Anche nella liquidazione del danno da perdita o grave lesione del rapporto parentale la tabella milanese non ha fatto scelte “etiche” e/o “esistenziali” (necessariamente soggettive, se non arbitrarie), ma ha riconosciuto una paritaria liquidazione del danno a tutti i prossimi congiunti, senza distinguere tra le possibili maggiori sofferenze per la perdita del coniuge, del figlio o del genitore.

15) La tabella milanese è stata sempre il frutto di un appassionato dibattito tra giudici ed avvocati (difensori delle vittime e fiduciari di importanti compagnie assicurative). Anche questa circostanza ha contribuito alla “fortuna” della tabella, che ha potuto così resistere in tutti questi anni, con successo, alle molteplici (e spesso contraddittorie) critiche che le sono state mosse. L'Osservatorio meneghino continuerà nel suo lavoro e ringrazia la Cassazione che ha riconosciuto «il frutto degli spontanei, lodevoli e spesso assai faticosi sforzi dei giudici di merito».

Nuove problematiche

La Tabella milanese è cogente anche per il danno da perdita o lesione del rapporto parentale?

Nelle premesse dell'iter logico seguito dalla Corte nella sentenza n. 12408/2011, si accenna anche alle problematiche dell'equità in relazione alle disparità di trattamento nella liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale: per la morte di un figlio la forbice delle liquidazioni sul territorio nazionale varia da euro 30.000,00 ad euro 300.000,00; alcuni tribunali attribuiscono maggior peso alla morte di un figlio rispetto a quello della moglie ed altri fanno il contrario.

Poi nella sentenza in esame la Corte di cassazione ha richiamato tutti i Criteri orientativi milanesi, sia quelli relativi al bene salute che quelli relativi alla perdita/grave lesione del rapporto parentale, ed ha affermato che a tali criteri «occorrerà fare riferimento, anche per quanto attiene alla personalizzazione del danno».

Il principio di diritto ha riguardo solo al danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica, ma, a mio giudizio, questa limitazione è semplicemente imposta dal caso concreto oggetto del ricorso (invalidità permanente totale). È di tutta evidenza, quindi, che le motivazioni adottate a soste-

gno di quel principio di diritto si attagliano perfettamente a quelle altre ipotesi di danno alla persona da perdita/grave lesione del rapporto parentale, nei termini in cui sono state disciplinate dalla tabella milanese.

Quali saranno gli effetti della sentenza della Cassazione nella liquidazione delle micropermanenti?

La sentenza in esame circa le micropermanenti assume due importanti decisioni:

– se l'applicazione dell'art. 139 Codice delle assicurazioni è cogente, il danno va liquidato nei soli termini previsti dalla norma, con possibilità di aumento «in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato». Sarebbe dunque preclusa la possibilità di ammettere - con interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 139, come anche da me prospettato - la liquidazione del danno da sofferenza, anche con 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 dalla Cassazione con sentenza n. 19816/2010, che aveva seguito l'opposta tesi;

– se il danno alla salute è conseguente a sinistri non disciplinati dall'art. 139 citato, deve essere applicata esclusivamente la tabella milanese.

Come ho detto, su entrambe tali questioni i “Criteri orientativi” della tabella milanese non avevano preso posizione: la Tabella milanese si è limitata a prevedere anche i valori monetari per le micropermanenti lasciando ai giudici ampia facoltà di scelta e riservando all'Osservatorio, successivamente, di rilevare le prassi più seguite. Ora la Cassazione - laddove non sia vincolata l'applicazione dell'art. 139 citato - rende di fatto cogente la tabella milanese anche per le micropermanenti, escludendo la liceità di liquidazioni che facciano applicazione, in tutto o in parte, della tabella normativa (applicata in via analogica o quale parametro equitativo). Laddove, invece, sia cogente l'art. 139, il giudice non potrà più aumentare oltre il quinto i valori monetari prescritti.

Ebbene, queste statuizioni, che costituiscono un *obiter dictum* rispetto alla fattispecie oggetto del ricorso (macrolesione), saranno seguite dai giudici di merito? In questi giorni è stato approntato dall'Osservatorio milanese un questionario che sarà gestito dalla Formazione decentrata dei giudici togati ed onorari del distretto della Corte d'Appello di Mila-

no (e forse poi esteso alle altre Corti d'Appello). Nei prossimi mesi, quindi, anche su tali questioni si pronuncerà l'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano.

La mia opinione è che anche queste statuizioni della Cassazione sulle micropermanenti appaiono ben motivate e condivisibili.

Rimane ovviamente impregiudicata la facoltà per il giudice, di fronte alle peculiarità del caso concreto, di sollevare, anche d'ufficio, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 (in relazione agli artt. 3, 24 e 32 Cost.) laddove ritenga che nella fattispecie concreta non sia adeguata la liquidazione effettuata ai sensi di detta norma, nonostante l'aumento nel limite massimo del quinto. Il giudice dovrà compiutamente motivare le ragioni per cui non ritenga possibile in tal caso un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in esame.

Come è noto, il Giudice di Pace di Torino, sez. V civ., dr. Polotti di Zumaglia, con ordinanza in data 26 novembre 2009 (3) ha ritenuto (tra l'altro) l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 139 in esame e ne ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 2, 3, 24 e 76 Cost., sul presupposto che non è consentito al giudice alcuna possibilità di adeguare la liquidazione del danno alla fattispecie concreta, essendo fissato un limite al risarcimento del danno alla persona, senza un adeguato contemperamento degli interessi in gioco ed in violazione dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza e di tutela giurisdizionale del danneggiato.

La Corte cost., con la recente ordinanza n. 157/2011, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di Pace di Torino, per difetto di prova della rilevanza di tale questione.

Lo stesso Giudice di Pace, in data 21 ottobre 2011, ha riproposto la medesima questione di costituzionalità della norma. Spero che la Corte costituzionale, questa volta, esamini il merito della questione posta.

Io rimango dell'avviso che il giudice possa sempre procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma per adeguare il risarcimento alle peculiarità della fattispecie concreta.

Del resto la citata sentenza della Cass. n. 19816/2010 ha già comprovato la possibilità di siffatta interpretazione.

È possibile dunque ipotizzare il seguente iter motivazionale:

«- questo giudice, procedendo ad una lettura costi-

tuzionalmente orientata degli artt. 139 Cod. delle Assicurazioni e 2059 c.c., deve garantire comunque l'integrale risarcimento del danno alla salute;

- nella fattispecie concreta, il giudice, sulla base delle allegazioni e delle prove acquisite al processo e delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, ritiene che la "voce" del danno non patrimoniale intesa come "sofferenza soggettiva" o come "condizione personale soggettiva" non sia adeguatamente risarcita, in considerazione del complessivo danno non patrimoniale subito dal soggetto, con la sola applicazione dei valori monetari scaturenti dalla tabella normativa ed aumentati fino al 20%;

- conseguentemente, il giudice, procedendo ad "adeguata personalizzazione" del danno non patrimoniale, liquida, congiuntamente ai valori monetari di legge, la somma ulteriore di ... al fine di ristorare integralmente il pregiudizio subito dalla vittima» (4).

La sentenza del Tribunale di Macerata 14 giugno 2011

Con tempestività eccezionale il Tribunale di Macerata (sez. dist. di Civitanova), con sentenza depositata il 14 giugno 2011, esamina la fattispecie di un intervento chirurgico eseguito con colpa medica e senza previa acquisizione di idoneo consenso informato al trattamento sanitario, nel quale il C.T.U. ha accertato un danno biologico pari al 5%, in soggetto di anni 23, con inabilità temporanea di giorni 115, mediamente al 50%.

Il Tribunale applica in via equitativa i parametri di cui all'art. 139 Cod. Ass.

Così motiva (tra l'altro) il Tribunale di Macerata: «Qualche incertezza suscitano le pronunce di novembre [2008 della Cass., sez. un.] laddove affermano che il danno morale è ricompreso nel danno biologico ... La ricomprensione del danno da sofferenza nel danno biologico si dimostra peraltro impossibile in tutti i casi in cui il danno biologico in senso stretto non c'è ... Per la liquidazione del danno ad avviso del Tribunale è necessario prendere a riferimento quale parametro di commisurazione equitativa, trattandosi nella fattispecie di lesioni all'integrità psicofisica non superiore al 9%, l'art. 139 D.Lgs. n. 209/2005 piuttosto che le tabelle elaborate ed adottate dal Tribunale di Milano. Tale esigenza è improntata ad un'esigenza di coerenza e di te-

Note:

(3) V. Guida al dir., 2010, n. 2.

(4) V., per una motivazione simile a questa qui suggerita, Trib. Milano, sentenza n. 2334/2009, in *Altalex*.

nuta costituzionale del sistema normativo. Non appare infatti manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di elaborare criteri liquidatori differenziali per le cosiddette lesioni micropermanenti, sulla base di una valutazione astratta di (qualitativamente) minore incidenza sul valore della persona che esse sono potenzialmente capaci di assumere ... Appare invece manifestamente irragionevole ed in grado di vulnerare il principio fondamentale di uguaglianza che dalla medesima compromissione all'integrità psicofisica scaturisca un trattamento risarcitorio differenziato sulla scorta di un elemento del tutto estrinseco quale l'occasione nel cui contesto la lesione si è determinata ... È opportuno precisare, tuttavia, che mentre per i sinistri derivati da circolazione stradale l'applicazione dell'art. 139 Cod. Ass. avviene in via diretta, per il trattamento dei danni cagionati da altre cause viene adottato quale criterio equitativo di liquidazione (del resto, anche le Tabelle milanesi offrono un mero parametro risarcitorio equitativo e non sono disposizioni normative)».

Il danno non patrimoniale biologico di cui all'art. 139 citato può essere personalizzato. «Occorre pertanto procedere sia ad un'opera di personalizzazione in base alle peculiari caratteristiche della fattispecie in esame per determinare la complessiva entità del danno biologico nei suoi risvolti funzionali e dinamico relazionali, sia per operare eventualmente un ulteriore adeguamento personalizzato con riferimento alla sofferenza morale patita dal soggetto danneggiato. Va adottata infatti un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 139 C.d.A., nel senso che il limite previsto dal comma terzo si riferisce al solo danno biologico personalizzato, ma non comprende il danno da sofferenza morale; una diversa interpretazione, nel senso di ritenere tale limite quale tetto assoluto e omnicomprensivo del danno non patrimoniale, a prescindere da ogni valutazione del caso concreto, si porrebbe in contrasto con l'ineludibile tutela dei valori fondamentali della persona umana prevista dalla Costituzione e del principio, anche comunitario, dell'integrale risarcimento del danno alla persona».

In relazione alla sentenza della Cass. n. 12408/2011, il Tribunale di Macerata rileva che la Cassazione si è espressa su queste questioni con un importante «*obiter dictum*, che, pur privo di valore nomofilattico, per l'autorevolezza che lo connota induce l'odierno giudicante ad esprimere motivato dissenso, sulla scorta delle seguenti considerazioni:

a) Non pare venire in rilievo un'applicazione analo-

gica dell'art. 139 Cod. Ass. a fattispecie da esso non contemplate, quanto, più semplicemente, l'assunzione, quale parametro di commisurazione equitativa del danno non patrimoniale, delle griglie e dei *barème* offerti dalla citata norma ...

b) Quella che nella sentenza ... viene definita come "terza linea di pensiero"... in realtà attiene a diversa e parallela problematica (cioè se al giudice sia consentito riconoscere una somma a titolo di danno morale superiore rispetto al limite stabilito dal terzo comma dell'art. 139 cit. ...

c) Pertanto le due posizioni che si contendono il campo in riferimento alla problematica in oggetto sono soltanto la prima e la seconda "linea di pensiero" ...

d) Tra esse la Suprema Corte valida quella che esclude la possibilità di applicazione analogica dell'art. 139 Cod. Ass., sulla considerazione che la *ratio legis* è volta a dare una risposta settoriale al problema della liquidazione del danno biologico al fine di contenimento dei premi assicurativi. Epperò tale osservazione, pur corretta, non è esplicativa né esaustiva. Da un lato infatti si osserva che adottare in via equitativa i parametri liquidatori offerti dall'art. 139 Cod. Ass. ... anche a fattispecie diverse dalla materia dell'infortunistica stradale non mina né compromette la *ratio* e la finalità della legge, atteso che non comporta alcun rischio di aumento dei premi assicurativi nel campo della RCA, ed anzi attribuisce a quei parametri valore applicativo in via equitativa tendenzialmente universale. D'altro lato e su un piano sistematico non può mancarsi di sottolineare che tali esigenze di politica legislativa non possono comunque obliterare i diritti fondamentali della persona espressi dagli artt. 3 e 32 della Costituzione. Appare infatti manifestamente irragionevole e violativo del principio di uguaglianza applicare un trattamento risarcitorio differenziato al cospetto della medesima lesione all'integrità psico-fisica causata da un fatto illecito e fondare tale diversità su di un elemento esterno alla fattispecie dell'illecito ed ai suoi elementi essenziali e caratterizzanti, quale il contesto circostanziale ove il fatto è accaduto, che, al più, rappresenta mera occasione della sua verifica. In definitiva, il Tribunale liquida per un soggetto ventitreenne, che ha subito un danno permanente all'integrità psicofisica nella misura del 5% ed un danno biologico temporaneo mediamente al 50% per 115 giorni, la somma complessiva di euro 7.669,62, risultante dalla tabella normativa, aumentata con adeguamento personalizzato fino a complessivi euro 15.000,00.

Si prospetta una pluralità di statuti risarcitori ed indennitari del danno alla persona?

Il D.Lgs. n. 38/2000 in tema di indennizzo I.N.A.I.L. prevede specifiche tabelle delle menomazioni e dei valori monetari; i d.P.R. n. 37/2009 e n. 191/2009 disciplinano diversi indennizzi e modalità di liquidazione del danno alla persona per speciali categorie di vittime; il Codice delle Assicurazioni (artt. 138 e 139) prevede ulteriori diverse modalità di risarcimento con ulteriori tabelle - delle menomazioni e dei valori monetari - distinte per le c.d. micropermanenti (dall'1% al 9%) e le macropermanenti (dal 10% al 100%). E, come se ciò non bastasse, in attesa della definitiva promulgazione del d.P.R. sulle macropermanenti, la sentenza Cass. n. 12408/2011, impone l'adozione della tabella milanese per le invalidità dal 10% al 100%, con inevitabili problemi di coordinamento tra due tabelle aventi fonti e modalità applicative affatto diverse: per la mancanza di un *barème* medico legale cogente per le macropermanenti; per le criticità di accertamento e liquidazione del danno prossimo al gradino tra il 9% ed il 10%; per le diverse misure e modalità di personalizzazione del danno disciplinate dalla tabella normativa ex art. 139 Cod. Ass. e dalla tabella milanese.

Si noti poi che l'art. 13 del citato D.Lgs. n. 38/2000 dispone: «In attesa della definizione di carattere generale del danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento, il presente articolo definisce, in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico»; e l'art. 139 è comunque limitato al solo danno biologico per lesioni di lieve entità, «derivante da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti».

È di tutta evidenza, quindi, che, per espressa volontà legislativa (nell'interpretazione ora confermata anche dalla sentenza Cass. n. 12408/2011) non si tratta di disciplina generale del danno alla persona.

La Tabella milanese, infine, quale tabella "generalista" (ora anche in conseguenza della citata sentenza n. 12408/2011), si applica in tutte le altre ipotesi di lesione del bene salute e di perdita e grave lesione del rapporto parentale.

La dottrina può dissertare e censurare questa pluralità di "criteri di liquidazione per settori", ma al giudice spetta applicare le citate norme, fatta salva la possibilità di rimettere alla Corte costituzionale la que-

stione sull'eventuale illegittimità costituzionale delle stesse.

Aggiungo solamente che possono determinarsi conseguenze processuali "deliranti".

Basti pensare all'ipotesi di una causa di incidente stradale, in cui per il danneggiato macroleso si applica la Tabella milanese, mentre per un altro danneggiato con micropermanenti il danno alla persona va accertato e liquidato con la cogente applicazione della "Tabella delle menomazioni" e della "Tabella dei valori monetari", richiamate dall'art. 139 dello stesso Codice; ma se si tratta anche di infortunio *in itinere*, ai fini dell'accertamento dell'indennizzo dovuto dall'INAIL, si deve fare riferimento alla "Tabella delle menomazioni" ed alla "Tabella indennizzo danno biologico" richiamate dall'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000; ovviamente di tutti siffatti metodi di calcolo si dovrà tenere conto ai fini dell'accertamento dei diritti di rivalsa delle compagnie assicuratrici e dell'INAIL e del "danno differenziale" fatto valere dalla vittima. È auspicabile che il legislatore ponga in agenda l'approvazione di una legge avente ad oggetto la disciplina generale ed organica del danno alla persona, da inserire nel codice civile.

Si possono aumentare o diminuire i valori monetari indicati nella Tabella milanese?

In tutte le ipotesi di applicazione della Tabella milanese, poiché comunque, non sussistono vincoli normativi come è spiegato nei "Criteri orientativi", il giudice dovrà aumentare o diminuire la liquidazione anche oltre i valori massimi e minimi, qualora la fattispecie concreta esorbiti dalla casistica media e tenuta presente durante i lavori di allestimento della tabella milanese. Ciò potrà accadere qualora il danno conseguenza - in termini di pregiudizi anatomico-funzionali, relazionali e di sofferenze - sia di particolare levità o gravosità: si pensi, per un verso, al danno non patrimoniale temporaneo e permanente conseguente al colpo di frusta e, per altro verso, alle particolari sofferenze fisiche e psichiche conseguenti a lesioni dolose o ad altre condotte penalmente rilevanti e/o particolarmente abiette.

Anche nella sentenza n. 12408/2011, si afferma, nella motivazione che i criteri tabellari di Milano «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 aumentarne o ridurne l'entità»; e nel principio di diritto si ribadisce che i parametri di valutazione uniformi del-

la liquidazione del danno «vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto».

Quid iuris se vi è la lesione del bene salute e di altro diritto inviolabile della persona?

Credo che la risposta debba essere negativa.

Bisogna tenere presente che il danno da lesione del bene salute non è assorbito, né assorbe altre lesioni di diritti inviolabili della persona. Se è lesa oltre al diritto alla salute anche il diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario ovvero il diritto all'onore, alla dignità o all'immagine, o alla libertà di scelta in campo religioso o sessuale, il giudice (di regola) dovrà accertare il giusto risarcimento con separate liquidazioni e certamente oltre i valori (complessivamente) previsti dalla tabella milanese.

Nella Tabella milanese edizione 2004 si indicava il seguente criterio direttivo: anziché aumentare la somma liquidata per il danno biologico (solo) fino al 50% per la liquidazione del danno morale, si proponeva:

«di aumentare fino a 2/3 della somma liquidata a titolo di danno biologico l'entità massima del risarcimento attribuibile per il danno non patrimoniale (diverso dal biologico) unitariamente inteso (pate-ma d'animo contingente + pregiudizi diversi derivanti dalla lesione di un interesse costituzionalmente protetto) ove, oltre al danno morale soggettivo, risulti una ulteriore significativa compromissione di interessi costituzionalmente protetti, diversi dal diritto alla salute».

Ora la Tabella milanese 2009-2011 ha completamente espunto questo parametro, sul presupposto che non sia possibile indicare alcun criterio di liquidazione allorché la lesione del bene salute si accompagni a quella di un altro diritto inviolabile della persona: nella casistica concreta può verificarsi che il danno alla salute sia minimale rispetto al danno più rilevante alla libertà sessuale, alla libertà personale, all'onore, alla reputazione, ecc.

È opportuno in proposito richiamare la sentenza del Tribunale di Milano (R.G. n. 63691/03, del 16 dicembre 2009); in quel giudizio erano stati provati reiterati episodi di violenza sessuale effettuata dal "branco" ai danni di una minorenni. Il C.T.U. aveva accertato un danno biologico permanente nella misura del 20% ed un'inabilità temporanea di circa sei mesi. Il Tribunale ha liquidato il danno non patrimoniale tabellare corrispondente a tale invalidità per complessivi euro 86.500,00 ed inoltre ha liqui-

dato, a parte, la somma di euro 150.000,00 per il danno non patrimoniale conseguente alla "lesione dell'invioleabile diritto di libertà sessuale", atteso che la violenza sessuale comporta la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona e come tale acquista «autonomo rilievo rispetto alle sofferenze ed ai perturbamenti psichici che quella violenza naturalmente comporta».

Ed ancora la Cassazione (v. sentenza n. 13530/2009), in un caso di accertati atti di libidine commessi su una bambina di nove anni, ha cassato la sentenza che aveva liquidato unitariamente (e con importi bassissimi) il danno subito dalla vittima, affermando il seguente principio di diritto: «la valutazione unitaria del danno non patrimoniale deve esprimere analiticamente l'iter logico ponderale delle poste (sinteticamente descritte e tipizzate in relazione agli interessi o beni costituzionali del minore lesi) e non già una apodittica affermazione di procedere ad un criterio arbitrario di equità pura, non controllabile per la sua satisfattività. La posta del danno morale deve essere dunque comparata a quella del danno biologico, e non è detto a priori che il danno morale sia sempre e necessariamente una quota del danno alla salute ... perché il danno morale non è soltanto *pretium doloris*, ma anche la risposta satisfattiva alla lesione della dignità umana».

Ed infine, appaiono errate le sentenze che, nell'ipotesi di accertata colpa medica, "assorbono" nel risarcimento del danno da lesione del bene salute quello (affatto diverso) da mancato consenso informato al trattamento sanitario ovvero liquidano quest'ultimo danno, in misura pari ai pregiudizi alla salute patiti dal paziente, anche in mancanza di colpa medica (e ciò in aperta violazione anche dei nuovi criteri sull'onere della prova in proposito dettati dalla sentenza della Cass. n. 2847/2010).

Quid iuris per i procedimenti in corso?

La sentenza in esame ha statuito quanto segue.

La mancata applicazione della tabella milanese nel giudizio di appello non comporta, per ciò solo, la ricorribilità in cassazione per violazione di legge (in relazione agli artt. 1226 e 2056 c.c.) della sentenza che, in applicazione di diversa tabella, abbia liquidato importi inferiori. Perché il ricorso sia ammissibile occorre:

– che, in appello, sia stata prospettata l'inadeguatezza della liquidazione operata dal primo giudice ed il ricorrente si sia specificamente doluto «sotto il profilo della violazione di legge, della mancata liquida-

zione del danno in base ai valori delle tabelle elaborate a Milano»;

– che, inoltre, il ricorrente, «nei giudizi svoltisi in luoghi diversi da quelli nei quali le tabelle milanesi sono comunemente adottate, quelle tabelle abbia anche versato in atti.

In tanto, dunque, la violazione della *regula iuris* potrà essere fatta valere in sede di legittimità ex art. 360, n. 3, c.p.c., in quanto la questione sia stata specificamente posta nel giudizio di merito».

Ebbene la disapplicazione della tabella milanese comporta violazione di legge (*error in iudicando*), ma la scelta del criterio liquidativo da applicare alla fattispecie concreta rientra tra i poteri del giudice di merito. Pertanto credo che il giudice di primo grado possa fare applicazione della tabella milanese anche se le parti non ne abbiano fatto espressa richiesta e non l'abbiano prodotta in atti. A maggior ragione, l'allegazione difensiva relativa alla tabella milanese e la produzione della stessa, nel corso del giudizio di primo grado, non rientrano tra le preclusioni assertive e documentali di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., essendo ammissibili, nel corso del giudizio di primo grado, anche dopo la scadenza di questo termine perentorio.

Nel giudizio di appello valgono i comuni principi in tema di motivi specifici dell'impugnazione, ma il ricorso diventa ammissibile in Cassazione se tale motivo sia stato disatteso; la necessità della produzione in appello della tabella milanese potrebbe giustificarsi in considerazione dell'impossibilità di produzione della stessa in Cassazione. Ma non si comprende perché tale produzione in appello sia necessaria solo negli uffici giudiziari che normalmente non adottano la tabella milanese.

Il danno non patrimoniale rimane figura unitaria ed il sistema di liquidazione tabellare conserva la sua validità?

Le sentenze di San Martino avevano statuito che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio (danno morale, biologico, 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 sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione». Le sentenze che seguono, in alcuni passaggi motivazionali, sembrano implicitamente mirare ad una valutazione critica di questa statuizione.

Cassazione sentenza pubblicata nello stesso giorno 7 giugno 2011, n. 12273 (Rel. Travaglino)

La sentenza della Cass. n. 12273/2011 ha per oggetto il danno subito da una ragazza che, a seguito di un incidente stradale, rimane in stato di coma per 20 ore e poi muore.

Ai fini che qui interessano si richiamano i seguenti passaggi della sentenza.

«Le censure, che lamentano sotto il duplice, concorrente profilo del vizio di motivazione e della violazione di legge una erronea e riduttiva valutazione del danno parentale, sono fondate. Secondo quanto opinato dalla corte territoriale, il risarcimento spettante ai congiunti della vittima andava circoscritto al solo danno morale, “in assoluta assenza di prova di un danno esistenziale o biologico”. Premessa la correttezza in diritto dell'esclusione del danno biologico, le critiche mosse alla sentenza impugnata sotto il profilo della carente e riduttiva valutazione del danno parentale colgono pienamente nel segno. Nel solco dell'insegnamento delle Sezioni unite di questa Corte regolatrice (Cass., sez. un., n. 26972/2008), difatti, la liquidazione del danno conseguente alla lesione di uno dei diritti inviolabili della persona ha carattere unitario, attesa l'unità morfologico-giuridica del danno non patrimoniale. Liquidazione che, sempre secondo l'insegnamento delle sezioni unite, non può che essere integralmente riconosciuta al danneggiato (ovvero ai suoi eredi) alla luce della assoluta centralità del “valore uomo” predicata dalle sentenze del 2008, giusta i principi, i valori, gli interessi fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale ed europea. Il principio della unicità del risarcimento è destinato a coniugarsi, pertanto, con lo speculare principio della sua integralità. Integralità che non può non coniugarsi, a sua volta, con la realtà fenomenica del danno (nella specie, parentale) non patrimoniale. Realtà destinata inevitabilmente ad estendersi a tutti i danni conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente tutelati, anche diversi dalla salute, che sconta una inevitabile quanto fisiologica disomegenità ontogenetica rispetto alla morfologia (sovrastutturale poiché già sussunta nella sfera del rilevante giuridico) che, di quel danno, le categorie giuridiche hanno inevitabilmente creato attraverso una *reductio* ad unitutela funzionale all'approdo ad un più equo (ed economicamente sostenibile) risarcimento di sistema. La fenomenologia del danno alla persona, come rettamente evoca il ricorrente nell'esplicazione del quarto

motivo di doglianza, non può prescindere dall'aspetto "relazionale" della perdita del rapporto parentale (quel medesimo aspetto relazionale che lo stesso codice delle assicurazioni private, all'art. 139, consacra come momento dinamico del danno alla salute), che si coniuga, in ipotesi, con il danno morale (come riconosciuto in sentenza) inteso come sofferenza nell'intimo e dell'intimo dell'anima, come dolore interiorizzato che accede alla perdita, anch'essa interiorizzata, della persona cara. Correttamente il ricorrente pone l'accento sulla assoluta assenza di motivazione, in seno alla sentenza impugnata, circa la inconfigurabilità del danno (definito esistenziale in guisa di categoria descrittiva, sì come insegnato dalle sezioni unite) nel suo aspetto relazionale, nel suo aspetto, cioè, della modificazione e dello sconvolgimento delle abitudini di vita dei congiunti della vittima.

Sconvolgimento, modificazioni, frustrazioni relazionali rispetto a tutto ciò che, della vita, è "altro da sé", ciò che, sempre nel solco dell'insegnamento delle sentenze del 2008, deve peraltro formare oggetto di prova, non essendo legittimamente predicabile, neppure nell'ipotesi di perdita di un congiunto, un danno *in re ipsa* (ben potendo accadere, sia pur non secondo criteri di frequenza, che la perdita di un congiunto non cagioni danno relazionale, ovvero non cagioni danno morale, ovvero non cagioni nessuno di essi): onde al giudice di merito il compito ineludibile di valutare se, nella specie, le allegazioni probatorie (tenute in assoluto non cale dalla corte territoriale) siano idonee o meno a fondare un ragionevole convincimento dell'esistenza di un danno siffatto ...

Con il settimo motivo, sul danno morale subiettivo, si denuncia violazione di legge per mancata applicazione delle tabelle di Milano per la determinazione del danno. Il motivo è palesemente infondato, rientrando nella assoluta discrezione del giudice del merito applicare o meno le c.d. "tabelle" in uso (peraltro, in modo non uniforme) presso i singoli distretti di corte di appello distribuiti sul territorio nazionale».

Questa sentenza della Cassazione mi fa ricordare la mia sentenza Trib. Milano, 4 marzo 2008, n. 2847/2008 (5), nella quale - dopo la sentenza Cass., sez. un., n. 6572/2006 che sembrava riconoscere in termini generali il danno esistenziale - stigmatizzavo, un po' provocatoriamente, che in definitiva sempre (e solo) a due grandi voci si può ricondurre il danno non patrimoniale:

«Ma in tutti i casi in cui si applica l'art. 2059 c.c., alla luce anche della sentenza n. 6572/2006, qual è

l'effettivo contenuto del danno non patrimoniale risarcibile?

Da un'attenta ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale sul danno non patrimoniale, si evince che, in definitiva, tutti i pregiudizi riconducibili al *genus* del danno non patrimoniale possono essere ricompresi in due sole *species*:

- a) un patema d'animo cd. "danno morale soggettivo", che attiene alla sfera interiore del soggetto;
- b) un danno che attiene alla sfera esteriore del soggetto, che in tal senso può anche definirsi "esistenziale", nella nozione accolta dalle Sezioni Unite: pregiudizio che l'illecito «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».

Cassazione sentenza 13 maggio 2011 n. 10527 (Rel. Scarano)

La sentenza in esame ha per oggetto il risarcimento del danno chiesto dai genitori dell'unico figlio di 19 anni, deceduto in un incidente stradale.

Gli odierni ricorrenti, del tutto apoditticamente lamentano di aver subito un danno che ha irrimediabilmente inciso «in modo devastante» sulla "qualità" della loro vita e della loro "esistenza", a causa del «totale stravolgimento della loro agenda esistenziale» in ragione della «privazione di tutti i riti, anche piccoli (ma solo apparentemente insignificanti) del vivere quotidiano, quali potevano essere il cinema assieme alla sera, l'alternarsi alla guida della macchina, le vacanze, le telefonate durante la giornata, il caffè appena svegli, il pranzo, la cena, i regali inattesi, la casa vuota, l'assenza di rumore nella camera del figlio; pregiudizi tutti, questi, che nulla hanno a che fare con la patologia depressiva (danno biologico *iure proprio*) subita».

La Corte di merito aveva rigettato questa doglianza perché «priva di pregio» in quanto costituente «nella fattispecie concreta un duplicato del danno biologico *iure proprio*, attribuito proprio con riferimento a quella depressione dell'umore e delle funzioni vitali indicate come contenuto del preteso danno esistenziale».

Deve quindi al riguardo osservarsi che, pur affermando di aver tenuto conto - nella complessiva liquidazione del danno non patrimoniale - anche dei

Nota:

(5) Pubblicata su questa *Rivista*, 2008, 889.

“profili relazionali” dei danneggiati, la Corte di merito, nel fare poi riferimento alla «depressione dell'umore e delle funzioni vitali» indicandoli come integranti il “contenuto” del preteso “danno esistenziale”, si esprime in termini effettivamente erronei, giacché alla stregua della regola vigente in base al principio di effettività tale aspetto o voce del danno non patrimoniale consiste invero propriamente nell'alterazione-cambiamento della personalità del soggetto.

È lo sconvolgimento foriero di “scelte di vita diverse”, in altre parole, lo *sconvolgimento* dell'esistenza obiettivamente accertabile in ragione dell'alterazione del modo di rapportarsi con gli altri nell'ambito della vita comune di relazione, sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare, nello “sconvolgimento” che, pur senza degenerare in patologie medicalmente accertabili (danno biologico), si rifletta in un'alterazione della sua personalità tale da comportare o indurlo a *scelte di vita diverse*, in conseguenza della perdita del rapporto parentale, ad assumere essenziale rilievo ai fini della configurabilità e ristorabilità di siffatto profilo del danno non patrimoniale (v. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. 12 giugno 2006, n. 13546; Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572).

A tale stregua, non può allora sostenersi che, allorché ai fini della liquidazione di danno biologico vengono presi in considerazione anche i c.d. aspetti relazionali, per ciò stesso tale aspetto o voce di danno possa considerarsi invero sempre e comunque assorbente il c.d. danno esistenziale (in tal senso v. invece Cass. 10 febbraio 2010, n. 3906; Cass. 30 novembre 2009, n. 25236), essendo in realtà necessario verificare quali aspetti relazionali siano stati valutati dal giudice, e se sia stato in particolare assegnato rilievo anche al (*radicale*) *cambiamento di vita*, all'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto in cui dell'aspetto del danno non patrimoniale convenzionalmente indicato come danno esistenziale si coglie il significato pregnante.

In tal senso deve pertanto correggersi, ai sensi dell'art. 384, comma 1, la motivazione dell'impugnata sentenza.

Per altro verso, non potendo - come sopra esposto - considerarsi in *re ipsa*, il danno non patrimoniale *iure proprio* del congiunto [che i ricorrenti indicano come «pregiudizio esistenziale di natura non patrimoniale (*alias* danno parentale)»] è ristorabile laddove venga quantomeno allegata la degenerazione della sofferenza o patema d'animo in obiettivi profili relazionali.

Solamente in tal caso si determina invero l'inversione dell'onere della prova, con trasferimento sulla parte a cui sfavore essa opera dell'onere di dare la prova contraria idonea a vincerla.

Orbene, diversamente da quanto sostenuto dagli odierni ricorrenti, il suindicato pregiudizio esistenziale o da rottura del rapporto parentale non consiste invero nella mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, ma in fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, in *scelte di vita diversa*, di cui gli odierni ricorrenti non hanno invero fornito alcuna precisa ed obiettivamente riscontrabile indicazione, non assolvendo pertanto (quantomeno) al su di essi incombente onere di allegazione idonea a determinare l'inversione probatoria propria e tipica delle presunzioni.

L'allegazione a tal fine necessaria, va sottolineato, deve in realtà concernere fatti precisi e specifici del caso concreto, essere cioè *circostanziata*, non potendo invero risolversi in mere enunciazioni di carattere del tutto generico e astratto, eventuale ed ipotetico. La Cassazione quindi rigetta il ricorso.

Cassazione sentenza 30 giugno 2011 n. 14402 (Rel. Scarano)

La sentenza ha per oggetto il risarcimento del danno subito da un uomo (a seguito di incidente stradale), con postumi permanenti nella misura dell'85%.

La Cassazione accoglie il ricorso.

L'applicazione di criteri di valutazione equitativa del danno non patrimoniale deve garantire la maggiore approssimazione all'integrale risarcimento e, a tal fine, deve garantire la personalizzazione del danno (Cass. n. 26972/2008).

La Cass. ha sostenuto che la tabella milanese, quale tabella maggiormente testata, è idonea, con gli opportuni correttivi della c.d. personalizzazione del ristoro, a determinare valori congrui sia sul piano del ristoro del pregiudizio che su quello della relativa perequazione sul territorio nazionale (Cass. n. 15760/2006).

Recentemente si è anche affermato che l'equità assolve anche alla funzione di «garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale», con eliminazione delle “disparità di trattamento” e delle “ingiustizie”, a tale stregua venendo ad assumere il significato di “adeguatezza” e di “proporzione”. L'equità non è arbitrio ed è insindacabile in sede di legittimità a condizione che risulti congruamente motivata, dovendo pertanto di essa «darsi una giustificazione razionale a posteriori» (Cass. n. 12408/2011).

Nella fattispecie concreta, la Corte d'Appello non ha offerto alcuna indicazione «in ordine alla circostanza se le Tabelle di Brescia, così come quelle di Milano, facciano riferimento anche ai profili relazionali propri del danno da perdita del rapporto parentale o del c.d. danno esistenziale. E, in caso positivo, se vi facciano riferimento prendendo - come invero le c.d. tabelle di Milano - tale perdita in considerazione esclusivamente di per sé, senza avere cioè riguardo (anche) al conseguente sconvolgimento dell'esistenza che per il genitore (o altro congiunto) conseguentemente ne derivi» (v. Cass. n. 7844/2011, n. 10572/2011, n. 12273/2011).

«Nel qual caso, è invero necessario che il dato offerto dalle tabelle venga reso oggetto di relativa "personalizzazione", riconsiderando i relativi parametri in ragione (pure) di siffatto profilo, al fine di debitamente garantire l'integralità del ristoro spettante al danneggiato (cfr., da ultimo, Cass., 9 maggio 2011, n. 10108)».

La Cassazione accoglie dunque il ricorso, affermando il seguente principio di diritto: Le Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale del Tribunale di Milano «costituiscono valido e necessario criterio di riferimento ai fini della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. ... incongrua essendo la motivazione che non dia conto delle ragioni della preferenza assegnata ad una liquidazione che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, risulti sproporzionata rispetto a quella cui si perviene mediante l'adozione dei parametri esibiti dalle dette tabelle di Milano. Vanno ristorati anche i c.d. aspetti relazionali propri del danno da perdita del rapporto parentale o del c.d. danno esistenziale, sicché è necessario verificare se i parametri recati dalle tabelle tengano conto (anche) dell'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto che si estrinsechi in uno sconvolgimento dell'esistenza, e cioè in (radicali) cambiamenti di vita, dovendo in caso contrario procedersi alla c.d. "personalizzazione", riconsiderando i parametri recati dalla tabelle in ragione (anche) di siffatto profilo, al fine di debitamente garantire l'integralità del ristoro spettante al danneggiato».

Vorrei aggiungere che, a partire dai Criteri orientativi della Tabella milanese ed. 2004 fino alla Tabella attuale, si afferma che, per la perdita o la grave lesione del rapporto parentale, si ha riguardo proprio allo sconvolgimento delle condizioni di vita dei prossimi congiunti.

Ciò si evince inequivocabilmente quando, in detti Criteri, si afferma quanto segue a proposito del danno da grave lesione del rapporto parentale:

«Anche in questo caso l'Osservatorio propone di di-

sancorare la misura del danno non patrimoniale risarcibile alla vittima secondaria dal danno biologico subito dalla vittima primaria.

Infatti, pur essendo la gravità di quest'ultimo rilevante per la stessa configurabilità del danno al familiare, pare opportuno tener conto nella liquidazione del danno al familiare essenzialmente della natura e intensità del legame tra vittime secondarie e vittima primaria, nonché della quantità e qualità dell'alterazione della vita familiare (da provarsi anche per presunzioni).

La difficoltà di tipizzazione delle possibili variabili nei casi concreti suggerisce l'individuazione solo di un possibile tetto massimo della liquidazione, pari al tetto massimo per ciascuna ipotesi di cui al paragrafo che precede, da applicare nell'ipotesi di massimo sconvolgimento della vita familiare».

Cassazione sentenza 12 settembre 2011, n. 18641 (Rel. Travaglio)

La sentenza ha per oggetto il risarcimento del danno, chiesto dai genitori esercenti potestà sul figlio minore, conseguente alla condotta del sanitario che aveva colpevolmente causato al minore, all'atto della nascita, un danno alla salute permanente pari al 100% dei valori tabellari.

Si afferma quanto segue in motivazione.

«3.4. La modifica del 2009 delle tabelle del tribunale di Milano - che questa Corte, con la sentenza 12408/2011 (nella sostanza confermata dalla successiva pronuncia n. 14402/011) ha dichiarato applicabili, da parte dei giudici di merito, su tutto il territorio nazionale - in realtà, non ha mai "cancellato" (contrariamente a quanto opinato dal ricorrente) la fattispecie del danno morale intesa come "voce" integrante la più ampia categoria del danno non patrimoniale: né avrebbe potuto farlo senza violare un preciso indirizzo legislativo, manifestatosi in epoca successiva alle sentenze del 2008 di queste sezioni unite, dal quale il giudice, di legittimità e non, evidentemente non può in alcun modo prescindere in una disciplina (e in una armonia) di sistema che, nella gerarchia delle fonti del diritto, privilegia ancora la disposizione normativa rispetto alla produzione giurisprudenziale.

3.5. L'indirizzo di cui si discorre si è espressamente manifestato attraverso la emanazione di due successivi d.P.R., il n. 37 del 2009 e il n. 191 del 2009, in seno ai quali una specifica disposizione normativa (l'art. 5) ha inequivocamente resa manifesta la volontà del legislatore di distinguere, concettualmente prima ancora che giuridicamente, all'indomani del-

le pronunce delle Sezioni Unite di questa Corte (che, in realtà, ad una più attenta lettura, non hanno mai predicato un principio di diritto funzionale alla scomparsa per assorbimento *ipso facto* del danno morale nel danno biologico, avendo esse viceversa indicato al giudice del merito soltanto la necessità di evitare, attraverso una rigorosa analisi dell'evidenza probatoria, duplicazioni risarcitorie) tra la "voce" di danno *cd. biologico* da un canto, e la "voce" di danno morale dall'altro: si legge difatti alle lettere a) e b) del citato art. 5, nel primo dei due provvedimenti normativi citati.

– che "la percentuale di danno biologico è determinata in base alle tabelle delle menomazioni e relativi criteri di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni; - che "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 della lesione alla dignità della persona, connessi e in rapporto all'evento dannoso, in misura fino a un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico".

3.6. Nella relazione introduttiva alle "nuove" tabelle milanesi per la liquidazione "del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica e dalla perdita del rapporto parentale", difatti, si legge che i criteri con esse applicati "prima delle sentenze delle sezioni unite della cassazione individuavano valori standard di liquidazione del danno biologico, prevedendo poi la liquidazione del danno morale in misura variabile da 1/4 a 1/2 dell'importo liquidato a titolo di danno biologico, con personalizzazione di queste sino all'aumento del 30% dei valori standard". "A seguito del nuovo indirizzo giurisprudenziale" si prosegue in via ulteriormente esplicativa "rilevata l'esigenza di una liquidazione unitaria e constatato l'inadeguatezza dei valori monetari finora utilizzati, propone la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente alla lesione permanente dell'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico legale" (*id est*, del danno biologico) "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, vale a dire la liquidazione congiunta dei pregiudizi in passato liquidati a titolo di danno biologico standard, personalizzazione del danno biologico, danno morale".

3.8. Nella stessa giurisprudenza di questa corte regolatrice, d'altronde, in ossequio ad una esigenza adeguata dell'interpretazione giurisprudenziale alla non equivoca *voluntas legis* espressa dagli organi de-

putati alla produzione normativa *post 2008*, numerose sono state le pronunce che hanno confermato sentenze di merito predicative del principio e del criterio della congiunta attribuzione del risarcimento da danno biologico e da danno morale liquidato, quest'ultimo in una percentuale del medesimo, salvo personalizzazione (*ex permultis*, Cass. n. 29191/2008: nella quantificazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, la valutazione di tale voce di danno, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero all'integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 della Costituzione in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190, deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, sicché vanno esclusi meccanismi semplificativi di liquidazione di tipo automatico - nel caso di specie, la Corte, in una fattispecie di lesioni gravissime con esiti dolorosi anche dal punto di vista psichico, ha escluso che il danno morale potesse essere liquidato nel 30% del danno biologico - [e segue poi, nella sentenza in esame, la citazione delle sentenze Cass. n. 4053/09, n. 13530/09, n. 14551/09, n. 20949/09, n. 702/2010].

5.3. La corte territoriale, nella liquidazione del *cd. "danno parentale"* si è, difatti, attenuta tanto ai criteri predicati da queste sezioni unite con le sentenze dell'11 novembre 2008 quanto alla più recente giurisprudenza di questa corte di legittimità che, dapprima con la pronuncia 10527/11, poi, ancor più articolatamente con la sentenza n. 14402 del medesimo anno, ha evidenziato *apertis verbis* come vadano senz'altro ristorati anche gli aspetti relazionali propri del danno da perdita del rapporto parentale inteso come danno esistenziale, così da rendersi necessaria una verifica "se i parametri recati nella tabella milanese tengano conto anche dell'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto che si estrinsechi in uno sconvolgimento dell'esistenza, e cioè in radicali cambiamenti di vita".

5.4. Tale analitica verifica risulta compiuto oggetto di approfondita disamina della corte territoriale che, dopo aver condivisibilmente ricostruito la vicenda in termini di eccezionalità sotto il profilo dinamico-relazionale della vita dei genitori del piccolo tetraplegico, ha poi altrettanto correttamente ritenuto di conservare un ancoraggio alla liquidazione del dan-

no biologico quale parametro di riferimento equitativo non del tutto arbitrario del danno parentale, quantificando - con apprezzamento di fatto scevro da errori logico giuridici e pertanto incensurabile in questa sede - il danno stesso in una percentuale (l'80%) del pregiudizio biologico risentito dal minore con motivazione che questa corte interamente condivide e fa propria».

Conclusioni

Nella mia veste di coautore della Tabella milanese, sento tutta la responsabilità che, con la sentenza Cass. n. 12408/2011, assume l'Osservatorio della giustizia civile meneghino nel panorama della liquidazione del danno alla persona sia nelle sedi giudiziarie che in quelle stragiudiziali.

Credo che, per la prima volta, si sia realizzata una dialettica sinergica tra un ufficio di merito (e i giudici e gli avvocati ed il personale amministrativo

che partecipa attivamente ai lavori dell'Osservatorio sulla giustizia civile) e la Suprema Corte di cassazione.

La funzione nomofilattica della Cassazione individua strade sempre più innovative ed efficaci per riportare ad una omogeneità accettabile disparati criteri di liquidazione del danno alla persona, appena qualche anno fa nelle mani esclusive del singolo giudice.

Come correttamente evidenziato dalla stessa Corte di cassazione, trattasi di un'importante operazione ermeneutica effettuata in supplenza del legislatore, al quale è certamente demandato il potere-dovere di provvedere nel codice civile, in modo organico e non settoriale, nella materia del risarcimento del danno da lesione del diritto fondamentale della salute.

Nel frattempo, in questa nuova estate di San Martino, crescono ancora nuovi germogli nei solchi della Tabella milanese.

LIBRI

COLLANA: **Codici Minor Ipsoa**

Codice civile Codice di procedura civile

Leggi complementari

Curatori: Piero Schlesinger – Claudio Consolo

Propone il testo del **Codice civile** e del **Codice di procedura civile**, e delle relative **disposizioni di attuazione**; la **Costituzione** e alcune delle principali leggi complementari di interesse civile, riportate in appendice: la **legge fallimentare**, la legge di **riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato**, la legge di **riforma del processo civile**, il decreto **in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali**, e il decreto in materia di **semplificazione dei procedimenti civili**.

– IL VOLUME È AGGIORNATO, da ultimo, dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in materia di **“semplificazione dei procedimenti civili”**; dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 set-

tembre 2011, n. 148, di **“stabilizzazione finanziaria”**; dal D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con modif., dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, c.d. **“manovra economica”**; dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, conv., con modif., dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, c.d. **“decreto sviluppo”**.

XIV edizione

Ipsoa 2011, euro € 19,00

Per informazioni e acquisti

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



Colpa e nesso di causalità

Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685 - Pres. Morelli - Rel. Scarano - P.M. Golia (concl. diff.) - R. M. c. Presidenza Regione Siciliana, Assessorato Sanità Regione Siciliana, Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, Gestione liquidatoria ex USL/35 Catania

Il Ministero della Salute è responsabile, per violazione degli obblighi di vigilanza e controllo stabiliti dalla legge, nei confronti di chi abbia contratto epatite C (HCV) in seguito ad una trasfusione avvenuta nel 1973 (nella specie la Cassazione, sul presupposto secondo il quale la concretizzazione del rischio che la regola violata intende prevenire, così come i danni in concreto verificati, consentono di ritenere presuntivamente provato il nesso di causalità tra il comportamento omissivo del Ministero e il pregiudizio patito dal paziente, ha riformato la sentenza d'appello che aveva escluso la responsabilità in quanto il fatto era avvenuto prima del momento in cui si è avuta conoscenza dell'epatite B).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in <i>Foro it.</i> , 2008, I, 453; Trib. Roma 3 gennaio 2007, in <i>Foro it.</i> , Rep. 2007, voce <i>Responsabilità civile</i> , n. 355; Trib. Roma 31 e 29 agosto 2005, in <i>Foro it.</i> , 2006, I, 794.
Difforme	Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in <i>Foro it.</i> , 2006, I, 793; Trib. Torino 14 marzo 2007, in <i>Resp. civ. e prev.</i> , 2007, 1371; Trib. Catanzaro 15 luglio 2005, in <i>Foro it.</i> , Rep. 2006, voce <i>Responsabilità civile</i> , n. 235.

Svolgimento del processo

Con sentenza del 15 dicembre 2008 la Corte d'Appello di Roma, in accoglimento del gravame interposto dal Ministero della Salute e in conseguente totale riforma della pronuncia Trib. Roma 10 marzo 2005, rigettava la domanda proposta dal sig. M.R. di risarcimento dei danni lamentati in conseguenza di epatite HCV e cirrosi epatiche contratte all'esito di trasfusioni di sangue subite nell'anno 1973 in occasione di intervento chirurgico eseguito presso l'Ospedale di Catania.

Avverso la suindicata pronuncia della corte di merito il M. propone ora ricorso per cassazione, affidato a 4 motivi, illustrati da memoria.

Resistono con separati controricorsi la Presidenza e l'Assessorato alla sanità della Regione Siciliana e il Ministero del lavoro della salute e delle politiche sociali, il quale ultimo spiega altresì ricorso incidentale condizionato, sulla base di 4 motivi, cui resiste con controricorso il M. Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

Con il 1 motivo il ricorrente in via principale denuncia violazione e/o falsa applicazione della l. n. 296 del 1958, art. 1, l. n. 592 del 1967, art. 1, artt. 1225, 2043, 2056 c.c., art. 41 c.p., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente ritenuto non responsabile il Ministero per non essere all'epoca della condotta ancora conosciuta la patologia e non identificato il virus dell'epatite B, laddove "in tema di responsabilità extracontrattuale sono risarcibili anche i danni non prevedibili". Lamenta che "nel 1973 il Ministero era a conoscenza che il sangue era un potenziale veicolo di agenti patogeni ed era a conoscenza di tecniche che avrebbero potuto notevolmente limitare il rischio di contagio", e "ciononostante ha omesso di impartire direttive alle strutture sanitarie e di effettuare qualsivoglia controllo".

Con il 2 motivo denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 20 l. n. 592 del 1967, 46, 47 51 d.P.R. n.

1256 del 1971, 65 ss. D.M. 18 giugno 1971, in riferimento all'art. 360, 1 comma n. 3, c.p.c. Si duole che "le conclusioni cui perviene il Giudice del gravame" siano "in palese contraddizione con la letteratura scientifica univoca e con quanto affermato dal C.T.U."

Con il 3 motivo denuncia omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente interpretato la sentenza delle Sezioni Unite ed abbia "integralmente disatteso le conclusioni cui è pervenuto il C.T.U. incaricato nel primo grado di giudizio".

Con il 4 motivo denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 2697 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente ritenuto "indimostrata" la proposta domanda risarcitoria, trattandosi invero nel caso di responsabilità contrattuale ed avendo egli "provato tanto il contratto mediante la produzione della cartella clinica relativa al ricovero, quanto il danno patito a seguito delle trasfusioni cui si era sottoposto presso gli Ospedali riuniti di Catania mediante i verbali delle Commissioni mediche Ospedaliere e la stessa C.T.U."

Il 1 ed il 3 motivo, che possono congiuntamente esaminarsi in quanto connessi, sono fondati e vanno accolti nei termini di seguito indicati.

Come le Sezioni Unite di questa Corte hanno avuto modo di affermare, il Ministero della salute è tenuto ad esercitare un'attività di controllo e di vigilanza in ordine (anche) alla pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati, e risponde ex art. 2043 c.c., per omessa vigilanza, dei danni conseguenti ad epatite e ad infezione da HIV contratte da soggetti emotrasfusi (v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584). Le Sezioni Unite hanno posto in rilievo che gli obblighi del Ministero di prevenzione, programmazione, vigilanza e controllo deriva da una pluralità di fonti normative. Possono al riguardo in particolare indicarsi:

– la l. n. 296 del 1958, art. 1, che attribuisce al Ministero il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica, di sovrintendere ai servizi sanitari svolti dalle amministrazioni autonome dello Stato e dagli enti pubblici, provvedendo anche al relativo coordinamento, nonché ad emanare, per la tutela della salute pubblica, istruzioni obbligatorie per tutte le amministrazioni pubbliche che provvedono a servizi sanitari;

– la l. n. 592 del 1967, art. 1, che attribuisce al Ministero le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei servizi inerenti la raccolta, la preparazione, la conservazione, la distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale, nonché la preparazione dei suoi derivati, e per l'esercizio della relativa vigilanza;

– La l. n. 592 del 1967, art. 20, che attribuisce al Ministero il compito di proporre l'emanazione di norme relative all'organizzazione, al funzionamento dei servizi trasfusionali, alla raccolta, alla conservazione e all'impiego dei derivati, alla determinazione dei requisiti e dei controlli cui debbono essere sottoposti;

– la l. n. 592 del 1967, art. 21, che attribuisce al Ministero il compito di autorizzare l'importazione e l'esportazione di sangue umano e dei suoi derivati per uso terapeutico;

– la l. n. 592 del 1967, art. 22, che attribuisce al Ministero il potere di autorizzare l'autorità sanitaria a disporre la chiusura del centro, del laboratorio o dell'officina autorizzati;

– il d.P.R. n. 1256 del 1971 (recante regolamento di attuazione della l. n. 592 del 1967), contenente norme concernenti i poteri di controllo e vigilanza in materia del Ministero, e contemplante (art. 44) l'obbligo di controllare se il donatore di sangue sia affetto da epatite virale, vietando in tal caso la trasfusione (cfr. Cass., 20 aprile 2010, n. 9315);

– il D.M. Sanità 7 febbraio 1972, contenente norme regolanti l'attività del Centro nazionale per la trasfusione del sangue, nonché la previsione che il Ministero della sanità sia costantemente informato delle attività del Centro;

– il D.M. Sanità 15 settembre 1972, disciplinante l'importazione e l'esportazione del sangue e dei suoi derivati, contemplante l'autorizzazione ministeriale (almeno nel caso di provenienza da Paesi nei quali non vi sia una normativa idonea a garantire la sussistenza dei requisiti minimi di sicurezza) agli ospedali ed ai centri gestori per la produzione di emoderivati ed alle officine farmaceutiche che, all'esito di accertamento dell'Istituto superiore di sanità, siano risultati idonei ad eseguire i controlli sui prodotti importati;

– la l. n. 519 del 1973, attribuite all'Istituto superiore di sanità compiti attivi a tutela della salute pubblica;

– la l. 23 dicembre 1978, n. 833, che ha istituito il Servizio sanitario Nazionale conservando al Ministero della Sanità, oltre al ruolo primario nella programmazione del piano sanitario nazionale con compiti di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative regionali delegate in materia sanitaria, importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati (art. 6. lett. b, c), confermando (art. 4, n. 6) che la raccolta, il frazionamento e la distribuzione del sangue umano costituiscono materia di interesse nazionale;

– il d.l. n. 443 del 1987, che ha introdotto la c.d. farmacovigilanza dei medicinali da parte del Ministero della Sanità, a quest'ultimo attribuendo il potere di stabilire le modalità di esecuzione del monitoraggio sui farmaci a rischio, e di emettere provvedimenti cautelari relativamente ai prodotti in commercio;

– la l. n. 107 del 1990, attribuite all'Istituto superiore di sanità il compito di provvedere alla prevenzione delle malattie trasmissibili, di ispezionare e controllare le aziende di produzione di emoderivati e le specialità farmaceutiche emoderivate, nonché di vigilare sulla qualità dei plasma derivati prodotti in centri individuati ed autorizzati dal ministero (art. 10); e che assegna al Ministero della sanità il potere di autorizzare l'importazione di emoderivati pronti per l'impiego;

– la l. n. 178 del 1991, disciplinante (anche) le modalità di rilascio e revoca dell'autorizzazione ministeriale alla

produzione, importazione e immissione in commercio delle specialità medicinali, con incisivi poteri ispettivi e di vigilanza del Ministero;

il D.M. Sanità 12 giugno 1991, disciplinante l'autorizzazione ministeriale all'importazione di sangue e plasma derivati;

– il D.Lgs. n. 502 del 1992, che ha riordinato la normativa in materia sanitaria, ampliando le competenze delle Regioni e conservato al Ministero della sanità poteri di ingerenza e sostitutivi;

– il D.Lgs. n. 266 del 1993, che ha conservato al Ministero compiti e poteri di vigilanza in materia di sanità pubblica;

– il D.Lgs. n. 267 del 1993, che ha attribuito poteri di controllo e di vigilanza all'Istituto superiore di sanità a tutela della salute pubblica;

– il D.Lgs. n. 44 del 1997, che ha attribuito al Ministero della sanità poteri in tema di farmacovigilanza;

– il D.Lgs. n. 449 del 1997, art. 32, comma 11, attribuisce al Ministero la vigilanza sull'attuazione del Piano sanitario nazionale;

– il D.Lgs. n. 112 del 1998, che nel conferire alle Regioni la generalità delle attribuzioni in materia di salute umana, ha lasciato invariato il riparto di competenza in materia di sangue umano e suoi componenti.

Orbene, già in considerazione delle fonti sopra richiamate emerge un quadro alla stregua del quale risultano attribuiti al Ministero attivi poteri di vigilanza nella preparazione ed utilizzazione di emoderivati, e di controllo in ordine alla relativa sicurezza.

Si evince altresì, e d'altro canto la giurisprudenza - anche di merito - da tempo ne ha dato diffusamente conto, come fosse già ben noto sin dalla fine degli anni 60 - inizi anni 70 il rischio di trasmissione di epatite virale, la rilevazione (indiretta) dei virus essendo possibile già mediante la determinazione delle transaminasi ALT ed il metodo dell'anti-HbcAg (cfr. Cass., 15 luglio 1987, n. 6241; Cass., 20 luglio 1993, n. 8069. In giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 19 novembre 1997; Trib. Roma, 14 giugno 2001), e che già da tale epoca sussistevano obblighi normativi (l. n. 592 del 1967; d.P.R. n. 1256 del 1971; l. n. 519 del 1973; l. n. 833 del 1973) in ordine a controlli volti ad impedire la trasmissione di malattie mediante il sangue infetto.

Sin dalla metà degli anni '60 erano infatti esclusi dalla possibilità di donare il sangue coloro i cui valori delle transaminasi e delle GPT - indicatori della funzionalità epatica - fossero alterati rispetto ai limiti prescritti (cfr., da ultimo, Cass., 20 aprile 2010, n. 9315).

Come questa Corte ha già avuto modo di osservare, lo stesso Ministero, ben a conoscenza del fenomeno, ha con circolari n. 1188 del 30 giugno 1971, 17 febbraio e 15 settembre 1972 disposto la ricerca sistematica dell'antigene Australia (cui fu dato poi il nome di antigene di superficie del virus dell'epatite B); e con circolare n. 68 del 1978 ha poi reso obbligatoria la ricerca della presenza dell'antigene dell'epatite B in ogni singolo campione di sangue o plasma.

Anche prima dell'entrata in vigore della l. 4 maggio

1990, n. 107, contenente la disciplina per le attività trasfusionali e la produzione di emoderivati, sulla base della legislazione vigente in materia il Ministero della sanità era dunque tenuto ad attività di controllo, direttiva e vigilanza in materia di sangue umano. E l'omissione delle attività funzionali alla realizzazione dello scopo per il quale l'ordinamento gli attribuisce il potere (nel caso concernente la tutela della salute pubblica) espone il Ministero a responsabilità extracontrattuale allorquando come nella specie dalla violazione del vincolo interno costituito dal dovere di vigilanza nell'interesse pubblico (il quale è strumentale ed accessorio a quel potere) derivi la violazione di interessi giuridicamente rilevanti dei cittadini-utenti (cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576).

Come questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo, a fronte di tali obblighi normativi la discrezionalità amministrativa invero si arresta, e non può essere invocata per giustificare le scelte operate nel peculiare settore della plasmateresi.

Il dovere del Ministero della salute di vigilare attentamente sulla preparazione ed utilizzazione del sangue e degli emoderivati postula d'altro canto l'osservanza di un comportamento informato a diligenza particolarmente qualificata, specificamente in relazione all'impiego delle misure necessarie per verificarne la sicurezza, essendo esso tenuto ad evitare o ridurre i rischi a tali attività connessi (cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581).

A tale stregua il comportamento omissivo o comunque non diligente del Ministero nei controlli e nell'assolvimento dei compiti affidatigli (ivi compresi quelli relativi all'attuazione del Piano sangue, previsto dalla l. n. 592 del 1967 e realizzato solo nel 1994) ridonda in termini di relativa responsabilità.

La colpa della P.A. rimane al riguardo integrata in ragione della violazione dei comportamenti dovuti di vigilanza e controllo, imposti dalle fonti normative più sopra richiamate, costituenti limiti esterni all'attività discrezionale ed integranti la norma primaria del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. (cfr., in relazione ad altra fattispecie, Cass. 27 aprile 2011, n. 9404), in base alle quali essa è tenuta ad un comportamento di vigilanza, sicurezza ed attivo controllo in ordine all'effettiva attuazione da parte delle strutture sanitarie addette al servizio di emotrasfusione di quanto loro prescritto al fine di prevenire ed impedire la trasmissione di malattie mediante il sangue infetto (cfr. Cass. 28 settembre 2009, n. 20765, e, da ultimo, Cass. 23 maggio 2011, n. 11301), non potendo considerarsi invero esaustiva delle incombenze alla medesima in materia attribuite la quand'anche assoluta mera attività di normazione (emanazione di decreti, circolari, ecc.).

Al mantenimento di tale condotta la P.A. è d'altro canto tenuta già in base all'obbligo di buona fede o correttezza, generale principio di solidarietà sociale - che trova applicazione anche in tema di responsabilità extracontrattuale - in base al quale nei rapporti della vita di relazione il soggetto è tenuto a mantenere un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso

nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui - nei limiti dell'apprezzabile sacrificio -, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi (cfr. Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315; Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056. Da ultimo cfr. Cass. 27 aprile 2011, n. 9404).

A tale stregua, in caso di concretizzazione del rischio che la regola violata tende a prevenire non può prescindersi dalla considerazione del comportamento dovuto e della condotta nel singolo caso in concreto mantenuta, e il nesso di causalità che i danni conseguenti a quest'ultima astringe costituendone lo specifico risultato rimane invero presuntivamente provato (cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 582. E, da ultimo, Cass. 27 aprile 2011, n. 9404).

Al riguardo, vale ulteriormente osservare, nello specificare che il Ministero della salute risponde "anche per il contagio degli altri due virus" già "a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B", trattandosi non già di "eventi autonomi e diversi" ma solamente di "forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto", le Sezioni Unite non hanno certamente inteso, diversamente da quanto apoditticamente affermato nell'impugnata sentenza, limitare la rilevanza del fenomeno e la relativa responsabilità alla "data di conoscenza dell'epatite B" (laddove era stata invero la precedente Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, ad affermare che fino a quando non erano conosciuti dalla scienza medica i virus della HBV, HIV ed HCV, e, quindi i "test" di identificazione degli stessi, cioè, rispettivamente fino al 1978, 1985 e 1988, in caso di evento infettivo causato da detti virus per effetto di emotrasfusioni e assunzione di prodotti emoderivati inverosimile dovesse considerarsi difettare il nesso causale fra la condotta omissiva del Ministero della Sanità - tenuto in base alla normativa previgente a quelle date a compiti di autorizzazione, direzione e sorveglianza sul settore dell'importazione del sangue e degli emoderivati - e tale evento, argomentando dal rilievo che, in tema di illecito aquiliano colposo mediante omissione, all'interno della serie causale può darsi rilievo solo a quello che al momento in cui si verifica l'omissione appaia non del tutto inverosimile, tenuto conto della norma comportamentale imponente l'attività omessa; ed altresì ritenendo di dover *a fortiori* escludere la colpa del Ministero in presenza di evento imprevedibile, in quanto lo stesso non può conoscere la capacità infettiva dei detti virus prima ancora della comunità scientifica).

Le Sezioni Unite hanno al riguardo per converso sottolineato come si tratti di un "rischio che è antico quanto la necessità delle trasfusioni" (v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581).

A tale stregua, non può allora non ritenersi il Ministero della salute tenuto, anche anteriormente alle sopra riportate date indicate da Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, a

controllare che il sangue utilizzato per le trasfusioni o per gli emoderivati fosse esente dai virus *de quibus* e che i donatori non presentassero alterazione delle transaminasi, in adempimento di obblighi specifici posti dalle fonti normative speciali più sopra indicate (v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581).

Orbene, nell'affermare che "la recente pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione (sent. n. 581/2007) non ha mancato di sottolineare che anche nel caso del virus HCV la responsabilità del Ministero non poteva andare a ritroso nel tempo, oltre la data di conoscenza dell'epatite B (anno 1978)", e nel conseguentemente concludere che "risalendo all'anno 1973 le trasfusioni di sangue subite dal M., nessun addebito di responsabilità può essere mosso al Ministero e alle Amministrazioni della regione Sicilia", la corte di merito ha nell'impugnata sentenza invero disatteso i principi affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte, traendone corollari erronei, alla stregua di quanto sopra rilevato ed esposto.

Alla fondatezza, negli indicati termini, del 1 e del 3 motivo consegue l'accoglimento in relazione del ricorso principale, con assorbimento delle altre censure. (...)

... *Omissis*...

IL COMMENTO

di Francesco Paolo Patti e Guido Maria Tancredi

La sentenza in epigrafe affronta una controversia promossa da un soggetto che aveva contratto l'epatite C, a seguito di una trasfusione avvenuta nel 1973, e si inserisce nel novero della giurisprudenza sui danni patiti a causa di trasfusioni di sangue infetto. In discussione è la responsabilità del Ministero della Salute per omessa attività di vigilanza in merito ad alcune trasfusioni, effettuate in epoca antecedente al momento in cui per la patologia sofferta a causa dell'infezione è stato approntato il relativo *test* diagnostico. La Suprema Corte, riformando la sentenza d'appello, si sofferma sul noto precedente delle Sezioni Unite del 2008, che aveva affrontato una serie di problemi in materia, offrendo nuovi spunti di riflessione con riguardo agli elementi della colpa e del nesso di causalità, nonché in merito al relativo regime probatorio.

