

Il tema che si pone, in generale, è quello della alternatività delle azioni ex artt. 2043-2054 c.c. nonché ex art. 144 CdA (codice delle Assicurazioni) rispetto alle azioni ex artt. 149 e 141 CdA. Prima dell'entrata in vigore del CdA la situazione si era in sostanza stabilizzata, a più di trent'anni all'entrata in vigore della L. 990/69.

Ed erano pacifici alcuni principi che sommariamente elenchiamo:

- l'azione c.d. diretta contro l'assicurazione del danneggiante era stata introdotta e consentita proprio dalla riforma citata del 1969; prima di allora l'assicurazione non poteva che essere chiamata in giudizio dal responsabile del danno e non già citata "direttamente" dal danneggiato;
- in tale giudizio doveva essere parte ex art. 23 L. cit. anche il responsabile del danno, che la giurisprudenza aveva da tempo individuato nel proprietario dell'auto, quindi litisconsorte necessario del giudizio "diretto", mentre il conducente (pur potenziale responsabile del danno) ha finito per essere considerato solo litisconsorte facoltativo
- accanto all'azione c.d. diretta è sempre stata consentita anche l'alternativa azione ordinaria ex artt. 2043- 2054 c.c. (senza citazione diretta dell'assicurazione) nei confronti dei responsabili del danno: in particolare, in ipotesi, il conducente, ma di nuovo anche il proprietario dell'auto ex comma 3 dell'art. 2054 c.c. (come responsabile solidale del danno) potevano essere citati in giudizio; l'azione doveva comunque essere preceduta dalla richiesta danni all'Assicurazione.

Ciò ricordato rapidamente, per buona memoria, veniamo quindi alla recente riforma del 2005.

Nell'articolo 149 del CdA è disciplinata una nuova forma di azione diretta c.d. risarcimento diretto ed applicabile solo a certi casi (ad es. micro- permanenti) e prevedente la citazione in giudizio, diretta appunto, della Compagnia del danneggiato.

Nell'articolo 144 Cda invece è disciplinata l'azione diretta qualora non sia consentito il risarcimento diretto (es. macro-permanenti); in tal caso l'azione rimane esperibile, come un tempo, nei confronti della Assicurazione del danneggiante, come era già nel regime della abrogata L. 990/69. Si annota che nell'articolo 144 cda è stata riprodotta la norma dell'art. 23 L. 990/69 che prevede la necessità della citazione anche del responsabile del danno, accanto alla Compagnia assicuratrice dello stesso. Ci si chiede, per inciso, se tale principio sia applicabile anche all'art. 149 cda, ma il tentativo di risposta viene rinviato ad altra sede.

Da ultimo è stato introdotto l'art. 141 Cda che consente l'azione diretta contro la Compagnia assicuratrice del vettore da parte del trasportato e che ha rivisto l'onere probatorio rispetto al regime precedente.

La prima questione controversa che si pone è quella della permanente possibilità di esperire o meno l'azione ordinaria ex art. 2043-2054 c.c. nei confronti del responsabile del danno, piuttosto che quella diretta prevista e regolata per il risarcimento diretto dall'art. 149 CdA da attivare – come visto - nei confronti dell'assicurazione del danneggiato e nel caso dello stesso responsabile del danno.

La seconda rilevante questione che è si pone è se l'azione diretta ex art. 144 (contro l'assicurazione del danneggiante) permanga come alternativa alla nuova azione diretta ex art. 149 cda (contro l'assicurazione del danneggiato) anche laddove questa seconda azione sia consentita (micro-permanenti) restando quindi quest'ultima azione, in caso affermativo, una mera facoltà e non un obbligo.

Problema analogo al primo sopra indicato potrà porsi poi per l'azione diretta ex art. 144 cda; per la stessa, peraltro, non dovrebbero esserci dubbi che l'azione ordinaria – come prima - sia alternativa alla c.d. azione diretta del tipo in esame.

Infine, come quarto tema, per la nuova azione diretta concessa al trasportato contro l'assicurazione del vettore ex art. 141 cda quali rapporti ci sono sempre con l'azione diretta tipica di cui all'art. 144? Nel vigore del nuovo CdA il trasportato può comunque agire nei confronti del responsabile del sinistro diverso dal proprio vettore in base agli ordinari principi codicistici, svolgendo altresì azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice del veicolo antagonista (del responsabile) in base all'art. 144 CdA ? Addirittura nel caso in cui vi sia una conclamata responsabilità di un

terzo nella provocazione del sinistro il danneggiato deve agire nei confronti del responsabile del sinistro, con l'azione ordinaria contro il responsabile del danno od anche con l'azione diretta di cui all'art. 144 nei confronti anche della compagnia assicuratrice dello stesso responsabile, senza possibilità viceversa di agire ex art. 141 cda contro l'assicurazione dell'incolpevole vettore, costituendo diversamente la responsabilità ex art. 141 una vera e propria responsabilità oggettiva ?

Affrontando la prima questione (azione ordinaria codicistica in luogo della diretta ex art. 149) si osserva che, inizialmente l'argomento (possibilità dell'alternativo esperimento dell'azione ordinaria contro il solo danneggiante) è stato indirettamente affrontato da alcuni Giudici di merito (Torino e Brindisi) e di fatto risolto con la affermata possibilità alternativa di esperire, oltre l'azione diretta (parliamo sempre di casi regolati dal risarcimento diretto) contro la propria Compagnia Assicuratrice, anche l'azione ordinaria contro il responsabile del danno.

