

Paolo Cendon

Circostanze incerte e responsabilità civile

SOMMARIO 1. Pomeriggio nel bosco - 2. Certezza del diritto e certezza nel processo - 3. L'onere della prova - 4. Dettagli della fattispecie e criteri funzionali - 5. L'esempio del pallino da caccia - 6. Regole e controregole - 7. La rosa dei criteri - 7.1. Legge e processo - 8. Direzioni dell'alleggerimento/appesantimento probatorio - 9. L'area del "favor" per la vittima. Attività illecite, immorali, sleali - 9.1. Iniziative rischiose per la sicurezza altrui - 9.2. Il delitto non paga - 10. La salvaguardia dell'integrità fisiopsichica - 10.1. I diritti della personalità - 10.2. La tutela dei soggetti deboli - 11. L'area del "favor" per il danneggiante. Attività degne di incoraggiamento - 11.1. Le cause di giustificazione - 12. Area mista. Generalità - 12.1. Il criterio del "best avoider" - 12.2. La repressione del dolo e della colpa grave - 13. L'oggetto dell'incertezza: le componenti della fattispecie - 13.1. Il danno - 13.2. La causalità - 13.3. L'ingiustizia - 13.4. La colpevolezza - 13.5. L'imputabilità - 13.6. Criteri oggettivi di imputazione - 14. La responsabilità contrattuale - 15. Situazioni complesse - 16. Molteplicità di componenti incerte - 17. Pluralità di criteri monodirezionali - 18. Contrapposizioni e gerarchie - 18.1. La seduzione con promessa di matrimonio - 18.2. Ieri e oggi - 18.3. Il danno alla persona - 19. Motivazioni reticenti - 19.1. Criteri imprevedibili - 19.2. La funzionalità prima del dubbio - 19.3. Il diffamatore spregiudicato - 20. Il giudice ardimentoso a parole - 21. Il processo come male e la ricerca di altre strade - 21.1. Gestioni semplificate dell'incertezza - 21.2. Pluralità (effettiva o virtuale) di responsabili - 22. Il finale di Rashomon

1. Per affrontare i problemi del rapporto tra incertezza e diritto, con particolare riguardo al processo, un buon modo può essere quello di partire da un celebre film giapponese del 1950, "Rashomon" di Akira Kurosawa.

La trama della pellicola è probabilmente nota.

Giappone, novecento anni fa. Un samurai viene trovato morto nel bosco, ucciso da un colpo d'arma da taglio. Nel processo che ha luogo pochi giorni dopo emergerà più di un'ipotesi circa il possibile svolgersi degli avvenimenti.

L'antefatto della tragedia non è in discussione. Estate, primo pomeriggio: Tajomaru il famoso brigante sonnecchia, riverso all'ombra sotto un albero. Lungo il sentiero avanza a un certo punto un cavallo, tirato per le briglie da un samurai (Tazhehiro): sulla sella la moglie del guerriero (Hasago). Un venticello scosta a un tratto il velo dal viso della donna. Svegliato dalla brezza Tajomaru apre gli occhi: contemplare i tratti delicati di Hasago e sentirsi preso dalla voglia di lei è un tutt'uno.

In un attimo la trappola è tesa. Il bandito raggiunge di corsa la coppia. All'inizio il samurai lo scruta diffidente; Tajomaru gli mostra però la propria spada (affilata, lucente), spiegando di averla trovata sotto un tumulo, nella foresta: dove - continua - sono nascosti vari altri oggetti preziosi. Lascia intendere di poterli vendere a poco prezzo.

La curiosità e l'avidità hanno presto il sopravvento. Non appena il bandito si avventa su per l'erta, il samurai gli si infila appresso. Hasago viene lasciata sul sentiero. Poco dopo vediamo i due uomini giungere a una radura: qualche istante ancora ed ecco Tajomaru scagliarsi su Tazhehiro. I due rotolano fra le foglie, il samurai finirà presto sopraffatto.

Di nuovo il bandito giù, sul sentiero: concitatamente annuncia, per indurre la donna a seguirlo, che il samurai è stato morso da un serpente. Hasago reagisce con un moto di panico: una corsa scomposta tra gli alberi, urlando, il cappello che si perde su un cespuglio. All'arrivo nella radura c'è appena il tempo di scoprire Tazhehiro in ginocchio, i polsi stretti dietro la schiena: Tajomaru le è subito addosso, la rovescia sul muschio, sotto gli occhi del marito si compie la violenza.

° ° °

Da questo momento in avanti le versioni - circa il prosieguo dei fatti, e sulla maniera in cui il samurai ha trovato la morte - differiscono tra loro.

(a) versione di Tajomaru - La polizia ha acciuffato Tajomaru poche ore dopo il fatto. Ecco quanto il brigante racconta al processo.

All'amplesso amoroso la donna aveva finito per partecipare, eccome! Dopodiché il bandito era pronto ad andarsene. Era stata Hasago però a trattenerlo: "O muori tu o muore mio marito; questo il destino. Un disonore troppo grande per me. Non posso sopportarlo: apparterrò a chi dei due sarà vivo e farà vivere me".

Inevitabile a quel punto il duello. Ed ecco, dopo un attimo, le spade di Tajomaru e Tazhehiro incrociarsi: il brigante fiero, sicuro della propria forza, il samurai intemerato, resiste come può. Sarà il primo alla fine - la spada fra le dita, una mano sull'elsa ed una sulla lama - a infilzare dall'alto l'avversario, caduto a terra.

(b) versione di Hasago - Di tutt'altro segno la confessione che la moglie (ritrovata in un tempio, dove si era rifugiata) rende al processo.

Vediamo Tajomaru qui, dopo l'amplesso, allontanarsi sghignazzando; e Hasago rimanere a terra, in lacrime. A lungo geme la donna, la faccia stretta fra le mani; sinché a un certo momento si accosta a Tazhehiro e lo abbraccia. Soltanto allora si accorge dell'espressione del marito: "Quel terribile sguardo - la sentiamo deporre - il sangue mi si gela: nei suoi occhi non le lacrime del dolore, solo una luce fredda, un grande disprezzo per me".

Ecco la donna a quel punto trasformarsi: l'autocommiserazione cede il passo alla rabbia, poi all'aspezzazione, poi all'odio ("Non ne posso più, basta ti dico, non voglio. Basta, basta, basta"). Infine il braccio armato di lei che si alza, il colpo che affonda - liberatorio - nel petto del marito. Le ultime parole alla Corte: "Ditemi, cosa deve fare una povera donna come me?"

(c) versione di Tazhehiro - Diverso ancora il resoconto fornito dal samurai (cioè dal suo fantasma, cui una veggente darà voce nel processo).

Il Tajomaru che vediamo levarsi dall'amplesso è, questa volta, un uomo innamorato: ha scoperto cosa sia la passione, insiste perché la donna resti con lui. Hasago non è da meno: quando alza il viso, a Tazhehiro sembra di non averla mai vista così bella. La sente dire infatti a Tajomaru: "Vengo con te, portami dove vuoi". E il crescendo si fa anzi drammatico: "Uccidilo, devi ucciderlo ti dico".

Il brigante a quelle parole è sconcertato: troppa slealtà, crudeltà verso il marito! Subentra presto in lui l'indignazione: scosta da sé la donna, ammicca complice al samurai: "Che ne vogliamo fare? L'ammazziamo?".

Hasago vedendo la mala parata fugge; e anche Tajomaru la segue dopo un attimo.

Nella radura rimane il samurai. Cupo, a fissare il vuoto per un tempo infinito. Poi ecco il bandito che ritorna; si avvicina al prigioniero, lo libera dai lacci. Avverte: "E' scappata. Anch'io me ne vado".

Di nuovo solo con se stesso. Singhiozza a lungo, Tazhehiro: a che pro' vivere oramai? Eccolo in effetti raccogliere il coltello, come in sogno; puntare l'arma contro di sé, immergersela nel corpo fino all'elsa. Un istante prima di morire sentirà una mano, furtiva, che gli estrae la lama dal petto.

(d) *versione del taglialegna* - E' una ricostruzione, questa, che ascolteremo non già al processo, bensì più tardi: fra i ruderi di un tempio. Un acquazzone ha costretto qui tre uomini: un prete, un ladro, e il taglialegna appunto - lo stesso che aveva scoperto il cadavere, del samurai e che confessa ora di aver assistito, dietro un cespuglio, all'intero finale.

Qual è stavolta la veste di Tajomaru? Quella - racconta il taglialegna - di un uomo pentito, voglioso di perdono. Implora a lungo Hasago di sposarlo: "Ti porterò con me, sono disposto anche a lavorare. Non ti farò mancare nulla".

Lei esita però: "Non posso, sono soltanto una donna". I due uomini, lascia intendere, devono battersi ormai; scioglie lei stessa il marito dai lacci. Vinca il migliore.

Ecco però il colpo di scena. Comincia il samurai a tirarsi indietro: rischiare la vita per una che non è più niente per lui? Che sia la moglie a uccidersi, piuttosto ... e se no, che Tajomaru se la prenda pure.

Il brigante? In pochi secondi è diventato un altro: non solo rifiuta la tenzone, ma, ora che l'altro gliela regala, non gli importa più neppure della donna.

Sarà Hasago a quel punto a erompere: "I bambini siete voi. Un marito che fosse un vero uomo ...". A Tajomaru sputa in faccia addirittura: "Fra te e lui non si sa chi ha più paura".

Capiscono di non aver scelta i due. Quel che segue è però la parodia di un duello: basta che l'uno faccia un mossa, perché l'altro balzi all'indietro scalcando, gridando di paura. Poi ecco il samurai incespicare, cadere al suolo; arretrerà supino per alcuni metri sinché Tajomaru, tremante, non riesce in qualche modo a infilarlo.

o o o

Il finale del film non svela quale sia, fra queste versioni, quella vera.

Tajomaru - è chiaro - non sfuggirà alla condanna; per stupro, per frode, per sequestro. Anche per omicidio? Così dovrebbe essere ... ma chissà poi. Il taglialegna deve pure lui aver taciuto qualcosa: il prezioso pugnale della donna non è più stato ritrovato, è plausibile sia stato proprio il boscaiolo a prenderlo. Non l'ha ammesso con nessuno però: e se ha taciuto al riguardo non potrebbe aver mentito anche sul resto?

2. Il problema dell'incertezza nel processo è, in generale, proprio questo: stabilire quale fra le parti dovrà "rimetterci" (andare incontro a un verdetto sfavorevole) per il fatto che non è stato appurato, nel giudizio, in che modo siano andate effettivamente le cose.

E' un problema alquanto diverso come si vede - anche se punti di contatto non mancano - rispetto a quelli cui pensiamo, abitualmente, nel discorrere di certezza/incertezza "del diritto".

Con quest'ultima formula si allude abitualmente ai casi in cui oscura, o misteriosa, sia la norma stessa da applicare. Possono esservi (mettiamo) più disposizioni di legge in materia e non è scontato quale sia l'ordine gerarchico; può mancare sul punto una specifica prescrizione; può essercene una, ma di sapore equivoco, contraddittorio.

Gli inconvenienti, per il cittadino che deve intraprendere un'iniziativa, sono comunque i medesimi: insicurezza di manovra, spinte alla rinuncia o al conformismo. C'è una sanzione giuridica che incombe, non vien detto quale sia la condotta vietata, non si sa cosa fare o non fare.

Riferita al momento del "processo" l'incertezza pone altri tipi di difficoltà.

Rashomon ne fornisce un esempio; viene prospettata da imputati e testimoni, riguardo allo svolgimento dei fatti, una pluralità di ricostruzioni; ciascuna diversa in qualche sfumatura importante, tutte più o meno credibili. E' pacifico quale sarebbe, in

punto di diritto, il verdetto pertinente ad ognuna; non si sa però quale versione privilegiare.

E d'altro canto: l'istruttoria è ormai terminata, indagini ulteriori sono da escludere, una sentenza occorre pronunciarla. Come dovrà comportarsi il giudice?

3. La risposta che viene offerta d'abitudine, a domande del genere, suona abbastanza semplice: il rischio per il "buio" che non è stato diradato ricadrà sulla parte che aveva l'onere della prova, in merito a quella data circostanza.

Si tratta di vedere quale fosse, caso per caso, questa parte.

E' uso distinguere al riguardo fra criteri vigenti nel diritto penale e, rispettivamente, nel diritto civile.

Nel primo caso l'individuazione della figura in questione è (si ricorda) abbastanza agevole: vige qui una presunzione di innocenza, il peso di qualsiasi dimostrazione ricade per principio sull'accusa. Se questa non si è attivata a sufficienza, se la giuria non è stata persuasa che l'imputato è colpevole, costui andrà scagionato.

Meno univoco il quadro nel diritto privato, in particolare nella responsabilità civile

L'onere della prova può ricadere qui (si ricorda) sul danneggiante oppure sul danneggiato: non c'è un quadro distributivo a senso unico. I carichi processuali sono destinati a ripartirsi, secondo varie combinazioni, alla luce della fattispecie legislativa di cui trattasi; mutano anche in funzione della componente messa singolarmente in gioco (il danno, la causalità, la colpa). E così di seguito.

Tuttavia il meccanismo, si prosegue, rimane in prospettiva il medesimo. Una volta stabilito nell'onere di chi rientrava la prova del particolare rimasto incerto, il verdetto conclusivo sarà, pure in sede di risarcimento, qualcosa di automatico: condanna per la parte che non ha assolto il compito di trovare il bandolo della matassa, scagionamento per la parte avversa.

4. Tutto ciò - occorre dire - in linea prettamente teorica.

Nella realtà ben di rado le cose vanno così. Quasi ogni vicenda umana è destinata, stante la presenza di questo o quel dettaglio, a non collimare esattamente rispetto al paradigma legislativo. Due casi identici al mondo non esistono.

Spesso, è pur vero, si tratta di differenze trascurabili, comunque prive di rilievo per il diritto.

Altre volte non è così. Ci si trova dinanzi a peculiarità tali da impedire un'applicazione, pura e semplice, della falsariga probatoria che era stata immaginata in astratto: il risultato sarebbe eccessivamente disarmonico, penalizzante per una delle parti. L'incertezza dev'essere gestita altrimenti, proprio sul terreno del gioco processuale.

Per l'interprete si tratta allora di modulare, in considerazione di quelle circostanze, una *sub*-regola del caso, cioè un'altra combinazione giudiziale: ritoccando le indicazioni codicistiche secondo alcuni criteri di opportunità.

E sono criteri (anticipiamo) che andranno desunti, più o meno direttamente, dai principi generali dell'ordinamento: con un peso significativo attribuito, via via, ai dettami della morale, all'economia, a esigenze di prevenzione, a motivi di convenienza scientifica, all'efficienza, all'opportunità di non scoraggiare attività indispensabili, e così di seguito.

5. L'esempio del pallino da caccia (che esporremo, qui, nella veste più consona al discorso) può offrire qualche lume in proposito.

Un uomo che passeggiava per il bosco è stato trovato ferito; dal suo corpo viene estratto un pallino di piombo. Due i cacciatori che risultano essere stati presenti nei paraggi, in quell'arco di tempo. Entrambi figurano aver sparato almeno un colpo; le cartucce

dell'una e dell'altra doppietta appaiono compatibili con quel pallino. La vittima non ricorda nulla di utile. Ciascuno dei due cacciatori, che non si conoscevano fra loro, accusa l'altro del ferimento.

L'unica traccia fornita dai periti è che - stante la posizione in cui i convenuti si trovavano, e tenuto conto di ogni ulteriore elemento balistico - il cacciatore A ha il 55% di probabilità di essere il feritore, il cacciatore B il 45%.

Posto allora che le disposizioni legislative sulla causalità sono abbastanza elastiche da rimettere, al giudicante, margini non trascurabili di libertà, è possibile immaginare quanto segue:

(a) prima ipotesi - Nel suo foro interno il giudice ha già stabilito (poniamo) di non voler essere insensibile ai motivi di una recente campagna di stampa, promossa in Italia a favore dell'attività venatoria. L'opzione a favore di quella che chiameremo una "linea ragionevolmente innocentistica" si tradurrà, verosimilmente, nell'affermazione secondo cui il grado di probabilità causale necessario per una condanna deve essere, in situazioni come quella esaminata, non inferiore al 60%.

La conclusione è che ambedue i cacciatori verranno scagionati.

(b) seconda ipotesi - E' in atto nei giornali una crociata contro le armi in genere, e contro quelle da caccia in particolare. Il nostro giudice si sente ad essa solidale. L'opzione a favore di quella che possiamo chiamare una "linea ragionevolmente colpevolistica" si tradurrà nell'affermazione secondo cui il grado di probabilità necessario ai fini di una condanna dovrebbe essere, in ipotesi come quella considerata, non inferiore alla soglia del 40%.

