
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura) - Vittorio CORASANITI (Magistrato) - Francesco ELEFANTE (Magistrato) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Caduta di un pedone sulla pubblica via: responsabilità della p.a. per danni da cose in custodia e riparto dell'onere probatorio.

Brevi note e margine di [Trib. Napoli, sez. 3[^], 9 maggio 2013.](#)

Articolo di **Gianluca CASCELLA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Caratteri e presupposti della responsabilità da cosa in custodia. – 3. In particolare, quando il custode è una p. a. – 4. La decisione in breve. – 5. Il riparto dell'onere probatorio – 6. Il caso fortuito e l'assenza di colpa. – 7. Il concorso di colpa del danneggiato. – 8. Riflessioni conclusive.

Danno da cose in custodia e riparto dell'onere probatorio. Osservazioni a margine di [Trib. Napoli, sez. 3[^], 9 maggio 2013.](#)

1. Premessa. – 2. Caratteri e presupposti della responsabilità da cosa in custodia. – 3. In particolare, quando il custode è una p. a. – 4. La decisione in breve. – 5. Il riparto dell'onere probatorio – 6. Il caso fortuito e l'assenza di colpa. – 7. Il concorso di colpa del danneggiato. – 8. Riflessioni conclusive.

1.Premessa

Occorre innanzitutto ricordare, molto brevemente, che quella prevista dall'art. 2051 c.c. è una delle c.d. *responsabilità speciali*, che il codice civile vigente prevede al Titolo IX, dedicato ai *fatti illeciti*. Ed invero, non va trascurato che gli ulteriori regimi di responsabilità che, nel codice, affiancano l'ipotesi generale prevista dall'art. 2043 c.c., attengono a diversi e specifici settori della vita sociale che, in ragione delle caratteristiche che presentano i soggetti che esso coinvolge, delle relazioni umane intrattenute ed, infine, per l'incidenza sociale arrecata, necessita di una regolamentazione differenziata che sia in grado di adeguarsi il più possibile – al tempo stesso incontrandone le peculiari necessità – alle esigenze proprie della società del nostro tempo, come concordemente si afferma in dottrina¹, nell'ottica di aumentare il livello di tutela del danneggiato. Tale obiettivo viene perseguito dal legislatore – ed è una delle risposte a tal fine elaborate – attraverso un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio gravante a carico del danneggiato, con l'introduzione di due ipotesi di responsabilità speciali: quella oggettiva, e poi quella aggravata, accomunate dall'esonero, in favore del danneggiante, dall'onere di fornire la prova della colpevolezza del danneggiante, residuando in ogni caso a carico del danneggiato, comunque, l'onere di fornire la prova degli elementi oggettivi richiesti dall'art 2043 c.c., ovvero il danno ed in nesso eziologico².

In particolare, nella prima fattispecie il danneggiato è del tutto esonerato dal provare la colpa del danneggiante, in quanto elementi soggettivi quali colpa e dolo sono del tutto estranei alla fattispecie, mentre con riguardo alla seconda ipotesi si verifica una inversione dell'onere della prova, nel senso che sarà il danneggiante, la cui responsabilità è presunta, a dover fornire la prova contraria rispetto alla sua presunta responsabilità³.

Dunque, una delle predette responsabilità è quella prevista dall'art. 2051 c.c., che rientra tra quelle in cui il legislatore conferisce rilievo ad una particolare posizione giuridica (quali, ad esempio, proprietà, titolarità di

¹ Da ultimo, TROISI C., *Le responsabilità speciali*, in *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da P. Stanzone, Padova, 2013, p. 550.

²TROISI C., *op. loc. cit.*

³TROISI C., *op. cit.*, p. 580 e ss.

altro diritto reale o personale di godimento, custodia) con beni o animali dai quali possono derivare danni a terzi⁴.

2. Caratteri e presupposti della responsabilità da cosa in custodia.

Passando ad esaminare la natura di tale ipotesi di responsabilità, va detto che, attualmente, la S.C. si mostra inequivocabilmente orientata verso una ricostruzione della responsabilità civile per i danni cagionati da cose in custodia, prevista dall'art. 2051 c.c., in termini di responsabilità oggettiva e non quale presunzione di colpa, ritenendo infatti sufficiente, per l'applicazione della norma predetta, la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo⁵; anche la dottrina ritiene, quasi concordemente, che la responsabilità in questione abbia carattere oggettivo, dal momento che essa consiste in un illecito nel quale il danneggiante, vero o presunto tale, non si libera provando di essere stato diligente, ma solo dimostrando che il danno rinviene la propria origine causale in uno specifico ed individuato fattore esterno⁶, per cui con essa i presupposti della responsabilità si appalesano, evidentemente, molto diversi, dal momento che essa abbandona, quale fondamento della responsabilità del custode, il criterio della diligenza di quest'ultimo, per incentrarsi, invece, esclusivamente sul rapporto tra il custode e la cosa⁷.

Ed infatti, come sostiene autorevole opinione, la natura oggettiva di tale responsabilità viene in rilievo tenendo presente che il danneggiante dispone di un'unica prova per impedire il perfezionamento della fattispecie e, conseguentemente, l'operatività a suo carico della presunzione di responsabilità che detta norma introduce, prova che consiste nel

⁴FRANZONI M., *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da F. Galgano, Padova, 1998, 3, citato da TROISI C., *op. cit.*, p. 551, nota 3.

⁵Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2008, n. 26051, in *Foro it.*, Mass., 2008, 1488; conforme, Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Danno e resp.*, 2008, 1112.

⁶FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, I, p. 506.

⁷APICELLA D., *Responsabilità da cose in custodia*, in *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da P. Stanzione, Padova, 2013, p. 851.

dimostrare positivamente la sussistenza di un'altra e diversa causa del danno⁸, in quanto tale prova è l'unica in grado di interrompere la serie causale (anche se presunta) che dalla cosa in custodia, passando per la relazione che intercorre tra essa ed il custode, per giungere al danno, perfeziona la fattispecie facendo sorgere la responsabilità.

Perchè possa ritenersi integrata la fattispecie prevista dalla norma sopra richiamata, sono due gli elementi che devono ricorrere, e precisamente il nesso causale tra la cosa oggetto di custodia ed il danno lamentato, ed, inoltre, la effettiva sussistenza di una relazione di custodia (e del conseguente obbligo, quindi) tra la *res* ed il soggetto che si assume titolare del relativo potere sul bene in questione.

Afferma infatti la Cassazione che la responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia presuppone la sussistenza di un rapporto di custodia della cosa e una relazione di fatto tra un soggetto e la cosa stessa, tale da consentire il potere di controllarla, di eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte e di escludere i terzi dal contatto con la cosa⁹; inoltre, sempre secondo i giudici di legittimità, la responsabilità ex art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo, e per il suo effettivo configurarsi nella fattispecie concreta, occorre che l'attore dimostri il verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene, restando, ove tale prova sia fornita, a carico del custode che voglia liberarsi da responsabilità, l'onere di provare il fortuito¹⁰.

Con riguardo al primo elemento, lo stesso, ritenuto indispensabile ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c., viene individuato dalla giurisprudenza nella relazione diretta tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, intesa nel senso che la prima abbia prodotto direttamente il secondo, e non abbia, invece, costituito lo strumento mediante il quale il soggetto ha causato il danno con la sua azione od omissione¹¹, elemento che va dimostrato dal danneggiato; in particolare, la giurisprudenza subordina il positivo riconoscimento di tale requisito alla sussistenza di una duplice condizione, e cioè innanzitutto che il fatto

⁸BESSONE M., *Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 121, citato da APICELLA D., *op. cit.*, p. 852, nota 40.