Invero in tali decisioni, soprattutto quella di Torino, sono state rese in casi che riguardano il diverso caso regolato dall'art. 141 cda relativo al trasportato, che verrà infra affrontato a parte. Accantoniamo quindi in questa sede l'esame di tali sentenze.

*In proposito al tema va ricordato – come sopra accennato - che l'art. 2043 c.c. fissa la regola generale secondo cui colui che subisce un danno ingiusto può chiedere il risarcimento al soggetto che ha commesso il fatto, il quale, pertanto, in base ai principi codicistici ordinari e fondamentali, viene concepito inizialmente come l'unico legittimato passivo della normale azione risarcitoria.*

*Tale regola posta dal legislatore, che prevede che l'unico soggetto in capo al quale debba gravare l'obbligo risarcitorio sia colui che ha cagionato il danno, trova poi alcune deroghe, applicabili ad ipotesi tassative e chiaramente determinate, ove anche altri soggetti, oltre al responsabile del fatto illecito, debbano ritenersi solidalmente titolari sul lato passivo dell'obbligazione risarcitoria.*

*In particolare, per quanto riguarda la disciplina della circolazione stradale, la deroga al principio della personalità dell'obbligo risarcitorio in capo al responsabile del danno, prima della riforma del CDA del 2005, era contenuta nella legge 990/69 che prevedeva l'espressa possibilità per il danneggiato da un fatto illecito riconducibile alla circolazione stradale, di rivolgere la propria richiesta in giudizio all'impresa di assicurazione dello stesso responsabile civile, la quale ex lege si trovava coinvolta in qualità di legittimata passiva coobbligata in solido con il danneggiante e comunque i soggetti indicati nell'art. 2054 c.c. (Avv. Marco Sartori del Foro di Torino).*

Con l'entrata in vigore del CdA diversi autori hanno assunto che l'azione ex art. 149 cda sia andata a sommarsi a quella prevista dall'art. 144 cda (identica di fatto a quella già prevista dalla L. 990/69).

Altri invece ritengono che le due azioni siano alternative, nel senso che la prima sarebbe di pertinenza essenzialmente dei casi da gestirsi con il c.d. risarcimento diretto mentre l'altra sarebbe propria dei casi esclusi da tale regime: per intenderci con un esempio l'azione ex art. 149 dovrebbe essere utilizzata per le micro- permanenti (inferiori al 10%) mentre l'azione ex art. 144 (analoga a quella a suo tempo prevista e regolata dagli artt. 18 e segg. L. 690/89) disciplinerebbe i casi esclusi dal risarcimento diretto (es. macro-permanenti ecc ... ).

A tal punto sono intervenute in argomento due rilevanti pronunce della Corte Costituzionale (Ordinanza 13-6-08 n. 205 e Sent. 19/06/09 n. 180) con le quali la Consulta, segnatamente nella seconda (riguardando la prima più che altro, anche in tal caso, l'art. 141 cda del quale si dirà), dopo aver dichiarato la manifesta infondatezza dell'eccepita incostituzionalità dell'art. 149 cda, protestata dal giudice rimettente (Giudice di Pace di Palermo) sul presupposto che l'art. 149 del Codice delle assicurazioni private "incostituzionalmente" prevederebbe l'obbligo per l'assicurato di rivolgersi alla propria compagnia anziché a quella del danneggiante, richiamando una corretta interpretazione della legge costituzionalmente orientata, ha incidentalmente statuito anche che "allo stesso modo in cui fu pacificamente ritenuto che l'introduzione, con l'art. 18 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, dell'azione diretta contro l'assicuratore non elideva l'ordinaria azione di responsabilità civile nella circolazione stradale (art. 2054 cod. civ.: v., da ultimo, Cass., sentenza 11 giugno 2008, n. 15462), parimenti, la disciplina confermativa dell'azione diretta (art. 144 Cod. ass.) e l'introduzione di

*un'ipotesi speciale di essa, quella contro il proprio assicuratore (art. 149), non può aver precluso l'azione di responsabilità civile”.*

La Corte Costituzionale, non ci pare però che abbia espressamente statuito, come invece alcuni interpreti tendono a farle “dire”, che l'indennizzo diretto deve essere visto come una facoltà, e non un obbligo, nel senso che l'assicurato può rivolgersi alternativamente alla sua compagnia o a quella “avversaria” (del danneggiante).

In realtà la Consulta ha più precisamente letteralmente statuito:

*La tesi dell'ammissibilità, accanto all'azione diretta, della tradizionale azione di responsabilità civile, toglie, altresì, fondamento alle censure di ordine sostanziale mosse dal rimettente, sotto i profili della lesione del diritto di azione e dei principi del giusto processo, nonché della disparità di trattamento riguardo ad altre categorie di danneggiati.*

*Il nuovo sistema di risarcimento diretto non consente di ritenere escluse le azioni già previste dall'ordinamento in favore del danneggiato. Del resto, dati i limiti imposti dalla legge delega e la necessità, già sottolineata, di interpretare la normativa delegata nel significato compatibile con principi e criteri direttivi della delega stessa, la scelta del danneggiato di procedere nei soli confronti del responsabile civile trova fondamento nella normativa codicistica, non esplicitamente abrogata. Allo stesso modo in cui fu pacificamente ritenuto che l'introduzione, con l'art. 18 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, dell'azione diretta contro l'assicuratore non elideva l'ordinaria azione di responsabilità civile nella circolazione stradale (art. 2054 cod. civ.: v., da ultimo, Cass., sentenza 11 giugno 2008, n. 15462), parimenti, la disciplina confermativa dell'azione diretta (art. 144 Cod. ass.) e l'introduzione di un'ipotesi speciale di essa, quella contro il proprio assicuratore (art. 149), non può aver precluso l'azione di responsabilità civile.*