La conclusione è che ambedue i cacciatori (sottolineandosi, magari, come il fatto che essi non si conoscessero non impedisca la prospettabilità di un "fatto" unico, ai sensi dell'art. 2055 c.c.) verranno condannati per lesioni colpose.

(c) terza ipotesi - Sono emersi durante il processo particolari specifici, relativi alla personalità dei due cacciatori, e tali da far scattare nel sistema argomentativo del giudice alcune istanze di ordine generale.

Si è scoperto (poniamo) che B non è un cacciatore in senso stretto: l'uomo è piuttosto una sorta di samaritano verde, uso a girare per i boschi allo scopo di convincere i veri cacciatori a rinunciare a quell'insana passione; essendo disposto, lui personalmente, ad abbattere al massimo i capi malati o sovrabbondanti di certe specie. E' risultato nel contempo come A sia un bracconiere incallito: autore di innumerevoli illeciti venatori, da sempre sprezzante verso i più elementari principi di tutela della vita - non solo animale ma persino umana.

La premessa del giudizio sarà, qui, verosimilmente diversa; e si postulerà che ai fini di una condanna in materia venatoria occorre di regola un 50% di probabilità causale.

La conclusione è che il cacciatore A verrà condannato e il cacciatore B assolto.

6. Un dato merita a questo punto di venir sottolineato.

Si è discusso fin qui come se il particolare storico idoneo a far scattare un certo criterio di opportunità - incoraggiamento della caccia, repressione dell'uso delle armi, punizione dei cattivi e premio ai buoni - fosse un quid circoscritto, volta per volta, a quel determinato episodio.

La realtà non è proprio questa. E non è neppur vero (aggiungiamo) che all'origine delle integrazioni tecniche che la regola di base può trovarsi a subire vi sia sempre, esclusivamente, la premura di quel certo giudice - l'attenzione, inattesa e singolare, verso una data circostanza di fatto.

Le cose al mondo tendono a ripetersi. E non di rado si determinano le condizioni affinché possa sbocciare, rispetto all'assetto di base, una vera "controregola giurisprudenziale": nel nostro caso, una combinazione inedita di ordine probatorio -

tratteggiata da questo o quel Tribunale, fatta propria successivamente dalle magistrature superiori, generalizzata poi a tutto l'ambiente.

Così come non è infrequente che quella prassi, una volta consolidatasi lungo gli anni, finisca per toccare la sensibilità del legislatore e trovare suggello poi in un'autentica "controregola normativa".

° ° °

Un esempio significativo, rispetto a entrambi i passaggi, può essere quello relativo alla (prova della) colpa del danneggiante.

In proposito la regola di fondo - *ex art 2697 c.c.*, in combinazione con l'*art. 2043 c.c.*: ma anche fuori d'Italia il quadro appare simile - è che a dover fornire quella prova sia la parte danneggiata.

Non è difficile accorgersi come un dettame del genere possa, in taluni casi, rivelarsi irrealistico e poco equilibrato. Ad esempio: in che maniera evidenziare leggerezze nella condotta di qualcuno che la vittima neppure conosceva, che nessun testimone ha visto all'opera, che ha agito al buio, dei cui movimenti nessuna traccia è rimasta, che è magari perito nella collisione o scomparso subito dopo il fatto?

E le difficoltà saranno ancor maggiori quando quel "qualcuno" si riveli, in effetti, un "qualcosa" - un impero aziendale geloso dei suoi segreti, un centro militare, una cittadella di tecnologia avanzata, un apparato della pubblica amministrazione, chiuso e impenetrabile agli estranei.

Ecco perché appare impeccabile, nel caso di una signora ammalatasi dopo che nella bottiglietta del *ginger ale* che stava bevendo è stata scoperta una lumaca decomposta, la conclusione secondo cui dovrà essere (I) non già la vittima a provare qual è stata la svista tecnica commessa durante la fabbricazione, bensì (II) il produttore della bibita, se vuol sfuggire alla responsabilità, a dimostrare la propria mancanza di colpe rispetto a quell'intrusione sgradevole (*Donoghue v. Stevenson, 1932*).

Così come naturale, oltre che fonte di ulteriore tranquillità per i consumatori, sarà il passaggio istituzionale successivo - ossia la propensione dei legislatori interessati, una volta che la controregola si sia affermata presso i tribunali, ad adottare testi che recepiscano definitivamente quell'indirizzo (quanto alla responsabilità del produttore, ciò è accaduto da noi con il d.l. 224/88, in attuazione della direttiva europea ...).

° ° °

E non è neppure detto, occorre aggiungere, che sia quello il punto d'arrivo. Là dove si affacci, a discapito della vittima, la minaccia di insidie processuali inedite o sottovalutate, può ben essere che le corti si orientino a introdurre statuti ancor più drastici.

E' quanto accade (per restare al nostro esempio) nell'ipotesi di scoppio improvviso di un oggetto, in particolare di un prodotto industriale di consumo. I repertori abbondano di casi del genere.

Scoppio, ad esempio, di un bottiglia contenente una bibita gasata (col risultato che il tappo o le schegge feriscono un cliente di passaggio); esplosione di bombole di gas (con conseguente distruzione delle suppellettili o sbrecciature ai muri dell'appartamento); esplosione della batteria di un'autovettura (con fuoruscita di liquidi corrosivi nel resto del motore); scoppio di un televisore (come nell'episodio che ha avuto quale vittima l'attrice Solvi Stubing: la quale, a seguito del fatto, vedrà il mobilio del suo appartamento avvolto in un incendio e semidistrutto). E l'elenco potrebbe continuare.

Immaginiamo che in situazioni del genere non sia agevole, come spesso accade, accertare con sicurezza la causa ultima dello scoppio: in quali termini dovrà atteggiarsi la regola di giudizio?

Applicando lo schema - cioè la controregola - di cui ai recenti provvedimenti sulla r.c. del produttore, i passaggi suonerebbero: (I) sarà la vittima a dover provare che il

prodotto era difettoso; (II) sempre la vittima dovrà dimostrare che è stato quel difetto a provocare lo scoppio; (III) spetterà al produttore provare, invece, che il difetto in questione non è imputabile a errori di progettazione o fabbricazione da parte sua.

Ecco il punto allora; dinanzi a eventi come quelli descritti una griglia del genere si tradurrebbe, per un'alta percentuale di casi, in una finta protezione per la vittima.

Come dimostrare, in effetti, i tratti di imperfezione di un manufatto che in seguito allo scoppio (magari unico campione della serie) è andato in mille frantumi? E come affrontare - quando i frammenti apparissero pur consistenti, tanto da autorizzare congetture circa le cause del difetto - i costi di una consulenza tecnica presumibilmente minuziosa e sofisticata?

Nessun stupore perciò che i nostri tribunali si avventurino, qui, ben oltre la linea sopraesposta: e che la vittoria nella causa - postulandosi che giustificata sarà non soltanto (l'introduzione di) una presunzione di colpa a carico del produttore, bensì anche una presunzione di difettosità del prodotto, nonché una presunzione di causalità tra difetto ed evento - arrida alla vittima, tendenzialmente, alla sola condizione che risulti pacifico il fatto dello scoppio.

7. Riprendiamo ora il filo del discorso.

Il primo passaggio da approfondire è quello relativo alle modalità di gestione dell'incertezza in situazioni di particolare complessità "storica" - modalità che si riassumono (dicevamo) nella messa in gioco di qualche criterio integrativo, desunto in generale dall'ordinamento, secondo quanto appaia via via opportuno.

Le domande in proposito sono più d'una. Si tratterà di appurare, anzitutto, quali siano effettivamente i riferimenti in questione, a beneficio di quale parte essi operino, in che modo debba avvenire - nel processo - la chiamata in causa dell'uno piuttosto che dell'altro.

Problemi ulteriori atterranno alla soluzione da preferire allorché i dettami attivabili appaiano, in relazione ad un certo caso, più d'uno, nonché contrastanti fra loro. E così di seguito.

7.1. Cominciamo dal primo punto.

L'osservazione da cui muovere è che non vi sono, di norma, sostanziali differenze tra i materiali sul cui tenore ci stiamo interrogando e i principi che appaiono utilizzati, dal legislatore, per costruire il sistema stesso delle fattispecie di responsabilità - e per distribuire all'interno di esse i carichi probatori.

E' quanto si constata in particolare nell'esempio della caccia. Allorché il giudice opta per una lettura in chiave prettamente ecologica, il registro applicato non è diverso, di per sé, da quello che ha già indotto il codice civile a disciplinare con severità lo svolgimento delle attività pericolose, e che ha spinto la giurisprudenza a ricondurre l'attività venatoria sotto l'egida dell'art. 2050 c.c.

A cambiare è unicamente il tasso di ricaduta processuale - che, stante la qualità del dettaglio in questione (di accentuato risalto etico/naturalistico), si tradurrà nella prospettazione di soglie di probabilità alquanto basse.

Lo stesso nell'esempio dei prodotti difettosi. Dando vita a presunzioni di difettosità o di causalità le corti altro non fanno, a ben vedere, se non procedere lungo il verso (tutela del consumatore) che ha già guidato il legislatore nel tratteggio della disciplina di settore. Mutano solamente la misura e la quantità dei risvolti istruttori - com'è richiesto da un accadimento quale lo scoppio, dinanzi a cui il gioco di un'inversione ristretta alla mera colpa troppo spesso frustrerebbe le istanze difensive della vittima.

Nè il discorso cambia allorché il parametro evocato appaia teso a contrastare, non già ad assecondare, il *trend* processuale della fattispecie. Diversa essendo la qualità del dettaglio (che ha indotto a scostarsi dalla regola) non potrà non mutare la direzione

verso cui muove il ritocco statutario. Resta il fatto che difficilmente quell'ispirazione non sarà riconducibile, più o meno direttamente, a qualcuna fra le chiavi che già operano entro il circuito aquiliano.

Torniamo all'esempio del pallino da caccia.

Il motivo della tolleranza per l'attività venatoria - una delle varianti sopra immaginate - è ben vicino ai precetti che vogliono fronteggiati energicamente i rischi di sovrappopolazione di alcune specie naturali; e appare collegabile, su scala più ampia, alle norme che presidiano il libero svolgimento di varie iniziative umane e, in generale, l'indipendenza di manovra in quanto tale.

Il profilo dell'indulgenza per le goffaggini altruistiche si lascia ricondurre, a sua volta, a un sottoinsieme di cui fanno parte disposizioni come quelle che guardano con indulgenza all'usurpatore in buona fede, o come quella che tutela il gestore d'affari mosso da istinti spiccatamente filantropici.

Il tema del biasimo per la malevolenza può, d'altro canto, venir riportato al gruppo delle prescrizioni che puniscono talune figure di danneggianti "cattivi": maggior ammontare risarcitorio, ad esempio, nei confronti di chi figurì più in colpa nell'inquinare, oppure nel contribuire alla realizzazione di un illecito collettivo, o nell'arrecare un danno in concorso con la vittima.

8. Si tratta di spostare ora l'attenzione sul versante soggettivo - esaminando, e riordinando, i vari riferimenti a seconda della parte che appare destinata a trarre profitto, caso per caso, dalla loro entrata in scena.

Il principio di fondo (dicevamo) è che la direzione verso cui il criterio "lavora" entro le fattispecie legislative - o più ampiamente all'interno del sistema - non è diversa, abitualmente, da quella verso cui avviene la rimodulazione degli equilibri probatori, da parte del singolo giudice.

Il che significa che due saranno essenzialmente, ai fini che qui interessano, le aree d'influenza prospettabili: la prima relativa ai registri che tendono a operare (in via prevalente o esclusiva) a favore della vittima, la seconda relativa a quelli di cui si avvantaggia normalmente il convenuto.

Vi è poi una terza area, che possiamo chiamare mista; a rientrarvi sono i tramiti suscettibili di operare, secondo la parte cui inerisce il dettaglio rilevante, sia in favore della vittima sia a beneficio del danneggiante.

9. Cominciamo dall'area di *favor* per la vittima.

Benché il risultato sia tendenzialmente intercambiabile, conviene operare un distinguo a seconda che la correzione probatoria mostri di dipendere, principalmente, da un riguardo per la natura dell'interesse colpito o, all'opposto, da fattori inerenti alla sfera del danneggiante.

In quest'ultimo ambito, si segnala anzitutto il gruppo delle attività di natura illecita, immorale, illegale - con uno spicco particolare per le iniziative penalmente o amministrativamente repressive.

Gli esempi possono essere più d'uno.

Prendiamo un caso fra i più semplici, quello dello scontro fra due automobili; supponendo che la vettura condotta da A sia un'utilitaria di proprietà dello stesso A, quella condotta da B una prestigiosa sportiva rubata: una macchina che B (il ladro) stava cercando di portare oltre confine, per consegnarla a un'organizzazione internazionale specializzata nella ricettazione di automobili di lusso.

E' verosimile allora, in nome dei principi di lotta alla criminalità, che non pochi fra i dubbi circa le modalità della collisione (quanto alla causalità, alla colpevolezza, all'imputabilità) andranno fatti rientrare nel fardello probatorio di B: e ciò indipendentemente - attenzione - da specifiche concordanze fra gli scopi delle norme

che appaiono violate dal contegno penalmente rilevante e, rispettivamente, da quello relativo alla meccanica dell'incidente.

Indicazioni analoghe possono riguardare il campo delle iniziative sleali, con una menzione più attenta per il settore della concorrenza commerciale.

Così, l'imprenditore vittima di un accordo di annientamento fra i suoi concorrenti (accordo mirante a boicottarlo, a tagliare i suoi contatti con banche e fornitori, a isolarlo dal traffico negoziale) dovrà ritenersi esentato, di regola, dal fare emergere in giudizio tutto un nugolo di sfumature - quelle rispetto a cui la prospettazione di oneri troppo puntigliosi, a suo carico, comprometterebbe gli obiettivi di un'efficace repressione della scorrettezza.

9.1. Altro terreno su cui la vittima vedrà alleggeriti - di norma - i propri cimenti di ordine probatorio, appare quello inerente alle operazioni (del convenuto) che, benché non illecite, presentino margini di accentuata insidiosità per il benessere altrui.

Consideriamo il caso seguente: (I) un'epidemia ha colpito i conigli dell'allevamento di Tizio; (II) dalle ciminiere della fabbrica di Caio, situata a non molta distanza, fuoriescono un giorno zaffate di vapori tossici; (III) poco tempo dopo gli animali muoiono.

Orbene, è plausibile che l'accertamento circa i tratti di insalubrità dell'industria di Caio avrà l'effetto di ritorcere contro quest'ultimo - in proporzione diretta al grado di primitività/sgradevolezza delle lavorazioni - i dubbi quanto al fatto che le bestie sarebbero perite già per il fatto dell'epidemia.

Un esempio ulteriore, tratto da una vicenda accaduta a Trieste all'inizio degli anni '80, può essere questo: (I) un'impresa edile ha lasciato malcustodito il proprio cantiere, lungo il marciapiede che costeggia un precipizio sul mare; (II) un uomo inciampa e cade oltre il muricciolo, nella foga di raggiungere il figlioletto che, penetrato di corsa entro il cantiere, si era issato sul parapetto per contemplare meglio il panorama.

Il poveruomo si sfracellerà contro uno scoglio, trovando morte all'istante.

Anche qui la soluzione, ai fini probatori (molti erano i punti oscuri nell'episodio), è abbastanza intuibile: toccherà all'impresa dimostrare che la scarsità dei cavalletti di recinzione non abbia facilitato, significativamente, l'ingresso del bambino nel cantiere - e dimostrare poi che gli attrezzi ammonticchiati contro il muricciolo (assi, tubi, mucchi di sabbia) non abbiano svolto un ruolo apprezzabile nel favorire la caduta della vittima.

9.2. Il biasimo verso un'azione che non solo leda le altrui prerogative, ma sia mossa da ragioni di basso tornaconto, interesserà il campo aquiliano ogniqualvolta il risultato sia l'infrazione di un danno a qualcuno.

Cosa fare però allorché il profitto che l'azione illecita assicura superi, di tanto o di poco, la misura delle perdite arrecate all'offeso?

La risposta, in un'ottica sensibile ai motivi della prevenzione, appare abbastanza scontata: occorre vanificare a monte il calcolo economico dell'autore - ossia prevedere che quel *surplus* di profitto andrà pur esso corrisposto, oltre al risarcimento, alla vittima.

E, nel caso di ombre circa momenti della causalità o della colpevolezza o su altre componenti della vicenda, nessun dubbio quale sarà la parte chiamata a pagare lo scotto maggiore.

Consideriamo le ipotesi che seguono.

(a) Le vendite di un rotocalco scandalistico sono state, per un certo fascicolo, il doppio del consueto. Tre gli *scoop* - tutti quanti succulenti - presenti nel numero fortunato: il primo, un articolo lesivo della riservatezza di una celebrità (pettegolezzi di natura sanitaria e sessuale), gli altri due servizi perfettamente leciti.