⁹Cass. civ., sez. III, 1 aprile 2010, n. 8005, in *Foro it.*, Mass., 2010, 346

¹⁰ Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2012, n. 10860, in *Banca dati Pluriscadam.utetgiuridica.it.*, voce *Responsabilità civile*, sottovoce *Cosa in custodia*.

¹¹ Cass. civ., sez. III, 27 maggio 2005, n. 11275, in *Foro it.*, Mass., 2005, 894.

costituisca un antecedente necessario dell'evento, nel senso che quest'ultimo rientri tra le conseguenze normali ed ordinarie di esso, e che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano causale, dalla sopravvenienza di circostanze da sole idonee a determinare l'evento¹².

Inoltre, va considerato che, ai fini della prova dell'esistenza o meno di tale requisito della fattispecie, ciò che rileva, per l'elaborazione giurisprudenziale, è il criterio di verosimiglianza, nel senso che si ritiene imprescindibile, per accertarne la sussistenza, guardare esclusivamente a quegli eventi che, nell'esatto momento in cui accade il sinistro, si appalesano come verosimili¹³.

Con riguardo al secondo elemento, la giurisprudenza di legittimità, molto di recente, ha affermato che, in tema di danni da cose in custodia, ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c., si reputa sufficiente la sussistenza del rapporto di custodia con la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo, rapporto che, per ritenersi esistente, richiede che il soggetto che si assume custode abbia sulla cosa un potere effettivo, identificato nella disponibilità giuridica e materiale della stessa, che comporti il potere-dovere di intervento su di essa, potere-dovere di cui vengono individuati pacificamente come titolari soggetti quali il proprietario ovvero anche il possessore oppure il detentore¹⁴.

Questo perchè, per la S.C., la nozione di custodia nel caso rilevante non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario, essendo diversa la funzione della norma, che è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione, e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta¹⁵; così chiarito il concetto di custodia che viene in rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 2051 c.c., in linea generale, invece, la Cassazione esclude che il soggetto che si trovi ad essere mero utilizzatore della cosa, avendone la disponibilità, possa qualificarsi come custode nel senso previsto dall'art. 2051 c.c., e come tale ritenersi assoggettato alla relativa responsabilità, su rilievo che tale mera disponibilità non comporta

¹² Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2006, n. 27168, in *Foro it.*, Mass., 2006, 2192.

¹³ Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384, in *Danno e resp.*, 2006, 1220.

¹⁴ Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2013, n. 15096, in *Foro it.*, Rep., 2013, voce *Responsabilità civile*, n. 71.

¹⁵ Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, *cit.*

necessariamente il trasferimento in capo al predetto soggetto anche del dovere di custodia, dovere che, al contrario, è da escludersi in tutti i casi in cui, per specifico accordo delle parti, o per la natura del rapporto, ovvero per la situazione fattuale determinatasi, il soggetto titolare dell'effettivo potere di ingerenza, gestione ed intervento sulla cosa, nel conferire all'utilizzatore il potere di utilizzazione della stessa, ne abbia invece conservato la custodia¹⁶.

Orientamento, questo, cui la giurisprudenza di merito mostra piena adesione, affermando che la responsabilità per i danni cagionati da una cosa in custodia non si fonda su un comportamento o un'attività del custode, ma sulla relazione intercorrente tra quest'ultimo e la cosa, con l'unico limite del caso fortuito, cioè da un fattore che non attiene ad un comportamento del responsabile, ma alle modalità dell'evento¹⁷; non è richiesto, per la giurisprudenza, che la cosa oggetto di custodia sia intrinsecamente pericolosa, dato che, dovendo il giudizio sulla pericolosità di cose inerti essere condotto in base ad un modello relazionale, in applicazione del quale la cosa venga considerata nel suo normale interagire con il contesto dato, allora una cosa inerte in tanto potrà ritenersi pericolosa, in quanto determini un alto rischio di pregiudizio nel contesto di normale interazione con la realtà circostante¹⁸; il che equivale a dire, allora, che tutte le cose sono potenzialmente pericolose, anche se nessuna lo è di suo, poiché tale loro caratteristica è suscettibile di estrinsecarsi al sorgere di determinate situazioni di fatto; allora, come afferma autorevole studioso, l'attitudine lesiva della cosa, in quanto qualità non richiesta dalla norma, non rileva nel giudizio di responsabilità, poiché tutte le cose, così come possono diventare pericolose, altrettanto possono divenire lesive, anche se a seguito di una sollecitazione esterna, per cui non è l'attitudine lesiva un criterio condivisibile per differenziare le cose¹⁹; ed allora, conclude il richiamato autore, il criterio del dinamismo, che costituisce un *obiter dictum*, se riferito ad una qualità specifica della cosa si tramuta in una sintetica *ratio decidendi* per esprimere che la cosa, se riguardata sotto tale differente aspetto, è in nesso di causalità con

16 Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2013, n. 15096, *cit.*

17 App. Cagliari, 16 marzo 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2012, I, 261,

18 Cass. civ., sez. III, 4 novembre 2003, n. 16527, in *Danno e resp.*, 2004, 161.

19 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 462.

l'evento dannoso²⁰, di guisa che la funzione del concetto in questione colora il legame eziologico tra *res in custodia ed eventus damni*.

Inoltre, la dottrina definisce la custodia come un relazione di fatto tra la cosa ed il soggetto titolare di un potere di governo su di essa, da intendersi quale potere di controllo ed intervento, per modificare eventuali situazioni di pericoloso, nonché di esclusione di ingerenze di terzi sulla cosa stessa²¹; essa, inoltre, non deve intesa nel senso contrattuale del termine, in quanto il legislatore, nel fare riferimento a tale concetto, nell'art. 2051 c.c., ha voluto riferirsi, invece, ad una qualsiasi relazione tra la cosa ed il soggetto, tale per cui si possa ritenere che a quest'ultimo incomba un dovere di controllo sulla cosa stessa: è sufficiente, cioè, che una determinata cosa, mobile o immobile, si possa considerare nella sfera di disponibilità di un soggetto perchè a quest'ultimo siano imputabili, in base ad una presunzione di responsabilità che solo il fortuito può vincere, i danni provocati a terzi dalla cosa stessa²²; ancora, il rapporto con la cosa deve comunque assumere natura statica, senza l'interferenza del comportamento umano, che altrimenti comporta l'operare di altre norme: l'art. 2051 c.c., infatti, nel prevedere la responsabilità per danno cagionato da cose in custodia, si riferisce al danno provocato dalla cosa che sia libera di operare per effetto del proprio naturale dinamismo, senza che un eventuale condotta umana assuma alcun rilievo e, tantomeno, senza che spieghi alcun effetto²³.

3. In particolare, quando il custode è una p.a.

Anche nel caso in cui il custode sia un amministrazione pubblica i giudici di legittimità hanno pacificamente affermato che la responsabilità di cui all'art.2051 c.c. possiede natura oggettiva, risultando come tale assoggettata alle identiche conseguenze previste per il caso in cui il custode sia un soggetto privato, in particolare con riguardo al profilo della

20 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 463.