*A favore del carattere alternativo, e non esclusivo, dell'azione diretta nei soli confronti del proprio assicuratore, depone, poi, oltre all'interpretazione coerente della delega (dalla quale non sembra emergere la possibilità di uno stravolgimento del sistema), uno dei principi fondamentali della stessa, che è quello (art. 4, comma 1, lettera b) della “tutela dei consumatori e più in generale dei contraenti più deboli avuto riguardo alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio”. In presenza di tale formula, appare coerente con le finalità della legge delega un rafforzamento del servizio a tutela dei consumatori e dei contraenti deboli, che si estrinseca attraverso il riconoscimento di una ulteriore modalità di tutela.*

*Non si ignora che l'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale, accanto alla nuova azione diretta contro il proprio assicuratore, ammette l'esperibilità dell'azione ex art. 2054 c.c. e dell'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile, apre una serie di problemi applicativi. Tuttavia, la soluzione di detti problemi esula dai limiti del giudizio costituzionale, non potendo che essere demandata agli interpreti.*

Ebbene – in base allo spazio concesso dalla Consulta agli interpreti – ci pare di poter ritenere che quella che non è preclusa dall'art. 149 cda è l'azione di responsabilità, che altro non è che l'azione prevista dall'art. 2054 c.c. contro l'autore del danno ed il proprietario quale responsabile solidale.

La Corte Costituzionale invero menziona anche l'azione diretta. Peraltro la prima citazione del 144 non avviene accanto alla menzione dell'azione di responsabilità civile (ex art. 2054 c.c.)-. Nella seconda citazione dell'azione diretta invece vi è una “e” di congiunzione fra le parole “azione di responsabilità civile” e “azione diretta” che non comporta automaticamente che l'una implichi l'altra, anzi.

Come si vedrà infra (in merito ad es. all'art. 141), del resto, vi sono casi diversi e vari, rispetto a quello di routine in esame (caso del c.d. risarcimento diretto ex art. 149), nei quali in effetti l'azione diretta ex art. 144 può essere consentita in alternativa allo stesso risarcimento diretto. Alcuni esempi sono proprio quelli in cui è esclusa l'applicabilità dell'art. 149 e la “e” di congiunzione sopra richiamata farebbe pensare proprio a questi e non al classico caso del 149, per il quale la soluzione della relativa azione (contro l'assicuratore del danneggiato) è unica e affatto alternativa all'altra.

La Consulta in ogni caso – ripetesi – non ha per nulla stabilito – come invece vorrebbero vari interpreti - che il danneggiato può rivolgersi alternativamente alla sua compagnia o a quella del danneggiante, optando a sua scelta discrezionale per l'azione del 149 oppure per quella del 144.

Invero la Corte ha più precisamente statuito che l'azione diretta ex art. 149 cda contro l'assicuratore del danneggiato (letteralmente) “non può aver precluso l'azione di responsabilità civile”. Null'altro. E l'azione di responsabilità civile è quella di cui all'art. 2054 c.c. contro i responsabili del danno e non già l'azione diretta di cui all'art. 144 cda contro l'assicuratore del danneggiante, prevista per altri casi.

Una interpretazione diversa della pronuncia della Consulta (volta a sostenere - come detto da alcuni- che l'azione dell'art. 144 è totalmente fungibile con quella dell'art. 149, finendo questa per essere una mera facoltà) sarebbe infine un controsenso perché, se così la Corte Costituzionale avesse voluto, avrebbe invero più opportunamente allora probabilmente dichiarato incostituzionale l'art.149, con ciò ripristinando in ogni caso il precedente regime della L. 990/69 al quale l'art. 144 ancora si ispira.

Una conclusione più definitiva in proposito potrà forse trarsi al termine della trattazione che segue, sull'analogo caso in relazione al rapporto fra l'azione ex art. 144 e quelle di cui all'art. 141 piuttosto che l'esaminato art. 149.

Frattanto, come conclusione intermedia, senza contrastare la deliberazione della Consulta, anzi in sintonia crediamo con la stessa, rispondendo ai primi tre quesiti posti assumiamo:

I)- alternatività dell'azione ex art. 2054 rispetto a quella ex art. 149 cda:

permane la possibilità di esperire l'azione ordinaria ex art. 2043-2054 c.c. nei confronti del responsabile del danno in luogo di quella diretta prevista e regolata per il risarcimento diretto dall'art. 149 CdA da esperirsi nei confronti dell'assicurazione del danneggiato;

II) – alternatività dell'azione ex art. 144 rispetto a quella ex art. 149 cda:

la nuova azione diretta ex art. 149 cda contro l'assicurazione del danneggiato (laddove è prevista per i casi di risarcimento diretto) non è una mera facoltà discrezionalmente e alternativamente sostituibile con l'altra azione diretta ex art. 144 contro l'assicurazione del danneggiante

III) – alternatività dell'azione ex art. 2054 rispetto a quella ex art. 144 cda:

che anche l'azione diretta prevista dall'art. 144 cda (per casi diversi dal risarcimento diretto nei confronti anche dell'assicurazione del danneggiante) è sostituibile a discrezione con l'azione ordinaria ex artt. 2043-2054 c.c. contro il responsabile del danno, cioè senza citazione, appunto “diretta”, anche della assicurazione dello stesso.

