

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE FRA GESTIONE DEL RISCHIO E TUTELA DEGLI INTERESSI PRIVATI

di *Lalage Mormile**

SOMMARIO - 1. Progresso tecnologico e regola giuridica – 2. La gestione del rischio da ignoto tecnologico: rischio e tutela cautelare - 2.1 *Segue*: Il livello «menzognero» - 2.2 *Segue*: L'esempio delle emissioni elettromagnetiche a bassa frequenza – 2.3 *Segue*: L'anticipazione della tutela cautelare e la causalità «debole» - 2.4 *Segue*: Vizio procedimentale, tutela inibitoria e indennizzo per i maggiori costi imposti – 3. Principio di precauzione e regole della responsabilità civile - 3.1 *Segue* - Ignoto tecnologico, prodotto difettoso e esercizio di attività pericolosa - 3.2 *Segue*: Alcuni casi incerti: la produzione di sigarette e il telefono cellulare. - 4. Principio di precauzione e ruolo dell'informazione del consumatore - 4.1 *Segue*: L'informazione sul rischio conosciuto - 4.2 *Segue*: L'informazione sul possibile rischio – 5. Conclusioni.

1.- L'incertezza che caratterizza l'attuale contesto fenomenologico ha lambito il mondo del diritto, divenendo componente da considerare e gestire nelle scelte da adottare a livello politico, amministrativo e, a valle, giudiziario.

Il problema non è per nulla nuovo e s'inserisce nel tradizionale dibattito sul difficile rapporto fra sviluppo tecnologico e diritto¹. Un rapporto che si

*Ricercatore di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Palermo.

1 Si tratta di un ambito di riflessione ancestrale e legato all'avvio della riflessione filosofica sul ruolo del diritto a fronte del progresso tecnico e tecnologico. La letteratura sul punto è immensa e qualsiasi tentativo volto ad operare una ricognizione bibliografica sarebbe insufficiente. Recentemente il dibattito ha interessato il c.d. nichilismo giuridico, ossia l'idea circa l'impossibilità di conformare, attraverso la regola, il dover essere della scienza e della tecnologia. Ciò deriverebbe dall'inesistenza di verità assolute su cui fondare la norma e sulla conseguente traduzione, nel diritto, di verità relative, espressione delle volontà «dei più forti», ossia dei gruppi capaci di imporre le regole per sé più congeniali. Sul punto si rinvia alla riflessione di N. Irti e in particolare a *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004. *Cfr.* anche, dello stesso Autore, *Diritti senza verità*, Roma-Bari, 2011. Il pensiero nichilista è criticato da M. Barcellona, in *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, ma ancor prima da L. Mengoni che osserva come i valori morali della società sono cristallizzati nelle categorie normative fondanti l'ordinamento giuridico, con la conseguenza che vi sarebbe una trasposizione, sul piano normativo, di principi metagiuridici in grado di conformare il mondo del diritto. Nelle società post-borghesi, caratterizzate dal pluralismo e dall'accelerazione del progresso tecnologico, il processo osmotico fra il mondo dei valori e i principi dell'ordinamento giuridico è certamente più complesso, ma il legame fra etica e diritto non è per nulla reciso, com'è dimostrato dall'esperienza costituzionale. La Costituzione avrebbe infatti comportato la definitiva «stabilizzazione del punto di vista morale all'interno del diritto positivo come istanza di controllo di

esprime nella costante tensione fra la necessità di garantire il progresso, nell'ottica del perseguimento del benessere e di una maggiore utilità collettiva, e l'esigenza di tutelare gli interessi coinvolti. Sia quelli tradizionali, quali i diritti degli individui a vivere in un ambiente salubre e alla propria salute, sia quelli di «nuova generazione», il cui assurgere a posizioni giuridicamente rilevanti è conseguenza di quello stesso progresso, veicolo di benessere, ma al tempo stesso di esternalità rivelatrici di bisogni inediti.

Nel rapporto di antica antinomia fra tensione verso la scoperta e allo stesso tempo timore per ciò che dalla scoperta può derivare, ossia per quello che attualmente è ignoto, è entrato in scena un nuovo fattore, rappresentato dall'acquisita capacità dell'uomo di inserirsi all'interno della concatenazione meccanica degli elementi che regolano i processi naturali.

La manipolazione della vita e la possibilità di interferire nei processi fisici di composizione della materia di cui sono fatti gli esseri viventi e le cose rappresentano fonte di timori legati alla consapevolezza circa i rischi «catastrofici» connessi alle nuove tecnologie. Il diritto e i suoi interpreti sono così costretti a confrontarsi con i temi dello sviluppo sostenibile, dei diritti delle generazioni future e delle responsabilità di quelle presenti².

È in questo contesto che s'inserisce la riflessione, anche questa dalle origini non più recenti, sul principio di precauzione. Nato in ambito filosofico e acquisito in ambiente politico negli spazi culturali più sensibili all'istanza di preservazione dell'ambiente, il principio di precauzione si è presto imposto a livello europeo quale criterio di orientamento delle scelte

*legittimità sostanziale delle leggi», così che «i principi morali incorporati dalla costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e con essa un nuovo modo di validità, senza perdere il loro status originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione – che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti – ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica». Così L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 9. Sebbene fortemente indebolito dalla potenza della tecnica, il diritto continua, dunque, a prevalere sulla tecnica, essendo comunque chiamato a indicare a quale scopo essa tenda. «La povertà di forze» ossia «l'indebolimento del diritto dinanzi alla potenza della tecnica, non riesce a minacciare l'autonomia della normatività giuridica. Questa povertà ha in sé una grande forza, che è la capacità di scegliere scopi: scopi ideologici» Cfr. N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma – Bari, 2001, 20.*

² Temi sui quali si rimanda a S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Bari-Roma, 1999.

del legislatore comunitario e nazionale³. La variabile che lo rende non facilmente attuabile è rappresentata dalla necessità di una sua applicazione globale. Il divieto o la limitazione ad attività che sono considerate nocive per

