



Sorveglianza degli incapaci e responsabilità del custode

Guido Belli

Dottorando di ricerca in Diritto civile

SINTESI

a) Il dovere di custodia va rapportato alla natura e al grado di incapacità del sorvegliato

Per l'esatta definizione del contenuto del dovere di vigilanza di cui all'art. 2047 c.c. occorre prendere in considerazione diverse circostanze (di tempo, di luogo, di ambiente, di pericolo) ed anche il grado e la natura dell'incapacità del sorvegliato, non essendo richiesta, al custode, una ininterrotta presenza fisica accanto all'incapace, ogniqualvolta i rapporti di questi col mondo esterno appaiano, ragionevolmente, non costituire causa di nocumento per i terzi.

b) Responsabilità della struttura sanitaria e riforma dell'assistenza psichiatrica

A seguito dell'entrata in vigore della legge di riforma dell'assistenza psichiatrica (l. 13.5.1978, n. 180), la presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2047 c.c. è configurabile, a carico della struttura sanitaria, nelle

ipotesi in cui l'infermo di mente sia ricoverato presso la stessa; diversamente, il personale medico può essere chiamato a rispondere dei danni cagionati a terzi dall'attività illecita dell'incapace per inadeguata organizzazione dei servizi di cura, per errori di diagnosi o di terapia, ma solo ex art. 2043 c.c. e non in forza del rapporto di custodia.

c) Responsabilità oggettiva del sorvegliante e prova liberatoria

Per sottrarsi da responsabilità il sorvegliante deve dimostrare di «non aver potuto impedire il fatto», a nulla rilevando la diligenza profusa nell'esercizio della custodia.

Si tratta, invero, di una responsabilità oggettiva che ammette, a liberazione, solamente la prova della concreta impossibilità materiale di intervenire ed impedire il fatto, sì che questo risulti estraneo alla sfera di controllo del custode, e dunque non in rapporto di causalità con l'*eventus damni*.

» SOMMARIO

1. Introduzione – 2. La nozione di «sorvegliante» e il dovere di custodia – 3. La sorveglianza degli infermi di mente – 4. La prova liberatoria – 5. La responsabilità sussidiaria dell'incapace – 6. Autolesionismo e danno subito dall'incapace

1. Introduzione

Presupposto di applicazione dell'art. 2048 c.c., come noto, è l'imputabilità e, quindi, la responsabilità solidale dell'autore diretto dell'illecito⁽¹⁾.

Quando, invece, il fatto è commesso da persona incapace di intendere e di volere, del danno risponde, ai sensi dell'art. 2047 c.c., chi era tenuto alla sua sorveglianza, salva la prova di non averne potuto impedire la consumazione. Così, dell'illecito del minore in tenera età, privo della capacità di intendere e di volere, i genitori sono chiamati a rispondere non già quali esercenti la patria potestà, bensì nella loro veste di sorveglianti di soggetto non imputabile⁽²⁾.

Vale la pena osservare che il fatto dell'incapace viene in rilievo oggettivamente, per la sua difformità dalla norma ovvero dal principio generale del *neminem laedere*, non già per la patologia del processo psicologico e volitivo dell'azione; ragion per cui si trova anche qui confermata l'idea di fondo che la funzione della

responsabilità civile non è quella di sanzionare il comportamento antigiusdittico, ma quella di risarcire chi ne è stato vittima⁽³⁾. La norma fa riferimento alla capacità naturale, con la conseguenza che, da un lato, non è esonerato da responsabilità l'interdetto o l'inabilitato che abbia commesso il fatto in un «lucido intervallo», dall'altro non può essere chiamato a rispondere del danno il soggetto che, al momento dell'illecito, versasse in uno stato di incapacità di intendere e di volere, anche se dipendente da situazioni transitorie di perturbamento psichico (art. 2046 c.c.), purché detto stato non dipenda da sua colpa⁽⁴⁾.

La responsabilità in esame presuppone che il danno sia arrecato dall'incapace mediante un fatto obiettivamente illecito, ossia contenente tutti i requisiti, ad eccezione dell'imputabilità, idonei a integrare l'imputazione a carico dell'autore materiale del fatto.