Analoghi argomenti si pongono, come ricordato, anche in ordine all'art. 141 Cda

Sul tema – si è già detto – sono intervenuti specificamente i Giudici di merito dei Tribunali di Torino e Brindisi.

Inoltre è intervenuta, prima ancora della già citata sent. 180/09, sempre la Corte Costituzionale con l'Ordinanza 13.6.08 n. 205 con la quale è stata dichiarata la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 141 D. L.vo 7.9.05 n. 209 (Codice delle Assicurazioni Private- CdA o CAP) e del relativo Regolamento (D.P.R. 18.7.06 n. 254) come sollevate dal Giudice di Pace di Montepulciano e di Pavullo nel Frignano.

I giudici rimettenti hanno contestato la costituzionalità dell'art. 141 cda sotto diversi profili; il primo Giudice sull'assunto che l'art. 141 cda prevederebbe la risarcibilità in capo alla compagnia assicuratrice del vettore indipendentemente dalla responsabilità di detto conducente (rendendo la stessa oggettiva); il secondo Giudice sull'assunto che l'art. 141 cda precluderebbe l'esperibilità dell'azione ordinaria ex artt. 2043-2054 c.c.

Il Giudice delle Leggi, anticipando la successiva sentenza 180/09, ha rigettato le istanze richiamando una interpretazione costituzionalmente orientata che consentirebbe di superare le contestazioni dei giudici rimettenti, evidentemente – seppur non ancora espressamente - ritenendo:

- che nell'articolo 141 non sia affatto insita una responsabilità oggettiva
- che l'articolo 141 (come poi il 149) non preclude l'esperibilità dell'azione ordinaria ex art. 2054 c.c. contro il responsabile del danno.

A tal punto si rende utile se non necessaria, di nuovo, una più specifica, ma sempre breve, cronistoria del problema in esame, così come regolato dalla precedente legislazione e gestito nella giurisprudenza ad ogni livello.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice delle assicurazioni, avvenuta in data 31.12.05 - lo si ricorda per completezza di esposizione, nonché per impostare le successive argomentazioni - il risarcimento dei danni ai trasportati era disciplinato in vari modi, dovendo in primo luogo distinguersi se si trattasse di rapporto contrattuale di trasporto (anche a titolo gratuito) ovvero di trasporto di mera cortesia.

Nel primo caso infatti l'onere probatorio dell'esclusione della responsabilità (avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno) era (ed è) a carico del vettore ex art. 1681 c.c. -. Nel secondo caso invece l'onere probatorio positivo della causa della responsabilità restava a carico del danneggiato ex artt. 2043 e 2054 c.c.-.

*Al trasporto amichevole o di cortesia, (che, a differenza del trasporto gratuito, il quale corrisponde ad un interesse essenzialmente economico del vettore, è privo dell'elemento negoziale, atteso che il trasporto viene offerto e concesso per amicizia, condiscendenza, mero spirito di liberalità ovvero per altro nobile sentimento) non è applicabile la presunzione di responsabilità di cui all'art. 1681 c.c. - che dall'ultimo comma del citato articolo è invece estesa al trasporto gratuito - poiché manca un obbligo contrattuale, con la conseguenza che la responsabilità di colui che effettua il trasporto è di natura extracontrattuale ed è regolata quindi dall'art. 2043 c.c., anche con riferimento all'onere della prova in ordine alla responsabilità del vettore. (Cass. 5.03.90 n. 1700-.)*

*Al fine di rendere operante la presunzione di responsabilità del vettore spetta al terzo trasportato provare l'esistenza di un rapporto contrattuale, a titolo oneroso o gratuito; in mancanza di tale prova il trasporto si intende avvenuto a titolo di cortesia. (Cass. 19.03.97, n. 2424)-.*

Nel secondo caso, quindi, come detto, occorre preventivamente individuare anche di chi fosse la responsabilità dell'evento, potendo la stessa essere attribuita, oltre che al trasportatore, in ipotesi ad un terzo conducente estraneo eventualmente coinvolto nel sinistro.

Lasciamo da parte le ipotesi di concorso, che comunque ex art. 2055 c.c. dovrebbero ricevere un trattamento e disciplina analoghi alla fattispecie della responsabilità esclusiva del vettore.

Per proseguire un'analisi corretta e completa del caso in esame, e degli altri a questo similari, deve essere tenuto distinto il caso in cui la ipotizzata responsabilità sia solo del vettore, e non vi sia alcun terzo coinvolto nel sinistro, dal caso in cui un terzo soggetto (rispetto al vettore ed al trasportato) risulti invece coinvolto ed a carico dello stesso sia configurabile una responsabilità del sinistro; ed il caso di maggior interesse sarà naturalmente quello della responsabilità del terzo totale e conclamata addirittura dallo stesso trasportato nell'azione che promuove.

Ciò detto per inciso e per schematica programmazione dei temi in trattazione, tornando direttamente agli stessi, si osserva che, con l'entrata in vigore dell'art. 141 del nuovo Codice delle Assicurazioni, la predetta descritta situazione (degli oneri probatori) è mutata radicalmente per volontà del legislatore.

Prescindendo infatti dal vizio procedurale relativo all'ipotizzato eccesso di delega ex art. 76 Cost. del decreto legislativo in esame (nonché anche da ogni ulteriore non espressa questione concernente il limite di risarcimento entro i limiti del massimale) siccome tema che non incide sullo stretto merito della disposizione normativa in oggetto - e che comunque non si condivide con il Giudice di Montepulciano - ed entrando direttamente nel contenuto delle questioni regolate dalla norma, si osserva che il nuovo art. 141 cit. ha, pur rilevantemente ma semplicemente, modificato il sistema dell'onere probatorio del trasporto di cortesia.