Il caso e la decisione della Cassazione

In occasione di un intervento chirurgico eseguito presso un ospedale catanese nel 1973, R.M. ha contratto a causa di trasfusioni di sangue infetto epatite da HCV e cirrosi epatica. Alla luce dei danni subiti ha agito nei confronti del Ministero della Salute, la Presidenza e l'Assessorato alla Sanità della Regione Sicilia, ritenuti responsabili per omessa attività di controllo e di vigilanza, in ordine alla pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati, per vedersi riconosciuto il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Il Tribunale di Roma, accogliendo la domanda dell'attore, ha dichiarato la responsabilità degli enti pubblici con la sentenza del 10 marzo 2005.

Facendo seguito al gravame proposto dal Ministero della Sanità, il 15 dicembre 2008, la Corte d'appello di Roma ha riformato il *dictum* del giudice di primo grado, negando la responsabilità del Ministero e delle Amministrazioni siciliane per difetto di nesso causale tra la condotta omissiva di quest'ultimo e l'evento lesivo. La motivazione richiama in proposito la sentenza delle Sezioni Unite intervenuta in materia nel 2008 (1), affermando che nel caso del *virus* HCV la responsabilità del Ministero e delle Amministrazioni non può andare a ritroso nel tempo oltre la data di conoscenza dell'epatite B, individuata nell'anno 1978.

Avverso la sentenza di secondo grado R.M. propone ricorso per Cassazione. Tra i motivi di ricorso interessano il primo, concernente la violazione o la falsa applicazione delle norme configuranti la responsabilità in capo al Ministero della Sanità, ed il terzo, a tenore del quale sussisterebbe un difetto nella motivazione poiché la corte di merito avrebbe erroneamente interpretato la suddetta sentenza delle Sezioni Unite e integralmente disatteso le conclusioni cui è pervenuto il C.T.U. incaricato nel primo grado di giudizio.

In base ad una interpretazione diversa della decisione delle Sezioni Unite (rispetto a quella offerta dalla Corte d'appello), la Cassazione ha ritenuto fondati i segnalati motivi di ricorso, stabilendo che il nesso di causalità risulta presuntivamente provato in virtù della condotta antigiuridica tenuta dal Ministero e del rischio che le norme violate tendono a prevenire, il quale si sostanzierebbe nel risultato lesivo in concreto verificatosi.

La posizione delle Sezioni Unite del 2008

Dalla breve esposizione dello svolgimento del processo si evince che la già menzionata sentenza delle

Nota:

(1) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453, con osservazioni di A. Palmieri. Nell'occasione, le Sezioni Unite hanno affrontato, con una serie di decisioni coeve (se ne contano dieci, nn. 576-585), una pluralità di questioni problematiche legate alle controversie promosse da persone che hanno contratto infezioni a seguito di trasfusioni o di assunzione di emoderivati infetti. A seconda dei casi, le domande risarcitorie possono essere rivolte nei confronti di diversi soggetti: a) l'autore del fatto illecito che ha determinato la necessità di subire la trasfusione; b) l'autorità ospedaliera presso cui ha effettuato il trattamento o il medico che ha compiuto le operazioni; c) il Ministero della Salute per omessa vigilanza sull'attività di controllo del sangue poi oggetto di trasfusione.

Oltre alle questioni riguardanti il nesso di causalità (che verranno esaminate nel presente commento), le Sezioni unite hanno preso posizione sul problema concernente il momento dal quale decorre il termine della prescrizione. Si è affermato che il decorso inizia 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. Per rimediare all'incertezza determinata da siffatti indirizzi giurisprudenziali, S. Patti, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012, 135 ss., spec. 147 s., rileva come al legislatore italiano una soluzione, in vista di un'auspicabile riforma, venga offerta da altre esperienze giuridiche e dal *Draft Common Frame of Reference*, in cui, oltre al termine ordinario di prescrizione (più breve rispetto a quello del codice civile), è previsto un secondo termine, più lungo, che decorre in ogni caso dalla data del verificarsi dell'evento dannoso e non conosce cause di sospensione e interruzione.

Sezioni Unite del 2008 - ad avviso della Cassazione erroneamente interpretata dai giudici del merito - rappresenta un crocevia ineludibile per una corretta comprensione della vicenda.

Lo snodo principale è rappresentato dalla questione del nesso di causalità, che nella vicenda in esame riguarda l'interrogativo se, all'epoca dei fatti (1973), l'evento lesivo dell'infezione fosse prevedibile e quindi evitabile attraverso l'espletamento degli obblighi di vigilanza previsti dalla legge e colpevolmente disattesi dal Ministero competente (2).

In via preliminare occorre, tuttavia, considerare una sentenza anteriore della Cassazione, la decisione n. 11609/2005 (3), di particolare interesse per il caso in esame perché, oltre ad essere la prima a configurare in sede di legittimità la responsabilità di natura extracontrattuale del Ministero per emotrasfusioni infette, potrebbe aver influenzato i giudici della Corte d'appello inducendoli a trarre corollari erronei dalla sentenza delle Sezioni Unite.

Ebbene, secondo Cass. n. 11609/2005, con riguardo alla sussistenza di un nesso di causalità tra l'omissione del Ministero e i danni lamentati dai pazienti, rileva il momento in cui la comunità scientifica ha avuto conoscenza dell'esistenza dei *virus* HBV, HIV e HCV e dei relativi *test* di identificazione: in proposito vengono indicate delle date precise, rispettivamente, il 1978, il 1985 e il 1988. Antecedentemente a codeste date, ad avviso della sentenza da ultimo citata, non sarebbe configurabile né il nesso causale né una condotta colposa, non sussistendo, pertanto, alcuna responsabilità in capo all'ente deputato al controllo, poiché, in definitiva, anche un corretto espletamento degli obblighi di vigilanza posti dalla legge non avrebbe evitato l'evento dannoso.

Sulla delimitazione temporale della responsabilità del Ministero definita dalla sentenza del 2005 hanno successivamente preso posizione le Sezioni Unite nel 2008, sostenendo, all'esito di un lungo *excursus* sul rapporto eziologico nell'illecito civile, che «non sussistono tre eventi lesivi, come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma un unico evento lesivo dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto - contagio infettivo - lesione dell'integrità» e che «pertanto già a partire dalla conoscenza dell'epatite B (la cui individuazione, costituendo un accertamento fattuale, rientra nell'esclusiva competenza del giudice di merito) sussiste la responsabilità del ministero per il contagio degli altri due *virus*, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazione patogene dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica» (4).

Nel caso ora deciso dalla Cassazione, la sentenza impugnata aveva interpretato il *dictum* delle Sezioni Unite nel senso che anche per il *virus* in questione la responsabilità del Ministero non potesse andare a ritroso nel tempo oltre la data di conoscenza dell'epatite B, ad avviso dei giudici del gravame risalente al 1978. Conseguentemente, è stata negata la responsabilità dell'amministrazione nei confronti dell'attore, che ha contratto la malattia nel 1973.

Nella decisione di legittimità su riportata si afferma, invece, come in quell'occasione le Sezioni Unite non abbiano voluto circoscrivere la rilevanza del fenomeno e la relativa responsabilità alla data di conoscenza dell'epatite B, aderendo al preciso limite temporale del 1978, individuato dalla Cassazione nel 2005 ma che, a ben vedere, era stata esclusiva-

Note:

(2) Sull'accertamento della causalità omissiva cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.: «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».

(3) Si tratta di Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793.

(4) Come si vedrà più avanti, l'indirizzo che porta ad una sorta di retrodatazione della prevedibilità dei *virus* scoperti dalla comunità scientifica in epoca successiva all'epatite B era, invero, già stato adottato dalle fondamentali sentenze di merito Trib. Roma 31 e 29 agosto, 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 794, che con rigore e coerenza argomentativa hanno disatteso il citato precedente del giudice di legittimità del 2005. In proposito, riprendendo argomenti utilizzati da autorevole dottrina (P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 41 ss.), da ultimo, C. Romeo, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, in *La resp. civ.*, 2008, 997, rileva come le Sezioni unite abbiano riconosciuto la responsabilità del Ministero rendendo meno specifica la descrizione dell'evento lesivo in ordine al quale compiere l'accertamento causale. Infatti, dall'esatta individuazione delle forme epatiche si passa 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. Per rendere più agevole la comprensione si consideri l'efficace esempio del Trimarchi (*op. cit.*, 42): «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». Occorre però specificare che nel caso deciso dalle Sezioni unite non è certo che il corretto espletamento degli obblighi di vigilanza avrebbe potuto, nel tempo in cui era conosciuta soltanto l'epatite B, evitare le lesioni del fegato prodotte dagli altri due *virus* (HIV e HCV). Pertanto, a differenza della condotta tenuta da A nel predetto esempio, la violazione dell'obbligo di agire non assurge con certezza a *conditio sine qua non*.

mente la sentenza 11609/2005 ad affermare che, fino a alla scoperta da parte della scienza medica dei virus in questione e dei relativi test di identificazione, avrebbe dovuto essere considerato insussistente il nesso causale fra la condotta omissiva del Ministero e l'evento lesivo (5).

A parere della Suprema Corte i giudici di secondo grado avrebbero, quindi, confuso i due indicati precedenti, traendo dall'intervento delle Sezioni Unite corollari erronei, che invece risultano esclusivamente riferibili alla sentenza del 2005. Ne consegue che dall'intervento delle Sezioni Unite non deriverebbe nessun preciso limite temporale in ordine alla configurabilità del nesso causale tra condotta omissiva del Ministero ed evento dannoso.

Il nesso di causalità in caso di comportamento omissivo: l'obbligo di agire

Da una lettura della pronuncia in epigrafe emergono dati innovativi rispetto ai precedenti interventi del giudice di legittimità.

Se le Sezioni Unite, con la problematica del danno da emotrasfusioni e la conseguente responsabilità dell'ente preposto al controllo, avevano colto l'occasione per delineare una ricostruzione teorica complessiva delle questioni connesse alla causalità civile, nella decisione in epigrafe l'esame del problema della causalità è, viceversa, posto ai margini della motivazione (6). L'attenzione della Suprema Corte è in questo caso focalizzata sul comportamento colposo tenuto dall'amministrazione e sullo scopo delle norme violate. Di certo il *modus operandi* della Corte - come verrà sottolineato in seguito quando si cercherà di rappresentare il ragionamento seguito dai giudici di legittimità - è stato influenzato dalla tipologia dell'illecito, concernente una condotta omissiva.

Proprio in riferimento alle ipotesi di responsabilità nascenti da un *non facere*, secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza (7), l'inesistenza sul piano ontologico di un contegno omissivo influisce sulle modalità di accertamento del nesso di causalità tra fatto illecito ed evento dannoso, in quanto da un punto di vista naturalistico la causa del danno è necessariamente un fatto diverso rispetto all'atto omissivo. Seguendo il citato indirizzo, in adesione alla c.d. teoria normativa elaborata dalla dottrina in materia di illecito omissivo (8), ai fini dell'accertamento del nesso di causalità risulta, pertanto, preliminare la verifica circa la sussistenza di un obbligo di tenere la condotta omissiva.

La sentenza riportata segue questa linea argomenta-

tiva, anzitutto stilando una lunga lista di atti normativi che imponevano alla P.A. una serie di attività di prevenzione, programmazione, vigilanza e controllo. L'accento è posto sugli obblighi normativi esistenti in data antecedente all'intervento chirurgico generatore del contagio, con l'obiettivo di mettere in luce come il rischio di trasmissione della malattia mediante sangue infetto fosse già noto all'epoca dei fatti. In motivazione si ricorda, ad esempio, il d.p.r. n. 1256 del 1971 (attuativo della l. n. 592 del 1967), che all'art. 44 prevedeva l'obbligo di controllare se il donatore di sangue fosse affetto da epatite virale, vietando in tal caso la trasfusione. Si rileva, inoltre, che sin dalla metà degli anni Sessanta, coloro i cui

Note:

(5) Come si vedrà *infra*, è opportuno distinguere tra il momento della conoscenza della malattia e il momento della conoscenza del virus e del relativo test diagnostico. Il primo è senza dubbio precedente al secondo. Ritiene invece che dall'intervento delle Sezioni unite derivi che il Ministero non possa essere considerato responsabile per i contagi avvenuti prima del 1978, G. Belli, *La responsabilità della pubblica amministrazione per danni da emotrasfusioni infette*, in *La resp. civ.*, 2011, 780 ss.

(6) Invero, da un esame dei repertori di giurisprudenza in tema di responsabilità civile risulta che la parte di motivazione dedicata dalle sentenze all'accertamento del nesso di causalità varia di volta in volta in modo significativo. Cfr., sul punto, L. Caputi, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvalutato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 169 ss.

(7) Tra le tante, Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, in *Giur. it.*, 2009, 2148; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.: «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»; Cass. 20 settembre 2006, n. 20328, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 486 ss.; Cass. 19 novembre 2004, n. 21894, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Responsabilità civile*, n. 216. In dottrina si rileva in proposito, come il sistema della responsabilità italiano (di derivazione francese e, quindi, atipico) sia in quest'ipotesi segnato da elementi di tipicità: cfr. G. Alpa, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 127 ss.

(8) La tesi nasce nell'ambito della dottrina penalistica (cfr., per tutti, F. Grisogni, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, 16 ss.) ed è fondata sulla constatazione che non è possibile individuare l'omissione sulla base della sola analisi dei dati di fatto. Si sostiene che l'omissione non equivale né all'azione né all'inerzia, ma si sostanzierebbe semplicemente in un comportamento diverso da quello che era da osservare in virtù di una norma giuridica. Contro la tesi della natura normativa dell'omissione accolta dalla giurisprudenza cfr. F. Realmondo, *Il problema della causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 59: «anche il mancato compimento di una determinata azione costituisce un *quid reale* che preesiste alla norma e può essere da questa valutato»; secondo l'a. (p. 78) «all'esistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento è subordinato non il valore causale dell'omissione, ma la possibilità di imputare l'evento al soggetto». Secondo P. Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 14 s., nt. 22, l'obbligo di agire presupposto della responsabilità per omissione, costituisce un problema di antigiuridicità della condotta e non un problema di causalità fra condotta ed evento; la causalità di un'omissione si potrebbe affermare anche in mancanza di un obbligo di agire, «ove si ritenga utile porsi tale problema».

valori delle transaminasi e delle GPT (oggi ALT) - entrambi indicatori della funzionalità epatica - fossero alterati rispetto ai limiti prescritti erano esclusi dalla possibilità di donare il sangue (9). Del resto, il comportamento omissivo e comunque non diligente del Ministero risulta anche dalla tardiva attuazione del "piano sangue", già previsto nella suddetta l. n. 592 del 1967, ma attuato soltanto nel 1994.

Infine, e ciò rappresenta una novità rispetto all'intervento delle Sezioni Unite, la Suprema Corte indica che la P.A. è comunque responsabile, in quanto era tenuta al mantenimento di una condotta vigile «già in base all'obbligo di buona fede e correttezza», che trova applicazione anche in ambito extracontrattuale (10). Il richiamo alla clausola generale, che si collega agli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità contrattuale da contatto sociale e i relativi obblighi di protezione (11), mette in luce il complessivo impianto argomentativo della sentenza, fortemente incline a fondare la responsabilità e il conseguente obbligo risarcitorio, più che sull'analisi del nesso eziologico (12), sulla carente diligenza del Ministero.

Per quanto concerne il momento della conoscenza dell'epatite B, limite temporale dal quale le Sezioni Unite hanno inteso far decorrere la configurabilità di eventuali ipotesi di responsabilità dell'ente pubblico, la sentenza sottolinea come lo stesso Ministero della Salute, con una serie di circolari adottate negli anni 1971 e 1972, aveva disposto la ricerca sistematica dell'antigene Australia (HbsAg). Il punto risulta di centrale rilevanza poiché è fatto notorio, nell'ambito della scienza medica, che la presenza nel sangue della predetta macromolecola è indice certo di infezione da epatite B.

Nella motivazione della Suprema Corte vengono pertanto individuati due elementi: in primo luogo, il comportamento colposo della P.A. che nell'occasione ha violato specifici obblighi di controllo e vigilanza contravvenendo altresì all'obbligo di buona fede, in secondo luogo, la conoscenza del fenomeno delle infezioni virali, testimoniata proprio dagli atti normativi e dalle circolari ministeriali emessi all'epoca dei fatti oggetto di causa. Volendo compiere una sintesi dei due elementi, interessa rilevare che il rischio infettivo, connesso alla pratica delle trasfusioni del sangue, fosse già ampiamente noto all'epoca dei fatti assumendo a possibile realizzazione dell'illecito perpetrato dal Ministero della Salute (13). Conviene in proposito notare, come la pronuncia integri il limite temporale posto dalle Sezioni Unite per configurare la responsabilità del Ministero della Salute (conoscenza dell'epatite B) attraverso il ri-

chiamo a fonti normative e circolari ministeriali, che prevedevano obblighi di controllo e programmazione nel settore delle emotrasfusioni (14). Sotto questo profilo la Suprema Corte, seguendo l'indicazione delle Sezioni Unite, si concentra sul momento della conoscenza della "malattia" epatite B, tralasciando quello della scoperta da parte della comunità scientifica del *virus* HBV (15). Appare ineccepibile, non soltanto alla luce degli atti normativi richiamati in sentenza, ma anche in virtù di basilari conoscenze relative alla storia dell'epatite B, che la malattia e il pericolo di contrarla per via trasfusionale fossero già note all'epoca dei fatti.

Il nesso eziologico, tra causalità adeguata e causalità specifica

In merito alla sussistenza del nesso di causalità tra la condotta tenuta dal Ministero della Salute e l'evento dannoso verificatosi, la sentenza in esame sembra percorrere una strada diversa rispetto a quella tracciata dalle Sezioni Unite nel 2008, senza, tuttavia, pervenire a risultati contrastanti.

Seguendo il prevalente orientamento giurisprudenziale formatosi in materia (16), nel 2008 la Suprema

Note:

(9) Ciò ai sensi della circolare ministeriale n. 50 del 1966, nota come "Circolare Mariotti". Per maggiori approfondimenti cfr. F. Greco, *La responsabilità del ministero della salute per emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1383, il quale rileva come la circolare confermi il dato che la scienza mondiale già negli anni Sessanta fosse a conoscenza dell'importanza del livello delle transaminasi quale serio indice rilevatore di malattie epatiche, e come il Ministero, ciononostante abbia colpevolmente tardato a prescrivere un sistematico controllo e dosaggio delle transaminasi, previsti solo a partire dal 1990.

(10) Cfr. G. Alpa, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, cit., 141 ss.

(11) Specificando che il rapporto nascente dal contatto sociale non ha ad oggetto un generico obbligo di protezione del paziente, bensì una specifica prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, intercorrente tra l'ente e il paziente ricoverato (Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Contratto in genere*, n. 385). Il principio è evidentemente estensibile anche all'attività svolta dal Ministero.

(12) Sul punto, v. il paragrafo successivo.

(13) *Ad abundantiam* si sottolinea in motivazione come le stesse Sezioni unite (Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.) abbiano sottolineato che il rischio di infezioni «è antico quanto la necessità delle trasfusioni».

(14) Interessante notare che Cass. 20 aprile 2010, n. 9315, in *La resp. civ.*, 2010, 732 ss., con nota di M. Grondona, individua *incidenter tantum* la data di rilevazione diagnostica dell'epatite B nel 1973.

(15) Pur non mancando di rilevare come l'antigene Australia fosse già conosciuta all'epoca dei fatti.

(16) Tra le tante, Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1428; Cass. 1° marzo 2007, n. 4791, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 217; Cass. 4 luglio 2006, n. 15274, *ivi*, 2006, voce cit., n. 225.

Corte ha aderito alla nota teoria della causalità adeguata o regolarità causale (17), secondo cui la responsabilità non si estende ai danni che, rispetto al comportamento del danneggiante, non potevano essere previsti come regolare svolgimento causale in base ad un giudizio da compiersi *ex ante*. Le Sezioni Unite osservano, inoltre, come non rilevi la circostanza che l'evento sia prevedibile da parte dell'agente, bensì che ciò risulti in base a «regole statistiche e/o scientifiche» (18); chiarendosi altresì che il parametro da applicare è quello delle migliori conoscenze scientifiche del momento.

In caso di illecito omissivo, l'applicazione coerente della teoria postula il compimento di un giudizio ipotetico, sostituendo all'omissione il comportamento dell'azione conforme al precetto normativo (c.d. giudizio controfattuale). In altri termini, occorre ipotizzare cosa sarebbe accaduto se il responsabile avesse agito nei modi indicati dalla legge, non potendosi riconoscere la responsabilità per omissione «quando il comportamento omissivo, 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» (19). Dall'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite si deduce che tale accertamento deve essere compiuto in ottemperanza alle regole sulla prevedibilità dell'evento appena descritte e, quindi, utilizzando quale criterio le migliori conoscenze scientifiche del momento in cui si è verificato il comportamento illecito.

Invero, tale ragionamento non sembra sottostare alla motivazione della sentenza in epigrafe, nella quale, come già rilevato (e nel rispetto di quanto statuito dalle Sezioni Unite), si elencano gli atti normativi che prescrivevano al momento dell'infezione obblighi di vigilanza in capo al Ministero della salute in ordine alle pratiche trasfusionali e, in assenza di alcun riferimento alla prevedibilità dell'evento, l'esistenza del nesso di causalità tra il comportamento omissivo della P.A. e il danno è presunta in considerazione dello scopo delle norme in concreto violate e del risultato che le stesse miravano a raggiungere (concretizzazione del rischio).

In particolare, a risultare assente è il giudizio ipotetico: 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 attra-

verso una condotta in linea con gli obblighi posti dalla legge.

Con riguardo al nesso di causalità pare, quindi, che la motivazione non sia conforme alla menzionata teoria della causalità adeguata; essa sembra invece evocare la diversa ricostruzione dottrinale che per accertare l'elemento in esame fa riferimento ad un giudizio di esperienza che «consente di ravvisare nel danno l'effetto specificatamente causato da un comportamento positivo od omissivo» (20). La peculiarità di questa teoria, denominata della causalità specifica, risiede nel fatto di consentire di ricomprendere nel novero dei danni risarcibili anche quelli aventi natura eccezionale, se risultanti dal rischio specifico creato dal comportamento positivo od omissivo del danneggiante. In proposito, la dottrina in esame ha cura di precisare che «la creazione del rischio specifico non importa una data probabilità dell'evento, essendo sufficiente che risulti apprezzabilmente aggravato il pericolo del suo verificarsi a seguito di illecito» (21).

Note:

(17) Il primo autore ad aver teorizzato in modo compiuto e organico la teoria è J. Von Kries, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, Leipzig, 1900, 15 ss. Per una ricostruzione in chiave storica delle diverse teorie coniate dalla dottrina tedesca sul nesso di causalità, cfr. N. Jansen, *Schadensrecht*, sub §§ 249-253, 255, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, II, 1, Tübingen, 2007, 576 ss.

(18) La precisazione serve a distinguere l'accertamento del nesso di causalità da quello dell'elemento soggettivo, la cui sussistenza è valutata secondo il parametro della conoscenza dell'uomo medio.

(19) In questi termini Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

(20) 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, 255 (in senso adesivo, v. L.A. Scarano, *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 20 ss.). In base alla teoria della causalità specifica è risarcibile il danno che secondo l'esperienza costituisce la realizzazione di un rischio specifico creato da un determinato antecedente (illecito). La concezione bipartita del nesso di causalità accolta dalle Sezioni unite comporta una distinzione del nesso intercorrente tra condotta ed evento dannoso da quello che lega l'evento alle conseguenze dannose (causalità materiale e giuridica; *haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität*). La citata opera del Bianca si riferisce alla c.d. causalità giuridica (art. 1223 c.c. ss.), tuttavia, in una diversa occasione (in *Id.*, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 624), l'a. precisa che la regola dell'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».

(21) C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 257. In senso difforme, cfr. M. Capecci, *Il nesso di causalità*, Padova, II ed., 2005, 109, secondo cui dall'esame della teoria risulta «come in effetti il ricorso al concetto di rischio non introduce alcunché di innovativo rispetto al concetto di prevedibilità».

Se, ad esempio, la condotta dannosa è un ferimento, devono ritenersi danni risarcibili anche eventuali aggravamenti dovuti alle condizioni personali di natura eccezionale in cui versa il soggetto danneggiato, nonché i danni derivanti da errati interventi medici poiché questi risultano rischi specificamente connessi al comportamento illecito (22). Se si traspone il ragionamento sui fatti di causa, accogliendo la teoria, si potrebbe pervenire al seguente risultato: anche al ricorrere di eventi eccezionali quali la contrazione di una malattia epatica in una forma diversa da quella già conosciuta dell'epatite B (nella specie, contrazione di epatite da HCV), il Ministero è tenuto al risarcimento del danno perché il suo comportamento negligente ha aggravato il pericolo di contrarre una patologia epatica (senza che interessi la prevedibilità del *virus*), rischio specifico che le norme prescrittive di obblighi di controllo e vigilanza, in concreto disattese, erano volte a scongiurare. È evidente che, per seguire tale *ratio* (e, quindi, al fine di enucleare i rischi connessi alla condotta), si rende necessaria un'attenta analisi del contegno tenuto dal danneggiante, che per gli illeciti omissivi si attua - come nella sentenza in commento - attraverso un esame delle norme violate (23). Con la precisazione che la ricostruzione del comportamento dovuto può altresì fondarsi sulla clausola generale di buona fede, che, come la Suprema Corte ha cura di concretizzare, nel caso di specie, si sostanzia per la P.A. in obblighi di informazione, di avviso e più in generale di salvaguardia dell'utilità altrui (24). Orbene, sul punto le Sezioni Unite, 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 violata tendeva a prevenire, mettono in risalto come tale elemento non possa da solo fondare un accertamento del nesso di causalità (25).

Ciò premesso, occorrerebbe verificare se dai due diversi modi di impostare il ragionamento (ciò che si risolve, in ultima analisi, nell'applicazione delle diverse teorie sul nesso eziologico) derivino conseguenze in ordine alla risarcibilità dei danni da sangue infetto. Avendo riguardo all'oggetto del giudizio, il contrasto tra le due sentenze potrebbe, infatti, risolversi su un piano meramente formale; una differenza in prospettiva risarcitoria si riscontrerebbe soltanto se l'infezione HCV, in base ai parametri della causalità adeguata, non fosse stata prevedibile al momento del contagio in concreto verificatosi, integrando comunque il rischio specifico connesso al-

la condotta illecita in base alla teoria della causalità specifica. In altre parole, un risultato divergente potrebbe derivare dall'imprevedibilità del danno, che, a differenza di quanto avverrebbe in ossequio alla teoria della causalità adeguata, permetterebbe comunque di configurare la responsabilità dell'ente pubblico secondo la teoria della causalità specifica. Il fatto di intendere le diverse patologie alla stregua di un unico evento lesivo "dell'integrità fisica" elimina, tuttavia, gran parte dei problemi, in quanto è sufficiente che la malattia in termini cronologici conosciuta per prima, ossia l'epatite B, fosse nota al momento del contagio, nonostante quest'ultimo abbia per ipotesi dato vita ad AIDS o epatite C. Sul punto, la scelta delle Sezioni Unite ha destato qualche perplessità tra i commentatori (26); si è di-

Note:

(22) C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 256.

(23) Alla luce di queste considerazioni è possibile comprendere il motivo per il quale la sentenza si riferisce alla «concretizzazione del rischio che la regola violata tende a prevenire» (sulla base del quale assieme al danno in concreto verificatosi viene costruita la presunzione circa l'esistenza del nesso di causalità). Le formule linguistiche utilizzate dalla S.C. inducono altresì a pensare alla nota teoria dello scopo della norma violata, secondo cui nel valutare il nesso eziologico tra condotta e danno occorre avere riguardo alla funzione per cui la norma infranta attraverso il comportamento illecito è disposta (cfr. P. Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., *passim*, spec. 45 ss.; M. Barcellona, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311 ss.); tuttavia, il raffronto non sembra confacente perché, nelle rare applicazioni giurisprudenziali, il riferimento allo scopo della norma è stato utilizzato quale strumento per circoscrivere le conseguenze dannose di un fatto illecito in modo da escludere la responsabilità del soggetto: cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 17 novembre 1978, n. 5346, in *Giust. civ.*, 1979, 17, riguardante la responsabilità del Comune per il crollo di un edificio che aveva causato la morte di alcune persone. Nella specie, l'edificio in questione, in seguito al rilascio illegittimo di autorizzazioni da parte del Comune era stato sopraelevato facendo venir meno la sicurezza dello stesso. Anche in quest'ipotesi la responsabilità del Comune era di tipo omissivo per non aver adempiuto ad obblighi di controllo; la responsabilità dell'ente pubblico è stata, tuttavia, negata in base al rilievo che le norme violate non erano state poste a tutela della pubblica incolumità, bensì per ragioni estetiche. La sentenza in commento, diversamente, fonda l'esistenza del nesso di causalità e, conseguentemente, la responsabilità del Ministero esclusivamente sulla concretizzazione del rischio.

(24) Come già indicato, ne deriva un modello di responsabilità sostanzialmente fondato sull'elemento della colpa; cfr. *supra*, note 10 e 11.

(25) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.: «il rischio o il pericolo, considerati eventualmente dalla *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 costituire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile».

(26) C. Romeo, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento*, cit., 998 s.; A. Venturelli, *La responsabilità medica per patologia non conoscibile al momento del contagio*, in *La resp. civ.*, 2011, 772 s.

scusso sulla coerenza nell'occasione manifestata dai giudici di legittimità, in quanto la descritta soluzione dell'evento lesivo non è sembrata in linea con le argomentazioni riguardanti il nesso di causalità contenute nella medesima decisione. Le Sezioni Unite, nella sentenza n. 581/2008, hanno voluto correggere l'indirizzo giurisprudenziale che faceva capo a Cass. n. 11609/2005 e, da una lettura del passaggio della motivazione precipuamente dedicato alla sentenza da ultimo citata, la conclusione di considerare come un unico evento lesivo le tre diverse patologie è apparsa apodittica, non essendo fondata su considerazioni di tipo scientifico in ordine alla prevedibilità delle singole malattie in base ad un giudizio *ex ante*.

A tal proposito, occorre rilevare che le Sezioni Unite sono giunte a conclusioni in linea con un orientamento inaugurato dal Tribunale di Roma nel 2005 (27). Il giudice capitolino è stato infatti il primo a discostarsi dal precedente della Corte di Cassazione che distingueva tre diversi eventi lesivi, e, attingendo a letteratura di tipo medico-scientifico - per ciò che qui interessa - è giunto ad affermare che «comune è l'eziopatologia dell'epatite B e dell'epatite da HCV, nel senso che identiche sono le modalità di trasmissione dei *virus* ed identiche le precauzioni necessarie, e che l'adozione delle cautele previste per l'una avrebbe anche impedito (o considerevolmente attenuato) il rischio dell'insorgenza della seconda» (28).

Diversamente, altre sentenze di merito, risalenti al periodo intercorrente tra la prima sentenza della Cassazione, n. 11609/2005, e quella delle Sezioni Unite del 2008 - anch'esse sulla base di argomentazioni di tipo medico-scientifico con riferimento alla prevedibilità dell'evento - sono, tuttavia, pervenute a risultati difforni, questa volta in linea con la pronuncia della Suprema Corte del 2005 (29), creando una situazione d'incertezza circa il fondamento della successiva decisione delle Sezioni Unite.

Non potendo entrare nel merito della questione, preme soltanto sottolineare come la nuova impostazione adottata dalla Corte di cassazione permetta di superare qualsiasi dubbio al riguardo giacché la sussistenza del nesso eziologico è ancorata al solo avverarsi di un rischio specifico derivante dalla condotta illecita, superandosi così il problema circa la prevedibilità della specifica patologia post-trasfusionale contratta in epoca anteriore alla messa a punto del *test* che consentiva la rilevazione del *virus*.

Ragionando in tal modo, più che analizzare nel dettaglio il decorso causale si pone, evidentemente,

precipua attenzione alla condotta colposa del danneggiante; risulta, pertanto, confermato il tendenziale intreccio degli elementi della causalità e della colpa nell'accertamento della responsabilità da illecito di tipo omissivo (30).

Il profilo probatorio

Anche sotto il profilo della prova del nesso causale è interessante notare come le impostazioni illustrate, sebbene sembrino muovere da presupposti differenti, approdino a soluzioni simili.

Le Sezioni Unite, infatti, nell'aderire alla teoria della causalità adeguata hanno ritenuto che l'operatività dell'art. 2043 c.c. dovesse necessariamente superare la prova della causalità individuale, ossia l'accertamento, nel caso concreto, che un determinato evento è stato causato da un altro evento determinato e specifico (31). La semplice esistenza di un nesso di causalità generale dunque, non permette di

Note:

(27) Trib. Roma 31 agosto 2005, cit. In epoca antecedente all'intervento della Suprema Corte del 2005, già Trib. Roma 10 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2893; Trib. Roma 14 giugno 2001, in questa *Rivista*, 1072 ss.; Trib. Roma 27 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 313 ss.

(28) Trib. Roma 31 agosto 2005, cit. Un ulteriore argomento utilizzato *ad abundantiam* dal Tribunale capitolino riguarda l'omesso richiamo in campo extracontrattuale dell'art. 1225 c.c. nell'art. 2056 c.c. Dal quale deriverebbe che il danno risarcibile non può essere limitato alle sole conseguenze dannose strettamente prevedibili. Tale considerazione non pare condivisibile poiché, come affermato da Cass. n. 11609/2005, cit., la regola in questione attiene alla causalità "giuridica" di cui all'art. 1223 c.c., e non a quella "materiale" intercorrente tra illecito ed evento dannoso. V., inoltre, Trib. Roma 3 gennaio 2007, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 355: «circa il nesso di causalità, assume valenza colposa anche la condotta omissiva antecedente alla scientifica prevedibilità dell'evento, se evitabile mediante il rispetto delle norme cautelari poste a tutela dell'integrità psicofisica dell'individuo (nella specie, il tribunale di Roma ha condannato il ministero della salute alla refusione dei danni subiti da un minore contagiato per emotrasfusione, nonostante il *virus* fosse stato trasmesso precedentemente alla scoperta del *test* di riferimento)».

(29) Cfr. Trib. Torino 14 marzo 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1371, con nota di F. Greco, secondo cui non possono ascrivere a responsabilità colposa del ministero della salute le patologie indotte da *virus* HCV, ove esse si siano verificate prima che fossero acquisite le conoscenze scientifiche e che fossero approntati gli opportuni rimedi immunologici idonei ad impedire il contagio per emotrasfusioni; In senso conforme già Trib. Catanzaro 15 luglio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 235.

(30) Cfr. R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007, 229, nota 146.

(31) Sul punto uno dei più autorevoli fautori della teoria del rischio specifico ritiene, invece, che l'onere di provare il nesso causale, gravante sul danneggiato, possa essere assolto tramite la prova del semplice rischio specifico connesso al fatto del danneggiante. In tal senso cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 625.

per sé di dimostrare un nesso di causalità individuale o specifico (32).

Tuttavia, con Cass. n. 584/2008, le Sezioni Unite hanno stabilito che, in presenza di una causalità generale, tale onere probatorio gravante sul danneggiato può essere assolto tramite presunzioni semplici dotate dei requisiti della gravità, precisione e concordanza (33) (è necessario precisare che, in quella sede, il giudice di merito aveva ritenuto sussistente il nesso di causa intercorrente fra il comportamento omissivo dell'amministrazione sanitaria e la malattia contratta dalla paziente sottoposta alla trasfusione e si poneva, invero, il problema di accertare il collegamento eziologico con il contagio del coniuge di quest'ultima).

Il punto di partenza sembra, dunque, essere quello per cui il nesso causale vada sempre accertato e che, in assenza di altre disposizioni normative, le regole alla stregua delle quali compiere tale accertamento rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p.

Come hanno avuto occasione di sottolineare le Sezioni Unite, tuttavia, «ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio, mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non» (34). Tale regola è imperniata «sul grado di conferma logica che un enunciato riceve sulla base delle prove che ad esso si riferiscono» (35) e implica che rispetto ad ogni enunciato si prospetti la possibilità che esso possa essere vero o falso e che, fra le due alternative, il giudice scelga quella che sia maggiormente supportata dalle prove disponibili (36).

Questo principio trova una frequente applicazione anche nell'ambito delle presunzioni semplici: la giurisprudenza di legittimità ha più volte rimarcato che le circostanze sulle quali le presunzioni si fondano devono essere tali da lasciare apparire l'esistenza del fatto ignoto come una conseguenza ragionevolmente probabile del fatto noto. La connessione fra i fatti accertati e quelli ignoti sarebbe, quindi, ravvisabile secondo regole di esperienza che convincano di ciò, non essendo necessario che questi ultimi siano l'unica conseguenza possibile dei fatti noti (37).

Se, dunque, la necessità di accertare la causalità specifica è la premessa da cui muovono le Sezioni Unite, diverso appare il risultato a cui pervengono. In questo contesto la regola della causalità adeguata sembra, infatti, doversi misurare con quell'orientamento della giurisprudenza che nel settore della c.d. *medical malpractice* tende ad alleggerire l'attore dall'onere di provare il nesso di causalità sicché, qualo-

ra la condotta del medico sia astrattamente idonea a cagionare il danno verificatosi in concreto, il nesso di causalità si presume (38).

Il risultato è quello di una sostanziale inversione dell'onere probatorio che risulta addossato al medico o alla struttura sanitaria (39).

Note:

(32) In dottrina cfr. M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 108.

(33) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 584, in *Foro it.*, 2008, 451 ss.

La possibilità di provare il nesso causale fra la specifica trasfusione e il contagio da *virus* HCV per presunzioni, ove risulti provata l'astratta idoneità della condotta tenuta dalla struttura sanitaria a provocare il danno, è stata affermata anche da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 582, *ivi*, 453 ss. In tale occasione, tuttavia, l'impostazione adottata dalla Suprema Corte, si fondava su ragioni concernenti la distribuzione dell'onere probatorio ed il principio della vicinanza alla prova. Nella fattispecie concreta, infatti, il danneggiato non aveva la possibilità di tracciare il sangue utilizzato dalla struttura sanitaria e quindi di provare che esso era infetto, in quanto la struttura sanitaria aveva colposamente omissso di espletare gli adempimenti a tal fine prescritti. In materia di responsabilità del medico lo stesso principio era già stato affermato da Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970, alla quale le Sezioni Unite fanno espresso riferimento.

(34) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 582, cit. Sul punto molte argomentazioni sono tratte da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 35 ss., con nota di M. Bona.

(35) M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, cit., 128.

(36) Sul punto cfr. M. Taruffo, *op. cit.*, 129 ss., il quale distingue la regola del più "probabile che non" dalla regola della "prevalenza relativa": quest'ultima trova applicazione laddove si prospettino diverse ipotesi tutte supportate da riscontri probatori ed esige che il giudice scelga come "vero" l'enunciato che risulta maggiormente provato. Secondo l'a. la combinazione della regola del "più probabile che non" con la regola della "probabilità relativa" della prova dà luogo al criterio della "probabilità logica prevalente" a sua volta corrispondente alla formula nordamericana della *preponderance of evidence*, la quale permette una valida razionalizzazione del principio del libero convincimento del giudice.

(37) *Ex multis*: Cass., sez. un., 13 novembre 1996, n. 9961, in *Giur. it.*, 1997, I, 1564; Cass. 23 marzo 2005, n. 6220, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Presunzione*, n. 5; in senso contrario v. Cass. 6 agosto 1999, n. 8489, *ivi*, 2000, voce cit., n. 5; Cass. 28 novembre 1998, n. 12088, *ivi*, 1998, voce cit., n. 1. Con riferimento al giudizio probabilistico che deve essere compiuto dal giudice nella costruzione della presunzione semplice, in dottrina si suggerisce di adottare regole di esperienza di tipo statistico «[p]oiché il fondamento delle presunzioni semplici deve ravvisarsi nel patrimonio di esperienza del giudice, che perviene ad una conclusione sulla base della tipicità di determinati fatti, l'operazione concettuale che si compie nel caso delle presunzioni semplici è simile a quella che caratterizza la c.d. prova dell'apparenza o prova *prima facie* (*Anscheinsbeweis*). Quest'ultima figura, infatti, trova fondamento in una regola di esperienza di tipo statistico, avendo riguardo ad una "apparenza" basata su un tipico decorso degli avvenimenti» (S. Patti, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2001, 128).

(38) E. Giancotti, *La causalità nelle responsabilità speciali*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, Torino, 1998, IX, 65 ss.

(39) In Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455 ss., l'onere di provare il nesso causale è stato collocato in (segue)

La decisione ora riportata sembra giungere alle medesime conclusioni, nel senso che la Corte di legittimità, il cui giudizio è essenzialmente imperniato sulla condotta colposa del Ministero della Sanità, ha ritenuto che la concretizzazione del rischio che la norma violata tendesse a prevenire permettesse di ritenere presuntivamente provato il nesso causale (40). L'iter logico seguito dalla Suprema Corte appare il medesimo adottato in una recente sentenza in materia di attività fiduciaria ed intermediazione finanziaria, richiamata nella sentenza in commento (41). Come si legge nella summenzionata pronuncia, la macroscopica colpa omissiva della P.A. permetterebbe di ascrivere i danni lamentati dagli investitori alla condotta adottata da quest'ultima, «ancora, muovendosi dalla ritenuta idoneità di tali condotte a provocare la volatizzazione dei fondi investiti, evidentemente secondo la regola di inferenza probatoria del più probabile che non» (42).

La descritta impostazione sembra richiamare il modello presuntivo *res ipsa loquitur*, spesso adottato dalla giurisprudenza nell'ambito della responsabilità del medico (43). Tale modello è solitamente adoperato dal giudice per presumere la colpa del medico nei cc.dd. interventi "di facile esecuzione" o "routinari", per i quali l'esito infausto o peggiorativo dell'operazione sollevarebbe il danneggiato dall'onere di provare l'imperizia o negligenza del medico (44). Talvolta il modello *res ipsa loquitur* è stato utilizzato dalle corti per presumere il nesso causale nelle ipotesi in cui fosse esclusa ogni altra possibile spiegazione (45). Al riguardo si è anche parlato di vere e proprie ipotesi di responsabilità oggettiva (46).

In ogni caso, come è stato osservato, «l'applicazione del principio *res ipsa loquitur* rappresenta uno dei tanti modi di supplire alle circostanze incerte con cui le regole della responsabilità civile fanno i conti quando sono calate nel processo» (47). Effettivamente, con riferimento alla prova del nesso causale, sempre più spesso le corti ricorrono alle presunzioni per riallocare il rischio dell'onere probatorio, tale tendenza appare collegata all'esigenza di derogare alla rigidità del principio di cui all'art. 2697 c.c. che in una materia così complessa spesso condurrebbe a risultati insoddisfacenti sotto molteplici profili.

Conclusioni

La complessità della materia del nesso di causalità, testimoniata dalla enorme mole di contributi scientifici - non solo in campo giuridico - dedicati al tema, ha reso difficoltoso il formarsi di orientamenti giurisprudenziali consolidati. Infatti, in considera-

zione del grande numero di fattispecie di responsabilità concretamente realizzabili (48), il tentativo della giurisprudenza di abbracciare una costruzione unitaria del fenomeno in esame si è sempre rilevato un compito arduo (49).

Note:

(continua nota 39)

capo alla struttura sanitaria. Le Sezioni Unite, nel ritenere che la responsabilità della struttura sanitaria debba essere ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale, hanno stabilito che qualora il paziente, oltre a provare l'esistenza del contratto e del danno subito, alleghi l'inadempimento di quest'ultima, consistente nella trasfusione di sangue infetto, spetti al debitore fornire la prova circa il nesso causale.

(40) Riguardo alla responsabilità per danni derivanti da emotrasfusioni, nella giurisprudenza di merito - sulla base di argomentazioni simili - si era già riconosciuta al danneggiato la possibilità di provare il nesso causale per presunzioni: cfr. App. Firenze 7 novembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1722: «Dimostrato da parte attrice il molto probabile collegamento tra l'incauta e colposa somministrazione di due sacche di sangue, delle quali non è dato sapere la provenienza, con la patologia insorta subito dopo, tipica conseguenza di tale trattamento (...) ed insorta proprio in corrispondenza del momento nel quale è solita manifestarsi (...) a fronte di elementi ad alto valore indiziario ricadeva sull'Usl e sugli altri convenuti, l'onere di prova di diverse e concrete eziologie della riscontrata patologia (...)». Anche la soluzione della Corte d'appello di Firenze risulta, infatti, agganciata alla condotta colposa dei sanitari dell'Usl che avevano utilizzato sacche di sangue provenienti da donatori sconosciuti.

(41) Cass. 27 aprile 2011, n. 9404, ined.

(42) Cass. 27 aprile 2011, n. 9404, cit.

(43) In senso contrario U. Izzo, *Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in questa *Rivista*, 2001, 253, il quale nega una possibile operatività della regola nelle ipotesi di contagio da emotrasfusione: «si può anzi assumere che il ragionamento presuntivo consolidato in quella che è la più nota regola di matrice giurisprudenziale applicata nel settore della responsabilità medica non possa funzionare quando la fattispecie oggetto del giudizio di responsabilità sia tale da focalizzare l'attenzione di chi è chiamato a valutare i fatti della controversia su una negligenza specifica, (...). Non v'è chi non veda come in caso contrario si rischia di far funzionare la responsabilità civile come una sanzione penale conseguente alla commissione di un reato di pericolo, con l'effetto di lasciare totalmente insoddisfatta l'esigenza di dar conto delle ragioni civilistiche che giustificano la riallocazione del danno così operata».

(44) *Ex multis*: Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, 2874; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in questa *Rivista*, 1999, 779, con nota di R. De Matteis.

(45) Cass. 29 ottobre 1980, n. 5795, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Responsabilità civile*, n. 137.

(46) P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 179.

(47) U. Izzo, *Il danno da contagio post-trasfusionale*, cit., 250.

(48) Ci si riferisce altresì alle più recenti elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali riguardanti non soltanto i pregiudizi alla salute e all'integrità fisica, ma anche alla sfera psichica, nonché personale e familiare dei soggetti coinvolti, cfr., in argomento, P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001.

(49) Una notevole libertà di argomentazioni si rilevava già nel vigore del codice civile del 1865, epoca in cui la teoria della "*conditio sine qua non*" era considerata il punto di riferimento più attendibile: cfr. P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 153 ss.

Pur potendosi registrare un indirizzo propenso a seguire il parametro della causalità come regolarità statistica, si riscontrano, così, decisioni discordanti che, manifestando l'insufficienza di un criterio unitario, non di rado integrano o sostituiscono la predetta teoria in base a dottrine diverse.

Proprio le ipotesi di danno da contagio per via trasfusionale, in epoca recente, hanno offerto l'occasione per riflettere sul concetto della precauzione, il quale è legato all'idea di "rischio prevenibile" (50). In tal senso, risulta confermato come la responsabilità civile possa, in effetti, svolgere diverse funzioni e gli elementi che la compongono, conseguentemente, venire piegati secondo fini predeterminati (51). In questo quadro si constata, di frequente, la volontà di tutelare il soggetto più debole a fronte di danni difficilmente risarcibili se non ricostruendo una responsabilità di tipo omissivo in capo allo Stato.

Il trend delineato è riconducibile ad obiettivi di politica del diritto (52) e, nell'ambito di queste delicate materie, si avverte una crescente difficoltà della giurisprudenza a rispettare, in modo rigoroso, la distinzione, pur concettualmente ben definita, fra le vicende del nesso eziologico e quelle dell'elemento soggettivo.

Tale commistione determina un'inevitabile ricaduta sul piano dell'onere probatorio, dando vita - come nella sentenza in commento - a presunzioni (non più soltanto di colpa, ma) del nesso casuale, che finiscono per addossare al soggetto nei confronti del quale vengono costruite un ostacolo difficilmente sormontabile (53).

Per ciò che concerne le ripercussioni di carattere pratico, la pronuncia in esame, che ritiene accertato in via presuntiva il nesso di causalità tra il comportamento omissivo del Ministero della Salute e la patologia contratta in seguito ad una trasfusione avvenuta nel 1973, dovrebbe rafforzare la tutela dei danneggiati da trasfusioni avvenute nei primi anni Settanta, sia nell'ambito dei giudizi già intentati che nelle molteplici transazioni intavolate nei confronti della P.A.

Note:

(50) F. Macario, *Il nesso di causalità*, in *Atti del convegno su "La funzione deterrente della responsabilità civile"*. Siena 19-21 settembre 2007, 111, in corso di pubblicazione. Specificamente sul problema dei danni da trasfusioni infette, v. U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004, 209 ss.

(51) Cfr. M. Bussani, *Le interazioni fra gli elementi dell'illecito ed il danno risarcibile*, in *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARISTEC, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007*, a cura di L.

Vacca, Napoli, 2011, 249 ss., il quale (p. 256) fra gli elementi che fondano la responsabilità civile individua la causalità quale "veicolo privilegiato" per orientare la decisione circa la spettanza del risarcimento del danno.

(52) In proposito, M. Bussani, *op. cit.*, 256 nt. 18, discorre di una "coscienza giudiziale" che, a differenza di quanto avviene nelle motivazioni dei giudici che operano in ordinamenti di *common law*, formalmente non emerge nella giurisprudenza italiana. L'influenza degli obiettivi di *policy* si riscontra in modo particolare nel campo della responsabilità sanitaria (cfr., per tutti, L. Nocco, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, *passim*, spec. 253 ss.) e determina un inevitabile declino delle "classiche" teorie del nesso di causalità.

(53) Cfr. F. Macario, *Il nesso di causalità*, cit., 114. In tema di presunzioni costituite *ad hoc*, con riferimento ad intese restrittive della concorrenza intercorse tra compagnie assicuratrici e il conseguente danno patito da sottoscrittori delle polizze r.c.a., cfr. Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, e 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, I, 2674 ss., con nota di A. Palmieri, *L'illecito anti-trust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*: «la presunzione che il premio sia stato indebitamente aumentato per effetto del comportamento collusivo [nesso di causalità] può essere vinta soltanto mediante la fornitura di dati relativi alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato o alla singola polizza, volti a dimostrare che il livello del premio applicato all'assicurato non era stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori». Va da sé che le reali possibilità delle compagnie assicuratrici di sovvertire l'esito del giudizio, a fronte di tale orientamento, non appaiono per nulla consistenti.

Concorso tra causa naturale e causa umana imputabile

Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile *revirement* della Cassazione

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991 - Pres. Preden - Est. Travaglino - P.M. Russo - CASA GENERALIZIA dell'ORDINE OSPEDALIERO DI SAN GIOVANNI DI DIO - FATEBENEFRA-TELLI c. C.T.

La disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del "più probabile che non"), che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del "50% plus unum".

In materia di rapporto di causalità nella responsabilità civile, in base ai principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p., qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità, non potendo, in tal caso, operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile. Ne consegue che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo "con-causale" di un fattore naturale (quale che esso sia), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi ad un ragionamento probatorio "semplificato", tale da condurre "ipso facto" ad un frazionamento delle responsabilità in via equitativa, con relativo ridimensionamento del "quantum" risarcitorio.

In tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso, quale una gravissima patologia neonatale (concretatasi, nella specie, in una invalidità permanente al 100 per cento), possa apparire riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato (la quale non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve accertare, sul piano della causalità materiale (rettamente intesa come relazione tra la condotta e l'evento di danno, alla stregua di quanto disposto dall'art. 1227, comma 1, c.c.), l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p. (a mente della quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'omissione e l'evento), così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, per poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica (rettamente intesa come relazione tra l'evento di danno e le singole conseguenze dannose risarcibili all'esito prodottesi) onde ascrivere all'autore della condotta, responsabile "tout court" sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì determinate dal fortuito, come tale da reputarsi la pregressa situazione patologica del danneggiato che, a sua volta, non sia eziologicamente riconducibile a negligenza, imprudenza ed imperizia del sanitario.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 9 aprile 2003, n. 5539; Trib. Casale Monferrato 5 maggio 2000, in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 2000, I, 70; Cass. 5 novembre 1999, n. 12339, in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 2000, I, 661; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335, in questa <i>Rivista</i> , 2002, 409; Cass. 27 maggio 1995, n. 5924, in <i>Giur. it.</i> , Mass. 1995; Cass. 1° febbraio 1991, n. 981, in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 1991, I, 797.
Difforme	Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in <i>Resp. civ. e prev.</i> , 2010, 375; in <i>Corr. giur.</i> , 2009, 1653; in questa <i>Rivista</i> , 2010, 372; in <i>Foro it.</i> , 2010, I, 1002; Trib. Terni 2 luglio 2010, in questa <i>Rivista</i> , 2011, 419; App. Torino 15 aprile 2009, in questa <i>Rivista</i> , 2009, 1214.

Svolgimento del processo

... Omissis ...

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato nei limiti di cui si dirà.

Con il primo motivo, si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1176, comma 2, artt. 1218, 1223, 2043, 2236, 2697 c.c., artt. 40 e 41 c.p.; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su fatti controversi e decisi per il giudizio.

Il motivo si conclude con il seguente quesito di diritto:

Dica la Corte se, nella valutazione della condotta del medico ospedaliero, sia possibile pervenire ad un'imputazione, oltre il ragionevole dubbio, della responsabilità esclusiva per negligenza a causa del danno occorso al paziente pretermettendo una precisa e motivata valutazione *singulatim* dell'efficienza causale di tutte le concause naturali dell'evento così come documentate e provate nel corso del giudizio di merito.

Quanto al censurato vizio di motivazione, il fatto controverso verrà sintetizzato dalla difesa della ricorrente, giusta disposto dell'art. 366 *bis* c.p.c., nella valutazione e quantificazione dell'efficienza causale delle concause naturali dell'evento occorso al piccolo C.A.

Con il secondo motivo, si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1176 comma 2, 1218, 2043, 2236, 2697 c.c. Omissione di motivazione.

Il motivo trova la sua sintesi nel seguente quesito di diritto:

Dica la Corte se, in tema di responsabilità medica, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità giuridica, il giudice del merito, facendo applicazione di una seria legge di prevedibilità scientifica, debba scrutinare la possibile dipendenza dell'evento lesivo dai suoi antecedenti fattuali e valutare, in questo contesto, l'incidenza del *factum superveniens* rappresentato dalla dedotta condotta omissiva dei sanitari, accertando altresì se risulti specularmente improbabile, anche se solo possibile, che la predetta condotta omissiva sia stata causa dell'evento, senza che sia lecito procedere ad una *compensatio culpa cum causa*.

I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente attese la intrinseca connessione, sono meritevoli di accoglimento, sia pur entro i rigorosi limiti di cui di qui a breve si dirà.

Va in premessa esclusa la correttezza del ragionamento giuridico che si dipana per lunghi tratti del primo motivo di ricorso nella parte in cui (specie a f. 18) viene evocata, in guisa di criterio causale operante ed applicabile nel campo della responsabilità civile, la *regula iuris*, predicata

dalla sezioni unite penali di questa corte, dell'alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica, onde "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 l'esito assolutorio del giudizio" (Cass., sez. un. penali n. 30328 del 2002).

Questa corte regolatrice ha difatti avuto modo di affermare (Cass. 21619/07; Cass., sez. un., 576/2008 nonché, nella sostanza, Cass. 4400/04) come la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato consenta - e addirittura imponga - l'adozione di un diverso criterio di analisi della causalità materiale, quello, cioè, della probabilità relativa, criterio altrimenti definito del "più probabile che non", rettammente inteso come analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo - nella sua dimensione di "unicità" non ripetibile), della singola vicenda di danno, della singola condotta causalmente efficiente alla produzione dell'evento, tutte a loro volta permeate di una non ripetibile unicità (di talché la conseguente svalutazione della regola statistica e sovente di quella scientifica non appare un metagiuridico cedimento ad ideali aneliti riparatori cui dar respiro tout court in seno al processo, quanto piuttosto una attenta valorizzazione e valutazione della specificità del caso concreto, onde la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduca ipso facto alla aberrante regola del 50% *plus unum*, bensì alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile (così, esemplificando, se, in tema di danni da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica pari al 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata - o geneticamente trasmutata in risarcimento da chance perduta -, dovendo viceversa il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento che trova la sua fonte nella disposizione di legge di cui all'art. 116 c.p.c., valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all'esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili, pur nella non confortante consapevolezza della natura di malinconico ossimoro del sintagma "accertamento del nesso causale", la cui "incertezza" trova una assai felice rappresentazione nel verso virgiliano *felix qui potuit rerum cognoscere causa* ...) - .

Non colgono parimenti nel segno le argomentazioni del primo e del secondo motivo di ricorso nella parte in cui

affrontano il tema del concorso di cause e della conseguente valutazione dell'efficienza etiologica, nella produzione dell'evento, di ciascuna singola (e concorrente) concausa.

Il ragionamento probatorio proposto dalla difesa della ricorrente - di cui è esplicita traccia ed esplicita conferma in una recente pronuncia di questa corte regolatrice, la sentenza n. 975 del 2009 - si fonda su di una presunta concorrenza efficiente di eventi e di antecedenti fattuali da valutare in funzione di una più corretta e puntuale affermazione di responsabilità esclusiva dei sanitari, valutazione peraltro pretermessa da parte del giudice di appello proprio sotto l'aspetto di una più precisa e motivata analisi dell'efficienza etiologica di tutte le concause naturali dell'evento.

Il fondamento teorico sotteso a tale argomentazione, quello cioè dell'efficienza concausale del fortuito (in esso ricompresa la pregressa condizione del paziente, nella specie un neonato) non coglie nel segno sul piano della causalità materiale, onde al *dictum* della pronuncia del 2009 di questa stessa sezione il collegio ritiene di non poter dare, in parte qua, continuità, altra e diversa apparendo la questione della rilevanza delle concause nella diversa dimensione della causalità giuridica (pur evocata dal ricorrente nel quesito posto a conclusione del secondo motivo di doglianza).

Con la pronuncia 975/09, intervenuta a definizione di un complesso caso di responsabilità medica, questa corte ha difatti affrontato la questione del concorso fra causa naturale (nella specie, uno stato patologico pregresso del paziente) e causa umana, legittimando la possibilità per il giudice del merito, in sede di accertamento del nesso causale tra condotta ed evento, di procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo, con conseguente graduazione o riduzione proporzionale dell'obbligo risarcitorio del professionista, in evidente ed esplicita soluzione di continuità con un consolidato orientamento di questa giurisprudenza di legittimità (per tutte, Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335), a mente del quale, in base ai principi di cui agli art. 40 e 41 c.p., "qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità, non potendo in tal caso operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile". A ta-

le orientamento il collegio intende tornare a dare ulteriore continuità, sia pur con le precisazioni che seguono. Non pare condivisibile, in punto di diritto, il criterio - pur espressamente indicato da Cass. 975/09 al giudice del rinvio - alla luce del quale, ove l'indagine probabilistica sul nesso di causa tra condotta e danno non consenta di decidere la controversia per essersi l'evento prodotto per un concorso di caso fortuito (ritenuto tale la pregressa, grave situazione patologica del paziente che, di per sé sola, avrebbe potuto spiegare l'evento lesivo) e di causa umana (*id est* l'errore dei sanitari), sarebbe compito del giudice del merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo, e ciò in quanto "non si potrebbe più accogliere la soluzione della irrilevanza dei fattori naturali", onde l'eventuale incertezza della misura del concorso tra concause naturali e concause umane andrebbe superata attraverso il ricorso alla applicazione della norma di cui all'art. 1226 c.c. (senza alcuna distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale).

Il modello di causalità - del tutto innovativo - che scaturisce da tale ricostruzione risulta, pertanto (in adesione con quanto pensosamente predicato da una recente quanto acuta dottrina), quello cd. equitativo-proporzionale, e volge con decisione al superamento della rigida regola dell'*all-or-nothing* in termini di giustizia sostanziale. È convincimento di questo collegio che, con riferimento al caso di specie ed alle questioni poste dalla ricorrente, una nuova e più approfondita analisi della complessa tematica della rilevanza giuridica delle patologie preesistenti in tema di responsabilità medica appare (sicuramente) opportuna e (probabilmente) non più a lungo eludibile.

Premessa la inconferenza del richiamo agli artt. 1227 e 2055 c.c. (norme destinate a disciplinare il concorso tra concause imputabili), la riflessione prende le mosse dalla radicale trasposizione (operato con la sentenza 975/09) dell'eventuale rilevanza degli stati pregressi del danneggiato (a valenza concausale) dall'ambito dell'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze risarcibili - più rettamente destinata a scorrere entro l'alveo della, causalità giuridica, (artt. 1223 e ss. c.c.) - alla precedente fase dell'accertamento del nesso di causalità materiale, così come prospettato ed allegato dagli attori, tra condotta addebitata ai sanitari ed evento di danno. Al giudice di merito, conseguentemente, già nella fase dell'accertamento del primo nesso di causa, sarebbe riservata la possibilità di procedere equitativamente, ex art. 1226 c.c., alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause e alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile a ciascuna di esse.

Tale regola operativa in tema di causalità civile non sembra legittimamente predicabile né sotto il profilo morfologico né sotto quello funzionale.

Non sotto l'aspetto morfologico, poiché il giudizio sul nesso di causalità materiale è limitato alla sua sussistenza/insussistenza, senza che siano date terze ipotesi, tantomeno in via equitativa:

diversa questione è quella della misura dell'incidenza di

eventuali stati patologici pregressi sul danno risarcibile (questione che potrebbe, peraltro, astrattamente porsi anche a prescindere dalla relativa valenza con-causale nella determinazione dell'evento di danno), la cui analisi e la cui soluzione è riservata alla fase in cui si procede alla determinazione delle conseguenze risarcibili dell'evento dannoso ex artt. 1223 e ss. c.c.

Non sotto l'aspetto funzionale, poiché essa darebbe luogo ad inestricabili difficoltà di gestione dei territori di "causalità incerta": l'applicazione di una logica valutativa fondata sull'*equitas* pura alla dimensione della causalità materiale trasformerebbe, difatti, il (già impervio) giudizio probabilistico in un giudizio equitativo, onde le incertezze da risolversi "a monte" tramite l'indagine sulla sussistenza del primo rapporto causale secondo le regole dell'art. 41 c.p. verrebbero inevitabilmente inquinate dalla diversa analisi "a valle" volta alla selezione dei danni ingiusti risarcibili (e per di più, affidate al criterio equitativo, come mostra di ritenere il precedente di questa corte più volte citato, ove si legge che, qualora l'indagine sul rapporto causale tra condotta e danno non consentisse di decidere la controversia per un concorso tra concause umane e concause naturali, il giudice potrebbe risolvere la questione ricorrendo, appunto, a tale criterio), mentre, specularmente, le eventuali incertezze sul *quantum debeatur* verrebbero traslate sul (logicamente e cronologicamente preesistente) piano dell'*an debeatur*.

Il rapporto tra la condotta illecita (o il comportamento inadempiente) e l'evento (a sua volta produttivo di conseguenze dannose risarcibili) deve, viceversa, tornare a collocarsi sul tradizionale piano della causalità materiale secondo un modello funzionale all'imputazione della responsabilità civile così come delineato dal diritto positivo, onde l'imprevedibilità di sue forme di frazionamento in considerazione di concause naturali, come confermato dalla previsione di cui all'art. 1227 c.c. (non meno che dall'art. 2055 c.c.), volto a disciplinare, quale unica legittima ipotesi di comparazione etiologicamente "efficiente", quella tra concausa imputabile al danneggiante e concausa ascrivibile, per dolo o colpa., al danneggiato (mentre il diritto penale riconosce una forma attenuata di responsabilità, ex art. 62 c.p., n. 5, alla sola ipotesi di concausa dolosa riconducibile al comportamento del soggetto passivo del reato).

In conclusione, ritiene questo collegio che l'attuale modello normativo della causalità civile sia tale da escludere tout court un'imputazione in via equitativa dell'evento dannoso sul piano della causalità materiale.

Diverso discorso può essere articolato - sulla premessa della duplicità di dimensioni della causalità civile (come analiticamente ricostruito da questa Corte con la pronuncia n. 21619 del 2007 in tema di rapporti tra causalità ordinaria e causalità da *chance* perduta) attraverso le quali il giudice del merito può essere chiamato a considerare il rapporto tra illecito/inadempimento ed evento produttivo del danno lamentato - nell'esaminare la rilevanza degli stati pregressi della vittima sotto il (solo) profilo afferente alle singole conseguenze risarcibili.

Il piano probatorio su cui si colloca tanto la causalità or-

dinaria quanto quella da perdita di chance non deve prescindere, difatti, dalla considerazione di eventuali stati patologici pregressi della vittima o di altre sue personalissime condizioni (l'età, le abitudini di vita), poiché l'accertamento del nesso causale secondo il criterio della probabilità logica - che postula un giudizio (anche in via controfattuale) sulle varie prove acquisite - non può dirsi agnostico rispetto a vicende che possono avere contribuito alla situazione pregiudizievole lamentata dal danneggiato, mentre, sul piano concettuale, la stessa estensione dell'evento di danno oggetto dell'indagine sulla causalità materiale ben potrebbe essere determinata anche in considerazione di stati pregressi del danneggiato, come nel caso di un errore medico innestatosi su di una situazione patologica già in corso (onde l'evento di danno imputabile potrà configurarsi in termini di aggravamento della patologia già in via di sviluppo, ovvero - nella prospettiva della causalità da perdita di chance - in termini di privazione di possibilità di scongiurare un maggior pregiudizio rispetto a quello che sarebbe seguito nel caso di tempestivi interventi terapeutici).