21 ANNUNZIATA G., *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, Padova, 2010, p. 447.

22 ALPA G. (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2009, p. 738 e ss.

23 ALPA G. (a cura di), *op. cit.*, p. 741.

prova liberatoria, anche in tal caso incentrato sulla prova positiva, da parte dell'ente, di un evento dotato di autonoma efficacia causale e totalmente esulante dalla sfera – e quindi dal potere – di controllo esercitabile dal custode pubblico²⁴; si afferma, infatti, che il solo fatto che sia dimostrata l'esistenza di una anomalia sulla sede stradale è di per sé sufficiente a far presumere sussistente la colpa dell'ente proprietario, il quale potrà superare tale presunzione e quindi andare esente da responsabilità solo ove riesca a dimostrare che il danno è avvenuto per negligenza, distrazione od uso anomalo della cosa da parte della stessa vittima²⁵; questo perché, sostiene la Corte, la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. è applicabile agli enti pubblici proprietari o manutentori di strade aperte al pubblico transito in riferimento a situazioni di pericolo derivanti da una non prevedibile alterazione dello stato della cosa, mentre resta a carico del custode, offrire la prova contraria alla presunzione *iuris tantum* della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità.

In tale contesto, unico limite all'applicazione dell'art. 2051 c.c. alla p.a. ed alla presunzione di responsabilità da esso dettata per i danni subiti dagli utenti di beni demaniali è stato individuato dalla Cassazione nel caso in cui risulti concretamente accertato, dal giudice del merito, che su detti beni, per le loro caratteristiche, non sia possibile esercitare la custodia, senza che, tuttavia, elementi quali l'estensione del bene e la sua utilizzazione generale e diretta da parte di terzi consentano di ritenere *in re ipsa* dimostrata l'impossibilità di custodia, in quanto tali elementi, per i giudici di legittimità, rappresentano niente altro che figure sintomatiche dell'impossibilità di custodia e, come tali, vanno sottoposte in concreto al vaglio del giudice di merito.²⁶

4. La decisione in breve.

²⁴ Cass. civ., (ord.), sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1310, in *Danno e resp.*, 2012, 965.

²⁵ Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15375, in *Arch. circolaz.*, 2012, 23.

²⁶ Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384, *cit.*

La decisione del giudice partenopeo oggetto della presente annotazione si incentra sui seguenti elementi.

Innanzitutto, il Tribunale aderisce a quell'orientamento di legittimità che ricostruisce la responsabilità del custode in termini di responsabilità oggettiva, e ne trae le relative conseguenze in termini di ripartizione tra danneggiato e presunto danneggiante, dell'onere probatorio, confermando quindi – secondo il citato insegnamento della corte di legittimità – che, per il custode, l'unico modo di vincere la presunzione di responsabilità che l'art. 2051 c.c. pone a suo carico è quello di allegare e provare che l'evento è stato determinato da un fattore esterno, in grado di produrre del tutto autonomamente l'evento dannoso, dotato del carattere della imprevedibilità e della inevitabilità e quindi accoglie la nozione del fortuito più rigorosa e restrittiva.

Inoltre, il giudice prosegue affermando che l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2051 c.c. ad un p.a., che orientamenti giurisprudenziali più risalenti motivavano attraverso il ricorso a criteri prevalentemente astratti, quali ad esempio le dimensioni del bene, la sua natura demaniale e la circostanza di un suo abituale utilizzo da parte della collettività, per inferirne, in ipotesi di loro rilevante estensione, la impossibilità *sic et simpliciter* di esercitare su di essi la vigilanza che è lecito attendersi dal custode ex art. 2051 c.c., non poteva condividersi in quanto elementi quale il carattere demaniale del bene nonché l'estensione di esso ed un utilizzo generalizzato da parte dei consociati sono niente altro che elementi sintomatici di una presunta impossibilità di esercitare la custodia, e pertanto dal piano astratto devono essere traslati su quello concreto, occorrendo che il giudice verifichi, nella singola e specifica fattispecie, se in ragione di tali elementi risulti o meno possibile, per il custode, vigilare sul bene impedendo che esso costituisca fonte di pericolo per i cittadini ed utenti; in tale ottica, allora, la circostanza che la strada teatro del sinistro si trova nel perimetro del territorio cittadino risulta indicativa, secondo il giudice, della sussistenza per il comune della possibilità concreta di esercitare (anche) su di essa custodia e vigilanza, si da far sorgere a carico dell'ente l'obbligo di provvedere alla manutenzione ed alla vigilanza sulla strada medesima.

Tuttavia, su tale premessa, il giudice, nell'addivenire a qualificare la situazione dello stato dei luoghi adotta dall'attrice quale causa dell'evento dannoso, in termini di insidia soggettivamente non prevedibile – in quanto la mattonella si presentava integra, all'apparenza, per cui la stessa non aveva alcun elemento per ritenere che la stessa si sarebbe mossa, una volta poggiatovi il piede sopra - ed oggettivamente non evitabile – in

quanto la danneggiata non aveva a sua disposizione un percorso alternativo da utilizzare - finisce per confondere e sovrapporre art. 2051 ed art. 2043 c.c., che invece non lo sono affatto; si ha la sensazione, invero, che per addivenire alla pronunzia il giudice abbia scrutinato la domanda attorea anche sotto il profilo dell'art. 2043 c.c. - come si ricava indirettamente dal fatto che il giudice ha riconosciuto che l'attrice aveva fornito la prova che la situazione dello stato dei luoghi era soggettivamente imprevedibile ed oggettivamente inevitabile -, ritenendo quindi la danneggiata comunque gravata dall'onere di provare la sussistenza dei due elementi che la giurisprudenza ritiene indispensabili per configurare la fattispecie c.d. *insidia e trabocchetto*, in tal modo onerandola di una prova ulteriore che, proprio sulla scorta di quell'orientamento di legittimità cui aveva mostrato di aderire, non le era richiesta; infine, anche la citata decisione sembra non escludere la rilevanza dell'elemento soggettivo della fattispecie - quindi in contrasto con l'affermata, in precedenza, natura oggettiva della responsabilità *de quo* - quando condanna l'Ente pubblico riconoscendolo responsabile per *omissione di custodia diligente*.

Infine, apprezzabile si rivela la scelta di respingere la richiesta risarcitoria avanzata dall'attrice per poste di danno non patrimoniale di tipo diverso da quello biologico in assenza di una specifica, sul punto, allegazione e prova dei relativi fatti costitutivi, in ossequio al più recente orientamento della S.C., secondo cui il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, non potendosi accogliere la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso ovvero non potendosi postulare che il danno sarebbe *in re ipsa*, perché detta teorica snatura la funzione del risarcimento, il quale, diversamente, verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo²⁷; per la Corte, infatti, le allegazioni che devono accompagnare la proposizione di una domanda risarcitoria non possono essere limitate alla prospettazione della condotta colpevole della controparte, produttiva di danni nella sfera giuridica di chi agisce in giudizio, ma devono includere anche la descrizione delle lesioni, patrimoniali e/o non patrimoniali, prodotte da tale condotta, dovendo l'attore mettere il convenuto in condizione di conoscere quali pregiudizi vengono imputati al suo comportamento, a prescindere dalla loro esatta

27 Cass. civ., sez. II, 19 agosto 2011, n. 17427, in *Resp. civ.*, 2012, 112.

quantificazione e dall'assolvimento di ogni onere probatorio al riguardo²⁸, proprio perchè, in conclusione, il danno non patrimoniale, anche nel caso di lesione di diritti inviolabili, non può mai ritenersi *in re ipsa*, ma va debitamente allegato e provato da chi lo invoca²⁹.