In detto caso di trasporto di cortesia, infatti, non incombe più sul trasportato l'onere di provare la responsabilità del vettore.

Dal 01.01.06 – quasi come avviene nel trasporto contrattuale – compete invece al trasportatore ed alla sua compagnia assicuratrice provare che il danno si è verificato per caso fortuito e quindi l'assenza di ogni responsabilità dello stesso trasportatore.

Non condividiamo invece – come assunto dal Giudice di Pace di Montepulciano nella propria ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale dell'art. 141 per assunta illegittimità costituzionale dello stesso – che tale norma in violazione dell'art. 3 Cost. preveda *“la trasformazione della tutela del terzo trasportato in un sistema di no-fault ossia uno schema che prescinde integralmente dalla colpa od altrimenti detta responsabilità oggettiva”*.

Non si tratta infatti di vera responsabilità oggettiva, contro la quale non è ammessa prova contraria, bensì di mera inversione dell'onere della prova che è di fatto, in parole povere, passato dal trasportato al trasportatore, per nuova e legittima volontà del legislatore.

E deve essere escluso ogni commento di condivisione o meno di tale nuovo principio, posto che al giudicante spetta di interpretare ed applicare la legge, ma non già di dividerla o meno, salvo che leda – come non viene ritenuto nel caso – principi e diritti costituzionalmente tutelati e garantiti.

E con tale premessa (assenza, in realtà, di una mera responsabilità oggettiva e quindi dell'incostituzionalità della norma) non è sostenibile – a parere di questo gdp – né ipotizzabile alcuna disparità di trattamento e di tutela tra situazioni giuridiche analoghe che evidenzino una palese incostituzionalità della norma sotto il profilo dell'art. 3 della Costituzione.

Né risulta violato – sempre a parere di questo gdp – l'ulteriore principio di cui all'art. 24 della Costituzione, quanto meno per le ragioni esposte nell'ordinanza di remissione del Giudice di Pace di Montepulciano: *“vi è una vera e propria lesione del diritto di difesa in capo alla compagnia assicurativa del vettore, la quale, non potrà efficacemente tutelarsi non disponendo di elementi idonei a dimostrare l'esclusiva responsabilità dell'altro conducente visto e considerato che, detto altro conducente qualora operi l'art. 149 Codice Assicurazioni, viene risarcito dalla propria compagnia. In altre parole la compagnia del vettore avrà notevoli difficoltà a dimostrare la colpa esclusiva dell'altro conducente ed far scattare l'inoperatività dell'art. 141”*.

La verità, ripetesi, è che il legislatore – a torto od a ragione, non tocca a noi giudicarlo – ha voluto mutare l'onere probatorio che regola il caso e non già fissare alcun principio di responsabilità oggettiva.

Ciò almeno in astratto, essendo ammessa almeno in teoria la prova contraria del caso fortuito.

Che poi in concreto, come del resto avviene nel trasporto contrattuale (o gratuito) tale onere sia difficile da vincere è innegabile e può – ripetesi – essere o non essere condiviso.

Tale difficoltà probatoria però non è tale da comportare per sé l'illegittimità costituzionale della norma in esame, non integrandosi nella fattispecie invero un'ipotesi di responsabilità oggettiva, come invece non correttamente ritenuto dal Giudice di Pace di Montepulciano, poi però censurato dalla Consulta.

Ciò detto, quindi, occorre procedere oltre nell'esame del tema in trattazione.

Spesso negli atti di citazione si da quasi per scontato che basti la semplice enunciazione del trasporto per integrare gli estremi dell'art. 141 cda e quindi per dar luogo al diritto al risarcimento dei danni, appunto come se la fattispecie integrasse un'autentica e mera responsabilità oggettiva del vettore, prescindendo perciò da ogni ipotizzabile “colpa” dello stesso.

Invero, se l'art. 141 del codice delle assicurazioni avesse effettivamente imposto una vera responsabilità oggettiva a carico del trasportatore, anzi direttamente a carico dell'assicuratore dello stesso, a prescindere da ogni responsabilità del trasportatore stesso, in tal caso vi sarebbero effettivi profili di illegittimità costituzionale della norma.

Sennonché, come già evidenziato per l'altro profilo esaminato (incostituzionalità) vi è stata nella fattispecie normativa solo un'inversione dell'onere probatorio.

Il trasportato a titolo di cortesia, a differenza di prima, gode del vantaggio dell'onere incombente alla Compagnia Assicuratrice.

Peraltro questa ha diritto di poter fornire – o anche solo tentare di fornire – la prova del caso fortuito.

E nel caso fortuito, secondo la prevalente anche recente giurisprudenza di legittimità, dovrebbero ritenersi ricomprese, a nostro avviso, le sopra menzionate ipotesi di responsabilità di terzi, come in tal senso previsto dalla Corte di Cassazione (Cass. 7533/09 fra le più recentissime di tante altre, non smentibili sull'assunto che questo sarebbe un caso speciale e diverso).

Ma se anche così non fosse, in ogni caso l'azione ex art. 141 cda presuppone comunque una certa responsabilità del vettore (non trattandosi di responsabilità oggettiva ma solo presunta, per stesso dire della citata pronuncia della Consulta) che è sicuramente del tutto assente laddove la responsabilità del terzo è totale e dichiarata dallo stesso danneggiato.

Né si potrà dire che in tal caso il danneggiato stesso resti privo di tutela, dato che potrà sempre ricorrere all'ordinaria azione (anche diretta ex art. 144 cda) nei confronti del responsabile del danno e della sua compagnia assicuratrice.