La *vedette* cita la rivista per i danni; chiede altresì (e il giudice appare in via di massima d'accordo) il maggior profitto che è stato conseguito dal giornale: non si riesce però a stabilire in qual misura il successo del fascicolo sia dipeso dal servizio indiscreto.

Orbene, appare in armonia col principio "il delitto non paga" l'assunto secondo cui spetterà al rotocalco far luce sulle varie concomitanze che potrebbero, per una ragione o per l'altra, rovesciare il sospetto di diretta causalità tra il servizio sotto accusa e l'eccezionalità delle vendite.

(b) A maggior ragione un'impostazione del genere si raccomanderà là dove il precetto in esame figuri, addirittura, codificato.

Poniamo che alcune fabbriche, ciascuna indipendentemente dalle altre, abbiano inquinato le acque di un fiume, arrecando alla collettività un danno ecologico. Fra le tre industrie convenute una soltanto - quella A - può alla fine dell'anno vantare un saldo attivo di bilancio; le altre due hanno chiuso i conti in rosso.

In ciascuno dei tre bilanci (poniamo) il peso dell'attività che ha condotto all'inquinamento è senz'altro preponderante; impossibile però stabilire quale sia stata l'incidenza delle varie emissioni nel perturbamento delle acque.

Ecco allora che, per la quota risarcitoria di cui deve farsi carico, spetterà all'industria A la prova che il contributo fornito al degrado ambientale - al di là di ogni rilievo contabile/finanziario - è stato in effetti marginale.

10. Veniamo ora ai casi in cui il *favor* (processuale) verso la vittima appaia spiegabile, precipuamente, con una considerazione per il rango della posizione colpita.

A spiccare sono qui anzitutto le figure di attentato ai beni fondamentali della persona - vita, integrità psicofisica, salute. Numerosi gli esempi che offre al riguardo la giurisprudenza.

(a) Una prima indicazione, corrispondente anche a significative prese di posizione a livello comunitario, riguarda i trattamenti medico/chirurgici c.d. di *routine*.

Si tratta di evenienze in cui alle ragioni di salvaguardia per la vittima non fanno riscontro, normalmente, specifiche necessità di incoraggiamento per la ricerca scientifica, né esigenze di particolare comprensione per le fatiche del sanitario.

In deroga alla regola base di giudizio, che vorrebbe la vittima tenuta a evidenziare causalità e colpevolezza, sempre più spesso le nostre corti affermano allora che il danneggiato - trattandosi di interventi di ordinaria amministrazione - potrà limitarsi a fornire la prova di tre elementi: il proprio stato morboso iniziale, il contratto sanitario che è stato stipulato, l'evento lesivo in cui è sfociato il trattamento (elementi neppur troppo difficili da evidenziare, nella gran parte dei casi).

Spetterà al medico o all'ospedale far valere, in contrario, l'esistenza di fattori (questi sì talora inafferrabili) tali da diminuire o da escludere - sotto il profilo del caso fortuito, dell'interruzione del nesso eziologico, della lievità della colpa - la propria responsabilità.

(b) Altra traccia ragguardevole appare quella fornita dal Tribunale di Lucca ... Il caso era il seguente.

Nasce in un ospedale un bambino, con una grave forma di paralisi al braccio destro. Risulterà come il piccolo si fosse presentato, fin dall'inizio, mal posizionato nel grembo della madre: sarebbe stato opportuno far luogo a un parto cesareo, e sarebbe occorsa comunque l'effettuazione di manovre speciali, da parte degli ostetrici, onde modificare quella posizione prima del travaglio.

Non era sicuro che tutto ciò sarebbe valso a scongiurare l'evento. Stando alle indicazioni della letteratura medica esistevano, però, buone possibilità che così sarebbe stato.

Leggiamo allora nella motivazione: "Il c.t.u. ha rilevato che una visita medica accurata della Maffei, al suo ingresso in ospedale, avrebbe rilevato una macrosomia fetale in presenza della quale si sarebbe potuto procedere a taglio cesareo (...) Ha altresì evidenziato che la distocia delle spalle, cioè l'anomalia del periodo espulsivo per effetto della quale entrambe le spalle o la sola spalla anteriore non permettono l'espulsione o l'estrazione del tronco con le comuni manovre di assistenza all'ultimo periodo del parto richiedeva tutta una serie di manovre, abbondantemente descritte in dottrina, che, se praticate con competenza e tempestività, avrebbero potuto avere come conseguenza una minore incidenza statistica nella determinazione della paralisi (...) Orbene dovendosi ritenere che la scelta del taglio cesareo, in caso di macrosomia fetale, e l'effettuazione delle manovre segnalate dal c.t.u., in caso di distocia alla spalla, costituiscono quelle prestazioni sanitarie necessarie che il medico deve effettuare perché possa affermarsi che l'ente ospedaliero abbia fornito la sua prestazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176 (...) al collegio compete accertare se l'ente convenuto ha dimostrato di aver tenuto siffatta prova. Il detto ente si è fatto carico di provare che il parto è avvenuto con l'assistenza del medico di turno tempestivamente chiamato dall'ostetrica, nonché che tutte le cure occorrenti sono state prestate alla partoriente, e ciò per sostenere che l'evento verificatosi è attribuibile all'imponderabile, ma la prova in tal senso non può dirsi fornita. Premesso che la lacunosa cartella clinica non contiene alcuna descrizione delle manovre eseguite per la espulsione del feto e, quindi, non consente di accertare se le manovre indicate dal c.t.u., necessarie per la distocia alla spalla, siano state effettuate, insignificante è apparsa sul punto anche la prova orale espletata (...) In effetti, i testi escussi si sono limitati a confermare che il medico di guardia è tempestivamente intervenuto in sala parto, ma non hanno minimamente riferito quali manovre detto medico abbia effettuato". In conseguenza a ciò l'ospedale verrà condannato a pagare al bambino la somma di 200 milioni.

(c) E' meglio, per una signora, non avere nessuna cicatrice e tenersi un fondoschiena sovrabbondante e cosce eccessivamente pingui? O meglio invece, per l'interessata, andare in giro con un sedere adolescenziale e fianchi invidiabili, però con vistose cicatrici nel luogo dei tagli effettuati per asportare il grasso superfluo?

Cicatrici - attenzione - comunque inevitabili tecnicamente, al di là di ogni scrupolosità dell'intervento medico; e tali che nessuna lingerie o costume da bagno, date le zone del corpo interessate, riusciranno a occultare.

Se la domanda può in astratto ottenere varie risposte, un punto è certo: tocca all'interessata scegliere fra le diverse combinazioni di bene e di male. Meno semplice invece il quesito successivo: nel processo intentato dopo la scoperta delle cicatrici, quale fra le due parti (medico e paziente) sarà tenuta a provare che il consenso all'intervento plastico è stato effettivamente prestato?

Un consenso, beninteso, non di tipo qualsiasi: dovrà trattarsi di un consenso "informato" - emesso cioè dopo che i dati prognostici sono stati presentati alla paziente in maniera particolareggiata, investendo con assoluta chiarezza le conseguenze ineluttabili e probabili dell'operazione.

Orbene, la risposta alla domanda (Cass. civ. 6 ottobre 197 ..) è che la prova circa l'avvenuta prestazione di quel consenso spetterà indefettibilmente al convenuto; e dovrà trattarsi anzi di una prova ben esplicita e documentata.

Non basterebbero cioè mere illazioni o congetture, come quella in cui si accampasse che, trattandosi dell'asporto di una massa adiposa di 5 chili, la paziente non poteva non aver messo in conto le cicatrici; semmai occorrerà postulare che poche donne accetterebbero a cuor leggero di scambiare cinque chili di grasso con un metro e cinquanta di cicatrici - non dissimulabili né sulla spiaggia né nell'intimità.

10.1. Lungo la medesima lunghezza d'onda - *favor* probatorio per la vittima, giustificabile con il lignaggio della situazione violata - si segnala il comparto dei diritti della personalità.

Un esempio è rinvenibile nuovamente sul terreno della riservatezza.

Immaginiamo che Tizio, personaggio agli onori della cronaca, scopra all'improvviso una sera - mentre è a casa propria, in situazione di accentuata intimità - che Caio, fotografo di un *tabloid* pruriginoso, sta scattandogli dal ramo di un albero (fuori della finestra) varie istantanee a raggi infrarossi. E supponiamo che nel parapiglia successivo l'apparecchiatura fotografica di Caio finisca danneggiata, e che lo stesso paparazzo riporti qualche ammaccatura, inciampando durante la fuga.

Orbene è fondato concludere che, in tribunale, l'allegazione di eventuali riscontri atti a far passare Tizio più o meno risolutamente dalla parte del torto - la prova (mettiamo) che Caio avrebbe consegnato spontaneamente il rullino, laddove Tizio gliel'avesse chiesto; o che Tizio ha lanciato contro Caio vari oggetti acuminati; o, a maggior ragione, che i due sarebbero stati d'accordo nell'inscenare l'agguato fotografico - dovrà far carico per intero al fotografo.

Un esempio ulteriore può cercarsi nell'ambito dei diritti di libertà.

Supponiamo così che Mevio, in seguito alla svista del custode, si trovi rinchiuso un venerdì sera nelle cantine di un edificio abbandonato, nel quale era entrato dietro invito del proprietario (per trattative circa la vendita dell'immobile). Telefoni inattivi, nessuno a portata di voce, minime probabilità di soccorsi all'indomani: nella ricerca di scappatoie accadrà che il malcapitato finisca per procurarsi varie escoriazioni.

Di qui una richiesta di danni al proprietario dell'edificio, nonché datore di lavoro del guardiano.

Orbene, è verosimile che sarà quest'ultimo a dover dimostrare l'esistenza, rispetto al tragitto seguito da Mevio, di una via d'uscita alternativa, facile da trovare nonché priva di insidie; e andrà a scapito del convenuto l'eventuale difficoltà di conferire a obiezioni del genere margini di sufficiente credibilità - ad esempio, per il fatto che l'edificio in questione è stato nel frattempo demolito.

10.2. Altra chiave importante è quella che fa capo alla fragilità (fisica, psichica, anagrafica, istituzionale) del danneggiato.

Si tratta di un vessillo riportabile, in generale, ai motivi dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini - più precisamente, alle norme che mirano a ripristinare, attraverso gli strumenti del diritto, parte degli spazi esistenziali di cui il fattore debilitante pregiudica volta a volta il godimento. Il panorama legislativo, e costituzionale, risulta in proposito assai vasto.

Ai fini che qui interessano sintomatico appare, in particolare, l'esempio della disciplina del concorso di colpa dell'incapace.

Com'è noto, la nostra Cassazione si è da tempo orientata a ritenere che gli incapaci naturali - pregiudicati da un evento alla cui produzione essi abbiano contribuito con la propria negligenza - saranno da parificare, nel trattamento, alle persone normali: vedendo quindi ridotte le loro pretese risarcitorie *ex art. 1227 c.c.*

E' verosimile che una soluzione simile meriti, in linea di principio, di venir approvata.

Ciò non significa però (ecco il punto) che il *Leit-motiv* della tutela dei soggetti deboli debba, qui, scomparire del tutto: proprio la definizione degli statuti destinati a operare in giudizio appare, anzi, fra i passaggi in cui l'istanza in esame tornerà a farsi, di regola, sentire.

Pensiamo al caso di un automobilista il quale travolga col suo mezzo una bambina di due anni, arrecandole varie ferite. La piccola non potrà venir reintegrata anche per la quota dei danni ascrivibili alla sua imprudenza (si era lanciata già dal marciapiede all'improvviso). E' verosimile però che un'ampia rosa di micro-incertezze circa gli avvenimenti si ritorcerà, in tribunale, contro l'automobilista - chiamato a fornire

delucidazioni sia in merito all'entità della colpa (soggettiva) della piccola, sia in ordine all'incidenza della stessa nella causazione dell'evento.

Né opportunità del genere appaiono circoscritte, beninteso, ai soli incapaci d'intendere e volere: lo stesso varrà per i menomati fisici e sensoriali, per i sordi, per i ciechi, per le persone con difficoltà di ambulazione, per i preadolescenti, per gli epilettici, per gli anziani della quarta età, etc.

Ad esempio: supponendo che una donna incinta perda l'equilibrio e cada - a seguito di una brusca frenata, mentre è trasportata su un autobus - riportando la lussazione ad un'anca, è plausibile che i dubbi circa l'attendibilità delle varie affermazioni di scusa (avanzate dal conducente del bus, da terzi automobilisti, dall'ente per la manutenzione della strada) verranno a gravare sui singoli convenuti tanto più risolutamente quanto meno siano i giorni che mancano al lieto evento.

11. Spostiamoci adesso all'area dei criteri che sono destinati a operare a favore del danneggiante.

Le ragioni per cui il giudice può sentirsi indotto a considerare con simpatia la posizione di quest'ultimo appaiono, anche qui, di vario genere. Un filo conduttore comunque non manca.

Si tratta - simmetricamente a quanto osservato poco sopra - dell'opportunità di non lasciare sguarnite in sede probatoria attività che meritano, per se stesse, di venire incoraggiate dal diritto, o di svolgersi comunque con relativa tranquillità.

Il bene (da premiare) al posto del male (da reprimere), in giudizio come sul piano sostanziale.

(a) Un primo gruppo di esempi abbiamo già avuto occasione di incontrarlo. Sono le evenienze in cui, da un'intrusione di tipo altruistico, attuata da Tizio nei confronti di Caio, minacci di derivare a quest'ultimo un danno. La comprensione che una serie di norme riservano al primo soggetto si ridurrebbe, talvolta, a poca cosa qualora non vi venisse fatta corrispondere, sul terreno rituale, una gestione dell'incertezza in senso vantaggioso per Tizio.

Conclusioni simili saranno ancor più solide (occorre aggiungere) là dove i valori in campo appaiano di tipo pubblico, diffuso, collettivo, generale.

Leggerezza nei carichi probatori, dunque, per chi abbia pregiudicato altri nel corso di atti compiuti al servizio della patria, in particolare per combattere il crimine (specie quello organizzato: narcotraffico, sequestri di persona, estorsioni, sfruttamento della prostituzione, riciclaggio del denaro, etc.), comunque nell'interesse della nazione.

(b) Un riscontro testuale esplicito vantano, in quest'ambito, le attività di collaborazione con la giustizia.

La *ratio* dei precetti che condizionano qui al dolo o alla colpa grave la responsabilità del convenuto è, in sostanza, che trattamenti più severi rischierebbero di menomare la spontaneità o la serenità di quella partecipazione. Andranno perciò assicurati, *a priori*, soggetti quali gli autori di esposti, i denunciati, i testimoni, i cancellieri, le parti civili, i consulenti tecnici, per non parlare dei p.m. e dei giudici.

Di qui però l'esigenza di immaginare (ecco il punto) un *favor* parallelo sul terreno dei risvolti probatori, quali si tratta di rifinire in sede di giudizio - tanto più ricordando come i nodi della giustizia siano fra quelli che, più spesso, si affacciano sulla scena aquiliana con un alone ricco di misteri.

(c) Ancora: sarebbe da respingere una gestione (processuale) dell'incertezza che apparisse tale da intralciare, a monte, lo svolgimento di imprese mirabili sotto il profilo scientifico, oppure volte alla scoperta di nuove fonti di energia, in generale tese a far avanzare l'insieme delle conoscenze umane, o dirette comunque alla

salvaguardia del patrimonio artistico, archeologico, letterario, storico, architettonico del paese.

(d) L'economia è destinata ad avere, pur essa, un peso ragguardevole nel nostro campo - come testimoniano fra l'altro le ricordate prescrizioni del c.c. che coprono, sino alla soglia della colpa grave, le gesta dell'usurpatore in buona fede.

Ne consegue però la necessità di puntare, anche qui, su assetti distributivi che valgano a incentivare (a non disincentivare) la produzione di ricchezza, la creazione di nicchie inedite di mercato, il velocizzarsi del traffico, la messa a punto di nuovi prodotti e servizi, il miglioramento delle tecnologie, la crescita dello sviluppo, comunque la libertà di manovra - facendo sì che le risorse cadano, in generale, nelle mani di chi è in grado di usarle più proficuamente.

Così, qualora risulti che A ha disposto senza autorizzazione della cosa di B, ed emerga però che la destinazione impressa da A a quel bene è - in astratto o in concreto - più promettente rispetto all'uso che poteva farne A, occorrerà concludere che più di un'incertezza su tratti della colpevolezza o della causalità deve ritorcersi, in giudizio, contro B.

E gli esempi potrebbero generalizzarsi - per quanto la responsabilità vi figuri coinvolta - ad ognuno dei richiami di cui sopra.