5. Il riparto dell'onere probatorio.

Per la dottrina, il danneggiato non ha l'onere di provare lo specifico nesso causale tra la cosa ed il danno, come avviene negli illeciti colposi, ma, più semplicemente, deve dimostrare che la cosa, nel caso concreto, abbia costituito una condizione necessaria per il verificarsi del danno, mentre spetta al custode l'onere di dimostrare la specifica causa fortuita capace di escludere che il danno possa essere imputato al fatto della cosa³⁰; in conseguenza, al danneggiato incombe la prova del semplice ruolo concausale del fatto della cosa, nonché di una idonea causalità giuridica che alla cosa stessa sia attribuibile³¹.

Per la Cassazione, in tema di ripartizione dell'onere probatorio in un'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2051 c.c. l'attore che agisce per il riconoscimento del danno è onerato di provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, mentre il custode convenuto, per liberarsi dalla sua responsabilità, è tenuto a provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale³²; in particolare, si afferma che, in quanto l'art. 2051 c.c. non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, tale prova consiste nella dimostrazione che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa³³.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 691, in *Foro it. Mass.*, 2012, 26.

²⁹ Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 2012, n. 7471, in *Foro it.*, *Mass.*, 2012, 394.

³⁰ FRANZONI M., *op. cit.*, p. 489.

³¹ RUFFOLO U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1986, p. 96, in FRANZONI M., *op. loc. cit.*

³² Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, *cit.*

³³ Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15389, in *Foro it.*, *Mass.*, 2011, 592.

A tale impostazione aderiscono i giudici di merito, affermando infatti che, sul piano probatorio è sufficiente per l'attore provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, mentre il convenuto, per liberarsi, deve provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva idoneo ad interrompere quel nesso causale, fattore che può essere costituito anche dal fatto di un terzo o dello stesso danneggiato³⁴; a tale riguardo, il giudice di merito dovrà considerare che quanto più la situazione di pericolo era prevedibile e superabile con le normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente andrà considerato e valutato, sul piano causale il comportamento di quest'ultimo³⁵, in quanto – anche se con specifico riguardo ad ipotesi di prospettata responsabilità di una pubblica amministrazione, il principio è tranquillamente estensibile ed applicabile anche nelle ipotesi in cui il custode, presunto responsabile, sia un soggetto privato - la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza l'anomalia, vale altresì ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della p.a. per difetto di manutenzione della strada pubblica³⁶, e comunque anche del custode privato, per evidente identità di *ratio*.

In dottrina, si afferma che il caso fortuito ha natura di elemento impeditivo del perfezionarsi della fattispecie, il che comporta che, ove il custode non riesca a fornire la prova di uno specifico fatto che sia in grado di escludere la riferibilità causale del danno alla cosa, è automatica la pronuncia di sua responsabilità, in quanto resta a suo carico la causa ignota³⁷; dunque, come altro autorevole studioso afferma, tutte le cause di danno diverse dal fortuito sono imputate al custode, il quale risponde anche delle c.d. *cause ignote*, ovvero dei danni provocati da eventi dei quali è risultato impossibile individuare la provenienza³⁸.

Infine, va ricordato che, sulla ripartizione dell'onere probatorio, incide ovviamente anche l'impostazione che il danneggiato attribuisce alla propria domanda giudiziale, dato che, da un lato, se per ipotesi egli proponga una domanda ex art. 2043 c.c., tale scelta, oltre a gravarlo di un onere probatorio per più rigoroso – e quindi per lui più difficile da

34 App. Cagliari, 16 marzo 2012, *cit.*

35 Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15375, *cit.*

36 Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15375, *cit.*

37 FRANZONI M., *op. loc. cit.*

38 ALPA G. (a cura di), *op. cit.*, p. 737

assolvere positivamente – per concorde giurisprudenza della S.C. gli comporterà altresì la preclusione, nell'eventuale appello, della possibilità di chiedere la condanna del presunto danneggiante ai sensi dell'art. 2051 c.c., in quanto il divieto di introdurre domande nuove (la cui violazione è rilevabile d'ufficio) non gli consente di chiedere successivamente la condanna del medesimo convenuto ai sensi dell'art. 2051 c.c.³⁹; unica possibilità che il danneggiato ha di evitare di incorrere in tale preclusione viene dalla S.C. individuata nella enunciazione in modo sufficientemente chiaro, da parte di quest'ultimo, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, di situazioni di fatto suscettibili di essere valutate come idonee, in quanto compiutamente precisate, ad integrare la fattispecie contemplata dall'art. 2051 c.c.; requisito che non può dirsi assolto ove il danneggiato si sia meramente limitato ad invocare la norma stessa senza che il richiamo medesimo emergesse nel contesto di una argomentazione difensiva chiara e compiuta in tal senso⁴⁰, il che equivale a sostenere che il danneggiato dovrà allegare, ed ovviamente provare, circostanze di fatto astrattamente idonee a supportare sia la tesi delle responsabilità del convenuto ex art. 2043 c.c., sia di quella – ben diversa – ex art. 2051 c.c..

La ricostruzione innanzi formulata, invero, trova conferma in un'ulteriore decisione della S.C., secondo cui è onere di chi agisce ex art. 2051 c.c., al fine di provare il rapporto causale tra la cosa in custodia e il danno, di allegare un elemento intrinseco od estrinseco come fatto costitutivo idoneo a radicare il nesso eziologico senza, però, poter modificare nel corso del giudizio l'allegazione iniziale, indicando prima un fattore intrinseco e, successivamente, un fattore estrinseco, atteso che non è consentito mutare il tema d'indagine⁴¹. Tuttavia, nell'ipotesi in cui nel corso dell'istruttoria del primo grado emergano altre condizioni, intrinseche o estrinseche alla cosa in custodia, che si pongano come mere specificazioni della domanda, esse potranno essere esaminate dal giudice, non integrando un fatto costitutivo nuovo⁴², il che, dunque, consente al danneggiato di non incorrere in preclusioni in grado di determinare un esito sfavorevole della propria domanda.

³⁹ Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2013, n. 15666, in *Foro it.*, Rep., 2013, voce *Procedimento civile*, n. 52.

⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2013, n. 15666, *cit.*

⁴¹ Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6677, in *Foro it.*, Mass., 2011, 677.

⁴² Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6677, *cit.*

6. Il caso fortuito e l'assenza di colpa

L'esimente della responsabilità, prevista dall'art. 2051 c.c., è appunto il c.d. *caso fortuito*, nozione indubbiamente ampia nel cui alveo dottrina e giurisprudenza hanno ricollocato eventi di natura soggettiva ed oggettiva tutti accomunati dall'idoneità ad escludere il nesso di causalità tra evento e cosa in custodia, esonerando il custode dalla responsabilità che la norma innanzi richiamata presume a suo carico quale diretta conseguenza del rapporto di custodia con la *res* e del conseguente potere di governo/controllo esercitabile – e da esercitare – sulla stessa.

Innanzitutto, il fortuito, quando si rivela, per sua natura, in grado di produrre l'evento del tutto autonomamente, senza che la cosa oggetto di custodia giochi alcun ruolo, viene definito come fortuito c.d. *autonomo*, poiché allorquando si verifica in questi termini, esso si pone in rapporto causale diretto, senza che vi sia l'intermediazione della cosa in custodia, come afferma la dottrina⁴³; tanto accade, ad esempio, nel caso in cui una folata di vento fortissima provochi la caduta al suolo di un ciclista che in quel momento circolava su di una pista ciclabile comunale, con conseguente infortunio dello stesso.