2. La nozione di «sorvegliante» e il dovere di custodia

Sorvegliante è colui che si trova ad esercitare la custodia sull'incapace in forza di una previsione di legge (è il caso dei genitori,

⁽¹⁾ SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 190.

⁽²⁾ Cass., 15.1.1980, n. 369, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 597.

⁽³⁾ FRANZONI, *L'illecito*, I, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2010, 682; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, 61 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 12.12.1977, n. 5411: «L'imputabilità da fatto illecito può essere esclusa in dipendenza di situazioni transitorie di perturbamento psichico, purché questo non sia addebitabile a colpa dell'autore del danno».

dei tutori o degli affidatari nei confronti dei figli), o di una convenzione negoziale (si pensi alla governante cui i genitori affidano i bambini⁽⁵⁾), o alle strutture ospedaliere che ospitano gli incapaci non interdetti⁽⁶⁾ ovvero di una libera scelta.

In particolare, l'attribuzione dello *status* di sorvegliante incombe legalmente sui genitori, sui tutori o sugli affidatari del minore incapace, i quali devono provvedere alla custodia di questi, al fine di impedire che arrechi danni a sé o a terzi⁽⁷⁾. Ma il dovere di sorveglianza può anche essere trasferito da questi soggetti a persone o istituzioni competenti per fini di educazione, cura o lavoro, come baby-sitter, istituti scolastici⁽⁸⁾, cliniche, imprese: in questi casi il dovere di custodia dei genitori rimane sospeso per tutto il tempo in cui i terzi incaricati ne assumono il compito⁽⁹⁾. È pacifico, invero, che il dovere di sorveglianza di un soggetto non imputabile, quale fonte di responsabilità per il danno da questi cagionato, può essere l'effetto non soltanto di un vincolo giuridico, ma anche di una scelta liberamente compiuta da chi, accogliendo l'incapace nella sua sfera personale o familiare, assume spontaneamente il compito di prevenire od impedire che il comportamento di questi possa arrecare nocumento a terzi⁽¹⁰⁾. La dottrina si è interrogata sull'ammissibilità di una applicazione estensiva della norma al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge o comunque ricavabili dall'ordinamento giuridico. Al riguardo sembra preferibile condividere la tesi di quanti⁽¹¹⁾ negano tale possibilità, affermando la natura eccezionale dell'art. 2047 c.c. Va precisato che il dovere di vigilanza non deve essere inteso in senso assoluto, ma relativo, non essendo richiesto al custode una ininterrotta presenza fisica accanto al sorvegliato⁽¹²⁾ qualora,

(5) MOROZZO DELLA ROCCA, *La responsabilità civile del sorvegliante dell'incapace naturale*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Torino, 1998, 13.

(6) Cass., 1.6.1994, n. 5306, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass., 13.5.1981, n. 3142, *ivi*, 1981.

(7) BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 702.

(8) Cass., 5.9.1986, n. 5424, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 493, con nota di Amenta: «l'affidamento di un minore, effettuato dai genitori ad un istituto scolastico, comporta per questo, e per chi agisce su suo incarico, come la persona alla quale l'istituto ha affidato il compito di provvedere al trasporto del minore dalla sua abitazione al luogo ove si svolge l'attività di istruzione e viceversa, il dovere di vigilare il minore, controllando, con la dovuta diligenza e con l'attenzione richiesta dall'età e dallo sviluppo psico-fisico, che questi non venga a trovarsi in situazioni di pericolo, con possibilità di pregiudizio per la sua incolumità; tale vigilanza deve essere esercitata dal momento iniziale dell'affidamento sino a quando ad essa si sostituisca quella, effettiva o potenziale, dei genitori, senza che possano costituire esimenti della responsabilità dell'istituto (e del suo incaricato) le eventuali disposizioni, date dai genitori (nella specie: di lasciare il minore senza sorveglianza in un determinato luogo) potenzialmente pregiudizievoli per il minore, derivandone, ove attuate, una situazione di possibile pericolo per l'incolumità dello stesso».

(9) BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 702.

(10) Cass., 12.5.1981, n. 3142; App. Perugia, 17.11.2005, in *Rass. giur. umbra*, 2006, 1.