³ Com'è noto la cultura della precauzione nasce e si afferma in Germania negli anni settanta del secolo scorso come risposta ad una rinnovata percezione dei rischi per l'ambiente derivanti dallo sviluppo tecnologico e industriale. Suoi teorici sono due filosofi moderni, U. Jonas e H. Beck. Esce nel 1979 il *Das Prinzip Verantwortung* del primo, tradotto in Italia nel *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990. Il secondo pubblica nel 1986 *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, tradotto nel *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Roma, 2000. I due studiosi possono considerarsi i pionieri dell'idea secondo cui la società deve assumersi il compito della prevenzione dei danni all'ambiente attraverso una programmazione graduale delle attività ed un blocco di quelle potenzialmente rischiose, nell'ottica di una responsabilità nei confronti delle generazioni future. La sollecitazione è accolta, sempre in Germania, nella legge federale sulla protezione dalle immissioni del 1974, la *Bundesimmissionschutzgesetz*. Emanata all'indomani del disastro ecologico delle piogge acide della foresta nera, la legge accoglie il principio secondo cui è necessario procedere alla riduzione, al minimo tecnicamente possibile, delle immissioni, e ciò a prescindere dalla prova della loro dannosità. Si tratta della traduzione normativa di una scelta politica fondata sulla presunzione che la diminuzione delle immissioni nell'atmosfera rappresenta comunque un fattore positivo per la salute dell'uomo e del pianeta. Così, l'autorizzazione all'apertura di un impianto viene subordinata alla riduzione, al minimo consentito dalla tecnica, delle emissioni prodotte a prescindere dalla prova della loro dannosità. Si applica, cioè, la c.d. *Risikovorsorge, o Vorsorge*, ossia di una politica che serve a giustificare l'adozione di misure legislative volte a ridurre i pericoli potenziali di danni gravi e irreversibili anche in assenza di prova scientifica. Viene in tal modo legittimata l'adozione da parte del legislatore di misure che incidono sulle libertà fondamentali al ricorrere di requisiti meno rigorosi di quelli richiesti dal principio di difesa dal pericolo (*Gefahrenabwehr*), principio fondamentale del diritto pubblico tedesco a partire dal *Kreuzberg Urteil* del 1882, che consente al pubblico potere di limitare diritti individuali solo in presenza di un pericolo (*Gefahr*) cioè di una situazione in cui, se non si interviene per cambiare il corso degli eventi, ci si può aspettare, con ragionevole probabilità, che si verificherà un danno a beni giuridici protetti dall'ordinamento. Per una puntuale ricostruzione delle origini del principio di precauzione e delle sue applicazioni specie nel contesto tedesco si rinvia a P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 s. Dall'ordinamento tedesco il principio di precauzione è transitato in ambito europeo. Esso è sancito nell'art. 174, comma 2, del Trattato quale criterio che deve orientare la politica della Comunità in materia ambientale. L'assenza di una sua definizione chiara e gli immediati e potenziali riflessi della sua applicazione sulla politica comunitaria e interna, hanno sollecitato la comunicazione del 2.2.2000, con la quale la Commissione dell'UE ha indicato alcune linee guida. Nella ricostruzione suggerita dalla Commissione, il principio di precauzione può essere invocato tutte le volte in cui gli effetti potenzialmente pericolosi di un fenomeno, di un prodotto o di un processo sono stati oggetto di una valutazione scientifica e obiettiva che però non consente di determinare il rischio con sufficiente certezza.

L'ambiente e per la salute umana possono, infatti, considerarsi validi strumenti della precauzione solo se globalmente condivisi, nella percezione dell'ambiente quale bene comune dell'intera collettività mondiale⁴. Solo una politica condivisa a livello mondiale eviterebbe il rischio che l'elaborazione di atti normativi ispirati dal principio di precauzione possa di fatto falsare le regole della concorrenza e dunque interferire con e sul mercato.

In questo senso il principio di precauzione appare a prima vista lontano dall'ambiente speculativo del diritto privato⁵. È, infatti, il legislatore che deve farsene interprete e l'adozione di una determinata normativa a esso orientata dovrebbe, a priori, risolvere il conflitto fra l'esigenza di consentire un'attività, perché utile per la collettività, e la sua regolazione nell'ottica del contenimento dei rischi. La norma dovrebbe condensare la valutazione del rischio accettabile attraverso l'individuazione degli standards tecnici cui attenersi. Standards il cui attestato di validità dipende dalla verifica circa la legittimazione degli organi e organismi deputati alla loro individuazione e dal rispetto delle regole preposte alla valutazione della loro persistente attualità in relazione al trascorrere del tempo e alla luce dell'ulteriore progresso della tecnica e della scienza. Già il legislatore dovrebbe, dunque, attraverso la regola, fissare il livello di rischio accettabile. È la regola, infatti, che deve consentire di valutare come e fino a che punto è ammessa una determinata attività, come e fino a che punto i pericoli ad essa connessi sono da ritenersi accettabili e che permette di escludere dall'ambito di rilevanza del diritto le pretese di eventuali antagonisti che ritengano di essere pregiudicati dal

⁴ Il grado di efficienza che il principio di precauzione può esprimere è fortemente legato alla rivalutazione del concetto di bene comune e dall'esclusione dalle logiche di mercato di beni che, appunto, appartengono alla o alle collettività. Le delimitazioni al progresso tecnologico e dunque l'individuazione dei suoi scopi, devono fondarsi su un'idea condivisa di benessere per la salute umana e per l'ambiente, libera dai condizionamenti dei gruppi economici. La nozione di bene comune è al centro di un attuale dibattito e tentativi di ricostruzione e teorizzazione. Sul tema si rinvia alle riflessioni di L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune* in *Oltre il pubblico e il privato*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2012, 69 s. e al recente lavoro di U. Mattei, *Beni comuni*, Roma – Bari, 2012.

⁵ Il tema è stato, infatti, ampiamente indagato dalla dottrina pubblicistica. Per alcuni contributi si rinvia a F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; si veda anche G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 s. e A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo e delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 9 s.

pericolo e dunque ad esso intendano opporsi⁶.

In realtà l'impermeabilità dell'ambiente privato al principio di precauzione è meno assoluta di quanto sembri. E ciò per diverse ragioni:

1) perché non sempre l'adozione dello standard si basa su regole che ne garantiscano appieno la loro validità, così da determinare la necessità, in ambiente privato, di verificarne la compatibilità con i principi fondamentali, primo fra tutti la salute;

2) perché l'incertezza che domina le scelte della precauzione comporta da parte dell'autorità pubblica la costante valutazione circa la persistente effettività degli standards, con la conseguenza che l'eventuale inadempimento o il ritardo dell'azione apre una breccia al possibile intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria, nonché comporta la valutazione, in termini di responsabilità, dell'inerzia;

3) perché alcuni strumenti della precauzione, come l'informazione, sono pensati in relazione alla necessità di allocare il rischio del possibile concretizzarsi del danno, con la conseguenza che si impone una riflessione sulla loro incidenza sul versante delle regole di responsabilità.

