

# PROVE DI DIALOGO TRA IL GIOCO DEGLI SCACCHI E IL PROCESSO CIVILE IN MARGINE ALLA RESPONSABILITA' PER DANNI DA COSE IN CUSTODIA

di Marco Tiby

*(Rielaborazione dell'articolo pubblicato sulla Nuova Giurisprudenza Ligure, 2016, n. 2, p. 43)*



## Sommario

1	Un caso in apertura .....	2
2	Il cliente racconta .....	2
3	L'avvocato sotto scacco .....	3
4	Fasi del gioco .....	3
5	Ingiustizia equiparante .....	6
6	Piani strategici di sviluppo .....	6
7	Dinamismo intrinseco e cose inerti: l'apertura ex art. 2051 c.c. ....	7
8	L'azione ex art. 2043 c.c.: una mossa debole per aggredire il custode .....	7
9	Fatti (e non parole): a qualificarli ci pensa il giudice .....	9
10	Cambiarli in corsa non si può .....	9
11	Meglio pattare che soccombere.....	10

## 1 Un caso in apertura

Orazio, segretario del Circolo Scacchistico Teresiano<sup>1</sup>, trasportando due pesanti borse con dentro pezzi, scacchiere ed orologi, si sta recando nel palazzo municipale di Santarocco per un torneo di scacchi organizzato dal suo circolo; indossa un paio di scarpe da ginnastica, ed è in leggero ritardo sulla tabella di marcia, dovendo ancora allestire tavoli e sala.

Appena imboccata la passerella metallica dotata di corrimano, che costeggiando il muro conduce ai fondi dell'edificio, scivola e cade all'indietro. Aiutato a rialzarsi, viene condotto all'interno del salone, dove vi sono altri soci che lo stanno aspettando.

Dopo qualche mese Orazio, avendo riportato gravi lesioni alla colonna vertebrale, decide di rivolgersi ad un avvocato.

## 2 Il cliente racconta

Orazio si presenta puntuale all'appuntamento. Mentre è in sala d'aspetto, inganna il tempo giocando a scacchi con lo *smartphone*.

L'avvocato, incuriosito dalla sua passione, gli pone qualche domanda e Orazio non si sottrae: "Oggi l'arena scacchistica è facilmente accessibile da chiunque tramite la rete e consente di giocare ad ogni ora del giorno e della notte, con avversari sparsi per tutto il globo terrestre. Grazie a internet, questo antico e bellissimo gioco sta avendo una diffusione che sino a pochi decenni fa era impensabile; si può giocare ovunque ci si trovi, si possono seguire lezioni di tattica su *youtube*, esplorare filmati sulle sfide tra i campioni del mondo, avere l'analisi in tempo reale della proprie partite".

Il suo interlocutore gli chiede allora se questa opportunità, visto che lui è segretario di un circolo<sup>2</sup>, abbia messo in crisi il gioco tradizionale. "Niente affatto, anzi, sta avvenendo proprio il contrario. La diffusione del gioco a livello virtuale, attirando un maggior numero di persone, finisce per avere un effetto benefico per i circoli che vedono aumentare il numero dei loro iscritti. Giocare in rete suscita naturalmente il desiderio di creare delle... reti, delle relazioni autentiche e non solo virtuali!"

Allora è un po' come il processo telematico, pensa l'avvocato, che non può, e forse non potrà mai, sostituire la relazione viva e vera che si crea tra i soggetti del processo: parti, difensori e giudice. Quante cose si riescono ad intuire dall'atteggiamento tenuto dal collega in udienza, dalle espressioni del giudice o dai chiarimenti che questo chiede ai difensori e alle parti...

Ma intanto Orazio prosegue nel suo raccontare, mai più poteva immaginare che il suo avvocato fosse così interessato ad ascoltarlo: "Nella partita a scacchi dal vivo gioca molto l'emozione, assume particolare importanza il contegno dell'avversario e la capacità di non farsi influenzare da suoi atteggiamenti, a volte anche artatamente provocatori.

In parte, tutto questo succede anche sul *web* dove si può dialogare con l'avversario tramite una *chat*: c'è, ad esempio, chi ti deride e sbeffeggia quando commetti un grave errore, ma anche chi, il primo dell'anno, ti invia gli auguri prima di iniziare... oppure chi si dichiara onorato di aver giocato con te e diventa tuo amico e se gli lanci una sfida a distanza di molto tempo ti scrive: *I'm looking forward to play with you...* e intanto sta giocando in contemporanea una dozzina di partite a tre giorni per mossa, come nel gioco per corrispondenza di una volta..."

---

<sup>1</sup> Anche gli scacchisti hanno un loro patrono; si tratta di Santa Teresa d'Avila (1515 – 1582) che, nel Cammino di perfezione, pone una metafora scacchistica per la vita spirituale ove la corretta disposizione dei pezzi sulla scacchiera e l'uso appropriato della tattica ha lo scopo di dare scacco matto al Re, cioè a Nostro Signore, in modo che lui non ci possa più sfuggire, e ciò anche e soprattutto attraverso la Regina, ovvero l'umiltà, regina appunto di tutte le virtù. Per lungo tempo, a partire da San Pier Damiani (siamo a metà dell'XI secolo), il gioco degli scacchi non fu ben visto dalla Chiesa. Più che il gioco in sé, ciò che preoccupava maggiormente, era il fatto che si potesse creare una dipendenza tale da distogliere le persone dal compimento dei loro doveri sia civili che religiosi. Un contributo ad una rivalutazione del gioco è stata l'equilibrata posizione assunta da San Francesco di Sales che nella Introduzione alla vita devota, scritta ad Annecy nel 1608, nel capitolo intitolato "Passatempo e divertimenti e anzitutto quelli leciti e lodevoli", scrive: "A scacchi bisogna solo guardarsi dall'eccedere, perché se vi si impegna troppo tempo non è più sollievo, ma occupazione; non si solleva né lo spirito né il corpo, ma anzi si stancano e si svisgoriscono entrambi. Uno che abbia giocato per cinque o sei ore agli scacchi nel levarsi è totalmente abbattuto e spossato di spirito". Nel 2010 si è svolto il primo campionato italiano di scacchi riservato a sacerdoti e religiosi, su idea di un prete genovese, Don Stefano Vassallo. Gli scacchi ebbero larga diffusione in Europa nel XVI secolo, specie in Italia e Spagna: tra i giocatori più famosi dell'epoca ricordiamo Leonardo da Cutro, (1552-1597), studente di legge a Roma, detto "il Puttino" e il suo rivale Paolo Boi (1528-1598), soprannominato "il Siracusano" (che giocò anche a Genova). Altri furono Giulio Cesare Polerio, detto "l'Abruzzese" autore de *L'elegantia, sottilità, verità della virtuosissima professione degli scacchi* e Gioacchino Greco, detto "il Calabrese" un vero e proprio professionista che visse molto in Spagna, dove primeggiò alla corte di Re Filippo IV. Tra gli spagnoli, il più famoso (ma battuto dal Puttino nel 1575 in una sfida alla presenza di Filippo II) fu Ruy Lopez de Segura, autore dell'opera *Libro de la invencion liberal y arte del juego del Axedrez, muy util y prouechosa*, pubblicato nel 1561. Tra la letteratura italiana più antica va segnalato il trattato del domenicano (che ha vissuto per un periodo anche a Genova, nel convento di Santa Maria di Castello) Fra Jacopo da Cessole, *Ludo scachorum o Liber de moribus hominum et officiis nobilium ac popularium super ludo scachorum*, composto intorno al 1300 che può essere comodamente sfogliato su <https://archive.org/details/volgarizzamentod00jaco>. E' invece della fine del 1400 l'unico libro dedicato agli scacchi sotto l'aspetto giuridico; si tratta del *De ludo scachorum in legali methodo tractatus*, dedicato dal giureconsulto Tommaso Azzio di Fossombrone a Francesco Maria della Rovere, duca di Urbino. Come evidenziato da Chicco-Rosino, ne *La storia degli scacchi in Italia*, Marsilio, 1990, "la lettura di un qualsiasi trattato giuridico del 1500 convince che la maggior parte delle questioni riprese dall'Azzio erano, per i giuristi medievali e quattrocenteschi, argomenti quotidianamente ricorrenti" (p. 65, e tra questi spiccano Bartolo da Sassoferrato e Cino da Pistoia).