(11) ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1992, 301; FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, 316 ss.; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 685. In giurisprudenza, cfr. Cass., 21.12.1953, n. 3790, in *Resp. civ.*, 1954, 256, che ha negato la qualifica di sorvegliante in capo ad una vicina di casa che, nel giorno dell'incidente, era stata pregata di vigilare sulla bambina vittima del sinistro; Cass., 15.12.1972, n. 3617.

(12) *Ma contra* Cass., 28.3.2001, n. 4481.

(13) Cass., 24.5.1997, n. 4633, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 834: «L'ampiezza dell'obbligo di sorveglianza dei soggetti incapaci di intendere o volere (art. 2047 c.c.) è da rapportare alle circostanze di tempo, luogo, ambiente, pericolo, che, considerando altresì la natura e il grado di incapacità del soggetto sorvegliato, possono consentire o facilitare il compimento di atti lesivi da parte del medesimo».

(14) Cass., 28.7.1967, n. 2012, in *Resp. civ.*, 1968, 467; Cass., 10.4.1970, n. 1008, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1379; Cass., 15.1.1980, n. 369, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1593: «In tema di responsabilità civile da fatto illecito, la capacità di intendere e di volere del minore, la quale esclude l'applicabilità dell'art. 2047 c.c., può essere accertata dal giudice del merito - con valutazione di fatto incensurabile in sede di legittimità, se immune da vizi logici e giuridici - anche mediante presunzioni, quali il riferimento alla stessa età del minore e al tipo di studi da lui frequentati».

avuto riguardo alle circostanze di tempo, di luogo, di ambiente, nonché alla natura ed al grado di incapacità di questi, risultino correttamente impostati i rapporti dell'incapace col mondo esterno, sicché appaia ragionevole presumere che non possano costituire fonte di pericolo per lo stesso e per i terzi⁽¹³⁾.

Ad ogni modo, la previsione dell'art. 2047 c.c., richiede, pur sempre, l'accertamento positivo dell'irresponsabilità civile dell'incapace, secondo un giudizio che è rimesso al giudice del merito⁽¹⁴⁾, occorrendo, in altri termini, che l'agente sia persona non imputabile *ex art.* 2046 c.c., con un grado e una intensità di incapacità tale da risultare priva di quel *minimum* di attitudine psichica ad agire e a valutare le conseguenze del proprio operato⁽¹⁵⁾.

3. La sorveglianza degli infermi di mente

Particolare rilievo assume il problema della sorveglianza dell'infermo di mente dopo l'entrata in vigore della riforma dell'assistenza psichiatrica (l. 13.5.1978, n. 180), che ha soppresso l'antico sistema⁽¹⁶⁾ che attribuiva allo psichiatra funzioni di custodia, oltre che di cura, del malato di mente⁽¹⁷⁾; attualmente la presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2047 c.c. è configurabile, a carico della struttura sanitaria, soltanto nell'ipotesi in cui l'infermo sia ricoverato presso la stessa⁽¹⁸⁾, dovendosi peraltro escludere la sussistenza, in capo al personale del presidio, del compito di assicurare la pubblica incolumità da comportamenti pericolosi del malato mentale, rientrando tale incumbente tra quelli demandati in via generale agli organi di pubblica sicurezza⁽¹⁹⁾.

Qualora, invece, il malato non sia ricoverato, il personale medico non va comunque esente da ogni responsabilità nei confronti di

(15) CAMPIONE, *Il fatto dannoso del minore incapace*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Sesta, Torino, 2008, 599.

(16) Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 689: «L'impianto della vecchia legge era funzionale all'idea che vedeva la società dei "normali" in posizione difensiva rispetto al mondo dei "diversi". Di conseguenza vedeva con favore la loro "ospedalizzazione", poiché questo era il modo per segregarli dal resto del mondo».

(17) Cfr. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori psichiatrici*, in *Politica del diritto*, 1990, 553 ss.; ID., *Infermità di mente e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, IV, c. 81 ss.; BREGOLI, *Trattamenti open door e responsabilità civile degli ospedali psichiatrici per gli atti dannosi dei loro pazienti*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 49 ss. In giurisprudenza, v. App. Perugia, 9.11.1984: «Risponde di omicidio colposo il medico responsabile del servizio di igiene mentale il quale abbia, malgrado l'esplicita richiesta dei familiari, omesso di proporre un trattamento sanitario obbligatorio in regime di degenza ospedaliera, e si sia comunque astenuto dal prescrivere idonee misure terapeutiche alternative, nei confronti di schizofrenico resosi responsabile, due giorni dopo di un accoltellamento letale ai danni della madre».