Tale dimensione di analisi non può, peraltro, in alcun modo condurre, nella disamina della causalità materiale, ad operazioni di apporzionamento/frazionamento della responsabilità risarcitoria, men che meno facendo ricorso al criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c., onde, nel caso di specie, la misura dell'evento dannoso imputabile ai ritardi diagnostici e terapeutici dei sanitari rispetto alle patologie pregresse (patologie che non risultano oggetto di contestazione in seno al presente processo, discorrendo la stessa difesa delle parti resistenti di "preesistenti malformazioni di tipo congenito", con le quali avrebbero poi concorso, nel generare le gravissime compromissioni a livello neurologico, "la prolungata sofferenza fetale e la mancata adozione di pratiche rianimatorie efficaci") è vicenda che non rileva al fini dell'imputazione della responsabilità, - a tal fine rilevando, viceversa, che la condotta illecita sia stata fonte dell'evento dannoso lamentato.

In tema di causalità materiale, pertanto (pur nella consapevolezza che, nel panorama degli ultimi anni, la più pensosa dottrina ha avviato approfondite riflessioni critiche sul cd. "mito della causalità materiale" intesa come mera analisi fattuale, sempre di più cogliendosi segnali tali da indurre a ritenere che il relativo modello si stia progressivamente avviando verso la piena accettazione che anche la prima fase della causalità, sussunta nella sfera del rilevante giuridico, non sia più soltanto questione di ricostruzione dei fatti nel loro svolgersi fenomenologico, ma sempre ed anche vicenda "giuridica", cioè questione anche di diritto, e, più precisamente, vero e proprio ragionamento probatorio sui fatti, allegati e non, dimostrati e non, tanto da discorrersi ormai di "inarrestabile giuridificazione del nesso di causalità materiale"), la *regula iuris* che, ad oggi, il giudice di merito è chiamato ad applicare resta quella, codificata, secondo la quale la presenza di cause naturali che in teoria la possano escludere (onde l'incertezza sulla sua sussistenza) conduce ad un interrogativo che non può essere risolto in via equitativa,

ovvero tramite il ricorso ad un modello di responsabilità proporzionale, bensì trovare risposta nel solo senso della sua sussistenza/insussistenza.

Sul piano operativo, una siffatta situazione di incertezza andrà, in concreto, risolta dal giudice di merito a seconda che essa graviti nell'orbita della responsabilità aquiliana ovvero di quella contrattuale. In seno alla fattispecie di responsabilità disciplinata dagli artt. 2043 e ss. c.c., il giudice del merito valuterà comparativamente le prove addotte da ciascuna delle parti, gravando in tal caso l'onere probatorio comunque sul danneggiato (pur legittimando, caso per caso, tanto ragionamenti presuntivi quanto la regola della prossimità e disponibilità della fonte di prova);

Nella responsabilità contrattuale (o, comunque, nella responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c.) il giudice, in ossequio alla diversa distribuzione degli oneri probatori, esaminerà, da un lato, l'allegazione, da parte del creditore/danneggiato, dell'idoneità della condotta (commissiva od omissiva) alla produzione dell'evento di danno, dall'altro, la eventuale prova positiva, fornita dal debitore/danneggiante, della causa non imputabile, e cioè di un fatto sufficientemente certo che inequivocabilmente escluda in radice il nesso etiologico.

In entrambe le forme di responsabilità, laddove la condotta sia idonea alla determinazione (anche solo parziale) dell'evento pregiudizievole lamentato (il mancato raggiungimento del risultato esigibile nel caso concreto), e si prospetti una questione circa l'incidenza di una causa naturale, non possono che aversi due alternative: o è certo che il fattore naturale sia tale da escludere del tutto il nesso di causa, oppure si deve ritenere che il danneggiante/debitore non abbia fornito la prova della causa non imputabile, con conseguente riconducibilità, in termini di responsabilità *tout court*, della lesione della salute o della vita alla condotta colpevole.

Va pertanto negato ingresso, sul piano giuridico, all'ipotesi che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un'eventuale contributo concausale di un fattore naturale (qual che esso sia), possa legittimamente dipanarsi un ragionamento probatorio "semplificato" che conduca *ipso facto* ad un frazionamento della responsabilità, da compiersi addirittura in via equitativa (con conseguente, costante e proporzionale ridimensionamento del *quantum* risarcitorio).

Va del pari espunta dal novero delle ipotesi legittimamente predicabili in tema di causalità materiale quella secondo cui attraverso il principio equitativo andrebbe altresì esaminata e risolta la ipotesi di totale incertezza sulla rilevanza causale non solo del fattore naturale ma anche di quello umano, con la conseguenza di un'imputazione della responsabilità ancor più semplificata, ormai destinata a prescindere del tutto dall'accertamento probabilistico del nesso così come dall'osservanza, da parte di ciascuno dei contraddittori, dei rispettivi oneri probatori. Va in definitiva affermato il principio di diritto secondo il quale il nesso di causalità materiale tra illecito (o prestazione contrattuale) ed evento dannoso deve ritenersi sussistente (a prescindere dalla esistenza ed entità

delle pregresse situazioni patologiche aventi valore concausale e come tali prive di efficacia interrutiva del rapporto etiologico ex art. 41 c.p., ancorché eventualmente preponderanti, secondo un principio ampiamente condiviso anche da altre giurisdizioni, da tempo predicative della cd. *thin skull rule*, in base alla quale se un uomo è stato negligenzemente investito o in altro modo leso nel suo corpo non costituisce valida difesa contro l'azione risarcitoria avanzata dal danneggiato il sostenere che questi avrebbe riportato una lesione di minore entità, o addirittura nessuna lesione, se non avesse avuto un cranio inusitatamente sottile o un cuore inusitatamente debole), ovvero insussistente qualora le cause naturali di valenza liberatoria dimostrino efficacia esclusiva nella verifica dell'evento, ovvero il debitore/danneggiante dimostri ancora l'effettiva adozione di tutte quelle misure atte a circoscrivere la possibilità di un'incidenza delle condizioni preesistenti sul raggiungimento del risultato favorevole al paziente ed esigibile nel caso concreto: *id est* la assoluta non imputabilità dell'evento di danno (poiché, se gli esiti negativi potenzialmente discendenti dal fattore naturale avrebbero potuto essere neutralizzati oppure circoscritti, la causa naturale, pur in astratto assorbente, scadrebbe a concausa come tale non rilevante ai fini dell'imputazione del fatto lesivo).

La corte, pertanto, nel riaffermare la bontà dell'orientamento tradizionale *in subiecta materia*, non può che concordare con quella dottrina secondo la quale tale soluzione comporta notevoli vantaggi in termini di efficienza sotto il profilo dei costi transattivi imposti dal processo, volta che un netto confine tra lecito ed illecito sul piano della causalità materiale attinge ad elevati gradi di certezza del giudizio risarcitorio, evitandone "zone grigie" entro la quale la responsabilità oscilla in varia misura percentuale, eliminando la possibilità di difese pretestuose, riducendo il rischio di eccessiva libertà da parte dei giudici nell'uso dello strumento equitativo. Sul piano fenomenologico, difatti, in ogni vicenda di danno ricorrono inevitabilmente circostanze naturali e non imputabili, variabili indipendenti destinate ad influenzare anche non marginalmente la determinazione del *quantum* risarcitorio - luoghi, tempi, qualità e caratteristiche di persone e cose così che il dischiudere l'uscio del principio di proporzionalità trasmuterebbe ben presto nella ricerca di quelle circostanze via via modellata secondo un più o meno elevato grado di facilità nell'individuare, circoscrivere, descriverne la portata e farle valere con successo in giudizio - con il rischio di rendere quest'ultimo sempre più complesso e dispendioso.

Eventuali correttivi alle tradizionali strutture del principio causale puro (principio, si ripete, puramente normativo dell'*all-or-nothing*), non richiedono né consentono la formulazione di una regola contrapposta a quella da lungo tempo sancita da questa Corte, e non esigono né postulano l'approdo ad una regola ispirata al modello della causalità proporzionale in salsa equitativa. Onde va riaffermato il principio secondo il quale, essendo la comparazione fra cause imputabili a colpa/inadempimento e cause naturali esclusivamente funzionale a stabilire, in

seno all'accertamento della causalità materiale, la valenza assorbente delle une rispetto alle altre - non può operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità dell'apporto causale (e non della colpa, come erroneamente e tralaticciamente affermato) del danneggiante, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile.

Diversa tematica risulta quella dei limiti della responsabilità del danneggiante/debitore sul piano della causalità giuridica, segnatamente nell'ipotesi di aggravamento di una patologia pregressa del paziente quale conseguenza della prestazione sanitaria.

Diversa questione risulta, in altri termini, quella per cui, ascritta, sul piano probabilistico, alla condotta del sanitario la responsabilità della determinazione dell'evento (tanto in termini di causalità ordinaria quanto di causalità da perdita di chance) sotto il profilo della causalità (o della concausalità) materiale, l'eventuale compresenza di concause naturali possa poi risultare oggetto di selezione dei pregiudizi risarcibili: se e quale sia, cioè, la misura e la rilevanza delle singole conseguenze direttamente riconducibili, o meno, al fatto lesivo della salute del paziente. È convincimento del collegio che, su tale, diverso piano di analisi, che postula la preventiva e positiva disamina della questione della causalità materiale secondo il criterio operativo dell'art. 41 c.p., non sempre risulti predicabile la irrilevanza *tout court* dello stato di salute pregresso del danneggiato.

La misura della sua eventuale incidenza sull'obbligazione risarcitoria andrà pertanto esaminata, con il necessario rigore operativo, in un momento successivo e in un contesto probatorio diverso, volta che, accertata la causalità materiale (secondo una delle due dimensioni di analisi della causalità civile, quella ordinaria e quella da chance perduta), l'analisi del giudice di merito si concentri - come richiesto, nella sostanza, dall'odierno ricorrente, in parte qua, tanto con il primo quanto con il secondo motivo, che espressamente discorre ed evoca il concetto di causalità giuridica - sulle conseguenze dannose risarcibili (dirette e immediate, *ex art. 1223*) del fatto lesivo ormai definitivamente imputato al convenuto a titolo di piena responsabilità.

Non è precluso, in altri termini, al giudicante - una volta esaurita la fase dell'accertamento della responsabilità secondo la scansione diacronica del previo accertamento del nesso causale (secondo un giudizio probabilistico di tipo oggettivo) e della successiva indagine sulla colpa. (destinata ad una valutazione in termini di prevedibilità soggettiva pur se rapportata a *standards* ordinari di condotta attese alla dimensione "normativa" del relativo giudizio) - di procedere a risarcire i pregiudizi tutti (pecuniari e non) che sono seguiti al fatto lesivo su di un piano rigorosamente naturalistico, pregiudizi legittimamente destinati a determinarsi, secondo l'inquadramento classico della nozione di danno *contra ius* sulla base del confronto fra le condizioni del danneggiato precedenti l'ille-

cito, quelle successive alla lesione e quelle che si sarebbero verificate se non fosse intervenuto l'evento dannoso. Emerge chiara, in tal guisa, la distinzione, non solo concettuale, tra l'imputazione dell'evento di danno - e, pertanto, della responsabilità civile - e l'imputazione funzionale alla individuazione/quantificazione delle singole conseguenze pregiudizievoli (una attenta dottrina offre, all'uopo, l'illuminante esempio dell'addebitare ad una struttura sanitaria la morte di un soggetto ovvero la privazione di possibilità di sopravvivenza per una ritardata diagnosi di una patologia tumorale - causalità materiale, ordinaria o da perdita di *chance* - e lo stabilire che la causazione della morte abbia comportato per la vittima, stante l'inevitabilità del decesso, la perdita di uno o più anni di vita o la privazione di determinate chance di vivere questi anni, con conseguenze sul quantum dei danni, pecuniari e non pecuniari, risarcibili iure proprio in capo ai congiunti).

La questione può così approdare ad appagante soluzione - del tutto conforme al diritto, sia positivo che giurisprudenziale - volta che essa postuli l'analisi (da condurre con rigoroso rispetto delle evidenze probatorie del caso concreto) delle conseguenze dannose dell'evento in termini di se e di quanto di differenze in negativo che il fatto lesivo - ormai definitivamente imputato al debitore - abbia cagionato in capo alla vittima, tenuto conto delle sue condizioni precedenti all'evento pregiudizievole e degli stati in cui si sarebbe venuto a trovare se l'evento in parola non fosse intervenuto.

Così individuata e risolta la problematica degli stati pregressi del danneggiato, è peraltro necessario che il giudice del merito (e con lui e per lui il consulente d'ufficio, cui andranno formulati, all'uopo, specifici e rigorosi quesiti) distingua tra le varie, possibili ipotesi di conseguenze dannose irrisarcibili, dovendosi sterilizzare il rischio che situazioni *inter se distantibus* e fra loro del tutto dissonanti possano viceversa risultare oggetto di trattamento e soluzioni risarcitorie omogenee.

Deve pertanto (come osserva ancora una attenta dottrina) operarsi una netta differenziazione fra situazioni tra loro eterogenee, quali:

da un canto, quelle in cui il danneggiato, prima dell'evento, risulti portatore di una mera "predisposizione" ovvero di uno "stato di vulnerabilità" (stati preesistenti non necessariamente patologici o invalidanti, ciò che risulta ancor più frequente nel delicato universo dei danni psichici), ma l'evidenza probatoria del processo non consenta, in proposito, di superare la soglia della mera ipotesi, e comunque appaia indimostrabile la circostanza che, a prescindere dalla causa imputabile, la situazione pregressa sarebbe comunque, anche in assenza dall'evento di danno, risultata modificativa in senso patologico-invalidante della situazione del soggetto: in tal caso, il giudice non procederà ad alcuna diminuzione del *quantum debetur*, atteso che un'opposta soluzione condurrebbe ad affermare l'intollerabile principio per cui persone che, per loro disgrazia (e non già per colpa imputabile *ex art. 1227 c.c.* o per fatto addebitabile a terzi) siano, per natura e per vicissitudini di vita più vulnerabili di altre, dovrebbero

irragionevolmente appagarsi di una tutela risarcitoria minore rispetto a quella riservata agli altri consociati affetti da "normalità";

– dall'altro, quelle in cui il danneggiato già presenti, prima dell'evento dannoso, una reale e conclamata patologia, tale (in base a prova da fornirsi dal danneggiante, anche attraverso la documentazione di quella complessa vicenda relazionale che conduce al cd. consenso informato) da rendere le conseguenze dell'evento rigorosamente configurabili, sul piano probabilistico, alla stregua di un aggravamento dello stato patologico pregresso (o della perdita di chance di evitare o differire la degenerazione della situazione preesistente): in tal caso, la valutazione del quantum risarcitorio, con un suo eventuale adeguamento alla situazione de qua, deve ritenersi astrattamente legittimo, pur se l'eventuale riduzione del risarcimento dovrà seguire un iter ben preciso, non potendosi né ipotizzarne una automatica riduzione, né una quantificazione secondo un criterio strettamente proporzionale, espresso, cioè, in termini strettamente percentualistici della conseguenza naturale rispetto alla conseguenza dannosa imputabile.

Il ventaglio delle possibili ipotesi, e delle possibili conseguenze in termini risarcitori, potrebbe, allora (in consonanza con quanto opinato dalla dottrina specialistica che si è occupata *funditus* dell'argomento) risultare il seguente:

– il danneggiato, affetto da una patologia pregressa ed irreversibile dagli effetti già invalidanti, subisce un'ulteriore vulnus alle sue condizioni di salute: in questa ipotesi il danno risarcibile sarà determinato considerando sia la differenza tra lo stato di invalidità complessivamente presentato dal danneggiato dopo l'intervento medico e lo stato patologico pregresso, sia la situazione che si sarebbe determinata se non fosse intervenuto il fatto lesivo imputabile (commissivo od omissivo), ferme restando le valutazioni del singolo caso sul piano di eventuali ripercussioni esistenziali e/o economiche sulla vita del danneggiato;

– il danneggiato, affetto da patologie prive di effetti invalidanti, subisce una menomazione della sua salute con conseguenze invalidanti:

in questa ipotesi, il giudice di merito dovrà determinarsi nel senso dell'irrelevanza dello stato patologico pregresso, salva rigorosa dimostrazione che gli effetti invalidanti si sarebbero comunque verificati a prescindere dalla concausa imputabile;

– il danneggiato, già affetto da uno stato di invalidità potenzialmente non idoneo (di per sé e nell'immediatezza) a produrre esiti mortali, decede in conseguenza dell'intervento medico (commissivo od omissivo): in tal caso lo stato di invalidità pregresso non potrà rilevare quanto ai danni risarcibili iure proprio ai congiunti, mentre potrebbe condurre ad una riduzione del quantum dei pregiudizi risarcibili *iure successonis*, sempre che il danneggiante fornisca la prova che la conseguenza dannosa dell'evento (nella specie, la morte) sia stata cagionata anche dal pregresso stato di invalidità;

– il danneggiato, già in condizioni invalidanti idonee a condurlo alla morte a prescindere da eventuali condotte di terzi, decede a seguito dell'intervento (commissivo od

omissivo): la risarcibilità iure proprio del danno patrimoniale e non patrimoniale - riconosciuto ai congiunti potrà subire un ridimensionamento in considerazione del verosimile arco temporale in cui i congiunti avrebbero potuto ancora godere, sia sul piano affettivo che economico, del rapporto con il soggetto anzitempo deceduto. Alla luce delle considerazioni che precedono, i motivi vanno accolti limitatamente alla loro prospettazione di una omessa valutazione, sul piano della causalità giuridica - quella materiale essendo stata definitivamente e correttamente accertata dal giudice di merito secondo i parametri dianzi descritti - dell'eventuale, possibile incidenza dello stato di salute intrauterino del neonato sulle conseguenze dannose risentite dopo la nascita in conseguenza della colpevole condotta dei sanitari sì come correttamente e definitivamente accertata in sede di merito. Con il terzo motivo, si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 1218, art. 1176, comma 2, art. 2697 c.c.

Il motivo si conclude con il seguente quesito di diritto: Dica la corte adita se l'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, risponde a titolo di responsabilità contrattuale per i danni asseritamente subiti da un privato a causa dell'esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente e se a questi fini il danneggiato debba provare che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) sia derivato dalla condotta dei sanitari sulla base di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica supportato dal riscontro di idonee e concrete circostanze di fatto.

Il motivo è palesemente infondato (oltre che, nella sostanza, carente di interesse, essendo il regime probatorio della responsabilità extracontrattuale ben più gravoso per il danneggiato, se a quel titolo di responsabilità la corte di appello avesse realmente fatto riferimento, onde l'indiscutibile vantaggio processuale che ne sarebbe derivato alla ricorrente), poiché la corte capitolina, al di là di un generico riferimento al danno aquiliano contenuto in sentenza al folio 7, del tutto privo di attinenza con il caso di specie, ha poi correttamente e condivisibilmente condotto l'analisi della vicenda processuale sul piano della responsabilità contrattuale, ritenendo correttamente e condivisibilmente soddisfatto l'onere probatorio gravante sui coniugi C. con motivazione che, del tutto esente da vizi logico - giuridici, non può che ricevere, in questa sede, integrale conferma.

Il ricorso è pertanto accolto per quanto di ragione, con conseguente cassazione della sentenza impugnata e rinvio del procedimento ad altro giudice, che si designa nella corte di appello di Roma in altra composizione, e che si atterrà al principio di diritto che segue:

Qualora la produzione di un evento dannoso, quale una gravissima patologia neonatale (concretatasi, nella specie, in una invalidità permanente del 100%), possa apparire riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato (la quale non sia legata all'anzidetta

condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice, accertata, sul piano della, causalità materiale (correttamente intesa come relazione tra la condotta e l'evento di danno, giusta disposto dell'art. 1221 c.c., comma 1), l'efficienza etiologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p. (a mente della quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'omissione e l'evento), così ascrivendo l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, può poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficien-

za delle varie concause sul piano della causalità giuridica (correttamente intesa come relazione tra l'evento di danno e le singole conseguenze dannose risarcibili all'esito prodottesi) onde ascrivere all'autore della condotta, responsabile tout court sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non ricomprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili etiologicamente all'evento di danno bensì determinate dal fortuito, come tale inteso la pregressa situazione patologica del danneggiato non etiologicamente riconducibile, a sua volta, a negligenza, imprudenza, imperizia del sanitario.
... Omissis...

IL COMMENTO

di Luca Nocco

La sentenza che qui si commenta rappresenta un importante - anche se discutibile - mutamento di rotta della Cassazione rispetto ai principi rivoluzionari sanciti dalla pronuncia n. 975/2009, con la quale era stata affermata la rilevanza delle concause naturali ai fini della quantificazione del danno risarcibile. Secondo la Cassazione, qualora l'evento dannoso sia dovuto al concorso fra una causa naturale (come uno stato patologico pregresso del danneggiato) ed una causa umana (come un errore professionale medico), il giudice non può ridurre l'obbligo risarcitorio del danneggiante in proporzione alla parte di danno rapportabile alla concausa naturale.

Con la sentenza in oggetto, la Corte di cassazione torna ad esprimersi, a poca distanza da un precedente ed importante arresto del gennaio del 2009 (1), sulla rilevanza delle concause naturali nella produzione dell'evento dannoso, giungendo ad esiti radicalmente difforni da quelli, assolutamente innovativi, raggiunti da quest'ultima statuizione.

La sentenza sopra richiamata aveva ribaltato il precedente e consolidato orientamento di legittimità (2), asserendo, in verità abbastanza apoditticamente e senza dar conto dell'ampia mole di letteratura e di giurisprudenza esistenti sull'argomento, in contrasto con la natura di *leading case* che la medesima aveva (*rectius*: avrebbe dovuto avere), che, «qualora la produzione dell'evento dannoso risalga, come a sua causa, alla concomitanza di una azione dell'uomo e di fattori naturali (i quali ultimi non siano legati alla prima da un nesso di dipendenza causale) non si può accogliere la soluzione della irrilevanza di tali fattori».

Note:

(1) Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 375, con nota di G. Miotto, *Il "difficile" concorso di cause naturali e cause umane del danno*; in *Corr. giur.*, 2009, 1653, con no-

ta di M. Bona, *"Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*; in questa *Rivista*, 2010, 372, con note di M. Capecchi, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 c.c.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?* e di B. Tassone, *Il frazionamento della responsabilità secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*; in *Foro it.*, 2010, I, 1002, con nota di B. Tassone, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*. Si veda, inoltre, sulla scia della suddetta pronuncia, Trib. Terni 2 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 419, con commento di S. Barbaro, *Responsabilità del sanitario e logica dell'apportionment of liability e postilla* di B. Tassone, *Note minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima* e App. Torino 15 aprile 2009, in questa *Rivista*, 2009, 1214, con nota di G.M.D. Arnone, *Accertamento del nesso di causa e criterio probabilistico*.

(2) Cass., sez. lav., 9 aprile 2003, n. 5539, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 750 ss., con nota di C. Ogriseq, *Quando la responsabilità per dequalificazione e illegittimo licenziamento concorre con cause naturali nella produzione dell'evento dannoso*, Trib. Casale Monferrato 5 maggio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 70, con commento di F. Alleva, *Questioni in tema di nesso di causalità naturale*, Cass., sez. lav., 5 novembre 1999, n. 12339, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 661, con nota di F. Alleva, *L'irrilevanza delle concause naturali ai fini dell'accertamento del nesso di causalità materiale nella responsabilità da fatto illecito*, Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335, in questa *Rivista*, 2002, 409 ss. con commento di B. Sieff, *Danno neurologico da parto al neonato: nesso di causalità ed alternative indennitarie no-fault*, Cass. 27 maggio 1995, n. 5924, in *Giur. it.*, Mass. 1995, Cass. 1° febbraio 1991, n. 981, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 797, con commento di A. Lepri, *Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale*.

Il significato della formula “più probabile che non” ed il pericolo dell’indeterminatezza

Anche tale statuizione, come quella qui commentata, non casualmente, prendeva le mosse da una fattispecie di responsabilità sanitaria, confermando, in primo luogo, il fatto che l’accertamento della causalità in sede civile si arresta su una soglia meno elevata di accertamento controfattuale rispetto a quella richiesta in sede penale. La distinzione fra causalità civile e causalità penale viene confermata, sotto questo aspetto, anche dalla sentenza in commento, che pertanto riafferma un principio che senza dubbio può essere ormai definito *jus positum* nel nostro ordinamento (3).

Vi è, peraltro, nella sentenza n. 15991/2011, un’importante precisazione in merito allo *standard* probatorio richiesto in sede civile.

In stretta aderenza alla regola probatoria del più probabile che non, si dovrebbe ritenere che sussista una soglia probatoria (il 50,01 per cento), oltre la quale spetta all’attore la percezione dell’intera posta risarcitoria e sotto la quale il medesimo resta privo di alcun ristoro pecuniario. È ovvio che tale draconiana distinzione sembra essere la negazione dell’approccio scientifico alla causalità, non esistendo ad oggi strumenti scientifici idonei a distinguere percentuali così ravvicinate come sono 50,01 e 49,99 per cento.

La sentenza in oggetto, consapevole che la meccanica applicazione della regola della “preponderanza dell’evidenza” si espone alla critica sopra riportata, critica pesantemente la «aberrante regola del 50% *plus unum*», sottolineando che, in presenza di un pregiudizio causato da una pluralità di ipotetici fattori causali, si dovrà effettuare una «compiuta valutazione dell’evidenza del probabile», attraverso una «attenta valorizzazione e valutazione della specificità del caso concreto».

Questo ragionamento è la conseguenza - e di ciò la Cassazione dà atto apertamente - dell’adozione del criterio della probabilità logica. Sin dalla sentenza Franzese (4), infatti, si richiede che il giudice accerti il legame eziologico valutando «l’intera evidenza disponibile», sicché il discorso in tema di accertamento del nesso eziologico transita in un «procedimento logico, invero non dissimile dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall’art. 192, comma 2 c.p.p.» (5). Ciò significa che il giudice è onerato del compito di mettere uno a fianco dell’altro gli elementi probatori posseduti e trarre le sue conclusioni (6).

Del tutto in linea con tale assunto, è stato correttamente rilevato come «il giudice possa riconoscere la ricorrenza del nesso causale anche sulla base di una

legge scientifica di copertura con basso coefficiente percentuale, poniamo del 20% o 30%, purché sia in grado di argomentare, in modo rigoroso e puntuale e sulla base di tutta l’evidenza disponibile e, in particolare, della sicura non incidenza di altri fattori interagenti in via alternativa, che il caso concreto rientri proprio nel novero di quel 30%» (7).

L’applicabilità del metodo d’indagine della probabilità logica sia nel processo penale che nel processo civile è stata peraltro sottoposta, com’è noto, ad una significativa eccezione con riferimento allo *standard* probatorio adottato nei due giudizi.

Il rischio, dunque, che permane anche dopo la sentenza in commento, ed al quale la medesima non fornisce risposte, è che, effettuata la «compiuta valutazione dell’evidenza del probabile» e pur attentamente valutate le «specificità del caso concreto», il giudice si ritrovi dinanzi a prospettazioni fra loro configgenti e che abbiano sostanzialmente il medesimo conforto probatorio.

Sotto mentite spoglie, si reitera in tali casi lo stesso potere valutativo discrezionale che sussisteva prima della sentenza Franzese (8), salvo che all’epoca esso si manifestava attraverso le ben note oscillazioni

Note:

(3) Cfr. Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257, con commento di F. Rolfi, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*; Cass. 19 maggio 2006, n. 11755, in questa *Rivista*, 2006, 1238 ss., con commento di L. Nocco, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica: la Cassazione civile fa retromarcia*; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in questa *Rivista*, 2008, 43, con commento di R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasi-fusione. Sui rapporti fra causalità penale e civile, per tutti, R. Blaiotta, Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Resp. civ.*, 2009, 261 ss.

(4) Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in questa *Rivista*, 2003, 195, con commento di S. Cacace, *Omissione del medico e il rispetto della presunzione d’innocenza nell’accertamento del nesso causale*.

(5) Così Cass. pen. n. 30328/2002 cit.

(6) Che potranno anche essere di rigetto della pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del professionista e/o della struttura ove vi siano sufficienti elementi presuntivi in merito al corretto assolvimento degli obblighi gravanti sugli stessi, tali da superare la presunzione legale di responsabilità di questi ultimi. Sul punto si veda, da ultimo, Trib. Udine 31 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1597, con nota di M. Gorgoni, *Quanto è “più probabile che non” l’esatto adempimento*.

(7) Così Trib. Rovereto 2 agosto 2008, in questa *Rivista*, 2009, 525, con commento di B. Tassone, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*.

(8) Finendo altresì per “deteriorare la credibilità del giudicato”. Così L. Locatelli, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del “più probabile che non”?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 341.

giurisprudenziali sulla percentuale probabilistica ritenuta necessaria.

Le concause naturali e la loro nuova irrilevanza

Il punto certamente più qualificante della sentenza è ad ogni modo costituito dal rigetto del principio della rilevanza delle concause naturali, la cui incidenza sull'ammontare risarcitorio, secondo il *dictum* del 2009, avrebbe dovuto essere valutata dal giudice, se del caso, anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.

Occorre senz'altro ammettere che, una volta dato sfogo alla rilevanza delle concause naturali, un problema che restava da affrontare dopo la sentenza del 2009 era quello della valutazione dell'incidenza dei fattori causali naturali ai fini della quantificazione del danno risarcibile, aspetto che la sentenza della Cassazione n. 975/2009 affrontava solo marginalmente, trincerandosi dietro il potere di quantificazione equitativa del giudice previsto dall'art. 1226 c.c.

Il fatto che la richiamata sentenza non avesse effettuato un'analisi puntuale dei presupposti teorici adottati dalla dottrina e dalla giurisprudenza a fondamento rispettivamente della teoria della rilevanza e dell'irrilevanza delle concause naturali, nonché il mancato approfondimento delle modalità di accertamento dell'esistenza delle concause e di valutazione dell'incidenza delle medesime, è stato senz'altro un errore compiuto dall'estensore della sentenza n. 975/2009.

Un principio così innovativo, infatti, non solo avrebbe dovuto essere adeguatamente motivato, anche eventualmente attraverso un'indagine comparativa (9), ma avrebbe dovuto essere accompagnato da un'indagine più accorta anche relativamente al proprio *modus operandi*, senza limitarsi ad un generico ed insoddisfacente richiamo all'equità.

In effetti, il mancato scioglimento del nodo di come le concause naturali possano incidere nella quantificazione del danno, al di là del ricorso al rimedio equitativo, costituisce un problema che in più sedi la sentenza in commento sottolinea (10), utilizzandolo come ulteriore argomento a sostegno del *revirement*.

D'altro canto, occorre ammettere che analogo apoditticità è parimenti riscontrabile nella sentenza in oggetto la quale si basa sostanzialmente su taluni assunti non dimostrati e che paiono davvero essere delle vere e proprie *petitiones principii* (11).

In primo luogo, la Cassazione non fornisce alcun elemento utile a dimostrare il proprio assunto in virtù del quale gli artt. 1227 e 2055 c.c. sarebbero «norme destinate a disciplinare il concorso tra concause

imputabili», sicché il richiamo alle medesime sarebbe asseritamente inconferente.

Com'è noto, il presupposto per l'applicazione dell'art. 2055 c.c. è l'unicità dell'evento dannoso (12), mentre è sostanzialmente irrilevante il fatto che il pregiudizio sia stato causato dall'attività (o dall'inattività) di più soggetti, giacché il danneggiato può pretendere l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria per intero da parte di qualunque coautore del danno, che potrà in seguito esercitare un'azione di regresso nei confronti degli altri, in proporzione alla gravità della colpa ed all'entità delle conseguenze che ne sono derivate (13).

Tale principio costituisce un primo tassello per conferire rilevanza anche alle concause naturali ai fini della quantificazione del danno.

Peraltro, il carattere «sommario, se non lacunoso» del codice civile in tema di concorso di cause (14), in linea con il «silenzio del legislatore» (15) sul te-

Note:

(9) Come quella condotta dallo European Group on Tort Law nell'elaborazione dei *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Wien-New York, 2005. Si veda sul punto, da ultimo, K. Oliphant, *A Review Of the Restatement (Third) Of Torts: Liability For Physical And Emotional Harm: Article: Uncertain Factual Causation In The Third Restatement: Some Comparative Notes*, 37 *Wm. Mitchell L. Rev.* (2011) 1599 ss.

(10) Così come aveva fatto M. Bona, «Più probabile che non» e «concause naturali»: se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima, in *Corr. giur.*, 2009, 1657 ss., spec. 1663 ss., il più critico commentatore della sentenza del 2009.

(11) Per ulteriori riferimenti sulla questione, sia consentito rinviare a L. Nocco, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica: la Cassazione civile fa retromarcia*, in questa *Rivista*, 2006, 1238 ss. e Id., *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 317 ss.

(12) Cfr., da ultimo, A. Gnani, *Commento sub art. 2055*, in *Commentario al codice civile Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2005, 127 ss. Non è indispensabile, invece, l'unicità della condotta. Cfr. C. Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1254 e P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 189 ss.

(13) A giudizio di F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 141, la previsione del secondo comma dell'art. 2055 c.c. - e non quella del suo primo comma - costituisce espressione del principio di causalità, tendendo «ad adeguare la "quota" di responsabilità dei singoli coautori del fatto illecito alla "misura" della loro partecipazione alla produzione dell'evento dannoso». Sul punto anche M.L. Ruffini, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 52 ss. e C. Martorana, *Sul rapporto tra imputabilità e colpa nel settore extracontrattuale e sui suoi riflessi in quello contrattuale (a proposito di Cass. civ., III Sez., 29 aprile 1993, n. 5024)*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 359 ss.

(14) C. Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1254.

(15) In questi termini F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 131.

ma della comunione del credito e del debito, ha determinato una contrapposizione sulla rilevanza da conferire alle concause naturali che abbiano contribuito a produrre l'evento dannoso (16).

Secondo un orientamento, che, come si diceva, è stato apertamente, anche se apoditticamente, sposato dalla sentenza in commento, l'art. 2055 c.c. si occuperebbe solo di concause imputabili, e dunque riconducibili ad un'attività umana, mentre non vi sarebbero spazi per trarre un principio di generale rilevanza delle concause naturali nemmeno da un'interpretazione sistematica della disciplina in merito (17).

Inoltre, secondo questa linea di pensiero, la *ratio* dell'art. 2055 c.c., ossia «l'interesse della vittima a essere risarcita per intero» (18), costituirebbe un argomento ulteriore a favore della tesi dell'irrelevanza delle concause, salvo il fatto della vittima.

Questo ragionamento, tuttavia, rappresenta, di per sé, una *petitio principii*, dal momento che, com'è stato autorevolmente rappresentato, il «generico scopo di offrire al creditore una maggiore possibilità di soddisfare il proprio diritto [è] un dato poco qualificante, dovendosi ragionevolmente ammettere che esso compare anche nelle obbligazioni indivisibili (...). Sicché si può tranquillamente dire che la legge utilizza il meccanismo solidale per realizzare funzioni a volta a volta diverse» (19).

Inoltre, il principio della «commisurazione della responsabilità all'efficienza causale del comportamento colposo del danneggiante» (20) sembra essere confermato anche dall'art. 1307 c.c., in tema di inadempimento di un'obbligazione soggettivamente complessa, che fa gravare la responsabilità sui soli condebitori che si siano resi corresponsabili dell'inadempimento, mentre gli altri continuano ad essere obbligati nei limiti del «valore della prestazione dovuta» (21).

Inoltre, aderendo alla ricostruzione che nega l'esistenza di un fondamento eziologico nella disciplina delle obbligazioni soggettivamente complesse (22), non sussiste alcun motivo per non effettuare l'apporcionamiento della responsabilità qualora il danno sia stato aggravato dalla presenza di concause naturali. In tal caso, infatti, la contraria opinione, ossia offrire al creditore una maggiore possibilità di soddisfare il proprio diritto, perde peso, anche in considerazione del fatto che l'estensione dell'art. 2055 c.c. alle concause naturali non condurrebbe all'esclusione della responsabilità, ma solamente ad una sua riduzione (23).

Conseguentemente, distinguere fra concause umane, che conducono, in sede di regresso, ad una redistribuzione dell'obbligo risarcitorio in proporzione all'efficacia causale delle condotte dei singoli danneggianti, e concause naturali, in cui anche una minima compar-

tecipazione eziologica, in presenza di preponderanti fattori causali naturali, conduce all'imposizione di un obbligo risarcitorio integrale, costituisce una scelta che, oltre a non essere imposta dalle norme, conduce ad esiti evidentemente iniqui ed inefficienti (24).

Non è, dunque, così scontata la presunta inconferenza

Note:

(16) Per due diverse visioni dell'art. 2055 c.c. e, in generale, dei rapporti fra la responsabilità solidale e quella parziaria, si vedano U. Violante, *Responsabilità solidale e responsabilità parziaria*, in questa *Rivista*, 2001, 460 ss. e A. Gnani, *L'art. 2055 c.c. e il suo tempo*, in questa *Rivista*, 2001, 1037 ss.

(17) A giudizio di G. Miotto, *Il "difficile" concorso di cause naturali e cause umane del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 382 ss., invece, la rilevanza delle concause naturali potrebbe essere sostenuta in virtù di un'interpretazione sistematica delle norme in materia, dalla quale discenderebbe il principio per cui «la parte contrattuale inadempiente e l'autore dell'illecito debbono riparare al danno arrecato nella sola misura in cui hanno contribuito a cagionarlo, e non oltre ad essa». Secondo P. Forchelli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 89 ss., peraltro, l'art. 1221, comma 1, c.c. deporrebbe nel senso di «addossare il danno integrale (...) al debitore, anche se a produrre tale danno abbia influito in modo preponderante la causa fortuita». *Contra*: P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 59, nota 7 e M.L. Ruffini, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, cit., 48 ss.

(18) C. Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1257. Nel senso che «la scelta legislativa è una scelta a favore della vittima del danno, sia contro il rischio dell'insolvenza di taluno dei danneggianti, sia contro il rischio del danno parzialmente anonimo» anche P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 189. Sul punto si veda anche B. Sieff, *Danno neurologico da parto al neonato: nesso di causalità ed alternative indennitarie no-fault*, in questa *Rivista*, 2002, 409 ss.

(19) F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 81. Come ricorda M.L. Ruffini, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, cit., 45, inoltre, «se la regola della responsabilità solidale dei coautori fosse ispirata alla teoria dell'equivalenza delle condizioni, è chiaro che l'azione di regresso tra corresponsabili dovrebbe essere informata al principio del ricorso per parti virili». Anche per R. Pucella, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 168, l'art. 2055 c.c. «non altera il principio della proporzione tra contributo causale e misura della responsabilità». Si veda, da ultimo, B. Tassone, *Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, in questa *Rivista*, 2007, 1095 ss., in senso contrario alla tesi che ritiene la solidarietà un principio generale in caso di pluralità di danneggianti. In una prospettiva comparatistica, alla luce dell'analisi economica del diritto, F. Parisi, G. Frezza, *Rischio e causalità nel concorso di colpa*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 233 ss.

(20) Così F.D. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 53.

(21) Sul punto, *amplius*, F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 315 ss.

(22) Sulla quale A. Gnani, *Commento sub art. 2055*, cit., 175 ss.

(23) Sull'ammissibilità di una sorta di «fortuito "parziale"» si veda anche R. Pucella, *La causalità "incerta"*, cit., 180 ss.

(24) Nel senso che la tesi dell'irrelevanza delle concause naturali sembra non poggiarsi su altri motivi che non siano quelli espressi nel noto brocardo *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* si veda M. Capecci, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, II ed., Padova, 2005, 147 s.

dell'art. 2055 c.c., assertivamente sancita dalla Cassazione, rispetto alla tematica del concorso di concause umane e naturali ai fini della produzione del danno.

Nesso di causalità e "all-or-nothing"

Ma, a parere di chi scrive, non è così scontata nemmeno l'altra affermazione apoditticamente addotta dalla Cassazione a sostegno della tesi dell'irrelevanza delle concause naturali, ossia quella secondo la quale «il giudizio sul nesso di causalità materiale è limitato alla sua sussistenza/insussistenza» (25).

Vi sono, infatti, numerosi indici normativi che dimostrano l'esistenza di un principio di corrispondenza tra efficienza causale della condotta ed estensione del relativo obbligo risarcitorio (26).

In tal senso possiamo ricordare una previsione contenuta nel codice penale Zanardelli in materia di omicidio concausato da fattori naturali, ossia la c.d. minorente della concausa (artt. 367 e 368 c.p. abr.) (27), che prevedeva la riduzione della sanzione detentiva quando «la morte non sarebbe avvenuta senza il concorso di condizioni preesistenti ignote al colpevole, o di cause sopravvenute e indipendenti dal suo fatto».

Ma anche a voler ritenere superato il principio di diritto contenuto nel codice penale abrogato, la regola ivi prevista, e soprattutto la *ratio* ad essa sottesa, è certamente condivisa anche da norme attualmente vigenti. Com'è stato sottolineato da un recente orientamento dottrinale (28), infatti, tale *ratio legis* sarebbe condivisa, fra l'altro, dalla disciplina del concorso di colpa del danneggiato nella produzione del pregiudizio, dalla *compensatio lucri cum damno*, dall'irrelevanza dell'incapacità naturale del danneggiato, «al quale non è concesso di invocare il proprio difetto di capacità di intendere o volere per esimersi dal sopportare l'effetto negativo del suo concorso alla produzione del danno, nonostante per il danneggiante valga, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., una diversa regola» (29), dall'art. 79 del Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (30), dall'art. 484 cod. nav., dall'abrogato art. 18 della l. 8 luglio 1986, n. 349 e, infine, dall'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 2.

Del resto, «la differenziazione oggettiva delle condotte concorrenti nella produzione [del reato]», che costituisce la negazione rispetto ad una visione della causalità che la Cassazione, nella sentenza in commento, definisce "all-or-nothing", era stata sottolineata anche da una risalente dottrina penalistica (31), alla luce dell'attenuante prevista dall'art. 114, comma 1 del codice penale vigente.

Sempre secondo la medesima dottrina, infatti, «l'af-

fermazione che l'effetto è indivisibile fra le sue condizioni e, correlativamente, che sono inscindibili le condizioni che hanno concorso alla sua produzione, contrasta persino con la natura medesima del diritto che, in quanto esige che a ciascuno venga attribuito soltanto ciò che gli spetta, in relazione alla condotta tenuta, ha d'uopo di scindere, nella serie delle conseguenze, quelle che unicamente sono attribuibili alla condotta antigiuridica, e di distinguere fra le condizioni di un medesimo evento» (32).

Note:

(25) Opinione peraltro anche autorevolmente condivisa. Si veda per tutti A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 21, nota 65, secondo il quale la responsabilità proporzionale «porterebbe ad una conversione del giudizio probabilistico sulla causazione dell'evento lesivo in un giudizio sulla misura del danno da risarcire, giudizio che con la causalità e la probabilità nulla ha a che fare».

(26) Cfr. M.L. Ruffini, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, cit., 57 ss.

(27) Come sottolineato da A. Huerta Ferrer, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, 196 s., nei lavori preparatori del Codice Rocco numerose erano state le voci contrarie alla soppressione dell'attenuante in discorso. Peraltro, anche in alcuni dei primi progetti di riforma del codice Rocco, la circostanza attenuante in questione ricompariva. Cfr. M. Siniscalco, voce *Concausa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 352 s. e M. Punzo, *Il problema della causalità materiale*, Padova, 1951, 118 ss., che afferma altresì l'iniustizia cui sovente giunge, in materia di concorso di cause, l'assenza «di criteri moderatori, del tutto banditi dal codice in vigore» (*ibidem*, 128). Analoga attenuante, limitata alle fattispecie di causalità omissiva in relazione a quelle commissive, era stata inoltre proposta nel progetto preliminare di riforma del codice penale del 1949. In senso favorevole all'innovazione, G. Ponz De Leon, *La causalità dell'omissione nel sistema penale (Contributo all'interpretazione del cpv. dell'art. 40 c.p.)*, Milano, 1964, 45 s. e 55. Analoghi progetti di riforma - di cui danno conto A.A. Dalia, *Le cause sopravvenute interrotte del nesso causale*, Napoli, 1975, 14, nota 28 e F. Introna, *Il problema della causalità tra diritto e medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 11 - sono stati presentati anche più recentemente. Ciò basti a constatare quanto il problema fosse sentito sino a tempi relativamente recenti.

(28) Cfr. B. Tassone, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuristica e comparata*, Napoli, 2007, 45, 97 ss. e 165 ss., U. Violante, *Concorso di colpa e allocazione della responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 483 ss. e Id., *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, 59 ss.

(29) Così R. Pucella, *La causalità "incerta"*, cit., 174.

(30) Cfr. R. Pucella, *La causalità "incerta"*, cit., 210 ss.

(31) S. Ranieri, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936, 111 ss., spec. 122 s.

(32) S. Ranieri, *La causalità nel diritto penale*, cit., 5. Più di recente argomenta condivisibilmente B. Tassone, *Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, cit., 1101, che «dal principio della condicio sine qua non deriva necessariamente il corollario dell'irrelevanza delle concause solo se si attribuisce alla stessa un carattere "esclusivo", cosa che non appare corretta alla luce dell'argomento (...) per cui se con la condotta di Caio ha concorso quella determinante di Tizio, ciò vuol dire che in assenza di questa Caio non avrebbe cagionato esattamente quel danno ovvero una parte di esso, dovendosi allora concludere che ciascuna delle concause ha contribuito solo *pro parte*».

Né può dirsi che il tema di nostro interesse sia totalmente indifferente ai sopra illustrati argomenti di origine penalistica, dato che, come la Cassazione ha recentemente affermato in uno dei suoi più importanti arresti sul punto (33), «i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p.».

Inoltre, è stato autorevolmente sottolineato «che la condotta di un certo soggetto sia stata *condicio sine qua non* del danno verificatosi non importa altresì necessariamente la conseguenza che si tratti di *condicio sine qua non* esclusiva (...). Da questo insegnamento si evince infatti che il principio causale della *condicio sine qua non* (...) è in realtà inidoneo a giustificare l'integrale sacrificio del corresponsabile, sia nel caso di concorso di più cause imputabili sia nel caso di concorso di cause imputabili con cause fortuite» (34).

Pur limitandoci alle brevi osservazioni sopra formulate (35), riteniamo che il tema della presunta invisibilità del nesso causale meriti un approfondimento maggiore di quello operato dalla Cassazione. Quanto sopra ci pare ulteriormente confermato dal fatto che la stessa Cassazione abbia, attraverso la risarcibilità della perdita di *chance*, dato sfogo alle medesime esigenze sottese alla responsabilità proporzionale (36), ossia evitare che la responsabilità si estenda «agli eventi dannosi che, per il concorso causale di circostanze eccezionali, si siano verificati con una gravità enormemente sproporzionata alla gravità del rischio creato con l'atto illecito e persistito fino agli eventi dannosi in questione» (37) e, nel caso della responsabilità sanitaria, ripartire fra pazienti e medici i rischi irriducibilmente insiti nell'attività di cura.

L'asserita disfunzionalità della responsabilità proporzionale

Oltre alle ragioni morfologiche, poste dalla Cassazione alla base del proprio convincimento, che abbiamo peraltro visto non essere del tutto convincenti, la Suprema Corte menziona anche una presunta disfunzionalità della teoria della responsabilità proporzionale, che, a giudizio del Collegio, «darebbe luogo ad inestricabili difficoltà di gestione dei territori di "causalità incerta"», atteso che in ogni ipotesi di danno ricorrono «inevitabilmente circostanze naturali e non imputabili, variabili indipendenti destinate ad influenzare anche non marginalmente la determinazione del *quantum* risarcitorio - luoghi, tempi, qualità e caratteristiche di persone e cose così che il dischiudere l'uscio del principio di propor-

zionalità trasmuterebbe ben presto nella ricerca di quelle circostanze via via modellata secondo un più o meno elevato grado di facilità nell'individuare, circoscriverle, descriverne la portata e farle valere con successo in giudizio - con il rischio di rendere quest'ultimo sempre più complesso e dispendioso». Tale argomentazione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno in quanto, se coerentemente sviluppata, condurrebbe al rigetto anche della probabilità logica. Ci siamo soffermati precedentemente sul punto della sentenza in commento nella quale la Cassazione dà correttamente conto del fatto che l'accertamento del nesso causale secondo i dettami della probabilità logica richiede una «analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella sua dimensione di "unicità" non ripetibile, della singola vicenda di danno, della singola condotta causalmente efficiente alla produzione dell'evento, tutte a loro volta permeate di una non ripetibile unicità».

La sentenza Franzese, in effetti, ha cambiato radicalmente il concetto stesso di spiegazione causale, che

Note:

(33) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-581-582-584, in *Corr. merito*, 2008, 694, con nota di G. Travaglio, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

(34) P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., 150.

(35) Sulle quali sia consentito il richiamo a L. Nocco, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 317 ss. ed alle argomentazioni ivi più compiutamente svolte.

(36) Sottolineano l'identità di *ratio* della perdita di *chance* e della responsabilità proporzionale B. Tassone, *Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, cit., 1108 s. e R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., 64, per il quale «la teoria delle *chances* è, fondamentalmente, una stampella della zoppia causale e non una questione di interessi lesi». Del resto, anche M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.*, 2008, 60, che pure successivamente si sarebbe espresso a sfavore del nuovo indirizzo inaugurato con la sentenza n. 975/2009 della Cassazione, aveva ammesso, commentando Cass. n. 21619/2007, che con la perdita di *chance* era stato rigettato l'approccio causale del "tutto o niente", peraltro paventando che proprio l'adozione della perdita di *chance* potesse «risolversi in un vero e proprio boomerang per i danneggiati, con una contrizione complessiva del *quantum* dei risarcimenti». Sullo stretto legame fra rigetto dell'"all-or-nothing approach" e risarcibilità della *chance* si veda anche, nella letteratura di *common law*, ex multis, S.F. Brennwald, Comment: Proving Causation In "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach, 34 *Cath. U.L. Rev.* (1985) 747 ss., G.J. Zilich, Note: Cutting through the Confusion of the Loss-Of-Chance Doctrine under Ohio Law: A New Cause of Action or a New Standard of Causation?, 50 *Clev. St. L. Rev.* (2002/2003) 673 ss. e D. Hamer Article: "Chance Would Be A Fine Thing": Proof of Causation and Quantum In An Unpredictable World, 23 *Melbourne U. L.R.* (1999) 557 ss.

(37) Così P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 104 ss.

si è tramutato in un'analisi «relativa al grado di conferma che l'ipotesi ha ricevuto sulla base delle prove: se tale grado è ritenuto sufficiente, l'ipotesi è attendibile e quindi può essere assunta come base della decisione, se tale grado è ritenuto insufficiente l'ipotesi è inattendibile» (38).

La nozione stessa di nesso causale, dunque, si trasforma in una questione probatoria, sicché pare a chi scrive sussistere una certa contraddittorietà nel ragionamento fatto dalla Cassazione nel momento in cui ritiene «disfunzionale» la responsabilità proporzionale perché renderebbe eccessivamente «complesso e dispendioso» l'accertamento del nesso causale in quanto se tale ragionamento venisse coerentemente sviluppato, condurrebbe al ripristino di un accertamento eziologico esclusivamente focalizzato sulla probabilità statistica.

Insomma, è il concetto stesso di probabilità logica a comportare un più complesso accertamento causale, ed il fatto che si attribuisca rilevanza alle concause naturali rappresenta nient'altro che un'ulteriore conseguenza di tale metodica.

Del resto, se è vero che, dando sfogo alla rilevanza delle concause naturali, il rischio è produrre una notevole complicazione nell'accertamento causale, d'altro canto il «tutto o niente» si dimostra sempre più una risposta insoddisfacente.

Infatti, come è stato ricordato, «il progresso tecnologico bio-medico nel settore della semeiotica (cioè nella ricerca dei sintomi) è divenuto tale che a monte di un caso patologico è sempre più frequente il rinvenimento di più fattori etiologici di diversa qualità e quantità» (39).

Ad esempio, la recente scoperta del genoma umano sta permettendo di riconoscere l'origine ereditaria di patologie la cui insorgenza in passato era erroneamente attribuita a fattori esclusivamente esogeni (40). Inoltre, nel caso del mesotelioma pleurico, se fino a poco tempo fa si riteneva che l'unica causa possibile fosse l'amianto, ora «si studia la possibilità che esso sia determinato dal virus SV40 (contenuto in alcune partite infette di vaccino antipoliomelite diffuse negli anni Cinquanta ed ottenute dal sangue di scimmie malate)» (41). C'è poi da scommettere che quelli sopra riportati siano solo due esempi destinati a moltiplicarsi con il progresso scientifico.

Di fronte a queste nuove scoperte, diventa sempre più evidente che «(t)he borderline between liability and non-liability is in many instances and cases rather a grey zone. (...) In that grey area, which probably covers a large number of day to day cases, the justification for establishing liability is almost as convincing as the opposite would have been. Moreover, coincidence (or

bad luck), either on the side of the victim or of the tortfeasor, often play a considerable role» (42).

Ne consegue, come si anticipava, un ulteriore elemento di arbitrarietà della regola del «tutto o niente», recepita dalla sentenza in commento, che consente, com'è stato notato, «il risarcimento integrale in taluni casi assai poco dissimili, qualitativamente, da quelli per i quali nega ogni risarcimento» (43). Se, dunque, di disfunzionalità e di contrarietà ai principi generali si vuol parlare, tali limiti sembrano affliggere non la responsabilità proporzionale, ma piuttosto l'opposta visione di causalità, la quale appare pertanto sempre più difficilmente compatibile con gli obiettivi di deterrenza e di riparazione del sistema (44).

La distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Rigettata la teoria della responsabilità proporzionale

Note:

(38) Così R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 238.

(39) F. Introna, *Il problema della causalità tra diritto e medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 7 s. Si veda di recente nella letteratura USA S.C. Gold, Article: The More We Know, The Less Intelligent We Are? - - How Genomic Information Should, And Should Not, Change Toxic Tort Causation Doctrine, 34 *Harv. Envtl. L. Rev.* (2010), 369.

(40) Cfr. A. Fiori, *La causalità nelle malattie professionali (Parte Prima)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 781 s.

(41) Così O. Di Giovine, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 163.

(42) Così J. Spier, *Causation*, in *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law*, cit., 46, n. 13.

(43) Così V. Zeno-Zencovich, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, 77. Nella dottrina USA, in luogo di molti, S. Brinker, Comment: Opening the Door to the Indeterminate Plaintiff: An Analysis of the Causation Barriers Facing Environmental Toxic Tort Plaintiffs, 46 *UCLA L. Rev.* (1999) 1289 ss.

(44) Si vedano sul punto le considerazioni di G. Comandé, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in Id. (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, 66 ss. e M. Capecchi, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 159 ss., che pure, in dissenso con lo scrivente e la dottrina sopra riportata, prospetta un intervento normativo di modifica dell'art. 2055 c.c. «in modo da renderlo applicabile non solo al caso di concorso di cause imputabili, ma anche alle concause naturali». Appaiono del tutto condivisibili, inoltre, le recenti osservazioni di S.C. Gold, Article: The More We Know, The Less Intelligent We Are? - - How Genomic Information Should, And Should Not, Change Toxic Tort Causation Doctrine, cit., 419, secondo il quale «(t)ort law will have to develop more sophisticated methods for dealing with causal interaction than existing rules for apportionment of liability allow». In questo senso peraltro si veda già S. Gold, Note: Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence. 96 *Yale L.J.* (1986) 376 ss.

le, la Cassazione prospetta la possibilità di tener conto di eventuali stati patologici pregressi del danneggiato sul versante della quantificazione del danno, riproponendo un marcato dualismo fra causalità materiale e causalità giuridica e parzialmente stemperando il rigore dell'alternativa fra "tutto o niente" che la stessa Cassazione veicola. Ciascuno di tali stati patologici pregressi costituisce, infatti, una potenziale concausa naturale che potrà concorrere ai fini della quantificazione del danno.

Com'era stato sollecitato da parte della dottrina (45), poi, la Cassazione distingue fra ipotesi di responsabilità contrattuale e di responsabilità aquiliana ai fini del riparto degli oneri probatori.

Mentre nel caso della responsabilità aquiliana «il giudice del merito valuterà comparativamente le prove addotte da ciascuna delle parti, gravando in tal caso l'onere probatorio comunque sul danneggiato», nella responsabilità contrattuale «il giudice, in ossequio alla diversa distribuzione degli oneri probatori, esaminerà, da un lato, l'allegazione, da parte del creditore/danneggiato, dell'idoneità della condotta (commissiva od omissiva) alla produzione dell'evento di danno, dall'altro, la eventuale prova positiva, fornita dal debitore/danneggiante, della causa non imputabile, e cioè di un fatto sufficientemente certo che inequivocabilmente escluda in radice il nesso etiologico».

A parte la critica "gius-realista" che potrebbe provocatoriamente essere sollevata a tale tipo di distinzione (46), essa ad avviso di chi scrive non fa altro che confermare lo "spezzettamento" del nesso di causalità (47) che in altro studio avevamo già ravvisato (48) e determina, ci pare, un ulteriore contrasto rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità, la quale nelle pronunce dell'11 gennaio 2008, nn. 576-581-582-584, aveva esplicitato che «il criterio di imputazione nella fattispecie (con le ragioni che lo ispirano) serve solo ad indicare quale è la sequenza causale da esaminare e può anche costituire un supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione delle regole proprie del nesso eziologico, ma non vale a costituire autonomi principi della causalità» (49).

È infatti evidente che, sebbene l'accertamento del nesso causale resti, sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale, formalmente ispirato agli artt. 40 e 41 c.p., e sebbene la regola di giudizio resti in ambo i casi il "più probabile che non", la diversa allocazione del rischio della causa ignota comporta, di fatto, la creazione di due tipi di causalità differenti e paralleli.

Il fatto che nelle ipotesi di responsabilità contrattuale gravi integralmente sul danneggiante il rischio

della mancata prova rigorosa della causa non imputabile, inoltre, di fatto riduce fortemente gli spazi difensivi consentiti al convenuto proprio nel contenzioso di responsabilità sanitaria, ossia laddove sono insiti ed ineliminabili, nonostante il progresso scientifico, rischi che possono sia derivare dall'imperfezione delle metodologie diagnostiche e terapeutiche, sia dalla diversa efficacia soggettiva che le suddette metodologie hanno nei confronti dei singoli organismi.

Quanto sopra, a mio avviso, rende non del tutto condivisibile il parallelo effettuato dalla Cassazione con la "thin-skull rule" di *common law*.

Tale regola, che, com'è noto, impone una responsabilità estesa anche a circostanze ed a pregiudizi imprevedibili (50), sebbene sia quasi generalmente osservata (51), rappresenta in realtà una scelta di politica del diritto e non un'opzione obbligata dalla struttura del nesso di causalità (52).

Com'è stato notato, «(t)he policy consideration behind is to secure participation in society for people with some handicap» (53). Tuttavia, analoga funzione non può

Note:

(45) M. Bona, "Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima, cit., 1667.

(46) Si veda V. Zeno-Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 336: «A voler essere ancor più gius-realista è del tutto indifferente la collocazione aquiliana o contrattuale della responsabilità medica, non perché le loro regole siano uguali (sappiamo che non lo sono) ma perché il giudice le utilizzerà in maniera funzionale all'obiettivo che ritiene corretto raggiungere».

(47) In questi termini anche L. Caputi, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvalutato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 189.

(48) Sia consentito il richiamo a L. Nocco, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 226 ss. e 333 ss.

(49) Su tale punto delle sentenze delle Sezioni Unite si veda M. Capecci, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, cit., 152.

(50) Sul punto si vedano, *ex multis*, M.L. Wells, Proximate Cause and the American Law Institute: The False Choice Between the "Direct-Consequences" Test and the "Risk-Standard", 37 U. Rich. L. R., 2002-2003, 389, 419 s.; R.W.M. Dias, Negligence - Remoteness - The Polemis rule, 20 C.L.J. (1961), 23-30, 27; G. Williams, The Risk Principle, 77 L.Q.R. (1961) 179, 196; M. Stauch, Risk and Remoteness of Damage in Negligence, 64 M.L.R. (2001) 191, 207.

(51) Cfr. C. Von Bar, *The Common European Law of Torts*, II, Oxford University Press, Oxford, 2000, 484 ss.

(52) Cfr. ad esempio, nella letteratura di *common law*, J. Healy, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, Sweet & Maxwell, London, 1999, 194.

(53) Così U. Magnus, *German Report*, in J. Spier (ed.), *Unification of tort law: causation*, Kluwer Law International, The Hague- (segue)

essere esplicitata dalla *thin-skull rule* nell'ambito della responsabilità sanitaria, laddove non solo non sussiste l'interesse, sopra richiamato, a garantire alle "persone svantaggiate" la partecipazione nella società, ma in cui la criticità delle precarie condizioni di salute del paziente è assolutamente strutturale.

Al contrario, nella responsabilità sanitaria sussiste un interesse che è opposto, e che è ben esemplificato dalla *ratio* originaria dell'art. 2236 c.c. come si legge nella relazione del Guardasigilli, ossia «non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista».

Tutto ciò non dovrebbe teoricamente coinvolgere il rapporto causale che è, o dovrebbe essere, «un elemento fisso, statico, insensibile alla natura o alla gravità del reato; esso si accompagna ad un identico criterio di giudizio per qualsiasi rapporto tra condotta ed evento» (54).

Tuttavia, è convinzione condivisibilmente fatta propria in più occasioni dallo stesso autorevole estensore della sentenza qui commentata (55) che il nesso causale sia questione «pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura» (56), sicché esso, quantomeno «in sede civile», è «destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto» (57).

Ad avviso di chi scrive, corollario di tale impostazione è che il nesso eziologico possa assumere fisionomie diverse a seconda del contesto di riferimento, come del resto già di fatto avviene.

Ciò significa che la "*thin-skull rule*", che in effetti contrasta con qualsiasi tentativo di "*causal apportionment*", può teoricamente trovare applicazione, ad esempio, negli illeciti dolosi e non in quelli colposi, oppure in quelli che destano maggiore allarme sociale o riprovevolezza e non in quei settori, come la responsabilità sanitaria, in cui appare opportuna una ripartizione meno unidirezionale dei rischi, aspetto che, conclusivamente, ed in aggiunta ai rilievi sopra formulati, la sentenza qui in commento non prende in considerazione.

Conclusivamente, la sentenza in commento, rispetto al precedente di Cass. n. 975/2009, ci pare costituire un "passo indietro", sebbene molto meglio argomentato, che non coglie l'esigenza di un sostanziale ripensamento delle regole di ripartizione delle responsabilità a nostro avviso inevitabile in ragione delle incertezze scientifiche. Riteniamo inoltre che la consapevolezza dell'insufficienza del modello at-

tuale emergerà progressivamente con l'affacciarsi di nuove casistiche giurisprudenziali come quella della richiesta ai datori di lavoro del risarcimento dei danni sofferti per le patologie asbesto correlate.

Il fatto che gli stati pregressi del danneggiato debbano essere tenuti in considerazione nella quantificazione dei danni stempererà gran parte dei problemi che il ritorno al "tutto o niente" sembra far profilare. Tuttavia, l'evidente contrasto fra la sentenza qui annotata e una parte della giurisprudenza di legittimità precedente (oltre alla sentenza n. 975/2009 rammentiamo anche le pronunce nn. 576-581-582-584/2009) induce a ritenere a questo punto opportuno un intervento chiarificatore da parte delle Sezioni Unite.

Note:

(continua nota 53)

London-Boston, 2000, 66. Come nota anche P. Cendon, *Circostanze incerte e responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1268, sussiste infatti la necessità di tutelare i soggetti deboli «in nome dell'idea secondo cui impostazioni diverse costringerebbero le persone svantaggiate a non uscire di casa».

(54) M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, VI ed., Padova, 2006, 94 e 96. In senso conf., G. Salcuni, *Aporie e contraddizioni in tema di colpa professionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1615.

(55) Si veda G. Travaglino, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. merito*, 2008, 694 ss., nonché le note sentenze citate ai punti successivi, di cui il medesimo è estensore.

(56) Così Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, cit.

(57) Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

Danno da c.d. "perdita del tempo libero"

Il diritto al tempo libero non è un diritto inviolabile?

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 27 aprile 2011, n. 9422 - Pres. Filadoro - Rel. Uccella - P.M. Finocchi Ghersi - S.N.M. c. TELECOM ITALIA SPA

I diritti inviolabili costituzionalmente rilevanti non sono soltanto quelli positivamente previsti, ma anche quelli ricavabili da documenti internazionali: si tratta di diritti e interessi riconosciuti dall'ordinamento e garantiti erga omnes in quanto fondanti la persona umana. Di talché, le norme costituzionali da un lato, le disposizioni della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il Trattato di Lisbona e la Carta di Nizza dall'altro, non permettono di sussumere il diritto al tempo libero fra i diritti fondamentali dell'uomo, in quanto il suo esercizio è rimesso all'esclusiva autodeterminazione del soggetto, che è libero tra l'impegno continuo nel lavoro e il dedicarsi, di converso, alla realizzazione del proprio tempo libero per il tramite di altre e diverse attività: conseguentemente, la sua lesione non costituisce un danno non patrimoniale risarcibile.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in <i>Giur. it.</i> , 2008, I, 2646 ss.; Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, in <i>Resp. civ. prev.</i> , 2008, 2450 ss.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

Con l'unico motivo - insufficiente ed incongrua motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.) - il ricorrente si duole che erroneamente il giudice dell'appello non avrebbe riconosciuto in capo a lui il diritto al tempo libero come vero e proprio diritto soggettivo, non riconducibile ai diritti della personalità tutelati dagli artt. 2 e 3 Cost. e non dotati di autonoma caratterizzazione, anche perché, esaminando la domanda dell'attore, in parte qua, il giudice avrebbe rinvenuto, erroneamente, a suo avviso, una contraddizione, in quanto il criterio risarcitorio a tal fine si sarebbe basato sul valore dell'ora di lavoro maggiorato del 40%. Questa, in estrema sintesi, la doglianza, con la quale si censura la sentenza anche per non avere determinato il danno secondo il disposto dell'art. 1226 c.c. In punto di fatto, la richiesta di risarcimento per perdita del tempo libero riguarda la perdita di quattro ore di tempo libero da calcolare come ore di straordinario.

Osserva il Collegio che il motivo non merita accoglimento.

Al riguardo, va posto in rilievo che i diritti inviolabili dalla valenza costituzionale sono quelli non solo positivamente, ma anche che emergono dai documenti sovranazionali, quali interpretati dai giudici nella loro attività

ermeneutica. Si tratta di diritti o interessi che l'ordinamento non solo riconosce, ma garantisce e tutela con efficacia *erga omnes*, proprio perché fondanti la persona umana, che presenta una sua dignità, la quale fa da presupposto ineludibile per il loro esercizio e la loro attuazione.