<sup>2</sup> A Genova ce ne sono tre: il Centurini in Via Ruspoli, il Santa Sabina in Via Donghi, il Merlino a Sestri Ponente.

### 3 L'avvocato sotto scacco

Ce n'è abbastanza perché all'avvocato venga la curiosità di andare alla ricerca di un libro che gli era stato regalato un Natale di molti anni fa. Ricordando il colore rosso e bianco della copertina, rintraccia in breve tempo il volume della BUR intitolato *Lezione di scacchi*, scritto da due (guarda caso) maestri russi (Averbach e Bejlin).

Nello sfogliarlo rimane colpito dalle illustrazioni che raffigurano antiche stampe e incisioni precedute da citazioni letterarie che di volta in volta aprono i capitoli. Inizia così a leggerlo, ansioso di trovare la risposta al travolgente entusiasmo del suo cliente per un semplice gioco da tavolo.

Scorrendo le righe del capitolo introduttivo, intitolato "*Un regno antico e singolare*", si imbatte in una frase capace di rivelare fin da subito qualcosa di veramente importante e che segnerà tutta la sua futura ricerca: "*Gli scacchi hanno una moltitudine di amici in tutti i Paesi. Uomini diversi tra loro, indipendentemente da età, professione, lingua colore della pelle, trascorrono il loro tempo libero sulla scacchiera. E questo significa che nel nostro mondo complicato e discorde gli scacchi concorrono alla amicizia tra gli uomini*".

I due maestri, riflette il lettore sicuro di aver già trovato una risposta più che appagante, si sono dimenticati di citare altre due differenze, ben più capaci, tra l'altro, di generare contrasti, quali sono le opinioni politiche e l'identità religiosa.

Anche su questo terreno, il gioco degli scacchi, potrebbe in parte contribuire a superare divisioni e incomprensioni e mentre fantastica su di un immaginario articolo 3 di una altrettanto immaginaria carta fondamentale degli scacchisti, per la quale tutti gli uomini sono uguali davanti alle sessantaquattro caselle, in pochi minuti completa la registrazione, con avatar e nickname, su *Chess.com*, e inizia a giocare: dapprima con un pensionato finlandese, poi con uno studente universitario sudafricano e infine con un bambino indiano.

Poiché il suo bagaglio teorico è costituito dalle elementari regole imparate nell'infanzia, nella prima prende matto e nella altre perde per il tempo. Il suo punteggio andrà giù per molti mesi, fino ad assestarsi, dopo qualche anno, sui 1100 punti (almeno per le partite blitz da 10 minuti), cento di meno di quelli che gli erano stati assegnati quando aveva scoperto e fatto ingresso nel nuovo mondo.

Comincia così ad acquistare libri nuovi e usati, a studiare e risolvere problemi e cresce dentro di lui il desiderio di andare a vedere dal vivo come sia un circolo di scacchi. Tutto avviene per caso, mentre si trova in vacanza. Sebbene sia l'8 dicembre, il circolo che si trova al piano strada è aperto e ci sono alcune partite in corso. Prova così ad entrare, con la scusa che anche il suo bambino è interessato... Lo usa da scudo per vincere l'imbarazzo, proprio come un vero pedone che difende il suo re.

"Siamo di passaggio... volevo sapere se può giocare anche lui?" Li accoglie un signore di una certa età, mentre altri continuano a fissare delle grosse scacchiere senza essersi accorti della loro spavalda incursione. A parte suo figlio che gioca e vince con un tipo piuttosto particolare, vengono qui registrate le prime sconfitte ad eccezione di una patta graziosamente concessa dall'avversario che deve rientrare a casa<sup>3</sup>.

Su di una parete della sala vi sono le foto ritratto di tutti i campioni del mondo e alcune scacchiere murali; un armadio di metallo è pieno zeppo di volumi, molti dei quali in lingue straniere. Il circolo è dedicato ad uno scacchista peruviano Esteban Canal<sup>4</sup>, e di meglio non poteva esservi per una città dove i canali la fanno da padrone.

### 4 Fasi del gioco

Nella manualistica scacchistica, si trova scritto che la partita si divide in tre fasi tra loro collegate: l'**apertura**, il **medio gioco**, ed il **finale**.

La fase di apertura inizia con le prime due o tre mosse, attraverso le quali i giocatori mettono in azione i loro pezzi, e si conclude generalmente nelle prime dieci /dodici mosse. Esiste una teoria delle aperture, cioè uno studio di tutte le migliori combinazioni possibili.

Conoscere le aperture (che per facilitare la memoria hanno dei nomi propri: es. apertura Reti, apertura Inglese, etc.) aiuta ad evitare la commissione di errori grossolani nella fase iniziale per giungere al medio gioco. Anche il lavoro dell'avvocato è, per certi versi, un gioco animato da queste tre fasi: la prima fase è certamente quella che va sotto il nome di **studio della controversia e di introduzione del giudizio**.

---

<sup>3</sup> La patta per accordo è un modo per terminare la partita senza né vinti, né vincitori. Si può "pattare" anche per stallo (quando il re non ha più mosse legali da poter fare, ma non si trova sotto scacco) o anche per insufficienza di materiale (quando sulla scacchiera vi sono rimasti o i soli re, oppure anche degli altri pezzi attraverso l'utilizzo dei quali non è però possibile dare scacco matto: es. re e due cavalli bianchi contro re nero. A proposito di patte vi è un simpatico aneddoto: in una delle sue celebri simultanee alla cieca, un avversario di Joseph Blackburne (1841-1924), giunto al finale, si rivolse al GM inglese dicendogli: "Sono angustiato perché si è fatto tardi e debbo ripartire con l'ultimo treno di questa notte. Perciò vi propongo la patta." Blackburne gli rispose: "Pongo subito fine alle vostre angustie, Sir! Le dò matto in quattro mosse!"

<sup>4</sup> Nato in Perù il 19 aprile 1896 e morto a Cocquio Trevisago il 14 febbraio 1981, naturalizzato italiano, GM Honoris Causa, è autore del libro *Strategia di Avamposti* (1948); per due volte secondo al torneo di Venezia nel 1947 e nel 1948, Canal è altresì noto per aver giocato nel 1937 a Budapest una partita poi denominata "L'immortale peruviana".

Studiare la questione e valutare correttamente il caso che il cliente propone è indispensabile per individuare al meglio la domanda da proporre al giudice, cioè la richiesta di giustizia, tenendo conto che lo sviluppo del processo, in caso di resistenza dell'avversario, avrà poi bisogno anche di un piano strategico<sup>5</sup>.

Poiché è il bianco a muovere per primo, i modi di rispondere ai suoi attacchi da parte del nero sono chiamati difese. A seconda del tipo di apertura seguono determinate difese (es. difesa Caro-Kann, difesa Francese, etc.), dando luogo ad una serie di innumerevoli varianti e sottovarianti. E' evidente che il bianco è l'attore (colui che agisce in giudizio), il nero il convenuto (colui che viene chiamato in giudizio).

Il primo attacca, l'altro si difende. Il primo, Aulo Agerio (secondo lo schema del processo formulare romano), è colui che... Afferma, il secondo, Numerio Negidio, colui che... Nega. Non solo.

Tradizionalmente, le aperture si distinguono in due categorie: quelle di gioco aperto e quelle di gioco chiuso. L'apertura e.4 (dove il pedone di Re avanza occupando una delle quattro case centrali) è di gioco aperto perché parte subito all'attacco del Re avversario con l'intento di occupare più spazio possibile. E' l'apertura più antica e la prima ad essere stata utilizzata. L'apertura d.4, invece (dove il pedone di Donna avanza sempre di due case), è di gioco chiuso e presuppone una strategia a largo raggio e un gioco meno spettacolare (c.d. gioco posizionale). E' un' apertura più recente, introdotta dai campioni del mondo Capablanca<sup>6</sup> e Alekhine<sup>7</sup>, e per questo viene detta o considerata "moderna"<sup>8</sup>.