(18) Emblematica è la pronuncia del Trib. Reggio Emilia, 18.11.1989, in *Nuova giur. comm.*, 1990, I, 549: «L'USL di un comune non è responsabile, *ex art.* 2047 c.c., per l'omicidio commesso da un infermo di mente, assistito continuativamente dal servizio materno e infantile del luogo, e autore in precedenza di comportamenti tali da giustificare ripetute segnalazioni all'autorità di polizia, il quale non sia però al momento del fatto né minore né interdetto». Nel caso di specie si trattava dell'omicidio di una bambina per annegamento nel fiume Po, consumato dal malato di mente.

(19) Cass., 20.6.2008, n. 16803: «La presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2047 c.c. nei confronti di chi sia tenuto alla sorveglianza dell'incapace è configurabile a carico della struttura sanitaria soltanto in caso di ricovero ospedaliero del malato mentale, dovendosi, peraltro, considerare priva di tutela a carico del Servizio Sanitario l'esigenza di assicurare la pubblica incolumità che possa essere messa in pericolo dal malato mentale, rientrando tale compito tra quelli demandati in via generale agli organi che si occupano di pubblica sicurezza». Nel caso di specie, la Corte ha rigettato il ricorso proposto dai parenti di un congiunto ucciso da un soggetto affetto da vizio totale di mente all'interno di un bar nei confronti dell'Azienda sanitaria, non potendosi configurare nei riguardi di quest'ultima uno stretto obbligo di sorveglianza a carico dell'omicida risultato malato di mente, considerandosi, altresì, che il T.S.O. può essere disposto solo se esistono alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure extraospedaliere e, senza trascurare che, nel caso in questione, l'aggressore omicida, fino a pochi giorni prima del fatto delitt-

quanti subiscano danni dall'attività illecita di quello, potendo essere chiamato a rispondere per inadeguata organizzazione dei servizi di cura, per errori di diagnosi o di terapia, ma solo ex art. 2043 c.c. e non in forza del rapporto di custodia⁽²⁰⁾.

Ovviamente, se l'autore è ospite di un reparto psichiatrico, sebbene non interdetto, né sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, è pur sempre configurabile un dovere di sorveglianza in capo al personale sanitario addetto al reparto, con conseguente responsabilità risarcitoria ex art. 2047, 1° co., c.c. per i danni cagionati dal ricoverato, purché sia data la prova concreta dell'incapacità di intendere e di volere del medesimo, al *tempus commissi facti*⁽²¹⁾.

Anche l'Azienda sanitaria locale può essere chiamata a rispondere dell'illecito commesso dall'infermo di mente, ove sia accertata l'omissione di una seria e mediata azione preventiva di cura e di sorveglianza del medesimo, adeguata ad evitare l'insorgere di turbe psichiche idonee a recare nocumento all'incolumità dei terzi o dello stesso malato⁽²²⁾.

4. La prova liberatoria

Per sottrarsi da responsabilità, il sorvegliante deve dimostrare di «non aver potuto impedire il fatto», a nulla rilevando la diligenza impiegata nell'esercizio della custodia.

Come si è avvertito, il dovere di vigilanza va rapportato a diverse circostanze (di tempo, di luogo, di ambiente, di pericolo) ed al grado e alla natura dell'incapacità del sorvegliato, non essendo richiesta al sorvegliante una ininterrotta presenza fisica accanto a questi. Invero, la giurisprudenza riconosce efficacia liberatoria alla prova che l'omissione di sorveglianza è stata determinata da causa non imputabile, ovvero alla prova che, nonostante l'esercizio diligente del dovere di vigilanza, il danno si sarebbe ugualmente verificato⁽²³⁾.