Muovendosi su questi assi cartesiani, scopo della presente indagine è l'analisi delle attuali modalità di gestione del rischio nei rapporti privati e, in

⁶ Com'è noto al principio di precauzione si ispirano numerosi atti comunitari: si pensi alla direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.3.2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, attuata in Italia con il d. l.vo 8.7.2003 su cui, diffusamente, v. G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2007; alla direttiva 2001/83/CE del 15.7.1991, relativa all'immissione in commercio dei medicinali; a quella 91/414/CEE del 15.7.2001 sull'immissione in commercio di prodotti fitosanitari, attuata con d. lgs. 17.3.1995, n.194; e ancora alla direttiva 2009/30/CE del 23.4.2009, di modifica della direttiva 98/70/CE sulle specifiche della benzina, del combustibile diesel e gasolio. In diverse occasioni la Corte di Giustizia è intervenuta per valutare la legittimità di un'eventuale misura restrittiva giustificata dal ricorso al principio di precauzione. Solo per fare alcuni esempi, con la sentenza n.446/2008 del 29.4.2010, in *www.dejure.giuffre.it*, la Corte di Giustizia ha ritenuto legittima la scelta del Governo francese di non autorizzare l'inserimento all'interno degli integratori alimentari del fluoro, per la difficoltà di verificare quale sia l'apporto giornaliero che deriva da alimenti naturali e dunque di possibile pericolo ad un'assunzione eccessiva soprattutto per una fascia di consumatori, i bambini, ritenuti particolarmente esposti al rischio di fluorosi. In materia di carburanti, la Corte di Giustizia CE, con la sentenza C-343/09 dell'08.07.2010 ha reputato legittima la scelta di limitare l'inserimento degli additivi metallici nei combustibili per i possibili rischi per la salute e per l'ambiente, nonostante la fervida opposizione dei relativi produttori che negavano che tale rischio fosse scientificamente provato.

questo contesto, la valutazione dei possibili riflessi del principio di precauzione sul fronte della tutela del diritto alla salute.

S'intende verificare se il principio di precauzione, nel significato e nella portata assunta in ambito pubblico, interferisca con alcuni istituti del diritto privato e, per questa via, se e fino a che punto possa essere invocato, direttamente o indirettamente, quale presupposto per l'operatività di forme di tutela di tipo inibitorio.

2.- Il diritto privato si occupa in vari modi e in diversi ambiti del pericolo, offrendo forme di tutela sia per prevenire la produzione del danno, sia per reagire di fronte ai condizionamenti che esso apporta alle normali regole di formazione del consenso⁷. La nozione di pericolo accolta in ambito codicistico è però inadatta a comprendere, e dunque a gestire, l'esigenza attuale di rispondere ai c.d. nuovi rischi. Il pericolo codicistico è, infatti, misurabile. È un pericolo materiale e tangibile che dunque si può valutare e verificare. È ponderabile attraverso l'applicazione di regole empiriche. È consegnato dalle leggi dell'esperienza, che consentono di affermare che, generalmente e salvo la sopravvenienza di altri fattori determinanti, l'evento A produce la conseguenza B.

In questo contesto il privato sembra essere privo di strumenti diretti volti a reagire di fronte alla percezione di un rischio, non ancora integrante pericolo, a beni per lui primari. Non v'è dubbio, infatti, che lo strumento più efficace sarebbe quello inibitorio, invocabile, in via d'urgenza, solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 700 c.p.c., ossia qualora il pericolo di pregiudizio sia «imminente e irreparabile» e solo se tali presupposti possono essere provati già all'esito di un giudizio sommario. Il concetto di «rischio» che fonda la riflessione sul principio di precauzione ha, infatti, caratteristiche molto diverse dalla nozione di «pericolo» adottata dal diritto positivo. Ed è soprattutto il c.d. rischio da sviluppo o da ignoto tecnologico ad obbligare ad uno sforzo di riflessione al fine di verificare se e a quali condizioni sia ammissibile il ricorso agli strumenti inibitori a fronte di un giudizio

⁷ In questo senso, *cf.* l'art. 1172 c.c. in materia di danno temuto, l'art. 1447 c.c. sulla rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, l'art. 1669 c.c. sul pericolo di rovina di cose immobili e l'art. 700 c.p.c. su cui si fonda la costruzione teorica sulla tutela inibitoria di tipo cautelare a carattere generale. Per una completa disamina delle situazioni di pericolo prese in considerazione dal legislatore codicistico, v. L. Gaudino, *Il danno da pericolo*, in Cendon (a cura di), *Persona e danno*, Milano, 2004, 3243 s.

meramente ipotetico, ancorché corroborato da riflessioni scientifiche, circa il pericolo di attentato a beni primari quali la salute.

Il diritto privato si è già da tempo occupato del rischio da ignoto tecnologico, ossia della valutazione e della scelta di chi debba sopportare i costi di eventi dannosi imprevedibili e dunque non evitabili al momento della predisposizione delle cautele richieste dai parametri della diligenza tecnica⁸, giungendo a soluzioni non sempre coerenti. Sul piano positivo, il rischio da ignoto tecnologico è stato per la prima volta oggetto di diretta previsione normativa per opera della disciplina sulla responsabilità del produttore, oggi traslata nel Codice del Consumo. In particolare l'art. 118 esclude espressamente la responsabilità del produttore nel caso in cui «*le conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui ...ha messo in circolazione il prodotto, non permettessero ancora di considerare il prodotto come difettoso*», là dove la definizione di prodotto pericoloso è asimmetrica a quella di prodotto sicuro,

⁸ È noto come il principio della diligenza del buon padre di famiglia subisce una serie indefinita di declinazioni in relazione all'ambiente professionale in cui si esplica l'attività. Il grado di diligenza richiesta al professionista o all'imprenditore si desume dal riferimento alle norme tecniche che regolamentano quella specifica attività. L'esigenza di tutela della salute richiama la nozione di prodotto sicuro, oggi accolta dal Codice del consumo ma già alla base di numerosi interventi nei più disparati settori produttivi. La generale vocazione europeista ad uniformare gli standards di sicurezza ha condotto all'emanazione di diversi atti normativi. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, al regolamento CE n.882/2004 in tema di sicurezza di mangimi e alimenti, alla direttiva CE 68/1993 recepita con d. l. 626/1996 sulla sicurezza del materiale elettrico, alla recente direttiva CE 2009/48/CE sulla sicurezza dei giocattoli. Accanto a questa penetrante attività normativa, diversi organismi privati si occupano di raccogliere le migliori prassi esistenti nei differenti settori produttivi e predispongono i c.d. manuali ai quali gli operatori aderiscono volontariamente, proprio al fine di conformare la loro attività al massimo grado di diligenza attendibile. A livello europeo vi sono, dunque, organismi direttamente deputati a emanare gli standards tecnici riferibili alle diverse attività produttive. Si tratta del CEN, del CENELEC, competente nel settore elettrotecnico e dell'ETSI, competente in materia di telecomunicazioni. In ambito interno, poi, v'è l'UNI, Organismo Nazionale Italiano di formazione, che partecipa in rappresentanza dell'Italia, all'attività normativa degli organismi sovranazionali di formazione degli standard tecnici. Sul ruolo di questi organismi e sulla distinzione fra legislazione di settore e norme tecniche v. U. Carnevali, *La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante: ricognizione storica e sistemazione teorica; ruolo dell'UNI e del CEI*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 257.. Per una dettagliata ricognizione delle disciplina del settore alimentare si rimanda a E. Al Mureden, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Contr. e Imp.*, 2011, 1495 s.. Sui profili attinenti ai prodotti farmaceutici, A. Querci, *Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?*, in *Danno e resp.*, 2012, 353 s.

ossia quello che «*in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e se del caso la messa in servizio.....non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone*». Il parametro di riferimento al fine di valutare, dunque, se un rischio possa considerarsi noto o non noto è dato dalle «*conoscenze scientifiche e tecniche*» di riferimento del particolare settore cui appartiene il prodotto dimostratosi, *ex post*, pericoloso.