(e) Conclusioni analoghe, sulla base di istanze pur diverse, si raccomandano là dove siano in questione obiettivi di efficienza sociale, in particolare la tranquillità d'animo da preservare ad alcuni dipendenti pubblici: insegnanti ad esempio, ma anche altre categorie di lavoratori, destinatarie di specifici alleggerimenti nelle leggi di settore.

Non tanto sul versante in cui si fronteggiano *ex lege Aquilia* il danneggiato, da una parte, e l'ente preposto, dall'altra parte, quanto piuttosto su quello del giudizio di rivalsa (promosso dal vicario contro il prestatore, per il rimborso del risarcimento erogato), è verosimile che tutta una serie di indizi circa la presenza/assenza della colpa grave o del dolo andranno montati, riguardo alle zone buie del processo, in chiave propizia per il lavoratore.

11.1. Statuti favorevoli sull'incertezza si attaglieranno altresì a chi possa invocare, per esimersi dal danno che ha arrecato, la copertura di una causa di giustificazione.

Quanto alla legittima difesa (art. 2044 c.c.) è possibile immaginare quest'ipotesi: (I) Tizio spara e uccide un grosso cane da guardia che, per strada, mostrava intenzioni aggressive; (II) risulterà che, nel corso di emergenze analoghe, un semplice colpo in aria era bastato di solito per arrestare l'animale; (III) si scoprirà che Tizio era al corrente di tutto ciò.

A Tizio - meritevole di tutela, in quanto verosimilmente minacciato - basterà far risaltare nel processo l'evidenza più esterna e palpabile degli avvenimenti; qualsiasi contro-allegazione utile al trionfo di verdetti sfavorevoli a Tizio (in particolare, la prova circa le effettive intenzioni del cane nel contesto) spetterà al proprietario della bestia.

Stesso discorso sul terreno dello stato di necessità (art.2045 c.c.). L'esempio può essere qui il seguente: (I) la vetrina della farmacia di X subisce una spaccata e alcuni medicinali vengono rubati; (II) i sospettati della rottura sono due, Y e Z, e ciascuno di essi figura essere entrato in scena - per impossessarsi dei farmaci che gli servivano - indipendentemente dall'altro; (III) emergerà come Y avesse agito in stato di necessità, essendo stato morso da un vipera, mentre Z cercava semplicemente dei digestivi; (IV) ciascuno dei due convenuti accusa l'altro di aver frantumato la vetrina, e afferma di essere giunto sul luogo più tardi.

Ebbene, è ragionevole che, entro una certa soglia di opacità indiziaria, la curvatura processuale dovrà andare qui a beneficio di Y, l'unico a potersi fare scudo dell'art. 2045 c.c.; non sarebbero cioè decisivi, in contrario, argomenti d'ordine meramente

induttivo - come quello secondo cui è più logico che a rompere una vetrina sia chi ha ragione di temere per la propria vita, rispetto a chi abbia semplicemente noie con il proprio stomaco.

Indicazioni non diverse, con coefficienti di indulgenza variabili secondo le circostanze, varranno per chi possa invocare esimenti d'altra natura - quali l'esercizio del diritto, l'esecuzione dell'ordine, l'adempimento del dovere, l'accettazione del rischio, il consenso dell'avente diritto, e così di seguito.

12. Diversa la natura dei criteri funzionali che rientrano nella c.d. area mista.

Ciò che viene a modificarsi non è tanto, qui, la carica di appesantimento o alleggerimento di cui un certo criterio è portatore. Semplicemente, il tramite idoneo a mettere in circuito quel parametro è qualcosa suscettibile di inerire, secondo i casi, alla sfera del danneggiante oppure a quella del danneggiato.

Non sarà quindi scontata *a priori* l'identificazione del soggetto destinato a giovare, o a soffrire, di quella carica.

12.1. Prendiamo così il criterio - non sempre esplicitato nelle motivazioni, ma certo fra i più fecondi che il settore del torto conosca - del c.d. *best avoider*: opportunità di far ricadere l'obbligo riparatorio sulla parte che più è in grado, per la posizione che occupa, di assumere le iniziative utili a prevenire il danno, o più a suo agio nell'organizzare (ricorrendo agli strumenti assicurativi, o grazie alla possibilità di scaricare il maggior costo sui prezzi, o per altre vie) un'efficace distribuzione del risarcimento entro la collettività.

Pure qui l'effetto, quanto agli oneri di prova, sarà un cert'ordine distributivo fra i contendenti: e ciò sia a livello legislativo, sia (va sottolineato) in sede giudiziaria - ogniquale volta quello preventivo/distributivo appaia lo sbocco migliore cui affidare, nel contesto, la ripartizione processuale delle incertezze.

(a) La direzione verso cui il criterio in esame convoglia, normativamente, la sua carica di appesantimento è più sovente quella del danneggiante - com'è naturale se si considera che è costui, di regola, nella condizione migliore per attuare le iniziative del caso.

Anche lo snodo per le incertezze meno consuete (quelle rilevanti per la correzione degli statuti) ricalcherà abitualmente simile indirizzo.

Supponiamo così che una fabbrica emetta vapori mefitici, e che nel quartiere circostante gli abitanti rimangano effettivamente colpiti. Qualora emerga che altre due fonti, di tipo naturale, sono state in quel periodo all'origine di fenomeni analoghi, è verosimile che l'interrogativo se in mancanza della detta effusione la soglia critica sarebbe stata ugualmente oltrepassata, si ritorcerà largamente contro il proprietario della fabbrica.

Lo stesso nell'ambito dei comportamenti interpersonali.

Immaginiamo che un corridore di *jogging* si scontri, su un marciapiede lungo il mare, con un passante assorto a guardare le nuvole. Agli effetti probatori, i carichi più seri graveranno verosimilmente sul primo, il quale dovrebbe sapere come evitare le collisioni, coltivando il suo sport in mezzo alla folla. E a rovesciare quella tendenza non varrà certo replicare che chi fa *jogging* cittadino è per definizione qualcuno abituato a incrociare e scansare pedoni - donde il sospetto che, se uno scontro v'è stato, la colpa debba essere di questi ultimi.

(b) Nella nostra giurisprudenza si segnala, in particolare, la vicenda affrontata da Cass. 22 novembre 1991, n. 12358.

Il caso era quello di un alunno della scuola media che, durante lo svolgimento di una gara sportiva scolastica, era rimasto misteriosamente colpito da un peso sportivo, così da risentire spiacevoli postumi al rene sinistro.

Osserveranno i giudici che "pur non essendo possibile ricostruire le esatte modalità dell'evento lesivo, tuttavia non sussistevano dubbi sulla colpa dei precettori cui i minori erano stati affidati, in quanto non potevano formularsi che due ipotesi sulla dinamica del fatto, e cioè o il minore era stato colpito nel corso della gara (...) ed allora era elevabile un addebito di negligenza a carico degli insegnanti per non aver adottato le opportune misure di sicurezza volte ad evitare l'esposizione degli allievi al pericolo di lanci sbagliati; oppure il minore era stato colpito o si era autolesionato negli intervalli della gara ed, allora, era addebitabile agli insegnanti l'omessa sorveglianza al fine di impedire che i ragazzi si impossessassero di quell'attrezzo pericoloso".

(c) Significativa altresì la vicenda - esaminata da - in cui un utente romano si era visto recapitare per trenta volte di fila una bolletta della luce con stampigliata, all'esterno, la locuzione: "Morto di fame".

Motivando la condanna per diffamazione a carico dell'azienda municipale (il risarcimento sarà alquanto modesto, un milione di lire, posto che la vittima aveva aspettato trenta bollette prima di reagire, e tenuto conto che il solo ad averle avute fra le mani era il postino) i giudici - non essendosi scoperto da chi la dicitura fosse stata apposta - rileveranno: "A conclusioni non diverse si dovrebbe giungere qualora si ritenga che l'autore del fatto .. sia un soggetto non dipendente dall'azienda convenuta: in tale ipotesi, infatti, sarebbe evidente la negligenza dell'ACEA per aver consentito ad un terzo estraneo di accedere senza alcun controllo nei propri locali e di inserire nei terminali la dicitura menzionata".

(d) Veniamo adesso all'ipotesi in cui *best avoider* sia il danneggiato.

Non occorre ricordare qui, tra i riferimenti di maggior spicco, le indicazioni di cui all'art. 1227, 2° comma, c.c., secondo cui è la vittima a dover sopportare i danni che essa avrebbe potuto mitigare con l'ordinaria diligenza.

Il punto da sottolineare, ai nostri fini, è che lungo lo stesso verso tenderà a istradarsi - ogniqualvolta un dettaglio lo richieda - il gioco d'integrazione nel regolamento probatorio fra le parti, qual è rimesso all'iniziativa del giudice.

Un esempio classico è quello dell'individuo con un *handicap* fisico che si esponga a situazioni - per qualcuno nelle sue condizioni - di particolare azzardo; sarà lui a dover dimostrare come gli accorgimenti assunti fossero tali, sulla carta, da neutralizzare la maggior vulnerabilità rispetto a quel tipo di evento.

Lo stesso per i danni alle cose.

Toccherà così al collezionista il quale tenga nel salotto della sua seconda casa, in campagna, dipinti di inusitato valore (bruciati poi in un incendio, riconducibile all'imprudenza di un terzo); oppure al passante il quale trasporti fra le braccia, come nulla fosse, un vaso cinese del XV° secolo (destinato poi a frantumarsi nell'urto con un bambino); o ancora all'eccentrica tifosa che si rechi allo stadio con addosso i suoi gioielli più preziosi (smarriti poi durante una ressa, dopo il crollo di una gradinata); toccherà a costoro provare, riguardo a ogni segmento inesplicabile della vicenda, che le leggerezze da rimproverare al convenuto erano più pregnanti, caso per caso, rispetto alle proprie temerarietà.

(e) Non va infine trascurata l'eventualità di una pluralità di motivi d'ordine preventivo/distributivo, ricorrenti nel medesimo frangente, ognuno in contrapposizione rispetto agli altri.

Ad esempio: sul vialetto di un giardino pubblico si urtano, e cadono a terra, uno spastico e un passante qualsiasi; è controversa la meccanica della collisione. *Best avoider* - si potrebbe dire - è qui tanto il primo soggetto (il quale non può ignorare

quanto scomposti siano certi suoi movimenti), come anche il secondo (il quale deve sapere che molti spastici possono camminare, e che per i cittadini normali un incontro del genere é sempre possibile).

Quale la risposta preferibile? E' verosimile che conflitti simili debbano essere amministrati, come vedremo, tenendo conto di ogni criterio funzionale, quale può salire alla ribalta. Posto allora che fra essi v'è l'istanza di tutela per i soggetti deboli, la griglia probatoria andrà orientata, tendenzialmente, secondo un maggior *favor* per lo spastico - in nome dell'idea secondo cui impostazioni diverse costringerebbero le persone svantaggiate a non uscire di casa.

12.3. Altro criterio tipico dell'area mista - nel senso che solo il giudice potrà decidere, volta a volta, quale sia la parte pregiudicata dal suo intervento - è quello relativo all'opportunità di un trattamento peggiore nei confronti di chi arreca, o subisce, il danno con dolo o colpa grave.

(a) Un primo esempio può essere quello, consueto, dell'incidente stradale fra due macchine.

Per ritrovare la duplicità dei giochi di cui abbiamo bisogno, basta supporre che a seguito del fatto una vettura sia rimasta danneggiata, l'altra no - e che fra i due conducenti l'uno si sia macchiato di una colpa grave, l'altro di una colpa lieve.

E' palese come la conclusione secondo cui sfavorito *ex lege Aquilia* risulterà l'automobilista più colpevole, sia destinata a valere - a pari titolo - tanto nel caso in cui tale condizione riguardi il danneggiante, quanto nell'ipotesi opposta.

Come sempre non vi sarà differenza, poi, tra il modo in cui il criterio in esame esprime la sua carica di appesantimento a livello di codice e, rispettivamente, sul terreno dell'integrazione probatoria.

Sotto il primo profilo si sa bene come la previsione sia quella di una severità, nel *quantum* risarcitorio, tanto maggiore quanto più seria è stata la colpa dell'interessato.

A livello di processo invece - immaginando che incerta sia la causalità - avremo che se la colpa dell'automobilista A (indenne) è semplicemente quella di non aver previsto un proprio colpo di sonno, e la colpa dell'automobilista B (danneggiato) è quella di aver tenuto una velocità tre volte superiore a quella prescritta, le ricadute per i misteri sopravvissuti andranno pressoché tutte a svantaggio di B.

(b) Il meccanismo indicato è ancor più saldo in presenza del dolo.

Torniamo all'esempio del pallino da caccia, con l'aggiunta della detta variabile soggettiva - quella della scoperta di una lettera in cui A confessa (poniamo) di aver sparato volendo uccidere il passante, suo antico nemico.

E' intuibile come in un caso simile il regime processuale dell'incertezza (provenienza del pallino) sarebbe destinato ancor più a modificarsi a scapito di A - attirando sotto l'egida controllata da quel 55%, di probabilismo oggettivo, una fascia di ulteriori filamenti ignoti.

Resta poi da vedere, come sempre, fino a che punto quel risultato sarà riconducibile a istanze meramente sanzionatorie, cioè ad intenti punitivi della malizia in quanto tale - o non si ammanterà invece di considerazioni anche socio/statistiche, ossia del rilievo secondo cui colui che programma il male ha, di solito, più *chances* di raggiungere l'obiettivo.

13. Si è ragionato fin qui dando quasi per scontato che i passaggi idonei a sollevare questioni di incertezza, nel giudizio risarcitorio, si riducano alla causalità o alla colpevolezza.

La realtà appare diversa da così - ed è giunto ora il momento di prenderne atto.

Non solo è facilmente constatabile come l'incertezza possa, in effetti, toccare momenti quali il danno, l'ingiustizia, l'imputabilità, l'esistenza di circostanze atte a fungere da criteri oggettivi di responsabilità. Si tratta anche di sondare l'eventualità di corrispondenze, più o meno stabili, tra la componente che è lambita dall'incertezza e il tenore dei criteri evocabili, via via, nell'amministrazione delle prove.

13.1. Quanto al danno, le titubanze circa l'assetto probatorio cui far capo potranno riguardare, secondo i casi, il terreno del danno patrimoniale, quello del danno morale, quello del danno biologico/esistenziale.

La familiarità con i giochi dell'incertezza (benché non sempre per motivi uguali: talvolta prevarranno ombre relative al crinale dell'*an*, talora del *quantum*: in certi casi può essere ignoto un evento, in altri difficile la valutazione di una perdita; qua l'incertezza toccherà circostanze del passato, là invece del futuro) risulta nelle tre ipotesi parimenti diffusa.

(a) In merito al danno patrimoniale è significativo, ancor più della presenza di una disposizione "tagliata" sui registri stessi del dubbio (art. 1226 c.c.), un motivo di ordine schiettamente antropologico - ossia il rilievo dell'abitudine con cui, ad una lesione di carattere personale, si accompagnano profili di lucro cessante (*sub specie* di diminuzione della capacità lavorativa).

Non occorre poi sottolineare come la presenza di una nutrita gamma di tabelle infortunistiche non esenterà il giudice dal dover attivare, integrativamente, questo o quel criterio di opportunità, desunto dal sistema, ogniqualvolta l'esistenza di un fattore "idiosincratico" (relativo al versante fisico, psichico, anagrafico, culturale, della vittima) imponga un esito del genere.

(b) Per il resto va ricordata la possibilità che inafferrabile, in sede di giudizio, risulti anche una voce patrimoniale non proiettata nel futuro: come avverrà là dove il bene distrutto, o rubato o smarrito, sia qualcosa già presente nel patrimonio dell'attore, e di cui appaiono imprecisabili il tenore o il contenuto.

Un richiamo alle controversie in tema di furto e rapina di cassette bancarie di sicurezza evidenzia, d'altro canto, come le opzioni (applicative e/o contrattuali) più delicate attengano in casi simili proprio al campo della prova.

(c) Venendo alle poste del danno biologico, del danno esistenziale, del danno morale, l'irrinunciabilità di un ricorso a questo o quel criterio funzionale è tutt'uno con le difficoltà - infinite volte rimarcate - di misurare con precisione ripercussioni siffatte.

E, di nuovo, la molteplicità delle collisioni possibili e l'infinita varietà nella tipologia delle vittime ammoniscono quanto ampi saranno, qui, gli spazi da orientare con strumenti diversi da quelli tabellari.

(d) Riguardo al danno morale va, infine, tenuta presente la possibilità che rimanga controversa l'esistenza del tramite storico idoneo a conferire rilevanza penale alla vicenda - non si è riusciti a dimostrare, poniamo, se quel certo spossessamento sia doloso o colposo: non si sa se era stata prestata o meno l'autorizzazione ad entrare nel proprio domicilio, da parte del proprietario; e così di seguito.