Il sorvegliante è altresì ammesso a dimostrare la sua estraneità ad un qualsiasi dovere di vigilanza e di custodia sull'incapace; o la piena capacità naturale dell'autore del fatto al tempo della commissione; o, ancora, che l'*eventus damni* si è verificato quando l'incapace era affidato alla sorveglianza di un terzo; o, infine, che il fatto compiuto non era da qualificarsi come illecito.

In realtà, va osservato, queste ultime prove non si apparentano con quella richiesta dall'art. 2047 c.c. che, presumendo l'illecito,

il dovere di custodia e l'incapacità dell'autore, ha ad oggetto la dimostrazione di «aver fatto tutto il possibile per evitare il danno»⁽²⁴⁾, e dunque l'inevitabilità del fatto lesivo.

Riguardo al contenuto di siffatta prova liberatoria, una parte della dottrina è propensa a ricostruire la fattispecie di responsabilità intorno alla presunzione di colpa, nel senso di affermare la responsabilità del sorvegliante allorché egli non abbia diligentemente vigilato sull'incapace⁽²⁵⁾ (*culpa in vigilando*) e di addossare in capo al danneggiato la dimostrazione del rapporto di causalità tra tale omissione ed il danno verificatosi per il fatto dell'incapace.

Tuttavia, l'interpretazione della norma data dalla giurisprudenza, tende a non attribuire alcun rilievo alla dimostrazione dell'assenza di negligenza, imperizia o imprudenza da parte del sorvegliante durante la vigilanza, richiedendo, piuttosto, la prova del fatto positivo dal quale è derivato l'evento di danno e la sua non imputabilità al sorvegliante⁽²⁶⁾. Cosicché, una volta che il danno sia stato cagionato dall'incapace e che sia accertato il rapporto di custodia, il sorvegliante deve fornire una prova che è identica a quella che libera il debitore ex art. 1218 c.c.⁽²⁷⁾, consistente nella dimostrazione del fortuito, della forza maggiore, o di un costringimento fisico assoluto ad opera di terzi, essendo la prova dell'assenza di colpa inidonea a superare la responsabilità di cui all'art. 2047 c.c.⁽²⁸⁾.

Sembra, pertanto, da condividere l'opinione di quegli autori⁽²⁹⁾ che collocano l'illecito in esame tra le ipotesi di responsabilità oggettiva: ed invero, la dimostrazione della diligente custodia da parte del sorvegliante è insufficiente a liberarlo da responsabilità, rilevando unicamente la prova della concreta impossibilità materiale di intervenire ad impedire il fatto, sì che questo risulti estraneo alla sfera di controllo del sorvegliante⁽³⁰⁾. Questa soluzione, del resto, ha dalla sua parte l'elaborazione francese che ha portato all'introduzione dell'art. 482-2 code Napoléon, leggendo il quale si ha conferma della tendenziale oggettivazione della colpa e del progressivo abbandono dell'imputabilità dai requisiti della responsabilità civile⁽³¹⁾.

5. La responsabilità sussidiaria dell'incapace

Il 2° co. dell'art. 2047 c.c., derogando al principio – individuato dall'art. 2046 c.c. – della irresponsabilità di soggetto non impu-

tuoso, non aveva dato segni di squilibrio e premonitori di una possibile manifestazione di follia.

⁽²⁰⁾ In argomento cfr. CENDON, *Il prezzo della follia; Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile*, in *Politica del diritto*, 1987, 621 ss., nonché ID., *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988. In giurisprudenza, cfr. Cass., 13.4.1973, n. 1055, in *Mass. Foro it.*, 1973; Tribunale Velletri, 19.3.1979, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 567; Trib. Bolzano, 9.2.1985, in *Giur. di Merito*, 1985, II, 681.

⁽²¹⁾ Cass., 16.6.2005, n. 12965 in *Giust. civ.*, 2006, I, 1, 72: «Nei confronti di persona ospite nel reparto psichiatrico, non interdetta né sottoposta al trattamento sanitario obbligatorio ai sensi della l. 13.5.1978 n. 180, la configurabilità di un dovere di sorveglianza a carico del personale sanitario addetto al reparto e della conseguente responsabilità risarcitoria ai sensi dell'art. 2047, 1° co., c.c. per i danni cagionati dal ricoverato presuppone soltanto la prova concreta dell'incapacità di intendere e di volere».