Del resto se al Compagnia Assicuratrice del vettore è ammessa alla prova contraria (sia pure solo del caso fortuito piuttosto che del fatto del terzo) per poter intraprendere tale pur onerosa via probatoria la Compagnia stessa ha diritto che il fatto storico (sinistro) sia descritto con sufficiente dovizia di particolari e non solo enunciato.

Perciò, se è pur vero che l'onere della prova è stato invertito, peraltro, non sussistendo – come detto – una responsabilità oggettiva, l'attore non può limitarsi ad enunciare di essere stato trasportato per conseguire per sé il diritto al risarcimento del danno.

L'attore deve configurare, almeno in generale ed in astratto, in che cosa consisterebbe la colpa (pur parziale) del vettore, dato che, a nostro avviso, in assenza di una colpa del vettore stesso, pur presunta, essendo l'onere probatorio incombente al vettore stesso (che si deve scagionare dimostrando un caso fortuito, comprendente in ipotesi l'eventuale fatto di un terzo) non può darsi luogo al risarcimento ex art. 141 cda, non sussistendo – come più volte detto - alcuna responsabilità oggettiva (su ciò si richiamano sempre le pronunce della Corte Costituzionale).

L'attore deve precisare o almeno prospettare quindi una colpa del vettore, passando poi a questo l'onere probatorio di provare il caso fortuito (totale e vero e proprio, nel senso di causa accidentale, ovvero - per noi - pure del fatto di un terzo).

In buona sostanza una domanda risarcitoria che presenta il mero trasporto come fonte del diritto risarcitorio non vi può che essere il rigetto della stessa e si deve in tal caso ritenere inammissibile l'azione esperita ex art. 141 cda.

E' ciò, pur in presenza della descritta inversione dell'onere probatorio, posto che, solo con una seppur minima descrizione del fatto e degli indispensabili dettagli del sinistro, la convenuta può impostare una difesa tendente a dimostrare la sussistenza del caso fortuito ovvero in ipotesi l'assenza di ogni responsabilità del trasportatore.

Infatti l'inversione dell'onere della prova fissato dall'art. 141 cit. non ha affatto fissato – lo ripetiamo ancora, ad abundantiam e per mantenere il filo logico del discorso - una responsabilità oggettiva del trasportatore, ma solo sancito che a dimostrare la responsabilità dello stesso non deve essere il trasportato bensì deve essere la Compagnia Assicuratrice del trasportatore a dimostrare l'eventuale assenza di responsabilità (caso fortuito) del proprio assicurato. Sarà una prova difficile e forse anche diabolica.

Peraltro la convenuta non può essere a priori privata della relativa possibilità con descrizioni dei fatti talmente sintetiche da essere considerate se non inesistenti per lo meno ampiamente insufficienti per considerare adeguatamente espressa la causa petendi ed i fatti.

Insomma il trasportato avrà preliminarmente l'onere di provare alcuni fatti prodromici e preliminari, quali sono il trasporto stesso ed il suo titolo, nonché l'evento lesivo ed il nesso causale fra lo stesso ed i danni.

Dopo di che il convenuto potrà dar corso al suo tentativo di scagionarsi.

In altri termini concreti non si può assumere, come invece tendono a fare alcuni interpreti, che dal trasporto derivi un automatico diritto al risarcimento del danno. "Ero a bordo con te: pagami i danni che ho subito sulla tua auto".

E ciò nonostante l'eventuale confessione del soggetto trasportatore, dato che detta confessione non impegna per forza la responsabilità dell'assicuratore, né può impedire allo stesso di tentare di fornire la prova contraria dell'assenza di detta responsabilità ovvero persino dell'inesistenza del sinistro.

A favore dell'assicuratore, del resto, potrebbe ulteriormente valere il consolidato principio che la confessione dell'assicurato non comporta automaticamente la condanna dell'assicuratore, essendo a questo consentito di fornire la prova contraria, e quindi di escludere la propria responsabilità contrattuale e patrimoniale, nonostante la confessione dell'assicurato, se vi sono prove ovvero indizi seri, precisi e concordanti che detta confessione sia non vera, compiacente o cos'altro. Non dimentichiamo che taluno può anche persino confessare una colpa che non ha.

Del resto *“in tema di risarcimento del danno derivante da fatto illecito, qualora il danneggiante spieghi domanda di garanzia nei confronti della propria compagnia di assicurazione (ovvero, naturalmente per analogia, questa sia chiamata in giudizio dal danneggiato con azione diretta) l'accertamento della responsabilità civile dell'assicurato deve avvenire (separatamente) anche nei confronti dell'assicuratore, ove questo la contesti, atteso che sono autonomi i rapporti tra danneggiante e danneggiato e tra assicurato e assicuratore”*. Cass. 04.05.04 n. 8458-.

In realtà la Compagnia Assicuratrice ha la possibilità di essere assolta nonostante la confessione dell'assicurato, ma per conseguire tale risultato deve avvalersi della facoltà di prova contraria, fornendo elementi di prova o almeno indiziari precisi e concordanti circa il non accadimento del sinistro come denunciato dal proprio assicurato: *“dalle testimonianze raccolte e da presunzioni gravi, precise e concordanti, deve emergere che i fatti si sono svolti diversamente (o non si sono svolti) rispetto a quanto indicato nella constatazione amichevole, e che nessuna responsabilità in ordine al sinistro sia ascrivibile in capo all'assicurato - Cass. 02.03.04 n. 4192-*.