Il modo caratteristico e più comune per introdurre un giudizio civile è la notifica, al convenuto, di un atto con il quale l'avvocato descrive un fatto e ricollega ad esso delle disposizioni di legge in ragione della quali si assume che il proprio cliente abbia diritto ad un bene della vita: una somma di danaro, la cessazione di una molestia o di un fastidioso rumore, la proprietà di un bene, etc. Questo atto si chiama "atto di citazione", e ben può costituire una modalità per introdurre una causa... aperta, dove l'attore attacca subito l'avversario invitandolo a comparire davanti al giudice.

Ma vi è anche un altro modo di accedere alla giustizia: rivolgersi direttamente al giudice. L'atto introduttivo, questa volta, prende il nome di "ricorso" e corrisponde al gioco chiuso, se si vuole più coperto e che ha bisogno della collaborazione dell'organo giurisdizionale per giungere alla controparte; addirittura, in situazioni particolarmente gravi dove il trascorrere del tempo potrebbe finire per pregiudicare la tutela del diritto, la legge consente di adottare dei provvedimenti sulla base di una sommaria ricognizione dei fatti ingiungendo alla parte un comportamento o, per fare un altro esempio, sequestrandogli un bene, senza che questa sia mai stata interpellata (*inaudita altera parte*, si dice ancora oggi per evidenziare quei casi eccezionali di assenza di contraddittorio).

Ritornando al nostro palazzo di giustizia fatto di 64 caselle, si dice che in questa prima fase occorre **sviluppare i pezzi il più rapidamente possibile** in modo che non si intralcino tra loro, **occupando il centro della scacchiera**, o perlomeno ottenendone il controllo.

Ebbene, qui emerge l'importanza di redigere gli atti introduttivi del giudizio in modo che sia ben delineato il centro della questione giuridica sottesa alla fattispecie concreta. Che siano ben definiti, in altre parole, i due elementi essenziali di tutti gli atti (citazioni o ricorsi che siano): il *petitum* (che cosa chiedo al giudice) e la *causa petendi* (perché lo chiedo).

---

<sup>5</sup> "La strategia nel giuoco degli scacchi, così come nelle guerre e nelle battaglie autentiche, concerne la condotta generale delle operazioni, ossia il piano. Il giudizio della posizione è la parte preliminare, ma essenziale, della formazione del piano (...) chi sbaglia nella scelta del piano strategico va incontro inevitabilmente alla sconfitta (...) La tattica risolve concretamente i problemi posti dalla strategia; essa concerne cioè quel che avviene in un certo momento sulla scacchiera" così CILLO-LUPPI, *Gli scacchi per tutti*, Mursia, 1973, p.p. 54 e 59.

<sup>6</sup> José Raúl Capablanca nasce a L'Avana il 19 novembre 1888 e muore a New York l'8 marzo del 1942. Joselito rimane affascinato dal gioco degli scacchi fin dall'età dei quattro anni, guardando il padre ed avendo intravisto nelle strade della sua città delle partite tra il grande giocatore russo Cigorin e l'allora campione del mondo Steinitz. A tredici anni batte il campione nazionale cubano Juan Corzo. Studente alla Columbia University non conclude gli studi ingegneristici dedicandosi agli scacchi oltre che al tennis e al baseball. Nel 1909 batte il campione americano Marshall. Nel 1921 diventa campione del mondo battendo Lasker il quale abbandona il torneo organizzato a L'Avana adducendo motivi di salute. Amava un gioco semplice e lineare ed era molto prudente, evitava ogni rischio e considerava l'eccesso di audacia contrario alla natura degli scacchi. Nel 1927, a Buenos Aires, lascia il titolo ad Alekhine. Quando nel 1937 Alekhine si riprende il titolo da Euwe, Capablanca perde ogni speranza di poter disputare la rivincita. Il giorno prima di morire si trovava al circolo di Manhattan dove viene colto da un malore. Sulla sua tomba, nel cimitero di L'Avana, vi è la sola scritta: "Capablanca". I suoi libri *Il primo libro degli scacchi*, 1998, Mursia e *I fondamenti degli scacchi*, 1999, Mursia, hanno avuto una larghissima diffusione in tutto il mondo e sono consigliati per la chiarezza espositiva unita alla profondità del pensiero.

<sup>7</sup> Alexandre Alekhine nasce a Mosca il 31 ottobre 1892 e muore a Lisbona il 24 marzo 1946, si laurea in Giurisprudenza nel 1923 quando è già al terzo matrimonio. In un appassionato match a Buenos Aires, nel 1927, batte Capablanca e diventa campione del mondo detenendo il titolo fino al 1935 e poi dal 1937 al 1946. Ai suoi ultimi giorni di vita e, in particolare, alla sua misteriosa morte, ha dedicato un recente romanzo Paolo Maurenzig, *La teoria delle ombre*, Adelphi, 2015, dove si sospetta che A. sia stato ucciso viste le accuse di collaborazionismo da parte dei francesi e di tradimento da parte dei russi... La versione ufficiale (anche se la tesi dell'omicidio appare più che credibile) è che A. sia morto perché soffocato da un pezzo di carne (che egli amava mangiare cruda). Il suo stile era l'opposto di quello del suo rivale cubano: era un giocatore d'attacco aggressivo, ingegnoso, cinico. Di grande importanza per lo scacchista sono i libri in cui commenta le sue numerose e strabilianti partite, ma anche quello di Kotov, che unisce tratti biografici alle sue più belle partite. Era un campione di gioco alla cieca, abilità che acquisì da bambino. Ancora oggi è considerato uno dei più grandi giocatori di sempre.

<sup>8</sup> Per la verità, andando più nel sottile, "Tutte le aperture del gioco degli scacchi si suddividono in tre gruppi: aperture di gioco aperto (o aperte) in cui la partita comincia con le mosse 1. e2 - e4 e7 - e5; aperture di gioco semiaperto (o semiaperte), in cui alla mossa 1. e2 - e4 il nero risponde con una mossa qualsiasi diversa da 1. ... e7 - e5; e aperture di gioco chiuso (o chiuse), in cui il bianco inizia la partita con una mossa qualsiasi diversa da 1. e2 - e4." (AVERBACH - BEJLIN, cit., p. 174.)

Con riferimento al primo requisito è importante che il fatto sia descritto in modo chiaro, preciso e dettagliato. Con riferimento al secondo, occorre individuare la disposizione o le disposizioni di legge in forza delle quali discendono determinate conseguenze di legge. Si pensi al caso piuttosto frequente di chi venga immesso nel possesso dell'appartamento in forza di un contratto preliminare, prima ancora cioè di formalizzare l'atto definitivo di acquisto. Se, ad esempio, si accorge della presenza di difetti di costruzione (crepe, infiltrazioni, etc.) la legge gli consente chiedere una riduzione del prezzo. Ma questa possibilità, in materia di compravendita, è soggetta a precisi limiti. Se non si denunciano i difetti e non si agisce poi in giudizio entro un determinato tempo si decade dal poter chiedere i danni e l'azione si prescrive. Un po' come per la presa *en passant*... Ci si chiede allora se il termine per la denuncia di tali vizi decorra dal momento della consegna oppure dalla data della stipula dell'atto di trasferimento della proprietà (cosa evidentemente più favorevole all'acquirente)<sup>9</sup>.

Qualunque sia la questione giuridica che si deve affrontare, l'obiettivo da coltivare e perseguire all'inizio della contesa è quello di dare al giudice tutti gli elementi di fatto perché il centro della questione sia di immediata identificazione. *Date mihi factum, tibi dabo jus* per citarti una delle locuzioni latine che meglio condensa questo concetto. Datemi il fatto, ed io, giudice, vi darò il diritto... vi dirò le regole (*jus dicere*).