⁽²²⁾ Trib. Trieste, 23.11.1990, in *Nuova giur. comm.*, 1993, I, 986, con nota di Carleo. In dottrina, v. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 938 ss.

⁽²³⁾ Cass., 19.6.1997, n. 5485, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1014: «ai fini della responsabilità di cui all'art. 2047 c.c., per il danneggiato è sufficiente dimostrare che l'incapace di intendere o volere ha cagionato il fatto dannoso al di fuori della sfera di sorveglianza del soggetto ad essa obbligato, mentre incombe su questi dimostrare che tale fatto si sarebbe comunque verificato anche se la sorveglianza fosse stata esercitata, e quindi che non vi è nesso di causalità tra l'omissione di essa e il fatto dannoso».

⁽²⁴⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 692.

⁽²⁵⁾ Così DE CUPIS, *Il danno*, II, Milano, 1974, 135; MARCHETTI, *Sulla re-*

sponsabilità per fatto altrui, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1961, I, 139 ss., il quale parla di responsabilità altrui per fatto proprio, intendendo per quest'ultimo l'omessa vigilanza; DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, 282 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 703.

⁽²⁶⁾ Cass., 10.3.1980, n. 1601, in *Foro it.*, 1980, I, 2526; nello stesso senso anche Cass., 5.3.1955, n. 646, in *Resp. civ.*, 1955, 207.

⁽²⁷⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 693; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 68.

⁽²⁸⁾ GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 239. In giurisprudenza, cfr. Cass., 12.12.2003, n. 19060, in *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 12: «L'accertamento in sede penale della mancanza di prova della colpa dei soggetti tenuti alla sorveglianza dell'incapace non comporta il superamento della presunzione di colpa su di essi gravante ai sensi dell'art. 2047 c.c., né costituisce prova del caso fortuito».

⁽²⁹⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 695; MINERVINI, *Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma, 1953, 374; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 931.

⁽³⁰⁾ FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., 321; Cass., 10.7.1958, n. 2485.

⁽³¹⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 696; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 156, secondo il quale la prova liberatoria non opera alla stregua di un «presupposto del giudizio di responsabilità, ma unicamente come condizione per l'esclusione del criterio» di imputazione; di guisa che, fornire la prova liberatoria, significa dimostrare di non essere il sorvegliante.

tabile, riconosce al danneggiato la facoltà di rivolgersi, in via sussidiaria, all'incapace, qualora non abbia potuto ottenere il risarcimento dal sorvegliante, perché questi è insolvente ovvero ha fornito la prova liberatoria⁽³²⁾ o, ancora, perché manca un custode⁽³³⁾.

In tali casi il giudice, tenuto conto delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno ad un equo indennizzo.

La fattispecie *de qua* presenta alcuni elementi peculiari, ravvisabili a) nella natura sussidiaria della responsabilità dell'incapace rispetto all'obbligazione risarcitoria alla quale sarebbe tenuto il sorvegliante; b) nel potere discrezionale del giudice nel condannare al risarcimento; c) nell'equità che il giudicante deve adottare nel determinare la misura dell'indennità.

Per l'affermazione della responsabilità sussidiaria dell'incapace, occorre che il fatto soddisfi tutti i caratteri, compreso l'astratto requisito della colpevolezza, in presenza dei quali un soggetto capace di intendere e volere sarebbe chiamato a rispondere⁽³⁴⁾. A fondamento della responsabilità in esame, vi è l'esigenza di proteggere la vittima incolpevole che abbia subito un pregiudizio, e quindi di soddisfare il suo bisogno di riparazione, tenuto conto delle possibilità economiche della controparte⁽³⁵⁾. Di guisa che il danneggiato otterrà (*rectius* potrà ottenere)⁽³⁶⁾ un indennizzo condizionato nell'*an* e nel *quantum* dal potere discrezionale del giudicante, il quale, valutate comparativamente le condizioni economiche delle parti, si pronuncerà sull'opportunità, o meno, di imporre all'incapace un equo ristoro del danno arrecato. Ciò con la conseguenza che, pur potendo in astratto coincidere con l'integrale riparazione del danno subito dalla vittima, l'indennità è suscettibile di subire decurtazioni rispetto all'entità del risarcimento integrale, secondo «equi temperamenti dettati dalle condizioni economiche del soggetto cui essa dovrebbe far carico, fino a considerarsi del tutto non dovuta quando, dalla valutazione comparativa richiesta dalla norma, emerge eventual-

mente una manifesta sperequazione tra le floride condizioni economiche del danneggiato e quelle deteriori del danneggiante»⁽³⁷⁾.