Ciò posto, la normativa costituzionale da un lato, le norme della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, lo stesso Trattato di Lisbona con l'allegata - e giuridicamente vincolante - Carta di Nizza, la Carta sociale Europea aggiornata nel 1999, dall'altro, non consentono di ritenere il diritto al tempo libero come diritto fondamentale dell'uomo e, nella sola prospettiva costituzionale, come diritto costituzionalmente protetto e ciò per la semplice ragione che il suo esercizio è rimesso alla esclusiva autodeterminazione della persona, che è libera di scegliere tra l'impegno instancabile nel lavoro e il dedicarsi, invece, a realizzare il suo tempo libero da lavoro e da ogni occupazione.

Questa sua caratterizzazione di autonoma opzionalità lo distingue dai diritti inviolabili, che sono, di per sé, eccetto i limiti posti dalle leggi, che, comunque con essi si devono confrontare, pena la loro disapplicazione, diritti irrinunciabili della persona, perché ne fondano la giuridica esistenza sia dal punto di vista della identità individuale che della sua relazionalità sociale.

Lo stesso inserimento nella Carta di Nizza dei diritti ricavi-

vati dalle Carte sociali adottate nell'ambito dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa - da tenere presenti anche dall'interprete interno, per l'apertura internazionalistica del nostro sistema - non prevede tra i diritti tutelati il "diritto al tempo libero", mentre rafforza il tempo impiegato nel lavoro, peraltro già oggetto di specifica tutela costituzionale.

Ciò posto in linea di pura teoria del diritto, va affermato che il richiamo all'autorevole sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte (sez. un. n. 26972/08) non appare conferente per il caso di specie, anzi la decisione sembra rafforzativa della sentenza impugnata. Infatti, sulla base delle argomentazioni svolte negli ultimi tempi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le Sezioni Unite riconoscono la tutela risarcitoria, 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 ed, aggiunge questo Collegio, internazionalmente riconosciuta e qualificata. Invero, nella motivazione, le Sezioni Unite escludono ogni risarcibilità proprio per quello che il ricorrente definisce un problema che si manifesta con preoccupante frequenza nella vita quotidiana, per cui gli utenti sono costretti a trascorrere ore a stare in coda, tanto che sta assurgendo a causa primaria della oggettiva insufficienza di ogni giornata ad adempiere alle proprie incombenze lavorative (p. 7 ricorso).

Infatti, il ricorrente invoca i fastidi della vita quotidiana che, per le Sezioni Unite integrano solo un attentato a diritti immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva, il diritto ad essere e vivere felici. In questi casi, se non prevista dalla legge, la lesione di un tale "immaginario" diritto non è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale.

Quanto sopra osservato rende irrilevante l'assunto del ricorrente circa l'obbligo del giudice del merito di applicare l'art. 1226 c.c.: assunto, peraltro, infondato, perché, come rileva la resistente, il ricorrente non ha neppure allegato e provato il danno eventualmente subito nelle quattro ore in cui non ha potuto godere, a suo dire, del c.d. diritto al tempo libero (v. sez. un. n. 26972 cit.) ed anche nel ricorso non allega alcuna circostanza dell'effettivo danno.

Del resto, osserva il Collegio che la domanda del ricorrente si presenta contraddittoria.

Infatti, egli ha chiesto di determinare il danno sulla base del criterio dell'ora lavorativa maggiorata del 40%. E su questo, corretta è la risposta dei giudice dell'appello, il quale qualifica la domanda come eventuale richiesta di perdita di *chances*, peraltro, mai oggetto di contraddittorio tra le parti.

Su questo capo della sentenza è suggestiva, dal punto di vista dialettico, la censura del ricorrente, con la quale egli evidenzia che tale richiesta fu fatta solo per valorizzare le ore del tempo libero, applicando la stessa maggiorazione prevista per le ore straordinarie. Infatti, è evidente che l'eventuale risarcibilità del tempo libero non può nemmeno analogicamente essere riferita al valore delle ore di lavoro straordinario, per la contraddizione tra il suo elemento caratterizzante la libertà da ogni occupazione retribuita - e l'incremento patrimoniale voluto dal soggetto con il sottoporsi alle ore di lavoro straordinarie (v. p. 8 sentenza impugnata).

Conclusivamente, il ricorso va respinto e le spese, che seguono la soccombenza, vanno liquidate come da dispositivo.

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Alessandro Galati

L'annotata decisione, pur col condivisibile intento di contenere l'area del risarcibile *ex art. 2059 c.c.*, in maniera non persuasiva esclude dal novero dei diritti inviolabili dell'uomo il diritto a scegliere liberamente le modalità e le forme di impiego del cosiddetto "tempo libero".

Premesse fattuali e sistematiche

La sentenza in epigrafe rappresenta un'ulteriore tappa del complesso e - per certi versi - tormentato percorso ermeneutico che la Corte di cassazione ha ormai da lungo tempo intrapreso nel tentativo - invero oggettivamente assai difficoltoso - di fornire non solo una definizione appagante di danno non patrimoniale, ma anche un'interpretazione dell'art. 2059 c.c. che ne consenta un'applicazione il più possibile razionale e coerente, capace da un lato di garantire un adeguato ristoro ad effettivi pregiudizi, confinandoli di converso nell'area dell'irrilevante giuridico i

meri capricci, i semplici fastidi e i banali disappunti, e - dall'altro lato - di evitare l'incontrollata proliferazione nella giustizia di merito di supposti beni giuridici giudicati degni di protezione ma che, in realtà, non vantano a loro fondamento un substrato positivo certo ed immediatamente percepibile, in forza del quale sia dogmaticamente giustificabile la loro tutela.

Proprio ponendosi questo scopo finale, e dunque tendendo alla limitazione dell'area del risarcibile *ex art. 2059 c.c.*, l'annotata decisione giunge a negare la ristorabilità del danno non patrimoniale lamenta-

to dall'attore che, nei propri atti difensivi, lo aveva inteso come causalmente derivante dall'illegittima sospensione, protrattasi per tre giorni, della fornitura del servizio della linea telefonica e della linea *internet* "adsl", affermando che da tale situazione e dalla conseguente attesa dell'intervento dei tecnici specialisti adibiti al ripristino del servizio stesso, era derivata una lesione del proprio diritto al tempo libero dovuta all'impossibilità di dedicarlo alle conversazioni telefoniche ed alla "navigazione" nella rete *web*: tale soluzione è sicuramente condivisibile nei termini che appresso si diranno ma, riteniamo, assai meno plausibile e dunque criticabile è il ragionamento con cui la motivazione perviene a denegare la tutela domandata nell'atto introduttivo del giudizio.

Infatti il Supremo Collegio, nella motivazione del suo *dictum*, chiaramente afferma, per sorreggere la propria decisione, che il diritto al libero impiego del tempo che una persona non dedica ad attività lavorativa (il cosiddetto "diritto al tempo libero") non può concettualmente annoverarsi fra quei diritti umani dotati del crisma dell'invulnerabilità; nella prospettiva adottata dalla Suprema Corte, cioè, i diritti soggettivi inviolabili riconosciuti e garantiti dal nostro ordinamento sono quelli che possono definirsi come fondanti la persona umana, contraddistinguendola come tale nella sua individualità e nella sua dignità. Viceversa, sempre secondo il Collegio, il diritto al tempo libero non ha, né può vedersi interpretativamente riconosciuto, questo valore fondante (quindi dovrebbe considerarsi privo di primaria rilevanza costituzionale) perché sarebbe rimesso alla esclusiva autodeterminazione del soggetto, il quale - in sostanza - può scegliere fra il destinare a suo piacimento gli spazi temporali della sua vita non dedicati ad attività lavorative o familiari, oppure il trascorrere anche queste ore nel luogo di lavoro. Inoltre, ritiene ancora la Cassazione, del diritto al tempo libero non vi è traccia testuale né nelle fonti nazionali - ivi compresa quella più alta, cioè la Costituzione - né nelle fonti sovranazionali.

A nostro avviso, il principio di diritto di cui alla massima, espressione dell'*iter* riflessivo e motivazionale ora sommariamente esposto nei suoi tratti essenziali, non è persuasivo (1) e presenta consistenti profili di contrasto sia con l'impianto costituzionale (segnatamente, come di qui a poco si vedrà, con le norme della Carta relative ai diritti inviolabili e, in particolar modo, con la disposizione relativa al diritto alla libertà personale), sia con quei punti cardine della disciplina del danno non patrimoniale e del suo risarcimento che la migliore giurisprudenza del-

la stessa Cassazione ha elaborato nell'ultimo decennio, nel suo sforzo di fornire all'interprete un metodo esegetico valido per tutti quei casi in cui si trova a dover confrontarsi con l'art. 2059 c.c. (2).

Considerazioni critiche

A noi pare, innanzitutto, che il Supremo Collegio - pur, va ribadito, con l'intento condivisibile e lodevole di contenere entro limiti dogmaticamente e logicamente accettabili la nozione di danno non patrimoniale - abbia in questa occasione utilizzato un procedimento logico-argomentativo sistematicamente disorganico e dunque non convincente, affermando, per di più, un principio di diritto potenzialmente "pericoloso": infatti, il ritenere che il tempo libero degli individui non possa costituire oggetto di un loro diritto inviolabile sembra riproporre un atteggiamento ermeneutico proprio di epoche passate e lontane, nelle quali sia l'impostazione politico-culturale che l'assetto istituzionale dello Stato tradi-

Note:

(1) Ziviz, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1296 ss.

(2) Il riferimento è essenzialmente a Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss., e alla più recente Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.*, 2008, I, 2646 ss. In merito al cosiddetto danno esistenziale, figura che è rilevante ai fini del presente lavoro, gli arresti del 2003 stabilivano come è noto che per la sua risarcibilità *ex art. 2059 c.c.* era necessaria la lesione di un *interesse costituzionalmente garantito*, ricavabile dal giudice in virtù dell'interpretazione complessiva delle norme e dei principi costituzionali; in un'ottica di completamento della lettura data nel 2003 (ma anche, aggiungiamo noi, di limitazione dell'area del pregiudizio non patrimoniale) le Sezioni Unite del 2008 hanno ritenuto che per la risarcibilità del danno non patrimoniale (ora inteso nella sua dimensione unitaria e articolabile solo a fini descrittivi nelle tre categorie del danno morale, biologico ed esistenziale, prive però di autonomia concettuale e dogmatica) è necessaria, al di fuori delle ipotesi in cui sussiste una puntuale previsione legale, l'aggressione di un *diritto inviolabile della persona*, che sia presente nell'elencazione espresa rinvenibile nella prima parte della Costituzione, oppure ricavabile dall'interprete alla luce della complessità dell'ordinamento costituzionale razionalmente considerato. Circa la dottrina in tema di danno non patrimoniale, anche per una ricostruzione del vasto dibattito che nel corso degli anni si è registrato in materia e che in questa sede non è possibile riproporre, si rinvia a: Mastroianni, *Il danno non patrimoniale quale categoria autonoma*, in *La responsabilità civile* 2011, 605 ss.; Pardolesi-Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, in *Foro it.*, 2009, 128 ss.; Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in questa *Rivista*, 2009, 1 ss.; Cendon, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, II, Torino, 2009; Franzoni, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 ss.; Id., *Cosa è successo al 2059 c.c.*, in *La responsabilità civile* 2009, 20 ss.; Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 56 ss.; Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in questa *Rivista*, 2004, 5 ss.; Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro it.*, 2003, 2277 ss.; Id., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*.

vano una marcata e pregiudiziale ostilità verso le formule normative che garantivano le libertà, finendo così per renderle, da un punto di vista pratico, del tutto ineffettive ed inoperanti (3); oppure - il che, comunque, ai nostri fini è lo stesso - così ritenendo sembra quasi che la libertà si possa intendere come uno stato di fatto ormai acquisito, imperituro e dunque abituale, rispetto al quale ci si può anche permettere un atteggiamento disinteressato ed indifferente (4).

Ciò, davvero, ci pare inaccettabile, dovendosi piuttosto considerare ed intendere il complesso delle libertà individuali non come un qualcosa di scontato, ma come un'articolata struttura positiva posta a garanzia di una connotazione essenziale dell'umano essere, la quale, una volta acquisita, va difesa e "ricquistata" giorno per giorno (5), evitando di indebolirla o sminuirla con affermazioni strutturalmente deboli.

In questo senso ragionando, allora, ben si vede come non possa essere condivisa la parte della motivazione della decisione in commento nella quale si legge, in sostanza, che né la Costituzione, né le fonti sovranazionali, considerano il diritto al tempo libero come caratterizzato dall'attributo dell'inviolabilità: l'affermazione, innanzitutto, sembra improntata ad una lettura di stampo esclusivamente "giusnaturalista" del principio liberale posto dall'art. 2 Cost., secondo la quale, proprio perché la Repubblica "riconosce" i diritti inviolabili, fra essi sarebbero annoverabili esclusivamente quelli preesistenti all'aggregazione in forma di Stato della comunità umana, senza dunque che possa attribuirsi la dimensione dell'inviolabilità a valori e situazioni che il diritto naturale non intende come tali o comunque non contempla puntualmente (6).

Questa interpretazione dell'art. 2 Cost., però, pare dimenticare che nella vigente Costituzione, in un'ottica di ferma reazione alle distorsioni del concetto di libertà imposte nell'ultimo periodo statutario dall'ordine corporativo e dalla dottrina fascista (7), si è ritenuto opportuno di stabilire, nel testo della citata disposizione, non solo che la Repubblica "riconosce" i diritti inviolabili, ma anche che li "garantisce", in quanto siano funzionali allo sviluppo della personalità dell'uomo, considerato sia nella sua dimensione di singolo individuo che di membro di una collettività; da ciò consegue che i diritti inviolabili nell'epoca attuale, caratterizzata dalla vigenza dell'ordinamento repubblicano, sono tutti quelli elencati nel "catalogo delle libertà" di cui alla prima parte della Carta, in quanto espressamente funzionali allo sviluppo della personalità (8), nonché

quelli che, pur non testualmente previsti dalla fonte primaria, sono tuttavia ricavabili dall'interprete in quanto concretamente esistenti nell'odierno tessuto sociale e pertanto sussumibili nella clausola generale di cui al citato art. 2 Cost. (9), nella misura in cui siano dotati della stessa intrinseca capacità realizzatrice della personalità del loro titolare: il giudice, infatti, nel contesto di quel momento creativo che contraddistingue la sua attività ermeneutica (10), è chiamato ad attualizzare razionalmente il senso e la portata delle disposizioni che si trova ad applicare, visto che - come autorevolmente notato (11) - il diritto cresce oltre il Legislatore che lo ha posto in quanto è costretto, nel periodo della sua vigenza, a riferirsi a situazioni non prevedibili al tempo della sua positiva statuizione.

Se questa è, come ci pare di poter sostenere, la più corretta interpretazione dell'art. 2 Cost., allora è davvero poco appagante il metodo esegetico utilizzato dalla Cassazione per giungere al principio di cui è massima, dato che pare obliare completamente il legame sistematico che sussiste fra tale norma e quella che disciplina il principale fra i diritti di libertà, ovvero la libertà personale: il collegamento fra le due disposizioni, infatti, è talmente evidente che, per apprezzarne la forza precettiva, è sufficiente porre mente al tenore letterale del primo comma

Note:

(3) Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961, 6 ss.

(4) Croce, *La storia come pensiero e come azione*, ed. ec. rist. Bari, 1966, 49: condivisibilmente, infatti, l'illustre Studioso nota che più sono lunghi i periodi storici in cui un ordinamento liberale è stabile e non contestato, tanto più tutto al suo interno tende a degradare a mera ed inconsistente abitudine.

(5) Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, 154.

(6) Per un'ampia descrizione di tale concezione Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali, Parte gen.*, Padova, 1983, *passim*; Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, *passim*.

(7) È noto, infatti, che durante il "ventennio", le libertà non erano come oggi considerate uno strumento di realizzazione della persona, ma - nell'ambito di una concezione cosiddetta "funzionale" delle stesse - un mezzo che consentiva allo Stato di perseguire i suoi fini etici per il tramite dell'esercizio delle libertà medesime da parte dei suoi cittadini.

(8) Mazziotti Di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano 1993, 56; di libertà "negativa" come valore fondante dell'ordinamento italiano condivisibilmente parla G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 934.

(9) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, cit.; Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 563.

(10) Spagna Musso, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 934; si veda anche Schlesinger, *Interpretazione della legge civile e prassi delle Corti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 531 ss.

(11) Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 141.

dell'art. 13 Cost. il quale, espressamente, attribuisce al diritto di libertà personale il predicato dell'inviolabilità. A tal riguardo ci sembra infatti che il Supremo Collegio non abbia tenuto nel dovuto conto il fatto che il cosiddetto diritto al tempo libero rappresenta, in realtà, una di quelle facoltà che costituiscono il contenuto (12) effettivo del diritto alla libertà personale, cioè a dire una di quelle possibili forme e modalità di esercizio del diritto soggettivo che il suo titolare ha a disposizione per raggiungere, loro tramite, il bene che soddisfa il proprio contingente bisogno (13).

Conseguentemente, allora, dato che la norma costituzionale di cui all'art. 13 Cost. testualmente dispone che le uniche possibili limitazioni della libertà personale possono pervenire esclusivamente dalla legge, occorre affermare che siffatta situazione soggettiva, come articolata in tutte le facoltà che ne determinano il contenuto (fra le quali, dunque, va annoverata la possibilità di disporre del proprio "tempo libero" in modo scevro da ogni arbitraria coercizione), deve necessariamente intendersi come il diritto di fare tutto ciò che la legge non vieta e, al contempo, di non tenere quelle condotte che - di converso - la legge non impone (14).

Tale garanzia, data l'essenziale funzionalizzazione della libertà personale alla realizzazione della personalità individuale, deve infatti - per non svuotare di significato la previsione costituzionale ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 - essere riferita alla persona nella sua integrale dimensione psicofisica, considerata in ogni ambito temporale della sua esistenza: ne segue perciò che anche quando l'uomo non attiene alla sua occupazione lavorativa, deve comunque essere inteso come libero di atteggiarsi nel modo che ritiene più adatto per la soddisfazione dei propri interessi e delle sue aspirazioni, col solo limite derivante dalla legge; la persona, cioè, anche nel periodo di cosiddetto "tempo libero", è davvero tale solo se è ontologicamente libera, e quindi soltanto se può agire senza condizionamenti di alcun tipo dopo aver potuto, parimenti liberamente, pianificare psicicamente le proprie condotte (15).

Allora, se il diritto di libertà personale ex art. 13 Cost. è da intendersi non solo come diritto a disporre liberamente di sé e del proprio patrimonio, ma anche come diritto alla propria integrale libertà (16), ovvero come diritto ad essere libero non solo in atto ma anche in potenza e perciò come possibilità assolutamente garantita, nei limiti di legge, di scegliere i modi e le forme di utilizzazione del proprio tempo in funzione auto-realizzatrice, davvero non si vede come si possa condividere l'affermazione

a tenore della quale fra i diritti inviolabili non rientri anche quello di individuare, senza subire arbitrari od illegittimi condizionamenti, quali siano le migliori modalità di utilizzo di quelle porzioni orarie non dedicate al lavoro; ciò, ci pare, è tanto più vero se, ponendo ancora una volta mente all'integralità del testo dell'art. 2 Cost., si riflette sul fatto che sia l'attività produttiva o lavorativa, sia il riposo, sia le più svariate condotte "ricreative" successive alle fatiche quotidiane, concorrono tutte assieme a quel fine di realizzazione della personalità individuale cui la Costituzione ricollega la garanzia dei "diritti inviolabili".

Intesa la questione nel senso che precede, dunque, il "diritto al tempo libero", ricompreso nel più ampio *genus* del diritto di libertà personale, è indubbiamente un diritto inviolabile o - per essere ancor più precisi - è una di quelle molteplici facoltà che determinano il contenuto di un diritto inviolabile: pertanto, se dovesse venire inciso oltre la soglia minima della normale tollerabilità come ricostruibile in virtù dei principi di solidarietà politica, economica e sociale e con riguardo alla compiuta valutazione della contemporanea coscienza collettiva (17), il suo titolare necessariamente subirebbe un danno risarcibile ex art. 2059 c.c., purché sia in grado di offerirne in giudizio la prova anche per via indiretta e presuntiva (18).

Note:

(12) Assai opportunamente della facoltà come contenuto dei diritti soggettivi parla Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995, 47.

(13) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 58; Santoro Passarelli, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 748 ss.; Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 22 ss.; Messina, *Diritti facoltativi*, in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 1948, 61 ss.

(14) Mazziotti Di Celso, *op. cit.*, 191 ss.

(15) De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1959, 192-194.

(16) La felice espressione è di Barbero, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, 194-200.

(17) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, cit.; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17208, in *Lav. nella giur.*, 2003, 344 ss.

(18) Sulla prova del danno non patrimoniale mediante presunzioni Cass. 1° dicembre 2010, n. 24401, in *La responsabilità civile* 2011, 602 ss.; Cass. 23 giugno 2010, n. 15224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 24 ss.; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, cit.; Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, in questa *Rivista*, 2006, 843; *contra* in dottrina Scuto, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. giur.*, 1954, 460 ss, il quale ritiene che il danno non patrimoniale è ravvisabile *in re ipsa* una volta che viene accertata la lesione di un diritto costituzionalmente rilevante; in giurisprudenza tale tesi è stata sostenuta, fra le altre, da Cass. 10 maggio 2002, n. 6570, in *Italgire Ced Cass.* e Cass. 3 aprile 2001, n. 4881, in *Giur. dir.*, 2001, 58 ss.

Avviandoci alla conclusione di queste brevi riflessioni, e prendendo spunto da quanto da ultimo rilevato, è lecito affermare che nella sentenza in epigrafe la Cassazione avrebbe potuto comunque raggiungere il risultato della negazione della tutela risarcitoria domandata dal ricorrente in virtù del carattere meramente "bagatellare" del danno lamentato, essendo propriamente un fastidio tollerabile - sia pure con disappunto - ma non certo una fattispecie produttiva di danno non patrimoniale l'illegittima sospensione del servizio di fornitura della linea telefonica protrattasi per soli tre giorni: scegliere questa via esegetica avrebbe comunque permesso ai giudici di non disporre la refusione di un pregiudizio inesistente, ma - al contempo - anche di evitare un'affermazione forte, trascendente il caso deciso e dalla portata tendenzialmente generale come quella descritta dalla massima la quale, peraltro, non solo incorre in contraddizione coi principi costituzionali così come in queste righe interpretati, ma a nostro avviso si presenta anche come stridente con altra giurisprudenza della medesima Corte di cassazione. Ci riferiamo, infatti, a quel novero di pronunce (19) le quali, in tema di contratto di viaggio tutto compreso e danno da vacanza rovinata, ritengono da un lato che "causa concreta" di questo tipo di convenzione sia la finalità turistica, consistente appunto nel fine che l'acquirente del pacchetto persegue e cioè nel godimento di un periodo di *relax* e riposo lontano dalla sua dimensione quotidiana e che, dall'altro, la non realizzabilità per motivi imputabili al *tour operator* di questo scopo concreto è causa di inadempimento e di risarcimento del danno, anche non patrimoniale, subito dall'acquirente del "pacchetto".

A prescindere dalla divisibilità o meno di tali principi di diritto (20), è evidente come nelle sentenze citate si riconosce valore costituzionale - anche ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale - al diritto di godere di un periodo di riposo (in quanto strumento di realizzazione intima dell'uomo) che altro non è se non uno dei concreti modi in cui può impiegarsi il tempo libero dell'acquirente del pacchetto *all inclusive*, il quale evidentemente decide in piena libertà di utilizzare in questo modo il periodo delle cosiddette ferie: fra questa giurisprudenza e la sentenza annotata il contrasto è dunque evidente, anche alla luce della funzione istituzionale del Giudice nomofilattico, il quale, oltre a garantire l'esatta osservanza del diritto nazionale, deve per legge assicurarne pure l'"uniforme interpretazione" (21).

Note:

(19) Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921 ss.; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 542 ss. In tali pronunzie lo "scopo di piacere" che connota la finalità turistica si vede riconoscere un ruolo talmente primario dai Giudici di legittimità che non solo la sua frustrazione ad opera di eventi successivi alla stipula giustifica il risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata ma, addirittura, sul presupposto che non renderebbe realizzabile la causa concreta della pattuizione contrattuale, ne determinerebbe l'estinzione.

(20) Sia consentito, sul punto, un rinvio a Galati, *Contratto di viaggio all inclusive e "causa concreta"*, in *Contratti*, 2009, 309 ss.

(21) Art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (c.d. "Legge di ordinamento giudiziario"); sulle funzioni istituzionali della Corte di cassazione e - segnatamente - sulla garanzia dell'uniforme interpretazione del diritto e sull'effettiva portata di questo obbligo istituzionale del Supremo Collegio si veda Taruffo, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 60 ss.

Nesso causale e regola della probabilità prevalente

Strage di Ustica: ancora sulla responsabilità (non solo omissiva) dei Ministeri preposti alla sicurezza dei cieli

TRIBUNALE DI PALERMO, 10 settembre 2011 - G.I. Proto Pisani - Osnato + 25 c. Ministero della Difesa, Ministero dei Trasporti, Ministero degli Interni, Presidenza del Consiglio dei Ministri

Con riguardo al disastro aereo di Ustica, l'esclusione dell'esplosione di un ordigno collocato all'interno del velivolo quale causa del sinistro, e l'affermazione, in termini di maggiore probabilità, che la causa del disastro sia da individuare in un evento collegato alla presenza di velivoli militari nelle immediate vicinanze del DC9 al momento della sua caduta deve ritenersi sufficiente, ai fini del giudizio civile, per l'affermazione della responsabilità dei Ministeri della Difesa e delle Infrastrutture e Trasporti, senza che si renda necessario un ulteriore livello di analisi delle cause al fine di discriminare la maggiore probabilità tra quella della quasi collisione e quella della detonazione di un missile poiché entrambi gli scenari ritenuti più probabili consentono di configurare il medesimo contributo causale apportato all'evento caduta dell'aereo dai Ministeri convenuti, consistente nel non avere evitato che il volo civile si venisse a trovare nello scenario aereo che ha consentito il suo abbattimento.

Con riguardo al disastro aereo di Ustica, le condotte omissive del Ministero della Difesa (mancata consegna all'autorità giudiziaria della documentazione relativa ai rilevamenti radar dei siti della Difesa Aerea interessati dalla rotta del DC9) e attive (avvenuta distruzione della predetta documentazione nonostante fossero in corso indagini della magistratura), che hanno in concreto ostacolato l'accertamento delle cause del disastro, devono ritenersi quanto meno gravemente colpevoli, anche perché in contrasto con i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 5 maggio 2009 n. 10285, in <i>Foro it.</i> , 2009, I, 2064; Cass. 11 gennaio 2008, nn. 576-585, in <i>Foro it.</i> , 2008, I, 451; Cass. 30 giugno 2005, n. 13957, in <i>Foro it.</i> , Rep. 2005, voce <i>Responsabilità civile</i> , n. 314.
Difforme	Cass. 29 aprile 1996, n. 3939, in <i>Foro it.</i> , Rep. 1996, voce <i>Responsabilità civile</i> , n. 145; Cass. 14 gennaio 1971, n. 66, in <i>Foro it.</i> , 1971, I, 2656.

Motivi della decisione

... *Omissis*...

PARTE I: LA RESPONSABILITÀ DELLE AMMINISTRAZIONI CONVENUTE PER NON AVERE ASSICURATO LA SICUREZZA DEL VOLO

1. Lo standard di certezza probatoria in ordine alla prova della causa del disastro richiesto nel presente processo civile: la regola del "più probabile che non".

Preliminarmente in merito alla prova della causa del di-

sastro si rileva che le considerazioni e le conclusioni svolte dalla Corte di Appello di Roma (nella sentenza del 23 aprile 2007 con cui in accoglimento dell'appello delle Amministrazioni, è stata rigettata la domanda di risarcimento del danni proposta dalle Aerolinee Itavia) in ordine all'impossibilità di accertare, con esclusione di ragionevoli margini di dubbio, le concrete modalità con cui il disastro ebbe a verificarsi (richiamate da parte convenuta in comparsa di risposta) non possono considerarsi dirimenti, in quanto hanno già costituito oggetto di radicale censura da parte della Suprema Corte nella sentenza 10285 del 5.5.2009 (interventiva nelle more di questo

giudizio) con cui è stata cassata con rinvio la predetta sentenza della Corte di Appello di Roma.

Le considerazioni svolte dalla Suprema Corte in tale sentenza - che, sebbene non costituisca tecnicamente un giudicato (se non altro perché resa in un giudizio tra parti diverse) rappresenta un precedente giurisprudenziale imprescindibile, non soltanto per la sua intrinseca autorevolezza ma anche perché resa nell'ambito del giudizio risarcitorio promosso dalla compagnia Itavia in seguito al disastro di Ustica, connotato da un evidente parallelismo con il presente - contrariamente a quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato in sede di repliche orali all'udienza del 15 ottobre 2010, non possono che essere condivise.

Ed invero, poiché nel nuovo codice di procedura penale non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, del codice abrogato, e poiché dall'art. 295 c.p.c. (in occasione della sua riformulazione ad opera dell'art. 35 della l. 26 novembre 1990 n. 353) è stato eliminato ogni riferimento alla cosiddetta pregiudiziale penale, si deve ritenere che il nostro ordinamento non sia più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del giudizio penale su quello civile, e che viceversa sia stato instaurato dal legislatore il sistema della pressoché completa autonomia e separazione fra i due giudizi, nel senso che, tranne alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo civile previste dall'art. 75, comma 3, del nuovo codice di procedura penale, da un lato il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e, dall'altro, il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità (civile) con pienezza di cognizione, non essendo vincolato alle soluzioni e alle qualificazioni del giudice penale.

L'autonomia tra giudizio civile e quello penale, come già rilevato, se da un lato impone al giudice civile di accertare la fattispecie costitutiva della responsabilità aquiliana posta al suo esame, anche se integrante reato, con i mezzi di prova offerti dal rito civile alla sua decisione (tra i quali vi sono addirittura le cosiddette prove legali, completamente sconosciute all'ordinamento penale) e secondo i diversi standards di certezza probatoria propri del processo civile (fondato sulla regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", anziché sulla diversa regola della prova, vigente nel processo penale, "oltre il ragionevole dubbio"), dall'altro lato non preclude che la decisione del giudice civile possa fondarsi, anche in via esclusiva, sulla valutazione di elementi di fatto acquisiti in sede penale, e ricavati dalle sentenze o dagli atti di quel processo, ritualmente acquisiti in sede civile, (poiché le parti di quest'ultimo possono farne oggetto di valutazione critica e stimolarne la valutazione giudiziale su di essi); ciò comporta la possibilità che, a fronte di una situazione probatoria che non consenta di ritenere raggiunti nel dibattimento penale sufficienti risultati ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, il giudice civile possa ritenere sussistente il fatto dannoso e la conseguente responsabilità civile.

L'esplicita affermazione della sussistenza diversi standards

di certezza probatoria propri del processo civile e del processo penale nella Giurisprudenza della Suprema Corte, si è avuta dapprima in tema di valutazione della sussistenza del nesso causale, che deve essere condotto secondo il criterio del "più probabile che non", non essendo necessario, nell'ambito del giudizio civile, che la prova di un fatto sia raggiunta al livello di quella rigorosa "certezza al di là di ogni ragionevole dubbio" richiesta invece nell'ambito del giudizio penale, anche in ragione delle più gravi conseguenze che derivano da tale ultimo giudizio.

Ed invero le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza dell'11 gennaio 2008 n. 584 (pronunciata in materia di responsabilità del Ministero della Salute per i danni derivanti dalle infezioni epatiche contratte tramite emotrasfusione di sangue infetto), dopo aver distinto nell'ambito dell'illecito aquiliano i due momenti del giudizio della causalità materiale (tra condotta e danno inteso come evento lesivo) e del giudizio della causalità giuridica (tra condotta e danno inteso come insieme di conseguenze risarcibili), ed aver ribadito l'applicabilità con riguardo al primo giudizio, *anche in materia civile*, dei principi generali che regolano la causalità di fatto "delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza" hanno affermato:

- "ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e il processo civile è la regola probatoria in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass., 10 luglio 2002, 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";

- "detto standard di certezza probabilistica in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-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 alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma".

Tale regola di giudizio, propria del processo civile, è stata ribadita anche da successive sentenze della Suprema Corte, tra le quali si ricorda proprio quella pronunciata dalla III sezione civile il 5 maggio 2009, n. 10285, (sempre in tema di responsabilità civile, in una fattispecie relativa al disastro di Ustica), nella quale la Corte, dopo avere analizzato il fondamento e il significato dell'autonomia tra il processo civile e quello penale (che trova le sue radici nelle diverse struttura e finalità dei due processi) ne evidenzia i riflessi - tra l'altro - "sui diversi standards di certezza probatoria, esistenti tra i due processi", e si richiama espressamente e letteralmente anche alle sentenze delle Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008 e ai principi da queste ultime espressi con stretto riferimento al tema del nesso causale (e proprio al passo appena riportato e alla re-

gola probatoria “del più probabile che non”), ampliandone però l’ambito di applicazione a tutto il processo civile, e specificamente al caso che si pone nel presente processo, in cui vi sia un problema di scelta tra “una pluralità di ipotesi tra loro incompatibili o contraddittorie, sul fatto”: “esigenze di coerenza e di armonia dell’intero processo civile comportano che tale principio della probabilità prevalente si applichi anche allorché vi sia un problema di scelta di una delle ipotesi, tra loro incompatibili o contraddittorie, sul fatto, quando tali ipotesi abbiano ottenuto gradi di conferma sulla base degli elementi di prova disponibili. In questo caso la scelta da porre a base della decisione di natura civile va compiuta applicando il criterio della probabilità prevalente. Bisogna in sede di decisione sul fatto scegliere l’ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Trattasi, quindi, di una scelta comparativa e relativa all’interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all’una o all’altra ipotesi”; con la conseguenza che è stata riconosciuta affetta da vizio di motivazione la sentenza della Corte di Appello di Roma in merito alla causa del disastro aereo (e cioè se dovuto ad esplosione interna per bomba, a cedimento strutturale dell’aereo ovvero ad esplosione esterna dovuta a missile lanciato da altro aereo) nella parte in cui si era riportata acriticamente alle conclusioni dei giudici penali sull’inesistenza di certezza in merito alla causa del sinistro, “senza valutare autonomamente le prove raccolte in sede penale” e “senza adottare i diversi standards di certezza probatoria richiesti in materia civile”.

... Omissis ...

2. Gli obblighi gravanti sui Ministeri convenuti e il nesso causale. La condotta omessa idonea a impedire l’evento.

Poiché rappresenta un dato pacifico che il DC9 I-TIGI al momento dell’esplosione procedeva sulla rotta assegnata ove era regolarmente stabilizzato, secondo il piano di volo, la circolazione di altri aerei lungo la stessa rotta è un fatto colposo imputabile in concorso al Ministero della Difesa e dei Trasporti.

I predetti ministeri avrebbero infatti dovuto garantire l’assenza di ostacoli alla circolazione aerea e/o di altri velivoli lungo la rotta assegnata al DC9, e comunque adottare misure idonee a prevenire l’incidente, ad esempio non autorizzando il decollo del DC9 o il volo sulla solita rotta o assegnando altra rotta per il volo di quel giorno.

È emersa la prova che quel giorno, nei cieli vi era una situazione particolare che imponeva l’adozione di speciali misure.

In ordine agli obblighi di condotta gravanti sui Ministeri convenuti alla cui omissione è correlata la responsabilità oggetto del presente processo si precisa che (come peraltro rilevato da Cass. 10285/2009) sul Ministero della Difesa gravava l’obbligo di garantire la sicurezza dei cieli e di impedire l’accesso ad aerei non autorizzati o nemici (d.P.R. 18 novembre 1965, n. 1477, art. 12; d.P.R. 18 novembre 1965 n. 1478, art. 23; l. 16 febbraio 1977 n. 38) e

sul Ministero dei Trasporti, attraverso l’apposito commissariato, l’assistenza e la sicurezza del volo (d.l. 24 ottobre 1979, n. 511).

Con particolare riferimento alle attribuzioni relative ai servizi di assistenza al volo si rileva che, contrariamente a quanto sostenuto dall’Avvocatura dello Stato, all’epoca dei fatti le attività di controllo diretto sui velivoli e sullo spazio aereo, rientravano nei compiti dei Ministeri convenuti e non di un apposito ente di assistenza al volo, dotato di autonoma personalità giuridica.

Al riguardo si rileva infatti che:

– con la l. 30 gennaio 1963 n. 141 si ha la devoluzione dal Ministero della Difesa al Ministero dei Trasporti di “tutti i compiti e le attribuzioni esercitati dal Ministero della Difesa in materia di aviazione civile” nonché di “tutte le competenze già attribuite dal codice della navigazione al Ministero dell’Aeronautica”; tale legge istituisce nell’ambito del Ministero dei Trasporti un Ispettorato Generale dell’Aviazione Civile per l’esercizio dei compiti e delle attribuzioni devolute al Ministero dei Trasporti, ma prevede altresì che “i servizi di assistenza al volo continuano ad essere forniti all’Ispettorato Generale dell’Aviazione civile dall’Ispettorato delle Telecomunicazioni e dell’Assistenza al volo del Ministero della difesa” (art. 2);

– con l’introduzione di tale legge pertanto i servizi di assistenza al volo, pur devoluti nell’ambito delle attribuzioni del Ministero dei Trasporti, continuavano a essere svolti da organi del Ministero della Difesa, tra le cui attribuzioni all’epoca dei fatti giova evidenziare che vi era quella di “presiedere all’alta direzione tecnica, operativa e di controllo dell’intero traffico aereo” di specifica competenza del Capo di Stato Maggiore dell’Aeronautica, da esercitare mediante l’apposito Ispettorato delle Telecomunicazioni e dell’Assistenza al volo (art. 12 lett. b d.P.R. 18 novembre 1965 n. 1477);

– con il d.l. 24 ottobre 1979 n. 511 si ha l’istituzione, nell’ambito del Ministero dei Trasporti, del Commissariato per l’Assistenza al volo il quale, per le legge, deve provvedere: a) “ad assumere progressivamente la gestione dei servizi di assistenza al volo sugli aeroporti civili e la direzione operativa dei centri di controllo”, attraverso l’inquadramento nell’ambito del “Ruolo Transitorio del personale controllore del traffico aereo e assistente del traffico aereo” istituito presso il Ministero dei Trasporti, degli ufficiali, dei sottufficiali e del personale civile dell’Aeronautica Militare che svolgono attività operativa nel settore dell’assistenza al volo (artt. 2 e 4); “a predisporre un piano per il graduale trasferimento di tali competenze agli organi che saranno istituiti con la legge di ristrutturazione dei servizi per l’assistenza al volo civile” (art. 2 lett. c);

– con l’introduzione di tale legge pertanto si prevede che i servizi di assistenza al volo vengano a essere svolti direttamente dal Ministero dei Trasporti, attraverso l’apposito Commissariato (non dotato di autonoma personalità giuridica) e personale direttamente dipendente dal Ministero dei Trasporti, attraverso l’inserimento nell’organizzazione del Ministero dei Trasporti del personale che prima svolgeva tale servizio nell’ambito del Ministero della Difesa;

– quindi con la l. 27 luglio 1979 n. 299 (art. 4-ter) si prevede che entro la fine di quell'anno il Ministero dei Trasporti debba presentare al Parlamento le linee e le proposte “per la riorganizzazione della Direzione Generale dell'Aviazione Civile”, e poi, solo con la legge 23 maggio 1980 n. 242 (G.U. n. 163 del 16 giugno 1980) di Delega al Governo per la ristrutturazione dei servizi di assistenza al volo si prevede l'istituzione dell'Azienda Autonoma di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo Generale, dotata di personalità giuridica di diritto pubblico: *“in attesa della ristrutturazione della direzione generale dell'aviazione civile ai sensi dell'art. 4-ter del d.l. 26 maggio 1979 n. 151 convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 1979 n. 299 e nell'ambito della riforma delle aziende autonome di stato il Governo è autorizzato ad emanare entro diciotto mesi dalla entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti aventi valore di legge per la disciplina dell'Azienda Autonoma di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo generale”,* la quale provvede *“1.) all'organizzazione e all'esercizio dell'assistenza al volo mediante la gestione dei servizi relativi al controllo del traffico aereo, alle telecomunicazioni aeronautiche, alle informazioni aeronautiche, ai servizi meteorologici aeroportuali, nonché dei necessari servizi amministrativi, tecnici e di supporto; 2.) all'approvvigionamento, installazione e manutenzione degli impianti ed apparati occorrenti al servizio di assistenza al volo; (omissis) 5.) al reclutamento e, direttamente o indirettamente alla formazione e all'addestramento del personale da impiegare per l'espletamento dei servizi di assistenza al volo”* (art. 2); tale legge prevede che nell'emanazione dei decreti delegati il governo debba osservare i principi e criteri direttivi: a) dell'armonizzazione dell'azienda con l'azione svolta dall'Aeronautica Militare, cioè delle esigenze del traffico aereo generale con le esigenze della difesa; b) del mantenimento delle competenze dell'Aeronautica Militare in merito al servizio di assistenza al volo per quanto concerne il traffico aereo militare che non segue le procedure formulate dall'organizzazione internazionale per l'aviazione civile (ICAO) e il traffico aereo militare sugli aeroporti militari nonché il traffico aereo civile sugli aeroporti militari (art. 3);

– in attuazione della legge delega del 23 maggio 1980 n. 242 il governo emana, tra l'altro il d.P.R. 145/1981 relativo all'ordinamento dell'Azienda Autonoma di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo Generale; il d.P.R. 16 dicembre 1981 n. 842, di approvazione dello Statuto dell'Azienda Autonoma di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo Generale; e il d.P.R. 27 luglio 1981 n. 484 relativo alla ripartizione degli spazi aerei di competenza dell'Azienda di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo Generale e della Aeronautica Militare e dei relativi servizi di assistenza al volo;

– quindi con decreto 21 gennaio 1982 si ha la soppressione del Commissariato per l'assistenza al volo civile, e successivamente con il d.l. 497/1995 avviene la trasformazione dell'Azienda di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo Generale in ente di diritto pubblico economico, denominato Ente Nazionale di Assistenza al Volo (ENAV).

Dalla disanima che precede risulta evidente che alla data dell'incidente occorso al DC9 Itavia, 27 giugno 1980:

– la gestione dei servizi di assistenza ai voli civili non era ancora stata assunta dall'Azienda di Assistenza al Volo per il Traffico Aereo Generale, dotata di personalità giuridica di diritto pubblico, in quanto a tale data non era ancora neppure entrata in vigore la legge delega 23 maggio 1980 n. 242 (G.U. n. 163 del 16 giugno 1980) che prevedeva l'istituzione di tale azienda;

– sul Ministero della Difesa gravava l'obbligo di garantire la sicurezza dei cieli e di impedire l'accesso ad aerei non autorizzati o nemici (d.P.R. 18 novembre 1965, n. 1477, art. 12; d.P.R. 18 novembre 1965 n. 1478, art. 23; l. 16 febbraio 1977 n. 38) e sul Ministero dei Trasporti, attraverso l'apposito commissariato, l'assistenza e la sicurezza del volo (d.l. 24 ottobre 1979, n. 511).

Tali disposizioni impongono a carico dei Ministeri convenuti obblighi specifici volti ad assicurare la sicurezza dei cieli e quindi ad evitare una serie di eventi nel cui novero rientra quello verificatosi e cioè che un velivolo di guerra non autorizzato possa penetrare nello spazio aereo italiano e si possa nascondere in coda ad un aereo di linea.

L'omissione di tali condotte, secondo un giudizio ipotetico controfattuale, ha determinato l'evento caduta del DC9 (per abbattimento da parte del missile o quasi collisione con un velivolo militare in ragione della imprudente manovra di sorpasso di quest'ultimo e della inadeguata distanza tenuta dal DC9), in quanto se i Ministeri avessero adottato il comportamento cui erano tenuti, sorvegliando adeguatamente la situazione dei cieli, percependo la presenza di altri aerei lungo la rotta del DC9 I-TIGI, e avvertendo il suo pilota della necessità di cambiare rotta onde sottrarsi ai pericoli connessi alla presenza di aerei militari, l'evento non si sarebbe verificato.

Una volta dimostrata la sussistenza di uno specifico obbligo di impedire l'evento ed una volta appurato che l'evento appartiene al novero di quelli che norma mirava ad evitare attraverso il comportamento richiesto ed omissso non ha nessuna rilevanza - come evidenziato da Cass., n. 10285 del 5 maggio 2009 - la *“mancanza di concreti elementi di prova circa la conoscenza da parte di organi dello Stato della presenza di velivoli che potessero risultare anche solo potenzialmente pericolosi per l'aereo e per le vittime del disastro”* dedotta da parte convenuta, in quanto *“il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento è già formulato dalla norma che pone l'obbligo di attivarsi ed impedire l'evento e l'evento non è altro che la concretizzazione del rischio che la norma (sia specifica sia generica) mira ad evitare. In questo caso la colpa esiste pur sempre e consiste nel porre in essere il comportamento omissso, in modo cosciente e volontario, in violazione del dovere specifico o generico”*; infatti *“il solo fatto che i predetti convenuti non avessero conoscenza della presenza di velivoli nell'aerovia assegnata ad Itavia, ed a maggior ragione che si trattasse di aerei militari non identificati, di per sé non è elemento idoneo ad escludere la colpevolezza, poiché integra proprio se non altrimenti giustificato, l'inosservanza delle norme di condotta e di sorveglianza e controllo o*

quanto meno il difettoso esercizio di tali attività” (Cass., n. 10285 del 5 maggio 2009).

In altri termini la responsabilità dei Ministeri convenuti potrebbe ritenersi esclusa soltanto ove vi fosse la prova “che, nonostante il controllo degli spazi aerei secondo le tecniche dell’epoca, l’intrusione dell’aereo militare ostile non fu percepita per fattori eccezionali ed imprevedibili ovvero che l’evento non fu evitabile” (Cass., n. 10285 del 5 maggio 2009).

Deve quindi ritenersi sufficiente ai fini dell’affermazione della responsabilità dei Ministeri convenuti la conoscibilità da parte dei medesimi, attraverso il corretto esercizio delle funzioni di controllo dei cieli ad essi demandate, della presenza di velivoli nell’aerovia assegnata ad Itavia: la prova di tale conoscibilità può ritenersi raggiunta per presunzioni, tenuto conto dell’avanzato sistema radaristico di difesa aerea di cui l’Italia disponeva all’epoca dei fatti, anche in ragione del suo inserimento nel sistema NATO e della sua posizione geografica particolarmente strategica all’epoca della guerra fredda.

In questo quadro la mancata conoscenza della presenza di velivoli nell’aerovia assegnata ad Itavia potrebbe rilevare soltanto laddove vi fosse la prova (a carico dei Ministeri convenuti) che l’intrusione dell’aereo militare ostile non fu percepita per fattori eccezionali ed imprevedibili. L’onere di tale prova, in presenza delle presunzioni gravi precise e concordanti sopra esplicitate deve ritenersi a carico dei Ministeri convenuti e non è stato assolto.

Anche in ordine alla dedotta imprevedibilità e inevitabilità dell’evento, sulla base della considerazione che “pur in presenza di aerei militari stranieri ubicati nelle diverse basi militari NATO o sulle portaerei presenti nel mediterraneo il lancio di missili e l’abbattimento di un aereo civile costituiscono evenienze del tutto straordinarie e imprevedibili di certo non correlabili ad eventuali carenze nel controllo del traffico aereo” ed “in ragione dell’imprevedibilità, della repentinità e dell’inevitabilità degli ipotizzati accadimenti (salvo che non si voglia per assurdo immaginare un obbligo per il Ministero della Difesa di tenere costantemente in volo in tutti i cieli italiani quantità imprecise ed inverosimili di pattuglie aeree pronte ad intervenire in qualsiasi caso di emergenza! Ma neppure in tal caso si potrebbero impedire con certezza eventi come il disastro di Ustica)” (considerazioni dell’Avvocatura dello Stato tratte dalla sentenza del 23 aprile 2007 della Corte di Appello di Roma) devono richiamarsi - in quanto condivisibili - le valutazioni svolte da Cass., n. 10285 del 5 maggio 2009 secondo cui l’imprevedibilità e straordinarietà del lancio di missili “in linea logica poteva sussistere se l’aereo, armato con i missili, fosse stato identificato ed autorizzato all’ingresso nei confini nazionali. Se invece l’aereo era non identificato e si nascondeva in coda ad un aereo di linea, non poteva ritenersi imprevedibile una condotta pericolosa in danno di tale ultimo aereo, che veniva inseguito in violazione delle norme internazionali sugli spazi aerei” e in base alle quali, per valutare la prevedibilità e l’evitabilità dell’evento, attraverso l’assegnazione di altra rotta all’Itavia o l’interdizione al decollo o l’obbligo di atterraggio del DC9 o l’inter-

cettazione dell’aereo ostile da parte di aerei intercettori italiani, occorre fare riferimento “non al momento dell’esplosione del missile ma al momento della conoscibilità dell’esistenza di tale aereo nemico da parte degli operatori dei Ministeri convenuti. Inoltre con riferimento a tale momento doveva essere effettuato il giudizio controfattuale, al fine di stabilire se, adottando la condotta dovuta di sorveglianza e controllo e pretesamente omessa, nonché le misure conseguenti all’avvistamento di aereo da guerra non identificato nell’aerovia del DC9, il disastro si sarebbe evitato”.

In altri termini anche la prova della prevedibilità ed evitabilità dell’evento lancio di un missile da parte di un aereo militare non identificato (evento ascrivibile al genere eventi di attentato alla sicurezza dei cieli) può ritenersi raggiunta per presunzioni, tenuto conto dell’avanzato sistema radaristico di difesa aerea di cui l’Italia disponeva all’epoca dei fatti, anche in ragione del suo inserimento nel sistema NATO e della sua posizione geografica particolarmente strategica all’epoca della guerra fredda.

In questo quadro il nesso causale e la responsabilità dei Ministeri convenuti potrebbe essere esclusa laddove vi fosse la prova (a carico dei Ministeri convenuti) che l’evento lancio del missile da parte dell’aereo militare ostile non fu evitabile per fattori eccezionali ed imprevedibili. L’onere di tale prova, in presenza delle presunzioni gravi precise e concordanti sopra esplicitate (e comunque trattandosi di prova del caso fortuito) deve ritenersi a carico dei Ministeri convenuti e non è stato assolto.

PARTE II: LA RESPONSABILITÀ DELLE AMMINISTRAZIONI CONVENUTE PER LE CONDOTTE DI OSTACOLO ALL’ACCERTAMENTO DELLA VERITÀ IN ORDINE ALLE CAUSE DEL DISASTRO

Premessa

Gli attori chiedono nel presente processo il risarcimento del danno connesso alla condotta di concreto ostacolo all’accertamento delle cause del sinistro tenuta dagli appartenenti all’Aeronautica Militare sin dalle prime fasi successive al disastro, durante tutto il procedimento penale poi, con conseguente impossibilità di identificazione degli autori materiali del reato di strage i quali, grazie alle rilevanti omissioni perpetrate negli anni da appartenenti alle Amministrazioni convenute, sono potuti rimanere impuniti.

In particolare viene chiesto il risarcimento dei danni sotto il duplice profilo patrimoniale e non patrimoniale delle conseguenze che sono derivate da tale condotta, e cioè: – a) dell’impossibilità di soddisfare i diritti risarcitori di cui gli odierni Attori sono portatori nei confronti dei citati ignoti individui;

– b) delle conseguenze di ordine esistenziale subite sul piano emozionale (collegabile a lesioni di norme di rango costituzionale) derivate direttamente dalla travagliatissima vicenda trentennale “la quale ha costantemente, di giorno in giorno e per così tanto tempo, sconvolto e torturato l’esistenza degli Attori, i quali hanno vissuto in balia di continue

ed incessanti ipotesi, smentite, diversioni, speranze, delusioni, depistaggi ed ostruzionismi, e tutto quant'altro il Tribunale adito è in grado, da solo, di appurare senza null'altra specificazione".

Al riguardo, anche in specifica considerazione delle contestazioni mosse da parte convenuta sul punto, devono essere esattamente configurate quali siano le specifiche condotte di ostacolo all'accertamento delle cause del sinistro ascritte a parte convenuta, e quale sia la situazione soggettiva di cui viene chiesta tutela sul piano risarcitorio, trattandosi di elemento imprescindibile della fattispecie di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. attraverso il richiamo operato da tale disposizione al requisito dell'ingiustizia del danno. Deve altresì chiarirsi quali siano i danni risarcibili in conseguenza della lesione della predetta situazione soggettiva, e in particolare affrontarsi il problema della risarcibilità o meno dei danni non patrimoniali derivati agli attori.

1. Le condotte di occultamento delle cause del disastro.

1.1. Le condotte evidenziate nella sentenza ordinanza del Giudice Istruttore.

Le condotte di ostacolo all'accertamento delle cause del sinistro tenute dagli appartenenti all'Aeronautica Militare vengono individuate in atto di citazione *per relationem* mediante rinvio a quelle stigmatizzate dalla sentenza-ordinanza del Giudice Istruttore.

Nell'epigrafe di tale sentenza sono elencati i capi di imputazione e gli imputati a cui sono ascritti, con la conseguenza che non appare condivisibile l'osservazione mossa sul punto dai Ministeri convenuti anche in comparsa conclusionale, per cui si tratterebbe di "ipotetici illeciti penali inammissibilmente configurati in incertam personam di dipendenti dell'amministrazione", avendo parte attrice fatto riferimento a specifici illeciti individuati *per relationem* mediante il rinvio alle imputazioni e agli accertamenti contenuti nella sentenza-ordinanza del Giudice Priore.

D'altra parte l'analisi che segue consente di individuare i soggetti appartenenti all'Aeronautica Militare autori delle specifiche condotte di ostacolo all'accertamento delle cause del disastro, con la conseguenza che anche sotto tale profilo non sussiste un problema di ascrivibilità dell'illecito al Ministero della Difesa convenuto.

Le imputazioni che hanno costituito oggetto della sentenza ordinanza del Giudice Istruttore riguardano:

– il reato di attentato agli organi costituzionali di cui all'art. 289 c.p. ascritto agli alti ufficiali dello SMA per avere "omesso di riferire alle Autorità politiche e a quella giudiziaria le informazioni concernenti la possibile presenza di traffico militare statunitense, la ricerca di mezzi aeronavali statunitensi a partire dal 27 giugno 1980, l'ipotesi di un'esplosione coinvolgente il velivolo e i risultati dell'analisi dei tracciati radar di Fiumicino/Ciampino, nonché l'emergenza di circostanze di fatto non conciliabili con la collocazione della caduta del MIG Libico sulla Sila nelle ore mattutine del 18 luglio 1980, abusando del proprio ufficio, fornivano alle Autorità politiche, che ne avevano fatto richiesta, informazioni errate - tra l'altro escludendo il possibile coinvolgimento di altri

aerei e affermando che non era stato possibile esaminare i dati del radar di Fiumicino/Ciampino perché in possesso esclusivo della Magistratura - anche tramite la predisposizione di informative scritte" per il quale è stato poi celebrato il processo innanzi alla Corte di Assise di Roma definito con sentenza irrevocabile di assoluzione per insussistenza del fatto;

– una serie di reati di favoreggiamento, falsi documentali, false testimonianze e abuso d'ufficio relativi all'occultamento della notizia della presenza di traffico americano nella zona dell'incidente diffusasi nell'ambiente dell'aeronautica militare immediatamente dopo l'incidente (capi da B a G), in relazione ai quali la sentenza ordinanza del Giudice Istruttore dichiara non doversi procedere per non essere il fatto più previsto dalla legge come reato riguardo alle contestazioni per abuso d'ufficio, e per estinzione del reato per intervenuta prescrizione, per gli altri reati contestati;

– alcuni fatti specifici di vero e proprio depistaggio ascritti a soggetti non appartenenti all'A.M. (capi G, H e I ascritti a Sinigaglia e Zuliani);

– una serie di reati di false testimonianze, favoreggiamento, falsi documentali, soppressione di atti pubblici ascritti ad appartenenti al CRAM di Marsala e relativi all'identificazione delle tracce radar registrate in coincidenza del momento e del punto di caduta del DC9 Itavia (capi M, N, e O) in relazione ai quali la sentenza ordinanza del Giudice Istruttore dichiara non doversi procedere perché il fatto non sussiste riguardo alle contestazioni per falso documentale, e per estinzione del reato per intervenuta prescrizione per le false testimonianze ed il favoreggiamento;

– una serie di reati di violazione di pubblica custodia (art. 351 c.p.) e falsi documentali (tra cui la soppressione di atti pubblici ex artt. 476 e 490 c.p.) ascritti ad alcuni appartenenti al CRAM di Licola in relazione al fatto della mancata consegna all'A.G. e dell'avvenuta distruzione del DA1 di Licola e dei plottaggi inviati la sera dell'incidente da Licola a Martina Franca via telex (capi S, T, U, V, Z, AA, e AB) in relazione ai quali la sentenza ordinanza del Giudice Istruttore dichiara non doversi procedere per intervenuta prescrizione nei confronti del capitano De Angelis, e per non aver commesso il fatto nei confronti degli imputati;

– i reati di falsa testimonianza, favoreggiamento e violazione di pubblica custodia ascritti al colonnello Fiorito De Falco, all'epoca comandante del II reparto dell'ITAV al quale era stato conferito l'incarico di accentrare tutto il materiale raccolto da Ciampino e dai vari siti della Difesa Aerea interessati all'evento, sia per l'esecuzione dei sequestri dell'Autorità Giudiziaria che per la commissione di inchiesta Luzzatti, in relazione alle vicende della ritardata messa a disposizione dei nastri di registrazione del sito di Marsala e della dispersione dei nastri di registrazione del sito di Poggio Ballone (capi AC, AD, AE) per i quali la sentenza ordinanza del Giudice Istruttore dichiara non doversi procedere per intervenuta prescrizione e per morte del reo;

– tutta una altra serie di varie false testimonianze com-

messe nel corso dell'istruttoria da vari appartenenti all'A.M. (capi da AF in poi), relativamente ai quali per alcuni imputati è stato disposto il rinvio a giudizio mentre per altri è stato dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

... *Omissis* ...

L'obbligo dell'A.M. di mettere a immediata disposizione dell'A.G. tutta la documentazione utile per l'accertamento delle cause del disastro (e comunque di non distruggerla poi negli anni, nonostante fosse in corso un'inchiesta giudiziaria sulle cause del disastro nell'ambito della quale, come era noto all'A.M., uno degli elementi più controversi sin da subito è sempre stato quello del coinvolgimento o meno di un velivolo militare nell'incidente) è configurabile, in base ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione anche a prescindere dal tenore letterale e dalle vicende relative agli iniziali decreti di sequestro, i quali peraltro sono stati negativamente influenzati (nella determinazione del loro oggetto che è stata fatta con ricorso a formule generali e non con specifico riferimento alla tipologia di registri richiesti) dalla mancanza di conoscenza da parte dei magistrati del modo di funzionamento di un sito radar e della tipologia di documentazione esistente in relazione ai dati registrati dai radar militari e alle operazioni compiute al radar dagli operatori.

Tali condotte omissive (mancata consegna all'autorità giudiziaria della documentazione relativa ai rilevamenti radar dei siti della D.A. interessati dalla rotta del DC9) e attive (avvenuta distruzione della predetta documentazione nonostante concernesse un fatto così grave per il quale erano in corso complesse e discusse indagini della magistratura), hanno in concreto ostacolato l'accertamento delle cause del disastro, come evidenziato nella parte della presente motivazione relativa alla ricostruzione di tali cause, nella quale sono stati specificamente indicati i principali documenti mancanti e la ragione per cui la loro disponibilità avrebbe apportato un indispensabile contributo all'accertamento dei fatti (e alla quale pertanto sul punto si rinvia).

Tali condotte devono ritenersi quanto meno gravemente colpevoli in pendenza di un'indagine dell'autorità giudiziaria su un fatto così grave, nel quale avevano perso la vita 81 persone, anche per l'evidenziato contrasto con i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione.

L'accoglimento della domanda di risarcimento dei danni per gli ostacoli frapposti dal Ministero della Difesa all'accertamento delle cause del sinistro, per le condotte appena descritte, assorbe ogni altra questione prospettata dagli attori quale titolo per il risarcimento di tale voce di danno.

... *Omissis* ...

3. La risarcibilità dei danni conseguenti alle condotte di occultamento delle cause del disastro.

Quanto all'elemento dell'ingiustizia del danno in relazione al profilo del danno patrimoniale fatto valere quale conseguenza della condotta in esame la situazione giuri-

dica lesa è da individuarsi nel diritto di credito sorto in favore degli attori nei confronti degli autori del reato di strage rimasti ignoti a causa delle condotte delle amministrazioni convenute.

Ed invero è innegabile che gli attori, a seguito del disastro aereo, siano divenuti titolari di un diritto al risarcimento del danno nei confronti dei soggetti responsabili del disastro (che pur nella ridda delle ipotesi che in questo trentennio sono state formulate non è mai stato ricondotto a una tragica fatalità) rimasti ignoti, quanto meno per la perdita del rapporto parentale e per le conseguenze economiche connesse alla morte dei loro congiunti.

Nulla osta alla risarcibilità di tale danno stanti i risultati ormai acquisiti sul piano dell'interpretazione dell'art. 2043 c.c., e in particolare in ragione dell'ormai indiscusso riconoscimento dell'ingiustizia del danno nel caso di "lesione del credito", a cui è senza dubbio riconducibile quello in esame.

D'altra parte è innegabile che il comportamento delle Amministrazioni convenute ha ostacolato la ricostruzione della dinamica del disastro aereo, e così di fatto, fino ad oggi, ha concretamente impedito e reso impossibile l'esercizio, da parte degli odierni attori, del loro diritto al risarcimento del danno nei confronti dei soggetti responsabili del disastro aereo, (compagnia aerea, nel caso dell'ipotesi di destrutturazione, terroristi autori della strage nell'ipotesi della bomba; conducenti degli aerei militari e amministrazioni di appartenenza - nell'ipotesi del missile o della quasi collisione).

... *Omissis* ...

Tale interesse degli attori all'accertamento delle cause del disastro aereo, (manifestato costantemente anche nel presente processo, sia dal loro personale contegno, sia dall'impostazione che la loro difesa ha dato al processo, ponendo in primo piano, anche in sede di repliche *ex art.* 281-*quinquies* c.p.c. l'accertamento dei fatti) ha un indubbio carattere non patrimoniale, consistendo nell'interesse a conoscere come e perché i loro congiunti sono morti, e anche perché tale conoscenza sia stata loro così evidentemente preclusa per trent'anni, quale esigenza la cui soddisfazione è indispensabile per poter definitivamente seppellire i loro morti, e compiutamente elaborare il lutto che è conseguito al disastro aereo di Ustica.

Orbene sul piano della rilevanza giuridica di tale interesse di natura non patrimoniale non può, ad avviso di questo giudice, non individuarsi un rilievo costituzionale quale interesse attinente alla persona e alla possibilità della piena e libera estrinsecazione della personalità dell'individuo, tutelato dall'art. 2 della Cost.

Ed invero è innegabile che la vicenda in esame ha profondamente segnato e caratterizzato l'esistenza degli attori nei trent'anni che ad oggi sono seguiti al disastro non solo e non tanto per la perdita dei loro congiunti che ne sono rimasti vittime quanto per la costante negazione da parte delle istituzioni convenute di qualsivoglia doveroso contributo alla ricostruzione delle cause della caduta del DC9.

La vicenda in esame ha inciso talmente sulla formazione e l'estrinsecazione della personalità degli attori tali da far-

ne una categoria di cittadini distinta da tutti gli altri e caratterizzata proprio da questo bisogno negato di verità, che ne ha contrassegnato l'esistenza per un trentennio, e che verosimilmente continuerà a contrassegnarne l'esistenza per sempre.

È innegabile che la personalità degli attori - ove gli stessi avessero potuto conoscere in tempi ragionevoli la ragione della morte dei loro congiunti - avrebbe potuto evolversi ed esprimersi con una libertà molto maggiore, potendo gli stessi elaborare il lutto della morte dei loro congiunti, senza restare nella prigione di questa verità negata, e potendo dedicare le energie che hanno impiegato nella ricerca di tale verità ad altre forme di realizzazione della propria personalità.

D'altra parte la rilevanza giuridica dell'interesse della persona offesa dal reato all'accertamento giudiziario del fatto che ha recato offesa alla sua sfera giuridica è desumibile dalle disposizioni del codice di procedura penale che riconoscono poteri nella fase delle indagini preliminari alla persona offesa prima ed indipendentemente dalla sua costituzione di parte civile, tra i quali, a titolo meramente esemplificativo, si ricorda quello di presentare memorie e indicare elementi di prova in ogni stato e grado del procedimento, con esclusione del giudizio di cassazione (art. 90 c.p.c.) e quello di opporsi alla richiesta di archiviazione (art. 410 c.p.c.).

Inoltre, ai fini del riconoscimento della rilevanza dell'interesse dell'individuo al compiuto accertamento delle gravi condotte che ledono la sua sfera mettendo a repentaglio altresì i principi basilari della convivenza civile, alle quali l'ordinamento riconosce rilevanza penale (tra le quali sicuramente rientra quella che ha causato la caduta del DC9 che sicuramente integra il reato di strage, quale che sia l'opzione tra le tre ipotesi - bomba, quasi collisione, missile - che sono possibili sulla causa del disastro) - milita la funzione stessa del processo penale che, in un ordinamento evoluto, non può essere ridotta soltanto a quella di punire il colpevole ma deve ritenersi che comprenda anche quella di accertare le responsabilità per la commissione di fatti che l'ordinamento reputa particolarmente gravi nell'ambito del sistema di tutela dei diritti fondamentali della persona tra i quali indubbiamente rientra quello alla vita.

Il compiuto accertamento di tali fatti, che l'ordinamento garantisce ai cittadini attraverso l'esplicazione della funzione giudiziaria penale, ha una rilevanza autonoma e non soltanto funzionale all'irrogazione della pena.