Compito dell'avvocato è quindi quello di mettere il giudice in condizioni di comprendere bene e senza equivoci il fatto all'origine della controversia. Compito del giudice quello di saper ricollegare a quel fatto la disposizione di legge che lo disciplina e trarne le relative conseguenze.

E' chiaro che, nello sviluppare le argomentazioni in diritto, così come nello sviluppo dei pezzi, occorre non cadere in contraddizioni (ad esempio collocando la regina in posizione ininfluyente e tale da ostacolare i pezzi leggeri), ridondanze (ad esempio muovendo lo stesso pezzo due volte), oppure perdersi in considerazioni superflue (avanzando inutilmente i pedoni e lasciando alfiere a casa e cavalli in stalla).

Finita la fase di apertura, se non si incappa in errori grossolani (es. matto del barbiere, al pari di chi chiama in giudizio un soggetto che non c'entra nulla con la controversia oppure lo fa in un luogo sbagliato rivolgendosi al Tribunale di Savona piuttosto che a quello di Genova) si entra nel **medio gioco**, dove tattica e fantasia la fanno da padrone. Non ci sono più teorie o schemi da seguire. Si è nel vivo della battaglia. Il modo di condurla può essere più o meno aggressivo a seconda dello stile e del carattere del giocatore. In questa fase si può rimediare a qualche imprecisione commessa in apertura, ma non certo agli errori gravi. Emblematico, al proposito, il capitolo n. 8 del bel libro di Kasparov, ideale per imparare a giocare, intitolato: "*Evitare disastri in apertura*"<sup>10</sup>.

Il medio gioco corrisponde alla c.d. **fase istruttoria o di trattazione**. Il fatto, oltre che descritto, deve essere provato. L'avvocato deve offrire al giudice le prove di quello che va dicendo mediante testimoni o documenti. Nel fare ciò, il nostro sistema, che si fonda sull'impulso di parte, consente di formulare dei quesiti da sottoporre alla controparte per stimolare una confessione oppure per interrogare dei testimoni, estranei alla controversia, che sono però informati sui fatti che la riguardano.

L'articolazione di queste domande che poi il giudice rivolgerà alle parti o ai testimoni deve seguire uno schema logico, consequenziale, non deve dare adito a vuoti o fori sulla scacchiera, cioè quelle case dove i pezzi dell'avversario possono comodamente collocarsi e farsi pericolosi senza che nessuno li possa scacciare.

Devono valutarsi e sottoporsi a critica le prove dedotte dall'avversario, si devono trovare e rilevare gli errori in cui lo stesso è caduto nella qualificazione del fatto o anche nelle deduzioni istruttorie. Inoltre, nel medio gioco, si pongono le basi per il finale, cercando di assicurarsi dei vantaggi (all'apparenza anche minimi, come rendere libero uno dei propri pedoni per consentirgli di andare a promozione) che potranno tornare utili in questa delicata fase del gioco dove non è detto che sempre ci si arrivi. Ma quando ci si arriva, occorre fare molta attenzione.

Il **finale** (negli scacchi) è la fase più difficile (specie nei casi in cui rimangano pezzi minori o pedoni), e forse anche la più trascurata. Molti maestri, consapevoli di ciò, iniziano i loro libri proprio partendo dall'esposizione di alcuni tipi di finale. Possiamo tranquillamente accostarla alla **fase decisionale**.

Come negli scacchi, se sbaglio la citazione o se conduco e gestisco male le prove, al finale ci posso anche arrivare, ma con le sole parole (che vengono trasfuse nella c.d. memorie conclusive o comparse conclusionali) posso rimediare a ben

---

<sup>9</sup> La Cassazione, sulla scia di altri precedenti, con la sentenza n. 7548/16, ha ritenuto corretta la seconda soluzione.

<sup>10</sup> KASPAROV, *Kasparov insegna gli scacchi*, Mursia, 1987. Si tratta della raccolta di 24 lezioni che l'autore aveva scritto in origine per un giornale sportivo russo. Kasparov, nato a Baku il 13 aprile 1963, è stato campione del mondo dal 1985 al 1991 per l'URSS e da allora fino al 2000 per la Russia. Si è sposato tre volte, e da ciascuna moglie ha avuto un figlio. A sette anni frequenta il circolo dei Pionieri di Baku ma si convince a diventare un professionista, dedicando tutta la vita agli scacchi, dopo aver vinto, all'età di 15 anni un torneo riservato a categoria maggiori a Minsk. A 21 anni supera come punteggio Elo Anatoly Karpov e diviene così il giocatore numero uno nel mondo più giovane fino ad allora. Nel 1985 batte il rivale, famoso per il suo gioco passivo e attendista, tipico della scuola sovietica, e diventa campione del mondo, grazie ad un approccio molto aggressivo e innovativo. Nel 1985 esce dalla FIDE e fonda la PCA (Professional Chess Association). Nel 1996 e 1997 gioca contro il super computer Deep Blue, perdendo la seconda sfida con seguito di polemiche. Lascia il titolo a Vladimir Kramnik nel 2000. Nel 2004 vince per la prima volta il Campionato russo di scacchi e il 10 marzo 2005 annuncia il suo ritiro. Nel 2007 si impegna in politica, fondando il partito Fronte Civile Unito e contrastando il presidente Putin. Viene arrestato due volte e, a suo dire, picchiato dalla polizia all'interno del furgone. La polizia, a sua volta, l'ha accusato di aver morsicato la mano di un agente impegnato nel suo arresto. Dal 2009 al 2010 allena Magnus Carlsen, attuale campione del mondo (oggi, 18 novembre 2016, dopo cinque partite, il detentore del titolo è Karjakin, che si stanno sfidando a New York [www.nyc2016.fide.com](http://www.nyc2016.fide.com), sono in perfetta parità).

poco. Se invece svolgo bene le prime due fasi, la causa sarà vinta e, in certi casi, non vi sarà neppure bisogno di fare il finale.

E' uso negli scacchi che quando un giocatore si accorge che nulla può contro la superiorità (di posizione o di materiale, oppure di entrambe) raggiunta dall'avversario, abbandoni la partita. Si dice che solo i principianti e i giocatori testardi vadano avanti in questi casi.

Abbandonare le cause evita inutili sprechi di tempo e di risorse. Allo stesso modo, quando in partita si raggiunge una posizione di parità in cui nessuno dei due contendenti può prevalere, è possibile accordarsi per una patta, una sorta di rinuncia a proseguire il gioco che, trasposta in ambito giudiziario, può essere assimilata alla **conciliazione**.

## 5 Ingiustizia equiparante

Questo parallelismo, che sino a qui è filato piuttosto liscio, si interrompe e si infrange contro la figura del giudice imparziale che, come accade anche in altre tipologie di giochi, negli scacchi non esiste; non serve, in altre parole, la presenza di qualcuno che dia ragione all'uno o all'altro dei contendenti.

Al massimo potrà esservi un arbitro, come nel calcio, il cui compito è solo quello di far rispettare le regole, risolvere eventuali questioni insorte tra i contendenti o ingiungere qualche penalità. A scacchi si può perdere anche se si rispettano formalmente tutte le regole, come del resto si perde una causa quando si seguono per filo e per segno tutte le regole del processo ma nel merito la domanda non sta in piedi.

Di qui una sorta di iniquità del gioco che, più di recente, è stata riconsiderata alla stregua di una "ingiustizia equiparante" in quanto "l'eccezione che rovina i piani a voi oggi, potrebbe rovinare quelli dell'avversario domani"<sup>11</sup>. Un'equità al contrario, insomma, ove, in ogni caso, se perdiamo, non possiamo prendercela con nessuno, dovendo solo sportivamente riconoscere che l'altro è stato più bravo. Gli scacchi saranno crudeli quanto si vuole, ma mai ingiusti e, come diceva Tartakower, vince chi commette il penultimo errore<sup>12</sup>.

## 6 Piani strategici di sviluppo

Essendo giunta via raccomandata la risposta della compagnia assicuratrice del Comune di Santarocco al sollecito stragiudiziale del legale (che nel frattempo è diventato socio del circolo) Orazio viene convocato in studio per discutere sul da farsi.