13.2. Che i profili causali siano fra i più tormentati, nell'illecito, è attestato dalle disposizioni civili e penali che li concernono: in pochi altri casi ci si trova dinanzi a dettami così visibilmente approntati - nelle previsioni di respiro più vasto, come in quelle più minuziose - per dirimere questioni di incertezza.

Spesso, è pur vero, le difficoltà riguardano ipotesi di causalità c.d. "giuridica": situazioni in cui cioè l'accaduto è noto, e in cui il problema è quello di stabilire se le

azioni od omissioni ascrivibili al convenuto bastino, di per sé, a supportare un'imputazione di responsabilità.

Non meno frequenti sono però i casi, che qui più direttamente interessano, di causalità c.d. "naturale": situazioni in cui non si sa bene che cosa sia successo, e nelle quali ci si trova costretti a indovinare, e accomodare, i pezzi storici mancanti - onde sostenere il verdetto che si ha di mira.

Un'incertezza - come la vicenda di Rashomon ha fatto intravedere - che toccherà secondo i casi il comportamento del danneggiante, la condotta della vittima, l'azione di un terzo (noto oppure ignoto), magari l'intervento di un fatto naturale; talvolta una molteplicità, o persino la totalità, di questi momenti allo stesso tempo.

Particolarmente impegnativo si presenta il caso - ricorrente nella pratica - in cui l'incertezza sulla causalità riguardi un fattore omissivo: non si sa se il convenuto (come l'attore afferma) abbia omesso di tenere un certo comportamento, e non è chiaro se il compimento di quell'azione sarebbe valso a impedire il verificarsi dell'evento.

Resta poi da vedere fino a che punto siano prospettabili indicazioni ulteriori, rispetto quelle di ordine statistico - nel senso di una corrispondenza, più o meno regolare, tra natura del segmento incerto e caratteristiche dei criteri da attivare.

13.3. I meccanismi suscettibili di provocare incertezze, nel territorio dell'ingiustizia, possono essere di vario genere.

(a) Poco importante, dal punto di vista teorico e pratico, appare l'eventualità di un giudice impossibilitato a pronunciarsi (circa la situazione soggettiva della vittima o del danneggiante) per il fatto di ignorare, e non poter oggettivamente accertare, qual è il diritto applicabile al caso.

(b) Più frequente è che non si sappia se si è o meno verificato, in concreto, il fatto idoneo a far nascere o a far circolare il diritto (soggettivo: quello di cui la vittima lamenta la lesione).

Gli esempi possono essere più d'uno.

- L'incertezza può concernere (mettiamo) qualche particolare di tempo o di luogo atto a influire sulla durata o sul compimento della prescrizione o dell'usucapione; o può aver a che fare con l'entrata in campo di qualche modo d'acquisto a titolo originario.

- Può essere dubbio, ancora, un fatto relativo alla materia contrattuale, rilevante ai fini che qui interessano. Ad esempio: si sa che B e C volevano acquistare lo smeraldo di A, ed è certo che quest'ultimo ha finito per vendere la pietra ad uno dei due; non si sa però a chi; non si può consultare né A né B né C, tutti periti in un successivo naufragio; allorché il ladro D ruberà e smarrirà più tardi lo smeraldo, per il giudice potrà non essere facile decidere alla domanda risarcitoria di quale fra gli eredi (quello di B oppure quello di C) prestare ascolto.

- Esempi analoghi sono prospettabili sul terreno dell'interpretazione, dell'invalidità, della risoluzione del contratto. Nè meno ricco appare il ventaglio dei casi immaginabili in materia successoria. O può venire in considerazione, sempre in vista della (dubbia) circolazione di un diritto, il settore degli atti unilaterali tra vivi. E così via.

(c) Non sono queste, ad ogni modo, le eventualità di maggior interesse ai fini del discorso qui condotto. Si tratta infatti di situazioni in cui il dettaglio (che getta ombra sulla titolarità della posizione colpita) appartiene narrativamente a un segmento anteriore, rispetto alla vicenda del danneggiamento: scarsa è quindi la possibilità che ne venga influenzata l'elezione dei criteri chiamati a integrare, all'occorrenza, lo statuto probatorio.

Più interessante - dal punto di vista della condotta - il caso in cui sia oscura la sussistenza di qualche estremo necessario per la messa in opera di una causa di giustificazione.

Sono evenienze in cui la causa dell'incertezza appartiene, comunque, allo stesso episodio che dà luogo al giudizio di responsabilità - e si tratta (occorre dire) dei casi in cui più spesso la pratica segnala effettivamente l'insorgere di oscurità, rispetto all'ingiustizia;

- così ad esempio in materia di legittima difesa: A ha pugnalato B e sostiene, non si sa se mentendo o meno, che era B ad averlo minacciato inizialmente con un'arma.

- così ancora in materia di stato di necessità: C ha investito D con l'automobile e accampa (ma nessun riscontro vi è oltre la sua parola) di averlo fatto per evitare di scontrarsi con la vettura di E, che gli aveva invaso la carreggiata.

- così in ambito di consenso dell'avente diritto: X ha fatto pascolare per tre mesi il suo gregge sul fondo di Y, e rifiuta (affermando che X l'aveva autorizzato a quell'invasione) di cedere alla pretesa risarcitoria degli eredi di quest'ultimo. E il discorso potrebbe estendersi ad altre fra le esimenti di cui al nostro sistema.

13.4. A scorrere le sentenze in tema di fatti illeciti - non soltanto in Italia - emerge come la colpevolezza sia tra le componenti più spesso avvolte nell'incertezza.

Perché così sia è stato analizzato varie volte.

La colpa (si osserva) è una qualificazione dall'esterno di un fatto - fatto a sua volta scindibile in una miriade di micro-elementi, alcuni dei quali decisivi nel bilancio sulla riprovevolezza. Facile che alcune tracce possano, quindi, mancare o presentarsi in forma contraddittoria.

Nell'area della responsabilità soggettiva, oltre tutto, l'onere si trova a dover fare i conti con elementi che riguardano la sfera di un altro soggetto (per di più, il suo diretto avversario nel processo). E il convenuto - ricordavamo - finisce in molti casi per rivelarsi non tanto come un "qualcuno" bensì come un "qualcosa", nel qual caso le difficoltà di prova sono destinate a crescere.

Senza insistere su questi e altri aspetti (intorno alla rifinitura di contro-modelli oggettivistici sono avvenuti i maggiori cambiamenti dell'istituto aquiliano, negli ultimi secoli) basterà ricordare come l'incertezza possa investire l'intero territorio della colpevolezza:

(a) non solo può essere controversa, cioè, l'esistenza della colpa in senso stretto (Tizio ha tamponato Caio e non si sa a quale velocità corresse), oppure la gravità della stessa (è pacifico che Mevio andava oltre i limiti di legge, non si sa però di quanto);

(b) può essere in forse anche l'esistenza del dolo (Sempronio ha ferito Flavio, con un colpo di pistola nella notte, partito non si sa se per errore o di proposito), o di qualche figura consimile (malafede, frode, sorpresa, preordinazione, reticenza, *animus iniuriandi*, volontà di trarre profitto, etc.).

13.5. Tre appaiono gli esempi degni di nota, per quanto concerne l'incertezza nel campo dell'imputabilità. Essi si riferiscono alle situazioni in cui:

(a) è discusso se l'azione di un sofferente psichico sia stata, o meno, compiuta durante un momento di "lucido intervallo";

(b) non si sa, all'inverso, se la condotta di (qualcuno che è di solito) un sano di mente sia stata tenuta durante un momento di perdita provvisoria del senno: epilessia, malessere legato a una tossicodipendenza, grave attacco febbrile, *raptus* improvviso, etc.

(c) il convenuto che guidava l'autovettura investitrice afferma di essere stato colpito da un colpo di sonno - e ci si chiede fino a che punto sia sincero.

Meno rilevanti sul piano pratico le altre ipotesi.

(d) Il caso dell'ubriachezza, stante la norma per cui l'incapacità non esclude la responsabilità quando sia dovuta a colpa (art. 2046 c.c.), solleva sotto il profilo in

esame pochi problemi. Per concludere diversamente occorrerà pensare all'ipotesi, abbastanza peregrina, in cui il danneggiante sia stato ubriacato a sua insaputa da altri (si saprebbe che quest'altro ha posto in essere iniziative etiliche, non si saprebbe se il destinatario ne sia uscito davvero ubriaco).

L'esempio di chi si sia ubriacato spontaneamente porrà semmai, stante l'art. 2046 c.c., problemi di definizione del grado di colpevolezza (più o meno grave).

Il capitolo dell'alcolismo cronico interessa assai marginalmente - essendo difficile che una circostanza del genere possa rimanere dubbia nel corso del processo.

(e) Di scarso rilievo applicativo appaiono, per una ragione o per l'altra, le ulteriori eventualità prospettabili partendo ai casi di scuola - quando si ignori (poniamo) se uno dei coautori era in coma, sonnambulo, ipnotizzato, plagiato, etc.

(f) Quanto al caso del minore nell'età compresa fra i sei e i dieci anni (sotto quella soglia si è tendenzialmente incapaci naturali, sopra capaci), l'eventualità che nel processo rimanga indimostrato il dato dell'effettiva capacità - ad esempio perché l'interessato è nel frattempo morto, e per la c.t. "postuma" mancano adeguati riferimenti - si presenta ben di rado in giurisprudenza.

13.6. Parlando di incertezza nella responsabilità oggettiva, si pensa di solito ad ipotesi in cui dubbio è l'elemento della causalità.

In realtà può essere incerta, talvolta, l'applicabilità di qualche criterio di collegamento: ed è questa una situazione in cui la posta in gioco diventa, quasi sempre, la necessità di un ripiego sull'art. 2043 c.c. - con un netto peggioramento del regime probatorio per l'offeso.

Il richiamo a eventualità del genere appare notevole, per quanto qui importa, anzitutto sul piano statistico; i dubbi circa l'attivabilità di un criterio oggettivo tendono a nascere, in effetti, proprio là dove manchi la prova di un fatto (storico/naturalistico) ben preciso.

Gli esempi possono essere i più vari:

- per scarsità di informazioni non si è riusciti a documentare se A, convenuto in giudizio da B, il quale è stato morsicato da un cane, fosse proprietario o quantomeno custode dell'animale.

- è ignoto quali mansioni C svolgesse per conto di D, e non è facile stabilire se quest'ultimo debba quindi rispondere, ex art. 2049 c.c., per il danno inflitto da C ad E.

- e' controverso quali compiti di educazione/apprendimento G svolgesse a beneficio del minore F, e si disputa se il danno arrecato a un terzo, da F, sia pertanto contestabile a G ex art. 2048 c.c.

- Y è stato investito dalla bicicletta guidata da X, il quale l'aveva presa dal magazzino dei suoi amici W e Z, e non si sa se fosse stata o meno perfezionata, il giorno precedente, la donazione del mezzo fra questi ultimi due (morti nel frattempo). E così di seguito.

14. Dell'incertezza si è parlato fin qui con riguardo prevalente al campo aquiliano. Per la responsabilità contrattuale il discorso non si pone però - occorre dire - in termini sostanzialmente diversi.

Due le differenze principali da segnalare. Non sono uguali gli statuti probatori di base, messi a punto qua e là - dal legislatore; e non coincidono interamente i criteri funzionali che il giudice è chiamato, nei due ordini di casi, ad applicare. Gli uni e gli altri potranno poi risultare influenzati da quanto le parti abbiano convenuto, all'interno del contratto, in particolare da eventuali pattuizioni di modifica delle regole sull'onere della prova.

Simile appare però - ed è questo l'essenziale - la possibilità che nel fatto portato all'attenzione del giudice vi siano peculiarità tali da incidere sull'applicazione dell'ordine fissato a monte.

E' quanto abbiamo constatato, del resto, nelle figure di illecito contrattuale già incontrate (responsabilità del medico e dell'ospedale, del trasportatore, della banca per il furto di cassette di sicurezza). Volendo trovare esempi ulteriori - in tema di compravendita, di locazione, di lavoro subordinato, etc. - non vi sarà che da:

(a) supporre che circostanze particolari (un'accentuata lontananza spaziale o temporale, qualche ipotesi di rapina, un cataclisma, la morte dei protagonisti, l'incendio degli archivi, un'esplosione, etc.) gettino un'oscurità fuori del comune su componenti quali la causalità, le dimensioni del rischio posto a carico dell'inadempiente, l'entità degli eventi dannosi, etc.;

(b) immaginare che nella vicenda siano presenti uno o più fattori significativi, quali (poniamo) la spiccata maliziosità dell'inadempimento, l'incapacità sopravvenuta di una delle parti, l'esistenza di momenti filantropici nella condotta dell'inadempiente, la particolare odiosità dell'attività svolta dalla vittima, etc.

(c) vedere poi se le conclusioni, quanto agli oneri probatori, saranno raggiungibili sulla base degli assetti che la legge o le determinazioni pattizie disegnano; o se quei dettagli non siano invece tali da indurre a mobilitare uno o più criteri funzionali di natura più ampia - sulla cui base rifinire lo statuto relativo all'incertezza considerata.

15. Abbiamo già accennato alla possibilità che la vicenda portata in giudizio presenti, strutturalmente e/o funzionalmente, una morfologia complessa. Varie sono le combinazioni da prendere in esame.

Può in particolare riscontrarsi:

(a) una molteplicità di "dettagli significativi" nella vicenda (il danneggiato - poniamo - era psichicamente incapace, versava in miseria, i terzi l'avevano male informato; il convenuto aveva agito fraudolentemente, le sue attività erano illegali, nonché oltremodo redditizie; e così di seguito);

(b) una pluralità di "componenti incerte" nella fattispecie (si ignora quando la slavina sia iniziata, quali segnali premonitori vi fossero, se si siano interposte colpe di terzi; c'è stato un morto, ma non si sa chi sia, quali effetti avesse con sé, come mai fosse in quel posto, etc.)

(c) una pluralità di "criteri d'integrazione probatoria", destinati ad attivarsi in parallelo, tutti quanti intorno allo stesso episodio.

Quest'ultima è, come vedremo, l'ipotesi destinata a suscitare i problemi maggiori. Sin d'ora tuttavia può osservarsi come i punti di riferimento non manchino.

A parte le tracce che fornisce l'esperienza giurisprudenziale, la via d'uscita resta in generale quella accennata: è ben raro che le figure disciplinate dal legislatore non presentino, esse stesse, margini più o meno intensi di complessità, nella struttura interna come sul terreno funzionale. E altri dettami più ampi non mancano, dentro e fuori il campo dell'illecito.

Certo non sarà frequente veder composti, a quel livello, dubbi intorno a ciò che può essere storicamente accaduto: l'essenziale è però il tipo di equilibrio disegnato via via tra i vari indici - e si tratta di montaggi che (al di là di ogni certezza/incertezza) obbediscono a regole sostanzialmente uniformi.

16. Sgombriamo il campo allora dalle situazioni meno intriganti.

Tale appare in particolare l'eventualità - già menzionata - in cui più d'una fra le componenti della fattispecie (danno, ingiustizia, colpevolezza, imputabilità, etc.) si presenti avvolta nell'oscurità. E' un'ipotesi abbastanza ricorrente.

La soluzione non è in linea di massima difficile. L'assetto probatorio andrà rifinito dal giudice secondo i dati propri di ciascun segmento - integrando lo schema legale delle incombenze in funzione del dettaglio che rileva, sulla base dei criteri interessati. Prendiamo il caso in cui un veicolo militare non identificato, con cingoli forse in disordine, probabilmente rubato, distrugga nottetempo una serra in cui l'attore

afferma che erano state impiantate colture esotiche, importate in segreto, da nessuno mai visitate. La ripartizione dei carichi avverrà, tendenzialmente, secondo il principio "a ciascuno il suo": ai convenuti (conducente del mezzo, ufficio territoriale, ministero competente) dissolvere i misteri intorno alla dinamica del fatto, al vivaista far luce sui singoli eventi e correlative ripercussioni pecuniarie.

Disseminando il racconto di dettagli significativi, e moltiplicando la rosa delle circostanze inspiegabili, si tratterà sempre di stabilire quale sia l'elemento idoneo a fungere da "magnete", per la distribuzione dei pesi giudiziali.

Un esempio ulteriore può essere quello dell'installazione di un parafulmine sperimentale, a seguito della quale una scarica lampeggiante provochi, in circostanze romanzesche, l'incendio di una villa. Emergerà poi come l'inquilino avrebbe potuto mitigare le conseguenze lesive, qualora si fosse attivato in tempo, com'era secondo alcuni possibile.

La ripartizione degli oneri seguirà anche qui il principio accennato. Alla vittima provare di non essere intervenuta perché (mettiamo) narcotizzata da agenti stranieri, oppure sconvolta dal contatto con la fiammata celeste; all'installatore dimostrare che il proprietario aveva modificato di sua iniziativa l'impianto, che un terzo aveva segretamente manomesso alcuni circuiti, che il fuoco non era in connessione con quell'energia, e via di seguito.