Allorquando, invece, la cosa oggetto di custodia svolga un ruolo nella produzione dell'evento dannoso, altra dottrina da tempo distingue il fortuito a seconda del ruolo che esso ha avuto, individuando due diverse fattispecie, a seconda, rispettivamente, che l'evento in questione sia in possesso di efficacia causale esclusiva, ed allora esso risulterà *incidente*, oppure che esso, anche se privo di tale efficacia, comunque concorra con la *res* oggetto della custodia nel determinismo causale dell'evento, ed allora viene definito *concorrente*; il ruolo della cosa, in conseguenza, è totalmente assente nel primo caso, mentre nel secondo esso agisce in concorso con il fattore esterno (cioè il fortuito) per cui il nesso causale non risulta interrotto, ma determinato dall'azione combinata di entrambe tali elementi⁴⁴.

Occorre in proposito sottolineare che, in un primo momento, con un pronunzia non risalente, la S.C. sembrava aver sposato una impostazione

43 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 493.

44 GERI V., *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, Milano, 1974, p. 70.

soggettivistica, volta a verificare la sussistenza o meno della colpa del custode, il che conduceva a verificare la sussistenza o meno del fortuito sotto il profilo della mancanza di colpa del custode, piuttosto che della mancanza del nesso causale, risolvendosi in una verifica e confronto tra la condotta concreta tenuta e quella che era da considerarsi, in astratto, come diligente, per cui il custode, per andare esente da responsabilità, doveva provare di avere tenuto una condotta caratterizzata da assenza di colpa.

Per i giudici di legittimità – si verteva, nella fattispecie, in una ipotesi di incidente avvenuto su strada statale – la p.a. (o, come nel caso, l'ente gestore Anas) risponde ai sensi dell'art. 2051 c.c. dei danni conseguenti ad omessa o insufficiente manutenzione della strada di cui è proprietaria (art. 14 cod. strad.) o custode (tale essendo anche il possessore, il detentore e il concessionario) in ragione del particolare rapporto con la cosa che le deriva dai poteri effettivi di disponibilità e controllo sulla medesima, salvo che dalla responsabilità presunta a suo carico essa si liberi dando la prova del fortuito, consistente non già nell'interruzione del nesso di causalità determinato da «elementi esterni» o dal fatto «estraneo» alla sfera di custodia – ivi ricompreso il fatto del danneggiato o del terzo – bensì nella dimostrazione – in applicazione del principio di c.d. vicinanza alla prova – di aver espletato, con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa in considerazione delle circostanze del caso concreto, tutte le attività di controllo, vigilanza e manutenzione su di essa gravanti in base a specifiche disposizioni normative (nel caso, art. 14 cod.strad.; art. 2 d.leg. n. 143 del 1994; d.m. ll. pp. n. 223 del 1992) e del principio generale del *neminem laedere*, di modo che pertanto il sinistro appaia verificato per un fatto non ascrivibile a sua colpa⁴⁵.

Tale decisione, tuttavia, pur se per certi aspetti apprezzabile, di contro, come insieme ad altri si è evidenziato, presenta anche delle ombre, poiché si rivela contraddittoria, nelle sue conclusioni, rispetto alle iniziali affermazioni, poiché se da un lato inquadra la responsabilità della p.a. per i danni causati agli utenti dai beni demaniali nell'alveo dell'art. 2051 c.c., dall'altro riconduce la responsabilità del custode nel perimetro della responsabilità per colpa – presunta, nella specie – per cui si allontana da quella natura oggettiva di tale responsabilità, che pure aveva ipotizzato⁴⁶;

45 Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Arch. Circolaz.*, 2006, 1076.

46 CASCELLA G, CASSANO G., *Cattiva manutenzione delle strade: la responsabilità della p.a. nella giurisprudenza*, S.A. Romagna, 2013, p. 136 e ss.

e tuttavia, come meglio si dirà in seguito, sotto certi aspetti meriterebbe di essere rivalutata.

Successivamente, già dopo pochi mesi, si riscontra un mutamento di orientamento in senso oggettivistico, indirizzato al fine di accordare maggiore protezione alle esigenze di tutela del danneggiato, in quanto i giudici di legittimità hanno riconosciuto, invece, che la responsabilità delineata dall'art. 2051 c.c., per i danni di cui sia dimostrata la derivazione causale da una cosa in custodia, può essere esclusa soltanto dal caso fortuito, da intendere quale fattore attinente al profilo eziologico dell'evento, riconducibile ad un elemento esterno, imprevedibile ed inevitabile, che può essere costituito anche dal fatto del terzo o dello stesso danneggiato⁴⁷, ed in tal modo appare definitivamente abbandonata l'impostazione soggettivistica basata sulla colpa, poiché secondo la Cassazione, il custode è tenuto a rispondere dei danni derivanti dalla cosa non perché abbia tenuto una condotta poco o per nulla diligente, bensì e più semplicemente, in ragione della relazione e, quindi, della posizione, che intercorre tra lui e la cosa danneggiante, secondo una logica, quindi, che è propria della responsabilità oggettiva⁴⁸.

Tale decisione, secondo alcuni, si ispira ad una concezione oggettivista della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., che concepisce il fortuito quale causa interruttiva del nesso causale, ed espunge dal contenuto della prova a carico del danneggiato la figura dell'insidia o trabocchetto ed, infine, configura l'esclusione della possibilità di applicare alla p.a. la disciplina dettata dalla norma innanzi richiamata non in via automatica, quale mera conseguenza del carattere demaniale del bene, bensì solo in presenza di elementi sintomatici dell'effettiva impossibilità di esercitare il poterdovere di custodia⁴⁹.

Per la giurisprudenza di legittimità il caso fortuito (da intendersi nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e del fatto dello stesso danneggiato), si identifica in un fattore che attiene non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante) bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità⁵⁰, precisandosi altresì che tale fattore deve comunque

47 Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384, *cit.*

48 Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384, *cit.*

49 ANNUNZIATA G., *op. cit.*, p. 446.

50 Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, *cit.*

presentarsi come causa autonoma idonea di per sé a produrre l'evento⁵¹; in conseguenza, il fortuito che abbia le caratteristiche innanzi descritte è in grado, sul piano eziologico, di superare ed assorbire anche l'eventuale difetto di diligenza del custode, in quanto, come sostiene la S.C., anche nell'ipotesi in cui il custode non abbia attuato, sulla cosa nella sua disponibilità, tutte le precauzioni astrattamente idonee ad evitare la propria responsabilità, la causa efficiente sopravvenuta che del caso fortuito presenti i requisiti propri dell'eccezionalità e dell'oggettiva imprevedibilità e che da sola sia idonea a provocare l'evento, interrompe il nesso eziologico e produce gli effetti liberatori, pur quando essa si concreti nel fatto del terzo o dello stesso danneggiato⁵²; questo perché, come di recente ribadito dalla S.C., il fortuito costituisce una qualificazione che incide sul nesso causale, e non sull'elemento psicologico dell'illecito.⁵³

Tra tali eventi idonei ad interrompere il nesso causale che l'art. 2051 c.c. presume, vi è innanzitutto la condotta del medesimo danneggiato, in quanto, come affermato dalla S.C., per di più in fattispecie identica a quella decisa dalla sentenza che qui si annota, il custode non è responsabile dei danni determinati dal dissesto del manto stradale se l'utente ha tenuto un comportamento colposo interruttivo del nesso eziologico tra causa del sinistro ed evento⁵⁴. Inoltre, per la Cassazione, oltre ad essere del tutto irrilevante, per aversi responsabilità ex art. 2051 c.c., che il danno sia stato provocato dalla cosa in sé piuttosto che per l'intervento sulla stessa di fattori esterni, in quanto detta responsabilità si ritiene sussistente in relazione a tutti i danni cagionati dalla cosa, sia per la sua intrinseca natura, sia per l'insorgenza in essa di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito⁵⁵, la condotta del danneggiato ben può spiegare propria ed autonoma efficacia causale, in grado, in relazione al grado della sua incidenza nell'eziologia dell'evento, produrre un effetto liberatorio totale, tale cioè da interrompere del tutto il nesso eziologico tra la cosa e l'evento dannoso ovvero, se non totalmente scriminante, quantomeno parzialmente, in grado cioè di affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno⁵⁶.