In questa direzione si impone un primo ambito di riflessione, che attiene al bagaglio di conoscenze tecniche e scientifiche cui il produttore deve attingere al fine di verificare la sicurezza del prodotto e che dovranno fungere da parametro per la successiva valutazione del grado di diligenza adottato. Si tratta, peraltro, di un parametro mobile. Proprio perché non corroborato da certezze, il produttore sarà tenuto a vigilare anche successivamente all'immissione in commercio del prodotto, di guisa da poter eventualmente confermare la persistente sicurezza dello stesso alla luce delle nuove conoscenze scientifiche acquisite e poter intervenire in qualsiasi momento per adattare le misure precauzionali al sopravvenuto stato di conoscenze tecniche e scientifiche. Il rischio da sviluppo determina, così, una situazione di obiettiva incertezza per gli operatori del mercato, certamente sottoposti alla necessità di addossarsi tutti i costi necessari non solo all'immissione in commercio di un prodotto sicuro, ma anche al mantenimento di quegli standards alla luce dell'evoluzione della conoscenza di quel particolare settore.

La proliferazione di normative tecnico-regolamentari rappresenta, così, un tentativo di risposta all'esigenza di ancorare lo spazio delle scelte e delle iniziative d'impresa a elementi di certezza atti a consentire una valutazione preliminare dei costi-benefici, necessaria al fine della scelta di intraprendere l'attività economica. Ogni settore produttivo è oggi presidiato da un complesso sistema di regole amministrative volte a bilanciare la necessità di autorizzare una determinata attività perché vantaggiosa per la collettività e l'interesse collettivo alla minimizzazione degli eventuali rischi connessi. In questo contesto il problema dei presupposti e limiti della tutela cautelare inibitoria dovrebbe essere risolto nel senso che la valutazione dell'antigiuridicità della condotta rappresenterebbe la preconditione per l'ammissibilità della tutela. Dal momento, cioè, che le normative che si

occupano dei prodotti potenzialmente pericolosi per la salute umana hanno già al loro interno elaborato lo standard di rischio accettabile, il superamento di quei limiti porrebbe una presunzione di pericolosità, cui sarebbe possibile agire con lo strumento inibitorio. Ciò equivale ad affermare che l'antigiuridicità, espunta da elemento della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.⁹, costituirebbe invece elemento essenziale dell'inibitoria cautelare¹⁰.

Può però accadere che lo standard non sia veritiero o che manchi del tutto. In questo caso l'interprete è chiamato a verificare se si comunque possibile invocare la tutela inibitoria, eventualmente anche in fase cautelare, in caso di discrasia tra limite tecnico e accertamento scientifico circa la sua effettiva potenzialità lesiva e/o se vi sia spazio per la previsione di una legittimazione all'azione cautelare da parte del privato o di un gruppo di consociati in caso di assenza di standards tecnici di riferimento.

Converrà esaminare separatamente questi diversi ambiti di riflessione.

⁹ È noto come la dottrina italiana si sia per anni occupata del problema dell'antigiuridicità e della sua consistenza quale parametro di valutazione del comportamento *non iure*, ossia non conforme a quanto disposto dalla norma, piuttosto che quale criterio di accertamento del danno ingiusto. È noto, anche, come dall'originario appiattimento su una concezione ancora legata alla tradizione penalistica, solo a partire dagli anni '30 la dottrina comincia ad affrancarsi del tutto dai modelli tradizionali e avvia una riflessione il cui perno è rappresentato dalla vittima dell'illecito e dal danno subito piuttosto che dalla condotta dell'agente. In questa prospettiva nuova il problema della responsabilità civile diviene quello di contemperare due opposti interessi, in un binomio in cui tutto ciò che non è espressamente vietato è concesso almeno fino al limite in cui non si interferisce con la sfera giuridica altrui. È dunque compito delle regole sulla responsabilità individuare il limite oltre il quale il pregiudizio possa acquistare la consistenza del danno rilevante e dunque risarcibile. Per una compiuta ricostruzione dell'evoluzione teorica in tema di antigiuridicità e ingiustizia del danno cfr. F. Piraino, «Ingiustizia del danno» e antigiuridicità, in *Europa dir. priv.*, 2005, 703 ss.

¹⁰ Tale conclusione non è per nulla pacifica per quegli Autori che richiedono, comunque, la prova specifica dell'immanenza del pregiudizio grave e irreparabile per invocare il ricorso alla tutela cautelare. Valgono, nella specie, le riflessioni in ordine all'ammissibilità della tutela inibitoria atipica, il cui fondamento sarebbe per alcuni rintracciabile nell'art. 2043 c.c., per altri nell'art. 700 c.p.c.. Si ritiene, cioè, che se nel nostro ordinamento v'è una norma generale che prevede la risarcibilità del danno, a maggior ragione vi deve essere una tutela generale volta a prevenire quel danno. Così come, se v'è la possibilità di reagire in via immediata contro qualsiasi pericolo di danno grave e irreparabile, a maggior ragione deve essere ammessa una generale tutela inibitoria. Sul punto C. Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 97. Per una ricostruzione alla luce della teoria economica del diritto U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987. Cfr. anche M. R. Maugeri, *Violazione delle norme contro l'inquinamento e tutela inibitoria*, Catania, 1996, specie 298 s.

2.1.- Si è già detto come la scelta dei limiti o delle soglie di tollerabilità di una sostanza o di una attività abbia natura politico-amministrativa, dunque valutabile solo a monte con gli strumenti idonei a controllare la coerenza delle decisioni dell'apparato pubblico¹¹. Rappresenta, però, un approdo della riflessione civilistica l'idea per cui la lesione di beni primari, quali la salute, legittimi sempre il controllo giudiziario. La tutela del privato innanzi alla p.a. non può in alcun modo essere depotenziata¹². Quest'ormai risalente traguardo ha prodotto due risultati differenti nell'ambito della ricostruzione dei rapporti tra attività provvedimentale della pubblica amministrazione e regole privatistiche di responsabilità. Da una parte, l'idea che le norme pubblicistiche operano in linea verticale e non orizzontale, nel senso che

¹¹ Si tratta del tema spinoso del controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della p.a. Sul punto si v. C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Per un'analisi delle pronunce giurisprudenziali cfr. L. Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro. amm.*, 2000, 424 s.