17. Altra eventualità è che più siano i criteri funzionali messi in circolo nella vicenda, e che tutti quanti, non importa come evocati, muovano concordemente nella direzione di un *favor* probatorio per la medesima parte.

Si tratta anche qui di ipotesi tutt'altro che rare.

Sotto il profilo disciplinare, la conclusione sarà quella che i fatti stessi suggeriscono: un tendenziale infittirsi dei doveri processuali a carico di chi - attore o convenuto - si veda soggetto a quel concorso, in relazione alle diverse incognite.

L'esempio può essere quello (consueto) della fabbrica che, per mesi di seguito, inquina l'aria circostante. Una volta accertato che le ciminiere emettevano sostanze non solo dannose per la natura, ma addirittura perniciose per l'uomo; e una volta emerso che l'imprenditore era al corrente di tutto ciò, che non è intervenuto per migliorare le cose, che ha anzi assunto iniziative sempre più spregiudicate; ebbene, è plausibile che ad ognuna di queste scoperte si modificherà la soglia (dei possibili arcani) rispetto a cui il convenuto dovrà offrire serie controprove, per sfuggire alla condanna.

Resta da aggiungere come del modulo in esame - molteplicità di criteri sollecitati, un'unica parte beneficiaria - possano darsi più versioni interne. Due quelle principali da considerare.

Più diffuso sarà il caso di una "provenienza incrociata", per le singole chiavi: alcune innescate cioè da fattori che ineriscono alla sfera del danneggiante, altre da motivi relativi alla sfera della vittima.

Un esempio può essere quello dell'inondazione di una valle, alla cui origine vi sia lo sfaldarsi di una diga. Diversi, benché orientati nella stessa direzione (salvaguardia della vita umana) appaiono qui i crinali di riferimento per quanto concerne, rispettivamente, la pericolosità dell'attività svolta - criterio riportabile al convenuto - e la minaccia per la salute collettiva - riconducibile agli attori giudiziali.

E il fardello sulle incertezze più minute verrà a ripartirsi, nella determinazione giudiziale, secondo le evidenze di cui sopra.

Vi è poi l'ipotesi simmetrica, quella di più criteri evocati sul versante di una stessa parte, e destinati tutti quanti a favorirla o a sfavorirla. Dal punto di vista operativo il risultato sarà abbastanza simile.

Così, qualora emerga (in crescendo) che ad arrecare il danno è stato uno psicolabile, il quale ha agito per fini umanitari, mettendo a repentaglio la propria vita, nonostante fosse in quel momento anche zoppo, diminuiranno proporzionalmente le oscurità - rispetto a questo o a quel dettaglio - suscettibili di ritorcersi contro il convenuto.

Presso i nostri tribunali, un'applicazione significativa - alto risalto per la situazione pregiudicata, nessuna scusante per il convenuto - è rinvenibile in tema di malasanità. Il caso era quello di un puerpera che, dopo un parto cesareo, aveva iniziato ad accusare sintomi allarmanti, a lungo sottovalutati dai medici del reparto. Solo dopo alcune ore costoro si erano decisi a diagnosticare il tetano e a disporre il ricovero presso un ospedale attrezzato; dove la paziente era morta però a distanza di qualche giorno. Una diagnosi e una terapia tempestiva avrebbero condotto a un esito diverso? La corte concluderà che il ritardo aveva privato la donna del 30% delle probabilità di salvarsi; e l'imperdonabilità delle trascuratezze mediche indurrà i giudici - ecco il passaggio decisivo - a ritenere tale percentuale senz'altro sufficiente, a fini di condanna. Non meno indicativa - stando sempre ai nostri tribunali - la vicenda di un revisore dei conti il quale, in conseguenza del protesto di un assegno, erroneamente eseguito da una banca, aveva visto sfumare i contatti tessuti sino a quel momento con una società, per lo svolgimento di una consulenza professionale. Quante le probabilità che le trattative sarebbero andate in porto? Ciò che spicca in questa sentenza non è tanto il (giusto) riconoscimento di principio per la rilevanza aquiliana di una *chance*, quanto piuttosto la definizione, da parte dei giudici, di una aliquota alquanto generosa per tale aspettativa - generosità frutto, s'indovina nelle pieghe della motivazione, dell'enormità delle sbadataggini rimproverabili alla banca.

18. S'è detto come per le combinazioni più intriganti - più chiavi di segno opposto, attivate entro una stessa fattispecie, in relazione alle stesse componenti - la via d'uscita sarà offerta da un temperamento fra le diverse opzioni in gioco. Gli esempi possono essere di vario genere.

(a) Consideriamo - in tema di conflitto fra diritto all'informazione e diritti della persona - l'ipotesi di un *magazine* citato in giudizio da un uomo politico, il quale lamenta l'avvenuta pubblicazione sul giornale di un proprio diario, ricco di particolari imbarazzanti, sincero fino all'autodenigrazione.

La difesa obietterà (poniamo) come i diritti di pubblicazione fossero stati regolarmente ceduti dall'autore alla proprietà del giornale; e la vittima ammetterà bensì tale circostanza, affermando esservi stata però, da parte sua, l'apposizione di uno specifico divieto a rendere note alcune parti del testo, quelle più scabrose e negative. Questo il nucleo base dell'esempio, a partire dal quale sarà possibile introdurre (venendo al punto che qui interessa) tutta una serie note e sfumature, tanto o poco rilevanti ai fini aquiliani - ognuna immersa in un'oscurità più o meno densa.

La via d'uscita rimarrà comunque quella detta: in relazione alle varie zone d'ombra - esistenza (poniamo) di controversie analoghe nella vita del personaggio; oppure notorietà dei fatti al centro della lite, interesse della vittima a reagire a memoriali altrui, entità del compenso pagato per il diario, prestigio della testata giornalistica - il regime probatorio andrà costruito armonizzando un'opportunità con l'altra, senza gerarchie prioritarie.

(b) Rinforzandosi questo o quel fronte, i criteri funzionali acquisteranno anch'essi diversa valenza.

Supponiamo che Tizio, candidato alle elezioni comunali, subodorasse le intenzioni di una TV privata, schierata coi suoi avversari, di mandare in onda un servizio giornalistico a lui contrario. E immaginiamo che egli si veda accusato, poi, di aver partecipato alle confuse iniziative di alcuni suoi elettori - imprese culminate nel blocco parziale, a poche ore dal voto, delle trasmissioni di quell'emittente.

Orbene, è plausibile che i dubbi circa i passaggi più ingarbugliati della vicenda - chi aveva manovrato i meccanismi di disturbo? a Tizio cos'era stato confidato dai suoi? l'incidente poteva essere stato anche colposo? nel servizio in questione quanto c'era di vero? - andranno gestiti secondo equilibri via via distinti a seconda che la

trasmissione oscurata mirasse a calpestare l'identità personale (protezione blanda), oppure anche il nome o l'immagine (protezione medio/alta), o addirittura il decoro e l'onore (protezione intensa) del candidato.

(c) Sarebbe eccessivo affermare che nel conflitto fra interessi di carattere economico, da un lato, e posizioni di natura personale, dall'altro lato, i primi siano sempre soccombenti. Per secoli - rispetto anche ai momenti più alti dell'uomo (vita, integrità psicofisica, salute) - è stato vero semmai il contrario.

Oggi il quadro appare meno sbilanciato.

Sotto il profilo in esame si può dire, comunque, che il richiamo ai motivi della persona acquisterà un significato tanto maggiore là dove le ragioni del convenuto appaiano di ordine prettamente economico, e quelle della vittima siano tali da coinvolgere - secondo i casi - istanze di natura esclusivamente economica, oppure anche di tipo individuale.

Possiamo pensare alla diversa disciplina che è prevista per la clausola di irresponsabilità in materia di trasporto di cose e, rispettivamente, di persone. Oppure - prescindendo qui dalla fondatezza dell'orientamento che ravvisa nell'art. 844 c.c. uno strumento di tutela della salute - alle controversie (relative a cose e/o a persone) insorgenti sul terreno delle immissioni dannose.

In ciascuno di questi casi è plausibile che, al variare della sostanza, debba far eco un differenziarsi negli statuti probatori dell'incertezza, quali affidati al calcolo del giudice.

Ad esempio: il cedimento di un ponticello, situato sul fondo abbandonato di Mevio, determina la caduta nella scarpata - rispettivamente - di un carretto ambulante, di un animale domestico, di un bambino di pochi anni, di una persona adulta. Basterà immaginare che alcuni dettagli della vicenda si presentino avvolti nelle tenebre (non si è scoperto, mettiamo, se il cancello sul confine fosse aperto, se esistessero cartelli ammonitori, se le sbrecciature del ponticello fossero riconoscibili, quali fossero le abitudini della comunità circostante) per vedere come i cimenti probatori saranno anch'essi da rifinire distintamente, secondo l'evento considerato.

(d) Peserà all'occorrenza anche l'entità della posta in gioco: chi di più vuole ottenere - come tenore del rimedio invocato o come entità del cespite richiesto - di più deve dimostrare in giudizio.

L'esempio può essere quello di un agricoltore che, a causa della fauna selvatica (fringuelli in una riserva limitrofa), veda i germogli del proprio campo divorati. Qualora la pretesa sia di una riparazione non già limitata alle quote del contributo regionale, bensì estesa all'intero danno subito (momenti di lucro cessante, affari insoliti sfumati), la vittima si vedrà tenuta a provare, ex art. 2043 c.c., la colpa degli enti preposti. Impossibile giovarsi infatti a quel fine del più conveniente regime di cui all'art. 2052 c.c. - norma applicabile solo agli animali domestici o addomesticati, comunque viventi in cattività.

E col variare del quadro positivo si modificheranno le incombenze pure in rapporto all'incertezza. Minor spazio, quindi, per automatismi d'ordine induttivo o congetturale - rispetto a momenti quali le condizioni di sovrappopolazione, l'efficacia dei prodotti sterilizzanti, la politica seguita nei permessi di caccia, etc.

(e) Sin qui il raffronto tra misure di sapore comunque indennitario.

Lungo la linea indicata è possibile, tuttavia, andare oltre. In particolare: tenendo presente la coppia forza/debolezza, è plausibile che atteggiamenti di maggior comprensione si giustifichino nei confronti di chi, per l'infrazione commessa, rischi una pena detentiva o quantomeno una sanzione amministrativa - che non rispetto a chi paventi conseguenze solo d'ordine riparatorio.

Ad esempio: a scusante dell'incidente provocato, un automobilista accampa di essere svenuto all'improvviso; non si sa però se il malore sia vero o finto, se l'interessato avrebbe potuto prevenirlo, quale incidenza causale esso abbia avuto. Orbene, è

sensato prevedere che il conducente andrà incontro a un regime giudiziale più morbido ove in gioco figurino sanzioni del primo e secondo tipo; più severo, allorquando a incombere sia una misura semplicemente risarcitoria.

18.1. Tra le varie figure di responsabilità, la seduzione con promessa di matrimonio è forse quella in cui più raramente il giudice può sottrarsi ai propri compiti di sottile distillatore, quanto agli oneri probatori.

Due le ragioni principali.

La prima è d'ordine storico/fenomenico: in pochi altri casi l'incertezza si presenta come una realtà altrettanto fitta e resistente, in sede di processo - nonché pronta ad avvolgere contemporaneamente tante componenti della fattispecie.

La seconda è di carattere giuridico/valutativo: pochi altri illeciti appaiono circondati, sul piano normativo, da una gamma di riferimenti altrettanto "liquidi" - sparsi cioè trasversalmente lungo il sistema, nonché contrassegnati da coefficienti così alti di emotività.

Sul primo punto, allora: basta sfogliare le sentenze in materia per accorgersi quanto spesso - giunto al termine dell'istruttoria - il giudice non sa ancora se una promessa nuziale vi sia stata davvero, se chi l'ha fatta fosse in dolo (sapeva già di non voler adempiere), quanto essa abbia pesato ai fini della *traditio corporis*.

Talvolta non è neppure pacifico che il pomo delle Esperidi, fra i due protagonisti, sia stato effettivamente mangiato, né che la donna abbia risentito poi qualche pregiudizio (col passaggio dei vari gradi la pronuncia definitiva interviene talvolta a distanza di decenni, quando la lite ha perso ormai significato).

Circa gli oneri probatori, invece: stando allo schema canonico (con la "sedotta" tenuta a dimostrare tutti gli elementi di cui sopra), difficilmente una condanna dell'uomo si avrebbe in più di un caso su dieci. Invece le cose vanno abitualmente nel verso opposto - e la spiegazione sta proprio nel modo in cui quelle incognite tendono a essere gestite, in sede di giudizio.

Così, il principio di salvaguardia dei soggetti deboli entrerà in gioco tanto più risolutamente quanto più l'attrice riveli di essere stata, al momento del fatto, una fanciulla di salda tempra religiosa, di carattere schivo, notoriamente illibata. Il criterio di tutela per la libertà (dell'uomo, della donna) di innamorarsi, di sbrigliare la propria sessualità, di disamorarsi - di sposarsi e non sposarsi - tenderà a operare, dal canto suo, in senso contrario alla responsabilità. E così di seguito.

Gli effetti sono facilmente immaginabili. Via via che l'interessata emerga (dalle sue lettere, dai racconti delle amiche, etc.) come un essere ingenuo, timoroso, tanto più ci si sposterà in zona di presunzione di promessa nuziale determinante. Quanto più affiori invece l'immagine di una creatura espansiva, indipendente, tanto più spetterà ad essa provare - il moralismo dei nostri giudici è spesso in agguato - che le nozze erano state davvero promesse, che si trattava di un impegno serio, che la castità non avrebbe altrimenti vacillato.

E all'inverso: la chiave della severità per il cinismo opererà con tanta maggior energia quanto più il convenuto appaia come un donnaiolo inavvertito, aduso delle scommesse amorose, privo di scrupoli. Quella arieggiante alla *compensatio lucri cum damno* tanto più si farà sentire quanto migliore risulti la sistemazione coniugale che la sedotta sia, per ipotesi, riuscita a conseguire, presso maschi impietositi dalla sua sorte. E così di seguito.

18.2. Le cause per seduzione vanno rarefacendosi oggigiorno; presto di questo capitolo della responsabilità non si parlerà forse più.

Per una voce che scompare altre sono, però, quelle che conquistano il campo aquiliano o che vengono allargando i loro spazi; e i riflessi sul terreno giudiziale non tardano allora a farsi sentire.

(a) Un primo richiamo può essere quello concernente l'ipotesi del c.d. "trabocchetto stradale". La domanda in proposito suona: quale assetto è destinato a entrare in gioco, sotto il profilo processuale, nell'ipotesi di una buca stradale lasciata dalla p.a. (durante lavori nel sottosuolo) insufficientemente recintata o illuminata - e nella quale un automobilista o un pedone finisca per cadere dentro?

Nessun dubbio - sino a ieri - circa la necessità per la vittima di farsi carico delle emergenze più vistose; e la propensione a non mettere in discussione le posizioni di supremazia della p.a. incideva, in particolare, sulla distribuzione dei carichi probatori per l'incertezza.

Oggi, la risposta è spesso un'altra.

Alla vittima diradare i dubbi sul fatto che la buca esisteva, che la caduta c'è stata, che ne è derivata una lesione. Circa i momenti residui della vicenda - efficienza delle luminarie, grado di conservazione dei cavalli di frisia, numero e distanza di frecce ammonitrici, condizioni dell'asfalto circostante, etc. - le ombre non fuggate nel processo verranno a ritorcersi, in larga misura, contro la pubblica amministrazione.

(b) Così ancora (altro comparto in movimento) sul terreno delle informazioni erronee fornite ad altri: via via che si erodano gli spazi di immunità per quanto concerne la comunicazione inesatte, colposamente trasmesse, diminuirà specularmente il numero dei dettagli invocabili dal convenuto, sulla base dell'incertezza, a scopo di scagionamento.

(c) Così pure (tornando al settore della responsabilità medica) per quanto concerne le lesioni che un malato di mente, affidato alle strutture dell'ente sanitario territoriale, arrechi a se stesso o a terzi.

Sino a pochi anni fa, era pressoché esclusa la possibilità di una condanna risarcitoria della p.a., al di fuori dall'area della colpa; e ci si attestava anzi su posizioni di marcato rigore nel giudicare se la dimostrazione in tal senso fossero stata offerte - ogni perplessità essendo destinata a pesare sull'infermo.