La lettera prende le forme di uno scarno e irrevocabile diniego, e suona così: "*Con riferimento al sinistro di cui all'oggetto, la presente per comunicarLe che, da accertamenti svolti sul luogo da parte di nostro tecnico fiduciario, il manufatto risulta a norma. Respingiamo quindi la Sua richiesta e provvediamo ad archiviare la pratica. Distinti saluti.*"

Prima di decidere sul da farsi i due si affrontano in una partita lampo interrotta ad un certo punto da Orazio quando ormai l'avvocato non aveva più scampo: "Ma cosa vuol dire a norma?" e, soprattutto, "di quale norma si tratta?" "Lo sai che dopo aver ricevuto la lettera di richiesta danni la passerella metallica è stata ricoperta con un tappetino di erba sintetica?" "Non ti preoccupare Orazio, quando rispondono che una cosa è a norma è perché non sanno cosa dire..."

Sono io che mi devo preoccupare se mi batti anche quando pensi ad altro! Se mi entri anche con la seconda torre in settimana è finita...

Scherzi a parte, se ci fosse una norma che prevedesse come devono essere costruiti gli scivoli metallici, ma non prevedesse degli accorgimenti tecnici per evitare di scivolare in caso di pioggia, sarebbe una norma sbagliata o, perlomeno, incompleta. Spesso le norme vengono modificate con l'esperienza.

Certe precauzioni si possono individuare a tavolino, altre possono sfuggire, ma è chiaro che se un manufatto è pericoloso quando piove, potrà andare bene in un locale chiuso, ma non certo all'aperto. Come vedi, la loro difesa non è coerente, né appare in grado di disturbare il nostro armonico sviluppo.

Se ti capitasse di andare, ad esempio, dall'ufficio del Giudice di Pace di Tortona, potrai verificare che il fondo dello scivolo esterno... posto per consentire l'ingresso ai disabili...

A proposito, ora che mi viene in mente, conosco lì una persona che ci lavora. Già che ci sono gli chiedo la cortesia di mandarmi due foto via *whatsapp*, così le alleghiamo alla citazione. Spero che tu abbia anche le foto della passerella a norma di... scivolamento, e magari cerca di procurarti anche quelle con il tappetino verde; impostare un'azione di responsabilità che "inchiodi"<sup>13</sup> il Comune di Santarocco, tenuto conto che altri ti hanno aiutato ad alzarti, non dovrebbe essere molto complicato."

---

<sup>11</sup> James Eade, *Scacchi for dummies*, Hoepli, 2013, p. 243.

<sup>12</sup> Giocatore polacco nato a Rostov sul Don il 21 febbraio 1887 e morto a Parigi il 5 febbraio 1956; insieme ad altri (Reti, Breyer e Nimzowitsch) è considerato il capostipite della teoria ipermoderna volta a controllare il centro anziché occuparlo. Vincitore di molti importanti tornei, è noto per i suoi interessanti e istruttivi aforismi, come quello citato che si richiama all'altro: "Gli errori sono tutti sulla scacchiera, pronti per essere fatti".

<sup>13</sup> L'inchiodatura è quella situazione di gioco in cui un pezzo sotto minaccia, muovendosi, lascerebbe offeso il Re o un altro pezzo di maggior valore.

## 7 Dinamismo intrinseco e cose inerti: l'apertura ex art. 2051 c.c.

Tanto per cominciare, come puoi vedere, Orazio caro<sup>14</sup>, il fatto dannoso trova origine in una cosa (la passerella) che è in relazione con due soggetti diversi: una relazione di custodia con il proprietario, il Comune di Santarocco, e una relazione d'uso o di utilizzo proprio con te che ti sei infortunato. Il primo problema, riguardante il soggetto passivo, lo risolviamo agevolmente visto che nessun altro, all'infuori del Comune, ha la detenzione della sala posta nei fondi del palazzo<sup>15</sup>.

Ci troviamo poi di fronte ad una cosa inerte, inanimata, statica, incapace, cioè, di essere "normalmente" pericolosa.

Una situazione ben diversa da quella che può derivare dallo scoppio di una caldaia, dal crollo di un muro, da una scarica elettrica. ove, come puoi facilmente intuire, è presente quello che i giudici, con una sorta di locuzione filosofeggiante, chiamano "dinamismo intrinseco della cosa".

Ciò nonostante rispetto a tutti questi danni (sia che derivino da cose pericolose in sé, sia che derivino da cose inerti e solo potenzialmente pericolose), devi sapere che trova applicazione una regola particolare in tema di responsabilità civile: l'art. 2051 c.c. Ecco qui il testo: "Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito".

Orazio, che non è per nulla un dilettante, dopo averci pensato un po' su, osserva: "Immagino che nel caso di cose... come le chiamate voi... intrinsecamente pericolose non sarà necessario provare anche la loro pericolosità<sup>16</sup> mentre per ciò che mi riguarda occorrerà stare un po' più attenti. Se la passerella, infatti, fosse stata asciutta io non sarei scivolato!"

"E già, la tua esperienza in campo scacchistico ti ha abituato a valutare la posizione e a distinguere il valore dei pezzi a seconda di dove essi si trovino sulla scacchiera...<sup>17</sup>. Come ti dicevo, anche a questo tipo di cose inanimate e... "normalmente non pericolose" la giurisprudenza applica l' art. 2051 c.c. che hai appena letto<sup>18</sup>.

La differenza sta nel fatto che in questi casi viene richiesto uno sforzo maggiore, dal punto di vista della prova, volto a rendere conto della esistenza del c.d. agente dannoso proveniente dall'esterno<sup>19</sup>.

Circostanza che, nel nostro caso, non dovrebbe presentare particolari problemi visto che i testimoni potranno riferire al giudice non solo che ti hanno aiutato a rialzarti, ma anche che lo scivolo era bagnato per la pioggia.

Comunque sia, caro amico, l'art. 2051 c.c. ci dà una grossa mano perché, al di là di questa semplice cautela, dobbiamo solo fare in modo che il giudice abbia tutti gli elementi di fatto per capire che il danno è derivato dalla cosa mentre noi ne stavamo facendo un uso normale.

## 8 L'azione ex art. 2043 c.c.: una mossa debole per aggredire il custode

Per tornare agli scacchi se, in ipotesi, agissimo in giudizio e, soprattutto, argomentassimo con riferimento esclusivo all'art. 2043 c.c., e cioè la regola generale sulla responsabilità civile, incapperemmo in un errore nella fase di apertura.

Certamente, anche in base a detta disposizione potresti ricevere tutela, ma ti dovresti sobbarcare l'onere di provare tutti gli elementi del fatto illecito, con particolare riguardo all'elemento soggettivo, costituito dal dolo o dalla colpa del proprietario della cosa. Il che, non è così semplice.

Nello stesso tempo, il nostro avversario potrà limitarsi ad una difesa meramente passiva. Ma l'onere, come dice la parola, è un peso. Pertanto non dobbiamo sciupare questa grossa occasione di ribaltarlo sul nostro avversario.

Fondando la domanda (in via principale o anche solo in via subordinata rispetto all'azione generale di danni) sull'art. 2051 c.c., che prevede una responsabilità di carattere oggettivo<sup>20</sup>, sarà il convenuto a doversi attivare cercando di dimostrare (prova tra l'altro assai difficile) il caso fortuito<sup>21</sup>. Una bella differenza, dunque, che potrebbe determinare l'esito della lite."

---

<sup>14</sup> Horatio Caro, inglese, insieme a Markus Kann, di origine viennese, furono i primi a teorizzare nel XIX secolo c.6 contro e.4; di qui il nome "difesa Caro-Kann" e del nostro immaginario cliente... ma non del suo avvocato.

<sup>15</sup> Spunti problematici derivano dall'individuazione del responsabile allorché la cosa sia concessa in locazione o in comodato. La cassazione si è pronunciata più volte, ad esempio in tema di infiltrazioni, accollando la responsabilità al conduttore per i danni derivanti dagli accessori e dalle parti dell'immobile diverse dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati (C. 21788/16; 13881/10; 16231/05, tutte pronunce che si inseriscono nella linea tracciata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 12019 del 1991).