⁵¹ App. Cagliari, 16 marzo 2012, *cit.*

⁵² Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2006, n. 27168, *cit.*

⁵³ Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2012, n. 10860, *cit.*

⁵⁴ Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2012, n. 6065, in *Giur.it*, 2012, 2509.

⁵⁵ Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 25239, in *Arch. locazioni*, 2012, 162.

⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 25239, *cit.*

Secondo autorevole dottrina, l'idoneità del caso fortuito ad escludere la responsabilità del custode deriva dal fatto che esso costituisce una causa sopravvenuta che declassa la custodia, intesa come fatto, ad un mera occasione del danno⁵⁷.

Il secondo elemento, ovvero l'assenza di colpa, attenendo ad un profilo meramente soggettivo, quale la condotta tenuta dal custode ed il conseguente assolvimento o meno, da parte sua, di un eventuale obbligo di sorveglianza, viene ritenuto, dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, del tutto irrilevante, affermandosi infatti che non rileva in sé la violazione dell'obbligo di custodire la cosa da parte del custode, la cui responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, fattore che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile in tal caso non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno⁵⁸.

Infine, va ricordato che, nell'ipotesi di incertezza sulla causa concreta del danno, per la giurisprudenza il custode rimane comunque responsabile, essendo egli tenuto a fornire la prova positiva del fattore esterno ed estraneo alla sua sfera di controllo, mentre il danneggiato, non essendo tenuto – a differenza di quanto accade nella diversa ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. - a fornire la prova positiva della causa del danno subito, potendosi avvalere della presunzione *iuris tantum* di responsabilità che l'art. 2051 c.c. pone a carico del custode, invertendo l'onere probatorio, per cui a quest'ultimo non potrà giovare l'incertezza – *id est*, la mancata prova positiva della causa – sulla reale origine dell'evento⁵⁹.

La Cassazione conferma tale suddivisione tra fortuito incidente e fortuito concorrente, precisando però che, ove nella seconda ipotesi il fortuito sia costituito da un evento naturale, che abbia concorso con una condotta umana, nonostante tale concorso l'intera responsabilità va attribuita all'autore della condotta che ha concorso con la causa naturale.

Per la Corte, infatti, in materia di rapporto di causalità nella responsabilità civile, in base ai principi di cui agli art. 40 e 41 c.p., mentre nel caso in cui 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 deve ritenersi sollevato

57 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 488.

58 Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2008, n. 26051, *cit.*

59 Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2011, n. 21286, in *Danno e resp.*, 2012, 497.

per intero da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale, la situazione è diversa nel caso in cui quelle medesime condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno⁶⁰.

In tale ultima ipotesi, infatti, l'autore del comportamento imputabile viene ritenuto 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 imputabile⁶¹; da tale premessa la S.C., pertanto, trae la conclusione per cui, ove sussista anche solo una 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 risarcitorio⁶², riconoscendo indirettamente che un eventuale fattore naturale, perchè possa spiegare effettiva incidenza causale concorrente, deve essere provato con certezza nella sua esistenza.

7. Il concorso di colpa del danneggiato

In origine, la giurisprudenza si mostrava contraria nell'ammettere la configurabilità di un eventuale concorso di colpa del danneggiato con la responsabilità del custode, in quanto la stessa presenza di una insidia, ovvero di una situazione che caratterizzata dalla imprevedibilità ed inevitabilità, era incompatibile con tale concorso, poiché l'uno – il concorso di colpa – escludeva l'altra – cioè l'insidia – dato che tendeva ad escluderne, almeno in parte, la sussistenza.

60 Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, in *Danno e resp.*, 2012, 507.

61 Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, *cit.*

62 Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, *cit.*

Autorevole dottrina, invero, ha censurato tale impostazione, riconoscendo che l'eventuale condotta della vittima, se pur colposa, non può incidere nella valutazione circa l'esistenza dell'insidia, che deve avvenire sotto un profilo esclusivamente oggettivo poiché, se anche la condotta del danneggiato sia tale da escludere il nesso di causalità, tuttavia l'indagine che eventualmente conduca a tale risultato dovrà necessariamente essere svolta attraverso le regole della causalità del fatto, per cui l'una non esclude l'altra⁶³.

Mutando successivamente il proprio orientamento, la corte di legittimità, invero, in più occasioni ha avuto modo di sottolineare sia l'importanza che un'eventuale condotta colposa del danneggiato è in grado di spiegare nel determinismo causale dell'evento, sia le conseguenze che l'accertamento della stessa – nella misura in cui avviene – produce sulla relativa domanda risarcitoria.

Per la Corte, infatti, tanto in ipotesi di responsabilità oggettiva (in questo caso della p.a.) ex art. 2051 c.c., quanto in ipotesi di responsabilità della stessa ex art. 2043 c.c., il comportamento colposo del soggetto danneggiato nell'uso di bene in custodia (demaniale o meno che sia) e che sussiste anche quando egli abbia usato il bene demaniale senza la normale diligenza o con affidamento soggettivo anomalo, esclude la responsabilità del custode (la p.a. nel caso *de quo*), se tale comportamento è idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno e il danno stesso, integrando, altrimenti, un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227, 1° comma, c.c., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante in proporzione all'incidenza causale del comportamento del danneggiato⁶⁴; in tale ultimo caso, infatti, come affermato dalle Sezioni Unite, il concorso di colpa del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso e delle sue conseguenze si fonda sulla violazione, da parte del medesimo, di regole di comune prudenza⁶⁵.

In sostanza, secondo autorevole dottrina, la norma che prevede il concorso di responsabilità del danneggiato rappresenta la codificazione, da parte del Legislatore, di quella autoresponsabilità cui tutti i consociati sono soggetti e devono soggiacere nel compimento di qualsiasi loro azione, quasi fosse, in sostanza, il contrappeso di quella libertà che l'ordinamento

63 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 123 e ss.

64 Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15383, in *Giust. civ.*, 2007, I, 154; conforme, Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2008, n. 11227, in *Giur. it.*, 2008, 2162.

65 Cass. civ., sez. III, 21 novembre 2011, n. 24406, in *Foro it.*, Mass., 2011, 986.

pure accorda loro⁶⁶. In tal modo, infatti, il Legislatore perviene ad escludere che sia da qualificare come ingiusto, quindi, un danno che derivi – in tutto o anche solo in parte – dalla condotta di colui che poteva evitarlo con l'adozione della normale prudenza, ovvero che, comunque, ha svolto un ruolo attivo nel suo determinismo causale.