Oggigiorno - soprattutto per gli eventi affidati a criteri oggettivistici (in particolare, per i casi in cui una terapia di tipo liberatorio non abbia dato i frutti sperati, o sia inciampata in qualche infortunio) - sarà la p.a. a doversi far carico di gran parte fra le oscurità non dissolte giudizialmente; ad esempio, in merito all'esattezza delle diagnosi, al controllo periodico sull'assunzione dei farmaci, all'impegno nelle terapie interfamiliari, alla regolarità delle visite domiciliari, eventualmente all'ora e al luogo del fatto illecito, alle condizioni del malato in quel momento, etc.

(d) Indicativo pure il quadro dei riferimenti che offre un'altra materia tormentata (già intravista attraverso alcuni esempi), quella della responsabilità ambientale.

Si sa bene quanto insufficienti, al riguardo, appaiano le soluzioni di cui all'art 18 del d.lgs./86 - soprattutto per quanto concerne il taglio (marcatamente tipizzante) impresso dal legislatore al momento dell'ingiustizia, nonché per l'impostazione (tutta soggettivistica) in ordine ai criteri di imputazione del danno.

Gran parte fra i nostri autori si è espressa, fin dall'inizio, con toni assai critici in proposito; e più di una corte in questi anni è apparsa incline a coltivare letture meno imbrigliate.

C'è da credere, allora, che l'affermarsi di traiettorie del genere non mancherà di influenzare il comparto probatorio, anche rispetto ai nodi sull'incertezza; ogniqualvolta sia incerto (poniamo) in che momento l'attività effusiva ha avuto inizio, di chi è la colpa per le mancate autorizzazioni a installare di depuratori, a chi si deve il ritardo nelle opere di urbanizzazione, se sono stati frapposti ostacoli a un'efficace informazione della collettività, etc.

18.3. Non sempre - rispetto alle oscurità del giudizio - il problema è quello di un regime distributivo da mettere in discussione: esistono passaggi di ordine preliminare che l'interprete deve talvolta affrontare.

Così allorché delle incertezze fattuali - relative a una certa vicenda - neppure venga sospettata l'esistenza dall'interprete. Opzioni di natura ripartitoria, riguardo ai profili della prova, sarebbero qui premature: si tratta ancor prima di vedere quali ostacoli impediscano ai materiali del caso (la cui presenza è pur intuibile sullo sfondo) di uscire alla ribalta del processo.

E' quanto vale, in particolare, per il terreno del danno alla persona.

Troppo spesso le domande centrali - quali sono i beni che contano, di cos'è fatta l'esistenza umana, sino a che punto la qualità della vita può alterarsi, etc. - mostrano di restare qui in sospeso; e, mentre il legislatore tarda a varare gli opportuni interventi, accade che neppure risulti lambita, in dottrina e in giurisprudenza, la soglia oltre la quale l'alternativa certezza/incertezza potrebbe salire alla luce.

A farne le spese sono un po' tutte le voci che rilevano.

Così per quanto concerne il danno patrimoniale: corredato da uno statuto che, rispetto ai profili della capacità lavorativa, finisce qua e là per tradursi in risarcimenti poco sensibili alle peculiarità delle vittime. Così ancora per il danno biologico: chiamato da un lato a gestire partite che non gli appartengono, incapace dall'altro di dare sbocco alle nuove voci di sofferenza che si affacciano (danno psichico). Così poi per il danno morale: funzionale talvolta a parametri discutibili (punire i nemici dei potenti) e costretto ogni tanto a scontare il suo peccato originale - le forche caudine dell'art. 2059 c.c. - con quantificazioni irrisorie o esageratamente alte.

Così infine per il danno "esistenziale": una categoria che paga i vari doppioni di cui è all'origine con la rinuncia ad amministrare - troppo spesso - poste autentiche di esclusione (valga l'esempio dei danni da maternità indesiderata, dove, proprio da coloro che più hanno denunciato gli impacci sul cammino della responsabilità, il richiamo al "diritto soggettivo" viene recuperato come tramite per negare tutela alle vittime della *malpractice*).

Non è il caso di scendere all'esame di tutti i passaggi da compiere.

Limitandoci alla figura da ultimo considerata. Non v'è soltanto da vincere, in proposito, il timore di un diritto inerme rispetto alle esagerazioni o alle frodi dei presunti offesi, o a disagio nell'organizzare quantificazioni adeguate per lesioni così poco palpabili. Si tratta anche di calcolare, operativamente, la misura in cui i risparmi ottenuti su altri fianchi del danno alla persona (le inutili duplicazioni, gli automatismi fra evento e risarcimento, la trasmissibilità *mortis causa*) consentono di impostare senza crucci l'amministrazione dei nuovi territori.

Sarà quello il momento di verificare se, ed entro quali limiti, sia attendibile la messa al vaglio di modelli gestionali (eventualmente di tipo tabellare) per le sfumature lesive meno afferrabili: evitando che l'assolvimento degli oneri di prova - tanto più con riguardo a situazioni idiosincratice - minacci di diventare occasionalmente troppo gravoso per le parti, e che i compiti ripartitori del giudice, in casi del genere, siano troppo affannati da questa consapevolezza.

19. La lettura delle sentenze - abbiamo detto - è spesso istruttiva circa le vie d'uscita da preferire nell'amministrazione giudiziale delle incertezze.

Due, in proposito, gli ordini di problemi da affrontare.

Il primo è quello (più esteriore) delle valutazioni inerenti alla correttezza delle soluzioni offerte: era giustificato, con riguardo ai lati oscuri di quella componente, mettere in gioco un determinato criterio funzionale? Era opportuna la scelta di chiamare quella certa parte a "pagare", nella sentenza, per il mancato diradamento delle oscurità?

Ma la questione più delicata è un'altra, e riguarda la possibilità (I) che dalla lettura della motivazione non emerga, con sicurezza, quale circostanza di dettaglio abbia pesato effettivamente sul giudice; (II) che non si capisca, in secondo luogo, quali siano i criteri funzionali mobilitati nella decisione.

Illazioni precise sul perché l'estensore possa sentirsi spinto al silenzio - talvolta a sviare l'attenzione del lettore intorno ai propri motivi, comunque a sorvolare su qualche punto o ad assumere qua e là atteggiamenti diplomatici - non sono quasi mai facili.

In prima approssimazione, si può dire che le pronunce più facilmente decifrabili sono quelle in cui meno rispettato appare, nella descrizione dei fatti, il principio aristotelico di "necessità" (*Poetica*): come mai - vien da chiedersi talora - l'offerta di tanti particolari nella descrizione del comportamento dell'attore o del convenuto, dei movimenti di un terzo, delle modalità di un evento naturale? perché una sottolineatura così vivace di questo o di quel passaggio, nell'esposizione della vicenda?

Esiste, beninteso, la possibilità che l'estensore sia un cronista prolisso o distratto. Ma è un'ipotesi alquanto remota. Di regola, ogniqualevolta l'insistenza su taluni momenti oltrepassi un certo livello, senza che a quel dettaglio corrisponda l'articolazione di criteri omogenei (nella parte di diritto della motivazione), è legittimo il sospetto di un giudice elusivo - per qualche ragione - circa le proprie *rationes decidendi*.

19.1. Più in concreto: le spinte dissimulatorie saranno tanto maggiori quanto più marcato risulti, presso chi decide, il timore (non importa se fondato o meno) circa l'impresentabilità del criterio in questione. E la gamma delle combinazioni appare qui davvero estesa.

Il massimo di discrezione sarà riscontrabile, abitualmente, nei confronti delle chiavi che il tribunale sappia per primo essere scarsamente difendibili.

Poniamo un caso avente le seguenti caratteristiche: (I) il giudice cui affidata la controversia nutre, in cuor suo, un odio profondo verso gli anarchici; (II) la causa in questione si presenta, quanto alla misura del danno, incerta in qualche dettaglio inusitato; (III) il danneggiante è segretario di un gruppetto locale di anarchici. Orbene, sarà verosimilmente bassa - qualora il giudice, cedendo ai suoi pregiudizi ideologici, scelga di condannare l'anarchico al massimo possibile - la probabilità di trovare menzionato, fra i sostegni per quel verdetto, il motivo dell'ostilità verso gli anarchici.

L'estremo opposto è rappresentato dalle ipotesi in cui, ad un criterio funzionale per se stesso impeccabile, figure assegnato un peso motivazionale più ampio di quanto la tradizione non suggerirebbe: poiché il giudice ha qui qualcosa da spiegare, ma nulla di importante da nascondere, tutto verrà tendenzialmente raccontato in maniera fedele, senza coni d'ombra particolari.

Una possibilità intermedia - rispetto a cui la (maggiore o minor) inclinazione a tacere molto può risentire, però, della cultura propria di chi giudica - si avrà nei casi in cui il criterio di gestione dell'incertezza sia un tratto bensì fisiologico all'ordinamento, ma al di fuori del settore aquiliano.

Si può pensare al caso seguente: (I) X incendia la casa che Y ha appena ereditato da Z; (II) nessuno può dire con sicurezza cosa la casa contenesse; (III) la scelta nel quantum si pone, fondamentalmente, tra un possibile danno di 50 ed uno di 100. Anche qui sembra improbabile che il giudice il quale si sia orientato, ad un certo punto, verso il trattamento di maggior severità nei confronti di X, riconosca apertamente di averlo fatto in quanto era emerso - poniamo - che il piromane X è un plurimiliardario e che l'erede Z è, invece, un nullatenente.

19.2. Resta da aggiungere come la possibilità di smascherare l'estensore - nei suoi segreti - tenda ad essere tanto minore quanto più alto sia il tasso di discrezionalità che, per una ragione o per l'altra, la fattispecie in questione autorizza.

Supponiamo che, in un caso di scontro fra autoveicoli, vi siano dubbi circa il grado di contribuzione causale dell'uno e dell'altro guidatore. Il giudice ha l'impressione, non

pienamente sostenuta dalle circostanze, che l'apporto eziologico dell'automobilista A sia del 55%, quello dell'automobilista B del 45%. Qualora emergano, allora, dettagli tali da far scattare l'appello a qualche criterio funzionale (più o meno confessabile: si è scoperto, poniamo, che A è molto ricco e B invece indigente, oppure che A sprizza di salute e B è gravemente malato, che A è malvagio di natura e B invece è un filantropo) potrà essere azzardato, per il lettore, andare a "vedere" la ragnatela letteraria che la corte ha costruito per argomentare, in ben altro modo, le proprie titubanze circa l'effettività dei vari apporti - e quindi circa la necessità di far capo, ex art. 2054, 2° comma, c.c., a una salomonica divisione fra 50 e 50%.

Una soluzione del genere (in cui la chiave di opportunità scatta, per così dire, "prima" del pronunciamento circa il dato probabilistico) sarà diffusa in tutte le ipotesi in cui il legislatore offre la risposta di una presunzione di uguaglianza all'eventualità di dubbi circa il peso causale o il disvalore soggettivo del contributo delle parti - e ciò proprio al fine di gettare le premesse di quanto la definizione probabilistica metterà in gioco, agli effetti disciplinari.

Così, in particolare, sul terreno dell'art. 2055, 3° co., c.c., secondo il quale - ai fini della redistribuzione interna del carico risarcitorio fra più corresponsabili (ridistribuzione destinata a far pesare su ognuno dei coautori un fardello proporzionale al grado di colpa e all'entità dell'apporto di ciascuno) - "nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali".

L'affiorare di spinte alla Robin Hood, o comunque di impulsi metaprivatistici, si tradurrà anche qui - presumibilmente - nell'enfatizzazione dei momenti di dubbiosità storica, onde giungere a una distribuzione paritaria dei carichi risarcitori: e ciò in tutte le evenienze in cui impostazioni d'altro genere minaccerebbero, per se stesse, di far pagare troppo il coautore privo di mezzi e troppo poco invece quello facoltoso.

19.3. Un'eventualità in cui più forti saranno, di regola, le spinte alla cautela espositiva - più acute, cioè, le tentazioni di puntare su chiavi poco ortodosse, e maggiori per l'estensore le possibilità di trincerarsi dietro un apprezzamento discrezionale, o di attuare depistaggi motivazionali - è quello delle controversie originate da una diffamazione a mezzo stampa.

Già la circostanza che il tetto nell'ammontare risarcitorio, come le statistiche ammoniscono, venga raggiunto di solito allorché bersaglio della diffamazione è un magistrato, appare eloquente in proposito.

Qui importa soprattutto rilevare come il gioco del proporzionamento suindicato - per cui le spinte a "glissare" sui criteri attivati tendono a crescere, presso l'estensore, in funzione del livello di eterodossia degli stessi - minacci un duplice risvolto negativo: non solo può diventare arduo, per chi legge, il controllo circa la congruità della motivazione offerta, ma si attenua anche la possibilità che quella decisione (anticonformista nel dispositivo, criptica e autoprotettiva nelle esplicazioni) faccia proseliti in giurisprudenza.

Ed è quest'ultimo, con ogni probabilità, l'inconveniente maggiore del riserbo descrittivo, se è vero che proprio i criteri meno rivelabili risultano, in molte situazioni, quelli più capaci di svecchiare il diritto e conferire valenza tecnica alle istanze emergenti.

Così, con riguardo a un caso che aveva visto il focoso personaggio di una televisione privata insultare l'ex-direttore di un quotidiano nazionale, riesce un po' deludente (a fronte di un dispositivo che condanna il diffamante ad un ammontare superiore di molto rispetto ai tetti correnti) imbattersi in notazioni alquanto diverse rispetto agli elementi che s'indovinano alla base della detta severità: ossia, essenzialmente, i tratti di protervia e aggressività del diffamante, soprattutto l'attitudine dello stesso a volgere ogni scandalo a proprio favore - in termini di *promotion* più o meno diretta dei suoi libri, di maggiori emolumenti per apparizioni in pubblico, o per altre prestazioni mondane o massmediali.

E' innegabile vi sia non poca differenza, in effetti, fra i due ordini di motivi suindicati. Gli uni (fatuità del personaggio, livore caratteriale) effettivamente improponibili quale metri ufficiali per il *quantum respondeatur*, almeno nella fisionomia attuale dell'illecito. Gli altri (opportunismo nello *show-business*, venalità presenzialistica) già più in bilico fra orto- ed eterodossia tecnica, e destinati via via a radicarsi quali binari canonici del torto - nel quadro di una responsabilità sempre più attenta (sotto l'egida del principio "il delitto non paga") allo svolgimento di *sub*-funzioni ulteriori rispetto a quella reintegratoria.

20. Altra ipotesi di rilievo - sintomatica, stavolta, circa l'invalicabilità di certi limiti strutturali - è quella del giudice pronto a raccogliere le sfide della cronaca, audace a parole, ma alla resa dei conti attento a non travalicare i suoi poteri. L'oscurità in merito allo svolgimento dei fatti può rivelarsi lo strumento ideale, in casi simili, per equilibrare le opposte istanze.

Supponiamo che un tribunale si trovi dinanzi, così, a una domanda riparatoria avente le seguenti caratteristiche: (I) il problema da sciogliere si annuncia, sotto il profilo dell'antigiuridicità, fra i più stuzzicanti che il mercato aquiliano possa offrire; (II) la vittima afferma di aver risentito un danno, a seguito del fatto del convenuto, ma nessuna prova al riguardo è stata offerta.

Che fare al posto del giudice - o, meglio, come supporre che il tribunale abbia proceduto? Viene spontaneo rispondere: l'incertezza su un elemento essenziale quale il danno dovrebbe, di per sé, bastare a chiudere in partenza il discorso, imponendo un verdetto sfavorevole all'attore. E suggerendo comunque una motivazione di non più che poche righe.

Tutto ciò in teoria però.

La controversia da dirimere - un marito tradito, che dopo aver ottenuto la separazione personale, ha scelto di chiedere il risarcimento (per il danno da rottura del *ménage*); e di farlo, però, agendo non già contro la moglie, bensì contro il terzo complice dell'adulterio - appare in effetti di prim'ordine. Un'occasione saggistica irripetibile. C'è da prendere posizione sui rapporti fra diritto di famiglia e norme del quarto libro del c.c.; c'è la figura dell'induzione all'inadempimento da analizzare, come supporto nominale per la condanna. E ci si potrà poi interrogare sulla misura in cui i vari passaggi sono influenzati, via via, dalle indicazioni della morale.

Ecco la scelta di non rinunciare, allora, al gusto di una sottile disquisizione da laboratorio - al piacere di dire la propria, rispetto a dilemmi di così alto momento.

Poco importa che l'esito che si ha formalmente di mira - illiceità della complicità nell'adulterio - nasconda sapori vagamente nostalgici, antilibertari. La via d'uscita è a portata di mano per i giudici: dopo aver suonato (come teorici) le campane che più soddisfano concettualmente, basterà rinunciare (come pratici) a qualunque indulgenza sul terreno probatorio.

Vista dall'esterno, anzi. L'impressione è che il tribunale avrebbe ben potuto, se avesse voluto, accontentarsi delle generiche affermazioni dell'attore: concludendo che un danno era stato - non poteva non essere - risentito dal marito, dopo il tradimento pluriennale della moglie. E far luogo così a un risarcimento.