<sup>16</sup> C. 25214/14.

<sup>17</sup> Generalmente i pedoni valgono 1, cavalli e alfieri 3, le torri 5, la donna 9, mentre il Re ha valore infinito. Questo è il loro valore astratto, mentre sulla scacchiera, durante la partita, essi possono assumere un peso ben diverso. Si pensi ad un cavallo collocato in un pericoloso avamposto, oppure un pedone passato che potrebbe tramutarsi in Regina o in un altro pezzo nel caso giunga in ottava traversa.

<sup>18</sup> C. 20825/06.

<sup>19</sup> Se il nocumento non è stato causato dal dinamismo connaturato alla cosa, ma perché in essa è insorto un agente dannoso proveniente dall'esterno, il danneggiato dovrà provare l'esistenza di tale elemento che configura il fatto costitutivo della domanda (nel nostro caso: la passerella bagnata dalla pioggia).

<sup>20</sup> C. 25214/14

<sup>21</sup> E' chiaro che, per una cautela difensiva, in situazioni ove ci sia il pericolo che la fattispecie possa non essere ricondotta al fatto della cosa, è bene dedurre entrambi i titoli di responsabilità, ancorché impostare la domanda sulla disposizione speciale non preclude di per sé la tutela in forza della

“Solo per mia curiosità, potresti dirmi perché vi sono due regole diverse per assicurare il medesimo risarcimento? Come si giustifica questa variante della responsabilità del custode rispetto alla disciplina generale che vede coinvolto un qualunque altro soggetto che non abbia a che fare con le cose? Sempre che questo *surplus* di spiegazione non faccia aumentare la parcella, s’intende...”

“Bella questa...” sorride l’avvocato, “meglio non toccare questo tasto... Mah, vediamo un po’ se riesco a fartelo capire...”

Allora, la passerella metallica, se ci pensi bene, è una cosa dalla quale il proprietario trae un vantaggio...” “Vantaggio?” “Sì un vantaggio, ancorché indiretto, ma pur sempre un vantaggio” “Quello forse di rendere accessibile i locali posti nei fondi? “Esatto, e rendendoli accessibili al pubblico li valorizza potendoli affittare per un torneo di scacchi, per una assemblea condominiale, etc. e ricavarci così un utile...”

“Non riesco ancora a capire... cosa c’entri però l’assenza di colpa e la questione della prova, o meglio, dell’onere della prova...” “Come ti ho detto, il nostro sistema prevede, in generale, che i danni che cagioniamo agli altri vadano risarciti.

Sarebbe però ingiusto che la legge ci obbligasse al risarcimento anche quando la nostra azione fosse involontaria. Occorre, in altre parole, che la nostra condotta sia rimproverabile o perché animata dal solo fine di arrecare danni ad altri, oppure, più semplicemente, perché poco accorta o imprudente.

Pensa solo a chi riga l’auto del vicino per dispetto o a chi si dimentica l’acqua aperta e allaga l’appartamento sottostante. Chi subisce il danno deve, nel primo caso, dimostrare il dolo del danneggiante, nel secondo la colpa.

Ci sono delle situazioni dove il danno non deriva da un fare o non fare dell’uomo, ma da una cosa, oppure da un animale. In questi casi il codice ha ritenuto che non ci sia una situazione di parità tra i contendenti perché uno di essi (il proprietario della cosa o dell’animale) si trova in una posizione privilegiata.

Se vuoi proprio semplificare lui possiede qualcosa e dal quel qualcosa trae un vantaggio o un utile. Pertanto, siccome da quella cosa trae un beneficio, la legge gli impone di risarcire i danni che da quella cosa derivino agli altri anche se lui non ha fatto niente di male.

Si tratta come vedi di una specie di correttivo volto a favorire il danneggiato ed equilibrare la posizione degli antagonisti. Anche in questo la nostra tradizione giuridica ci aiuta, concentrando questo discorso in una mirabile formula di sintesi (che si chiama brocardo): *cuius commada et eius incommoda*.

Chi ha l’uso della cosa è quindi un... presunto colpevole, o meglio, un presunto responsabile. L’unica via di fuga che gli viene concessa è quella di provare il c.d. caso fortuito, quell’evento imprevedibile a cui nessuno potrebbe resistere: pensa ad una tromba d’aria che fa volare le tegole del tetto provocando danni a terzi.

La fatalità colpisce alla cieca e le conseguenze negative che da essa derivano, non essendo dei veri e propri danni, non vanno risarcite. Così come non può essere un danno quello che uno si procura da solo facendo un uso anormale della cosa, ad esempio scendendo di corsa e al contrario una scala mobile.”

“Molto interessante... quindi, se ho capito bene e ritornando al mio caso, ricollegare l’accaduto non alla cosa, ma alla negligenza del custode per non aver segnalato, ad esempio, il pericolo di caduta in caso di pioggia, sarebbe inutile oltre che controproducente! Insomma, far emergere la colpa del custode, dal punto di vista strategico, sarebbe una mossa perlomeno dubbia (?) che potrebbe comportare anche la commissione di gravi errori (??) ”.

“Proprio così... una volta azionata la responsabilità ex art. 2051 c.c., ci è unicamente richiesta la prova che “l’evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa”<sup>22</sup>, e non anche che esso sia l’effetto dell’assenza di presidi antinfortunistici <sup>23</sup>.

Un po’ quello che avviene nel caso di buche od ostacoli di qualunque tipo posti lungo il percorso, con riferimento alla loro imprevedibilità e invisibilità<sup>24</sup>.

---

regola generale di cui all’art. 2043 c.c. e ciò anche se ad essa non venga fatto espresso richiamo. Siccome nel più sta il meno, il problema si pone, come avremo modo di vedere, nel caso opposto ancorché quelli che contano non sono i richiami formali alle disposizioni di legge, ma la deduzione “in giudizio di tutti i connotati, di diritto e di fatto, della fattispecie di cui il giudice dovrebbe d’ufficio individuare la disciplina” (C. 26901/14). Sulla natura oggettiva della responsabilità, a dispetto di una semplice presunzione di colpa, C. 25243/06. La tesi della responsabilità oggettiva, tesi avanzata da parte della dottrina secondo la quale la condotta del custode deve ritenersi estranea alla struttura normativa -tanto che si deve più correttamente parlare di “rischio da custodia” piuttosto che di “colpa nella custodia”-, è stata fatta propria dalle già citate S.U. del 1991, n. 12019.

<sup>22</sup> C. 858/08, dove era stata ritenuta la responsabilità ex art. 2051 c.c. dei gestori di una palestra per i danni provocati ad un associato da una cyclette difettosa. Numerose sono le pronunce in tema di caduta dalle scale (tra le altre C. 8005/10, 7062/05, 2075/02, 6677/11) e su pavimenti o scale resi scivolosi da agenti esterni (foglie di verdura, salvietta sporca di gelato, etc.),

<sup>23</sup> C. 7125/13, rovinosa caduta dallo scalone monumentale di un edificio a conformazione curvilinea e con gradini in pietra lucida.

<sup>24</sup> C. 21684/05, dove la cliente di un hotel aveva unicamente dimostrato di essere caduta inciampando in una soglia posta sulla sommità di una delle scale dell’albergo, risultante lievemente rialzata rispetto al livello, di colore uniforme, della restante superficie. Più in generale, in materia di insidia stradale, C. 23919/13, 11946/13.



## 9 Fatti (e non parole): a qualificarli ci pensa il giudice

La nostra attenzione dovrà dunque concentrarsi sulla situazione obiettiva che dovrà essere tale da rendere “probabile, se non inevitabile” l’evento dannoso<sup>25</sup>.

Ci basterà dunque portare a conoscenza il giudice di come gli scivoli che permettono l’accesso ai disabili nei locali pubblici, quando sono costruiti in acciaio, hanno il piano di calpestio costituito da una struttura lamellare in contropendenza in funzione antiscivolo, proprio come quelli che puoi vedere in queste foto... nel frattempo arrivate da Tortona.”