Ed è proprio da tale accertamento giurisdizionale dello svolgimento dei fatti e dalla dichiarazione di responsabilità penale del suo autore, prima che dalla punizione del colpevole (cioè dal contenuto di accertamento del processo e della sentenza penale), che la persona offesa riceve riparazione per la lesione dei suoi primari interessi compiuta mediante condotte di rilevanza penale.

Nel caso di specie non si tratta di ritenere lo Stato responsabile per tutti i delitti che vengano commessi nel suo territorio e di cui rimangano ignoti gli autori (così come sostenuto dall'Avvocatura), bensì di ritenere civilmente responsabile il soggetto che indebitamente ostaco-

li il corretto funzionamento della funzione giurisdizionale, nell'accertamento della verità prima e nella punizione dei colpevoli poi.

La circostanza che tale soggetto nel caso di specie coincida con un'articolazione dello stesso Stato al quale è affidata la funzione giurisdizionale è una paradossale coincidenza che connota la vicenda in esame in modo da ledere non soltanto i diritti degli odierni attori, ma la dignità dell'intero paese.

Ed infatti si ha palese violazione dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione ove l'autorità amministrativa entrando in rapporto con l'autorità giudiziaria tenga condotte che ostacolano l'esercizio della funzione giudiziaria la quale è prevista nell'interesse della collettività e dei singoli, i cui diritti soggettivi siano lesi.

Peraltro alla risarcibilità della voce di danno non patrimoniale in questione si perviene anche se non si ritenga ravvisabile la lesione nel caso di specie di un diritto della persona costituzionalmente garantito, poiché come si è visto le condotte ostantive all'accertamento dei fatti tenute dagli appartenenti ai Ministeri convenuti possono considerarsi dolose, ed quindi integranti precise fattispecie penali, e cioè i reati di falsa testimonianza e favoreggiamento e soppressione di atti pubblici.

Ed invero secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite del 2008 la risarcibilità del danno non patrimoniale è da riconoscersi automaticamente in ipotesi di danni derivanti da reato, senza necessità di alcun ulteriore approfondimento circa la rilevanza dell'interesse giuridico leso, perché tale giudizio di rilevanza è stato già effettuato dal legislatore attraverso la previsione della fattispecie incriminatrice.

Al riguardo si rileva come il Giudice Istruttore abbia stigmatizzato la falsità e reticenza delle deposizioni rese nel corso dell'istruttoria dalla maggior parte degli appartenenti ai CRAM interessati dalla rotta del DC9 (si rinvia al riguardo alla lettura della prima parte della sentenza del Giudice Istruttore a ciò specificamente dedicata, nonché a quella dedicata alle posizioni dei singoli imputati).

D'altra parte la mancata messa a disposizione dell'autorità giudiziaria della documentazione relativa ai dati radar e la sua distruzione, che secondo le valutazioni del Giudice Istruttore ha integrato i reati di favoreggiamento estinti per prescrizione, può effettivamente considerarsi dolosa per le ragioni già esposte nel precedente paragrafo.

E i reati contro l'amministrazione della giustizia quali quello di falsa testimonianza o di favoreggiamento sono ad avviso di questo giudice lesivi dell'interesse alla corretta amministrazione della giustizia, il quale fa capo non soltanto allo Stato e all'Amministrazione giudiziaria, ma anche ai singoli, cioè alle parti del processo ivi comprese le persone offese quali i familiari delle vittime. Se è evidente infatti che una falsa testimonianza in un giudizio civile lede anche l'interesse della parte per la quale tale testimonianza sia sfavorevole, è innegabile anche che una falsa testimonianza in un giudizio penale, o un reato di favoreggiamento personale, ledono anche l'interesse

della persona offesa dal reato alla quale il nostro sistema processuale riconosce poteri e facoltà, fin dalla fase delle indagini preliminari, anche non strumentalmente connessi alla tutela del suo diritto al risarcimento del danno. Ne consegue che anche in quest'ottica può pacificamente riconoscersi la risarcibilità della voce di danno in esame. Infine non si può trascurare che del profilo di danno in questione dovrebbe comunque tenersi conto in sede di liquidazione del danno non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale, al cui risarcimento le amministrazioni convenute sono tenute, in base alla presente sentenza, per avere concorso con la loro condotta omissiva a causare la caduta del velivolo.

È infatti innegabile che viene in gioco la lesione di un interesse inerente alla persona che attiene al modo in cui gli attori hanno vissuto la perdita dei congiunti, contrassegnato da una particolare gravità in ragione degli inaccettabili ritardi e ambiguità sull'individuazione delle cause del disastro (e quindi delle ragioni di tale perdita) che hanno ostacolato la compiuta elaborazione del lutto e

che hanno determinato la ripetuta riapertura della ferita in ragione del continuo e incessante succedersi di ipotesi e smentite.

Peraltro, pur potendosi tenere conto del danno in esame in sede di liquidazione del danno non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale - atteso che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare integralmente il pregiudizio e deve provvedere alla integrale riparazione di tutte le ripercussioni negative che si siano verificate sul valore uomo - si evidenzia come questa prospettiva appaia alquanto riduttiva, negando l'autonomia di un illecito che è invece evidente tanto sul piano dell'elemento della condotta (trattandosi di danno causato non dall'uccisione del congiunto, ma dalla autonoma condotta di ostacolo all'accertamento delle cause della morte del congiunto) quanto sul piano dell'evento di danno (rappresentato non dalla perdita del congiunto, ma dal non aver potuto conoscere le cause di tale perdita).

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Micol Manenti

Il Tribunale di Palermo, nel confermare i criteri di accertamento della responsabilità omissiva sulla scorta del principio di probabilità logica quale espresso dai giudici di legittimità appena due anni addietro (Cass. n. 10285/2009), condanna i Ministeri dei Trasporti e della Difesa a titolo di concorso colposo nella verifica del disastro aereo di Ustica: quest'ultimo fu infatti la concretizzazione del rischio connesso alla presenza di aerei militari stranieri non identificati nei cieli nazionali, presenza di cui le amministrazioni convenute non potevano non avere concreta conoscenza. Accanto a tale responsabilità diretta nella verifica dell'evento dannoso principale, ai Ministeri vengono altresì contestate condotte plurime di sviamento ed insabbiamento adottate nella successiva fase delle indagini preliminari volte all'identificazione degli autori materiali della strage ed alla ricostruzione della sua dinamica.

Una sentenza complessa

Con la sentenza in rassegna il Tribunale di Palermo ha scritto un altro capitolo della già complessa vicenda giudiziaria legata alla strage di Ustica, nel quale trova ulteriore validazione la tesi della responsabilità a titolo di concorso colposo delle amministrazioni statali convenute nella verifica dell'evento dannoso (1). Il giudice monocratico siciliano, pur rilevandosi chiaramente debitore dell'arresto della Corte di cassazione adottato con la sentenza n. 10285 del 5 maggio 2009 a cui si richiama infatti con ampi stralci (2), rende una complessa ma convincente pronuncia, soprattutto in ordine all'accurata ricostruzione della vicenda in punto di fatto, che presenta comunque numerosi profili di originalità.

In particolare la motivazione adottata autorizzerebbe a ritenere ormai pacificamente superati, almeno

dal punto di vista dei parametri che regolano l'accertamento del *thema probandum* nel giudizio civile, non solo i dubbi sull'effettiva dinamica del disastro aereo, ma anche l'*an*, il *quomodo* ed il *quantum* del contributo alla sua verifica ad opera degli enti

Note:

(1) La cennata pronuncia, con cui si è concluso il procedimento n. 10354/2007 R.G. (a cui era stato riunito il n. 12865/2007 R.G.), risulta del tutto conferente con le sentenze rese in pari data dal medesimo giudice istruttore nei procedimenti nn. 13031/2007 R.G., 13048/2007 R.G. e 13049/2007 R.G. Queste conclusioni riposano sulla completa identità delle domande colà svolte in punto di *petitum* e *causa petendi* e, conseguentemente, sulle proposte soluzioni in ordine alle questioni di diritto sollevate in tema di responsabilità omissiva.

(2) Cass. 5 maggio 2009 n. 10285, in *Foro it.*, 2009, I, 2064, con nota di A. Palmieri, ed in questa *Rivista*, 2009, 959, con commento di M. Manenti, *Disastro di Ustica: configurabile l'illecito omissivo a carico dei Ministri tenuti a garantire la sicurezza dei cieli*.

convenuti in quanto deputati alla sicurezza dei cieli nazionali.

E questo risultato è ancor più eloquente se solo si osserva che la pronuncia di accoglimento della domanda spiegata nei confronti dei Ministeri della Difesa e delle Infrastrutture e Trasporti per il risarcimento dei danni patiti *iure proprio* ed *iure hereditatis* dagli attori nella loro qualità di stretti congiunti delle vittime trova integrale accoglimento proprio sulla scorta della ricostruzione dei fatti già contenuta nel *corpus* delle risultanze peritali accumulate nel corso dei molti procedimenti penali succedutisi in materia.

Nel presente giudizio è infatti per intero confluita, in quanto parte essenziale dell'apparato probatorio di natura eminentemente documentale (3), la complessa attività istruttoria posta alla base dell'ordinanza Priore, emessa al termine dell'istruttoria formale per il reato di strage a carico di ignoti, e delle sentenze della Corte di assise e della Corte di assise di appello di Roma rese nell'ambito dei processi penali consumatisi contro alti funzionari dell'Aeronautica Militare accusati di attentato agli organi costituzionali, procedimenti tutti conclusi con esiti di segno contrario a quelli oggi in commento (4).

Il precedente sulla responsabilità omissiva: la sentenza n. 10285/2009 della Corte di cassazione

Come già anticipato, la pronuncia del Tribunale di Palermo aderisce pacificamente ai principi di diritto formulati appena qualche anno prima dai giudici di legittimità con la sentenza n. 10285 del 5 maggio 2009.

Chiamata a definire i confini della responsabilità omissiva per la mancata sicurezza dei voli in un giudizio del tutto analogo al presente, che vedeva però contrapposta agli enti centrali dell'amministrazione statale la società Aerolinee Itavia in liquidazione straordinaria, la Corte Suprema con convincente chiarezza, nell'evocare l'organicità dell'ordinamento giuridico, indicava nell'art. 40, comma 2, c.p. la fonte della causalità omissiva giuridicamente rilevante e, conseguentemente, decretava l'accoglimento anche nel perimetro della responsabilità civile della teoria normativa sull'accertamento dell'obbligo di impedimento dell'evento lesivo.

In particolare, la tipizzazione del parametro di addebitabilità della responsabilità omissiva secondo il principio di legalità segnava in primo luogo l'abbandono del generalissimo e generico criterio del *neminem laedere* in favore dello *standard* di omissione

qualificata della condotta esigibile in virtù di una sufficientemente dettagliata norma di garanzia od in conseguenza di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi.

Il rinvenimento nell'ordinamento giuridico di una fonte del dovere di *facere* violato, sia essa specifica, in quanto riconducibile alla prescrizione di comportamenti attivi già indicati nella norma di sicurezza, o generica, non già in quanto indefinita ma piuttosto in quanto conseguente all'assunzione di una posizione di garanzia e per tanto implicante l'esercizio di condotte precauzionali (5), costituiva il presupposto indefettibile per ogni successiva indagine circa l'attribuibilità del fatto illecito all'omittente (6).

Note:

(3) In realtà la fase istruttoria del presente giudizio aveva riguardato anche l'assunzione della testimonianza resa dall'on. Francesco Cossiga per le informazioni da questi raccolte in via confidenziale successivamente all'accadimento dei fatti per cui era causa, ed in particolare durante lo svolgimento del suo mandato di Presidente della Repubblica. Le dichiarazioni, che vertevano sull'informativa del Direttore del SISMI Ammiraglio Fulvio Martini, il quale avrebbe attribuito la causa del disastro aereo alle manovre di un velivolo militare francese decollato da una portaerei di stanza nelle acque a sud della Corsica, erano state però considerate dal giudice palermitano inattendibili per la loro contraddittorietà intrinseca e per l'assenza di un qualche puntuale riscontro, limitandosi a rivestire la natura di mere voci correnti nell'ambiente dei servizi segreti.

(4) Il processo avente ad oggetto il reato di cui agli artt. 289 c.p. e 77 c.p.m.p. promosso contro il Capo di Stato Maggiore dell'Aeronautica Militare Lamberto Bartolucci, il sottocapo di Stato Maggiore dell'Aeronautica Militare Franco Ferri ed il Capo del Sios, Servizio informativo interno alle Forze Armate, Tascio Zenò si era concluso in primo grado con sentenza di non doversi procedere nei confronti dei primi due imputati, mentre assolveva nel merito il terzo. La Corte di assise di appello di Roma aveva invece parzialmente riformato la prima pronuncia concludendo per l'insussistenza del fatto contestato agli imputati Bartolucci e Ferri.

(5) Sulla responsabilità colposa omissiva scaturente, oltre che da un obbligo positivo anche da specifiche situazioni che esigano il compimento di una determinata attività volta ad impedire l'evento dannoso (teoria delle c.d. relazioni di cortesia), o comunque sulla scorta dell'ancor più generico principio di solidarietà sociale, già G. Alpa, *Colpa omissiva e principi di responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1365, *idem*, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979. Sulla più recente tesi del contatto sociale quale figura ibrida tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale su tutti C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995.

(6) A riprova della sopravvivenza dell'indirizzo c.d. ontologico o naturalistico ai fini del reperimento del dovere giuridico ad attivarsi, nel senso che anche una specifica situazione può esigere il compimento di una determinata attività a tutela del diritto altrui, si veda anche recentissimamente Cass. 23 marzo 2011, n. 6691, a quanto consta inedita. Con detta pronuncia si è imputata al convenuto la responsabilità aquiliana per condotta omissiva scaturente dal verificarsi di una situazione di astratto pericolo in conseguenza del possibile utilizzo fraudolento da parte di terzi di cose proprie lasciate incustodite, giungendo a ritenere che i danni patiti dall'attore per il patito furto della propria abitazione do-

(segue)

L'impossibilità logica prima ancora che giuridica di estendere i criteri di accertamento della causalità commissiva agli eventi illeciti omissivi, stante la radicale assenza in quest'ultima categoria dell'azione dannosa intesa in senso naturalistico, imponeva alla Corte di cassazione di invocare, in tali circostanze, l'applicazione di un giudizio controfattuale. La verifica prognostica del contributo svolto dall'azione doverosa all'accadimento del fatto che la norma di copertura mirava ad evitare si traduce nella sostituzione, ovviamente solo in via di ipotesi, della condotta effettivamente adottata con quella attiva esigibile ma omessa. Solamente qualora non si manifesti l'evento dannoso, si potrà considerare accertato il nesso di causalità tra il fatto lesivo e la mancata realizzazione del prescritto comportamento impeditivo (7).

Assolto attraverso il criterio succennato della probabilità inversa l'onere probatorio riguardante l'aspetto obiettivo della fattispecie illecita, la Corte di cassazione escludeva una qualche rilevanza all'accertamento della prevedibilità ed evitabilità in astratto dell'evento dannoso, sostenendo la preesistenza di un giudizio (ovviamente in tale ultimo senso favorevole) già all'interno della norma di garanzia di cui il fatto lesivo costituisce per l'appunto la concretizzazione del rischio che si intendeva prevenire.

In una simile ricostruzione della responsabilità omissiva in termini pressoché obiettivi, solo formalmente attenuati attraverso il richiamo ad un criterio di riferibilità colposa della condotta dell'agente sulla scorta della violazione volontaria e cosciente della stessa norma di sicurezza, residua comunque un seppur limitato margine di prova liberatoria. Sul convenuto infatti grava la dimostrazione dell'impossibilità di scongiurare l'evento verificatosi sulla scorta di circostanze eccezionali ed imprevedibili in grado di impedire, questa volta in concreto, la stessa adozione della condotta preventiva od il suo successo.

La regola della probabilità logica: la presenza di aerei militari stranieri nei cieli italiani

Per risolvere l'apparente contraddittorietà tra gli esiti dei cennati procedimenti penali e quello civile oggi in commento in ordine alla ricostruzione della dinamica del diastro aereo di Ustica, il cui raffronto stride in primo luogo in considerazione della totale identità esistente tra i due apparati probatori, il Tribunale di Palermo si richiama al principio di autonomia tra gli ordini cognitivi, così come ormai paci-

ficamente metabolizzato dalla giurisprudenza di legittimità.

Ed invero, pur attribuendo al giudice civile l'onere dello svolgimento di un autonomo accertamento del fatto illecito attraverso l'impiego di prove proprie, la Corte di cassazione ha comunque chiarito l'assenza di ogni preclusione a suo carico in ordine alla valutazione degli elementi di fatto già acquisiti nell'ambito di un procedimento penale, qualora questi facciano il loro rituale ingresso nel processo civile (8). Ciò non vorrà certo dire riconoscere, seppur per via implicita, una qualche pregiudizialità del giudicato penale, né tanto meno autorizzare un appiattimento di fatto, fosse anche soltanto in punto di motivazione, della decisione maturata in sede civile sui risultati colà raggiunti. E questo perché il giudice civile non solo non potrà esimersi dal formulare un'indipendente valutazione critica sugli atti trasmigrati nel suo fascicolo d'ufficio da altro procedimento, ma soprattutto perché, proprio con particolare riferimento alla fattispecie della responsabilità extracontrattuale, egli sarà chiamato ad applicare canoni di valutazione probatoria del tutto autonomi.

Se infatti il processo penale riposa sulla regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", lo *standard* civilistico risponde al principio della probabilità prevalente. Del resto un simile assunto si pone in completa armonia con i criteri civilistici di imputazione della responsabilità omissiva, così come individuati dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 584/2008 resa in occasione di un'ipotesi

Note:

(continua nota 6)

vessero essere addossati al vicino di casa il quale aveva lasciato pendente dalla sua proprietà un tubo di gomma per esigenze di cantiere di cui i ladri si erano serviti per entrare nell'appartamento del primo.

(7) Elaborato in seno alla giurisprudenza penale nell'ambito della responsabilità medica, il giudizio controfattuale, comunque muovendo dai criteri valutativi codificati da generalizzate regole di esperienza o da leggi scientifiche-universali o statistiche di copertura, indaga l'eziologia dell'evento *a posteriori*, ovvero in seguito al suo verificarsi, ed *hic et nunc*, ovvero tale quale come manifestatosi, attraverso l'eliminazione ideale della condotta umana, al fine di valutarne l'effettiva influenza nel processo di causazione del danno. In particolare, in tema di responsabilità omissiva detto esame si traduce in un giudizio doppiamente condizionale che si realizza nella supposizione della condotta doverosa impeditiva omessa, così come insegnato dalla ormai celeberrima sentenza Franzese, Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, 2, 601, con nota O. Di Giovane.

(8) Nel senso di consentire al giudice civile di fondare il proprio convincimento dalle prove raccolte in un giudizio penale conclusosi con sentenza di non doversi procedere anche in via del tutto esclusiva vedasi Cass. 2 marzo 2009, n. 5009, in *Giust. civ.*, Mass. 2009, 3.

di responsabilità medica da emotrasfusioni infette (9). In detta pronuncia il conflitto tra orientamenti divergenti in seno alle sezioni semplici della stessa Suprema Corte viene ricomposto con il definitivo abbandono del parametro della probabilità quantitativa, stante la scarsa predittività nella sua traduzione al caso concreto, in favore del criterio più duttile, e cionondimeno comunque attendibile se corroborato da elementi oggettivi di conferma, della probabilità logica.

Così, sulla scorta della stessa documentazione che non aveva consentito ai giudici penali di stabilire la verità processuale sulla causa della deflagrazione del DC9 I-TIGI, l'applicazione dei diversi parametri operativi in sede civile ha invece consentito al Tribunale di Palermo di concludere indifferentemente per le tesi della detonazione esterna di un ordigno esplosivo o della quasi-collisione con altro velivolo che impegnava la medesima aerovia, ricostruzioni entrambe egualmente probabili allo stato degli atti e pertanto processualmente equivalenti.

Tale conclusione, apparentemente salomonica, non era comunque capace di imporre un ulteriore supplemento di indagine per il compiuto e definitivo accertamento della dinamica dell'incidente, essendo al contrario sufficiente per la dichiarazione della responsabilità civile dei Ministeri convenuti che dei tre scenari possibili fosse decisamente esclusa la tesi dell'esplosione interna di un ordigno occultato a bordo dell'aeromobile civile. E questo perché, indipendentemente dalla circostanza che il fatto dannoso si fosse verificato in conseguenza dell'una o dell'altra ipotesi indicate dal giudice monocratico, l'evento sarebbe stato comunque la concretizzazione di quel rischio che le norme di tutela gravanti sulle amministrazioni centrali miravano ad evitare.

Come si vede, l'applicazione della regola di verosimiglianza non trova alcuna limitazione nella circostanza che in ordine all'accertamento del fatto storico siano state elaborate più ricostruzioni tra loro incompatibili o contraddittorie, poiché proprio l'applicazione dello *standard* di probabilità prevalente, differentemente dal più rigido criterio di certezza probatoria "oltre il ragionevole dubbio", consente ed autorizza quella che la stessa Corte Suprema definisce una «scelta comparativa e relativa all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi».

L'indagine sulla norma di garanzia e quella (presuntiva) sull'elemento psichico della conoscibilità dell'evento

Dall'accertamento, seppur indiziario, della presenza di velivoli nello spazio aereo nazionale lungo la stessa rotta impegnata dal DC9 Itavia il giudice monocratico fa discendere, quale conseguenza naturale, la responsabilità civile dei Ministeri a titolo di concorso colposo con il fatto altrui. Nessuna indagine è invece riservata alla verifica dell'elemento soggettivo consistente nel parametro dell'effettiva conoscenza o anche nel più ampio criterio della conoscibilità in concreto del fattore di rischio, anche in ragione del fatto che l'imputazione della verificazione dell'evento lesivo è ritenuta fondarsi sulla sola mancata attivazione dei convenuti in ordine all'adozione delle condotte di garanzia a cui gli stessi per legge erano tenuti.

L'individuazione di un dettagliato quadro normativo attributivo di un espresso dovere di diligenza e del connesso obbligo di impedire l'evento rappresenta un momento imprescindibile per l'accertamento della responsabilità omissiva. Come già detto, in conformità con lo *standard* individuato dalla Cassazione con la sentenza n. 10285 del 5 maggio 2009 si conclude, anche per la materia civilistica nell'ambito della causalità giuridica da omissione, nel senso della definitiva applicazione del disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p. in tema di norma di garanzia ed in ossequio al principio di legalità.

L'indagine sulle fonti degli obblighi di condotta esita nel reperimento di un sostanzioso *corpus* normativo dal dettagliato contenuto precettivo. In particolare, e solo per citare le disposizioni più significative, con la l. 30 gennaio 1963 n. 141 il Ministero dei Trasporti aveva ricevuto in devoluzione dal Ministero della Difesa le attribuzioni in materia di aviazione civile, mentre con il posteriore D.Lgs. 29 ottobre 1979 n. 511 era stato istituito presso il Ministero dei Trasporti il Commissariato per l'Assistenza al volo con competenze di gestione delle attività di vigilanza sugli aeroporti civili e con funzioni di direzione operativa dei centri di controllo. Il Ministero della Difesa, dal canto suo, era tenuto ad

Nota:

(9) La sentenza che fa parte di un folto gruppo di pronunce coeve, Cass. 11 gennaio 2008, nn. 576-585, in *Foro it.*, 2008, I, 451, con nota di A. Palmieri, segna il definitivo abbandono in seno al giudizio civile dell'accertamento del nesso causale sulla scorta del parametro della certezza assoluta o di un elevato grado di credibilità razionale, affermando al contrario l'idoneità del più flessibile criterio secondo cui l'evento dannoso sia conseguenza altamente probabile o verosimile della condotta.

assicurare la sicurezza dei cieli ed impedire l'accesso ad aerei non autorizzati o nemici, conformemente al disposto dei dd.P.R. 18 novembre 1965 n. 1477 e n. 1478 (10).

Positivamente individuata la norma di garanzia a carico delle amministrazioni convenute, soddisfatta sulla scorta dei parametri del giudizio ipotetico di probabilità la prova del nesso causale tra la condotta omessa (sorveglianza dei cieli e, in caso di necessità, riassegnazione della rotta all'aereo civile) ed il fatto illecito (caduta del DC 9 per quasi-collisione o abbattimento da parte di un missile nemico), il giudice monocratico conclude con le parole della Corte di cassazione, escludendo la necessità di un ulteriore accertamento circa la concreta conoscenza da parte dei Ministeri della presenza di aerei stranieri sulla scia del velivolo civile.

Il Tribunale di Palermo, però, non si ferma al pedissequo richiamo delle deduzioni già svolte dai giudici di legittimità circa la preesistenza, all'intero della stessa norma di sicurezza, di un giudizio (positivo) di prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso, ma nel caso sottoposto alla sua attenzione risolve per via presuntiva nel senso comunque dell'effettiva percezione dei Ministeri convenuti del fattore di rischio in virtù dell'osservazione per cui il raffinato sistema di rilevamento radar in uso all'Aeronautica Militare non poteva non consentire una precisa rappresentazione del traffico aereo ed un adeguato controllo dei cieli nazionali.

Accanto a quest'ultima osservazione sull'elemento soggettivo della condotta, ad ulteriormente attenuare i profili oggettivi della responsabilità addebitata ai convenuti si pone anche il riconoscimento della prova liberatoria consistente nella facoltà, per l'omittente, di dimostrare di non aver potuto prevedere od evitare il fatto lesivo per fattori eccezionali (11). Nel caso che ci occupa, peraltro, l'imprevedibilità del lancio di missili sarebbe stata convincentemente invocata dai Ministeri dei Trasporti e della Difesa, su cui gravava l'inversione dell'onere probatorio, solo qualora gli stessi avessero proceduto alla regolare identificazione dell'aereo militare straniero e non già nel caso opposto, ipotesi nella quale la pericolosità della condotta del velivolo sconosciuto doveva essere desunta dalla condotta adottata in violazione delle norme internazionali sugli spazi aerei. Ed invero già nel 2009 i giudici di legittimità avevano concluso in senso analogo con un'osservazione di buon senso secondo cui «proprio eccezionale è l'aggressione da velivolo identificato ed autorizzato al transito».

Diritto alla verità e risarcimento per i danni derivanti dall'ostacolo all'accertamento dei fatti: interessi costituzionalmente garantiti ed ingiustizia del danno

La domanda di risarcimento dei danni patiti, come avanzata dai parenti delle vittime della strage di Ustica, non si limitava ad invocare la *causa petendi* dell'evento lesivo principale, ovvero l'abbattimento dell'aeromobile civile DC-9 I-TIGI - fatto del quale erano ritenute responsabili le amministrazioni centrali sulla scorta delle osservazioni già sopra svolte in tema di concorso colposo da omissione per mancato

Note:

(10) Ad esiti difforni in ordine al contenuto precettivo delle disposizioni in commento giunge G. Di Domenico, *La colpa omissiva e l'obbligo di vigilare nel trasporto aereo: ipotesi ricostruttive della responsabilità del soggetto omissivo*, in *Dir. dei traspt.*, 2010, 423. Secondo l'Autrice soprattutto la lettura delle norme di cui al D.Lgs. n. 511 del 1971 autorizzerebbe un drastico ridimensionamento del contenuto dei compiti di vigilanza della navigazione aerea a carico del Ministero dei Trasporti: in particolare si sostiene che l'obbligo di garantire la sicurezza dei voli sarebbe limitato alla sola prevenzione dei pericoli per così dire fisiologici del traffico connessi alla congestione delle aerovie, alla presenza di ostacoli ed alle avversità atmosferiche. Tale ricostruzione non pare invero affatto condivisibile, stante l'opinabile classificazione delle condotte di aggressione armata da parte di aerei nemici (che nel contributo in commento è infatti qualificata in termini di causa di forza maggiore) tra i c.d. rischi atipici non assistiti dall'obbligo di impedire l'evento. Anche a non voler considerare l'ipotesi di caduta per quasi-collisione (la quale evidentemente costituirebbe de plano la concretizzazione del pericolo connesso al sovraffollamento delle rotte aeree), si ritiene che l'evento lesivo patito da un aeromobile civile in conseguenza della detonazione di un missile debba pacificamente integrare proprio l'attualizzazione di quel rischio, latamente inteso, che le norme di garanzia miravano ad evitare, pena il totale deauperamento di ogni concreto significato riconnesso allo stesso obbligo precauzionale la cui attribuzione a carico delle amministrazioni convenute non è revocabile in dubbio.

(11) Gioverà ricordare che per il medesimo fatto storico è stata peraltro configurata da altro giudice civile anche un'ipotesi di responsabilità per attività pericolosa (atipica) invocabile nei casi di navigazione aerea realizzatasi in condizioni anomale, quale quella di specie proprio in conseguenza della presenza di velivoli militari non identificati, così Tribunale di Palermo nella pronuncia resa in data 1° aprile-4 maggio 2007 e confermata dalla Corte di appello di Palermo con la sentenza n. 788/2011. In proposito, l'art. 2050 c.c. stabilisce un criterio di responsabilità che si fonda sulla valutazione *ex ante* di pericolosità intrinseca dell'attività svolta: la tutela apprestata dalla norma in commento, in quanto particolarmente pregnante per i danneggiati e soprattutto fortemente valorizzatrice delle condotte di prevenzione, ha fatto spesso parlare di una particolare forma di responsabilità obiettiva, così per primo e più autorevolmente P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Per giurisprudenza di legittimità conforme a detta impostazione si veda Cass. 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.*, 2004, I, 2378 e Cass. 13 febbraio 2009, n. 3528, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 771. In favore della natura pericolosa dell'attività di navigazione aerea solo a condizione che il danneggiato provi che la stessa sia esercitata in condizioni di anomalia o pericolo si veda Cass. 19 luglio 2002, n. 10551, in questa *Rivista*, 2002, 1217, con nota di F. Agnino, *Navigazione aerea ed applicabilità dell'art. 2050 c.c.*

adempimento degli obblighi di garanzia normativamente imposti -, ma si estendeva anche ad un autonomo titolo di responsabilità con cui era imputata, a una delle convenute, l'adozione di successive condotte di ostacolo all'accertamento della verità in ordine alle cause del disastro aereo.

La mancata collaborazione che, invece, il Ministero della Difesa avrebbero dovuto prestare soprattutto nella fase delle indagini preliminari in seno al procedimento penale per il reato di strage, sostenevano gli attori, aveva irrimediabilmente compromesso gli esiti delle stesse, non solo cagionando di fatto l'impunità degli autori materiali della sciagura, mai identificati, ma pregiudicando anche per gli eredi delle vittime il diritto patrimoniale al risarcimento del danno patito *iure proprio* ed *iure hereditatis*.

Le condotte omissive imputabili alla amministrazione centrale erano rintracciate nel dettaglio dal Tribunale di Palermo con riferimento alle imputazioni contenute nella sentenza-ordinanza Priore, la quale le qualificava nei termini, tra gli altri, dei reati di attentato agli organi costituzionali, favoreggiamento, falso documentale, falsa testimonianza, abuso di ufficio, soppressione di atti pubblici, violazione di pubblica custodia. I giudizi penali promossi in conseguenza di tali contestazioni si erano però conclusi con pronunce di assoluzione o, per la maggior parte, con sentenze di non doversi procedere per il ricorrere delle cause estintive della prescrizione o della morte dell'imputato.

Proprio in ordine a queste ultime ipotesi, non spiegando nel giudizio civile le sentenze penali effetto preclusivo, ad eccezione di quelle che dichiarano l'assoluzione dell'imputato come sancito dall'art. 652 c.p.p., il giudice monocratico siciliano concludeva per la possibilità di sottoporre ad accertamento le condotte adottate dagli operatori del Centro Radar dell'Aeronautica Militare di Marsala (imputati di falsa testimonianza e favoreggiamento), dagli operatori del Centro Radar dell'Aeronautica Militare di Licola (imputati di violazione di pubblica custodia e soppressione di atti pubblici in relazione alla mancata consegna alla procura di Palermo e della successiva distruzione del registro di Licola e dei plottaggi inviati la sera dell'incidente da Licola a Martina Franca via telex) ed infine dal Colonnello dell'Aeronautica Militare Fiorito De Falco (imputato di falsa testimonianza, favoreggiamento e violazione di pubblica custodia per la mancata consegna e dispersione dei nastri di registrazione di Poggio Ballone e la ritardata consegna dei nastri di Marsala).

Ed invero il Tribunale di Palermo ritiene che l'amministrazione ministeriale fosse invece tenuta sulla

scorta dell'art. 97 Cost. ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, collaborando fattivamente alle indagini per il reato di strage attraverso il solerte adempimento delle richieste provenienti dagli altri organi dello Stato. Al contrario, era attribuibile al Ministero della Difesa uno stupefacente catalogo di condotte sia omissive, in relazione alla mancata consegna alle autorità giudiziarie della documentazione relativa ai tracciati radar dei CRAM di Poggio Ballone e Marsala dislocati lungo la rotta dell'aerovia assegnata al velivolo civile I-TIGI, sia attive, in ordine alla distruzione delle riferite documentazione pur in pendenza di un'indagine dell'autorità giudiziaria (così in relazione in particolare ai rilevamenti dei siti di Licola e Poggio Ballone).

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo della condotta adottata, si propende addirittura per l'attribuzione del criterio della colpa gravissima a carico delle articolazioni della Aeronautica Militare, le quali si sarebbero rese responsabili dell'interruzione della catena di trasmissione della documentazione richiesta con la «necessaria consapevolezza della contrarietà di tale condotta al decreto di sequestro emesso dalla Procura di Palermo».

Il succennato criterio psicologico di imputazione della condotta omissiva impone peraltro un elevato grado di coscienza della sua antiggiuridicità, tale da non consentire nemmeno di escludere il richiamo anche ai profili di volontarietà della stessa. Il Tribunale di Palermo azzarda anche l'attribuzione della responsabilità a titolo doloso: e questo sulla scorta dell'osservazione sia della gravità che della frequenza del contegno addebitato, incompatibile con una qualsivoglia ricostruzione in termini di sua occasionalità o addirittura di mera accidentalità. Ed infatti il giudice monocratico deduce la coscienza dell'antigiuridicità delle condotte in ragione dell'inevitabile percezione da parte delle articolazioni interne del Ministero convenuto della rilevanza (non solo giuridica ma anche sociale) del fatto delittuoso oggetto delle indagini a causa del quale si sollecitava la collaborazione sia della massiccia reiterazione delle attività di vero e proprio sviamento delle indagini o comunque di semplice ostacolo per il tramite di atteggiamenti di resistenza passiva.

La risarcibilità del pregiudizio arrecato dalla condotta di intralcio alla ricerca della verità trova la sua giustificazione sulla scorta dell'ingiustizia del danno quale prescritta dalla clausola generale della responsabilità aquiliana e pacificamente estesa anche alla lesione del diritto di credito. In questo ambito, diversamente da quanto richiesto dagli attori sulla

scorta della *causa petendi* della responsabilità omissiva dei Ministeri per violazione degli obblighi connessi alla posizione di garanzia, il danno lamentato si era maturato in conseguenza della infruttuosità delle indagini svolte per l'identificazione degli agenti principali della strage: in particolare, la frustrazione della concreta azionabilità da parte dei parenti delle vittime coinvolte nel disastro dei diritti risarcitori di cui gli stessi erano titolari è ritenuta direttamente riferibile proprio alla condotta impeditiva dell'amministrazione convenuta (12).

L'individuazione della situazione giuridica meritevole di tutela ai fini del ristoro anche dei danni non patrimoniali è rintracciata dal giudice monocratico nei principi del diritto processuale penale in tema di poteri di partecipazione e collaborazione all'accertamento della verità attribuiti alla persona offesa, attraverso il richiamo *in primis* agli artt. 90 e 410 c.p.p., e più in generale sulla scorta della stessa funzione pubblicistica del processo penale quale strumento di riparazione sociale della condotta antiggiuridica prima che mezzo di irrogazione della sanzione afflittiva nei confronti del reo.

La risarcibilità degli interessi riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Carta Costituzionale in relazione al libero svolgimento della personalità ed alle attività realizzatrici della stessa (13), pesantemente compromessi per gli attori del presente giudizio dal protrarsi ultratrentennale della dolorosa vicenda giudiziale tra esiti altalenanti e contraddittori, si affianca quindi alla risarcibilità *ex art.* 2059 c.c. di fattispecie penalmente rilevanti quali la falsa testimonianza, il favoreggiamento e la soppressione di atti pubblici.

L'imputazione della condotta materiale ai singoli dipendenti delle amministrazioni convenute peraltro non esclude la riferibilità della stessa anche in capo agli enti ministeriali in via di responsabilità diretta *ex art.* 2043 c.c. e non già a titolo di responsabilità indiretta di cui all'art. 2049 c.c. per fatto del dipendente. E questo in base al principio dell'immedesimazione organica del dipendente, il quale trova piena applicazione qualora quest'ultimo agisca (come qui in effetti ha agito) non già per il raggiungimento di un personale interesse estraneo all'amministrazione, ma bensì proprio in ragione delle finalità istituzionali della stessa.

Anche nella più ambigua ipotesi di responsabilità dolosa per l'occultamento della verità attraverso la realizzazione di attività di ostacolo alla corretta esecuzione delle richieste formulate dall'autorità giudiziaria, il Tribunale di Palermo non pare giungere a conclusioni difformi rispetto a quelle espresse in relazione alla verifica del più lieve criterio soggettivo

della colpa, nel quale evidentemente la condotta dei singoli dipendenti era scevra per definizione da ogni interesse o fine personale e privato riconnesso alla stessa omissione. In queste ipotesi, pur nel perseguimento di una finalità egoistica da parte dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, si propende per l'attribuzione al Ministero della Difesa di una responsabilità consistente nella permanenza del nesso di occasionalità necessario tra le condotte illecite e le funzioni amministrative esercitate dai singoli, i quali avrebbero comunque agito al fine di realizzare un interesse riferibile all'ente nel suo complesso, seppure deviato rispetto a quelli istituzionalmente attribuiti in particolare mirato a stornare dallo stesso la responsabilità per la verifica del disastro aereo.

Note:

(12) Sulla decorrenza del termine prescrizione il giudice monocratico aderisce all'orientamento del resto decisamente consolidato della Suprema Corte, la quale ha stabilito il criterio della concreta conoscibilità del danno da parte dei soggetti lesi. In ipotesi simili alla presente, e caratterizzate da una marcata complessità nell'individuazione degli stessi elementi costitutivi l'illecito, si deve pertanto concludere che la maturazione della esteriorizzazione del danno e della necessaria consapevolezza da parte del danneggiato non sono di per sé sufficienti a perfezionare l'*exordium praescriptionis*, essendo invece necessario che la vittima percepisca il danno quale conseguenza della azione od omissione altrui e questo ai fini di un efficace incardinamento del giudizio di risarcimento. Così, soprattutto nel caso di danno c.d. lungo latente, al fine di evitare gli effetti di una discrasia tra evento illecito e percezione dello stesso da parte del danneggiato, si veda il costante insegnamento della Suprema Corte, *ex multis* Cass. 21 febbraio 2003, n. 2645, in questa *Rivista*, 2003, 845, con nota di E. Righetti, *Prescrizione e danno lungolatente*. Nel caso di specie il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento coincide con l'emanazione della sentenza di primo grado della Corte di assise di Roma: solo con questo atto si è ottenuto un primo accertamento non solo della responsabilità dei Ministeri convenuti in ordine alla verifica del disastro aereo ma anche della attribuzione agli stessi delle condotte di sviamento delle indagini giudiziarie sull'individuazione dei colpevoli materiali della strage.

(13) Sulla portata immediatamente precettiva dell'art. 2 della Costituzione M. Franzoni, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto ed Impresa*, 2010, 1.

MASTER IPSOA



Tagliati su misura
per la tua professione!

 **IPSOA** Scuola di formazione
Gruppo Wolters Kluwer

Master full-time



RISORSE UMANE

Milano: aprile – luglio 2012



TRIBUTARIO

Milano: ottobre 2012 – giugno 2013

Per prenotare il tuo colloquio:

Tel. 02/82476.838.868

E-mail: formazione.ipsoa@wki.it



Master part-time

FISCO

- **IVA**
Milano e Napoli
- **Dall'accertamento al processo tributario**
Milano, Roma, Firenze e Taranto
- **Specialista in diritto tributario**
Parma
- **Transfer pricing**
Milano

LAVORO

- **Amministrazione e gestione del personale**
Milano e Napoli
- **Il nuovo contenzioso del lavoro**
Milano e Roma
- **Professione HR Manager**
Roma e Milano

AMBIENTE ED ENERGIA

- **Diritto dell'ambiente**
Milano
- **Esperto ambientale**
Verona
- **Consulente e responsabile ambientale**
Cagliari
- **Diritto ed economia dell'energia**
Milano

GESTIONE D'IMPRESA

- **Contabilità e bilancio**
Roma, Milano e Torino
- **Credit Management**
Milano e Roma
- **Economics di base per la gestione d'impresa**
Milano e Roma
- **Controllo di gestione**
Milano

DIRITTO

- **Diritto societario**
Milano, Roma e Padova
- **Derivati**
Milano
- **D.Lgs 231/01**
Milano
- **Domestic and International banking law**
Milano
- **Fallimento**
Milano

LE SCUOLE PER I PRATICANTI

- **Dottore Commercialista ed Esperto Contabile**
Firenze

www.ipsoa.it/master

Informazioni e iscrizioni:
Scuola di formazione Ipsoa
Tel. 02/82476.1
E-mail: formazione.ipsoa@wki.it

 **ASFOR**
SOCIO ORDINARIO



Perdita di animale d'affezione

Nessun risarcimento per la perdita dell'animale di affezione: la conferma del giudice di Catanzaro

TRIBUNALE DI CATANZARO, 5 maggio 2011 - G.U. Agnino

Il diritto al risarcimento del danno non riveste natura punitiva, ma deve essere correlato alla prova del concreto pregiudizio economico asseritamente subito dal danneggiato. Il potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa configura non un giudizio di equità, ma un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva e integrativa, la quale non ricomprende anche l'accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta. Nel caso concreto della perdita dell'animale di affezione, poi, non sussiste un'ingiustizia costituzionalmente qualificata e non può pertanto essere concessa una somma a titolo di danno non patrimoniale.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Sant'Angelo dei Lombardi 12 gennaio 2011; Trib. Milano 20 luglio 2010; Trib. Roma 19 aprile 2010; Cass. 28 giugno 2007, n. 14846.
Difforme	Trib. Rovereto 12 ottobre 2009; Pret. Rovereto 15 giugno 1994.

Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato il 18 dicembre 2007, gli attori convenivano in giudizio N.A. onde ottenere il ristoro dei danni patrimoniali e morali subiti all'esito di un episodio occorso il 10 dicembre 2006 a Catanzaro al viale (omissis) verso le ore 9.00, laddove il loro cane pechinese - a passeggio con G.M. - era stato azzannato da due cani pitbull di proprietà del convenuto, lasciati incustoditi, per poi decedere nella immediatezza della aggressione; il tutto, con vittoria delle spese di lite.

Radicatosi il contraddittorio, si costituiva il N., esponendo una diversa ricostruzione dei fatti, contestando la sussistenza di responsabilità, giacché i cani erano da lui custoditi in un giardino dotato di cancello e catena, e che il giorno dell'aggressione gli stessi erano stati rubati da terzi soggetti, configurandosi nel caso di specie il caso fortuito, come tale idoneo ad interrompere il nesso di causalità, e concludendo per il rigetto della domanda, con vittoria di spese.

Istruita la causa mediante l'assunzione di prove testimoniali, alla udienza del 1° febbraio 2011, i procuratori delle parti precisavano le conclusioni, e la causa era introitata a sentenza con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e note di replica.

La domanda è infondata e va rigettata, per le considerazioni che di seguito si espongono.

Va preliminarmente evidenziato che, in ragione del criterio della ragione più liquida, la domanda può essere respinta *sulla base di una questione assorbente pur se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre, essendo ciò suggerito dal principio di economia processuale e da esigenze di celerità anche costituzionalmente protette* (così, da ultimo, cfr. Trib. Piacenza, 28 ottobre 2010; sulle conseguenze di tale postulato in materia di giudicato implicito, cfr. Cass. civ., 16 maggio 2006, n. 11356).

Il richiamo al primato della ragione più liquida si dimostra peraltro decisamente confacente alla luce del recente insegnamento della Suprema Corte, a mente del quale *il rispetto del diritto fondamentale a una ragionevole durata del processo (derivante dall'art. 111, comma 2, della Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) impone al giudice (ai sensi degli artt. 127 e 175 c.p.c.) di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialet-*

tica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, espresso dall'art. 101 c.p.c. da effettive garanzie di difesa (art. 24 della Costituzione) e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità (art. 111, comma 2, della Costituzione), dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a esplicare i suoi effetti (così Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2010, n. 13896).

Nel caso di specie, tale principio può trovare sicura applicazione in quanto, anche prescindendo dalla puntuale ricostruzione fattuale della vicenda, le doglianze di parte attrice risultano comunque immeritevoli di accoglimento, per accertamento dell'inesistenza dei danni lamentati (il che induce ad affermare, conseguentemente, la superfluità dell'accertamento del fatto costitutivo).

Nella vicenda in esame, gli attori hanno infatti domandato il risarcimento dei danni patrimoniali derivanti dalla morte del proprio cane pachinese (quale conseguenza dell'aggressione asseritamente subita), senza tuttavia dimostrare quali danni in concreto avessero realmente subito.

Sul punto, questo Giudice condivide l'insegnamento di Cass. civ., sez. II, 12 giugno 2008, n. 15814, che efficacemente evidenzia come, nell'attuale ordito normativo, il diritto al risarcimento del danno non rivesta natura punitiva, ma vada correlato alla prova del concreto pregiudizio economico asseritamente subito dal danneggiato: *anche nelle ipotesi per le quali il danno sia ritenuto in re ipsa e trovi la sua causa diretta ed immediata nella situazione illegittima posta in essere dalla controparte, la presunzione attiene alla sola possibilità della sussistenza del danno ma non alla sua effettiva sussistenza e, tanto meno, alla sua entità materiale; l'affermazione del danno in re ipsa si riferisce, dunque, esclusivamente all'an debeatur, che presuppone soltanto l'accertamento d'un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l'id quod plerumque accidit, onde permane la necessità della prova d'un concreto pregiudizio economico ai diversi fini della determinazione quantitativa e della liquidazione di esso per equivalente pecuniario, e non è precluso al giudice il negare la risarcibilità stessa del danno ove la sua effettiva sussistenza o la sua materiale entità non risultino provate.*

Invero, il concreto esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., configura non un giudizio d'equità ma un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, ond'è che non solo è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile per la parte interessata provare il danno nel suo preciso ammontare (cosa non certamente ricorrente nella odierna fattispecie, per come si dirà appresso), come desumibile dalle citate norme sostanziali, ma non ricomprende anche l'accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta, anzi, al contrario, presuppone già assolto dalla parte stessa, nei cui confronti le citate disposizioni non prevedono alcuna *relevatio ab onere probandi* al riguardo, l'onere su di essa incombente ex art. 2697 c.c., di dimostrare sia la sussistenza sia l'entità materiale del danno,

così come non la esonera dal fornire gli elementi probatori e i dati di fatto dei quali possa ragionevolmente disporre, nonostante la riconosciuta difficoltà, al fine di consentire che l'apprezzamento equitativo sia, per quanto possibile, limitato e ricondotto alla sua peculiare funzione di colmare soltanto le lacune riscontrate insuperabili nell'iter della precisa determinazione dell'equivalente pecuniario del danno stesso (*ex pluribus*, da ultimo, Cass. 9 agosto 2007 n. 17492; Cass. 7 giugno 2007 n. 13288; Cass. 22 luglio 2004 n. 13761, conformi al precedente di Cass. 18 novembre 2002 n. 16202).

Sulla misura di tale pregiudizio, nondimeno, parte attrice nulla ha efficacemente dedotto ed argomentato, non ha neppure formulato richiesta di consulenza tecnica veterinaria sul valore del cane (stimando il relativo valore in euro 800,00, senza riferimento ad alcun parametro oggettivo, o quantomeno verificabile, di valutazione) ovvero di quantificazione delle lesioni asseritamente subite da M.G. (stimate in euro 1300,00, senza fare riferimento neppure ad una ctp), senza che rispetto a questi ultimi danni abbia proceduto alla individuazione dei giorni di prognosi.

Sotto altro aspetto devono richiamarsi le considerazioni esposte dalla recente giurisprudenza di legittimità in merito alla necessità di evitare che la sistematizzazione dei danni nelle categorie "danno patrimoniale/non patrimoniale" possa condurre ad ingiustificate moltiplicazioni risarcitorie; ed infatti, quanto al danno esistenziale, il recente *dictum* delle Sezioni Unite (n. 3677/2009), cui questo Giudice ritiene di aderire, ha evidenziato che "il danno c.d. esistenziale, non costituendo una categoria autonoma di pregiudizio, ma rientrando nel danno morale, non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente denominato, restando assorbito dal risarcimento del danno morale in tutti i casi in cui quest'ultimo è ritenuto risarcibile" (cfr. altresì Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2010, n. 19816).

Orbene, impostando un discorso unitario con riguardo ai pregiudizi non patrimoniali (sul quale si rinvia alle illuminanti considerazioni di Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2009, n. 4053), è noto che le Sezioni Unite, con quattro sentenze di contenuto identico (n. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 11 novembre 2008), hanno proceduto ad una rilettura in chiave costituzionale del disposto dell'art. 2059 c.c., ritenuto principio informatore del diritto da leggersi - non già come disciplina di un'autonoma fattispecie di illecito, produttiva di danno non patrimoniale, distinta da quella di cui all'art. 2043 c.c. - bensì come norma che regola i limiti e le condizioni di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali (intesa come categoria omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile individuare, se non con funzione meramente descrittiva, ulteriori sottocategorie), sul presupposto dell'esistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito richiesti dall'art. 2043 c.c., e cioè: la condotta illecita, l'ingiusta lesione di interessi tutelati dall'ordinamento, il nesso causale tra la prima e la seconda, la sussistenza di un concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse leso (sul punto, da ultimo, cfr. altresì Cass. civ., sez. un., 19 agosto 2009, n. 18356).

In tale prospettiva la peculiarità del danno non patrimoniale viene individuata nella sua tipicità, avuto riguardo alla natura dell'art. 2059 c.c., quale norma di rinvio ai casi previsti dalla legge (e, quindi, ai fatti costituenti reato o agli altri fatti illeciti riconosciuti dal legislatore ordinario produttivi di tale tipo di danno) ovvero ai diritti costituzionali inviolabili, presieduti dalla tutela minima risarcitoria, con la precisazione in quest'ultimo caso, che la rilevanza costituzionale deve riguardare l'interesse leso e non il pregiudizio consequenzialmente sofferto e che la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone, altresì, che la lesione sia grave (che superi cioè la soglia minima di tollerabilità, imposto dai doveri di solidarietà sociale) e che il danno non sia futile (vale a dire che non consista in meri disagi a fastidi o sia addirittura immaginario).

Ciò precisato, ritiene questo Giudice che, nella specie, non sussista un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, tanto che la perdita da animale d'affezione è stata proprio indicata in maniera esemplificativa, dalle Sezioni Unite, quale risibile prospettiva di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone, unitamente ad altre ipotesi pure ivi elencate (la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal black-out elettrico). Si tenga altresì presente l'insegnamento di Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2007, n. 14846, secondo cui *non è riconducibile ad alcuna categoria di danno non patrimoniale risarcibile la perdita, a seguito di un fatto illecito, di un cavallo indicato dalla parte come animale di affezione, in quanto essa non è qualificabile come danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata, non potendo essere sufficiente, a tal fine, la deduzione di un danno in re ipsa, con il generico riferimento alla perdita della "qualità della vita"*.

Né può condividersi il pur recente arresto di altra giurisprudenza di merito (Trib. Rovereto, 18 ottobre 2009), il quale predica una rimeditazione dei *dicta* delle Sezioni Unite elevando al rango di "diritto inviolabile" ex art. 2 Cost. la tutela dell'animale d'affezione, sulla scorta dei recenti interventi novellistici (su tutti, la legge n. 189/2004) tendenti ad assicurare speciale protezione agli animali mediante lo strumentario repressivo penalistico; trattasi tuttavia - a sommosso avviso di questo Giudice - di argomentazione non persuasiva, laddove si pone sul medesimo piano il bene giuridico tutelato dal diritto penale (il "sentimento per gli animali", caratterizzato da una valenza oggettiva e superindividuale) e la percezione della sofferenza correlata alla lesione della propria sfera personale civilisticamente rilevante (di natura eminentemente soggettiva ed individuale).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la domanda va quindi rigettata.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, giusta la natura ed il valore della

controversia, ed alla luce del principio di adeguatezza e proporzionalità (che impone, peraltro, una costante ed effettiva relazione tra la materia del dibattito processuale e l'entità degli onorari per l'attività professionale svolta, assegnando la prevalenza del *decisum* sul *disputatum*: Cass. civ., sez. un., 11 settembre 2007, n. 19014).

Va evidenziato in proposito che il rimborso c.d. forfetario delle spese generali costituisce una componente delle spese giudiziali, la cui misura è predeterminata dalla legge, che spetta automaticamente al professionista difensore, anche in assenza di allegazione specifica e di apposita istanza, dovendosi, quest'ultima, ritenere implicita nella domanda di condanna al pagamento degli onorari giudiziali che incombe sulla parte soccombente (Cass. civ., sez. III, 1 giugno 2010, n. 13433; Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2010, n. 9192; Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2010, n. 4209).

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Giulio Ponzanelli

Ulteriore conferma della giurisprudenza di merito che esclude la risarcibilità del danno non patrimoniale sofferto per la perdita dell'animale di affezione. La sentenza calabrese, con un reticolato argomentato completo e convincente, si rivela coerente con le conclusioni raggiunte nelle decisioni delle Sezioni Unite del novembre 2008.

Il caso

Dopo il caso deciso da Milano (1) e quello da Sant'Angelo dei Lombardi (2), la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale per la perdita dell'animale di affezione viene affrontata ora anche dal Tribunale di Catanzaro che, in linea di continuità con le decisioni di merito lombarda e campana, esclude la risarcibilità del danno per mancanza di prova e soprattutto dell'elemento dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata richiesta dall'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite del novembre 2008.

Quindi, la giurisprudenza di merito - settentrionale, centro-meridionale e meridionale - in questi primi tre anni dall'intervento delle Sezioni Unite ha assunto una posizione compatta nell'escludere il risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita dell'animale di affezione. Tre i principali argomenti: l'art. 2059 non è la "copia" dell'art. 2043; il diritto di proprietà non è un diritto fondamentale; l'attore deve sempre offrire la prova del pregiudizio.

Le motivazioni che sorreggono le tre decisioni si ripetono ed esprimono la volontà di non allontanarsi dalle indicazioni delle Sezioni Unite: ciò non solamente per un elementare rispetto del generale principio di nomofilachia, ma anche per una precisa volontà di confermare un assetto "non riparatorio" della responsabilità civile e, in particolare, del rimedio del danno non patrimoniale.

Insomma, il rimedio del danno non patrimoniale non è di utilizzo generale, ma è riservato o a specifiche previsioni legislative o alla lesione di un diritto inviolabile. Questa soluzione dispiace, sicuramente, a coloro per i quali il rapporto tra proprietario e animale niente ha di meno, in termini di carica affettiva e di connotazione interiore, con la perdita del familiare, ove invece il risarcimento è concesso. Ma questa generalizzazione non solo va contro precisi ostacoli normativi non così facilmente superabili (gli animali sono sempre *res* dal punto di vista giuridico), ma è anche in grado di facilitare la proliferazione di iniziative giudiziarie destinate giocoforza a promuovere in ogni caso piccoli risarcimenti.

Se il risarcimento deve avere anche una portata deterrente, non è ponendo a carico dell'investitore di animali d'affezione una somma di denaro (la quale sicuramente può servire a lenire la sofferenza o a colmare in qualche modo il vuoto lasciato dall'animale di affezione), che la curva dei sinistri diminuirà.

E non credo proprio che la moneta sia il più serio e autentico surrogato del dolore patito dal proprietario (3).

Vorrei, allora, invitare proprio coloro (per i quali è, invece, più giusto concedere il risarcimento) a ricordare che nella posizione giurisprudenziale sino ad oggi seguita non albergano sentimenti cinici e non umani; piuttosto, su altra linea, si ha la consapevolezza di dover concentrare l'attenzione sui flussi risarcitori che attraversano la nostra società ove le funzioni riparatorie e anche di deterrenza possono meglio realizzarsi.

Una valutazione assolutamente più generosa sull'an (sulla presenza di un diritto inviolabile che giustificherebbe la concessione del danno non patrimoniale) dovrebbe, poi, fare i conti anche con le difficoltà legate alla prova; una volta esclusa la rilevanza del danno *in re ipsa*, diventa difficile per il proprietario assolvere l'onere della prova, nonostante l'ausilio dello strumento della presunzione: come può essere provato il danno non patrimoniale subito dal proprietario dell'animale di affezione?

E allora, misurandosi anche con il tema della prova, le decisioni rese paiono persuasive ed equilibrate.

La speranza è che nei ruoli degli uffici giudiziari non siano presenti troppe cause per pretese risarcitorie legate alla scomparsa di animali di affezione, in mo-

Note:

(1) Trib. Milano 20 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 1068, con nota di R. Foffa, *La negazione del danno non patrimoniale per la morte dell'animale di affezione*.

(2) Trib. S. Angelo dei Lombardi 12 gennaio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 661, con mia nota, *Danno da perdita di animale di affezione: un no campano* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 663 ss., con commento di R. Foffa, *Il danno da perdita dell'animale d'affezione*.

(3) Cfr. la classica indagine di G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

do tale che i conflitti e le diverse letture interpretative possano aver fine; e, questa volta, proprio per la cessazione della materia del contendere.

Postilla

Mentre questa pagina era in composizione, sono stati pubblicate due provvedimenti giudiziari che hanno avuto una larga eco presso i media e che solo in parte, però, influenzano le conclusioni del Tribunale di Catanzaro.

In veloce sintesi, il primo provvedimento (Cassazione penale, 21 dicembre 2011, n. 47391, imp. Gianotti) ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano ritenuto l'imputato responsabile del reato di cui all'art. 638 c.p. per «... aver sbattuto a terra e preso a calci il cane». A favore del proprietario dell'animale domestico, costituitosi parte civile, era stato anche concesso un risarcimento liquidato in 300 euro. La decisione penale non apporta sostanziali novità al tema deciso dal giudice calabrese: la sussistenza di un illecito penale legittima la concessione del danno non patrimoniale (*sub specie* di danno morale), rimedio però non consentito in caso di un mero illecito civile (come esattamente successo nel caso deciso dal Tribunale di Catanzaro).

Il secondo provvedimento (decreto Tribunale di Varese, 7 dicembre 2011), emesso in sede di amministrazione di sostegno, ha riconosciuto come degna di protezione la volontà dell'anziano di continuare a frequentare l'animale di compagnia, sia pur dopo l'ingresso in RSA, superando in tal modo i limiti della normativa ospedaliera. Il decreto lombardo, ineccepibile nella parte normativa, risulta, però, assai fragile nella parte motiva: dove viene riconosciuto «... un vero e proprio diritto soggettivo all'animale di compagnia ...; diritto che, quindi, va riconosciuto anche in capo all'anziano soggetto vulnerabile».

Non credo, infatti, che per giustificare il concreto risultato ci fosse bisogno di enucleare un nuovo diritto soggettivo che coprirebbe l'interesse a copertura costituzionale rappresentato dal sentimento per gli animali. E, in ogni caso, tale nuovo diritto non sembra proprio integrare un nuovo diritto inviolabile la cui lesione determina anche il rimedio del danno non patrimoniale. Ma l'occasione è ghiotta per giudicare inadeguata la risposta offerta dalle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 sul punto specifico della risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di perdita di animale di affezione per il fatto illecito del terzo. È proprio su questa parte, che pur co-

stituisce un semplice *obiter* all'interno del provvedimento, più che sulla soluzione del caso concreto, che potrebbe delinarsi (se il ruolo del Dottor Buffone dovesse mai ospitare controversie di questo genere) una giurisprudenza diversa da quella sino ad ora costantemente seguita tra i giudici di merito.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

INSTANT BOOK



Processo civile: la semplificazione dei riti

Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150

Il volume offre un approfondito esame del **d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150**, sulla **riduzione e semplificazione** dei riti civili di cognizione, analizzando, nell'ordine: le **disposizioni generali**; le controversie regolate dal **rito del lavoro**, dal **rito sommario di cognizione**, dal **rito ordinario di cognizione**; le **disposizioni finali** e, da ultimo, le **abrogazioni**. Il testo, attraverso un **commento sistematico articolo per articolo**, analizza il decreto con **spirito critico**, evidenziandone i **passaggi procedurali maggiormente significativi** e fornendo le **prime risposte pratiche**.

Disponibile anche nella versione **e-book**.

Vito Amendolagine
pagg. 256, € 21,00

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00132263) Sì, desidero acquistare il volume **Processo civile: la semplificazione dei riti** di Vito Amendolagine a **€ 21,00**.

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI

I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Osservatorio di legittimità

a cura di **Antonella Batà** e **Angelo Spirito**

RESPONSABILITÀ DEI GENITORI

FATTO ILLECITO COMMESSO DAL MINORE

Cassazione civile, sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26200 - Pres. Amatucci - Est. Vivaldi

Ai sensi dell'art. 2048 c.c., i genitori sono responsabili dei danni cagionati dai figli minori che abitano con essi, per quanto concerne gli illeciti riconducibili ad oggettive carenze nell'attività educativa, che si manifestino nel mancato rispetto delle regole della civile coesistenza, vigenti nei diversi ambiti del contesto sociale in cui il soggetto si trovi ad operare.

Il caso

Nel corso di una partita di calcio, un giovane minorenni subisce lesioni ad opera di un altro minorenni. I genitori del danneggiato citano in giudizio quelli del danneggiante per il risarcimento del danno.

I giudici del merito respingono la domanda, ritenendo che non si siano verificati i presupposti della responsabilità di cui all'art. 2048 c.c. In particolare, essi accertano che un ragazzo ebbe a colpire l'altro con una violenta testata alla bocca mentre il gioco era fermo e senza avere in precedenza subito alcuna aggressione, tuttavia sostengono che in tale contesto non ha alcun rilievo l'educazione e la vigilanza spettante ai genitori in linea generale, posto che gli stessi non avrebbero in alcun modo potuto intervenire nel corso della competizione sportiva per impartire direttive al figlio o comunque prevedere o impedire l'evento, trattandosi di un ambito del tutto escluso dal loro intervento.

I genitori del giovane aggredito propongono ricorso per cassazione, sostenendo che i genitori dell'aggressore non hanno fornito la prova liberatoria prevista dalla menzionata disposizione normativa, ossia non hanno provato di non aver potuto impedire il fatto.

La decisione

La S.C. cassa la sentenza impugnata, spiegando che i giudici del merito hanno del tutto frainteso la disposizione normativa in questione, la quale attribuisce ai genitori il potere dovere di esercitare la vigilanza sul comportamento dei figli nonché, soprattutto, l'obbligo di svolgere adeguata attività formativa, impartendo ai figli stessi l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari.

Ecco, dunque, che i genitori, al fine di fornire una sufficiente prova liberatoria per superare la presunzione di colpa prevista dalla norma, devono offrire non la prova legislativamente predeterminata di non aver potuto impedire il fatto (e ciò perché si tratterebbe di prova negativa), ma quella positiva di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato su di lui una vigilanza adeguata, il tutto in conformità alle con-

dizioni sociali, familiari, all'età, al carattere ed all'indole del minore.

Inoltre, l'inadeguatezza dell'educazione impartita e della vigilanza esercitata su di un minore, può essere desunta, in mancanza di prova contraria, dalle modalità dello stesso fatto illecito, che ben possono rivelare il grado di maturità e di educazione del minore, conseguenti al mancato adempimento dei doveri incombenti sui genitori, ai sensi dell'art. 147 c.c.

Secondo i giudici di legittimità, dunque, nella specie, non solo una tale prova liberatoria non è stata fornita, ma le modalità stesse del fatto sono tali da essere interpretate come indice di un *deficit* educativo. In particolare, i giudici del merito si sarebbero dovuti porre il problema se un comportamento anomalo di tal genere, volontario e violento, in alcun modo giustificabile, per non essere stato neppure commesso durante una fase del gioco e nella concitazione del momento, ma a gioco fermo e deliberatamente, fosse indice di una educazione inadeguata rispetto ai dettami civili della vita di relazione e sportivi, la cui responsabilità - in difetto di una puntuale prova liberatoria - non poteva che ricadere presuntivamente sui genitori, venuti meno ai doveri sugli stessi incombenti ai sensi dell'art. 147 c.c.

I precedenti

Per il principio secondo cui l'inadeguatezza dell'educazione impartita e della vigilanza esercitata su un minore, fondamento della responsabilità dei genitori per il fatto illecito dal suddetto commesso, può esser ritenuta, in mancanza di prova contraria, dalle modalità dello stesso fatto illecito, che ben possono rivelare il grado di maturità e di educazione del minore, conseguenti al mancato adempimento dei doveri incombenti sui genitori, ai sensi dell'art. 147 c.c., cfr. Cass. 7 agosto 2000, n. 10357.

La dottrina

G. Arnone, *Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne*; P. Pardolesi, *Genitori e illecito dei minori: una responsabilità da risultato?*, entrambi in questa *Rivista*, 2010, 358.

RESPONSABILITÀ DELLA BANCA

CASSETTE DI SICUREZZA

Cassazione civile, sez. I, 27 dicembre 2011, n. 28835 - Pres. Rovelli - Est. Cristiano

In tema di contratto di cassette di sicurezza, nell'ipotesi di clausola limitativa della responsabilità della banca in relazione al valore delle cose custodite, grava sulla banca stessa l'onere di provare l'assenza della colpa grave nella verifica del furto.

Il caso

Di notte i ladri penetrano nel *caveau* di una banca e trafuga-

no il contenuto di una serie di cassette di sicurezza. I derubati citano in giudizio risarcitorio la banca, la quale deduce l'assenza della propria colpa grave e si avvale della clausola contrattuale che limita la propria responsabilità a lire un milione per ciascuna cassetta.