¹² Rappresenta un precedente di indubbio interesse Cass. s.u. 9.3.1979, n.1463 in *Foro it.*, 1979, I, c. 2909, ove si è affermata la legittimazione ad agire del privato al fine di verificare il possibile pregiudizio alla salute possibilmente derivante dalla realizzazione di una centrale nucleare debitamente autorizzata. Si è così affermato che oltre alla titolarità di interessi cosiddetti diffusi, da parte di collettività unitariamente considerate, sussiste la titolarità di interessi individuali, da parte dei singoli coinvolti dal procedimento stesso «che hanno natura e consistenza di veri e propri diritti soggettivi, quando riguardino la tutela del bene della salute, non disponibile e non degradabile per l'intervento dell'amministrazione, ovvero la tutela di disponibilità esclusive di determinati beni, i quali traggono dall'ambiente il loro pregio e la loro potenzialità economica, e, quindi, potrebbero venire sostanzialmente perduti per effetto delle scelte concretamente adottate per detta ubicazione. Da tanto consegue che la domanda proposta dai proprietari ed usufruttuari di tenute agricole, poste nella zona interessata da quel procedimento, la quale sia diretta a conseguire un accertamento tecnico preventivo sulle condizioni ambientali della zona medesima, al limitato fine di assicurare la prova del danno che potrà loro derivare dall'insediamento di centrale nucleare, e, pertanto, senza alcuna interferenza sull'«iter» procedimentale dell'attività dell'amministrazione, non è sottratta alla giurisdizione del giudice ordinario, salva restando ogni questione di merito sull'esistenza di un pregiudizio effettivo ed attuale». Sussisterebbe dunque una sorta di potere generalizzato del giudice ordinario di sindacare la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, precluso, come si è detto, al giudice amministrativo, di guisa che a fronte dell'azione del privato diretta alla tutela preventiva di un bene primario quale la salute il giudice ordinario potrebbe procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo. Così G. Manfredi, *L'irresistibile diritto alla salute e la tutela dall'inquinamento elettromagnetico*, in *Urb. e app.*, 2001, 164 s. Sul potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile v. G. M. Berruti, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio civile*, Milano, 1991 e P. Tanda, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999.

sono funzionali alla valutazione da parte dell'amministrazione della conformità della proposta attività e, in caso di accertamento positivo, obbligano all'emissione dell'eventuale provvedimento autorizzatorio, ma non per questo rendono di per sé lecita la condotta nel contesto dei rapporti privatistici.

D'altro canto, sul versante delle regole di responsabilità, questa ricostruzione in termini di efficacia verticale è coerente alla centralità assunta dal sintagma dell'ingiustizia del danno quale presupposto per la possibile invocabilità della tutela risarcitoria che opera a prescindere dalla verifica del comportamento antigiuridico.

Proprio nel contesto dell'attività d'impresa, però, presidiato, sul fronte della responsabilità, da regole stringenti che tenderebbero ad epurare la valutazione della colpevolezza, assestandosi, dunque, su parametri oggettivistici, si registra un'esigenza di recupero di «antigiuridicità», ossia la necessità di ancorare la condotta a regole dettagliate che faciliterebbero il giudizio presuntivo in ordine all'assenza di rischio. In sostanza, la responsabilità d'impresa sembrerebbe oggi rappresentare un vero e proprio sottosistema della responsabilità civile, caratterizzato dalla riscoperta della precondizione dell'antigiuridicità quale criterio di valutazione dell'ingiustizia del danno. In questo contesto bisogna allora verificare che tutela abbia il privato qualora riesca a provare che, in realtà, il rispetto del limite tecnico non esclude il pericolo di danno¹³, proprio perché non v'è aderenza, o non v'è più, fra standard normativo e sicurezza.

Il parametro normativo di riferimento più idoneo a consentire un tentativo di ricostruzione è l'art. 844 c.c. che, com'è noto, offre un'*actio finium regundorum* per definire le modalità di esercizio dei diritti di proprietà confinanti e per questo possibilmente antagonisti¹⁴. L'assolutezza delle

¹³ Nel contesto del post-capitalismo, ove le regole sono sempre più il frutto di imposizioni legate alle logiche delle grandi multinazionali e della grosse potenze economiche e ove il sistema democratico inteso come garanzia di partecipazione degli individui alle scelte dei governi è in crisi, il dubbio che la scelta delle regole tecniche sia condizionata da valutazioni di mercato piuttosto che informata in maniera obiettiva all'esigenza di tutela delle persone e dell'ambiente è tutt'altro che infondato. Ciò sollecita una riflessione in ordine all'ampiezza delle azioni collettive e alla loro possibilità di incidenza sui processi decisionali. Cfr. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2009.

¹⁴ La letteratura sull'art. 844 c.c. e sulla sua capacità espansiva idonea a ricomprendere

facoltà insite nel diritto dominicale trova infatti un limite solo nell'esigenza di preservare l'altrui pari diritto, di guisa che i proprietari di fondi finitimi devono rispettivamente tollerare le eventuali esternalità negative derivanti dall'esercizio del diritto almeno fino a che queste siano «*tollerabili*». Il giudizio di tollerabilità, peraltro, non è compiuto aprioristicamente, ma effettuato caso per caso dal giudice in considerazione delle caratteristiche delle fattispecie concrete al suo esame. L'art. 844 c.c. delinea così una cornice di riferimento generale, una sorta di legge di copertura atta alla verifica finale di quella che potrebbe essere definita «*efficienza salutista*» delle regole speciali dettate in ogni singolo settore produttivo. La legislazione speciale offre, infatti, un panorama estremamente vario rivolto alla disciplina delle più disparate attività produttive e commerciali, non sempre orientato da criteri uniformi o ispirato da medesimi principi.

2.2 - Il rifiuto dell'equazione «*rispetto della soglia = presunzione di non dannosità*» è stato apertamente manifestato, in sede giurisprudenziale, in occasione di alcune pronunce in tema di esposizione a campi elettromagnetici a bassa frequenza. Si tratta del cospicuo contenzioso che è stato generato dall'opposizione dei privati all'esercizio delle centrali elettromagnetiche o comunque alle emissioni elettromagnetiche scaturenti da dispositivi quali antenne o pali della luce. La materia è, in Italia, disciplinata dalla legge 22.2.2001, n.36 che ha individuato alcune soglie di esposizione, vietando quelle che superano determinati livelli. Si tratta di una legge apertamente ispirata al principio di precauzione. È però piuttosto condiviso dalla comunità scientifica che anche l'esposizione ad immissioni inferiori alla soglia limite può provocare danni alla salute, percepibili solo a lungo termine. Vi sono studi, ad esempio, che riconducono a questo tipo di esposizioni l'incremento della diffusione delle leucemie infantili¹⁵.

istanze personali oltre che prettamente reali è immensa. Senza pretesa di esaustività si rinvia a U. Mattei, *Immissioni*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino, 1993, IX, 102 s.; S. Pugliatti, *Della proprietà fondiaria*, in D'amelio (a cura di) *Commentario del codice civile*, Firenze, 1942. V. anche G. Visintini, *Il divieto delle immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 263 s. e R. Pardolesi, *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 c.c. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto tra usi incompatibili delle proprietà vicine*, in *Foro it.*, 1977, I, cc. 1144 s. Più recentemente C. Restivo, *La disciplina delle immissioni*, in Conti (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori: beni, limiti, tutela*, Milano, 541 s.