“In effetti”, osserva Orazio, “ c’è una bella differenza, quella che ho percorso io è costituita da una sorta di grata metallica..., altro che lamelle antiscivolo!”

“Pertanto, come hai intuito, se sbagliamo apertura diamo all’avversario anche l’opportunità di assecondare il nostro errore; egli non vedrà l’ora di congelare, attraverso sue deduzioni in fatto e in diritto, l’oggetto della lite, quello noi chiamiamo *thema deducendum e probandum* nella versione a lui molto più favorevole della responsabilità per colpa.”

“In ogni caso”, riprende Orazio, “il giudice terrà conto dei fatti, cioè di come sono andate veramente le cose o dei formali richiami a delle disposizioni di legge? E se uno si sbagliasse ad indicare l’articolo del codice che cosa potrebbe accadere?”

“Tranquillo Orazio, spetta sempre e solo al giudice la qualificazione giuridica del fatto e questa regola ha il vantaggio che se richiamo erroneamente l’art. 2043 c.c. ma poi deduco di fatto una responsabilità per fatto della cosa nessuno gli impedisce di applicare l’art. 2051 c.c., mentre, nello stesso tempo, non serve a nulla citare l’art. 2051 c.c. se poi si imposta la difesa come abbiamo detto pocanzi<sup>26</sup>.

In effetti, per quanto la differenza tra i due titoli di responsabilità sia piuttosto chiara (in un caso il danno è provocato dalla cosa, nell’altro dal custode di essa) il rischio è anche quello di non accorgersi che muovendo (o muovendo soltanto) rimproveri al custode, la cosa degradi... virtualmente a mera occasione di danno quando invece ne è stata la causa. La nostra azione verrà dunque qualificata per quello che è, cioè fondata sull’art. 2043 c.c.”

“E questo, per così dire... marchio impresso dall’alto alla nostra domanda, comporta delle ulteriori conseguenze nel prosieguo del processo?”

“Caro amico, mi sa che dovrai metterti a studiare diritto, come io mi sono messo a studiare gli scacchi, vedo che la cosa ti appassiona e che ci azzecchi pure!”

## 10 Cambiarli in corsa non si può

“In effetti capita non di rado che il danneggiato, avendo perso in primo grado, rivaluti i fatti e proponga ai giudici del secondo una domanda ove l’argomentazione difensiva è questa volta mirata ad ottenere una condanna in forza dello speciale criterio di imputazione della responsabilità.

La cassazione è intervenuta più volte sull’argomento, rispolverando concetti già espressi in precedenza.”

Ti faccio un esempio per essere più chiaro: una ragazza minorenni scivola in prossimità di un gradino posto tra lo spogliatoio della piscina e il vano docce. I genitori rappresentano al giudice di primo grado come il pavimento fosse sdruciolevole perché bagnato e privo di tappetini antiscivolo, denunciando altresì l’assenza di personale addetto ad asciugarlo; nei successivi gradi di giudizio, lamentano (ma senza successo) la mancata applicazione dell’art. 2051 c.c.<sup>27</sup>

Insomma, l’eventuale mutamento della regola di imputazione della responsabilità (2051 c.c. in luogo del 2043 c.c.) può avvenire sempre che non si fondi “sull’ allegazione (o sulla considerazione) di circostanze diverse”, pena la violazione del diritto di difesa del convenuto. Vale sempre il detto *date mihi factum...* e il rispetto dell’avversario.

“Quindi, se ho capito bene” interviene nuovamente Orazio, “è più importante mettere bene in luce i fatti che fare tanti discorsi in diritto”

“Esatto! Ancora una volta hai colto nel segno. In questo modo la domanda in appello non può essere considerata nuova se, valutata alla luce dell’ istruttoria svolta in primo grado, non comporta la necessità di nuove indagini di fatto. Per converso, al danneggiante non gli si può muovere il rimprovero di non aver provato, ad esempio, il caso fortuito quando in primo grado, avendo agito l’attore ex art. 2043 c.c., nessuno lo avevo costretto a difendersi sul punto.

---

<sup>25</sup> C. 21212/15 che ha rigettato la domanda di un motociclista il quale pretendeva di porre in rapporto di causalità con l’assenza di illuminazione in un tratto della galleria percorsa, sebbene la possibilità di una temporanea avaria dell’illuminazione risultasse segnalata su apposito cartello collocato all’ingresso della galleria. Sempre in tema di insidia stradale, la giurisprudenza estende la custodia della strada anche ai suoi accessori e alle sue pertinenze, come ad esempio le barriere laterali, new jersey, etc. i quali, laddove mancanti e non idoneamente collocati i punti pericolosi dell’asse viario, possono condurre ad affermare la responsabilità ex art. 2051 c.c. escludendo che la condotta colposa dell’utente possa configurare il fortuito. C. 9547/15, per il caso di un pulmann precipitato in un burrone mentre viaggiava a 38 Km/h ma con l’impianto frenante in avaria.

<sup>26</sup> C. 18520/09, ove il genitore di una minore, la quale aveva riportato danni al viso per essere scivolata durante una lezione di ginnastica a bordo piscina, aveva impugnato la sentenza di rigetto invocando oltre all’art. 2043 c.c. anche gli artt. 2050 e 2051 c.c. senza peraltro evidenziare, in modo chiaro e specifico, di aver in realtà fatto valere in primo grado pure la responsabilità per attività pericolosa e per cosa in custodia.

<sup>27</sup> C. 4446/14

E' vietato cambiare in corsa le carte in tavola; se così non fosse la pretesa originaria verrebbe stravolta, come avviene nei casi in cui non riusciamo a portare a termine l'apertura perché l'avversario utilizza una variante difensiva a noi sconosciuta.

Il fondamento di questa regola sta nel rispetto del principio del contraddittorio e del doppio grado di giurisdizione. Inoltre, essendo questi principi di ordine pubblico, la loro violazione viene rilevata dal giudice anche se la controparte non dovesse protestare<sup>28</sup>.

## 11 Meglio pattare che soccombere

“Ho capito che abbiamo tutte le carte in regola per dare scacco matto al comune, ma non è che alla fine il giudice dirà che è anche colpa mia se sono caduto essendo prevedibile la circostanza che la passerella fosse scivolosa per via della pioggia caduta nella notte? Che ero già stato in quei locali e che, quindi, conoscevo o dovevo prevederne i pericoli? Che altri prima di me sono passati senza cadere e che io mi sarei dovuto appoggiare o tenere al corrimano, cosa che non potevo fare avendo le mani occupate?”.

“Questo è senz'altro un problema, sicuramente controparte chiederà il rigetto della domanda, ma dovrà provare che tu sei stato talmente incauto e disattento da cadere e farti del male. La cassazione ha più volte affermato che, in questi casi, come ti ho già accennato, “il convenuto, per liberarsi, dovrà provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere il nesso causale e, cioè, un fattore esterno (che può essere anche il fatto di un terzo o dello stesso danneggiato) che presenti i caratteri del fortuito e, quindi, dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità.”<sup>29</sup>

Il fatto del danneggiato è senza dubbio l'ipotesi più frequente che può dar luogo o ad un fortuito c.d. incidente, che esclude quindi la responsabilità del custode, o ad un fortuito c.d. concorrente, che diminuisce soltanto il risarcimento del danno. Questa compatibilità tra responsabilità oggettiva ex art. 2051 c.c. e concorso di colpa del danneggiato (previsto espressamente da una norma del codice civile), si fonda sul principio per cui non può essere considerato un danno, come ricorderai, quello che ciascuno si autocagiona... *quisque sua culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire*.<sup>30</sup>

Nel tuo caso, caro Orazio, non starei più di tanto a preoccuparmi. E' possibile, anche se non ne sono così sicuro, che il giudice individui un concorso di colpa; ma se così fosse ritengo che abbia tutti gli elementi per contenerlo in misura percentuale, dando la prevalenza al fatto della cosa. Considera ad esempio la minima inclinazione della passerella metallica e il fatto che la stessa si trovi adiacente al muro dell'edificio, elementi che non spingono certo ad adottare, da parte di chi la percorre, particolari cautele, come quella di tenersi al corrimano; inoltre tu, a differenza degli altri, indossavi scarpe da ginnastica, cosa che aumenta le possibilità di scivolare su di una grata di ferro<sup>31</sup>; infine non stavi correndo, ma semplicemente camminando. Hai fatto, in altre parole, un uso normale della cosa, ed era la cosa a non essere normale!