6. Autolesionismo e danno subito dall'incapace

Esulano dalla sfera di operatività dell'art. 2047 c.c. le ipotesi nelle quali l'incapace, anziché arrecare nocumento a terzi, sia rimasto egli stesso vittima di un'azione illecita, ovvero si sia autocagionato delle lesioni; e ciò ancorché il sorvegliante non abbia vigilato prudentemente.

Alla norma in esame, invero, la dottrina e la giurisprudenza riconoscono rilevanza esclusivamente esterna al rapporto custode-incapace, nel senso di configurare in capo al primo un dovere verso i terzi e non già nei confronti dello stesso incapace⁽³⁸⁾. Del resto non potrebbe essere altrimenti, se non a costo di elidere la *ratio* sottesa all'art. 2047 c.c., da ravvisare nell'intenzione del legislatore di favorire la risarcibilità del danno provocato ad una vittima incolpevole, ad opera di soggetti nei confronti dei quali non sarebbe altrimenti possibile od agevole esperire l'azione risarcitoria.

Ciononostante, per lungo tempo, degli atti di autolesionismo posti in essere dall'incapace, il sorvegliante è stato chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁽³⁹⁾. Solo più tardi la giurisprudenza di legittimità è giunta ad affermare che: «nel caso di danno arrecato dall'incapace a sé stesso, la responsabilità del sorvegliante [...] va ricondotta non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì nell'ambito della responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c.»⁽⁴⁰⁾. Ne consegue che il sorvegliante può essere chiamato a rispondere non già a titolo di illecito aquiliano, bensì per contatto sociale, ossia per un'obbligazione nata da quel fatto fonte di obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c.⁽⁴¹⁾. ■

⁽³²⁾ Cfr. Cass., 28.1.1953, n. 216, in *Giur. it.*, I, 1, c. 490, con nota di TRAVI. In dottrina, v. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969, 126 ss.

⁽³³⁾ *Contra*, tuttavia, Trib. Perugia, 30.10.1995, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 89: «non è ravvisabile una responsabilità ex art. 2047, 2° co., c.c. quando manchi un obbligato in via principale, poiché questa responsabilità deve considerarsi sussidiaria».

⁽³⁴⁾ In favore della responsabilità oggettiva dell'incapace, si sono espressi, tra gli altri: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1957, 547; COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 237 ss.; TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 110.

⁽³⁵⁾ App. Napoli, 5.5.1967, in *Arch. resp. civ.*, 1968, 178.

⁽³⁶⁾ Il danneggiato, invero, non vanta alcun diritto all'indennità, essendo titolare di un mero potere d'azione. A sostenere questa tesi fu, per primo, il

DE CUPIS, *Il danno*, II, cit., 24: «l'obbligazione risarcitoria non preesiste all'esercizio dell'azione giudiziaria [...] il danneggiato, semplicemente come tale, non ha questo diritto, non ha una pretesa giuridica diretta alla prestazione risarcitoria: ha un mero potere d'azione diretto a sollecitare la pronunzia discrezionale del giudice intorno alla opportunità, o meno, dell'imposizione, all'incapace, di una equa riparazione del danno arrecato».

⁽³⁷⁾ V. Trib. Macerata, 20.5.1986, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2594.

⁽³⁸⁾ Cass., 18.7.2003, n. 11245, in *Nuova giur. comm.*, 2004, I, 491, con nota di Carassale; in senso conforme si era già espressa Cass., 28.7.1967, n. 2012, in *Resp. civ. e prev.*, 1968, 467. In dottrina, cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 932.

⁽³⁹⁾ Trib. Venezia, 19.3.1979, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 576; ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., 302.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 18.7.2003, n. 11245, in *Nuova giur. comm.*, 2004, I, 491.

⁽⁴¹⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 684.