¹⁵ Cfr. Tr. Como, 23-11-2005, in *Giur. it.*, 2007, 884 s., con nota di P. Porreca, *Causalità*

Così i giudici italiani sono stati chiamati a valutare se il privato che lamenta i probabili rischi per la sua salute cagionati dalle esposizioni a campi elettrici e/o elettromagnetici rientranti entro le soglie normativamente consentite abbia diritto ad una tutela inibitoria e/o risarcitoria. Tranne qualche episodica pronuncia, in generale in questi casi si tende a negare il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, proprio sul presupposto che il danno va provato e che allo stato non sarebbe attuale¹⁶. Non v'è però alcuna reticenza ad accordare la tutela inibitoria o a condannare l'azienda convenuta ad un *facere*, consistente, ad esempio, nell'interramento delle linee elettriche o in un loro diverso posizionamento¹⁷. Ciò in forza dell'assunto ormai ampiamente condiviso,

generale, causalità individuale, precauzione e prevenzione nella responsabilità civile: il caso delle onde elettromagnetiche.

¹⁶ Per la verità il ragionamento che conduce i giudici ad escludere il rimedio risarcitorio non è pienamente condivisibile là dove si sostiene che la risarcibilità del danno che si assume essere stato causato dalle immissioni non può prescindere dall'accertamento dell'illiceità della condotta che non sussisterebbe «*qualora le immissioni si siano mantenute nei limiti fissati dalla normativa vigente*». Così Cass. 23-1-2007, n.1391 in *Foro it.*, 2007, cc.2124. A ben vedere, infatti, in questi casi la domanda risarcitoria sarebbe da escludere proprio per l'assenza di prova circa il danno subito e non tanto per l'assenza di illiceità di una condotta rispettosa degli standard legali. In definitiva l'analisi giurisprudenziale mostra in maniera evidente l'incertezza che domina, in generale, l'istituto della responsabilità d'impresa, costantemente sollecitato da un lato dall'esigenza di una tutela massimale della salute individuale e dall'altro dalla necessità di prevedere gli eventuali costi da poter imputare all'impresa senza svilirne la sua potenzialità di crescita strumentale allo sviluppo economico generale. Proprio questa ambivalenza legittima la ricostruzione del sistema della responsabilità d'impresa quale sottosistema della responsabilità civile, dominato da regole più sbilanciate verso il polo dell'antigiuridicità della condotta piuttosto che verso quello dell'ingiustizia del danno.

¹⁷ Cfr. Tr. Foggia ord. 27-2- 2007, in *Foro it.* 2007, c. 2124 con nota di F. Mattasoglio, *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali*. Cfr. anche TAR Veneto 13-2- 2001 n.236, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1262 s., relativo ad un ordine di trasferimento di una scuola in un luogo diverso rispetto a quello approvato dalla p.a., perché considerato troppo vicino ad una centrale elettrica, benché le emissioni accertate fossero inferiori alla soglia limite e Tr. Palermo, 12-11-2008 in www.dejure.giuffre.it ove si è inibito il posizionamento delle antenne radio poste sopra i tetti della prefettura, nonostante fosse stato provato il rispetto dei limiti legali, sul presupposto che l'apparecchio era comunque idoneo a superare quei limiti e dunque era necessario preservare la salute degli abitanti il condominio prospiciente. Sul tema v. M. A. Mazzola, *Tutela preventiva da attività rischiose. Immissioni elettromagnetiche da elettrodi tra principio di precauzione e tutela della salute, parametri normativi e giurisprudenziali, nesso di causalità certo e probabile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1090 s.; cfr. anche I. Carmassi, *Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione*, in *Danno e resp.*,

della priorità accordata al diritto alla salute individuale la cui tutela non può subire un dimezzamento a causa di una valutazione di stampo pubblicistico¹⁸. Così sono state considerate *«prive di efficacia le determinazioni contenute nei provvedimenti della p.a. per la parte in cui possono risultare lesive della conservazione dello stato di salute, anche quando i provvedimenti adottati costituiscano in sé manifestazione di un potere ad altri fini previsto dalla legge»*¹⁹. Viene infatti riconosciuto il diritto del privato *«a non subire l'esposizione al pericolo»*²⁰, attuato attraverso l'inibizione alla messa in esercizio dell'elettrodo. Inoltre è lo stesso giudice a chiarire che la natura secondaria delle norme regolamentari, quali quelle che fissano i limiti di esposizione alle emissioni, *«ritraggono il fondamento della loro legittimità dall'essere adeguate allo stato delle conoscenze circa i possibili effetti negativi dei fenomeni presi in considerazione ed è la stessa legge primaria a prevedere che debbano essere oggetto di periodica revisione»*.

Ma se lo standard fissato dalle norme pubblicistiche non può tradursi in un giudizio di tollerabilità allora vuol dire non solo che il suo rispetto non può escludere, a monte, la tutela della pretesa privata antagonista, ma anche che tale tutela non può derivare automaticamente dal suo mancato rispetto. Con indubbie conseguenze sul piano della certezza del diritto.

L'attenta analisi delle pronunce sollecita una riflessione di carattere generale circa la vocazione del giudice a sostituirsi in ambiti lasciati scoperti dalla legge. In questo senso non sempre appare legittima l'operazione suppletiva operata dal giudice ordinario in contesti prettamente tecnici. Non sembra condivisibile, infatti, l'affermazione circa la generale sussistenza di un potere di sindacato del giudice ordinario a fronte di un provvedimento della p.a., dal momento che l'ampiezza di un tale potere deve essere valutata prudentemente in relazione ai diversi tipi di provvedimento. V'è cioè una netta differenza fra provvedimenti autorizzativi che rispondono a finalità prettamente ed esclusivamente pubblicistiche e provvedimenti che invece sono già ontologicamente preordinati alla gestione del conflitto che può

2008, 725 s.

¹⁸ Ciò è stato ampiamente affermato in molteplici sentenze e in particolare a partire dalla famosa sentenza della Corte Costituzionale n.184 del 1986. Sulla ricostruzione teorica del diritto alla salute, per tutti C. Castronovo, *Dal danno alla salute al danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1996, 245 s.

¹⁹ Così Cass. 27-7-2000, n.9893 in *Urb. e app.*, 2001, 162, che richiama Cass. s.u. 6-10-1979, n.5172.