Senti, al riguardo, che cosa insegna la cassazione relativamente ad una fattispecie molto simile alla nostra<sup>32</sup>.

Si trattava di una caduta avvenuta all'interno dei locali della Pretura di Roma il cui pavimento era divenuto scivoloso per l'acqua piovana introdotta da chi vi faceva ingresso. Il Tribunale prima, e la corte d'appello poi, avevano ritenuto provata la caduta a causa del pavimento bagnato, ma anche che l'infortunato avrebbe dovuto accorgersi della “visibilissima” insidia (tanto più che era stata sparsa anche della segatura e altre persone, tra le quali alcuni testi, non erano cadute). La corte di cassazione ha criticato i giudici del merito perché, così facendo (e cioè rimproverando l'attore di scarsa attenzione e mancanza di accortezza), hanno fondato le loro decisioni come se questi avesse agito ai sensi dell'art. 2043 c.c., omettendo quindi di valutare se il suo comportamento fosse caratterizzato dalla eccezionalità e imprevedibilità.

“In altri termini” si legge nella motivazione, la corte d'appello “non ha affatto stimato se l'infortunato stesso avesse fatto un uso anormale della cosa, così singolare da non poter essere neppure prevedibile nella ordinarietà delle cose. Né

---

<sup>28</sup> C.18520/09

<sup>29</sup> C. 11227/08. Ne è passata di acqua sotto i ponti, se si pensa che un caso analogo (donna che scivolò sul pavimento della banca reso viscido dall'acqua sgocciolata dagli ombrelli dei clienti) veniva inquadrato da C. 6148/79 nell'ambito dell'art. 2043 c.c. con conseguente onere a carico della danneggiata di provare “una condotta attiva od omissiva del personale dell'istituto di Credito che in concreto avesse reso scivoloso il pavimento.” Considerato che il caso era nato proprio qui a Genova, vale la pena ricordare che la corte d'appello genovese aveva invece ritenuto operante lo speciale criterio di imputazione di cui all'art. 2051 c.c. confermando la sentenza di condanna dell'istituto di credito al risarcimento del danno diminuito di un quarto per il concorrente apporto della vittima (nella pronuncia di primo grado si precisava che il pavimento di marmo era particolarmente scivoloso essendo stato incerato il giorno prima dalla donna delle pulizie). Una soluzione di buon senso e coraggiosa che, precorrendo i tempi, contemperava il principio dell'auto responsabilità con quello della responsabilità del custode e che avrebbe trovato consensi in cassazione solo trent'anni dopo.

<sup>30</sup> Citato da C. S.U. 351/64, Per una ripartizione del 40% a carico del minore danneggiato caduto da un tetto di un edificio scolastico in costruzione e privo di transenne e recinzioni perimetrali -e per ciò accessibile a chiunque- e del restante 60% a carico di un comune e dell'impresa costruttrice di una scuola C. 18317/15.

<sup>31</sup> C. 23584/13 ove l'infortunata cadeva dopo che il tacco le si era incastrato in uno scivolo metallico che congiungeva due livelli di un esercizio commerciale.

<sup>32</sup> C. 11227/08

ha valutato se il comportamento colposo del danneggiato, benché inidoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa, costituita dalla cosa in custodia, ed il danno, potesse, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, primo comma cod. civ., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante secondo l'incidenza della colpa del danneggiato.”

Insomma, occorre non confondere la responsabilità per colpa, derivante dall'aver creato un'insidia per difetto di diligenza nella manutenzione o pulizia dei locali, con la responsabilità oggettiva, derivante dal fatto della cosa. Come vedi, si tratta comunque di una materia dove non tutti hanno le idee chiare...”

Orazio, dopo una breve pausa di riflessione, riprende il discorso: “Leggere le sentenze della cassazione deve essere molto importante per voi del mestiere... è un po' come per noi scacchisti analizzare le partite dei grandi campioni... In ogni caso tornando al mio caso vorrei dirti che se mi dessero magari il 70% o anche la metà del danno, accetterei di buon grado, anche perché andavo un po' di fretta... e se fossi stato più guardingo...”

“Questo mi fa piacere perché dimostra che sei una persona equilibrata e l'equilibrio (in ogni campo della vita) è la cosa più importante. Devi infatti sapere che i giudici, spesso e volentieri, individuano una colpa esclusiva del danneggiato, nonostante questi abbia offerto la prova della cosa come fonte di danno e di essersi procurato il danno pur facendone un uso normale.

Di pari passo s'incontra, inutile che te lo neghi, non solo una certa riottosità a configurare il concorso di colpa (soluzione di compromesso che spesso è la più ragionevole da praticare in questi casi, come del resto hai intuito anche tu), ma anche una riluttanza ad ammetterlo da parte di chi il danno lo subisce, quasi che la diminuzione del risarcimento venga vissuta alla stregua di una denegata giustizia.

Ti racconto l'ultima altrimenti non abbiamo più tempo per giocare anche solo una blitz... ma sappi fin d'ora che questa volta non mi freggi più con il gambetto di donna!<sup>33</sup>

Ricordi la minore caduta nel vano docce della piscina a causa del pavimento bagnato<sup>34</sup>? I genitori avevano agito facendo riferimento ad una condotta colposa della società sportiva, salvo poi dolersi in appello della mancata applicazione dell'art. 2051 c.c. In primo grado la convenuta è stata condannata a pagare quasi novemila euro in favore della vittima, in appello (proposto dai genitori!) il *quantum* viene diminuito a tremilaseicento e rotti euro. I genitori e l'infortunata stessa, ormai maggiorenne<sup>35</sup> ricorrono in cassazione, lamentando –tra le altre – la riduzione d'ufficio dell'ammontare del risarcimento senza che il danneggiante avesse mai formulato una specifica “eccezione”. La cassazione ha respinto il ricorso affermando che il concorso di colpa del danneggiato “non concreta un'eccezione in senso proprio, ma una semplice difesa” che “deve essere esaminata e verificata anche d'ufficio...” anche quando “il danneggiante si limiti a contestare *in toto* la propria responsabilità”.

E così la nostra infortunata è stata condannata a cinquemiladuecento euro di spese, con un saldo passivo di milleseicento euro, oltre la parcella del proprio difensore...”

“Proprio come quando si lascia un pezzo in presa immaginando chissà quali fantastiche e inesistenti combinazioni!”

“Proprio così, e ora, buona partita, caro Orazio e, soprattutto, buon gioco a tutti!”

---

<sup>33</sup> Una delle aperture più antiche, costituita dalle mosse 1. d4 d5, 2. c4. Il gambetto è, in generale, “l'offerta di un pedone fatta nelle prime mosse per facilitare lo sviluppo dei pezzi” così RAMINI, *Come giocare e vincere a scacchi*, De Vecchi Editore, 1972, p. 100-101. Il gambetto di donna non è tuttavia un vero e proprio gambetto in quanto il bianco compie un sacrificio solo apparente visto che “il pedone gambettato non può essere mantenuto”.

<sup>34</sup> Per alcuni esempi di concorso che hanno condotto ad una diminuzione del risarcimento C. 6125/95 ove l'attore aveva riportato danni scivolando sul pavimento di un albergo, con pavimento in gomma zigrinata, riservato ai carrelli e al personale di manovra, C. 1394/83, ove un minore era caduto nella tromba delle scale di un orfanotrofio dopo essersi arrampicato sulla ringhiera delle stesse sporgendosi all'esterno.

<sup>35</sup> Il ricorso dei genitori è stato quindi dichiarato inammissibile.