Ad ogni buon conto, tali essendo i principi giurisprudenziali in argomento, per quanto qui importa si desume che il comportamento del danneggiante non impegna – come detto - a priori la responsabilità anche dell'assicuratore dello stesso.

E ciò detto per mero inciso – con divagazione dal filo conduttore, ma peraltro per amore di precisione e completezza di trattazione – va da ultimo affrontato il tema ed il caso di una conclamata responsabilità di terzi nella causazione dell'evento.

Non essendovi responsabilità oggettiva a carico del vettore ed essendo invece da presupporre ineludibilmente una certa colpa dello stesso, pur poi con (difficile) onere probatorio di esclusione di colpa a carico del vettore stesso (che va però enunciata e non presupposta, essendo la colpa presunta ma non scontata senza essere descritta), nel caso vi sia una evidente e spesso esclusiva responsabilità di un terzo nella causazione del sinistro, addirittura enunciata dall'attore stesso, che non di meno chiede i danni all'incolpevole vettore, ebbene in tal caso l'azione ex art. 141 cda va esclusa a priori.

Infatti – per quest'ultimo caso – non è pensabile che il legislatore abbia inteso non considerare fra i casi esclusi dal risarcimento posto a carico del vettore – come sopra già detto - anche il fatto del terzo. E' pur vero che il vettore avrebbe poi la facoltà di rivalersi sul terzo estraneo responsabile. Ma se vi è per certo, appunto, un terzo estraneo responsabile, perché si dovrebbe far causa al vettore, costringendolo poi ad attivare poi un'altra (inutile) causa contro il terzo per conseguire il doveroso rimborso ?

In realtà nell'espressione “caso fortuito”, almeno per questo caso regolato dalla norma in esame (art. 141 cda), non può ritenersi che detto “caso fortuito” non comprenda anche l'ipotesi di colpa esclusiva e conclamata di un terzo. Insomma caso “fortuito” significa più “estraneo” che “casuale”.

Ma anche laddove si volesse ritenere che il caso fortuito non comprenda il fatto del terzo – come sopra già enunciato – in ogni caso resterebbe esclusa l'applicabilità dell'art. 141 cda che non contiene una responsabilità oggettiva ma richiedere che sussista, in tutto o in parte, una colpa del vettore, pur se l'onere della prova incombe allo stesso (come ripetuto più volte per rafforzare ad ogni passo il concetto, non accettato da molti operatori).

Ed allora, ciò premesso, laddove sia la stessa parte attrice che espone una innegabile e totale responsabilità di terzi, è per sé a priori esclusa in modo categorico l'applicabilità dell'esperito risarcimento presuntivo (non automatico) di cui all'art. 141 CdA, dato che, in primo luogo, in tale norma la colpa si presume e non va provata dall'attore, mentre il convenuto ha facoltà di prova contraria; inoltre, in secondo luogo (ed è quel che più conta), la predetta colpa del vettore, pur presunta, deve comunque sussistere ed a tal fine deve anche essere dichiarata, profilata ed ipotizzata da parte attrice, non sussistendo affatto alcun diritto al risarcimento in assenza di colpa, come invece vorrebbe chi assume che dal trasporto deriverebbe automaticamente la risarcibilità del trasportato.

L'antagonista – lo si ripete per l'ennesima volta – ha poi facoltà di dimostrare che la sua prospettata colpa non sussiste ed è legata ad un "caso fortuito" (e dobbiamo dire e ritenere "anche un evento estraneo" dovuto a terzi) che lo esonera prima da ogni colpa e di conseguenza da ogni onere risarcitorio.

Insomma, concludendo, se il vettore deve potersi scagionare (provando il caso fortuito, che per noi comprende anche il fatto del terzo, ipotesi che comunque, per quanto detto, esclude l'applicabilità dell'art. 141) deve sapere qual è la colpa che gli si addebita, che deve perciò essere se non provata almeno enunciata e descritta e non solo supposta e presunta, senza alcuna sua specificazione. Nel caso di colpa totale di un terzo quindi non vi è a priori colpa del vettore e resta in tal caso comunque esclusa la possibilità di esperire l'azione ex art. 141 cit.

Del resto, in conclusione, su tutti i predetti (fra loro intrecciati) argomenti non va trascurato – e ciò potrebbe essere decisivo per confermare e chiarire definitivamente, anche sotto il profilo delle espressioni letterali usate dal legislatore - che mentre l'azione ex art. 144 è alternativa all'azione ex art. 141 non lo è affatto rispetto a quella dell'art. 149 cda sul presupposto che nell'art. 149 vi è un termine "soli" riferito alla compagnia del danneggiato che non si ritrova nell'art. 141 cda.

Ciò confermerebbe appunto che l'azione ex art. 149 è esclusiva e non facoltativa rispetto a quella del 144 (salvi ovviamente i casi per i quali è esclusa ex lege) mentre quella dell'art. 141 è invece per sé (anzi non può che essere) necessariamente alternativa a quella del 144 laddove sussista una responsabilità di un terzo.