²⁰ *Cfr.* Cass. 27-7-2000, n.9893, richiamata nella nota precedente.

scaturire fra l'iniziativa economica privata e la salute. Le normative antinquinamento, ad esempio, sono tutte ispirate alla ricerca di questo punto d'incontro fra due interessi di natura costituzionale, con la conseguenza che non è così pacifico il riconoscimento di un generale potere d'intervento disapplicativo del giudice civile a fronte di provvedimenti legittimi perché rispettosi di parametri che esprimono un'operazione di bilanciamento fatta a monte dal legislatore.

Non sembra cioè che a fronte di provvedimenti attuativi di leggi e regolamenti già ispirati alla tutela dell'ambiente e della salute possano valere le stesse osservazioni compiute in relazione alla ritenuta immunità assoluta del diritto alla salute rispetto alle esternalità del provvedimento amministrativo. Invero, non tutte le discipline volte a regolare le attività produttive valutano, a monte, come preservare la salute e l'ambiente. In questi casi non pare potersi dubitare circa la legittimazione del privato a rivolgersi al giudice ordinario a tutela della salute individuale. Quando, invece, quella valutazione è fatta proprio dal legislatore, la pretesa di controllo da parte dell'autorità ordinaria si presta a sconfinare in un'inammissibile eccesso di potere²¹.

Anche in questi casi il controllo suppletivo del giudice ordinario è da

²¹ Si pensi, ad esempio, alla l. 2-8-1975, n. 393 recante *Norme sulla localizzazione delle centrali elettronucleari e sulla produzione e sull'impiego di energia elettrica*, oggi in larga misura abrogata, che in nessuna parte si occupava dell'eventuale impatto sulla salute e sull'ambiente, ad esempio individuando gli organi competenti a valutare i possibili riflessi dell'attività oggetto di disciplina. A fronte, dunque, di tale silenzio appare assolutamente giustificabile e coerente l'intervento suppletivo del giudice civile chiamato a valutare in concreto la fondatezza della pretesa del privato interessato alla tutela della sua integrità psico-fisica. Intervento che ha infatti condotto alle sopra richiamate pronunce del 1979. Ben diverso è il contesto normativo di riferimento offerto dalla l. 22-2-2001 n.36, emanata proprio al fine di garantire l'individuazione dei livelli di compatibilità per la tutela della salute umana, delle attività comportanti emissioni di onde elettromagnetiche. Ciò non soltanto perché la legge e i decreti di attuazione hanno espressamente individuato dei criteri attenendosi a quelli maggiormente condivisi dalla comunità scientifica, ma soprattutto perché l'art. 7 del d.p.c.m. 8-7-2003 n. 11723, sulla fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione della popolazione dalle esposizioni ai campi elettrici e magnetici alla frequenza di rete (50 Hz) generati dagli elettrodotti, demanda al Comitato interministeriale di cui all'art. 6 della legge quadro n. 36/2001 il compito di procedere ogni tre anni dalla data di entrata in vigore del decreto «*all'aggiornamento dello stato delle conoscenze, conseguenti alle ricerche scientifiche prodotte a livello nazionale ed internazionale, in materia dei possibili rischi sulla salute originati dai campi elettromagnetici*».

ritenersi legittimo se possa imputarsi agli organi amministrativi la violazione di una norma concernente la valutazione della persistente efficacia del limite normativo fissato. Così, sempre per tornare all'esempio del contenzioso originato dalla legge 36/2001, il mancato aggiornamento dei limiti e dunque l'accertamento della violazione del procedimento prospettato a garanzia dell'effettiva applicazione del principio di precauzione, giustifica il dubbio in ordine al superamento della presunzione di sicurezza consegnato a quello standard, che, per questo, non potrà considerarsi veritiero.

In sostanza si ritiene che vi siano degli spazi di permanente efficacia dell'equazione «rispetto dello standard = presunzione di non pericolosità». Vi è, infatti, una profonda differenza fra le norme pubblicistiche poste a presidio della proprietà privata e della sua funzione sociale rispetto a quelle informate alla tutela della salute e dell'ambiente. Se per le prime è assolutamente condivisibile la valutazione di efficacia in termini verticali e non anche orizzontali, non è vero per le seconde. Se dunque una determinata attività potenzialmente pericolosa è previamente vincolata al rispetto di norme che attuano il principio di precauzione, il giudice potrà disapplicare la predetta equazione solo quando accerti, *incidenter tantum*, una violazione dell'ordito procedimentale che assicura l'effettività della misura precauzionale. La violazione di quella norma procedimentale potrebbe allora condurre alla verifica, nel caso concreto, dell'avvenuto superamento del limite della normale tollerabilità, con le conseguenze sul piano inibitorio e, nel caso, sul fronte indennitario e/o risarcitorio. Ma se la norma procedimentale non è stata violata, l'equazione sopra proposta deve ritenersi del tutto operante.

2.3 - V'è uno spazio in cui si ritiene che il principio di precauzione possa, almeno in linea teorica, assolvere ad una funzione diretta nell'ambito dei rapporti privatistici. L'ipotesi riguarda il possibile adattamento delle regole di accertamento del nesso di causalità reso necessario dall'esigenza di preservare, in chiave preventiva, il bene primario della salute. Si tratta cioè di verificare se sia ammissibile accogliere sul terreno dell'azione inibitoria la c.d. «causalità debole»²², come criterio volto ad ammettere l'anticipazione

²² Di causalità debole quale criterio da rifiutare in sede penale parla la famosa sentenza «Franzese» n. 30328 resa dalle S.U. il 10-7-2002. In quell'occasione la Suprema Corte ha accolto il criterio «dell'elevato grado di credenza razionale» quale regola di accertamento del nesso

della tutela cautelare. L'ambito di riferimento è, in questo caso, quello in cui la situazione di possibile rischio non è espressamente contemplata da nessuna previsione normativa.

Sembra, in realtà, un'ipotesi di scuola, poiché, come si è detto, tutte le attività avvertite come rischiose sono oggetto di apposita disciplina²³. Peraltro, nella maggior parte dei casi, il rischio è percepito come tale solo nel momento in cui si registrano delle sintomatologie, ossia solo nel momento in cui il pericolo di danno diviene attuale. Ma è già l'esperienza pregressa relativa alla diffusione dei c.d. «nuovi danni» a poter giustificare l'anticipazione della tutela. La acquisita conoscenza circa le nuove modalità di estrinsecazione del pregiudizio cagionato dalla somministrazione di quelle che sono state definite «razioni permanenti di avvelenamento collettivo standardizzato»²⁴, funge anch'esso da esperienza cui l'interprete può fare direttamente riferimento nell'operazione di adattamento dei criteri