Il tribunale condanna l'istituto a rispondere integralmente dei danni, invece la corte d'appello ritiene operativa la clausola limitativa della responsabilità sul presupposto che i clienti non avevano provato la colpa grave della banca nella verifica del furto.

Propongono ricorso per cassazione i clienti derubati, lamentando che il giudice abbia posto a loro carico l'onere della prova della sussistenza della colpa grave della banca e rilevando che, verificatosi l'evento (furto) che la banca ha contrattualmente l'obbligo di impedire, spetta a quest'ultima di provare l'idoneità della custodia dei locati ed, ancora, del verificarsi del caso fortuito e dell'evento inevitabile.

La decisione

La sentenza in commento accoglie il ricorso, osservando che con il contratto di cassette di sicurezza la banca assume la responsabilità riferita a prestazioni di custodia, dalla quale può essere liberata solo nell'ipotesi di caso fortuito, cui il furto è estraneo, essendo evento prevedibile sia in considerazione della natura della prestazione dedotta sia della professionalità dell'obbligato.

In tale contesto, la clausola limitativa della responsabilità della banca, in relazione al valore delle cose custodite, integra un patto che si riflette sull'ammontare del debito risarcitorio e non sull'oggetto del contratto e che è soggetto alla disciplina dell'art. 1229 c.c., che ne commina la nullità ove escluda la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Tuttavia, in presenza di tale clausola, la questione della distribuzione dell'onere della prova non trova ragione di essere prospettata in termini diversi, rispetto alla disciplina che regola l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, come prevista dall'art. 1218 c.c., in forza del quale è il debitore che, per liberarsi dalla responsabilità, ha l'onere di provare, in caso di inadempimento o ritardo, che l'impossibilità della prestazione è dovuta a causa a lui non imputabile, non essendo sufficiente a dimostrare l'assenza di colpa la prova generica della sua diligenza.

Infatti il citato art. 1228 c.c., va coordinato con l'art. 1218 c.c., che è norma generale del regime processuale della responsabilità contrattuale, in forza della quale la regola della presunzione della responsabilità non trova motivo di essere derogata, in difetto di norme scritte o di ragioni giustificative di una diversa interpretazione dell'art. 1229 c.c.

Il giudice d'appello ha dunque errato nell'affermare che, attesa la pattuizione della clausola limitativa della responsabilità della banca, gravava sui clienti l'onere di provare la ricorrenza della colpa grave dell'istituto. Invece, secondo la corretta ripartizione dell'onere di cui all'art. 2697 c.c., spetta alla banca di chiarire le ragioni per le quali il furto è stato possibile nonostante le misure di sicurezza previste e di provare che si tratta di ragioni escludenti una sua condotta gravemente colposa.

In sostanza, in un'ottica volta a verificare il superamento della presunzione posta a carico dell'istituto di credito dall'art. 1839 c.c., l'indagine del giudice del merito deve essere diretta ad accertare se lo stesso abbia fornito dimostrazione positiva di aver adempiuto all'obbligo di garantire la sicurezza dei locali e delle cassette secondo la diligenza professionale richiestagli dall'art. 1176, comma 2, c.c. che gli impone di tenersi aggiornato sull'evoluzione delle specifiche soluzioni studiate allo scopo e di adottarle tempestivamente.

I precedenti

In precedenza, Cass. 5 aprile 2005, n. 7081, ha affermato che, in tema di responsabilità della banca verso l'utente nell'esercizio del servizio delle cassette di sicurezza, nel caso di sottrazione dei beni custoditi nella cassetta di sicurezza a seguito di furto (che non costituisce caso fortuito, in quanto è evento prevedibile, in considerazione della natura della prestazione dedotta in contratto) grava sulla banca l'onere di dimostrare che l'inadempimento dell'obbligazione di custodia è ascrivibile ad impossibilità della prestazione ad essa non imputabile e, al fine di escludere la colpa, è insufficiente la generica prova della diligenza, essendo esteso detto onere probatorio sino al limite della dimostrazione dell'assenza di qualunque colpa, anche in quanto la prestazione alla quale è tenuta la banca ricade nella sua sfera di controllo, con la conseguenza che il creditore neppure ha la possibilità di identificare nel suo contenuto l'atto colposo che ha determinato l'inadempimento. In questo caso la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto non adempiuto l'onere probatorio gravante sulla banca, dato che questa si era limitata ad indicare le misure di sicurezza predisposte per evitare l'accesso al *caveau*, senza spiegare e giustificare le ragioni della loro inidoneità ad impedire l'accesso dei ladri nel locale.

La dottrina

R. Tortorici, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza e la "stroncatura" delle clausole negoziali sui limiti di valore*, in *Notariato*, 2006, 161. C. Medici, *Cassette di sicurezza, responsabilità della banca e onere della prova*, in questa *Rivista*, 2006, 161.

RISARCIMENTO DEL DANNO

AZIONE PROPOSTA CONTRO PIÙ DANNEGGIANTI

Cassazione civile, sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26206 - Pres. Filadoro - Est. D'Amico

Nel caso in cui il danneggiato abbia azionato una domanda risarcitoria nei confronti di due soggetti, ed abbia avuto una pronuncia di condanna solo nei confronti di uno di questi, per ottenerla anche a carico dell'altro, è necessario che il danneggiato stesso formuli appello incidentale, non essendo sufficiente che riproponga le domande già formulate in primo grado, ex art. 346 c.p.c.

Il caso

Nel transitare per una strada urbana un motociclista è travolto da un albero caduto dal bordo e cita in giudizio sia il Comune, sia l'ente proprietario del comprensorio per essere risarcito dei danni subiti.

Il primo giudice ritiene responsabile il Comune e lo condanna al risarcimento dei danni. Propone appello il solo Comune ed il giudice di secondo grado lo accoglie, ritenendo che effettivamente all'epoca del fatto la strada in questione era di proprietà dell'ente; la corte d'appello aggiunge che sulla carenza di legittimazione passiva dell'ente s'era ormai formato il giudicato, visto che il danneggiato non aveva proposto appello sul punto.

Il motociclista propone ricorso per cassazione, sostenendo che nel caso in cui il danneggiato abbia azionato una doman-

da risarcitoria nei confronti di due soggetti, ed abbia avuto una pronuncia di condanna solo nei confronti di uno di questi, per ottenerla anche a carico dell'altro, è necessario e sufficiente che egli riproponga le domande già formulate in primo grado, ex art. 346 c.p.c., senza dover formulare appello incidentale.

La decisione

La sentenza in commento respinge il ricorso applicando alla fattispecie il principio generale secondo cui soltanto la parte vittoriosa in primo grado non ha l'onere di proporre appello incidentale per far valere le domande e le eccezioni non accolte e, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia ex art. 346 c.p.c., può limitarsi a riproporle, mentre la parte rimasta parzialmente soccombente in relazione ad una domanda od eccezione, di cui intende ottenere l'accoglimento, ha l'onere di proporre appello incidentale, pena il formarsi del giudicato sul rigetto della stessa.

Nella specie, il danneggiato è risultato vittorioso nei confronti del Comune ma soccombente nei confronti dell'ente, per cui lo stesso avrebbe dovuto proporre appello incidentale condizionato per evitare il formarsi del giudicato nei confronti dell'ente.

I precedenti

Il principio al quale s'è fatto riferimento è stato già affermato da Cass. 6 maggio 2005, n. 9400, nella cui fattispecie, la sentenza di primo grado aveva accolto la domanda di manutenzione e rigettato la domanda di reintegrazione; la S.C., in applicazione del succitato principio, ha escluso che, in difetto di appello incidentale, il giudice di secondo grado dovesse esaminare la domanda non accolta.

La dottrina

R. Poli, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, 48.

LIBRI

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

La responsabilità civile del notaio

Criteri di configurabilità e casistica nel mercato delle regole

di *Luca Siliquini Cinelli*



Il libro è dedicato allo studio del ministero notarile e dei casi di responsabilità di tipo civile in cui il notaio incorre, per il tramite del suo esercizio, ai sensi della legislazione oggi vigente e secondo le posizioni espresse dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

Il percorso seguito è quello di un'attenta e ponderata analisi delle caratteristiche proprie dell'operato del notaio, nella sua duplice veste di pubblico ufficiale e professionista, unita ad un rigoroso esame della casistica di più marcato interesse notarile.

Nello specifico vengono esaminati i seguenti argomenti:

- il **diritto dell'edilizia**, con particolare attenzione al **diritto dell'ambiente**
- il **diritto societario**
- il **diritto di famiglia**

- il **diritto delle successioni**
- il **trust**.

Gli argomenti sono esaminati e trattati attraverso lo studio e la comprensione, oltre che della disciplina di diritto comune, anche di quella specialistica, nella quale assume un ruolo di assoluta rilevanza l'art. 28 della legge notarile e, soprattutto, di quella di stampo comunitario.

Ipsoa 2011, Euro 35,00

Per informazioni e acquisti

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

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di **Gina Gioia**

PUBBLICO IMPIEGO

DANNO DA *MOBBING*

Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 14 - Pres. Trotta - Rel. Taormina - Tizia c. Ministero della Giustizia

Se la sanzione disciplinare della privazione di cinque giorni di retribuzione - irrogata perché la lavoratrice si è assentata senza giustificazione dalla propria abitazione in un giorno in cui figurava in malattia - è risultata contestata tardivamente e quindi annullata, la lavoratrice ha diritto solo al risarcimento del danno patrimoniale con la corresponsione della retribuzione dovuta con interessi e rivalutazione; spettano anche i danni non patrimoniali che però vanno provati.

Il caso

Tizia ha chiesto l'annullamento del provvedimento del Direttore dell'Organizzazione giudiziaria del Ministero di Grazia e Giustizia che le ha inflitto la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per cinque giorni, nonché la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Il T.a.r. ha accolto il ricorso annullando la disposta sanzione disciplinare ed affermando l'obbligo dell'Amministrazione di corrispondere la retribuzione dei cinque giorni di servizio, con gli interessi e la rivalutazione, e di rideterminare, ove tali giorni fossero stati rilevanti, il dovuto trattamento pensionistico, per violazione dell'art. 24 del CCNL Ministeri all'epoca vigente, che richiede la contestazione scritta da "effettuarsi tempestivamente" mentre nella specie era avvertita dopo oltre dieci mesi. Viene però escluso il risarcimento del danno alla persona, morale e biologico, in mancanza di prova.

La decisione

L'appello proposto contro la decisione viene respinto. Non spettano i danni non patrimoniali, in mancanza di prova, per il solo fatto della tardività della contestazione. Il primo giudice ha annullato la sanzione disciplinare inflitta all'appellante per violazione dell'art. 24 del CCNL per la non tempestiva contestazione dell'addebito. Il risarcimento è stato respinto sia per difetto di prova, sia in carenza di dimostrazione della illegittimità della condotta dell'amministrazione.

Il primo giudice ha infatti affermato che «tale dipendente, come sembra evidente dall'esame degli atti del giudizio, era certamente responsabile di alcuni dei comportamenti ritualmente contestati, che, ove fossero stati espressamente riconosciuti dall'Amministrazione di particolare gravità, ben avrebbero potuto essere sanzionati con la sospensione dal servizio di cinque giorni, in base al disposto dell'art. 25, comma 3, del contratto collettivo in questione». Inoltre, si è evi-

denziato che «il comportamento materiale posto in essere dalla dipendente avrebbe in astratto legittimamente giustificato l'adozione di legittime sanzioni disciplinari. Né, dall'esame degli atti si rileva che l'Amministrazione abbia tenuto un comportamento persecutorio nei confronti della ricorrente». Nel caso di specie l'appellante non ha allegato l'ipotesi di una condotta connotata da colpa, dal che discende l'inaccogliabilità del *petitum* risarcitorio fondato sulla mera pregressa riscontrata illegittimità di atti amministrativi.

Il risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale e non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo. Inoltre mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale - da intendere come pregiudizio del fare a-reddittuale del soggetto, che alteri le abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - deve essere dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni. Ne discende che il prestatore di lavoro che chieda la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica professionale rivestita, deve fornire la prova dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa. Tale danno non si pone, infatti, quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo rientrante nella suindicata categoria, cosicché non è sufficiente dimostrare la potenzialità lesiva della condotta datoriale, incombendo al lavoratore che denunci il danno di fornire la prova in base alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

Il *petitum* dell'appellante riconduce la fonte della responsabilità risarcitoria anche ad una serie di condotte di natura "mobbizzante". Ai fini della configurabilità della condotta lesiva, qualificata danno da emarginazione lavorativa o *mobbing*, sono rilevanti la strategia unitaria persecutoria, che non si sostanzia in singoli atti da ricondurre nell'ordinaria dinamica del rapporto di lavoro, che ha come disegno unitario la finalità di emarginare il dipendente o di porlo in una posizione di debolezza, con la conseguenza che la ricorrenza di un'ipotesi di condotta mobbizzante deve essere esclusa allorché la valutazione complessiva dell'insieme di circostanze adottate ed accertate nella loro materialità, pur se idonea a palesare *singulatim* elementi ed episodi di conflitto sul luogo di lavoro, non consenta di individuare, secondo un giudizio di verosimiglianza, il carattere unitariamente persecutorio e discriminante nei confronti del singolo del complesso delle condotte poste in essere sul luogo di lavoro.

È evidente che la fattispecie così descritta postula il riscontro di un elemento psicologico della condotta non semplicemente colposa ma doloso, sia pur nella forma del dolo generico. In caso di *mobbing* si può ritenere sussistente l'illecito solo se si accerti che l'unica ragione della condotta è consistita nel procurare un danno al lavoratore, mentre bisogna escluderlo in caso contrario, indipendentemente dall'eventuale prevedibilità e occorrenza in concreto di simili effetti. Appare difficile ipotizzare la sussistenza di una consapevole vessatorietà nelle iniziative dell'amministrazione, anche in considerazione della circostanza che le stesse sono state assai distanziate nel tempo rispetto all'insorgere dei contrasti che ne dovrebbero essere stata scaturigine causale. Alla luce degli elementi processualmente acquisiti il Collegio ritiene che la sentenza abbia correttamente tratto le conseguenze dall'assenza di supporto probatorio alla prospettazione accusatoria formulata dall'appellante.

L'illegittimità degli atti impugnati non può *ex se* rilevare quale fatto produttivo di danno risarcibile *ex art.* 2043 c.c., e men che meno in chiave di riscontro di una ipotesi risultata del tutto carente di prova. La concreta applicazione della sanzione disciplinare giudicata illegittima dalla impugnata decisione, valutata anche in chiave isolata, esclude, sia per la modalità (contestazione degli addebiti a distanza rilevante dai fatti) che per la modestia della sanzione applicata, sia per la circostanza che almeno taluni fatti storici ivi presi in esame si verificano effettivamente, che essa possa rientrare in una condotta colposa o addirittura volontariamente diretta a provocare danno.

I precedenti

Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Cass., sez. lav., 17 settembre 2010, n. 19785; Cass., sez. lav., 5 dicembre 2008, n. 28849; Cass., sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4774. Sul *mobbing*, Cass., sez. lav., 20 maggio 2008, n. 12735; Cass., sez. lav., 19 gennaio 1999, n. 475.

La dottrina

Foffano, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica nel caso di condotta vessatoria del superiore gerarchico: mobbing e questioni controverse*, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 633; Spinelli, *Il danno patrimoniale da mobbing*, in *Lavoro giur.*, 2011, 455; Consoletti, *Mobbing e discriminazioni sul luogo di lavoro - Analisi e strumenti di tutela*, Torino, 2010; Costa, *Il mobbing*, Napoli, 2010.

RISARCIMENTO DEL DANNO

OMESSO ESAME DELLA DOMANDA RISARCITORIA DA PARTE DEL GIUDICE

Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2011, n. 6369 - Pres. Cirillo - Rel. Capuzzi - Ministero della Salute c. Italfarmaco s.p.a.

Se il giudice ometta di pronunciarsi su una delle domande proposte (risarcimento del danno) e non ricorrano gli estremi per una sua reiezione implicita, deve sempre riconoscersi alla parte che aveva formulato la domanda, di coltivarla in sede di gravame o di riproporla nell'ambito di un separato giudizio, senza che possa opporsi il giudicato esterno per omessa pronuncia.

Il caso

Italfarmaco s.p.a. chiedeva al T.a.r. Lazio l'annullamento *in parte qua* dell'elenco dei farmaci non coperti da brevetto, predisposto dal Ministero della Salute, nella parte in cui ricomprendeva le specialità medicinali, da essa prodotte, C. e N. Ad avviso della casa produttrice le anzidette specialità erroneamente sarebbero state incluse tra i farmaci aventi copertura brevettuale solamente di produzione, in quanto, invece, le stesse godevano di un brevetto sul principio attivo, e, pertanto, rappresentavano medicinali innovativi, non sostituibili secondo il regime proprio dei farmaci cd. generici.

Il ricorso veniva accolto dal T.a.r. Lazio con sentenza confermata in appello dal Consiglio di Stato. Il Ministero della Salute escludeva i due medicinali dall'elenco dei farmaci generici pubblicato sul sito dell'AIFA. Ritenendo che l'illegittima inclusione delle due specialità medicinali nell'elenco dei farmaci generici avesse cagionato rilevanti danni economici, la Italfarmaco s.p.a., chiedeva al Tar del Lazio l'accertamento del suo diritto al risarcimento del danno ingiusto patito anche all'immagine.

Il Ministero della Salute eccepeva l'intervenuto giudicato sulla domanda risarcitoria. Il T.a.r. del Lazio, dopo avere respinto la eccezione di cosa giudicata avanzata dal Ministero della Salute, accoglieva il ricorso, riconoscendo alla società il diritto al risarcimento dei danni per perdita di fatturato e danno all'immagine. Ricorre il Ministero della Salute insistendo sulla pregiudiziale eccezione di giudicato.

La decisione

L'eccezione di giudicato non è stata accolta. La domanda risarcitoria di regola ha una propria autonomia e individualità rispetto alla domanda impugnatoria, per la diversità dei presupposti di fatto e di diritto sulla quale si fonda. Il giudice è tenuto a pronunciarsi su di essa ai fini dell'esatta corrispondenza tra il *decisum* e il *petitum* e, in assenza di una pronunzia espressa, non può considerarsi formato il giudicato. Rilevano i giudici che la sentenza non menzionava la domanda risarcitoria proposta da Italfarmaco, né nell'epigrafe, né in motivazione, né in dispositivo, il che lascia desumere che il primo giudice abbia ommesso di pronunciarsi sulla stessa non ricorrendo gli estremi per una sua reiezione implicita o l'assorbimento a seguito della decisione di altra domanda.

In tale evenienza vale il principio formulato dalla giurisprudenza secondo il quale, laddove il giudice ometta di pronunciarsi su una delle domande proposte e non ricorrano gli estremi per una sua reiezione implicita, deve sempre riconoscersi alla parte che ha formulato la domanda, di coltivarla in un separato giudizio.

A tal proposito viene anche richiamata la giurisprudenza della Cassazione, secondo cui «la parte ha la facoltà alternativa di fare valere l'omissione in sede di gravame o di riproporre la domanda in separato giudizio posto che la presunzione di rinuncia dell'art. 346 c.p.c. ha valore meramente processuale e non sostanziale, per cui riproposta la domanda in separato giudizio, non è in tale sede opponibile il giudicato esterno per omessa pronunzia».

Respinta l'eccezione di giudicato, la decisione riconosce la responsabilità del Ministero anche sul piano della colpa, perché dalla documentazione in possesso degli uffici ministeriali risultava chiaramente la copertura brevettuale (europea e italiana) dei due farmaci e quindi vi era stata evidente trascuratezza e negligenza da parte della P.A. nell'esaminare tale documentazione.

Più delicata la determinazione del danno da risarcire. In ordine all'esistenza del danno i giudici hanno ritenuto di non po-

ter ragionevolmente dubitare di un oggettivo collegamento tra il provvedimento annullato e la riduzione del fatturato della società appellata sia pure, come esattamente rilevato dal primo giudice, in entità non definibile.

La riduzione infatti era *in re ipsa*, derivando dalla semplice circostanza che, tra i farmaci generici, il servizio sanitario nazionale rimborsa, tra quelli di classe A, aventi uguale principio attivo e forma farmaceutica, il farmaco avente il prezzo più basso tra quelli disponibili nella distribuzione a livello regionale. Quindi l'inserimento nell'elenco generici dei due farmaci era oggettivamente rilevante per la perdita di fatturato, su cui certo interferiva anche la volontaria autoriduzione del prezzo dei due farmaci decisa dalla appellata quale strategia di marketing al fine di contenere la stimata diminuzione del volume delle vendite.

Sulla quantificazione del danno, l'appello del Ministero ha ricevuto parziale accoglimento. La sentenza ha rilevato la oggettiva impossibilità di una esatta quantificazione del danno emergente, atteso che non è facilmente calcolabile quanto sulla diminuzione del fatturato abbiano influito anche fluttuazioni di mercato, collegate tra l'altro, alle prescrizioni dei medici curanti, alle preferenze dei pazienti, oppure alla diffusione di nuovi farmaci brevettati.

Si aggiunga ancora che nel caso in esame, trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 2056 e 1227 c.c., il cui comma 1 dispone che, se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo l'entità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate e, al comma 2, precisa che il risarcimento non

è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Quanto al danno all'immagine, il giudice ha confermato le considerazioni del primo giudice sulla sua sussistenza per il discredito diffuso presso i pazienti e i medici curanti in relazione alla perdita del carattere di "specialità" di entrambi i medicinali, i quali proprio per tale loro qualità erano venduti ad un prezzo più alto dei corrispondenti farmaci generici.

I precedenti

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, «la parte ha la facoltà alternativa di fare valere la omissione in sede di gravame o di riproporre la domanda in separato giudizio posto che la presunzione di rinuncia di cui all'art. 346 c.p.c. ha valore meramente processuale e non anche sostanziale; ne consegue che, riproposta la domanda in separato giudizio, non è in tale sede opponibile il giudicato esterno per omessa pronunzia»: Cass., sez. II, 30 maggio 2002, n. 7917; Cass., sez. III, 11 giugno 2008, n. 15461, in *Giur. it.*, 2009, 682. Sul *quantum debeatur*: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271. Sull'applicazione dell'art. 1227, comma 2, c.c. con esclusione del danno che si sarebbe potuto evitare: Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.

La dottrina

Sull'art. 346 c.p.c., De Cristofaro-Tedodi, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, Milano, 2010, tomo II, 643 ss.

LIBRI

COLLANA: Nuovi percorsi di diritto di famiglia

MINORI E MASS MEDIA: VECCHI E NUOVI STRUMENTI DI TUTELA

di Alessandra Spangaro



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

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

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

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

Ipsoa 2011, pp. 356, EURO 40,00

Per informazioni e acquisti

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

Osservatorio di merito

a cura di **Paolo L. Carbone** (*)

ATTIVITÀ PERICOLOSA

DANNO DA INCIDENTE DURANTE CORSO
DI EQUITAZIONE

Tribunale di Prato 7 dicembre 2011 - G.U. Brogi - X c. Y e Z

Nel caso di concorso apparente di norme tra l'art. 2050 c.c. e l'art. 2052 c.c., la soluzione ermeneutica è influenzata dalla possibilità o meno di qualificare l'attività in oggetto come pericolosa. In caso positivo, è applicabile l'art. 2050 c.c., previa verifica della menzionata pericolosità in base alle concrete modalità di svolgimento della stessa attività. In tale ipotesi, è posto a carico dell'esercente l'attività pericolosa un onere probatorio particolarmente rigoroso, inerente a tutte le misure concretamente atte ad impedire l'evento.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, X conveniva in giudizio l'Università Y e il Centro Ippico Z, al fine di ottenerne la condanna in solido al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, patiti in conseguenza della caduta da cavallo, di proprietà di Z, sofferta dall'attore nell'ambito di corso di riabilitazione equestre organizzato da Y, in virtù del dettato normativo ex artt. 2052 e 2050 c.c.

I convenuti, costituitisi in giudizio, contestavano *in toto* la pretesa attorea, in base, rispettivamente, all'impossibilità del cumulo delle responsabilità ex art. 2050 e 2052 c.c., alla mancanza di nesso causale sotto il profilo dell'art. 2052 c.c., nonché alla carenza del requisito della pericolosità secondo quanto disposto dall'art. 2050 c.c. Entrambi i convenuti, inoltre, in subordine, chiedevano di essere tenuti indenni dalle rispettive compagnie assicurative, prontamente chiamate in causa.

All'esito dell'istruttoria, il G.U. tratteneva la causa in decisione, previa concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito di memorie conclusionali e repliche.

La decisione

Il Giudice ha ritenuto parzialmente fondata la domanda risarcitoria attorea inerente al danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente all'incidente patito da X, in quanto ha ritenuto adempiuto l'onere probatorio attorea, consistente nella prova del nocumento subito e del nesso causale ex art. 2050 c.c.

In particolare, il Giudicante specifica che, in caso di concorso apparente di norme fra gli artt. 2050 e 2052 c.c., il criterio ermeneuticamente preferibile per eliminare la possibile interferenza tra le norme considerate, è la qualifica dell'attività come pericolosa. A tal fine, si evidenzia che la nozione di pericolosità è determinata da una pluralità di parametri concreti, non potendosi considerare l'equitazione aprioristicamente pericolosa. Nel caso in discorso, si rileva la pericolosità in base alla scarsa esperienza nel settore della parte attrice, e si determina la responsabilità dell'Università Y, in qualità di or-

ganizzatrice del corso e dell'inadempimento, da parte della stessa, dell'onere probatorio inerente all'adozione delle cautele idonee ad evitare il danno.

Il Giudice, configurando un concorso di colpa dell'attrice ex art. 1227 c.c. (quantificato nel 30%), per non aver correttamente dichiarato il suo livello di esperienza nel settore, ha condannato, perciò, Y al risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti di X, nonché a quello patrimoniale per le spese sanitarie sostenute da quest'ultimo, condannando altresì la compagnia assicuratrice di Y a tenere indenne quest'ultima.

Il Giudice, invece, ha rigettato la pretesa risarcitoria nei confronti di Z, considerato impossibilitato ad adottare le misure idonee ad evitare l'evento, non avendo potuto verificare la capacità di X e le condizioni del maneggio, elementi che Y, in quanto organizzatrice del corso, invece, avrebbe dovuto adeguatamente valutare in chiave prudenziale.

I precedenti

Cass., sez. III, 23 novembre 1998, n. 11861, in *Giur. it.*, 1999, 20, 2048, con nota di Baratto; Cass., sez. III, 4 dicembre 1998, n. 12307, in *Giur. it.*, 1999, 20, 2048; Cass. 24 settembre 2002, n. 13907, in *Foro it.*, 2003, 274; Cass. 1° aprile 2005, n. 6888, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, f. 4.

La dottrina

C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tr. Iudica-Zatti*, Milano, 1998; F.D. Busnelli-S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, 2003; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006.

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

DANNO DA RITARDO DEL VOLO AEREO

Tribunale di Nola, sez. II, 24 ottobre 2011 - G.U. Costabile

In materia di trasporto aereo, la tutela per i passeggeri di voli ritardati può essere assimilata a quella prevista per i passeggeri di voli cancellati ai fini dell'applicazione del diritto alla compensazione pecuniaria ex art. 7 del Regolamento CE n. 261/2004 dell'11 febbraio 2004. Per andare esente da responsabilità, la compagnia aerea ha l'onere di fornire prova liberatoria circa l'ascrivibilità del ritardo a cause eccezionali o di forza maggiore. Si tratta, comunque, di risarcire un danno di tipo patrimoniale derivante da inesatta prestazione.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, Tizio conveniva

Nota:

(*) Con la collaborazione di: Tania Bortolu, Alessandra Mancini, Alessandro Mignacca, Andrea Nuvoli.

in giudizio la Compagnia aerea Alfa, esponendo di aver acquistato un biglietto per il volo New York-Roma della società convenuta con partenza alle ore 22,00 del 13 ottobre 2007 e che, giunto all'aeroporto, veniva informato della cancellazione del volo. Non essendo possibile conoscere l'orario del successivo volo per Roma ed avendo l'attore assunto improrogabile impegni lavorativi per il giorno successivo in Italia, decideva di imbarcarsi sul volo della stessa Compagnia convenuta, con destinazione Bologna. Giunto in Italia, Tizio era costretto a noleggiare un'auto per raggiungere Roma, subendo così un ulteriore decremento patrimoniale. L'attore, pertanto, chiedeva al Tribunale la condanna della convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti, quantificandoli in complessivi euro 4.000.

La Compagnia Alfa, ritualmente costituitasi in giudizio, assumeva l'infondatezza della domanda attorea e ne chiedeva il rigetto. A supporto delle proprie ragioni, la convenuta produceva in giudizio il *flight dispatch*, dal quale si apprendeva che il volo non era stato cancellato, ma aveva subito un forte ritardo, superiore alle quattro ore, a causa del vento contrario imperante sull'aeroporto americano. La convenuta assumeva, altresì, di aver prestato a tutti i passeggeri l'assistenza prevista dagli artt. 6 e 9 del Regolamento CE n. 261/2004, avendo fornito pasti e bevande, nonché la sistemazione in albergo ed il trasporto tra l'aeroporto e l'albergo, ad eccezione di 13 passeggeri, tra cui l'istante, i quali avevano rifiutato l'assistenza e richiesto di imbarcarsi sul primo volo utile per l'Italia a spese della Compagnia aerea. Ciò nonostante fossero stati informati che l'aereo sarebbe atterrato a Bologna e non a Roma.

La decisione

Il Tribunale di Nola, ritenendo fondata la domanda proposta dall'attore, ha accolto la pretesa risarcitoria in relazione ai danni patrimoniali e, per l'effetto, ha condannato la Compagnia Alfa al pagamento della somma di euro 800,00, oltre interessi. In punto di diritto, il Giudice ha ritenuto di dover applicare il Regolamento CE n. 261/2004, trattandosi di passeggero «in partenza da un aeroporto situato in un paese terzo a destinazione di un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del trattato» (art. 1, comma 1, lettera b del Regolamento) e, nello specifico, l'art. 7 del citato Regolamento, equiparando il mero ritardo del volo alla cancellazione dello stesso. A tal fine, in motivazione, il Tribunale ha espressamente richiamato l'orientamento della Corte di Giustizia CE, la quale ha recentemente osservato che «posta a confronto con la gravità dei danni e dei disagi subiti dai passeggeri, la situazione del volo ritardato non differisce da quella del volo cancellato». Invero, la Corte comunitaria ha ritenuto colmabile il vuoto legislativo in ordine al diritto alla compensazione pecuniaria in caso di volo ritardato, richiamando gli obiettivi per cui il Regolamento stesso è stato adottato e, poiché i danni risultanti da una "perdita di tempo" per volo ritardato sussistono alle stesse condizioni di un volo cancellato, sempre secondo Corte CE, la "perdita di tempo" rilevante al riguardo si ha quando i passeggeri raggiungono la loro destinazione finale tre ore (o più) dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo.

La Corte di Giustizia ha, comunque, precisato che il diritto alla compensazione pecuniaria si ha solo ed esclusivamente qualora il vettore aereo non dimostri che il ritardo o la cancellazione del volo si siano verificati per cause eccezionali, che non si sarebbero potute evitare anche se fossero stati adottati tutti gli accorgimenti del caso.

L'art. 7 del Regolamento CE n. 261/2004 recita che «Quando è fatto riferimento al presente articolo, i passeggeri ricevono una compensazione pecuniaria pari a: a) 250 euro per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1500 chilometri; b) 400 euro per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1500 e 3500 chilometri; c) 600 euro per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere a) e b). Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo. Se ai passeggeri è offerto di raggiungere la loro destinazione finale imbarcandosi su un volo alternativo a norma dell'art. 8, il cui orario di arrivo non supera: a) di due ore, per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 Km; b) di tre ore, per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le tratte aeree comprese fra 1500 e 3500 km; c) di quattro ore, per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lettere a) o b), l'orario di arrivo previsto del volo originariamente prenotato, il vettore aereo operativo può ridurre del 50% la compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1».

Ebbene, nella fattispecie in esame, il Giudice ha ritenuto di applicare la lettera c) del paragrafo 1 dell'art. 7 del Regolamento CE, riconoscendo la somma di euro 600 a titolo di compensazione pecuniaria, essendo quella da New York a Roma una distanza ampiamente superiore ai 3500 chilometri. Inoltre, in ossequio all'art. 8 dello stesso Regolamento, secondo il quale le spese sostenute dal passeggero per il trasferimento dall'aeroporto di arrivo a quello originariamente prenotato o ad un'altra destinazione vicina, sono a carico del vettore aereo operativo, il Giudice ha condannato la Compagnia convenuta al risarcimento della ulteriore somma di euro 200,00, avendo l'attore provato "per tabulas" di aver noleggiato un'auto dall'aeroporto di Bologna per raggiungere Roma.

Invece, il Tribunale non ha riconosciuto all'attore il danno non patrimoniale, rifacendosi al principio reso dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2008, secondo le quali vanno evitati i rischi di duplicazioni risarcitorie, ritenendo inammissibile nel nostro ordinamento un'autonomia categoria di "danno esistenziale", inteso quale pregiudizio alle attività non remunerative della persona.

Infatti, mentre in precedenza l'alveo del danno non patrimoniale constava di varie voci risarcibili, tra le quali il "danno morale" ed il "danno esistenziale", che venivano liquidate automaticamente, ora, successivamente alle menzionate pronunce gemelle del 2008, c.d. di "San Martino", le quali hanno inteso tracciare nuove linee guida per quel che concerne il ristoro del danno non patrimoniale, la valenza di dette voci è divenuta meramente descrittiva.

Naturale corollario dell'orientamento giurisprudenziale appena evidenziato è che ora il "danno morale" ed il "danno esistenziale", non godendo più di una loro autonomia ontologica, non possono essere, *sic et simpliciter*, allegati, ma, per la loro liquidazione, devono ricevere adeguato supporto probatorio.

I precedenti

Corte di Giustizia CE, sez. IV, 19 novembre 2009, n. 402; Cass., sez. un., 28 novembre 2008, n. 26972-73-74 e 65; Cass., sez. II, 19 agosto 2011, n. 17472; Cass., sez. III, 13 aprile 2010, n. 8724; Trib. Roma, sez. XI, 7 gennaio 2010, n. 103; Trib. Genova, sez. I, 12 gennaio 2009, n. 125.

La dottrina

S. Caterbi, *Il danno da vacanza rovinata. Dal volo cancellato all'overbooking: responsabilità e risarcimento*, Milano, 2010; E. Guerinoni, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata*, Milano, 2009; P. Cendon, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale, Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol. 1, Milano, 2009.

RISARCIMENTO DEL DANNO

DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE

Tribunale di Catanzaro, sez. II, 9 novembre 2011 - G.U. Agnino

In materia di richiesta di risarcimento del danno da "perdita del rapporto parentale" non è necessaria la prova specifica della sua sussistenza, ciò che rileva ai fini della sua risarcibilità è il legame affettivo tra i congiunti. Per la risarcibilità del danno biologico *iure successionis*, invece, è necessario che la morte sia intervenuta dopo un apprezzabile lasso di tempo, sì da potersi concretamente configurare un'effettiva compromissione dell'integrità psicofisica del soggetto leso, e che la vittima sia stata in condizione di percepire il proprio stato, abbia cioè avuto l'angosciosa consapevolezza della fine imminente.

Il caso

Con ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.* i parenti del sig. Tizio chiedevano la condanna della Regione Beta e dei sigg.ri Caio e Sempronio, al risarcimento dei danni, sia a titolo *iure hereditatis* che *iure proprio*, subiti in conseguenza della morte del loro congiunto. Il sig. Tizio, infatti, era deceduto nella notte del 9 settembre 2000 per annegamento successivamente allo straripamento del torrente attiguo al camping presso il quale egli alloggiava. I procuratori dei resistenti insistevano per la conversione del rito.

La decisione

In via preliminare il Tribunale di Catanzaro ha rilevato l'infondatezza della richiesta di conversione del rito formulata dai resistenti. Nel caso di specie, infatti, non si poneva alcun problema in ordine all'*an* della loro responsabilità già accertata con sentenza penale passata in giudicato, con contestuale applicazione dell'art. 651 c.p.p.

In merito alla richiesta formulata dai ricorrenti di risarcimento del danno *iure proprio* da "perdita del rapporto parentale", il Tribunale ha ritenuto che non vi fosse la necessità di provare specificatamente la sussistenza di questo danno (in termini di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita - *contra*: Cass. 13 maggio 2011, n. 10527), perché ciò che rileva è il legame affettivo tra i congiunti, con la conseguenza che il peculiare rapporto di ciascun familiare può incidere solo sul *quantum*, rendendo la somma adeguata al caso concreto. Infatti, il venir meno del rapporto parentale lede i superstiti nell'interesse all'intangibilità degli affetti.

Per quel che riguarda, invece, il risarcimento *iure hereditatis* del danno biologico consistente nella menomazione irreversibile dell'integrità psicofisica del defunto, il Tribunale ha rigettato l'istanza dei ricorrenti. Essendo, infatti, la morte sopravvenuta per asfissia alle 5 del mattino in "rectius istanti", il Tribunale di Catanzaro non ha ritenuto sussistenti i criteri di

liquidazione di tale profilo del danno non patrimoniale che costituiscono massime ormai consolidate nella giurisprudenza di Cassazione.

Nel caso specifico, infatti, la morte è intervenuta istantaneamente, non dopo un apprezzabile lasso di tempo, pertanto essa non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma lesione di un bene giuridico diverso, e cioè del bene della vita. Parimenti non era rilevabile il danno "catastrofale" - cioè la sofferenza patita dalla vittima durante l'agonia - dal momento che il sig. Tizio non ha avuto consapevolezza della propria fine imminente. Inoltre, non era ammissibile la risarcibilità del danno tanatologico, da perdita del diritto alla vita, fatto valere *iure successionis* dagli eredi del *de cuius*, per l'impossibilità tecnica di configurare l'acquisizione di un diritto risarcitorio derivante dalla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del titolare, e da questo fruibile solo in natura.

Pertanto il Tribunale ha riconosciuto *iure proprio* ai congiunti della vittima il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, subito sia nel momento in cui la perdita stessa è percepita (danno da lutto), sia con riguardo al tempo di sofferenza che accompagna la vittima secondaria (elaborazione del lutto), e ha respinto la richiesta di risarcimento del danno biologico *iure successionis*.

I precedenti

Cass. 15 dicembre 2000, n. 15859, in *Foro it.*, Rep., voce *Danni civili*, n. 141; Cass. pen. 21 gennaio 2004, n. 2050, in *Foro it.*, 2004, II, 138; Cass. 13 gennaio 2006, n. 517, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Danni civili*, n. 344; Cass. civ., sez. III, 6 aprile 2011, n. 7844.

La dottrina

G. Perlingeri, *Codice civile*, 2691; C. Castronovo, *Danno biologico*, 184 ss.; P. Perlingeri, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, 1064 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, 184.

STRADA BLOCCATA DALLA NEVE E CLASS ACTION

Corte d'Appello di Firenze, sez. II, 14 dicembre 2011, ord. - Pres. Occhipinti - Rel. Dinisi

In ambito di una *class action* tesa al risarcimento del danno, l'art. 140 bis del Codice del Consumo, nel tutelare i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., ha inteso riferirsi ai diritti derivanti da rapporti contrattuali propriamente intesi. Nel caso di specie, non esiste alcun rapporto contrattuale fra la parte attrice e la convenuta e, a ben vedere, l'esistenza di un rapporto contrattuale non appare configurabile in assoluto, atteso che la prestazione del servizio di cui si tratta dietro pagamento di una tariffa da parte dell'utente non si fonda su una scelta negoziale delle parti interessate, ma deriva direttamente dalla legge.

Il caso

Il sig. Tizio citava in giudizio, davanti al Tribunale di Firenze, la S.p.A. Alfa Servizi Ambientali Area ai sensi dell'art. 140 bis, comma 2, Codice del Consumo, per inadempimento dell'obbligazione di provvedere al servizio di trattamento antighiaccio e sgombero della neve e a quello di raccolta dei rifiuti in

occasione di una nevicata verificatasi lo scorso dicembre. Accertata la responsabilità della convenuta nei confronti dell'attrice e dei cittadini consumatori tenuti al pagamento della T.I.A., se ne chiedeva la condanna al pagamento, a titolo di risarcimento del danno e/o di restituzione a favore dell'attrice e di ogni aderente, della somma ritenuta di giustizia e di ragione, anche ai sensi dell'art. 1226 c.c. Il tribunale, con ordinanza, dichiarava inammissibile la domanda compensando le spese. Contro tale provvedimento il sig. Tizio propone reclamo alla Corte d'Appello di Firenze, sez. II, ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 7, Codice del Consumo. Si costituisce la Alfa S.p.A., resistendo al reclamo e chiedendo la conferma del provvedimento impugnato.

La decisione

La Corte ha rigettato il reclamo e confermato il provvedimento impugnato. In particolare, sono state rigettate entrambe le linee argomentative ribadite da Tizio, relative al comma 2 dell'art. 140 *bis*, Codice del Consumo, e sostenute anche in primo grado. La prima tesi, relativa al secondo comma lett. a) dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, riguarda l'esistenza di un rapporto contrattuale, esistente in virtù del pagamento della tariffa da parte degli utenti a Alfa S.p.A., e pertanto riconducibile all'ipotesi di "contatto sociale". La Corte ha ritenuto che i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., la norma abbia inteso riferirsi ai diritti derivanti da rapporti contrattuali propriamente intesi. Nel caso di specie non si è rilevato alcun rapporto contrattuale fra la parte attrice e la convenuta Alfa S.p.A., atteso che la prestazione del servizio dovuta da questa, dietro pagamento di una tariffa da parte dell'utente, non si fonda su una scelta negoziale ma deriva direttamente dalla legge. Nella fattispecie infatti, l'obbligo di pagamento della tariffa di Igiene ambientale per gli utenti del servizio di raccolta e smaltimenti dei rifiuti, deriva da disposizione di legge (D.Lgs. n. 152/2006, art. 238) e non dalla scelta volontaria degli utenti di usufruire del suddetto servizio versando un corrispettivo per la prestazione ricevuta, dovendosi escludere pertanto la natura contrattuale del rapporto. In merito alla seconda tesi, relativa al secondo comma lett. b) dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, Tizio sollevava la questione della definizione di prodotto e produttore, desunta dal giudice di primo grado nell'ambito delle fattispecie di responsabilità per prodotto difettoso contenuta nell'art. 115, piuttosto che la disposizione generale contenuta nell'art. 3, la quale ricomprende fra i prodotti non solo i beni ma anche i servizi e fra i produttori non solo il fabbricante del bene ma anche il fornitore del servizio. La Corte ha rigettato questa posizione in quanto la norma in questione mostra inequivocabilmente di riferirsi alla responsabilità per danno da prodotti difettosi contemplata dagli artt. 114-127 del Codice del Consumo. Occorre pertanto far riferimento alla definizione dettata dall'art. 115 del Codice del Consumo, il quale individua come prodotti i soli beni mobili e l'elettricità, escludendo i servizi.

I precedenti

Cass., sez. I, 21 maggio 2008, n. 13051; Trib. Torino, sez. I, 27 maggio 2010; Trib. Roma, sez. IX, 23 maggio 2008; Trib. Roma 30 aprile 2008.

La dottrina

G.A. Pellegrini, *Le azioni collettive ibero-americane: nuove*

questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 10-26; M. Rescigno, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano - Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 407; V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979.

Responsabilità sciistica

Il contratto per la fruizione delle aree sciabili attrezzate (parte terza)

di **Umberto Izzo**

Il saggio completa una trilogia di studi dedicata ad esaminare natura, forme e funzioni della responsabilità civile sui campi da sci, verificando in che modo il contratto può interpretare giuridicamente il rapporto economico che s'instaura fra gestori e utenti delle aree sciabili, per generare reciproci obblighi negoziali volti ad accompagnare l'ottimale soddisfacimento degli interessi delle parti, sullo sfondo degli obiettivi ideali che il legislatore ha voluto perseguire emanando la l. n. 363/2003. Il contratto atipico per la fruizione delle aree sciabili attrezzate viene così decifrato illustrando gli snodi problematici di un suo possibile regolamento negoziale, concepito mettendo in luce la natura relazionale degli obblighi a cui gestori e utenti vanno assoggettati nell'intento di promuovere in modo congiunto e interagente il miglioramento della sicurezza nelle aree sciabili, senza pregiudicare (e anzi promuovendo) le attività economiche alimentate da quanti vivono la propria passione per gli sport della neve scegliendo le montagne italiane.

Il contratto preso sul serio e gli effetti legati alla scelta di contrattualizzare la tutela dello sciatore

Il percorso fin qui seguito, esplorando prima i fondamenti economico-cognitivi del fenomeno sotteso agli incidenti sulle aree sciabili e poi le regole di responsabilità extracontrattuale applicabili a questa fattispecie dannosa (155), conduce fatalmente a fare i conti con ciò che - in modo forse poco meditato, come vedremo - molti autori e un buon numero di corti hanno da qualche tempo provveduto a battezzare con la formula del "contratto di ski-pass". Prima di addentrarsi nelle *tecnicities* di cui il nostro tema è particolarmente ricco, è opportuno svolgere alcune considerazioni di taglio generale. Che - appunto in generale - attengono al ruolo che alle nostre latitudini le regole di responsabilità relative all'inadempimento dell'obbligazione (applicate, o non, in forza di contratto) tendono a svolgere nel declinare in concreto la tutela risarcitoria invocata dalle vittime degli accadimenti dannosi (nel nostro caso: anche sulle piste da sci) e, in seconda battuta, agli effetti processuali che conseguono all'esplicarsi di questa "tutela risarcitoria contrattualizzata". Non è nuova l'osservazione che le regole di imputazione del danno in seno ad una relazione giuridica (assunta come) preesistente al verificarsi del danno stesso

stiano giocando un ruolo espansivo, da protagoniste, nel dare concretezza alla tutela risarcitoria attivata quando si verificano accadimenti dannosi (156).

Fino a qualche tempo fa era il verificarsi del danno che determinava il sorgere di un rapporto obbligatorio, il quale si spiegava proprio in ragione di questo accadimento. Oggi, invece, l'obbligazione tende a preesistere al danno. Così è per la generale tendenza

Note:

(155) Si veda, rispettivamente, U. Izzo, *Analisi economico-comportamentale della responsabilità sciistica*, in questa *Rivista*, 2011, 552; U. Izzo, *Aree sciabili e responsabilità extracontrattuale: il difficile rapporto fra "responsabilità oggettiva" e colpa del danneggiato*, in questa *Rivista*, 2011, 774.

(156) A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, 22; e adesso Id., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 60. E resta valida l'osservazione (già formulata in U. Izzo, *Il tramonto di un «sottosistema» della RC: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2005, 130, 137) per cui, nello stesso torno di anni, questa contrattualizzazione della tutela nei confronti del danno ha potuto ricevere un completamento e (al contempo) una consacrazione indiretta (ma decisiva, nell'ottica utilitaristica che guida il danneggiato nella ricerca del miglior rimedio a lui disponibile) dalla celebre presa di posizione delle S.U. sulla "formattazione a basso livello" dei temi di prova rimessi alle parti nelle azioni risarcitorie legate all'inadempimento del contratto (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, su cui in chiave critica U. Izzo, *Se insonorizzare un muro è come operare un paziente al cervello*, in Id., *L'inadempimento del contratto*, in G. Pascuzzi, *Pacta sunt servanda*, Bologna, 2006, n. 16).

del contratto, in una varietà di tipi nominati e non, a inglobare, affiancandoli all'obbligo di prestazione principale, obblighi di protezione impliciti a beneficio della conservazione della sfera giuridica dell'altro contraente (157). Una tendenza che ha conosciuto una consacrazione in questi anni con l'affermarsi della categoria dei "contratti di protezione", tenuta a battesimo dalla giurisprudenza di legittimità (158), e subito insediatasi nella riflessione dei dottori (159). Ma così è anche quando - in modo assai più dirimpante - quest'attitudine si manifesta al di fuori d'ogni dimensione di reciprocità o di corrispettività, se si accettano, anche perché così fan molti (fra cui la Cassazione), le incerte premesse da cui si muove per indicare la famigerata terza via alla responsabilità civile, evocata attecnicamente nella vulgata della "responsabilità da contatto" (160).

Quel che qui preme osservare, assistendo all'arretramento progressivo del momento genetico dell'obbligazione risarcitoria, è che, in una prospettiva assiologica (che poi è quella con cui si smarrisce il contatto quando ci si immerge nella verifica dei percorsi argomentativi attraverso i quali l'evoluzione della responsabilità civile dà a vedere di compiere le sue tappe, seguendo itinerari costellati di concetti che tendono a far velo alla sostanza delle cose), essa tende a ridurre lo spazio che l'ordinamento riconosce e lascia esercitare al valore della libertà. Concettualmente, infatti, uno stato di libertà è presupposto dalla responsabilità aquiliana e da tutte le ipotesi di responsabilità civile che traggono alimento dalla circostanza che un soggetto abbia inflitto ad altri un danno ingiusto (161). La libertà è parimenti salvaguardata se la responsabilità si lega al contratto e se quel contratto, com'è ovvio che sia, esprime uno scambio che ha nella dimensione della reciprocità o corrispettività il meccanismo di presidio e ontologica salvaguardia di questo valore. La libertà risulta invece irrimediabilmente sacrificata quando l'operare della regola di responsabilità è predicato assumendo l'esistenza di un'obbligazione atta a potersi dire inadempita tutte le volte che la sfera giuridica di un soggetto determinato risulti compromessa, e la preesistenza di quella obbligazione rispetto al *vulnus* inflitto alla sfera dell'altro non trovi modo d'essere spiegata in una dimensione di reciprocità o corrispettività.

Sotto tutt'altro profilo, questa generale tendenza potrebbe anche dirsi indizio - non certo voluto e messo a fuoco da quanti si sono spesi con vigore per cercare di radicare la tendenza qui evocata - del silenzioso affermarsi nei fatti di una dimensione precauzionale della responsabilità civile, come indurrebbe

a ritenere la logica, ancor prima che il ragionamento tecnico-giuridico. Infatti, dirsi persuasi che a monte dell'evenienza dannosa siano sperimentabili forme di tutela fondate sull'idea che in date circostanze l'interazione intersoggettiva generi situazioni ove è dato obbligare altri a tenere condotte idonee a preservare la propria sfera giuridica ancor prima di subire il danno e senza entrare in quella dimensione di comunicazione bidirezionale che la reciprocità delle obbligazioni nascenti da una relazione contrattuale permette di instaurare e mantenere, implica fare i conti con la conclusione che - per esigenze di tutela anticipata, legittimamente avvertite dal creditore di un'obbligazione così strutturata e magari corroborate dalla possibilità di alludere nella circostanza alla preesistenza di indici normativi recanti un afflato di cautela o protezione posti però *erga omnes*, vale a dire non con riferimento a *quello* specifico debitore di *quella* obbligazione, ma alla categoria nella quale quest'ultimo è fatto rientrare - nulla osti in linea teorica a che il creditore attivi l'obbligazione (sorta prima del danno e dunque azionabile prima che quest'ultimo si verifichi) nei confronti del proprio debitore, e ciò (in ipotesi) anche quando il danno, alla prova dei fatti, non sia destinato a verificarsi (162). Ecco inconsapevolmente delineato il campo di operatività di una sorta di principio di precauzione azionabile nei rapporti intersoggettivi.

Note:

(157) Sul punto le pagine di L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 145; nonché Di Majo, *Le tutele*, cit., 60 ss.

(158) Com'è noto, l'etichetta tassonomica ha fatto la sua comparsa (per essere lì riferita precipuamente ai contratti conclusi nel settore sanitario) in un passaggio della motivazione con la quale le S.U. hanno voluto sancire la rimozione dei vincoli che nella tradizione del codice civile del 1942 avevano sempre impedito la tutela contrattuale del danno non patrimoniale, Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, ubiquamente commentata in dottrina.

(159) Fra i tanti recepisce l'espressione, da ultimo, Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 121.

(160) Confuta partitamente, con la necessaria profondità di analisi, i "controvertibili presupposti" che hanno fin qui puntellato la nascita (in dottrina) e la rapida diffusione (in giurisprudenza) dell'idea che nel nostro ordinamento possa darsi credito a una obbligazione protettiva priva di prestazione, M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 65 ss., spec. 77-96.

(161) G. Calabresi, *La responsabilità civile come diritto di una società mista*, in *Politica del diritto*, 1978, 665, spec. 671.

(162) Nella dimensione della preesistenza dell'obbligazione finirebbe allora anche per (ripro-)porsi l'intrigante costellazione di problemi legati all'operare della tutela inibitoria di fronte a situazioni ove il tritico "danno - incertezza - paura" mette in moto l'interesse alla tutela anticipata. In tema C. Consolo, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria*, in Aa.Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 65.

Sorprende che le risposte sollecitate da questo esercizio di logica siano fin qui rimaste inerte da quanti si professano persuasi dalla solidità dell'impalcatura teorica su cui è stata eretta l'obbligazione protettiva senza prestazione.

A margine di queste osservazioni di respiro generale sul modo in cui le speculazioni dottrinali sul crinale scosceso delle categorie dell'obbligazione finiscono per ridislocare nel tempo la giuridicità dell'imperativo di conservare integra la sfera altrui, con importanti conseguenze sul piano, a un tempo sistematico e concreto, del modo d'essere della tutela (e senza poterne qui approfondire oltre le preoccupanti implicazioni assiologiche), si fa strada la sensazione che - quando le circostanze lo consentano - il contratto debba cominciare ad essere preso sul serio. Specie quando l'occorrenza dannosa si manifesta nella cornice di un preesistente rapporto di consumo, la possibilità di regolare anticipatamente i reciproci interessi (ormai sorvegliata da un imponente apparato di norme teso a parametrare l'autonomia negoziale ad una congenita situazione di squilibrio (163)) consente alle parti di prefigurare in modo esplicito l'occorrenza dannosa, per darsi regole dirette a favorire la propria cooperazione virtuosa sul piano informativo e comportamentale, atta a minimizzare la frequenza e l'intensità dei danni propiziati dal rapporto di consumo (164). Con l'ulteriore, assai proficua possibilità di collegare al venire in essere di questo rapporto l'attivazione di formule assicurative concepite per gestire al meglio i costi sociali recati dalle evenienze dannose attese, siano esse diligentemente evitabili o statisticamente inevitabili.

Prendere sul serio il contratto implica dunque sfruttarne fino in fondo l'attitudine a fungere da strumento per contenere i costi sociali legati alla conduzione delle attività rese possibili dallo scambio, istituendo regole atte a convogliare informazioni precauzionali fra le parti, con un'ulteriore importante dimensione comunicativa/educativa, particolarmente apprezzabile in contesti - e vedremo che il nostro settore è uno di questi - ove la regolamentazione pattizia favorita dal contratto può svolgere con la giusta souplesse funzioni che meccanismi regolativi rigidi, di stampo pubblicistico, non asseconderebbero in modo socialmente desiderabile (165). Non dunque un contratto che si manifesta tale solo nel momento della responsabilità, quando il danno è ormai fotografato da una cartella clinica e un regolamento essenziale (il più delle volte esaurientesi nella mera ostensione della regola di responsabilità applicabile per effetto della qualificazione giuridica operata dal giudice) viene fatto rivivere in un'aula

di giustizia in una dimensione - per così dire - implicita (non essendo stato percepito dalle parti come tale fino al momento dell'incidente) e sol perché si tratta di assicurare alla parte che lamenta il danno un trattamento di favore, ma un contratto preso sul serio, ove il frutto meditato dell'autonomia negoziale, che nel rapporto di consumo ottiene di esplicitarsi da un punto di rinnovato e sorvegliato equilibrio, incide davvero, innanzitutto nella fase della scelta del bene o del servizio oggetto della transazione economica (perché la maggiore sicurezza è percepita come una qualità dell'offerta), e poi nel momento in cui il servizio viene concretamente fruito, influenzando i comportamenti dello sciatore e del gestore delle aree sciabili in modo virtuoso, in una prospettiva protettiva e proattiva, tale da far sì che la misura e la qualità degli effetti prodotti dal contratto corrispondano davvero alle aspettative e ai progetti dell'autonomia privata (166).

V'è poi un secondo aspetto che per la sua notevolissima rilevanza pratica merita d'essere messo a capo di questa trattazione. È ormai da tempo assodato che

Note:

(163) In tal senso l'osservazione di V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria informativa: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 788, per la quale la disciplina di matrice comunitaria oggi sedimentatasi nel codice del consumo, nel porre in esponente gli status di contraente debole e forte, (non deprime, ma) rivaluta il valore dell'autonomia contrattuale, rimuovendo quei possibili contenuti del regolamento negoziale frutto della fattuale mancanza di libertà che per tradizione il contraente debole aveva sperimentato nelle scelte contrattuali impostegli dalla controparte professionista.

(164) Assume che il contratto concluso per fruire delle piste possiede un non meglio chiarito "carattere verbale" C. Pozzi, *Osservazioni in tema di contratto di sciovia*, nota a Cass. 15 febbraio 2001, n. 2216, in *Riv. dir. traspr.*, 2003, 186, spec. 198, sebbene sia difficile negare che le condizioni generali - riprodotte in forma scritta in biglietteria, stampabili dal web prima di partire per la giornata di sci o scrollabili da una app del proprio smartphone prima di esprimere la propria accettazione elettronica - siano pienamente efficaci nei confronti della parte che prima di vincolarsi sia stata in condizioni di conoscerle con l'ordinaria diligenza.

(165) Si fa riferimento alla tentazione, che s'impossessa periodicamente di qualcuno, d'invocare l'istituzione di meccanismi di abilitazione pubblicistica cui subordinare l'accesso alle aree sciabili (chi scrive rammenta di aver ascoltato in tal senso la voce di un interventore in occasione del Forum giuridico della Neve di Bormio del 2007, ma non riesce a ricordare l'identità del profferente). La rete, invece, ha una memoria di ferro: «http://archiviostorico.corriere.it/2003/gennaio/28/Lega_Una_pante_per_sciare_co_5_030128194.shtml». Più ragionevolmente, affermava che «lo sci, infine, come pratica sportiva richiede un minimo di tirocinio propedeutico, essenzialmente per la conoscenza dei modi meno rovinosi di cadere», collocando l'affermazione nell'ambito di una valutazione di imprudenza, Trib. Terni 19 giugno 1964, in *Resp. civ. prev.*, 1965, 321.

(166) Parafrasando V. Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, 198, quando si prefiggeva di descrivere le caratteristiche di un "contratto che funziona".

il venire in essere di un rapporto di consumo delocalizza la sede tradizionalmente competente ad amministrare la tutela in caso di controversie fondate sul contratto (167). Questa consapevolezza produce implicazioni cruciali sul contenzioso di cui ci occupiamo, atteso che solo i maestri di sci e gli operatori incaricati dei controlli e dei soccorsi, unitamente agli esponenti delle forze dell'ordine in servizio piste, solcano le aree sciabili per esigenze professionali. Tutti gli altri lo fanno nella veste di consumatori (168), che in quanto tali possono giovare delle speciali regole relative all'individuazione del foro competente per le controversie che nel contesto di un rapporto di consumo coinvolgono questa figura paradigmatica di contraente debole (169). Dunque un effetto processuale relevantissimo (170) - legato alla

Note:

(167) Antesignana nell'interpretare l'art. 1469-bis, comma 3, n. 19 - oggi riprodotto dall'art. 33, comma 2, lett. u) del codice del consumo - nel senso che la norma abbia natura processuale e stabilisca la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo è stata Cass., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14469, ord., in *Foro it.*, 2003, I, 2398. Di lì in poi l'orientamento è stato costantemente confermato dalle sezioni semplici, impegnate in un'opera di specificazione della regola. Così, per stare solo agli ultimi *refinements*, è stato escluso che il consumatore possa far valere elezioni di domicilio successive alla conclusione del contratto o addirittura effettuate nello stesso atto introduttivo di giudizio (Cass. 17 maggio 2011, n. 10832, ord., in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Competenza civile*, n. 41), mentre si è ritenuto che il foro del consumatore prevalga sul foro speciale di cui all'art. 637, comma 3, c.p.c., in caso di ingiunzioni di pagamento legate al rapporto fra professionista forense e cliente non professionista (Cass. 9 giugno 2011, n. 12685, ord., in *id.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 45), e sia applicabile persino se la pretesa azionata si fonda su di una promessa di pagamento o una ricognizione di debito operata dal consumatore (Cass. 10 giugno 2011, n. 12872, ord., in *id.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 47), potendo trovare applicazione anche in caso di contratto di prestazione d'opera professionale concluso tra paziente e medico (Cass. 20 marzo 2010, n. 6824, ord., in *id.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 48), con la specificazione che la residenza del consumatore che individua il foro competente è quella che quest'ultimo aveva al momento della conclusione del contratto, fermo restando il potere del giudice di merito di valutare il carattere fittizio dello spostamento di residenza del consumatore, compiuto per sottrarsi al radicamento della controversia o anche dell'eventuale non coincidenza della residenza anagrafica con quella effettiva (Cass. 25 novembre 2010, n. 23979, ord., in *id.*, Rep. 2010, voce *Consumatori e utenti*, n. 90). Il foro del consumatore trova applicazione anche alle controversie sul trattamento dei dati personali riguardanti un rapporto assoggettato al codice del consumo (Cass. 14 ottobre 2009, n. 21814, ord., in *id.*, Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n. 386) e anche alla persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività professionale, ancorché dotata di specifiche competenze nell'ambito negoziale oggetto del contratto, al punto da predisporre unilateralmente il testo contrattuale, a meno che il professionista dia la prova dell'avvenuta trattativa e della non vessatorietà dell'eventuale clausola di deroga alla competenza territoriale (Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, ord., in *id.*, Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n. 393), mentre è stato chiarito che compete al professionista che intenda valersi della clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga al foro del consumatore, dare la prova che la stessa è stata oggetto di specifica trattativa, caratte-

rizzata dagli indefettibili requisiti dell'individualità, serietà ed effettività, ovvero dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (Cass. 20 marzo 2010, n. 6802, ord., in *id.*, Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n. 396). In dottrina fra i molti V. Zencovich, M.C. Paglietti, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009, 87 ss., e più di recente L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 118 ss.

(168) A condizione beninteso d'essere in condizione di allegare nella propria citazione (e in caso di contestazione: di provare) il titolo su cui si fonda la propria pretesa contrattuale, ovvero la circostanza d'aver acquistato il documento di legittimazione (si potrebbe forse associare la qualifica di titolo improprio ex art. 2002 c.c. solo alle tessere punti, ormai praticamente scomparse sulle nostre aree sciabili) all'accesso ai tornelli degli impianti di risalita dell'area sciabile nel giorno in cui si verificava l'incidente. L'osservazione solleva problemi più generali che attengono alla prova della legittimazione all'accesso nelle aree sciabili e alla possibilità che i gestori domandino un corrispettivo contrattuale a (e in caso di diniego accompagnino fuori dalle aree sciabili) chi accede alle piste da loro curate senza poter dimostrare di essere già entrato in una relazione contrattuale che giustifichi la pretesa creditoria di godere dell'area sciabile, su cui converrà soffermarsi a tempo debito. Per il momento giova osservare come, complice la diffusione dello scialpinismo e l'avvento di nuove attrezzature (ai classici sci rivestiti di peli di foca si sono adesso affiancati scarponi "ski & hike" altamente tecnologici, muniti di un congegno che agevola la risalita sci ai piedi - fermo restando il divieto espresso di farlo sulle piste in base all'art. 15, comma 4, della l. n. 363/2003) in dati contesti geografici non possa escludersi che all'atto dell'incidente lo sciatore infortunato stesse discendendo le piste senza essere entrato in una relazione contrattuale con il gestore dell'area sciabile poi citato in giudizio (si consideri anche che in teoria la risalita meccanica potrebbe rivelarsi non necessaria in caso di impianti costeggiati da strade carrozzabili, non così rari sulle nostre montagne).

(169) Lo ipotizzava, sull'onda della novità sancita nel 2003 dalla Cassazione, M. Flick, *Il punto sulla legislazione, la giurisprudenza e la dottrina*, in *Codice della montagna. Montagna rischio e responsabilità 1994-2004*, n. 10, online «<http://www.fondazionecourmayeur.it/archivipage.asp>», p. 74 del documento. Diversa, per l'impossibilità di attribuire alle parti la qualifica di consumatore e professionista, la posizione dello sciatore che, nella veste di atleta tesserato della federazione sportiva di riferimento, intenda giovare dello status di consumatore nell'ambito del contratto associativo intercorrente con la federazione, per assumere la nullità relativa delle clausole di limitazione della responsabilità contenute in una dichiarazione di assunzione di rischio rilasciata dall'atleta a vantaggio dell'ente sportivo di appartenenza, sul punto Trib. Roma 15 settembre 2002, in *Contratti*, 2002, 254, con nota di D. Caramico D'Auria, *Clausole abusive e associazioni sportive: tutela dell'atleta*.

(170) Quanto poi - nel vigore della nuova regola di competenza territoriale - l'art. 203 c.p.c. possa mostrare le corde nel gestire in concreto la fase dell'acquisizione probatoria, spesso legata all'escussione di testimoni residenti in prossimità della località teatro dell'incidente sciistico (senza contare la necessità di relazionarsi con le forze di pubblica sicurezza operanti nel comprensorio ove l'incidente è occorso, compiendo se il caso lo richiede ricognizioni e ispezioni sullo stato dei luoghi), non è dato sapere, dipendendo la larga misura dalla capacità delle strutture giudiziarie ove viene radicata la causa promossa dal consumatore danneggiato di gestire in modo efficiente e spedito la logistica documentale con la struttura giudiziaria ove si esperisce la prova delegata. Quel che è certo è che - conoscendo gli assai poco omogenei livelli di efficienza esibiti territorialmente dagli uffici giudiziari italiani, ove di norma i piccoli uffici giudiziari sotto que-

tutela contrattuale - che si traduce in un vantaggio strategico per il consumatore che abbia motivo di sospettare che il danno occorsogli sciando sia imputabile al mancato o inesatto adempimento di un obbligo contrattuale del gestore dell'area sciabile e/o - ricorrendone i diversi presupposti fattuali - della scuola (o del singolo maestro) di sci (171). Sul piano cumulativo l'effetto è quello di una sistematica delocalizzazione geografica di una porzione assai cospicua del contenzioso innescato dagli incidenti occorrenti nelle aree sciabili, se è vero che la casistica giurisprudenziale attesta come la passione per la neve faccia pagare buona parte del suo dazio (emanazione tangibile dello spirito maligno calabresiano) a turisti che dalle pianeggianti lande di residenza, magari bagnate dal mare, coprono distanze anche cospicue pur di guadagnare l'ebbrezza delle cime innestate (172).