Dal punto di vista processuale, e quindi *sub specie* del riparto dell'onere probatorio, la S.C., di recente ha ribadito che, al fine di sottrarsi, ai sensi dell'art. 1227, 2° comma, c.c., all'obbligo di risarcire quei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, è onere del debitore cui tale responsabilità viene imputata, di provare la violazione, da parte del danneggiato, del dovere di correttezza impostogli dalla norma innanzi richiamata, e l'evitabilità delle conseguenze dannose prodottesi, trattandosi di una circostanza impeditiva della pretesa risarcitoria, configurabile come eccezione in senso stretto⁶⁷, mentre se tale condotta non si riveli in grado di interrompere il nesso eziologico, la stessa è suscettibile di integrare un concorso di colpa rilevante ai sensi dell'art. 1227, 1° comma c.c.⁶⁸; tra il 2° ed il 1° comma della predetta disposizione intercorre, alla luce di come la stessa viene esaminata dalla giurisprudenza, un rapporto tra eccezione in senso stretto e mera difesa, con conseguente sua rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, nel secondo caso; autorevole dottrina, invece, dissente su tale ripartizione dell'onere probatorio, ritenendo che anche le circostanze oggetto della previsione di cui all'art. 1227, 1° comma c.c. vadano specificamente allegare e provate dal debitore che intenda conseguire una riduzione del risarcimento⁶⁹.

8. Riflessioni conclusive.

In conclusione, occorre provare ad interrogarsi se l'attuale ricostruzione sistematica che alla fattispecie disciplinata dall'art. 2051 c.c. ed in particolare la configurazione della natura di tale responsabilità in termini

⁶⁶ In tal senso, PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 452 e ss.

⁶⁷ Cass. civ., sez. III, 16 aprile 2013, n. 9137, in *Foro it.*, Mass., 2013, 299.

⁶⁸ Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4251 in *Danno e resp.*, 2012, 969.

⁶⁹ BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità civile*, Milano, 1994, p. 136 e ss.

oggettivi, con il conseguente assetto della ripartizione dell'onere probatorio tra danneggiato e custode, possa ritenersi corretto e giustificato, oppure presti il fianco a criticità non risolte, allo stato.

Se è indubbio che la ricostruzione che, negli ultimi arresti, la giurisprudenza prevalente, seguita da parte della dottrina, fanno della responsabilità del custode quale responsabilità oggettiva, nell'ottica di incrementare il più possibile livello di tutela del danneggiato⁷⁰, sia innegabilmente apprezzabile, viene però da chiedersi se la stessa non possa rivelarsi, in certe ipotesi, eccessivamente – quanto ingiustificatamente – penalizzante per il custode.

Si pensi, ad esempio, al caso, molto frequente nella prassi dei tribunali, della caduta di un condomino e/o di un visitatore all'interno dell'immobile condominiale su di una sostanza che o un condomino, oppure un visitatore rimasto ignoto, ha disperso all'interno del fabbricato – per esempio, su una rampa di scale piuttosto che nell'androne, originando una indubbia situazione di pericolo, per condomini e visitatori.

Orbene, se il condominio ha predisposto un regolare servizio di pulizia delle parti comuni, che ad esempio provvede alla relativa pulizia 3 volte alla settimana, questa si rivela una misura che appare ragionevole ed adeguata in ragione delle evenienze che, verosimilmente, possono verificarsi; inoltre, l'eventuale presenza in un condominio come quello di cui si discorre anche del portiere accresce senza dubbio il livello di sorveglianza e vigilanza.

Di fronte a queste misure adottate, se per avventura un visitatore – ad esempio un fattorino che consegna la pizza – si reca nel condominio, ipotizziamo, nella tarda serata di un sabato invernale, con pioggia in corso, quindi quando i turni di pulizia dell'immobile sono già stati tutti regolarmente svolti, ed inoltre il portiere ha terminato il suo orario di lavoro come da contratto di portierato con il condominio, entrandovi con i piedi già abbondantemente bagnati perché fuori piove, attraversa l'androne e sale a piedi per le scale, facendo cadere al suolo un cartone della pizza, per cui dallo stesso, anche se non fuoriesce la pizza, trafila dell'olio del condimento che si sparge sul pavimento dell'androne e/o sulle scale, viene senza dubbio a creare una situazione di pericolo; se nessuno si accorge di questo, magari perché a quell'ora, vista la serata invernale e

70 Obiettivo realizzato attraverso un progressivo decremento del carico su di esso gravante in tema di *onus probandi*, il cui unico temperamento si rinviene dall'aver circoscritto il campo della prova riservata, invece, al custode per tentare di sottrarsi alla responsabilità che la norma pone a suo carico per il solo fatto che il danno sia derivato dalla cosa che egli ha in custodia, al c.d. *caso fortuito*.

la pioggia battente, sono tutti a casa, nessuno avviserà il portiere e/o l'amministratore; mentre tanto si verifica, accade poi che un conoscente di un condomino che si era recato a fargli visita, prende commiato dal suo ospite e, nel percorso per uscire dal fabbricato condominiale, scivola sulle scale e/o nell'androne, rese insidiose dalla terribile miscela di acqua e olio, e cadendo si infortuna.

Allora, in un simile contesto fattuale, ritenere il condominio oggettivamente responsabile per tale evento appare verosimilmente eccessivo, in quanto, da un lato, sarebbe oggettivamente difficile, se non impossibile, pretendere dall'Ente di gestione uno sforzo di diligenza ancora più ampio, a meno di non voler ipotizzare che l'amministratore debba essere presente nel fabbricato condominiale 24 ore su 24, ispezionando di continuo il fabbricato, dentro e fuori, per prevenire eventuali situazioni di pericolo; dall'altro, occorrerebbe rivalutare la concezione del fortuito, indirizzandola in direzione del diverso profilo della mancanza di colpa, piuttosto che della mancanza del nesso causale (concezione che, del resto, è stata in tante decisioni fatta propria ed avallata dalla S.C.) e che pure viene pacificamente accolta in altre ipotesi assimilabili, come ad esempio nel caso di responsabilità del depositario.

Questo perché, in una situazione quale quella dell'esempio innanzi proposto - e che non è certo una situazione limite, di improbabile verifica, ma che, al contrario accade molto di frequente - appare di certo più ragionevole (ri)condurre la prova della esimente del caso fortuito sul versante soggettivo, collocandola quindi sul piano della comparazione tra quello che, in una simile situazione, può considerarsi come lo sforzo di diligenza che il custode avrebbe dovuto compiere e quello concretamente tenuto, all'esito del quale, ove emerga che il custode abbia profuso, nel caso concreto, quella diligenza che era da lui legittimo attendersi in un simile contesto⁷¹, lo stesso dovrebbe andare esente da responsabilità.

Pur se consapevole di andare controcorrente e di esprimere un'opinione difforme da quanto sostiene la dottrina maggioritaria, non ritengo irragionevole e fuori luogo, allora, suggerire l'adozione di una interpretazione della citata esimente che, pur senza degradare verso l'eccesso opposto, mantenendosi comunque rigorosa nella ricerca della sussistenza e prova degli elementi costitutivi di tale esimente, non si ponga in posizione di radicale ed aprioristica chiusura verso i profili soggettivi della fattispecie, la cui rilevanza, in un'ipotesi del tipo di quella

⁷¹ E cioè, mutuando una terminologia cara ai cultori di altre discipline, la c.d. *due diligence*.

sopra delineata, non può dirsi affatto trascurabile, e questo a maggiore ragione dato che le ipotesi in questione sono tutt'altro che infrequenti, in quanto esse consistono, indiscutibilmente, in situazioni di pericolo create da terzi, non conoscibili né eliminabili con immediatezza.