E' che il bandolo stesso risultava, nella circostanza, tutt'altro rispetto alle apparenze: all'opportunità di una messa in opera per quelle ardite configurazioni - al cui suono pur non si voleva rinunciare - i giudici per primi non credevano.

Un espediente *double face*, insomma, e per certi versi ideale: fragile abbastanza da non impedire qualche pagina di acrobazia speculativa, non tanto solido da obbligare alla coerenza, una volta giunti al dispositivo finale.

21. Da quanto si è venuto fin qui dicendo, un dato è emerso con relativa continuità: nella ricerca delle vie migliori per fronteggiare le incertezze, il male viene talora proprio dal processo.

Non appena la vertenza si complichì, in effetti, tutto diventa arduo per il giudice; (I) calpestare le diversità e agire come se i dettagli significativi non esistessero, sarebbe poco elegante; (II) inseguire troppo minuziosamente l'armonia risulterebbe temerario; (III) rifiutare entrambe queste strade e negare giustizia alle parti non è consentito.

Di qui (ecco il salto di qualità disciplinare) l'opportunità di sottrarsi in radice a cimenti del genere. Verrà meno così uno strumento prezioso per la ricerca della verità; ma i contendenti si assicurano, nel contempo, una serie di vantaggi concreti: nessuna spesa in ritualità burocratiche, nessuna attesa interminabile di verdetti, nessun rischio di errori giudiziari - per la colpa o la sfortuna di qualcuno.

Ciò posto, è appena il caso di precisare come, fra le combinazioni alternative al giudizio, non tutte siano uguali fra loro.

In particolare: non sempre l'obiettivo avuto di mira dal legislatore, o dalle parti, è una semplificazione gestionale dell'incertezza - anche se è vero che l'amministrazione di quest'ultima, ogniqualvolta vengano introdotte alleggerimenti nei meccanismi di corresponsione, può risultarne tanto o poco influenzata.

Prendiamo i sistemi imperniati sulla messa a punto di qualche *forfeit*, o sulla previsione di un limite al risarcimento (soglie magari variabili a scaglioni, secondo le peculiarità del caso). Dal gioco di previsioni siffatte risulta certo assicurata, abitualmente, una possibilità di corresponsione pecuniaria anche senza prova della misura del danno, da parte dell'interessato. Però è evidente come al centro di quelle figure vi siano profili funzionali d'altro genere - essenzialmente, la salvaguardia del danneggiante contro il rischio di esborsi eccessivi, unitamente alla creazione dei presupposti per un più facile approdo all'assicurazione.

Considerazioni analoghe potrebbero ripetersi a proposito della clausola penale, o in merito al ricorso alle *astreintes*: o, ancora, per quanto concerne le articolazioni tabellari. C'è qui un automatismo - più o meno serrato - che consente alla vittima di non soffrire per il fatto che alcune sfumature della realtà sono rimaste in ombra. Ma l'obiettivo primario per l'ordinamento rimane, in ciascun frangente, quello di evitare lungaggini e incognite procedurali, soprattutto di circoscrivere il rischio gravante sul debitore.

Significativo, al riguardo, l'esempio della responsabilità della banca per furto di cassette di sicurezza. Non è tanto l'oscurità circa il contenuto delle cassette a far scricchiolare, qui, i sistemi tradizionali di accertamento: il ricorso al giuramento suppletorio del derubato (sia pur al prezzo di lasciare le banche disarmate contro possibili disinvolture) sarebbe in grado di offrire qualche punto fermo, sotto il profilo rituale. I problemi sono in realtà quelli accennati. Resta vero, ad ogni modo, come attraverso le ipotesi innovative che vengono oggi prospettandosi - da un lato, possibilità di limitazioni per la responsabilità delle banche; dall'altro, onere per i clienti di assicurarsi riguardo all'eccedenza di danno - gli stessi nodi gestionali dell'oscurità finiscano, di nuovo, per restare toccati.

21.1. Venendo ora alle soluzioni alla cui base v'è, precipuamente, l'intento di offrire sbocchi non contenziosi all'incertezza, si può dire come la scelta di ricorrervi sia sempre dettata, ancora una volta, dal gioco più o meno scoperto di qualche criterio funzionale.

Prendiamo, così, l'eventualità in cui sia controversa l'identità del danneggiante. Qualora l'offeso - in quanto vittima di un incidente stradale - appaia figura meritevole di particolare tutela (cioè meritevole di sostegno in qualsiasi caso), l'idea di far capo all'introduzione di un fondo di solidarietà, affinché agli infortunati risulti assicurato quantomeno un *first aid*, può apparire tutt'altro che incongrua.

Stesso discorso rispetto a una categoria di vittime che (tenuto conto del bene messo a repentaglio, nonché delle circostanze in cui la lesione ha luogo) possono dirsi non meno sfortunate: ossia a proposito di coloro che, in circostanze misteriose, tali da rendere problematico un giudizio aquiliano, si trovino colpite da una malattia infettiva - a causa di una trasfusione di sangue, o per effetto di vaccinazioni obbligatorie, o per la somministrazione di emoderivati.

Altra ipotesi è quella del contadino le cui colture finiscano rovinare per opera degli animali selvatici. Il fatto che, nello specifico, possa essere dubbio quali fossero questi animali (come campioni o addirittura come specie), oppure l'indimostrabilità di negligenze in capo agli enti faunistici, ovvero alla pubblica amministrazione, potranno scoraggiare il ricorso a un'azione risarcitoria; non saranno d'ostacolo, però, all'erogabilità di un indennizzo amministrativistico - tenuto conto che le vittime non sono in condizione di difendersi pienamente col ricorso alla caccia.

Una via d'uscita non lontana - un po' secondo la falsariga dell'art. 1224 c.c. (possibilità di ricevere subito qualcosa, facendo valere un nucleo minimo di evidenze; e di ottenere eventualmente di più, cimentandosi con la prova di qualcos'altro) - è quella che sembra raccomandarsi, fra *ius conditum* e *ius condendum*, per le ipotesi di risarcimento del danno alla persona (patrimoniale, morale, esistenziale). Due sarebbero le fasce di riferimento:

(I) un certo ammontare da erogarsi alla vittima in via automatica, sostanzialmente in forza della prova dell'evento lesivo puro e semplice, e ciò alla stregua di una serie di tabelle o di sistemi di calcolo automatizzato;

(II) l'onere invece - per la vittima decisa a ottenere un maggior cospicuo - di dimostrare rigorosamente le partite meno standardizzate del danno: quelle legate cioè a una sensibilità fuori del comune, a gusti o facoltà particolari, a intese con terzi soggetti, a strutturazioni peculiari del patrimonio, ad abitudini inconsuete di vita, etc.

21.2. Un'eventualità destinata a originare frequenti titubanze - da un diverso punto di vista - è quella del danno che derivi dal concorso di più autori, o dall'azione di qualcuno rientrante in una rosa di possibili convenuti.

Dinanzi a simili complicazioni sembra raccomandarsi (occorre dire) una linea di ragionevole salvaguardia per la vittima: quest'ultima meriterà di venir trattata, nella misura del possibile, come se di fronte ad essa vi fosse un unico danneggiante.

Una volta stabilito allora - in ordine alla prima situazione (art.2055 c.c.) - che chi ha pagato potrà rifarsi sugli altri per le quote non di sua competenza, la sorte di colui che, da solo, si sia visto citare per l'integralità del danno, non sarà poi tanto cattiva. Di qui la possibilità, per il legislatore, di sgravare in partenza il danneggiato da ogni impegno a provare quale sia stato il contributo causale e il grado di colpa di ciascun corresponsabile.

Meno plausibile una soluzione del genere potrebbe apparire in casi come presentatosi, tempo fa, presso una corte californiana.

I problemi nascevano qui dal fatto che un certo preparato chimico - quello all'origine della lesione - figurava contenuto in vari tipi di medicinali, ognuno prodotto da una diversa casa farmaceutica. Le attrici (figlie di madri che durante il periodo di gravidanza avevano assunto quel preparato) si trovavano in difficoltà nell'individuazione del "giusto" convenuto, quello che aveva effettivamente prodotto e commercializzato il medicamento ingerito dalle madri. Non riuscendo a superare l'ostacolo, le attrici si erano risolte a citare i produttori uno per uno. Ed ecco la corte americana adottare qui il principio - innovatore - per cui il carico risarcitorio va, in casi del genere, distribuito fra tutte quante le industrie interessate, in misura proporzionale alla quota di mercato da ciascuna controllata.

Estesa alle varie situazioni (extrafarmaceutiche) dotate degli opportuni riferimenti - diversi dalla quota di mercato, ma altrettanto significativi agli effetti riparatori - un'indicazione del genere potrebbe vantare, va sottolineato, più di un titolo di

preferibilità rispetto a quelle che abbiamo esaminato, ad esempio, nel caso del pallino da caccia (100% di responsabilità, a carico di uno o magari di entrambi i coautori, al di là di una certa soglia di pregnanza causale; al di qua, nessun risarcimento).

Così in tema di responsabilità ambientale. Nel dubbio circa il valore causale dei singoli contributi, in una compagine di inquinatori, non diverrebbe per ciò stesso inapplicabile il criterio (di cui all'art. 18, comma 7, della l.8 luglio 1986, n.349) dell'obbligo *pro quota* in capo a ciascun coautore. Solo - ecco il punto - il metro per determinare tale quota sarebbe fornito da elementi inerenti (poniamo) alla consistenza produttiva o industriale, agli investimenti nei depuratori, o alla potenzialità inquinante dei singoli convenuti, tenuto conto del bacino territoriale interessato dalla compromissione.

Neppure è escluso - merita aggiungere - che a soluzioni analoghe possa arriversi, un giorno, su un terreno in cui gli ultimi anni hanno visto il crescente infittirsi, soprattutto negli Stati Uniti, di domande di risarcimento del danno: ossia il caso delle vittime da fumo.

Incerti si presentano qui, a dire il vero, molti fra i nodi di base - stando almeno alle indicazioni di una recente pronuncia del Tribunale di Roma (4 aprile 1997). Sollecitato dalla domanda risarcitoria di un fumatore ammalatosi di cancro, il collegio romano, per giustificare il rifiuto di condanna del Monopolio dello Stato, ha avuto occasione di affermare in questa sentenza vari punti: in particolare (fra quelli che interessano in questa sede) l'assenza di prova di un nesso causale diretto rispetto a un soggetto specifico; la vaghezza dei chiarimenti in sede scientifica circa il meccanismo biologico che causa il cancro; l'esistenza di concause ambientali; la decisività della quantità individuale consumata (l'abuso non potendo essere addebitato, allora, se non al fumatore).

Inutile dire che sulla fondatezza di simili affermazioni il dibattito è, a tutt'oggi, apertissimo.

Ecco un caso comunque in cui, per la gestione dell'incertezza, potrebbe rivelarsi opportuno il ricorso ad un fondo solidaristico: (I) con i fumatori chiamati, verosimilmente, ad alimentare di tasca propria le provviste di quest'ultimo, magari attraverso appropriati sovrapprezzi sul pacchetto di sigarette; (II) con il fondo chiamato a provvedere alle necessità del fumatore ammalatosi, o a quelle dei congiunti della persona perita a causa del tabacco.

22. Se torniamo, a questo punto, al film dal quale siamo partiti, ci accorgiamo come non manchino somiglianze tra la conclusione della pellicola giapponese e il senso delle fattispecie appena esaminate.

La chiave di volta di queste ultime è, come s'è visto, una rinuncia a intestardirsi oltre misura nella ricerca della verità: è possibile per il diritto immaginare soluzioni diverse, meno classiche e ostinate. Spesso è conveniente farlo.

Quanto poi al finale di *Rashomon*, si tratterà di riprendere il racconto al punto in cui è stato lasciato: sotto il portale del tempio in rovina, al riparo dalla pioggia, con il prete e il ladro che ascoltano la versione del taglialegna.

o o o

Il samurai è morto dunque per la quarta volta. Il temporale imperversa più che mai. Fra i ruderi poca luce; i tre uomini giacciono accovacciati, a breve distanza.

A parlare per primo è il ladro: "E così questa sarebbe la verità?". Il taglialegna, alzandosi in piedi: "Non racconto bugie, l'ho visto coi miei occhi". L'altro scrolla le spalle: "E chi riconosce mai di essere bugiardo?".

Sul fuoco viene buttata altra legna. Tocca al prete chiedersi a quel punto: "E' orribile; se non potessimo credere a nessuno, che sarebbe di noi?". Sghignazza il ladro: "E così è, non si può credere". Il prete con forza, appoggiandosi a una colonna: "No! Io credo negli uomini, il nostro mondo non può essere un inferno!".

Qualche attimo di silenzio. Non si guardano i tre, ognuno è immerso nei suoi pensieri. Ed ecco che dall'altra parte delle rovine si sente d'un tratto, fra lo scroscio della pioggia, il pianto di un neonato.

A reagire per primo è il ladro. Lo vediamo correre verso al fagottino sull'angolo, inginocchiarsi: inizia a frugare avidamente tra i panni, si capisce che cerca qualcosa da rubare. E quando, dopo un momento, il taglialegna gli si scaglia contro, per fermarlo, sentiamo il ladro prorompere: "Cosa vuoi da me? Qualcuno prima o poi se li sarebbe presi. E allora meglio io che un altro". "Sei proprio un mostro!", grida l'altro. E il ladro sprezzante: "I genitori del bambino, quelli sono i veri mostri! Non hanno pensato che al loro piacere, e poi l'hanno abbandonato lì".

Cambia tono improvvisamente, fissa poi il boscaiolo con scherno: "Sei riuscito a darla ad intendere alla polizia, a me però non ci riesci. Il pugnale della donna, era un oggetto di grandissimo valore: dov'è andato a finire?". Scrolla anzi l'altro per le spalle, lo spinge contro il muro: " Forse è stata la terra che se l'è inghiottito? O invece te lo sei rubato tu? Questa è la verità, eh?".

Ride ancora sguaiatamente: "Un ladro che offende un ladro, questo sì che è un vero egoista!". Lo vediamo indietreggiare col suo bottino, nessuno più lo ostacola. Si allontana imprecaando, scompare dopo un po' oltre gli scalini. In scena restano il prete e il taglialegna.

Comincia a diminuire la pioggia; dopo un po' cessa del tutto. Il bambino riprende a piangere. Il prete inizia a cullarlo, camminando su e giù fra le colonne.

E' a questo punto che vediamo il taglialegna avvicinarsi: sporge le braccia, timidamente, senza dire una parola. Il prete si tira però indietro con forza: "Vattene! Ora gli vuoi portare via anche la camicia?". Scuote la testa allora il taglialegna, lo guarda mestamente: "Io ho sei figli. Allevarne ancora uno non sarà una fatica molto maggiore per mia moglie":

Esita un attimo il prete. Guarda poi il boscaiolo, capisce di potersi fidare: "Perdonami, mi vergogno di quello che ho detto". L'altro è quasi imbarazzato: "Naturale, di questi tempi; non si può avere fiducia negli uomini". E dopo un attimo: "Devi perdonarmi tu. Oggi io non riesco a capire me stesso".

Il prete gli si accosta, quasi sorride: "Tu mi hai restituito la fede e la speranza nella vita. Ti ringrazio". Gli fa scivolare il piccolo fra le braccia. Il boscaiolo lo accoglie con delicatezza, sa come tenerlo. Si guardano, si salutano con un gesto del capo. Il taglialegna muove verso l'uscita, prende la strada del bosco. Il prete rimane solo sotto il tempio.

° ° °

Non c'è gran differenza, come si vede, rispetto ai nodi dell'incertezza nella responsabilità civile.

Il filo conduttore attraverso cui possono venir cucite, fra loro, le varie storie sin qui analizzate è anzi lo stesso nei due casi. Soltanto perché non è possibile sapere qual è la verità, non è detto si debba parlare di sconfitta. L'importante è che esista comunque un bene (non troppo disomogeneo rispetto a quello di partenza, non tale da sollevare problemi di liceità) attraverso il quale possa compensarsi il male per i misteri sopravvissuti.

Il fine ultimo è che vi sia comunque un modello capace di "tenere insieme" le cose. La verità - la sua ricerca - è una soltanto fra le variabili da armonizzare; tutto sta a valutare la bontà degli obiettivi su cui vanno investite, via via, le risorse che assicura la rinuncia a un accanimento investigativo.

Il diritto non è diverso dalle discipline (astronomia, fisica, biologia, etc.) che vedono nell'incertezza una compagna di lavoro e, al tempo stesso, una ragion d'essere della loro esistenza. Il giurista non è diverso dallo spettatore di un film il quale, al di là di ogni enigma irrisolto, ha essenzialmente bisogno che la storia funzioni.