In tutto ciò il diritto dello sci scende definitivamente a valle, irrobustendo le considerazioni che qualche anno fa avevano indotto a rimarcare l'importanza di rivolgere l'analisi delle regole in tema di sicurezza e di responsabilità nella pratica dello sci ad una platea allargata di operatori del diritto distribuita sull'intero territorio nazionale. Professionisti cui magari *ratione loci* fa difetto l'esperienza di aver solcato la neve, a tacer della capacità di padroneggiare nozioni sciistiche di base, vengono oggi interessati in misura crescente alla materia da clienti reduci da una vacanza sulla neve rivelatasi infuata, i quali cercano il patrocinio nella convinzione che la sfortuna non sia più una causa su cui recriminare, ma un effetto da farsi risarcire (173). Il rischio è che, nel trovarsi a maneggiare le regole applicabili, l'interprete privo di consapevolezza sciistica imbocchi con rude disinvoltura routines mentali forgiate dalla diuturna pratica del contenzioso stradale (174), senza cogliere le essenziali differenze economico-cognitive che fanno dello sci un mondo da guardare con una sensibilità giuridica particolare, come si è voluto mettere in luce nella prima parte di questo studio.

Fra gli effetti sostanziali legati alla deriva contrattuale impressa alla tutela risarcitoria dello sciatore, rimandando di qualche pagina ogni osservazione su come mettere in opera la regola di responsabilità che da questa tendenza risulta, mette conto far cenno alla prescrizione. Non sempre, infatti, come accade nell'ipotesi della prescrizione decennale ordinaria, il contratto sa allungare la vita di una pretesa risarcitoria rimasta troppo a lungo ignota al presunto responsabile: il danno da inadempimento del contratto di trasporto non è certo considerato dalla

Note:

(continua nota 170)

sto profilo spiccano in positivo - pare più probabile che no che, scegliendo di avvalersi del foro di residenza, il turista danneggiato sulla neve debba rassegnarsi ad ottenere giustizia in tempi meno sincopati di quanto avverrebbe se scegliesse di radicare la causa presso l'ufficio giudiziario competente in base agli artt. 18 o 20 c.p.c.

(171) Per converso la condizione di *repeated player* potenzialmente assunta dal professionista della neve nella propria qualità di convenuto in giudizio "seriale" in questo tipo di contenzioso, consente di immaginare, laddove effettivamente le dimensioni del comprensorio e della struttura di gestione dell'area sciabile lo consentano, la predisposizione di una sorta di ufficio legale esterno, organizzato per costituirsi ovunque le citazioni in giudizio lo richiedano. Una constatazione questa che - in attesa delle annunciate lenzuolate che stanno agitando la galassia ordinistica forense - evoca l'idea di strutture professionali specializzate in questo tipo di contenzioso, pronte a fornire i propri servizi in regime di convenzione ai professionisti della neve coinvolti in questa vera e propria *white litigation*.

(172) Per un recente caso di merito ove la competenza territoriale del consumatore viene affermata senza avvertire il bisogno di soffermarsi neanche un attimo sulla questione (la motivazione si muove sui binari di un sano pragmatismo, anche se dal testo non traspare alcuna attenzione alla circostanza che l'attrice abbia provato il titolo contrattuale su cui radica la propria azione: «dalla qualificazione giuridica data al rapporto consegue che è applicabile la disciplina del consumatore con conseguente affermazione della competenza territoriale del giudice adito ossia del luogo di residenza del consumatore, nel caso di specie dell'attrice»), Trib. Napoli, sez. IX, 25 gennaio 2011, G. U. Buttafoco, in *Corti di merito De Agostini*, ove la corte è adita da una turista, evidentemente residente a Napoli, infortunatasi sciando in un'area sciabile abruzzese. Giunge alle medesime conclusioni, ma al termine di un'appassionata disamina (in una fattispecie avente però ad oggetto un contratto di deposito connesso a prestazione alberghiera), Trib. Alessandria, sez. II, 20 agosto 2011, G.U. Gandini, in *De Jure*. Disapplica correttamente la norma di *favor* invocata dal consumatore Trib. Bari, sez. III, 25 maggio 2011, G.U. Iura, in *Corti di merito De Agostini*, poiché nella specie l'azione di danni contro il titolare di un maneggio era proposta dal turista in base all'art. 2052 c.c. Respinge l'idea che un'associazione avente scopo di pubblica assistenza e organizzatrice di una partita di calcio per beneficenza possa qualificarsi come professionista in relazione alla persona fisica esponente della medesima associazione che si sia infortunata accedendo allo stadio e che, producendo in giudizio il titolo di ingresso allo stadio, rivendichi il proprio status di consumatore nel rapporto dedotto in giudizio, Trib. Milano, sez. X, 13 gennaio 2011, G.U. Sperra, in *id*.

(173) Che fosse giunto il tempo di abbandonare l'iniziale localismo della materia, che per anni ne aveva fatto argomento di vivaci dibattiti all'interno di una comunità tutto sommato ristretta di appassionati, accomunati dal fatto di praticare il diritto in zone a vocazione sciistica, lo si era sottolineato già qualche anno fa, U. Izzo, *Introduzione*, in U. Izzo, G. Pascuzzi (a cura di), *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione*, Torino, 2006, XV, spec. XIX.

(174) Tentazione risalente: l'anonimo annotatore di App. Torino 8 maggio 1968, in *Resp. civ. prev.*, 1969, 264, esordiva chiosando che «la disciplina dello sci ha molti punti di contatto con quella degli autoveicoli». E attuale: scorrendo di contratto di ski-pass si è di recente affermato che «la fattispecie in esame, a nostro avviso, presenta non poche analogie con la situazione che si viene a creare con la circolazione sulle autostrade», così D. Di Sabato, *Il contratto di skipass*, in R. Bocchini (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006, 812 ss., 815, sub nota 5.

legge lungolatente (175), se è vero che il diritto di lamentarne il risarcimento si prescrive nel termine di un anno dal giorno di verifica del sinistro (art. 2951 c.c., comma 3) (176). Certo, per ovviare all'eventuale maturare di effetti preclusivi connessi a questa brevità, la strada extracontrattuale (e in ipotesi il diverso tempo di prescrizione connesso ad un fatto illecito considerato come reato) può sempre rimettere pragmaticamente in termini il danneggiato di turno, il quale in tal caso deve però rassegnarsi a rinunciare agli effetti di cui avrebbe beneficiato azionando il contratto.

Dal contratto di trasporto (da valle a monte) al c.d. contratto di ski-pass (da valle a valle, passando per il monte): problemi di causa e tipo

Il contratto di trasporto di persone abilitante all'accesso ad una pluralità di tipi di impianti di risalita (177), mercé il quale si acquista (solo idealmente, va da sé) l'energia traente che permette di vincere la forza di gravità, spostandosi da valle a monte per poi giovarsi dell'effetto caro a Newton e compiere sci ai piedi magiche e silenziose evoluzioni sul bianco delle nevi, lambisce solo tangenzialmente l'economia di questo studio, per cui mi limiterò a formulare alcune osservazioni su un aspetto dell'argomento che risulta ancora oggi dibattuto, rinviando per il resto il lettore a fonti selezionate per gli opportuni approfondimenti (178).

Nessuno ha mai dubitato seriamente che il tipo del contratto di trasporto, con la stringente obbligazione di sicurezza posta dall'art. 1681 c.c. a presidio dell'incolumità del trasportato (179), trovi applicazione quando l'impianto mette lo sciatore in condizione di giovarsi dell'energia traente veicolatagli dalla fune senza che la fruizione dell'energia motoria trasmessa a suo beneficio lo obblighi a un decisivo livello di compartecipazione energetica in termini muscolari e posturali. Al di là di importanti, ma peculiari aspetti legati all'individuazione del tempo e del luogo d'avvio del trasporto (con i suoi effetti giuridici protettivi) (180), o della necessità di valutare la ricorrenza e la portata causale del comportamento colposo eventualmente ascrivibile al debitore trasportato durante il viaggio (181), la querelle s'infiamma sullo skilift o sciovia, un tipo di impianto di trasporto a fune che è in via di progressiva rarefazione sulle nostre chine innevate, il quale, in ragione della sua concezione strutturale, permette al creditore di ricevere la prestazione del debitore solo se il trasportato eroga in modo costante e corretto la propria energia per far sì

che la trasmissione del moto dinamico della fune avvenga a suo favore, e lo faccia senza danneggiarlo. La giurisprudenza di legittimità ha tratto da questa constatazione motivo per disapplicare l'inversione dell'onere della prova che il tipo del trasporto fa gravare sul vettore quando si tratta acclarare la responsabilità di quest'ultimo per i danni occorsi alla persona del viaggiatore (182). La dottrina più numerosa, in-

Note:

(175) U. Izzo, *Danno lungolatente alla persona e decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria: ruolo dell'informazione e oneri probatori*, in Id. (a cura di), *Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, 2006, 257 ss.

(176) Previsione che si applica anche ove s'invochi la disciplina propria del tipo contrattuale di cui agli artt. 1678 ss. con riferimento a un sinistro verificatosi durante una prestazione di trasporto effettuata in esecuzione di un unico contratto complesso di trasporto e appalto, ovvero di trasporto e somministrazione, sul punto S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, XXXVI, 1, Milano 2007, 1180.

(177) Gli impianti a fune identificano la quasi totalità degli impianti di risalita funzionali alla gestione delle aree sciabili (per una tassonomia ordinante, S. Piasco, voce *Impianti a fune*, in *Dig. Disc. Pub.*, VIII, Torino, 1993, 140), per quanto non si possa escludere che certe aree siano attrezzate con *tapis roulant* con funzione di breve trasporto a monte per bambini e principianti.

(178) In generale fin d'ora Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., 211 ss.; R. Tranquilli-Leali, *Il contratto di trasporto a fune*, in G. Silingardi, A. Antonini, F. Morandi (a cura di), *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti, del turismo*, Milano, 1996, 261 ss.; Id., *L. 24 dicembre 2003 n. 363: nuove prospettive in tema di trasporto a fune*, in *Giust. civ.*, 2007, 7 ss.; G. Chiné, "Con la neve alta così": di sci, impianti di risalita e responsabilità civile, in *Riv. dir. sport.*, 1995, 551, spec. 555-71; U. Izzo, M. Ferrari (a cura di), *La responsabilità sciistica: banca dati di materiali normativi e giurisprudenziali*, Torino, 2006, CD Rom; B. Sieff, *La responsabilità civile del gestore di impianti e piste da sci*, in Izzo, Pascuzzi, *La responsabilità sciistica*, cit., 81, spec. 83-107; Di Sabato, *Il contratto di ski-pass*, cit., 812 s.; S. Caterbi, *La responsabilità nella gestione delle aree sciabili attrezzate*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1036, spec. 1038-44; R. Campione, *Attività sciistica e responsabilità civile tra disciplina codicistica, legislazione speciale e regole di diritto sportivo*, Padova, 2009, 71-97; R. Calvo, *Il contratto di skipass*, in F. Delfini, F. Morandi (a cura di), *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, Torino, 2010, 523-527.

(179) Un'obbligazione idealmente entrata a far parte del corredo normativo del tipo del contratto di trasporto almeno dacché ottenne d'essere ritenuta "implicita nel sistema della legge" attraverso la raffinata dimostrazione svolta nelle tutt'ora attuali pagine di A. Asquini, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore* (nota a Cass. Roma, 14 novembre 1918), in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, 350, spec. 359-60.

(180) Per tutti sul tema Sieff, *La responsabilità civile del gestore*, cit., 88-98.

(181) Sempre per tutti Id., 98-101, anche discutendo l'incredibile caso del carabiniere preso dal panico e gettatosi nel vuoto da una seggiovia che aveva cominciato a marciare a ritroso, rinvenibile in Izzo, Ferrari, *La responsabilità sciistica*, cit.

(182) S'è parlato a proposito di mancanza di affidamento (Trib. Bolzano 11 agosto 1980, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 93) o di auto-
(segue)

vece, taccia di eccesso questa deviazione tipologica, seguendo la quale si finisce per dover considerare atipico il contratto di sciovia, per rivendicare la possibilità di convogliare il senso della specificità esibita dagli impianti a fune del tipo skilift sul registro dell'art. 1227 c.c., lasciando dunque vivere l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1681 c.c., per concedere al vettore la possibilità di spiegare di non aver potuto usare tutti i mezzi idonei ad evitare il danno, dimostrando in giudizio come il contegno colposo del trasportato abbia reso impossibile farlo (183). C'è dunque accordo sul fatto, sui suoi effetti nella realtà, ma non sui concetti impiegati per trarre dal fatto le conseguenze giuridiche ed implementarne il senso. A me pare che i termini del problema non siano destinati a variare adottando l'ottica di un contratto atipico, unitariamente concepito per inglobare tutti i servizi di cui lo sciatore ha bisogno per assecondare in sicurezza la sua passione per gli sport della neve, atteso che il tipo del contratto di trasporto, o eventualmente il non tipo del contratto di sciovia, sono in ogni caso destinati ad essere inglobati nell'operazione economica complessiva offerta allo (e cercata dallo) sciatore.

A tener banco è il problema dell'onere della prova, che a ben vedere è il vero perno su cui - come (quasi) sempre in casi del genere - ruota la diatriba. Se così è, non è precluso avvicinarsi alla riflessione su questo snodo chiave portando in esponente il problema e non i concetti, per osservare che nella fattispecie in esame sussiste un problema strutturale di vicinanza della prova (184), che viene colto dalla soluzione avallata dalle corti e che invece viene pretermesso nella qualificazione operata dalla maggioranza dei commentatori, a meno di voler concepire un impianto di sciovia dotato di piloni muniti di telecamere collegate ad un sofisticato impianto di regia e registrazione intelligente che offra la possibilità di rievocare in ogni momento la memoria visiva degli istanti in cui si sono consumati gli incidenti occorsi lungo il tragitto. Ma così non è, o meglio, così costa troppo. E allora che la regola invalsa in giurisprudenza prende atto di come nella struttura del trasferimento di una persona da un luogo ad un altro mediante skilift anche un attimo di interruzione del flusso di energia strutturalmente richiesto al creditore della prestazione durante il trasferimento implichi il verificarsi di un pregiudizio (potenzialmente gravissimo e persino letale) alla sua incolumità. Fare in modo che il verificarsi di questa interruzione ("a momentary lapse of ... energy", frutto, o non, di dolo, colpa grave, colpa lieve, o privo di colpa - per effetto di un istantaneo malore o cedimento da stanchezza

che non lasci traccia - della persona appollaiata sul piattello) debba essere routinariamente provato dal vettore a pena di soccombenza significa venire a capo del problema solo con la sofisticata tecnologia di ripresa visiva di cui si è detto, oppure rassegnarsi a veder crescere ben oltre la soglia dell'antieconomicità i costi che i fruitori dell'impianto finirebbero per sopportare per far sì che la responsabilità civile garantisca il risarcimento sistematico dei sinistri occorsi tutte le volte che l'interruzione di cui si discute abbia a verificarsi traducendosi in danno. Con un incentivo di sistema immanente al prevalere di questa interpretazione (185): indurre a smantellare anche gli ultimi skilift presenti sulle nostre montagne, affinché siano rimpiazzati da costose e più ambientalmente ed energeticamente impattanti seggiovie. Se così dev'essere, verrebbe da dire (alterando di molto - lo si passi - i piani di un celebre discorso (186)), che nella circostanza sia meglio applicare una *rule* di proibizione da subito, piuttosto che uno *standard* di responsabilità diluito nel tempo.

Note:

(continua nota 182)

trasporto (App. Roma 2 dicembre 1981, in *Riv. dir. sport.* 1982, 69), ma al di là di queste sfumature esplicative, nella sua sostanza la soluzione è accolta in modo stabile dai giudici di legittimità (Cass. 10 maggio 2000, n. 5953, in *Dir. econ. assicuraz.*, 2000, 1233; Cass. 18 marzo 2003, n. 3980, in *Arch. civ.*, 2003, 881).

(183) Così, fra i molti e senza essere esaustivi, Chiné, *"Con la neve alta così"*, cit., 567-571; Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., 213-14; Calvo, *Il contratto di skipass*, cit., 525-27, il quale arriva a tacciare la tesi accolta dai giudici di legittimità di "empirismo fine a sé stesso".

(184) Quello indicato nel testo è solo uno dei tanti casi rinvenibili nella realtà delle cose che dimostrano come la bontà del c.d. principio di vicinanza della prova che s'è inteso eleggere a giustificazione (sia pur accessoria) della soluzione avallata dalle Sezioni Unite sui temi di prova nell'inadempimento contrattuale (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.) trovi modo di essere smentita dalla caleidoscopica mutevolezza propria degli infiniti scenari fattuali nei quali la dinamica dell'inadempimento può prendere luogo (osservazione che non a caso introduce il discorso sulla risoluzione per inadempimento in V. Roppo, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 892.

(185) Nel richiamare qui le considerazioni svolte a proposito del mercato delle aree sciabili e della neve intesa come prodotto (Izzo, *Analisi economico-comportamentale della responsabilità sciiistica*, cit., 551-554), osservo che quella prospettata nel testo è una conseguenza ineluttabile alla luce delle considerazioni svolte da un autore che - giustamente nella prospettiva li perseguita - poneva in risalto il maggior tasso di sinistrosità delle sciovie rispetto ad altri mezzi di trasporto a fune più sicuri (così, senza avvedersene, Chiné, *"Con la neve alta così"*, cit., 570-71). A veder bene, torna a comparire fra le pieghe di queste osservazioni la fatale circolarità del concetto di sicurezza (Izzo, *loc. ult. cit.*, 554-55).

(186) L. Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke L. J.* (1992) 557 ss.

Per converso, la soluzione divisata in giurisprudenza, la quale fa obbligo all'utente danneggiato durante il percorso in sciovia di provare l'inesatto adempimento del fornitore del servizio, in caso di verifica di un sinistro mette capo ad elementi di prova naturalistici ad evidenza persistente (la grave assenza di neve sul percorso di trascinamento o la presenza di ostacoli inconsueti lungo il percorso di trascinamento - non il rametto che spetta al trascinando evitare), ovvero tali da essere cognitivamente condivisi da una platea allargata di soggetti (lo strattone violento e inconsulto provocato da un difetto di erogazione dell'energia di trazione dell'impianto, governato a fatica da tutti gli altri sciatori che in quel momento erano impegnati dal trascinamento, tranne che uno o alcuni di loro), o ancora, semplicemente, apprezzabili in modo oggettivo (il mancato stop imposto all'impianto in caso di condizioni meteo proibitive, o il verificarsi di valanghe lungo il tragitto che travolgano il trascinato), per non parlare della maggiore facilità di prova che si riscontra quando l'incidente, proprio come accade nelle ipotesi del trasporto a mezzo di seggiovia o di altri impianti a fune, si verifica nella fase di avvio o di cessazione del contatto del trasportato col piattello, laddove il semplice riscontro processuale dell'assenza del prescritto operatore nell'area teatro del sinistro rende autoevidente dove allocare il danno lamentato in giudizio (187). Insomma: nessun allusione giocata sul filo dell'analogia riesce davvero a convincere che "trascinato" è sinonimo di "trasportato" (188). Con queste osservazioni sulla responsabilità connessa ai servizi acquistati dallo sciatore (ricevendo prestazioni riconducibili a modelli contrattuali tipici o atipici) per tornare a fruire del potenziale dinamico espresso dalla forza di gravità, passiamo ad esaminare più da presso le dinamiche che hanno portato questi servizi ad essere considerati nell'ambito di un contratto unitario capace di inglobare anche l'erogazione delle ben diverse prestazioni atte a far sì che questo potenziale dinamico possa essere fruito in condizioni di ragionevole sicurezza su un'altra parte dell'area sciabile, ove insistono piste a tal fine predisposte e controllate.

Com'è già capitato di ricordare discorrendo di piste sciabili e slittabili e 2051 c.c., in giurisprudenza tutto ebbe inizio quando nel circuito dei repertori apparve un'isolata pronuncia di merito (che aveva allungato il percorso motivazionale in modo non richiesto dall'economia decisionale della lite vagliata), ove s'era colta l'occasione per prestare adesione all'idea che la responsabilità civile dell'allestitore delle bianche discese potesse pronunciarsi, oltre che

sui classici binari dell'illecito aquiliano, anche valorizzando altre circostanze fattuali sullo sfondo delle quali s'era verificato il sinistro *sub iudice*. Accanto alla custodia della cosa "pista", a quella corte non parve peregrino attribuire in nome della buona fede un senso di corrispettività allargata alla somma di danaro corrisposta dallo sciatore (poi danneggiatosi nell'impatto con un gatto delle nevi colposamente presente in pista in difetto di segnalazioni) al consorzio di gestione degli impianti di risalita per dotarsi del titolo di accesso al comprensorio ed essere messo in condizione di soddisfare l'interesse che lo aveva spinto all'acquisto del titolo: solcare bianchi declivi in ragionevole sicurezza (189). Già più di vent'anni prima - per la verità - s'era ammesso che «trovare una pista battuta e segnalata ingenera nello sciatore il ragionevole convincimento che essa prosegua fino a destinazione, e non contenga, per

Note:

(187) Tutte ipotesi fattuali che infatti la giurisprudenza di merito gestisce senza soverchie difficoltà, v. l'ampia casistica raccolta in Izzo, Ferrari, *La responsabilità sciistica*, cit. Per un esempio recente, ove la circostanza non contestata dal gestore che lo spazio di arrivo dello skilift fosse completamente ghiacciato al momento della caduta dell'utente conforta la condanna pronunciata dalla corte di merito, Trib. Potenza 5 luglio 2007, in *Corti di merito De Agostini*.

(188) Analogia che infatti non ha convinto nemmeno il regolatore ministeriale, che nell'emanare con D.M. 4 agosto 1998, n. 400 un regolamento generale recante norme per le funiculari aeree e terrestri in servizio pubblico destinate al trasporto persone (come modificato dal D.M. 5 dicembre 2003 n. 392), ha tenuto a precisare che l'articolato non si applica alle sciovie, che restano disciplinate dal D.M. 15 marzo 1982.

(189) Si era agli albori degli anni novanta e la sentenza ancora una volta evocata è Trib. Modena 12 novembre 1990, in *Dir. trasp.*, 1992, 579, con nota di R. Cavani, *Contratto di trasporto a fune e gestione di piste da sci: profili di responsabilità contrattuale ed aquiliana per danni da incidente sciatorio*, che sul punto così motivava: «l'attore, infine, ha evidenziato un'ipotesi di responsabilità contrattuale connessa con l'utilizzazione degli impianti di risalita da parte dell'attore medesimo, utilizzazione che presuppone l'esistenza di un contratto di trasporto attestato dallo skipass prodotto in giudizio. A tal proposito il convenuto ha eccepito che i compiti consortili non legittimano certo l'attribuzione al consorzio della veste di vettore degli impianti a fune e che comunque il gestore degli impianti a fune non sia poi responsabile per i danni subiti dagli sciatori lungo la pista. Tenuto conto tuttavia che nella fattispecie di cui è causa è risultato che il consorzio stipula il contratto di utenza col singolo utente assumendone in proprio ogni diretta conseguenza, tant'è che la emissione e la vendita dei biglietti (skipass) viene effettuata esclusivamente dagli organi del consorzio e non dai singoli consorziati, non può non ritenersi che lo stesso si propone al singolo sciatore quale soggetto giuridicamente responsabile del trasporto a fune e della gestione-manutenzione delle piste servite dagli impianti di risalita. E tale duplice veste induce il contraente del contratto di trasporto a ritenere in buona fede la controparte obbligata non solo a garantire l'utilizzazione sicura dell'impianto di risalita ma anche una pista priva di insidie non segnalate e difficilmente fronteggiabili con una particolare prudenza e con una particolare perizia» (id., 589-91).

quanto possibile, inopinabili insidie», ma il rilievo era stato posto a fondamento del sorgere di un *duty of care* in capo all'allestitore della pista, consistente nel prendere «tutte le precauzioni per evitare tali insidie», la cui colposa inosservanza avrebbe potuto dar luogo ad un'obbligazione risarcitoria extracontrattuale, negandosi che lo sciatore giunto al «culmine della montagna» grazie a mezzi di risalita avesse acquistato il «diritto ad avere una pista sicura di discesa a sua disposizione» (190).

Negli anni settanta, complice la comparsa delle prime normative regionali di settore (191), non erano mancati tentativi forensi di veder accolta una tesi che il divenire della realtà imprenditoriale sottesa all'offerta turistica dello sci alpino andava decisamente corroborando di fronte all'innegabile e sistematico instaurarsi di un collegamento funzionale fra trasporto a monte operato dall'impianto a fune e successiva discesa a valle effettuata dal trasportato solcando le piste. Ma all'epoca era bastato un classico della retorica per negare udienza alla realtà in trasformazione (192), ricordando che l'utilizzo della pista di discesa risultava essere alla mercè di tutti, anche di quei pochi che ancora risalivano le chine innevate sci in spalla o portando avanti pelli di foca, per concludere che «per quanto strettamente si possano ritenere collegati impianti di risalita e piste di discesa, ciò non potrà mai comportare un'unicità di rapporto giuridico e di responsabilità in capo ad un'unica persona, il gestore degli impianti di risalita» (193).

Retorica (e ammonimenti postumi circa le insidie del "mai" nel diritto, in ciò simile al "per sempre" in amore) a parte, l'opzione interpretativa temporaneamente silenziata dalla pronuncia appena ricordata era destinata a continuare ad arrovellare dottrina e giurisprudenza per il successivo trentennio (194), offrendo il destro per svolgere rimarchevoli esercizi di argomentazione legati alla tecnica di individuazione della causa e del tipo nel diritto dei contratti, che fra un attimo lumeggeremo. Il tutto mentre, sullo sfondo delle disquisizioni tecniche, non cessavano di operare almeno tre fattori di cambiamento sostanziale: il plasmarsi dell'organizzazione e del marketing dell'offerta di neve per lo sci alpino su un registro ferocemente competitivo, dominato dal duplice imperativo di garantire sempre più servizi agli amanti delle piste e di promuoverne l'offerta in modo da catturare i nuovi flussi di domanda turistica così propiziati (195); una sempre più intensa attività di promulgazione e aggiornamento delle normative di settore da parte dei legislatori delle regioni e province autonome interessate al fenomeno (a sua

volta prodotta dall'attenzione politica per il peso

Note:

(190) Virgolettati e conclusioni fatte proprie da App. Torino 8 maggio 1968, cit. In un foglio specialistico era stato G. Lazzarini, *Sciatore in pista: chi è responsabile*, in *Rivista dello sci*, 1966, 48, ad osservare che la percorribilità di piste allestite e mantenute da chi guadagna vendendo i biglietti per l'accesso agli impianti di trasporto a fune in risalita aveva conseguenze economiche sistemiche. Non solo «l'impianto raddoppia i biglietti», ma anche «gli albergatori raddoppiano i pasti, i maestri moltiplicano le lezioni, il comune introita maggiori proventi dai soggiorni, e via dicendo!!!» (Id., 51).

(191) Antesignana la legge regionale del Trentino-Alto Adige, 13 luglio 1970, n. 13, emanata in base ad una competenza legislativa che sarebbe stata di lì a poco devoluta alle due province autonome.

(192) L'argomentazione esemplificava un perfetto *exemplum in contrarium* schopenhaueriano, laddove una tesi generalmente valida veniva confutata attraverso l'indicazione di una ristretta classe di casi ove la tesi poteva apparire inapplicabile. Lo stesso poteva dirsi dell'obiezione appuntantesi sulla circostanza che in casi via via più rari - complice anche il diffondersi di normative regionali che la imponevano - potesse mancare l'identità soggettiva fra esercente dell'impianto di risalita e concessionario delle piste da sci, eventualità che, peraltro, ove riscontrata, avrebbe potuto superarsi ipotizzando la promessa del fatto del concessionario da parte dell'esercente che avesse concluso il contratto con lo sciatore, così acutamente Chiné, *«Con la neve alta così»*, cit., 578.

(193) Virgolettato tratto da App. Trento 29 febbraio 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1980, 706, 708, in originale in Izzo, Ferrari, *La responsabilità sciistica*, cit., ove veniva in gioco la collisione di uno sciatore con un deposito per la fienagione situato in un larghissimo "pra di vacche" adibito a pista di moderata pendenza, ove chiunque avrebbe potuto e dovuto accorgersi del manufatto almeno cento metri prima di impattarlo, un contesto fattuale che, a dispetto di qualsiasi regola di responsabilità applicata, avrebbe comunque imposto alla corte di lasciare il danno lì dov'era occorso ex art. 1227 c.c. Per inciso, la linea di pensiero della sentenza trentina trovò modo di essere pedissequamente riproposta in Trib. Torino 23 aprile 1987, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1989, 762.

(194) A parte Trib. Modena 12 novembre 1990, cit., ancora Cass. 23 maggio 1997, n. 4607, in *Foro it.*, 1997, I, 2470, ribadiva - senza peraltro pronunciarsi sulla possibilità di raccordare le obbligazioni tipiche del contratto di trasporto legato alla risalita meccanica all'esistenza di un obbligo contrattuale del gestore dell'impianto attivo durante la fase di discesa del trasportato immediatamente successiva al trasporto a monte - l'impossibilità di estendere l'area protettiva del contratto di trasporto in caso di caduta dello sciatore trasportato nel corridoio di collegamento fra la piazzola di arrivo della seggiovia e le piste, quando ormai il moto impresso al corpo del trasportato dalla trazione meccanica dell'impianto si era esaurito.

(195) Per riscontri fondati sull'analisi dei mercati delle regioni alpine, K. Matzler et al., *Customer Satisfaction with Alpine Ski Areas: The Moderating Effects of Personal, Situational, and Product Factors*, 46 *Journal of Travel Research* (2008) 46; i mutamenti delle caratteristiche dell'offerta di impianti sciistici in Italia fra gli anni cinquanta e il nuovo millennio sono tratteggiati in Aa.Vv., *L'Italia dello sci*, Milano, 2004, 10. Il fenomeno ha indotto ad affermare che in date circostanze il marketing aggressivo e l'offerta di proposte dettagliate possa addirittura integrare una promessa al pubblico (G. Bevilacqua, *Responsabilità per infortuni derivanti da difetti di apprestamento o manutenzione delle piste da sci*, in *Riv. dir. sport.*, 1983, 534, 535), sebbene, calando il fenomeno nella sua naturale dimensione negoziale, esso non possa che trovare adeguata valorizzazione nei termini di un'eventuale offerta al pubblico.

crescente che i fatturati del comparto andavano assumendo nelle economie dei territori montani) (196); il cambio di passo delle regole di governo della prova nelle azioni invocanti la responsabilità contrattuale per sinistri occorrenti nella fase di discesa, con il tramonto di quella situazione di sostanziale equilibrio operativo che per un lungo periodo aveva fatto sì che i pratici non ritenessero particolarmente critico, almeno sotto questo decisivo profilo, impostare una pretesa risarcitoria sul piano contrattuale piuttosto che su quello aquiliano (197).

In dottrina, le resistenze a quanto da un certo momento in poi avrebbe preso ad essere definito “contratto di ski-pass” (198), sembravano appuntarsi su sottili distinguo fra causa e motivi del contratto (199), mentre, fra quanti si mostravano ormai persuasi dell’opportunità di ammettere che una figura negoziale unitaria non smettesse di accompagnare lo sciatore in ogni momento della sua giornata sulle piste, si aprivano vere e proprie battaglie delle idee vertenti sulla disciplina da assegnare a questo “nuovo contratto” manovrando su un registro di divinazione tipologica a compasso allargato (200).

Note:

(196) Elenca in progressione cronologica quasi tutte le normative regionali e provinciali figlie di questa dinamica, Campione, *Attività sciistica e responsabilità civile*, cit., 42 s.

(197) Sotto questo profilo è ben noto come una distinzione un tempo in crisi (a suo tempo il *rappel à l'ordre* di G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione in crisi?*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077) sia tornata da almeno un decennio (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.) ad essere molto apprezzata dal creditore, che, lamentando il mancato o inesatto adempimento della prestazione dovutagli dal suo debitore, chieda che un obbligo il relativo obbligo risarcitorio quest’ultima assuma veste risarcitoria (fin d’ora sul tema, distinguendosi per profondità di analisi, G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, vol. 5, *Rimedi* 2, Milano, 2006, 753 ss., spec. 798, sub nota 69).

(198) Il primo scritto che nel titolo ha evocato l’espressione si deve a M. Bona, *Contratto di ski-pass e obblighi del gestore di piste*, in questa *Rivista*, 2002, 75, anche se con meno enfasi la formula era già stata tenuta a battesimo in M. Bona, M. Ambrosio, *Risalita su sciovia e responsabilità del gestore dello skilift: contratto di trasporto o contratto atipico?*, in *id.*, 2000, 291, 295, mentre decisamente isolato sembra essere rimasto l’impiego dell’espressione “contratto di sciovia” per designare il contratto unitario di cui si discute (così Pozzi, *Osservazioni in tema di contratto di sciovia*, cit., 191-92). Scritti più recenti - per esempio Di Sabato, *Il contratto di skipass*, cit. e l’omonimo Calvo, *Il contratto di skipass*, cit. - omettono il trattino, col rischio di generare lacune a svantaggio del sempre più numerosi lettori che affidano la propria sete di diritto ai registri booleani della ricerca sulle banche dati digitali. Ma sono ovviamente altri i motivi che consigliano di dismettere l’impiego dell’espressione recante un termine che però - è il caso di notarlo - dizionari e motori di ricerca continuano a preferire separato dal trattino. Li vedremo fra breve.

(199) Si rilevava come nell’operazione economica sottesa al preteso contratto unitario non potesse affermarsi col dovuto grado di certezza che, una volta giunto a monte, l’acquirente del titolo di legittimazione al trasporto mediante impianto di risalita di-

scendesse sci ai piedi, essendo tale determinazione eventuale e comunque rimessa a una libera scelta del trasportato successiva alla conclusione del contratto, con l’effetto di far degradare la fruizione delle discese sciabili a un semplice motivo, come tale inidoneo a sorreggere in veste di causa un contratto unitario compendiate le due fasi del trasporto a monte e della discesa a valle in ragionevole sicurezza, Cavani, cit., 590 e, se ben si intende, V. Carbone, *Il gestore dell’impianto risponde del danno allo sciatore inciampato in un ciuffo d’erba?* (nota a Cass. 15 febbraio 2001, n. 2216), in questa *Rivista*, 2001, 373, 375. *Contra* Chiné, cit., 577-78, osservando come l’eventuale libera scelta di non fruire di un servizio offerto e già acquistato - la discesa sulle piste in sicurezza - non osti a concepire un contratto in ragione del rilievo che in tal caso la causa non sarebbe condivisa fra le parti, anche perché - si replicava - nella generalità dei casi l’acquisto contrattuale di un diritto non impone all’acquirente di fruirne. La querelle attiene a quello che per molti versi appare un falso problema. Accogliere la tesi del motivo significa stabilire una regola che si predispone a seguire l’idea che di norma nel periodo invernale il trasportato utilizzi il trasporto da valle a monte coltivando il medesimo interesse contrattuale che lo anima d’estate, quando invece il problema si rovescia, poiché tendenzialmente solo una minoranza dei trasportati a monte decide, dopo l’escursione in quota, di scendere a valle con le proprie gambe (ma in quel caso l’escursionista non ha difficoltà a scegliere al mattino se acquistare solo una corsa di sola andata o una corsa di andata e ritorno). Se così è, il problema a ben vedere si ridimensiona nel senso di porre l’esigenza di fare in modo che il sinallagma (che determina il contenuto del programma contrattuale) possa riflettere i particolari interessi coltivati dalle parti, così come essi trovano consacrazione nell’accordo che le stesse raggiungono, muovendo da un particolare tipo di proposta contrattuale. Fermo restando che in via generale non si vede come negare che l’indagine sui tratti concreti dell’operazione economica voluta dalle parti nel caso in esame evidenzi l’esistenza di una causa concreta (sulla cui nozione G.B. Ferri, *L’invisibile presenza della causa nel contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 897, 904) di scambio, questa esigenza potrebbe trovare soluzione sul versante dell’articolazione della proposta contrattuale, nella misura in cui si ritenga opportuno diversificare la proposta contrattuale allestita del gestore dell’impianto di risalita, per far sì che ciascun trasportato eroghi un corrispettivo corrispondente ai servizi di cui, accostandosi alle offerte contrattuali del gestore, egli intende fruire.

(200) All’idea di inserire questo oggetto negoziale non identificato nella macrocategoria (fenomenica e non giuridica) dei contratti del tempo libero, eleggendo l’appalto a bussola tipologica del nuovo contratto (così G. Silingardi, M. Riguzzi, E. Gragnoli, *Responsabilità degli operatori turistici*, in *Riv. giur. circ. traspr.*, 1988, 24, spec. 81-2, per assorbire il tipo del trasporto nella qualificazione così operata) ha fatto da contraltare la tesi in base alla quale, ritenendosi nella fattispecie non riscontrabile una committenza ed essendosi piuttosto di fronte a prestazioni standardizzate predisposte a favore di tutti gli utenti, per qualificare la prestazioni del contratto nella fase di discesa si dovrebbe guardare al tipo del contratto di somministrazione avente ad oggetto i servizi tesi a predisporre e rendere sicure le piste (Di Sabato, *Il contratto di skipass*, cit., 821-23). Particolarmente articolato poi il tentativo (dapprima avanzato in Tranquilli Leali, *Il contratto di trasporto a fune*, cit., 265 ss. e poi ribadito alla luce della nuova normativa speciale in Ead., *L. 24 dicembre 2003 n. 363*, 9 ss.) di ritenere che in questa peculiare fattispecie del trasporto a fune la causa tipica del contratto di trasporto finisca per essere emasculata dalla particolare funzionalizzazione assegnata dalle parti alla prestazione del trasporto, per trasmutare in una nuova causa unitaria astretta alla fruizione della pista in fase di discesa («senza la quale verrebbe meno la ragione stessa del contratto», Ead., 11). L’effetto, dunque, sarebbe quello di ritenere il contratto in questione atipicamente fuori dal modello del trasporto e tuttavia capace di riappropriarsi - con un colpo d’ala giocato sul filo dell’analogia - della disciplina sottesa a quel tipo. Giustamente (segue)

In questo scenario la Cassazione, di poco anticipata da un'altra pronuncia di merito tanto enfatizzata in dottrina quanto avara di trame argomentative illuminanti (201), è giunta a prendere posizione sul tema relativamente tardi, e non senza manifestare, per qualche tempo, una buona dose di opacità ermeneutica.

Un primo riconoscimento formale della sussistenza di un vincolo negoziale atipicamente corrente fra sciatore e gestore anche con riferimento alla discesa sulle piste (si alludeva a un contratto di trasporto avente "natura atipica") veniva subito dopo emasculato nei fatti, negando che nel caso di specie fosse dato riscontrare «l'esistenza di una clausola espressa o implicita da cui desumere sia l'assunzione di una responsabilità del gestore anche per la manutenzione delle piste», sia l'applicabilità di una qualche norma su cui poggiare un'eventuale eterointegrazione del contenuto del rapporto obbligatorio (202). Si dava così intendere di ritenere necessario che le parti fossero tenute a negoziare in concreto l'an e il *quomodo* dell'obbligazione dedotta nell'involucro contrattuale riconosciuto in astratto e - in assenza di ciò - che il contratto avrebbe potuto ricevere contenuto obbligatorio solo assorbendo (quali usi negoziali? normativi (203)? in base alla buona fede? la sentenza non provava nemmeno a postularlo) il contenuto di eventuali norme di protezione poste in via normativa o amministrativa, ma con riferimento alla sicurezza delle piste, norme di cui in quella particolare circostanza non era dato predicare la integrabilità (204). Dopo un'altra conferma di taglio nominal-riconciliativo (205), l'emersione giurisprudenziale del contratto di ski-pass perdeva slancio in una sentenza ampiamente commentata nella precedente puntata di questo studio (206), ove la corte preferiva impostare la tutela cercata dallo sciatore sul profilo della responsabilità da cosa in custodia, ritenendola adde-

evitare di ricondurre ad un preciso tipo contrattuale le prestazioni rese dal gestore a beneficio dello sciatore nella fase di discesa, per lasciare che il loro retroterra obbligatorio venga definito attraverso un rinvio diretto alle valvole generali di cui agli artt. 1175, 1176 e 1218 c.c.

(201) Trib. Pinerolo 18 ottobre 2000, in questa *Rivista*, 2002, 75, la cui motivazione si guadagna ampio risalto nella trattazione riservata al contratto di ski-pass da M. Bona, A. Castelnuovo, P.G. Monateri, *La responsabilità civile nello sport*, Milano, 2002, 140-145, anche se la sentenza in fin dei conti dice forse qualcosa di meno di quanto argomentato da Trib. Modena 12 novembre 1990, cit., limitandosi ad affermare che il gestore assume una posizione di garanzia di natura contrattuale nei confronti dello sciatore, in una fattispecie ove lo sciatore, dopo aver regolarmente dimostrato in giudizio di aver acquistato uno ski-pass valevole il giorno dell'incidente, lamentava d'essere caduto per non meglio precisati motivi, danneggiandosi nell'impatto, avvenuto a due metri dal limitare della pista, con una barriera contenitiva alta due metri e composta da paletti di legno di 20 cm di diametro. Per molti versi più interessante Trib. Aosta 2 maggio 1996, n. 186, Rel. Gramola, inedita, ove (non senza qualche slalom lessicale) si accoglie la tesi del contratto, sul rilievo che «il gestore di impianti di risalita, in concreto, offre al pubblico anche le piste di discesa, pubblicizzandone i tracciati e predisponendo e curando gli stessi, sicché chi contrae con la società è a conoscenza che la stessa, oltre a offrire risalite, offre anche predisposte piste di discesa, tanto che in mancanza, ben probabilmente lo sciatore non stipulerebbe il contratto, non avendo significato la risalita senza la discesa ed essendo pochissimi gli sciatori in grado di scendere su tracciati non battuti e preparati».

(202) Il virgolettato si riferisce a Cass. 15 febbraio 2001, n. 2216, in questa *Rivista*, 2001, 372, spec. 373.

(203) Su questi profili le osservazioni di Tranquilli-Leali, *Il contratto di trasporto a fune*, cit., 268-9.

(204) La l. n. 363/2003 era di là da venire e nel caso affrontato dalla Cassazione la controversia interessava un comprensorio sciistico situato in Piemonte, una delle poche regioni che ad onta della vocazione naturale dei suoi luoghi fra gli anni settanta e duemila aveva resistito alla tentazione di darsi una legislazione regionale che specificasse gli obblighi di sicurezza e manutenzione posti a carico dei gestori delle piste.

(205) Cass. 19 luglio 2004, n. 13334, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 336, ove per la prima volta i giudici di piazza Cavour menzionavano l'espressione «contratto di ski-pass», ma solo per affermare (in ciò che a rigore rappresenta un *obiter* in relazione ai motivi di ricorso, focalizzati sulle norme compendianti un'addebito di responsabilità di natura extracontrattuale) che quattro imprese di impianti di risalita, pur avendo - come la corte pure riconosce - in cogestione le proprie aree sciabili in virtù di un rapporto associativo atipico, non possono rispondere in solido dell'addebito risarcitorio promosso contrattualmente da uno sciatore danneggiatosi a causa delle cattive condizioni di una pista di collegamento posta fra le aree pertinenti a due delle quattro imprese atipicamente consorziate (e tali da predisporre unitariamente l'offerta contrattuale acquistata allo sciatore dotandosi di un titolo che permetteva «di utilizzare indistintamente tutte le piste e gli impianti del comprensorio gestito dalle quattro società»). Una conclusione che può ritenersi giustificabile senza tradire i principi cardine dell'obbligazione solidale (artt. 1292-1298 c.c.) solo a condizione di ritenere che la Corte abbia inteso negare giuridica esistenza al contratto concluso dal malcapitato sciatore, ovvero immaginando che la Corte abbia celato - in una sorta di riserva mentale motivazionale - il convincimento che il contratto non contemplasse le prestazioni dovute per la messa in sicurezza delle piste discese dallo sciatore. Divergono le conclusioni tratte dal caso da Di Sabato, *Il contratto di skipass*, cit., 817.

(206) Cass. 10 febbraio 2005, n. 2706, in questa *Rivista*, 2005, 837, con commento di M. Calabrese, *La doppia natura della responsabilità del gestore di una pista da sci*.

Note:

(continua nota 200)

critico sul punto Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., 220, sub nota 450 (adesivamente evocato da Campione, *Attività sciistica*, cit., 108), il quale, nel rilevare come la regola di cui all'art. 1681 c.c. non sia suscettibile di applicazione analogica a cagione della sua specialità e dunque osti alla percorribilità della tesi appena rievocata, correttamente mostra di ritenere separato il problema della causa e quello del tipo (sul punto E. Moscati, *La causa del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. III, t. II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 269, 287). Solo in questo modo, infatti, si può arrivare ad ammettere che nel caso in discorso sotto l'egida di una causa unitaria convivano due tipi differenti (un tipo contrattuale trasporto con le sue regole e un tipo contrattuale appalto o somministrazione teso alla erogazione dei servizi destinati a garantire la ragionevole sicurezza delle sciate), rispettivamente applicabili alla fase della salita e a quella della discesa. Ancora diversa sul punto la proposta di Bona e Ambrosio, *Risalita su sciovia*, cit., 296, che tende ad

bitabile al gestore dell'area sciabile (207). Ma nel far ciò la corte svolgeva una precisazione non secondaria nell'economia della nostra analisi, escludendo di poter dar credito a «un rapporto [un contratto] di utilizzazione della pista tra il gestore di un impianto di risalita e gli utenti che hanno utilizzato tale impianto (...) in mancanza di allegazione e prova di uno specifico accordo fra le parti», una puntualizzazione che può apparire scontata, che però tornerà utile rievocare a tempo debito.

Il percorso della Cassazione verso la faticosa verifica dei contenuti obbligatori del rapporto contrattuale corrente fra sciatore e gestore dell'area sciabile si è temporaneamente arrestato, senza conoscere ulteriori occasione di approfondimento in riva al Tevere, col riconoscimento che «il contratto di ski-pass presenta caratteri propri di un contratto atipico nella misura in cui il gestore dell'impianto assume anche, come di regola, il ruolo di gestore delle piste servite dall'impianto predetto ed è vero, dunque, che con il predetto contratto il gestore dell'impianto, in quanto obbligato alla manutenzione in sicurezza della pista, può essere chiamato a rispondere dei danni prodotti (ai soggetti che con il gestore hanno stipulato il contratto di ski-pass) dalla cattiva manutenzione, sulla base delle norme che governano la responsabilità contrattuale per inadempimento» (208), pur dovendosi ammettere come anche in questa più recente occasione la Cassazione, nel dir la sua su quanto un preciso motivo di ricorso le imponeva di considerare, sia sembrata assai più entusiasta di approfondire l'analisi della fattispecie sul registro di una (ritenuta) concorrente responsabilità *ex art. 2051 c.c.*

Terminato questo reportage diacronico sui percorsi attraverso i quali giurisprudenza e dottrina hanno accompagnato il faticoso processo di allineamento del diritto alla trasformazione tecnologico-imprenditoriale che ormai da qualche decennio ha stabilmente mutato il volto dell'attività sciistica praticata per finalità sportivo-ricreative, mette adesso conto verificare le molte questioni sostanziali che in questi percorsi non hanno avuto modo di emergere. Che si possono cominciare ad esaminare accertando in che modo la l. n. 363/2003 - certo legisticamente criticabile in alcune enunciazioni poco sicure, ma certo non tacciabile di rappresentare «un'occasione perduta» (209) - possa essere rapportata all'impalcatura teorica della piattaforma contrattuale esplorata fin qui.

Il contratto per la fruizione delle aree sciabili attrezzate fra legge e autonomia negoziale

Non c'è dubbio che l'entrata in vigore della l. n.

363/2003, abbia fornito, più che un riconoscimento ad un'idea di fondo già perfettamente validata sotto un profilo economico e concettuale (come s'è appena finito di verificare), un assist prezioso che agevola la possibilità di implementare quell'idea sfruttando le potenzialità dell'autonomia negoziale (210). Lo ha fatto, in primo luogo, fornendo la definizione di «area sciabile attrezzata», che delimita tipologicamente e funzionalmente il *proprium* del contratto in parola. Che non è e non può essere, in una sorta di sineddoche dell'uomo qualunque, il c.d. skipass (il quale non è nemmeno l'oggetto del contratto, ma semmai il titolo che legittima a ricevere la prestazione). Causa del contratto è invece la fruizione (in sicurezza) delle aree sciabili attrezzate. Poter fruire di «superfici innevate anche artificialmente, aperte al pubblico e comprendenti piste, impianti di risalita e di innevamento, abitualmente riservate alla pratica degli sport sulla neve», è a un tempo ciò che lo sciatore cerca e ciò che l'impresa (che stimola e interdetta questo bisogno) offre, avendo curato di predisporre i mezzi e i servizi necessari ad allestire la sua proposta. La definizione normativa di cui all'art. 2 della l. n. 363/2003 è preziosa anche perché, nel descrivere un elemento essenziale ad identificare l'operazione economica voluta dalle parti, che si candida in modo naturale ad assumere un ruolo definitorio nei confronti dell'articolato schema negoziale attuato per realizzarla, riesce a superare elegantemente il problema posto dal dualismo «tipo del contratto di trasporto/altri tipi contrattuali». Infatti,

Note:

(207) Izzo, *Aree sciabili e responsabilità extracontrattuale*, cit., 787-88.

(208) Così Cass. 6 febbraio 2007, n. 2563, in *Dir. tur.*, 2008, con nota di M. Stucchi, *Attività sciistica e responsabilità*.

(209) Così, dopo essersi fatta la domanda, si dà una risposta Carterbi, *La responsabilità nella gestione delle aree sciabili*, cit., 1047 ss., per rilevare come in fondo non sia così rilevante che la nuova normativa non si sia spinta a descrivere i termini di un vero e proprio nuovo tipo contrattuale. Anche se, può soggiungersi, anticipando quanto si vedrà fra breve, che le prescrizioni della l. n. 363/2003 hanno un innegabile effetto conformativo sull'autonomia privata, sia sostituendosi ad eventuali disposizioni contrattuali che tentino di negarne le previsioni cogenti, sia integrando quanto - in ipotesi - un incontro di volontà tacito (o leggendario) non abbia saputo o voluto dire.

(210) È evidente che l'autonomia negoziale sarà in questo caso necessariamente interpretata dalla controparte negoziale dello sciatore, che curerà di predisporre le condizioni generali del contratto atipico di cui si parla, con l'accortezza di rendersi primo interprete dell'esigenza di evitare che il regolamento contrattuale allestito possa incappare nei paletti posti dal codice del consumo a tutela della sua controparte, si veda per un inquadramento esaustivo dei problemi posti dalla standardizzazione dei contenuti del contratto attraverso la redazione di clausole generali, con riferimento specifico al contratto di trasporto, Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., 539 ss.

aver evocato gli impianti di risalita inserendoli nella nozione di area sciabile, se da un canto permette di schivare i molti problemi che sarebbero verosimilmente insorti se la legge avesse ceduto alla tentazione di operare riferimenti alla nozione di trasporto a fune, dall'altro avverte che il legislatore ha ritenuto opportuno assumere che nel settore in discorso (caratterizzato dalla stagionalità associabile al riferimento a "superfici innevate"), l'impianto di risalita sia oggetto di considerazione in quanto componente qualificante ed irrinunciabile di un luogo unitario - giustamente eletto a concetto chiave dalla definizione legislativa recata dall'art. 2 della l. n. 363/2003 - abitualmente riservato alla pratica degli sport della neve. Tale pratica è dunque ammessa in quei luoghi solo fruendo degli impianti di risalita, in un vincolo concettuale, che nell'economia dell'operazione economica complessivamente voluta dalle parti attraverso il contratto, è indissolubilmente circolare, esattamente come il moto dello sciatore che durante la permanenza nella (e la fruizione della) area sciistica attrezzata non fa che risalire le chine per poi discenderle. Stiamo allora discorrendo di un contratto atipico contraddistinto da causa unitaria, ove il nesso corrente tra le varie prestazioni è talmente intenso da impedire che le singole prestazioni possano rapportarsi a cause tipiche distinte, senza però che ciò precluda la possibilità di richiamare e applicare le singole discipline dei tipi che convivono nella complessità propria di questa particolare figura contrattuale (211). Conservano così la loro individualità sotto il profilo del regolamento negoziale il contratto di trasporto e l'eventuale contratto atipico di scivola per le prestazioni caratterizzanti la fruizione dell'area sciabile in salita, mentre il tipo dell'appalto-somministrazione di servizi può trovare applicazione per le prestazioni che caratterizzano la fruizione dell'area sciabile in discesa. Ma sotto il profilo degli effetti che l'inadempimento di una delle prestazioni dedotte nel contratto riverbera sull'interesse alla prestazione dell'altra o dell'insorgere di sopravvenienze (specie in caso di un contratto di durata come quello sotteso all'acquisto del c.d. "stagionale") le vicende restano intrecciate, sottese come sono a un'operazione economica unitaria, ove la penuria di neve priva di interesse al trasporto e il mancato trasporto impedisce alla neve in pista d'essere fruita (212).

Attraverso la definizione normativa in parola, inoltre, assumono contorni ben definiti le figure dei paciscenti di turno: un soggetto pronto ad usufruire dietro corrispettivo del complesso dei servizi necessari a permettergli la fruizione dell'area in sicurezza e

la sua controparte, che s'incarica di erogare questi servizi avendo provveduto a predisporli con autonoma organizzazione di capitali e mezzi destinati allo scopo. Si tratta, rispettivamente, dell'utente, il quale si serve degli impianti di risalita per praticare lo sci o gli altri sport esercitabili nell'area sciabile (lo sci nella sue varie articolazioni, lo snowboard, lo sci di fondo, la slitta e lo slittino e gli altri sport eventualmente individuati dalle singole normative regionali) e del gestore dell'area sciabile, che si qualifica tale nella misura in cui agli occhi del suo interlocutore contrattuale assuma la veste del soggetto che promette di erogare unitariamente tutti gli inscindibili servizi necessari a consentire la fruizione dell'area in sicurezza.

Queste prime riflessioni inducono a tornare con maggior dettaglio su alcuni problemi a tratti già affiorati in queste pagine: abbiamo visto che la legge consacra l'idea che le aree sciabili attrezzate siano superfici innevate abitualmente riservate ai fruitori di un insieme unitario fatto di impianti (di risalita e innevamento artificiale) e di piste nelle varie tipologie possibili (di solito riservate allo sci e allo snowboard, in qualche caso alla slitta e allo slittino e in altri ancora - ove l'ente territoriale abbia provveduto a individuarli nella propria normativa locale - riservati ad ulteriori sport della neve), come conferma l'inequivoca volontà legislativa di escludere che le piste da sci possano essere spazi percorsi contrastando la forza di gravità (se non - previa autorizzazione del gestore dell'area ovvero in casi di urgente necessità - avendo sempre gli sci ai piedi e senza mai smettere di tenere il bordo pista, nonché di osservare ogni altra precauzione diretta a tutelare la sicurezza degli sciatori impegnati nelle discese), trattandosi di aree concepite ad esclusivo consumo dell'uomo in sci, una figura resa quasi mitologica dalla legge, che solo in casi di urgente necessità è ammessa a tornare uomo per discendere la pista a piedi, ovviamente avendo cura di tenersi ai bordi della stessa di dare la precedenza al transito di eventuali mezzi meccanici adibiti al servizio e alla manutenzione delle piste (213).

Note:

(211) Sul contratto a causa complessa le considerazioni di Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 301.

(212) Si fa qui propria nella sua sintetica efficacia una recente presentazione dei caratteri riconducibili alla figura del contratto misto o complesso (con sfumature variabili in dottrina e giurisprudenza), R. Sacco, voce *Contratto complesso o misto [aggiornamento]*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2011, 241 ss.

(213) Così combinando i divieti, le prescrizioni e i richiami scanditi dall'art. 15, commi 1, 2 e 4 della l. n. 363/2003.

Se ne deduce che, almeno a partire da quel giorno di novembre/dicembre in cui ogni anno ci si auspica che «la neve coprirà tutte le cose» (214), il contratto per la fruizione delle aree sciabili verrà concluso da folle di utenti destinate a fruire di una o più tipologie di piste insistenti nell'area sciabile imbiancata (215), essendo irrilevante che una porzione crescente di loro, incontenibilmente protesa nella ricerca di nuove emozioni, possa coltivare l'intenzione di solcare le piste dell'area sciabile - per un tempo e per un percorso non determinabile a priori (in quanto espressione di una libertà da lasciare necessariamente al pieno arbitrio del decisore) -, per poi decidere di uscirne, percorrendo liberamente itinerari fuori pista intonsi o già solcati da altri, e in ogni caso «serviti» (ovvero agevolati dal fatto che lo sciatore è messo in condizione di guadagnare la quota necessaria alla sua sciata fuoripista grazie al trasporto a monte assicurato) dagli impianti di risalita parte di un'area sciabile attrezzata (216).

Esiste nondimeno un'esigua minoranza di utenti a cui tale qualifica non serve e non si attaglia, trattandosi a tutti gli effetti di viaggiatori nell'accezione classica dell'art. 1681 c.c. Costoro si affidano ad un «impianto a fune adibito al trasporto di persone» (217), per compiere un viaggio confidando di aver soddisfatto il proprio interesse con la conclusione di un negozio corrispondente ad uno schema tipico, che retrocede il limitato intento di godere del sole della terrazza panoramica di un rifugio, ovvero l'assai più prosaica necessità di raggiungere la propria sede di lavoro nella cucina di un esercizio di ristorazione in quota (218), a meri motivi di un contratto di trasporto, che, come tali, alla controparte di norma non interessano. Potrebbe auspicarsi che di questa realtà negoziale prendano atto i gestori, attrezzandosi per dare a un'esigua nicchia della propria clientela la possibilità di accettare una formula di acquisto della prestazione di trasporto che rifletta (non tanto la realtà giuridica del tipo contrattuale destinato a reggere le sorti del negozio concluso (219), quanto) l'idea che in casi del genere il cliente vuole un contratto diverso da quello che gli consentirebbe, se vincessero le sue ataviche paure o se avesse la possibilità di godersi il proprio tempo libero, di fruire delle aree sciabili - almeno per evitare il sorgere di pretese volte ad ottenere la riduzione del prezzo della prestazione richiesta, opinando che acquistare un pacchetto combinato di prestazioni costi assai più della singola prestazione di trasporto. Ma la consapevolezza di quanto oggi possa rivelarsi velleitario chiedere alla causa di esercitare il ruolo di gendarme dell'autonomia privata (220), unita alla cir-

costanza che si tratta di ipotesi marginali, verosimilmente destinate ad essere affidate nella prassi all'offerta di singole corse a/r (221), consiglia di dismettere ogni proposito in tal senso.

Note:

(214) B. Martino, *Estate, Ed è subito sera*, La voce del padrone, 1960. Anche se - e tenendo conto della sopravvivenza di qualche area sciabile capace di sfruttare d'estate ciò che resta dei ghiacciai alpini - le medesime dinamiche possono prospettare stagioni sfortunate durante le quali - dove si può - la neve copre le piste solo grazie all'innevamento artificiale, consolando solo in parte un'utente rassegnato a non vivere la magia evocata dagli intramontabili versi di questo standard del jazz.

(215) Il classico pacchetto standard per la fruizione dell'area sciabile attrezzata nella sua unitarietà potrà a sua volta conoscere un'ampia gamma di articolazioni, il più delle volte giocate sull'elemento temporale (stagionale, settimanale, giornaliero, mattutino, pomeridiano, orario), ma in linea di principio non sottratte alla possibilità di integrare offerte delimitate sul piano dell'accesso geografico (questo o quell'insieme di impianti di risalita serventi sotto-aree di più ampie aree sciabili attrezzate, ovvero il solo accesso all'eventuale snowpark, etc. - in tema non esistono limiti alla fantasia dell'autonomia privata).

(216) L'espressione «percorsi fuori pista *serviti* dagli impianti» di risalita ricorre nel primo comma dell'art. 17 della l. n. 363/2003. Anticipando un discorso che sarà inquadrato meglio a tempo debito, va da sé che la categorica esclusione della responsabilità civile del concessionario e del gestore degli impianti di risalita (formulata nella parte non riportata della norma appena evocata) implica che i medesimi soggetti resistano alla tentazione di reclamizzare in vari modi o di indicare al pubblico degli utenti dell'area sciabile dove intraprendere percorsi fuori pista (o peggio di tracciare un percorso fuori pista, magari appena accennato), trattandosi di comportamenti che indurrebbero a riflettere sull'opportunità di far vincere l'*eius commoda eius et incommoda* sulla lettera di una norma che, a quel punto, si esporrebbe al rischio di colorarsi di incostituzionalità, impedendo (così com'è formulata) persino un addebito ex art. 2043 c.c. È una cattiva consigliera, sotto questo profilo, la recente legge regionale piemontese, nella parte in cui prevede che il percorso fuoripista possa essere segnalato con appositi paletti indicatori (l.r. Piemonte n. 2/2009, art. 4., comma 2, lett. f).

(217) Il virgolettato riprende la nozione normativa recata dal D.Lgs. 12 giugno 2003, n. 210, *Attuazione della direttiva 2000/9/CE in materia di impianti a fune adibiti al trasporto di persone e relativo sistema sanzionatorio*.

(218) Coerentemente con le appena lusingate prescrizioni della l. n. 363/2003, l'abbronzatissima dama in doposci o il cuoco del sushi bar delle nevi avranno motivo di raggiungere un luogo posto nelle immediate vicinanze dell'arrivo dell'impianto di risalita, ovvero da lì raggiungibile a piedi, senza mai avere la necessità di inforcicare gli sci.

(219) È fuori discussione, infatti, che all'ipotesi trovi applicazione il tipo negoziale del trasporto, anche se per salire in quota l'utente avrà acquistato un titolo accedente ad una formula contrattuale concepita come contratto per la fruizione delle aree sciabili, posto che il contratto di trasporto è, in ogni caso, un tipo sempre sussunto nella struttura complessa del contratto atipico per la fruizione delle aree sciabili.

(220) Specie sotto l'insidioso profilo dell'adeguatezza del corrispettivo, per tutti Roppo, *Il contratto*, II ed., cit., 363 ss.

(221) Il gestore potrebbe non irragionevolmente opinare che trasportare viaggiatori privi di sci in quota si traduca in un costo di sistema nella misura in cui obblighi a rallentare le corse degli impianti di risalita in seggiovia eventualmente aperti al viaggio del non sciatore.

La legittimazione contrattuale alla fruizione dell'area sciabile ...

L'autonomia negoziale esplicita nelle condizioni generali di contratto predisposte a favore dell'utenza dal gestore delle aree sciabili ha molte opportunità per mostrare le sue virtù interfacciandosi con le norme poste dalla legge nazionale del 2003 e dalle varie normative locali integrative di questa disciplina. Una di queste - prima di verificare a fondo in che modo sul piano negoziale si possano prendere le misure al problema decisivo di incentivare il creditore e il debitore a cooperare relazionalmente nel perseguire l'obiettivo ideale di garantire la sicurezza sulle aree sciabili nel massimo grado possibile senza snaturare l'essenza dell'esperienza sciistica - attiene all'opportunità di disciplinare il vero profilo problematico conchiuso nell'impiego del termine ski-pass. Che di certo non vive in discorsi ove viene in gioco l'atipicità contrattuale. Ma si posiziona, piuttosto, ad un livello più quotidiano dell'economia del contratto, legandosi all'esigenza di identificare e configurare la funzionalità di un titolo per la fruizione delle aree sciabili, ovvero di un documento (che l'immaginario collettivo ha imparato ad associare alla tradizionale tangibilità di una foto appesa a un collarino) utile a rivendicare in ogni sede il complesso dei diritti acquistati assumendo la qualifica di utente, così costituendosi in prova di una specifica posizione contrattuale che un soggetto determinato ha negozialmente assunto nei confronti del gestore. Il contratto per la fruizione delle aree sciabili può assumere vari modi di proporsi nella prassi. La base di scelta minima (più fortemente legata all'originale retaggio "trasportistico" del negozio) è quella di "vendere" una corsa (singola o di andata e ritorno) con uno o più impianti a fune predefiniti, posti in sequenza ascensionale. Il passo successivo è affidare al tempo il compito di dimensionare un parametro essenziale dell'oggetto del contratto (l'altro essendo il tipo, la qualità e la quantità di aree sciabili attrezzate a cui il contratto garantisce l'accesso). E qui niente preclude di concepire tutti i possibili "tagli" entro cui questa dimensione può essere proposta per incontrare le esigenze dell'utente, dalla minima unità temporale dell'ora, fino ad arrivare allo stagionale appetito dai residenti in zona o dagli sciatori per i quali la neve è uno strumento di lavoro quotidiano, come i maestri di sci o quanti lavorano in esercizi commerciali raggiungibili solo sci ai piedi lungo le piste. Da questo punto di vista - e non potrebbe essere che così - la fantasia del gestore regna sovrana, potendo escogitare le formule più opportune per in-

tercettare al meglio la domanda di neve a seconda degli specifici contesti geografici e stagionali (222). Allo stesso modo, la prassi testimonia il progressivo ripudio di una risalente tipologia di offerta che, oltre alla non nominatività del titolo per la fruizione delle aree sciabili, contemplava, se non la sua esplicita cedibilità, quantomeno la sua fruibilità nei fatti da parte di soggetti distinti: così è (o era?) per i c.d. carnet punti, tesserine acquistando le quali un tempo il portatore poteva procedere a farsi annullare dall'addetto all'impianto di risalita con punzonature varie i punti corrispondenti all'impianto usufruito. Si può anzi dire che la cedibilità del titolo sia ormai nella quasi totalità dei casi espressamente esclusa in via negoziale nelle offerte predisposte dall'industria delle aree sciabili italiane. Se, quindi, una delle caratteristiche del contratto che dà diritto alla fruizione delle aree è quella di prevedere titoli non cedibili, non è precluso ipotizzare che i gestori si attrezzino per orientare la propria offerta nel senso di stabilire che il titolo rilasciato agli utenti debba sempre essere connotato dalla nominatività (223).