Si tratta, come è ovvio, di un delicato ed arduo bilanciamento di contrapposti interessi, dal quale tuttavia, nei termini sopra indicati, l'operatore pratico del diritto ed il giudice in particolare non può esimersi, perché se è indubbio che la tutela del danneggiato merita la massima considerazione, altrettanto indubbio è che risulta meritevole di non minore considerazione la posizione del presunto danneggiante, per il quale – ove in concreto il giudice verifichi che questi abbia realmente fatto applicazione della *due diligence* richiesta dal caso concreto, e ciò nonostante l'evento dannoso si sia verificato ugualmente, si rivela sostanzialmente ingiusta l'attribuzione comunque di una responsabilità – con le inevitabili conseguenze risarcitorie – per il solo fatto che un evento dannoso si sia verificato, per cui dovrebbe sostanzialmente, e parallelamente, restringersi l'area di applicazione della c.d. *causa ignota*.

In tale prospettiva, allora, meriterebbe di essere valorizzato quell'orientamento di legittimità, sorto con riguardo alla p.a. ma senza dubbio suscettibile di trovare applicazione anche allorquando il custode sia privato, secondo cui la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, di cui all'art. 2051 cod., avuto riguardo alla causa concreta del danno, rimane esclusa ove questi dimostri che l'evento sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione, ovvero da una situazione (come appunto la presenza di olio, mescolatosi ad acqua, sulle scale e/o sul pavimento dell'androne) la quale imponga di qualificare come fortuito il fattore di pericolo, avendo esso esplicito la sua potenzialità offensiva prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore dell'ente custode⁷²; dovrebbe quindi ritenersi sufficiente che il custode, oltre a dimostrare di avere adottato tutte le misure e precauzioni che da lui era lecito attendersi in relazione alle circostanze del caso concreto, dimostri che il fatto si è verificato in dipendenza della condotta di un terzo, ma non è necessario, per lui, al fine di evitare di incorrere nella responsabilità ex art. 2051 c.c., che il terzo in questione sia espressamente individuato, poiché, secondo la S.C., l'individuazione precisa del terzo non costituisce elemento essenziale

⁷² Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2013, n. 6101, in Banca dati *Pluriscadam.utegjuridica.it.*, voce *Responsabilità civile, sottovoce Cosa in custodia* (danni da).

per la prova dell'interruzione del nesso eziologico, nel caso in cui sia, comunque, certo l'effettivo ruolo del terzo stesso nella produzione dell'evento⁷³. Ruolo che indubbiamente appare certo nell'esempio che si è sopra prospettato, per cui un tale orientamento appare idoneo ad attenuare la rigidità con cui viene abitualmente interpretato, dalla giurisprudenza di legittimità, il concetto della *causa ignota*.

Per concludere, va detto che anche autorevole studioso mostra, se non di condividere, quantomeno di non negare a priori la possibilità di ammettere (anche) una concezione di tale responsabilità che non escluda del tutto l'aspetto soggettivo della fattispecie, con il sostenere che essa, quantomeno, consente di indagare il modo in cui il potere-dovere di sorveglianza da parte del custode sia stato concretamente esplicato nella singola specifica fattispecie, al fine di appurare, in sostanza, se il danno si sarebbe ugualmente verificato in presenza di una condotta differente da quella effettivamente – ovviamente nei limiti in cui essa risulti positivamente accertata – tenuta dal custode, oppure no⁷⁴; ricompare, allora, riacquistando vigore, il confronto tra lo sforzo diligente nel caso concreto dovuto e la condotta effettivamente mantenuta, del resto predicato dalla S.C. in tante decisioni⁷⁵; per completezza espositiva, va detto che anche altra autorevole opinione, nel mostrare di tenere la ricostruzione dottrinale in precedenza citata in non poca considerazione, riconoscendo come la stessa abbia trovato riscontro in una serie di pronunzie giurisprudenziali inerenti i danni causati da neve caduta dai tetti⁷⁶, tuttavia dissente dalle conclusioni cui il richiamato autore perviene, sul rilievo che la limitata indagine sulla condotta del custode, che tale opinione invocata, non avrebbe nulla a che vedere con la condotta del custode – e quindi con un profilo soggettivo della fattispecie ex art. 2051 c.c. - dal momento che tale indagine, in realtà, si risolve in un giudizio condotto sul piano causale, che consente di attribuire oppure negare rilevanza alla causa fortuita, per cui è solo l'indagine sul nesso di causalità che consente di distinguere il fortuito incidente da quello concorrente, e non la condotta del custode, in quanto, anche se una colpa di questi vi sia,

73 Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25029, in *Foro it.*, 2008, I, 3460.

74 GERI V., *op. cit.*, p. 74, citato anche da FRANZONI M., *op. cit.*, p. 511 e ss.

75 Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, *cit.*

76 FRANZONI M., *op. loc. cit.*

essa resta ininfluyente, in quanto assorbita nel testo normativo del danno da cosa in custodia⁷⁷.

Occorrerebbe, quindi, ricondurre la responsabilità ex art. 2051 c.c. ad un ipotesi di *responsabilità* non oggettiva, bensì *aggravata*, che come tale attribuisca al custode, in ragione dei poteri che la particolare relazione con la cosa gli attribuisce, cui fanno riscontro, peraltro, corrispondenti obblighi di diligenza, vigilanza e controllo, in ragione dei quali è imposta al custode l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare la produzione di danni a terzi, con lo sforzo adeguato alla natura ed alla funzione della cosa, nonché alle circostanze del caso concreto⁷⁸; anche perchè, come rilevato da altri, è stata la stessa S.C., in una notissima decisione, si è spinta alla ricostruzione della prova liberatoria del custode in termini di fortuito soggettivo, sostanzialmente affermando che il custode può andare esente da responsabilità anche solo dimostrando di avere prestato la diligenza dovuta, poiché in tal modo i giudici di legittimità hanno affermato, in modo invero dirompente, che la responsabilità ex art. 2051 c.c. si fonda su di un comportamento e/o un'attività del custode, e che il suo limite attiene ad un comportamento del custode medesimo⁷⁹; del resto, con successiva decisione, la S.C. ha affermato che la responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c., poichè deve prendere in considerazione la causa concreta del danno, comporta per il custode che egli risulterà liberato dalla medesima responsabilità ove dimostri che l'evento sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione, quindi da una situazione la quale imponga di qualificare come fortuito il fattore di pericolo, avendo esso esplicito la sua potenzialità offensiva prima che, ragionevolmente, potesse ritenersi esigibile l'intervento riparatore dell'ente custode,⁸⁰ ricostruzione della fattispecie condivisa anche dalla giurisprudenza di merito⁸¹.

Orientamento, questo, che dà conto in maniera esaustiva delle problematiche evidenziate nell'esempio innanzi formulato, fornendo quella

77 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 513.

78 APICELLA D., *op. cit.*, p. 850.

79 LAGHEZZA P., *Insidia e trabocchetto : un addio senza rimpianti*, in *Danno e resp.*, 2006, 12, 1234.

80 Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2013, n. 6101, in *Foro it.*, Mass., 2013, 182.

81 Trib. Torre Annunziata, Sez. Dist. C/Mare di Stabia, est. dr. Scarpati, 12 maggio 2012, inedita.

che, probabilmente, si profila come l'unica possibile risposta realmente conforme ad esigenze di giustizia sostanziale.

La Nuova Procedura Civile