A tal punto relativamente a tale art. 141 cdA osserviamo come sia andata maturando un'altra (già indicata) giurisprudenza di merito (oltre quella del Giudice di Pace di Montepulciano e di Pavullo del Frignano dai quali rispettosamente dissentiamo, come già del resto di fatto ritenuto dalla Corte Costituzionale) in particolare, segnatamente, del Foro di Torino e Brindisi-Mesagne le cui statuizioni riteniamo però superate dalla stessa Corte Costituzionale e dalle quali pure dissentiamo anche in tal caso per le varie – se non esaurienti almeno ampiamente diffuse - considerazioni svolte. Non condividiamo in particolare "Torino" che, pur avendo avuto il merito di aver aperto il dibattito sul tema e per un certo periodo fatto scuola, dopo le pronunce della Corte Costituzionale costituisce una decisione da ripensare laddove – pur rilevando la discrasia ed ammettendo la potenziale alternatività della disciplina di cui all'art. 144 – afferma comunque la vigenza dell'art. 141 anche laddove venga in considerazione la potenziale responsabilità assorbente del conducente di un altro veicolo (quello diverso dal vettore).

E chiudiamo citando un autore ben più lucido di noi che commenta gli stessi temi, scusandoci da parte nostra delle frequenti ripetizioni, di eventuali errori ed anacoluti (rilevabili solo con una lettura a distanza di tempo, più distaccata) e con impegno in ogni caso ad integrare il testo (ed in ipotesi anche a rivedere le conclusioni) previo apporto di contributi.

*Il cuore del problema risiede semmai nella necessità di comprendere se tali diritti (quelli descritti n.d.r.) possano dirsi, per effetto delle nuove procedure, "temporaneamente" paralizzati ed atipicamente privati dell'azione agli stessi normalmente connaturata. Sul punto, la pronuncia della Consulta (205/08) sembra chiaramente e definitivamente affermare la piena e pacifica possibilità, da parte del danneggiato, di svolgere, in alternativa/aggiunta alle domande/azioni dirette di cui agli artt. 141 e 149, l'ordinaria azione di responsabilità nei confronti dell'autore del fatto dannoso. Nulla, invece, viene detto né circa la possibile convivenza dell'azione diretta di cui agli artt. 141 e*

149 con l'azione diretta (ex art. 144) nei confronti dell'ente assicuratore del responsabile civile né sull'eventuale rapporto di alternatività/cumulabilità dei due rimedi, ove effettivamente coesistenti. In questo senso ci sentiamo, da un lato, di condividere pienamente l'opinione di quella dottrina che ha definito l'ordinanza in commento come "laconica e deludente" (G. Fortunato), dall'altro di dissentire dall'opinione di coloro i quali, proprio sulla scorta della pronuncia della Corte Costituzionale, hanno ritenuto di poter frettolosamente addivenire a conclusioni definitive (peraltro recepite in alcune recentissime pronunzie di merito) tutte invariabilmente tese all'affermazione della mera facoltatività delle nuove procedure e della pacifica sopravvivenza dell'azione diretta ordinaria nei confronti dell'assicuratore del responsabile civile.

In verità, la Consulta non ha fornito alcun autentico contributo di novità, se non quello di ridimensionare, e di molto, la rilevanza del dibattito e di affermare, sia pure incidentalmente, la sicura, e forse tautologica, tenuta, sul piano costituzionale, delle norme controverse, ove interpretate in modo salvifico e conforme alla Costituzione.

Quale, però, sia tale interpretazione "costituzionalmente orientata" (al filtro delle eccezioni sollevate in dottrina e, niente affatto ovvio fatte proprie dai Giudici "rimettenti") è tema, in realtà, niente affatto ovvio ed ancora tutto da scrivere (come del resto dice la stessa Consulta n.d.r.), soprattutto – e proprio – con riferimento all'annosa e cardinale questione della pretesa facoltatività della disciplina delle nuove procedure liquidative. (omissis)

Alla luce di quanto sopra, deve oggi ritenersi autorevolmente valorizzata l'interpretazione già da noi in precedenza propugnata sulle pagine di questa stessa rivista. Un'interpretazione "di favore" dell'art. 141, inteso quale strumento "nuovo" ed aggiuntivo di tutela del trasportato, senza alcun pregiudizio del suo "ordinario" diritto di domandare il risarcimento al responsabile civile ed (anche) al suo assicuratore (art. 144).

Soluzione, questa, condivisibile anche seguendo una più semplice e letterale opzione ermeneutica. Si consideri, infatti, come l'art. 141 comma 3 disciplinando l'azione diretta del trasportato non si esprima in termini di assoluta esclusività, al contrario di quanto accade nell'indennizzo diretto (art. 149: in relazione al quale il danneggiato può proporre l'azione diretta nei "soli confronti" della propria impresa assicuratrice). La marcata differenza di impianto tra le due norme pone in giusto rilievo la meno rigida impostazione dell'art. 141 consentendo di desumere, anche per tale via, il mantenimento – in capo al terzo trasportato – del diritto di avvalersi della procedura ordinaria, secondo il combinato disposto degli artt. 145/148 del cod. ass (149)." (Maurizio Hazan in *Danno e Responsabilità*, 3/09, 339). Non così per l'art. 149 nel quale l'espressione nei soli confronti della propria impresa assicuratrice, senza entrare nel merito del fatto se ciò escluda o meno la necessità di chiamata in giudizio del responsabile del danno come litisconsorte necessario, comporta invece l'obbligatorietà e non facoltatività (in alternanza con quella ex art. 144) dell'azione ex art. 149 laddove prevista, ossia per i casi fissati ex lege per il risarcimento diretto. Diversamente la norma dell'art. 149 avrebbe dovuto – ripetesi – essere dichiarata incostituzionale dalla Consulta; ma così non è stato.

Anche tale autore, con ancora maggior chiarezza, pare quindi esprimere l'opinione che l'azione ex art. 144 non sia facoltativamente alternativa a quella del 149, mentre l'azione ex art. 141 richieda in certi casi inevitabilmente l'alternanza con quella del 144.