Note:

(222) La dimensione turistica del contratto per la fruizione delle aree sciabili si rivela nella prassi di rendere sensibile la quantificazione del corrispettivo proposto allo sciatore ai momenti clou della stagione invernale, o nella variegatissima scontistica che viene proposta con l'impiego delle formule hotel + neve (ed eventualmente: + lezioni di sci + noleggio + assicurazione), le quali danno luogo a intriganti ipotesi di contratti collegati. Va da sé che, quando questi pacchetti includono il soggiorno o il viaggio dello sciatore, essi sono attratti nell'orbita di operatività degli artt. 82 ss. del codice di consumo, integrando l'offerta di un pacchetto turistico ai sensi dell'art. 84 di quel *corpus* normativo. Esula dall'economia di questa riflessione indagare questi aspetti, che possono approfondirsi in L. Rossi Carleo, M. Dona, *Il contratto di viaggio turistico*, Napoli, 2010 e in E. Guerinoni, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata*, Milano, 2009.

(223) Nel rinviare a Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., 668 ss. per un'esautiva e puntuale trattazione di taglio generale sui delicati problemi posti dal ruolo del titolo (il biglietto di viaggio) nel contratto di trasporto terrestre di persone, si può osservare come, nella fattispecie che ci riguarda, la sistematica non cedibilità stabilita pattizialmente dai predisponenti tolga dal giro ogni tentazione di ritenere che il titolo per la fruizione delle aree sciabili possa configurare un titolo di credito alle prestazioni dedotte nel contratto (e ciò prim'ancora di considerare la mancanza nella specie dell'astrattezza e dei requisiti del rapporto cartolare ex art. 1992 ss.) difettando di tutti i caratteri necessari ad integrare questo modo d'essere dell'obbligazione. Lo stesso può dirsi della possibilità di ritenere che quanto prelude alla fruizione delle aree sciabili identifichi un titolo improprio, prova di una intervenuta cessione contrattuale che, in ogni caso, richiederebbe l'accettazione del gestore emittente. I veri problemi, semmai, sono altri e sono legati al processo tecnologico, che ancora una volta trasforma il campo di gioco e di osservazione del ragionamento giuridico. Li si può cogliere osservando come ormai nulla - se non la materiale indisponibilità di investimenti da parte dei gestori - osti alla piena dematerializzazione del titolo di cui si parla, visto che il riconoscimento ai tornelli può essere mediato - oltre che da supporti vari (i

(segue)

La giustificazione di questa scelta - che certo non è immune dal prospettare, quanto meno nella sua fase di *start up*, oneri aggiuntivi in termini di gestione strutturale della fase di conclusione del contratto (anche se la tecnologia digitale è tutt'altro che avara, come vedremo fra breve, di soluzioni in grado di ridimensionare le ansie logistiche dei gestori, invertendone il segno) - è però imperniata su un argomento forte, tale da rendere palese come i benefici che la soluzione prospetta siano tendenzialmente superiori ai costi che essa comporta. Si tratta, infatti, di mettere in esponente la sicurezza degli utenti delle aree sciabili nell'accezione che questo concetto assume in base alla logica "successiva" propria del momento dell'attribuzione della responsabilità, sia essa civile, penale o amministrativa. Questa dimensione perde buona parte della sua capacità (cupamente foucaultiana) di evocare una società della punizione e del controllo se la si osserva da un'altra prospettiva di grande respiro costituzionale, che è quella - inviolabilmente sancita dall'art. 24 Cost. - della necessità di assicurare l'esercizio in concreto della tutela dei diritti, che l'ordinamento assicura *erga omnes* (224). Avere (se non la certezza, quanto meno) la ragionevole aspettativa di riuscire a risalire, grazie ai moderni sistemi di registrazione dei passaggi occorsi presso ciascun impianto di risalita, all'identità degli utenti presumibilmente presenti nell'area sciabile interessata dal sinistro nell'ora della sua verifica è - prim'ancora di stabilire le condizioni alle quali il sinistro può ritenersi dovuto a imprudenza o imperizia esclusiva del danneggiato, al comportamento illecito di un altro sciatore (magari dileguatosi dopo il contatto (225)), ovvero all'inadempiamento del gestore e/o di altri soggetti debitori di un'obbligazione di sicurezza nei confronti della vittima del sinistro che giace dolorante (o peggio) sul manto innevato - un fattore che aumenta in modo sostanziale e tangibile l'effettività della tutela, forse più d'ogni sofisticato ragionamento che si possa articolare discettando sulle regole atte a garantire il binomio sicurezza e responsabilità nelle aree sciabili. Si tratta di un fattore che identifica un valore certamente appetito dal pubblico dei potenziali utenti, e come tale utilmente valorizzabile sul piano del marketing per richiamare l'attenzione del consumatore su una caratteristica dell'offerta che una volta a regime, accanto ad una maggiore snellezza della fase della conclusione del contratto, permette di acquisire la ragionevole convinzione che sulla neve scelta per le proprie sciate sia grandemente ridotto il rischio di rimanere vittima di anonimi atti di pirateria bianca, magari perpetrati da "sciatori killer" al-

l'occorrenza incapaci di parlare la lingua delle loro vittime. Ciò anche in ragione del maggiore livello di effettività dissuasiva che la nominatività della fruizione delle aree sciabili imprime al severo apparato di sanzioni penali ed amministrative predisposto per incentivare il soccorso in pista, sanzionando l'omissione di comportamenti dovuti in caso di verifica di un sinistro (226), sia da parte del protagonista

Note:

(continua nota 223)

quali però pongono dispendiosi profili di farraginosità quotidiana, legati alla previsione e alla messa in opera di cauzioni e alla necessità di restituire il supporto al termine della fruizione del contratto, con ulteriori problemi connessi all'eventualità dello smarrimento e alla necessità di dividere negoziabilmente un meccanismo atto a gestire il ripetersi di un'occorrenza tutt'altro che infrequente), anche da dispositivi mobili posti nella disponibilità degli utenti durante la giornata di sci (si pensi alle c.d. "chipcard" ricaricabili, e si ponga mente alle potenzialità degli i-phones di ultima generazione). Così dematerializzato, il titolo rilasciato sotto forma di impulsi elettronici al momento della conclusione del contratto - conclusione che in tal modo può avvenire in remoto, on line, prima che lo sciatore si muova da casa sua per vivere il suo svago in pista - finisce per assumere consistenza puramente elettronica, acquisendo consistenza documentale con l'invio di una ricevuta fiscale/fattura elettronica nella casella mail indicata dall'acquirente compilando i tipici moduli di acquisto che il diffondersi del commercio elettronico ha ormai universalizzato, invio che avrà modo di essere accompagnato dalla contestuale trasmissione del testo del regolamento contrattuale destinato a disciplinare ogni aspetto del rapporto fra sciatore e gestore.

(224) Dimensione che peraltro è essenziale per superare i problemi che altrimenti la scelta di rendere nominativa la fruizione delle aree sciabili finirebbe per comportare sul piano della tutela dei dati personali, aggiungendosi alla necessità di identificare il soggetto avente diritto alla prestazione contrattuale. Anche sul punto è bene - come meglio vedremo fra breve - che il contratto di cui si discute non svilisca l'autonomia privata, affidandole sbrigativamente il compito di riprodurre mere liturgie da formulario quando si tratta di predisporre l'informativa sul trattamento dei dati personali dell'utente.

(225) Nell'incidente sciistico, ancor più che nella circolazione automobilistica, il contatto materiale non è una precondizione necessaria del sinistro. Basta che uno sciatore provetto osservi una condotta gravemente imprudente tenendo una traiettoria che lo ponga in rotta di collisione con uno sciatore tecnicamente meno capace (salvo schivare l'impatto all'ultimo momento con maestria), per far sì che quest'ultimo - preso dal panico - ricorra ad una delle misure di sicurezza estreme della sciata, che è quella di (saper) cadere buttandosi a lato, per evitare di procurarsi lesioni fisiche più gravi. Scenari del genere sono tutt'altro che infrequenti sulle piste, potendo dar luogo sul piano probatorio alla classica situazione che finisce per essere archiviata come figlia di un atto di pirateria bianca perpetrato da ignoti, con un (presunto) responsabile non arrestato dopo il sinistro, la cui fisicità (se va bene) ottiene di essere confusamente rievocata dalla vittima solo indicando il colore di una tuta in movimento.

(226) Si richiami alla mente, oltre alla fattispecie di reato di cui al secondo comma dell'art. 593 c.p. (ma le piste imbiancate sono luoghi ove non è precluso che il primo comma di questa norma trovi applicazione, complici genitori poco attenti ad interpretare il proprio ruolo), anche la previsione dell'art. 14 della l. n. 363/2003, con la sanzione amministrativa ivi prevista, cui si aggiunge l'obbligo - la cui violazione è sempre sanzionata, pur se meno severamente - che grava su chiunque di segnalare la pre-

(segue)

dell'accadimento, sia da parte di eventuali testimoni dei fatti contestuali e successivi all'evento (227). Dunque la strada che conduce ad accettare l'idea di stabilire la sistematica nominatività del titolo per la fruizione delle aree sciabili è confortata da considerazioni che in ultima analisi fanno leva sulla sicurezza, un valore assiologicamente coerente agli intenti legislativi del 2003, trovando però giustificazione anche in base ad altri argomenti. Per esempio, pensando alla tutela forte che il contratto attiva nei confronti di chi, in una logica di corrispettività, versa un prezzo per acquistare determinati servizi a cui non avrebbe diritto ponendosi fuori da una logica di consumo e mercato (228). Fare in modo che sia l'acquirente stesso ad attribuirsi un'identità precisa nell'acquistare il diritto di fruire dell'area sciabile in via contrattuale (229), in uno con la possibilità, ormai affermata nella prassi, di affidare alla tecnologia (sotto la sorveglianza degli addetti) il controllo sistematico dell'accesso fisico agli impianti di risalita e tenendo altresì conto dell'ulteriore possibilità di istituire controlli a campione sulle piste che vedano l'utente tenuto ad esibire a richiesta degli addetti il proprio documento di identità per verificare la corrispondenza del nominativo alla lista dei soggetti contrattualmente abilitati alla fruizione delle aree sciabili (230), permette di rovesciare la situazione fattuale che di solito fa sì che l'erogazione di una prestazione di trasporto stradale o ferroviario non possa essere subordinata al preventivo controllo dell'identità del trasportato (231). Pertanto, chi dovesse accedere all'area sciabile fuori dal contratto non solo si vedrebbe (ovviamente) preclusa la possibilità di avvalersi della tutela che il contratto associa all'eventuale riscontro dell'inadempimento del gestore, ma sarebbe tenuto a corrispondere il prezzo per la fruizione effettuata fino a quel momento, ove, ad un controllo espletato da un ausiliario del gestore, la sua identità non risultasse fra quelle degli utenti aventi titolo alla fruizione dell'area sciabile nel momento del controllo, salva la possibilità di associare al contratto (concluso *ex novo* dallo sbadato fruitore in incognito per regolare la sua posizione e continuare la sua sciata) il pagamento di una somma dovuta a titolo di sovrapprezzo rispetto al corrispettivo che avrebbe pagato se avesse concluso il contratto prima di iniziare a fruire delle piste (232).

(Segue) ... e il regime delle sopravvenienze

Sotto altro profilo, la gestione elettronica del titolo di legittimazione alla fruizione delle aree sciabili permetterebbe una più snella gestione delle soprav-

venienze contrattuali, specie in caso di stagionale. Ferma restando la scelta, interamente rimessa alla libertà negoziale del predisponente (233), di assumer-

Note:

(continua nota 226)

senza in pista di un infortunato con mezzi idonei (art. 13, comma 4). In giurisprudenza non è mancato chi ha valorizzato in sede civile ragionamenti di tipo presuntivo, con effetti dissuasivi rispetto al comportamento di chi tenti di dissimulare la propria identità nei momenti successivi al verificarsi di un sinistro, v. Trib. Trento 20 marzo 1975 e App. Trento 14 maggio 1976, in Izzo, Ferrari, *La responsabilità sciistica: banca dati*, cit.

(227) Dando spazio all'autonomia negoziale il contratto permette di configurare l'obbligo di collaborazione informativa che l'utente può assumere nei confronti del gestore a beneficio della tutela dei diritti del gestore stesso, nonché di parti terze rispetto al contratto, ovvero di altri utenti che rimangono eventualmente coinvolti in sinistri avvenuti sotto la propria visuale, attraverso la previsione dell'obbligo di riportare la propria ricostruzione dell'accaduto (con propria dichiarazione sottoscritta) agli ausiliari del gestore che fossero intervenuti presso il luogo di verifica del sinistro in assenza dell'intervento di pubblici ufficiali esponenti delle forze dell'ordine in servizio piste.

(228) Quanto dire che gli onerosi servizi che rendono una pista sciabile in sicurezza non possono essere considerati *commons* di cui invocare la libera fruizione in nome dell'art. 13 Cost.

(229) In questo modo, l'eventuale comportamento contrario ad una specifica condizione di validità del contratto di chi associasse l'acquisto del titolo per la fruizione delle aree sciabili alla indicazione di un nominativo e/o di un numero di documento di identificazione non corrispondente al vero priverebbe di legittimazione contrattuale il soggetto che sciasse sulle piste sotto falsa identità, che sarebbe quindi esposto sia ai possibili controlli condotti dagli ausiliari del gestore, sia all'impossibilità di invocare la conclusione di un valido contratto per fruire della tutela ad esso associata in caso di sinistro.

(230) Ipotizza la possibilità di contestare il reato di truffa qualora sia riscontrato l'uso abusivo di un titolo nominativo per la fruizione dell'area sciabile, Di Sabato, *Il contratto di skipass*, cit., 825 *sub* nota 25. Invece la legittimità del ritiro del titolo abusivamente impiegato discenderebbe dall'operatività di una clausola risolutiva espressa prevista nel contratto predisposto dal gestore, *ibid.*

(231) Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., 673-4, nel rilevare come, accettando una logica di controllo *ex post*, il viaggiatore che, in caso di controllo successivo all'avvio della prestazione di trasporto su gomma o rotaia, risulti privo di regolare titolo nominativo sia tenuto al pagamento del prezzo per la prestazione fruita, unitamente alle penali e soprattasse del caso.

(232) Ovviamente non sono applicabili alla fattispecie sanzioni di tipo amministrativo del tenore di quelle istituite dalle normative regionali per sanzionare i viaggiatori delle reti di trasporto urbano che a seguito di controllo risultino sprovvisti di biglietto. Ma, come anticipato nel testo, sarebbe auspicabile ragionare - così come accade nel trasporto ferroviario - sulla possibilità che la regolarizzazione della posizione contrattuale dell'utente di cui sia stato riscontrato il difetto di legittimazione alla fruizione delle aree sciabili possa avvenire subito dopo il controllo, previo pagamento di un sovrapprezzo forfetariamente determinato nelle condizioni generali di contratto rese conoscibili al pubblico dei potenziali utenti ai sensi dell'art. 1341 c.c.

(233) Giova osservare come la fattispecie configuri la sopravvenuta impossibilità del creditore di ricevere la prestazione, determinando in assenza di patto contrario effetti riconducibili all'art. 1207 c.c., più che all'art. 1464 c.c. In tema, E. Al Mureden, *Le* (segue)

si una parte del rischio gravante fisiologicamente sull'utente che, nell'arco di validità del contratto concluso, perda la possibilità di fruire dell'area sciabile per una qualsiasi causa non riconducibile all'inadempimento dello stesso gestore (234), sarebbe in tal caso sufficiente che l'utente soddisfi l'onere di produrre agli occhi del gestore la documentazione comprovante l'insorgere della causa eventualmente individuata come valida nel contratto, per attribuire all'utente il diritto di ottenere dal gestore un parziale rimborso del corrispettivo versato, ovvero più verosimilmente il riconoscimento di un bonus da fruire quale sconto in occasione della stagione invernale successiva.

Sempre in tema di sopravvenienze, l'acquisto del titolo di legittimazione alla fruizione delle aree sciabili in una configurazione più ampia della semplice giornata di sci, impone di calibrare negozialmente nel modo più nitido possibile previsioni volte a stabilire fino a che punto gli insondabili fattori meteorologici che dettano l'agenda dell'adempimento stagionalmente promesso dal gestore all'utente possano considerarsi sopravvenienze suscettibili di integrare cause di impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui l'utente abbia accettato l'evenienza, accollandosene il relativo rischio contrattuale. In linea teorica, in una fattispecie di contratto di durata come questa, il carattere parziale dell'impossibilità può manifestarsi sotto il profilo temporale, nel senso di implicare che la mancanza delle condizioni meteorologiche necessarie a garantire l'innevamento (e dunque l'eseguitività della prestazione dedotta in obbligazione), pur non identificando una causa imputabile al debitore suscettiva di valutazione d'inadempimento (235), può per converso comportare il sorgere del diritto dell'utente ad ottenere una corrispondente riduzione della prestazione dovuta (che nella specie in concreto assumerebbe le vesti di un rimborso) e persino il recesso nel caso, ove l'adempimento solo parziale faccia venire meno un residuo, apprezzabile interesse del creditore, in linea con la previsione dell'art. 1464 c.c (236). Anche in questo caso la valutazione di ciò che i paciscenti abbiano voluto considerare all'atto della conclusione del contratto deve tener conto di un'ampia gamma di variabili che impediscono di rispondere all'interrogativo che ci si è posti con una ricetta univoca, sol che si passi a considerare il mutevole atteggiarsi caso per caso del fattore chiave del ragionamento attraverso cui pervenire alla soluzione del problema, che è quello che si può conoscere solo apprezzando quale fosse *ex ante* il livello di ragionevole prevedibilità della sopravvenienza.

Il nesso fra riscaldamento globale e a turismo invernale è ormai oggetto di una letteratura scientifica non episodica, non più esorcizzabile con atti di superstizione o accuse di ingiustificato allarmismo (237). I tanti, troppi comprensori sciistici sorti nei decenni passati come funghi sulle pendici delle nostre montagne, spesso ad altitudini incapaci di mettere al riparo dagli effetti di un'infelice deriva climatica globale, potrebbero in qualche caso essere considerati luoghi ove ormai l'erogazione delle prestazioni che il gestore si obbliga ad eseguire a favore dell'utente è sistematicamente attinta da un'alea eccessiva, collocata su soglie ben superiori alla (fatidi-

Note:

(continua nota 233)

sopravvenienze contrattuali tra lacune legislative e ricostruzioni degli interpreti, Padova, 2004, 104 ss. Si consideri infatti che il costo relativo alla sopportazione di tale rischio può considerarsi nell'economia del sinallagma una contropartita della riduzione di prezzo che il gestore prospetta all'utente quando determina il costo dello stagionale in relazione al maggior costo marginale di altre offerte contrattuali ove la fruizione è temporalmente più limitata. Sul piano economico si tratta di un rischio che si presta ad essere gestito dall'utente in via assicurativa, ottenendo la copertura del rischio determinato da questo tipo di sopravvenienza attraverso il medesimo strumento assicurativo deputato a gestire - auspicabilmente, come si vedrà - le possibili esternalità negative nascenti dall'attività che lo sciatore conduce concludendo il contratto in parola.

(234) Le cose, va da sé, sono diverse ove l'impossibilità creditoria di ricevere la prestazione sia imputabile all'inadempimento del gestore che abbia propiziato il sinistro sciistico impedendo allo sciatore infortunato di fruire del titolo acquistato per il resto della stagione invernale. La medesima considerazione può ritenersi valida, al ricorrere dei medesimi presupposti fattuali, nell'ipotesi di acquisto di un oneroso pacchetto settimanale di lezioni di sci seguito, durante una delle prime lezioni, da un'infortunio dell'allievo imputabile ad inadempimento della scuola di sci.

(235) Così non è, però, se si considera l'ipotesi tutt'altro che infrequente che veda il gestore catturare la domanda dell'utente, convincendolo a scegliere le proprie aree sciabili, facendo leva sulla promessa di neve garantita da modernissimi impianti di innevamento artificiali per n km di piste che si prospettino esser state rese indifferenti grazie a cospicui investimenti tecnologici alla mancanza di precipitazioni (ma non - tranne che a Dubai, evidentemente - all'assenza della giusta temperatura). In tal caso, per quanto l'obbligazione di innevare assunta dal gestore possa essere subordinata pattizamente al positivo esito di una valutazione tecnica insindacabilmente riservata allo stesso gestore, che tenga conto non solo del fattore temperatura, ma di un insieme complesso di positivi fattori meteorologici, non v'è chi non veda come finirebbe per integrare un inadempimento il comportamento del gestore che a fine stagione, constatato l'ormai scarso afflusso di utenti, decida di risparmiare sui notevolissimi costi dell'innevamento artificiale tradendo le aspettative coltivate dai pochi utenti presenti ai tornelli.

(236) Pagine stimolanti per approfondire il punto sono in M. G. Cubeddu, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 184 ss. e 293 ss.

(237) Per un primo approccio ad una letteratura fattasi assai vasta, D. Scott, G. McBoyle, *Climate Change Adaptation in the Ski Industry*, in *12 Mitigation and Adaptation Strategies for Global Change* 1411 ss. (2007).

ca) alea normale del contratto in questione, e comunque tale da ridurre in modo notevole, statistiche meteorologiche alla mano, il valore economico delle prestazioni promesse con lo stagionale. Anche in questo caso uno scenario ideale vedrebbe all'opera un gestore impegnato ad allestire la propria offerta contrattuale sulla base di una valutazione economica complessiva che, nell'assumere a proprio parametro di riferimento i valori di mercato segnalati dell'offerta della concorrenza operante in comprensori simili (considerati però al riparo dal rischio di soffrire di temperature insufficienti grazie alla loro maggiore altitudine), sappia prospettare al consumatore l'offerta di un corrispettivo capace di scontare adeguatamente il valore negativo associato alla stima dell'evenienza temuta (una stagione invernale particolarmente breve o caratterizzata da neve insufficiente o di qualità non ideale). Si tratta in ogni caso di un rischio contrattuale che non dovrebbe essere fatto gravare unilateralmente sull'utente con l'apposizione di clausole tese a paralizzare l'operare del rimedio sinallagmatico di cui all'art. 1464 c.c., non foss'altro che per l'impossibilità di escludere che in una previsione siffatta, con riferimento al caso concreto, sia dato scorgere i tratti della vessatorietà, per quanto sia noto come questo tipo di clausola non risulti essere espressamente menzionata nella blacklist di cui all'art. 34 cod. cons. Meglio allora affrontare il problema in sede di predisposizione del contratto, dividendo l'operatività di meccanismi convenzionali finalizzati al riequilibrio del sinallagma al ricorrere di circostanze predefinite nella predisposizione dell'offerta contrattuale.

Privacy dell'utente delle aree sciabili e nuove tecnologie: accorgimenti e bilanciamenti

Far leva sulla tecnologia per guardare al futuro e gestire in modo innovativo una relazione contrattuale come quella che stiamo lumeggiando, al fine dichiarato di promuovere un decisivo miglioramento della sicurezza delle aree sciabili intese quali luoghi ove l'anonimato può impedire di reprimere comportamenti illeciti a scapito del valore che si intende portare in esponente sulla scia di una precisa *mission* legislativa scandita a presidio della sicurezza (art. 1, l. n. 363/2003), implica essere consapevoli dei rischi che l'adozione della tecnologia può proiettare sotto altri profili. Così è per la tutela dei dati personali degli utenti delle aree sciabili, esposti al rischio di essere intercettati mediante un impiego malevolo o distorto della tecnologia che pur s'intende adottare in

ragione delle sue virtù (238). Le preoccupazioni che il Garante nutre per la tecnologia RFID (*Radio Frequency Identification*) risalgono già a qualche anno fa (239), quando di fronte al diffondersi della nuova tecnologia che ha permesso di cominciare a riflettere sull'"internet degli oggetti" nei più disparati settori commerciali (240), ci si affrettò a richiamare i titolari di trattamenti che ne implicassero l'impiego al rigoroso rispetto di alcuni principi di cautela e di accorgimenti pratici, fra cui l'obbligo di segnalare nell'informativa rivolta all'interessato i peculiari rischi legati alla scelta di acconsentire ad un trattamento svolto con l'ausilio di questa tecnologia (241).

Il trascorrere del tempo ha reso evidente che le aree sciabili avrebbero fatto a gara per dotarsi di una tecnologia suscettibile di semplificare grandemente la gestione degli accessi ai tornelli degli impianti di risalita, mentre si profilava l'ipotesi che i gestori delle aree sciabili, ai sensi dell'art. 37, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 196/2003, dovessero notificare al Garante un trattamento di dati suscettibile di indicare la posizione geografica di persone mediante una rete di comunicazione elettronica. L'eventualità è stata esclusa dallo stesso Garante a seguito di controlli ispettivi sul campo, che hanno permesso di verificare come la tecnologia RFID impiegata si limitasse (almeno per il momento) ad attivarsi nei pressi dei tornelli, così escludendo la costante o prevalente geolocalizzazione dell'utente durante l'intero periodo della sua permanenza sulle piste, circostanza che

Note:

(238) Una tecnologia che trova impiego sempre più diffuso nelle zone critiche della aree sciabili, anche perché fornisce un valido ausilio alla carenza di elementi probatori atti ad identificare le condotte e gli eventi che in quei luoghi minacciano l'esplicitarsi del concetto di sicurezza (si vedano sul punto le preziose considerazioni di G. Adilardi, *La prova nella responsabilità sciistica*, in Izzo, Pascuzzi, *La responsabilità sciistica*, cit., 43, 77) è quella della videosorveglianza, su cui oltre al Dossier riassuntivo del Garante per la protezione dei dati personali del 14 settembre 2010, le prescrizioni e gli accorgimenti imposti ai titolari dalla stessa autorità con provvedimento 8 aprile 2010, in rete «<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=171268>».

(239) Si veda la consultazione pubblica indetta con provvedimento del 31 dicembre 2004 dal Garante, *La protezione dei dati nell'ambito di quattro temi di attualità: gestione delle carte di "fedeltà", tv satellitare e interattiva, tecniche RFID e videotelefonini*.

(240) Per una buona sintesi dei temi sul tappeto, D. Slettemeås, *RFID—the "Next Step" in Consumer-Product Relations or Orwellian Nightmare? Challenges for Research and Policy*, in *32 Journal of Consumer Policy* 219 (2009).

(241) Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento 9 marzo 2005, con particolare riferimento all'obbligo di indicare nell'informativa «la presenza di etichette *RFID* e specificare che, attraverso i sistemi connessi, è possibile raccogliere dati personali senza che gli interessati si attivino al riguardo».

avrebbe reso necessario ottemperare all'obbligo di notificazione preventiva (242).

Non è stata però esclusa dal Garante in sede di accertamento d'infrazione la circostanza che alcuni fra i principali gestori di comprensori sciistici italiani non avessero ottemperato all'obbligo di informare dell'adozione della tecnologia gli utenti interessati, come attesta una raffica di ordinanze ingiunzione per violazione dell'obbligo di corretta informativa notificate loro dallo stesso Garante ai sensi del potenziato art. 161 cod. priv., oggi veicolo di sanzioni pecuniarie amministrative decisamente più minacciose rispetto al passato (243). Si tratta di uno scenario che vale a costituirsi in deterrente per i gestori che intendano adottare questo tipo di innovazioni tecnologiche senza preoccuparsi di accompagnarne l'implementazione, in una logica di processo, con una riconsiderazione del loro ruolo di predisponenti di un offerta contrattuale che non può più essere affidata a vecchi tabelloni recanti regolamenti di servizio il cui testo sia giunto fino a noi dagli anni settanta senza conoscere sostanziali modifiche.

Il futuro, peraltro, annuncia la possibilità di georiferire (non in tempo reale e con automatismi tecnologici, ma a seguito di inserimento dei dati da parte delle forze dell'ordine o degli addetti alla pista ausiliari del gestore) le informazioni relative agli incidenti sulle piste attraverso sistemi informatici basati su tecnologia WEB/mobile atti a costituire una raccolta sistematica degli episodi che sollecitano interventi in pista da parte degli addetti alla pista o delle forze dell'ordine, con la possibilità di impiegare il dato così strutturato per la duplice finalità di migliorare la tutela in giudizio dei diritti degli sciatori e di consentire ai gestori di ottimizzare l'allestimento delle piste, ricavando dati aggiornati sulla presenza di punti di maggiore criticità nei tracciati, con l'ulteriore possibilità di incrociare tali dati sia con precise rilevazioni meteorologiche e ambientali relative ai luoghi in questione, sia con dati attinenti al numero degli sciatori rilevati in pista in quello stesso momento, per poi poter restituire agli utenti stessi una rielaborazione ragionata di questo insieme di dati nella forma di un pacchetto di informazioni precauzionali (ovviamente prive di dati personali) suscettibile d'essere consultato tramite apps dai dispositivi mobili di quanti frequentano le aree sciabili (244), sì da orientarne le scelte e aumentarne il livello di consapevolezza rispetto ai rischi sottesi alla propria sciata (245).

La dimensione precauzionale degli obblighi delle parti e la prova dell'inadempimento

Dopo un lungo, ma necessario cammino nelle retro-

vie del problema, eccoci giunti sulla linea di fuoco che attende l'interprete impegnato a decifrare i possibili contenuti negoziali del contratto per la fruizione delle aree sciabili. Il rischio, che anche in questo frangente incombe sulla riflessione, è rappresentato dalla tentazione di adottare supersemplificazioni spicce dei problemi sottesi alla verifica dell'inadempimento di questo contratto atipico, mutuando schemi di pensiero (all'occorrenza celati in veri e propri esempi di precomprensione motivazionale (246)) che, di fronte alle allegazioni di un creditore deluso da una prestazione contrattuale inesatta messa in relazione al danno occorso a seguito di caduta sulle piste, siano pronti ad indicare strade che consentano a quella allegazione di pervenire alla con-

Note:

(242) Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2010*, Roma, 2011, 123.

(243) Ad esser stati attinti nella primavera 2011 dei provvedimenti del Garante pubblicati sul sito web dell'autorità sono stati alcuni fra i più noti comprensori sciistici alpini, fra cui Skiarea Valchiavenna, Dolomiti Superski, Santa Caterina Impianti e Sestriere.

(244) Possibilità che valorizzerebbe sul piano contrattuale il precepto normativo che fa obbligo ai gestori di fornire «annualmente all'ente regionale competente in materia l'elenco analitico degli infortuni verificatisi sulle piste da sci, indicando, ove possibile, anche la dinamica degli incidenti stessi» (art. 3, comma 2, l. n. 362/2003).

(245) Si annunciano sperimentazioni in tal senso, contemplando collaborazioni fra organi di pubblica sicurezza, gestori e istituti di ricerca nel campo delle tecnologie informatiche, nella consapevolezza di dover accompagnare la sperimentazione con l'adozione degli accorgimenti necessari a garantire, ove tali sperimentazioni assumano veste realmente applicativa, il rispetto del principio di necessità di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 196/2003, per esempio procedendo, se il caso lo richieda, ad istituire una sistematica separazione logica dei dati riferiti agli eventi da quelli relativi all'identità dell'interessato, si veda, per la notizia di una sperimentazione in tal senso, la conferenza stampa del Progetto SicurSkiWeb, Polizia di Stato e Fondazione Bruno Kessler, Trento, dicembre 2011.

(246) Paradigmatico il caso di Trib. Napoli 25 gennaio 2011, cit., il cui sillogismo motivazionale così costruisce la condanna di un gestore per il danno occorso ad uno sciatore travolto da uno snowboardista proveniente da monte: «[D]alle testimonianze raccolte si desume che il giorno dell'incidente, accertato dai C.C. di (...) la pista era utilizzata promiscuamente sia da sciatori sia da utilizzatori dello snowboard. Premesso che, ex art. 47 L. Reg. cit. [si è in Abruzzo], le aree riservate alla pratica dello snowboard [in realtà la legge dice più precisamente: «le aree riservate alla pratica di evoluzioni acrobatiche con lo sci e lo snowboard, n.d.a.] devono essere delimitate, recintate, segnalate e gestite secondo le disposizioni della legge, con ordinanza del 28 maggio 2008 veniva onerata la convenuta a depositare la concessione relativa alla pista (...) al fine di poter controllate a qual pratiche essa era riservata e secondo quali norme doveva essere gestita. Parte convenuta non ha assolto a tale onere con la conseguenza che - premesso il possibile concorso tra responsabilità contrattuale di un soggetto ed extracontrattuale di terza persona - va ritenuta responsabile dei danni subiti dalla parte attrice a titolo contrattuale».

danna del debitore senza colpo ferire. Diamo però ordine a questo segmento finale della nostra riflessione.

Il campionario delle situazioni obbligatorie che la l. n. 363/2003, come integrata dalle tredici normative che su base regionale o provinciale ne hanno fin qui completato in vario modo i precetti (247), ha voluto cucire addosso ai soggetti che assumono la veste di parti nel contratto per la fruizione delle aree sciabili è vasto e articolato. La figura del gestore è oggetto di una dichiarazione programmatica che ne ribadisce, con lessico consapevolmente e tecnicamente neutrale, l'assoggettamento alla responsabilità civile per i danni che un difetto di regolarità o sicurezza nell'esercizio [ma si sarebbe detto meglio: nella gestione] delle piste può determinare agli utenti e ai "terzi" (l'uso del termine conforta l'idea che nel dividere la norma il legislatore abbia presupposto l'esistenza di un "utente" posto in relazione contrattuale con il gestore, per distinguerlo dalla massa indistinta dei terzi danneggiati, ovvero di quanti, senza assumere la qualifica di utenti, sono suscettibili di essere lesi in via indiretta dall'evento dannoso subito dall'utente, come i familiari o i datori di lavoro di quest'ultimo) (248). Chi però tentasse di farsi forte di questa dichiarazione per invocare la sottoposizione del gestore a formule di responsabilità civile (contrattuale e non) cesellate per dar voce a una malintesa garanzia semiassoluta di sicurezza e regolarità delle piste dovuta da quest'ultimo, quasi l'incolumità sulle piste fosse un risultato garantito *ope legis* all'utente, sarebbe però (visto il tema) fuori pista (249). Il senso di questo dispositivo legislativo non è quello di precludere ad un'oggettivizzazione della responsabilità civile del gestore. Bensì di scandire un assioma funzionale ad un postulato successivo, che identifica poi la vera parte precettiva di una norma che nel suo complesso pare quindi concepita per verbalizzare l'assoggettamento del gestore all'obbligo assicurativo, al cui assolvimento è subordinata la possibilità di avviare l'attività (250). Il rischio da dedurre nella polizza di quella che così diventa l'ennesima ipotesi di copertura assicurativa obbligatoria prescritta *à la française* nel nostro ordinamento, è quello legato alla verifica di quanto, con formula tenuta assieme da una sequenza di arditi esercizi di ortopedia sintattico-grammaticale, la legge definisce i «danni derivabili [sic] agli utenti e ai terzi per fatti derivanti [sic] da responsabilità del gestore in relazione [sic] all'uso di dette aree».

À *coté* dell'obbligo assicurativo - che quando s'è materializzato (almeno alle nostre latitudini) non ha mai tardato a dimostrare che i suoi noti benefici si

producono accettando di gestire nuovi rischi (251) - la l. n. 363/2003 proietta sul gestore un obbligo di protezione assai chiaro (art. 3). Il quale, coerentemente con la già evidenziata impostazione contrattuale propria dalla legge, non è (e non potrebbe essere) posto a vantaggio di chiunque (utenti e terzi), ma - rammenta la legge - dei soli utenti, ovvero di quanti, entrando in una relazione contrattuale col gestore, acquistano il diritto di solcare le piste (252). La protezione assicurata da quest'obbligo è però attentamente circostanziata. Non si tratta di una sorta

Note:

(247) Nel rinviare il lettore ad una banca dati normativa aggiornata per individuare i testi vigenti, si tratta, in un giro d'Italia mutuato dalle previsioni del tempo, di Val d'Aosta, Piemonte, Lombardia, Trentino, Alto Adige, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Marche, Toscana, Lazio, Abruzzo e Molise.

(248) Art. 4, comma 1, l. n. 363/2003.

(249) La sicurezza, lo abbiamo detto più volte in questo studio, è un concetto che in sé considerato appare circolare e non definitorio, che però si presta ottimamente ad impieghi declamatori (infatti essa è un fine e non un mezzo). A legger bene l'articolato della legge 363 il concetto appare vestirsi di una qualche utilità sul piano contenutistico solo quando è richiamato finalisticamente in collegamento ad un mezzo precauzionale meglio specificato dall'enunciato normativo che segue o precede l'impiego del termine "sicurezza".

(250) Analizzare a fondo i problemi posti dalla messa in opera di quest'obbligo assicurativo, così come riflettere sugli ancor più problematici scenari dischiusi da alcune legislazioni regionali ove, seguendo impostazioni assai diverse, si è tentato di guardare al fondamentale problema dell'assicurazione sulle aree sciabili nella prospettiva dell'utente, imporrebbe di non osservare i limiti di spazio concessi a questa riflessione, per cui se ne parlerà in modo appropriato altrove. Qui basti ricordare che la legge provinciale del Trentino (L.P. 21 aprile 1987, n. 7, artt. da 40.1-bis a 40.1-quinquies, come introdotti dalla L.P. 14 dicembre 2005, n. 18) fa obbligo al gestore «di mettere a disposizione degli utenti, all'atto dell'acquisto del titolo di transito, una polizza assicurativa per la responsabilità civile per danni provocati alle persone o a cose; resta in ogni caso escluso ogni obbligo in capo al titolare di stipulare direttamente tale polizza per conto degli utenti». Mentre in Piemonte, la L.R. 26 gennaio 2009, n. 2, art. 18, comma 3, lett. i), nel ribadire l'obbligo assicurativo già gravante sul gestore legge in base alla legge nazionale soggiunge: «l'utilizzo delle piste è altresì subordinato alla stipula di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile da parte dell'utente per danni o infortuni che questi può causare a terzi, ivi compreso il gestore», obbligo la cui violazione da parte dell'utente viene assoggettata al pagamento di una sanzione amministrativa fino a 250 euro (art. 35, comma 1, lett. d).

(251) Una professione di fede nel cambiamento della natura umana può indurre a sperare che negli anni a venire la l. n. 363/2003 non propizi articoli come quello - attualissimo quarant'anni dopo - di R. Molino, *Brevi note a margine della nuova legge sull'assicurazione obbligatoria della R.C.A. in relazione ai tentativi di truffa* (L. 24 dicembre 1969, n. 990), in *Dir. prat. ass.*, 1971, 522 ss. L'opposta propensione al pessimismo è invece solo parzialmente lenita dal riconoscere che il legislatore del 2003 non si è spinto a dividere l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del gestore.

(252) Si tratta del primo periodo del primo comma dell'art. 3 della l. n. 363/2003.

di inutile doppione dell'art. 2043 c.c. messo a vigilare sulla neve, ma di un obbligo precauzionale che, nell'aver come target solo «gli ostacoli presenti lungo le piste» (253), tipizza due modi precisi attraverso i quali esso chiede d'essere implementato da chi lo deve assolvere. Il primo è strutturale e durevole. «Mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli [ostacoli]» (254), significa per il gestore installare difese passive atte a ridurre il potenziale di danno espresso dal rischio a cui l'utente, che sugli sci acquista energia cinetica grazie alla forza di gravità, si espone, ove, non riuscendo a controllare questa energia per qualsiasi ragione, impatti gli ostacoli presenti lungo le piste. Il secondo è cognitivo e cangiante. Si tratta, più banalmente, di essere tempestivi, veicolando informazioni precauzionali, segnalando per tempo le situazioni di pericolo a cui l'utente può andare incontro durante la sciata, ovvero agendo in altro modo per eliminare una situazione di pericolo contingente venutasi a creare sulle piste. Questa dicotomia fra precauzioni durevoli e precauzioni cangianti attraversa tutto il sistema protettivo che il gestore si obbliga ad adottare a tutela dell'utente, ed è utile notarlo per memorizzare e richiamare alla mente la classificazione, quando si tratterà di definire i meccanismi dell'accertamento probatorio connesso alla valutazione in concreto delle ipotesi di responsabilità in gioco nel contenzioso fra gestore ed utente.

Procedendo in tal senso, è durevole provvedere alla messa in sicurezza delle piste secondo quanto tecnicamente stabilito dalle regioni (255). È tale individuare aree riservate alla specifica fruizione di un dato sport della neve (operazione che il legislatore rende obbligatoria però solo per le piste da slittino) (256). Sono durevoli le adeguate protezioni predisposte ai sensi del quarto e quinto comma dell'art. 2 della legge. Lo sono pure le misure descritte dall'art. 5, comma 3, e dagli artt. 6 e 7. Attiene sicuramente ad una precauzione durevole l'allestimento di una struttura organizzativa che curi il soccorso e il trasporto in tempi ragionevoli degli infortunati lungo le piste (art. 3, comma 2). Così come è durevole la predisposizione e la concreta implementazione di un piano per l'ordinaria e straordinaria manutenzione delle piste, in base ad un programma gestionale e documentale di queste attività non diverso da quelli che in tanti altri settori (penso alle precauzioni routinariamente portate in esponente dalle procedure di HACCP nel diritto alimentare o dai modelli comportamentali della 231/2001) fanno ormai stabilmente parte della vita d'impresa. Oltre alla già vista precauzione di tipo cognitivo, è invece certa-

mente una precauzione di tipo cangiante rimuovere pericoli oggettivi dipendenti dallo stato del fondo della pista o da altri pericoli atipici, tant'è che al ricorrere di circostanze contingenti la precauzione può modificarsi fino ad implicare l'obbligo di chiudere a monte la pista ritenuta pericolosa, sfidando in caso contrario la comminazione in sede amministrativa di una sanzione pecuniaria assai severa (art. 7, comma 2, secondo periodo, nonché art. 7, comma 4). Ed è parimenti cangiante l'attività precauzionale che il gestore esplica nell'aggiornare col miglior grado di efficacia possibile il flusso informativo teso a mettere lo sciatore in condizione di conoscere in anticipo i pericoli e le anomalie presenti in pista (art. 7, comma 2, secondo periodo).

Terminata la ricognizione sulle situazioni obbligatorie riguardanti la figura del gestore, si può completare questa disamina del sostrato legislativo aperto all'interazione con i contenuti negoziali del contratto per la fruizione delle aree sciabili ponendo sotto i riflettori la controparte del gestore, per ricordare in modo molto più sintetico come il legislatore abbia voluto destinare all'utente dell'area sciabile un vero e proprio *corpus* di obblighi e doveri di comportamento, scandito dalle norme raccolte nel capo III della l. n. 363/2003 e integrato a livello nazionale dall'*endorsement* ministeriale del 2005 che ha riguardato le norme enunciate dalla comunità internazionale degli sciatori nel c.d. Decalogo dello sciatore, senza peraltro dimenticare che il tema è diffusamente ripreso e integrato in tutte le normative locali (257).

Qui, prescindendo da alcune rigidità mutuate dall'esperienza stradale in tema di precedenza agli incroci, vale solo la pena di osservare come nel loro complesso queste norme sul piano precauzionale mostrino di ispirarsi al buon senso, con alcune spe-

Note:

(253) Art. 3, comma 1, secondo periodo, l. n. 363/2003.

(254) *Ibid.*

(255) Lo prevede il primo periodo del primo comma dell'art. 3, l. n. 363/2003.

(256) Art. 2, comma 2, l. n. 363/2003. Rispetto a questa precauzione ognuno vede come il registro omissivo della causalità che la potrebbe connettere al danno lamentato in giudizio dall'utente venga in gioco sotto il classico profilo dello scopo della norma violata, nella misura in cui è agevole avvedersi come la norma sia stata posta allo scopo precipuo di evitare che slittanti e sciatori entrino in collisione a cagione della diversità di tecniche e caratteristiche proprie di questi modi radicalmente differenti di muoversi sulla neve.

(257) Su tutto ciò, ampiamente, E. Ballardini, *La legge n. 363/2003 in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali*, in Izzo, Pascuzzi, *La responsabilità sciistica*, cit., 3, 19 ss.

cificazioni che però assumono un significato particolare per chi è chiamato ad analizzare i fatti posti a fondamento del danno, in quanto tipizzano l'aspettativa legislativa che l'utente impronti la sua condotta ad una cautela estrema al ricorrere di un ventaglio di scenari fattuali molto ben individuati (258), la cui ricorrenza nella eziologia dei sinistri sciistici è effettivamente notevole sul piano statistico, sol che si esamini retrospettivamente il contenzioso vagliato in materia dalle corti di merito (259). L'autonomia negoziale può rapportarsi a questo variegato campionario di obblighi e regole di cautela normative sia per - e non potrebbe essere altrimenti (non foss'altro che per mere finalità informativo-educative) - recepirne espressamente i numerosi contenuti, che per integrarne i presupposti e il loro modo di esplicare gli effetti nell'ambito di una relazionalità necessaria, che poi è quella che permette alle parti del contratto di garantire insieme e congiuntamente il grado ottimale di sicurezza in pista (260).

Una direttiva assai interessante in tal senso non si ottiene enunciando una o più precauzioni aggiuntive da dedurre contrattualmente in obbligazione a vantaggio di questa o quella parte del contratto (in un panorama che, come s'è visto, già la legge s'incarica di rendere particolarmente ricco di specificazioni di cautela), bensì valorizzando esplicitamente l'interdipendenza che gli obblighi precauzionali delle parti assumono quando si tratti di valutarne l'osservanza in uno scenario in cui il verificarsi del danno impone di accertare per quali ragioni la sicurezza sulla pista è venuta meno. Si orienterebbe su questo registro la previsione contrattuale che - per esempio - compendiasse l'obbligo del gestore di «rimuovere eventuali situazioni presenti sulle piste tali da costituire un pericolo oggettivo e atipico per l'utente che osservi i propri obblighi di comportamento all'interno delle aree sciabili». Sotto altro profilo, il modo interdipendente di «costruire» la precauzione sulle piste da sci (laddove il gestore informa e l'utente è chiamato ad agire in coerenza con quella informazione) troverebbe respiro in una previsione contrattuale che, descrivendo una delle definizioni chiave di un regolamento contrattuale ispirato a buone pratiche di *drafting*, valorizzasse la nozione (che può forse ricevere declinazioni migliori, ma che così sembra esprimere in modo sufficientemente chiaro il concetto ad essa sottostante) di «vademezum dell'utente», ovvero «il complesso delle informazioni che il gestore è tenuto a mettere a disposizione dell'utente per consentirgli di sciare in sicurezza, rendendole conoscibili a quest'ultimo con i mezzi più idonei pri-

ma e durante la fruizione dell'area sciabile». Si tratta di una definizione utile a riassumere in sé tutti i numerosi obblighi di informazione dovuti dal gestore all'utente sia nella fase precontrattuale, che durante l'esecuzione del contratto (261), per identificare il senso di una base informativa aggiornata in tempo reale, atta ad essere rappresentata unitariamente all'utente sfruttando, oltre i classici cartelli o tabelloni, anche le grandi potenzialità di *information delivery* dischiuse dalla tecnologia (262). Questi ragionamenti confortano l'idea, espressa nella parte iniziale di questo saggio, che, se presa sul serio, la regolamentazione pattizia favorita dal contratto possa avere un ruolo importante nel favorire la circolazione delle informazioni precauzionali fra le parti, assecondando per questa via anche la funzione latamente educativa che il gestore può assolvere a beneficio dell'utente. Si tratta in entrambi i casi di funzionalità del contratto partecipi dell'obiettivo di innalzare una soglia di sicurezza che non può essere definita rigidamente *ex ante*, ma che ciascun singolo sciatore deve saper individualmente assecondare in pista, osservando un comportamento che gli permetta di raggiungere il risultato senza soffocare quel gradiente di libertà - diverso da individuo ad individuo, ma sempre associato all'idea della propria responsabilità - che è necessario preservare per far sì che l'esperienza dello sci resti fedele alle premesse che la rendono appetita in quanto attività di svago (263).

Note:

(258) Art. 9, comma 2, l. n. 363/2003.

(259) Izzo, Ferrari, *La responsabilità sciistica*, cit.

(260) Su questo fondamentale profilo mi sono intrattenuto a lungo avviando questo studio, verificando perché questa relazionalità va esaltata se si intendono mantenere in vita i delicati equilibri che reggono la trama degli interessi a cui quanti animano il mercato delle aree sciabili cercano di dare soddisfazione, Izzo, *Analisi economico-comportamentale della responsabilità sciistica*, cit., 556-60.

(261) La corretta *disclosure* di piste chiuse o di piste in condizioni tali da poter essere percorse solo da sciatori provetti può essere decisiva già nel momento in cui si decide se acquistare il titolo per la fruizione delle aree sciabili, e continua ad esserlo ancor più durante la giornata di sci, quando si decide quale impianto di risalita usare per orientare l'itinerario sciistico da compiersi.

(262) Maschere dotate di GPS, con un visore interno capace di visualizzare preziose informazioni elaborate in tempo reale per orientare le evoluzioni del tecnosciatore, e tali da rendere obsoleti gli esercizi di fantasia che solo qualche lustro fa facevano trionfare sugli schermi un essere fantascientifico poi chiamato a governare la California, sono ormai una realtà commerciale, *Mi ricordo montagne tecno*, in *Wired*, gennaio 2012, 123.

(263) La validità di questa osservazione è indirettamente confermata dal fatto che da qualche anno chi scruta i desiderata e i *patterns* di consumo dei turisti sulla neve è concorde nel rilevare come la diffusione del fenomeno dello sci fuori pista e dello scial-
(segue)

Venendo alla *bottom line* del nostro discorso, ovvero alla messa in opera della responsabilità civile del gestore di aree sciabili attraverso il contratto, è inevitabile richiamare alla mente buona parte delle osservazioni che hanno indotto a mettere a nudo le aporie con le quali ampie porzioni della dottrina e della giurisprudenza fanno i conti quando tentano di conciliare l'art. 1227 c.c. con la scelta di issare la responsabilità del custode sulla piattaforma teorica della c.d. "responsabilità oggettiva" (264).

Nel contratto però queste aporie possono ridursi molto, fin quasi a scomparire, poiché la grammatica concettuale della risoluzione per inadempimento, col suo maggiore livello di articolazione, può evitare il prodursi delle conseguenze lumeggiate con riferimento all'art. 2051 c.c., permettendo una *mise en place* argomentativa di soluzioni decisorie più in sintonia con le problematiche peculiari che la responsabilità civile pone nel contesto sciistico. Vediamo come.

La sicurezza dell'utente delle aree sciabili, vero feticcio pubblicistico della l. n. 363, in una configurazione privatistica non corrisponde alla principale obbligazione contrattuale del gestore, il cui adempimento guarda in prima battuta al trasporto a monte del creditore e alla predisposizione di un certo numero di piste che ne consentano la discesa a valle. Immanente a queste prestazioni è però la sicurezza dell'utente, intesa quale risultato dei tanti *facere* precauzionali relazionalmente dovuti dal gestore per evitare che il creditore dell'obbligazione subisca un danno. Per far sì che sotto questo profilo l'attuazione del programma obbligatorio non sia frustrata è essenziale che l'utente cooperi con l'adempimento contrattualmente imposto al gestore. Anche la misura della diligenza che segna il limite dell'adempimento richiesto al gestore si determina in base al livello di cooperazione che è lecito attendersi dall'utente, perimetrato dall'osservanza di doveri di condotta che la legge e il contratto impongono al creditore dell'obbligazione del gestore. In uno scacchiere segnato dalla impossibilità di fare a meno della cooperazione delle parti all'adempimento, i fatti che ricadono nella sfera di controllo del creditore, siano, o non, dovuti a propria colpa (si pensi a un malore improvviso che colpisca senza lasciar segni uno sciatore in fase di discesa, determinandone l'incapacità di controllare la postura o anche solo l'incapacità di superare un ostacolo tipico altrimenti superabile) escludono l'inadempimento del debitore. Per converso, è ovvio che tutti i fatti, anche incolpevoli, posti nella sfera di programmazione, organizzazione e controllo del gestore, che hanno oggettivamente

impedito la messa in opera di mezzi, materiali e risorse umane diretti a garantire la fruizione in sicurezza delle aree sciabili non paralizzano l'inadempimento eventualmente invocato dal creditore dell'obbligazione di sicurezza.

A questo punto, per portarci oltre lo scenario nel quale l'inadempimento mostra una maschera ricca di certezze, e mettere le mani con qualche costrutto sul modo in cui si giunge a distribuire fra le parti il compito di provare i fatti e le circostanze rivelatrici dell'inadempimento, con una ripartizione delle conseguenze dell'incertezza probatoria tanto sensibile all'esigenza di ridurre il rischio di errore nell'accertamento giudiziale dei fatti quanto poco interessata all'interpretazione di astratte geometrie concettuali (265), può tornare utile rievocare l'analisi svolta qualche rigo fa analizzando le situazioni obbligatorie che la l. n. 363 proietta sulle parti del contratto. La distinzione fra precauzioni durevoli e cangianti mette in luce la diversa attitudine probatoria associabile a prestazioni che per il resto possono sembrare appartenere ad un pacchetto indistinto funzionale all'erogazione continuativa di un servizio unitario da parte del gestore.

Sotto questo profilo può osservarsi che per le precauzioni durevoli è di solito concessa la possibilità di identificare uno standard di riferimento probatorio avente una consistenza oggettiva, che, come tale, può preludere a una valutazione ove appare possibile addossare al debitore l'onere di produrre i dati necessari ad escludere l'inadempimento imputabile, esponendolo al rischio di soccombenza ove le informazioni prodotte non bastino ad escludere l'esigibilità della precauzione e dunque l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile. Per

Note:

(continua nota 263)

pinismo stia conoscendo un vero e proprio exploit sulle nostre montagne (ANSA, *Boom dello scialpinismo e delle racchette da neve in Alto Adige*, 7 dicembre 2011). È un fatto che ciò accada proprio in concomitanza con la decisione maturata a livello nazionale di darsi una legislazione particolarmente organica e (come abbiamo visto) stringente volta a regolare la sicurezza delle piste. È solo un sospetto, ma non è precluso ipotizzare che, al crescere della sicurezza, corrisponda nell'immaginario del consumatore del prodotto di svago che in tal modo tende a diventare più sicuro e controllato, la voglia di sottrarsi al sistema di regole e convenzioni, per tornare a fruire di quel gradiente di libertà che alla fine identifica un fattore assai rilevante, se non decisivo, per orientare il consumatore a scegliere di consumare questo particolare tipo di prodotto.

(264) Fra cui il problema di innescare una poco desiderabile ipertrofia funzionale della causalità, Izzo, *Aree sciabili e responsabilità extracontrattuale*, cit., 782-86.

(265) Illuminanti sotto questo profilo le considerazioni di Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 195.

esempio, l'allestimento di una rete di contenimento tale da impedire che l'utente uscito di pista precipiti in un dirupo è una precauzione la cui esigibilità può e deve essere apprezzata con riferimento ad una generalità di casi, che guarda oltre il pur terribile incidente occorso nella circostanza che propizia la valutazione. Escludere che quel tipo di protezione sia esigibile nel singolo caso su cui si è chiamati a giudicare significa pervenire ad un giudizio ove, sulla base di un quadro di informazioni che il gestore ha l'onere di produrre in giudizio, assieme alla prova della condotta colposa eventualmente osservata dal singolo creditore della prestazione danneggiatosi, si riesce ad escludere l'esigibilità della precauzione avendo riguardo alla generalità dei creditori della prestazione. Oggetto di prova sono quindi informazioni gravitanti nella sfera di attività del debitore (266).

Diverso il contesto dischiuso dalle precauzioni cangianti, le quali hanno modo di assumere verificabilità probatoria solo in quanto il giudizio sulla loro esigibilità derivi da una ricostruzione unitaria di elementi informativi, che, muovendo dalla prova del danno subito, passino per la prova della riconducibilità causale di questo danno a una difformità o a un difetto della prestazione dovuta dal gestore, in un processo di logica evidenziale che - per quanto debba essere opportunamente rimesso all'impegno processuale del creditore della prestazione - può nondimeno essere confortato da ragionamenti presuntivi che il giudicante ha la possibilità di inferire dai fatti accertati che la dinamica del sinistro rivela. Ribaltare l'onere probatorio sul debitore della prestazione significherebbe in questo caso imporre a costui di predisporre la prova di una serie indefinita di proposizioni probatorie attive, miranti a dimostrare il mantenimento di un livello di attività precauzionale attuato per così dire in "generale" e non con riferimento alle specifiche circostanze fattuali che hanno propiziato il danno subito dall'utente, circostanze che al gestore, debitore convenuto, solo molto difficilmente sarebbero note.

In chiusura. Onerato in linea di principio della (sola) prova del suo diritto di credito, l'utente, creditore insoddisfatto e attore in risoluzione per il risarcimento del danno, nel lamentare l'inesatto adempimento della controparte, può certamente limitarsi ad allegare in modo specifico e circostanziato le difformità che contesta ove le prestazioni ritenute esigibili dal suo debitore attengano a precauzioni durevoli. Quando però la difformità attiene a una prestazione dovuta per realizzare (ciò che abbiamo visto essere) precauzioni di tipo cangiante, all'utente va

chiesto di sopportare il rischio connesso all'eventuale incapacità di fugare l'incertezza probatoria persistente a fine istruttoria in merito ai fatti e alle circostanze allegare avviando l'atto di citazione.

Nota:

(266) Per uno scenario fattuale nel quale verificare la concretezza di questo modo di ragionare sull'onere della prova dell'inadempimento nel contratto per la fruizione delle aree sciabili, in una ipotesi di precauzione durevole, Trib. Bolzano, sez. dist. Bressanone, 21 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 3320.

INDICE DEGLI AUTORI

Batà Antonella	
Osservatorio di legittimità	193
Carbone Paolo L.	
Osservatorio di merito	199
Galati Alessandro	
Il diritto al tempo libero non è un diritto inviolabile? ..	166
Gioia Gina	
Osservatorio sulla giustizia amministrativa	196
Izzo Umberto	
Il contratto per la fruizione delle aree sciabili attrezzate (parte terza)	203
Manenti Micol	
Strage di Ustica: ancora sulla responsabilità (non solo omissiva) dei Ministeri preposti alla sicurezza dei cieli	179
Nocco Luca	
Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile <i>revirement</i> della Cassazione	156
Patti Francesco Paolo	
Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico	139
Ponzanelli Giulio	
Nessun risarcimento per la perdita dell'animale di affezione: la conferma del giudice di Catanzaro	190
Spera Damiano	
Tabella milanese e Cassazione	121
Spirito Angelo	
Osservatorio di legittimità	193
Tancredi Guido Maria	
Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico	139

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di cassazione

Civile

27 aprile 2011, n. 9422, sez. III	165
21 luglio 2011, n. 15991, sez. III	149
29 agosto 2011, n. 17685, sez. III	135
6 dicembre 2011, n. 26200, sez. III	193

6 dicembre 2011, n. 26206, sez. III	194
27 dicembre 2011, n. 28835, sez. I	193
Corte d'Appello	
14 dicembre 2011, Firenze, sez. II, ord.	201
Tribunale	
5 maggio 2011, Catanzaro	187
10 settembre 2011, Palermo	171
24 ottobre 2011, Nola, sez. II	199
9 novembre 2011, Catanzaro, sez. II	201
7 dicembre 2011, Prato	199
Consiglio di Stato	
2 dicembre 2011, n. 6369, sez. III	197
10 gennaio 2012, n. 14, sez. IV	196

INDICE ANALITICO

Attività pericolosa

Danno da incidente durante corso di equitazione (<i>Tribunale di Prato 7 dicembre 2011</i>), in <i>Osservatorio di merito</i>	199
---	-----

Danno da contagio

Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico (<i>Cassazione civile, sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685</i>), con commento di <i>Francesco Paolo Patti e Guido Maria Tancredi</i>	135
--	-----

Danno non patrimoniale

Tabella milanese e Cassazione, di <i>Damiano Spera</i> ...	121
Il diritto al tempo libero non è un diritto inviolabile? (<i>Cassazione civile, sez. III, 27 aprile 2011, n. 9422</i>), con commento di <i>Alessandro Galati</i>	165
Nessun risarcimento per la perdita dell'animale di affezione: la conferma del giudice di Catanzaro (<i>Tribunale di Catanzaro, 5 maggio 2011</i>), con commento di <i>Giulio Ponzanelli</i>	187

Nesso di causalità

Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile <i>revirement</i> della Cassazione (<i>Cassazione civile, sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991</i>), con commento di <i>Luca Nocco</i>	149
---	-----

Pubblico impiego

Danno da <i>mobbing</i> (<i>Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 14</i>), in <i>Osservatorio sulla giustizia amministrativa</i>	196
--	-----

Responsabilità civile

Strage di Ustica: ancora sulla responsabilità (non solo omissiva) dei Ministeri preposti alla sicurezza dei cieli (<i>Tribunale di Palermo, 10 settembre 2011</i>), con commento di <i>Micol Manenti</i>	171
Il contratto per la fruizione delle aree sciabili attrezzate (parte terza), di <i>Umberto Izzo</i>	203

Responsabilità dei genitori

Fatto illecito commesso dal minore (*Cassazione civile, sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26200*), in *Osservatorio di legittimità*

193

Responsabilità della banca

Cassette di sicurezza (*Cassazione civile, sez. I, 27 dicembre 2011, n. 28835*), in *Osservatorio di legittimità*

193

Responsabilità del vettore

Danno da ritardo del volo aereo (*Tribunale di Nola, sez. II, 24 ottobre 2011*), in *Osservatorio di merito* ..

199

Risarcimento del danno

Azione proposta contro più danneggianti (*Cassazione civile, sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26206*), in *Osservatorio di legittimità*

194

Omesso esame della domanda risarcitoria da parte del giudice (*Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2011, n. 6369*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*

197

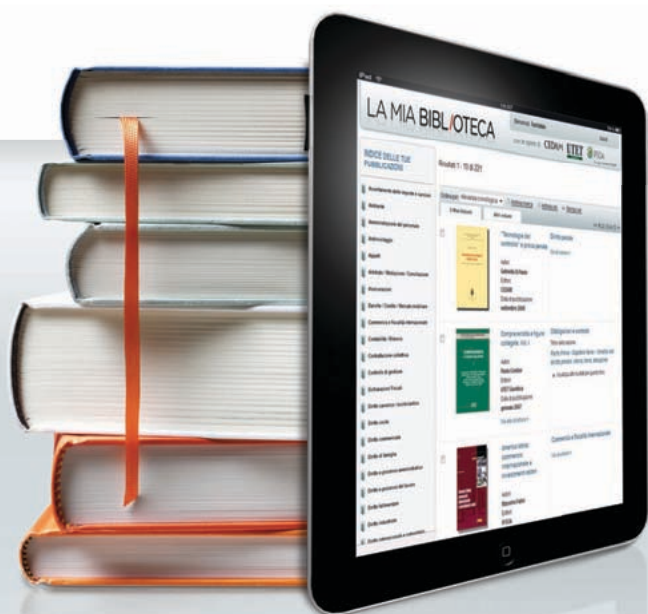
Danno da perdita del rapporto parentale (*Tribunale di Catanzaro, sez. II, 9 novembre 2011*), in *Osservatorio di merito*

201

Strada bloccata dalla neve e *class action* (*Corte d'Appello di Firenze, sez. II, 14 dicembre 2011, ord.*), in *Osservatorio di merito*

201

TROVARE NEI TUOI LIBRI LA SOLUZIONE CHE CERCAVI, DA OGGI È PIÙ SEMPLICE.



Consultabile su PC, iPad e altri tablet.
Scarica subito la App gratuita da AppStore!

LA MIA BIBLIOTECA

LA PRIMA BIBLIOTECA PROFESSIONALE IN THE CLOUD

Spesso possiedi già le informazioni che cerchi. Il punto è ritrovarle in poco tempo, dove e quando ti servono.

Da oggi con **La Mia Biblioteca** puoi cercare e consultare facilmente online migliaia di volumi firmati dai più autorevoli esperti del tuo settore e pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica e IPSOA.

Grazie ad un sistema di ricerca evoluto puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare in un attimo la tua soluzione proprio nel capitolo che cercavi. In più **La Mia Biblioteca** è integrata con le migliori banche dati a cui sei già abbonato, per una ricerca davvero a 360°.

La biblioteca professionale del futuro è già qui. Scoprilà ora.

www.lamiabiblioteca.com

Con le opere di

CEDAM

UTET®
GIURIDICA

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

La nuova collana
curata dai professionisti
per i professionisti del diritto

Diritto sanitario

a cura di Lorenzo Lamberti



Diritto sanitario

Il volume, inserito all'interno della Collana "Itinera - Guide giuridiche", affronta con un approccio **sistematico** e un taglio **assertivo** tutti gli aspetti relativi al Diritto sanitario.

Partendo dal diritto alla salute e dal "sistema Servizio sanitario", il testo offre un'analisi approfondita delle tematiche relative alle prestazioni sanitarie, ai soggetti, al personale.

Un'attenzione particolare è dedicata ai **rapporti di lavoro** (professioni mediche e sanitarie non mediche), alla **responsabilità del medico** (civile, penale, amministrativa, contabile e disciplinare), all'**attività contrattuale** delle aziende ospedaliere e sanitarie, alla **privacy** e al **regime fiscale** delle aziende sanitarie.

Completa il volume l'analisi della **gestione del patrimonio** degli enti sanitari e dello **smaltimento dei rifiuti**.

Arricchiscono l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **appendice** (con atti originali) ed un dettagliato **indice analitico**.

Disponibile anche nella versione **e-book**.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Compili subito il coupon, e lo invii via fax allo **02.82476403**.
Può acquistare anche on line su www.shopwki.it oppure può
contattare l'Agenzia della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie)
o rivolgersi alle migliori librerie della Sua città.

(00110185) Sì, desidero acquistare il volume **Diritto sanitario**, a cura di Lorenzo Lamberti a € 57,00.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente
Partita IVA	C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI

I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.