di causalità nel reato omissivo improprio in sede penale. È noto anche come, a partire da questa pronuncia, la giurisprudenza civile si sia fortemente impegnata nella ricostruzione di criteri di accertamento del nesso causale autonomi rispetto a quelli consolidati in sede penale. Il presupposto di fondo di ogni ragionamento sulla causalità è la constatazione circa la necessaria accettazione di criteri probabilistici che possono soltanto tendere verso la certezza in maniera più o meno intensa. Così, in sede penale, il criterio prescelto compendia la c.d. probabilità statistica con quella logica. Il giudice, cioè, non può dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria, ma deve verificarne la validità nel caso concreto «sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza probatoria disponibile». In sede penale è così rifiutato il criterio della causalità debole, fondato sulla teoria dell'aumento del rischio, ossia dell'idea che l'evento dannoso potrebbe ritenersi collegato all'omissione anche se questa comporta solo l'aumento del rischio della sua produzione. Un espresso richiamo al predetto criterio è invece operato, in sede civile, da Cass. 4-3-2004, n.4400 con riferimento alla c.d. «perdita di chance» intesa quale sacrificio della semplice possibilità di conseguire un determinato risultato, cagionato dall'omessa condotta attesa. Per un commento si rinvia a M. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Franzese: vecchi e nuovi confini tra causalità civile e causalità penale alla luce della sentenza Cass. civ., 4 marzo 2004, n.4400 sul danno da perdita di chance*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005, 120 s. Il tema della causalità civile è poi affrontato da Cass. 16-10-2007, n.21619 in *Corr. giur.*, 2008, 35 s. con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due «dimensioni di analisi»*. In generale sul tema della causalità giuridica si rinvia a M. Capocchi, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005 e R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007.

²³ Il rischio considerato significativo da una parte rilevante dei consociati costringe infatti il legislatore ad intervenire.

²⁴ Così U. Beck, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Roma, 2000, 85.

consolidati specie in ordine alla scelta delle regole di accertamento del nesso di causalità.

È noto, infatti, come nel sistema della responsabilità civile la causalità gioca un peso particolarmente rilevante nell'operazione di allocazione dei costi. La scelta di criteri di accertamento meno rigidi, sostanzialmente fondati sulla regola del «più probabile che non», risponde alla necessità di riparare piuttosto che sanzionare. È altresì noto come nel contesto civilistico il legislatore non abbia effettuato alcuna opzione di fondo in tema di causalità, con la conseguenza che il criterio da adottare è rimesso alla discrezionalità del giudice che dunque diventa l'ago della bilancia di un'operazione che sottende una precisa scelta di politica del diritto²⁵. Proprio per questo, l'accertamento del nesso eziologico è rimesso a criteri che si dipanano lungo un duplice binario che distingue la «causalità civile ordinaria» dalla «causalità da perdita di chance». La prima retta dalle regole probabilistiche; la seconda orientata da criteri meramente possibilistici legati alla valutazione dell'aumento del rischio. Sul versante dell'accertamento della responsabilità, dunque, v'è ormai pieno spazio per criteri di rilevazione del nesso eziologico fondati sulla mera possibilità di aumento del rischio di verificazione dell'evento pregiudizievole.

L'ipotesi che si prospetta è quella di trasferire il criterio di accertamento accreditato in tema di perdita di chance in sede inibitoria. La difficoltà qui è data dalla circostanza che ancora il danno non c'è, non è, cioè, un'entità esteriormente percepibile, a differenza di ciò che avviene in sede risarcitoria. Ma a ben vedere, se l'aumento della possibilità del rischio di pregiudizio connesso ad una determinata condotta può legittimare una pretesa risarcitoria, allo stesso modo, l'aumento del rischio che da una condotta si possa determinare un danno potrebbe fondare una richiesta inibitoria, almeno a determinate condizioni, ossia nel momento in cui il rischio diviene «socialmente» rilevante.

Così, se il pericolo di danno non è isolato, poiché è avvertito e lamentato da una classe di consociati, portatrice di un interesse collettivo e/o diffuso, l'accertamento, in sede scientifica, del possibile rischio conseguente da una determinata attività potrebbe autorizzare l'anticipazione dell'ammissibilità della tutela cautelare. In sostanza, in assenza di uno standard normativo di rischio accettabile, sarebbe comunque da ritenersi ammissibile il ricorso alla

²⁵ Cfr. Boni, *op. ult. cit.*, 50.

tutela inibitoria cautelare di tipo collettivo a tutela della salute. La pluralità di soggetti che si reputano lesi da un pericolo potenziale renderebbe infatti rilevante il rischio e consentirebbe il ricorso alle regole della causalità debole, ossia la declinazione degli ordinari criteri di accertamento del nesso di causalità, sostanzialmente fondati su regole di tipo statistico e l'accettazione di valutazioni anche solo probabilistiche.

2.4- La violazione delle regole procedurali da parte degli organi pubblici e delle autorità che tale competenza rivestono in forza di un'espressa previsione normativa solleva l'interrogativo circa la possibile configurabilità di un rimedio di tipo indennitario e/o risarcitorio esperibile da parte dell'esercente l'attività prima autorizzata e poi ritenuta pericolosa e dunque inibita. È infatti certamente rilevante e degna di protezione la posizione dell'impresa che ha avviato un'attività conforme alle regole tecniche, e in quanto tale *ex ante* autorizzata, ma che rischia di divenire destinataria di provvedimenti inibitori o reintegratori nel caso in cui, sul presupposto dello «standard menzognero», il giudice ordinario intervenga per inibire o assoggettare a determinate prescrizioni il suo esercizio²⁶.

Se, infatti, un'impresa ha ottenuto un'autorizzazione fondata su una valutazione di coerenza delle norme tecniche è evidente che si pone l'esigenza di verificare la fondatezza dell'eventuale sua richiesta risarcitoria là dove, successivamente, si sia reso necessario imporre l'adozione di misure volte a contemperare interessi contrapposti. Naturalmente il contesto di riferimento è sempre quello in cui il danno non si è ancora verificato e l'imposizione di misure aggiuntive o l'ordine inibitorio è giustificato in un'ottica esclusivamente precauzionale²⁷.

Si ritiene che là dove l'intervento del giudice ordinario sia legittimato dall'accertata violazione da parte dell'organo pubblico a ciò deputato, delle

²⁶ È pacifico che la tutela inibitoria si possa tradurre sia nell'ordine di cessazione dell'attività ritenuta pregiudizievole, sia nella condanna ad un *facere*, che può, ad esempio, comportare l'adozione di particolari misure volte a determinare nel caso concreto le regole che devono presiedere le attività di vicinato. In generale sul contenuto della tutela inibitoria v. M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, 1989, Napoli, 315 s. Cfr. anche A. Bellelli (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati*, Napoli, 2007.

²⁷ Se, infatti, il ricorrente riesce a provare il danno la domanda non sarà solo inibitoria ma anche risarcitoria e soggiacerà ai normali criteri di accertamento.

procedure volte a garantire l'attuazione del principio di precauzione e dunque il maggior costo imposto sia da ricondurre eziologicamente al vizio di procedura, sia proprio l'autorità di vigilanza a dover indennizzare l'impresa.

3.- La precauzione attiene ad una fase che precede il danno inteso quale conseguenza di un illecito ormai compiuto. Per questa ragione l'interferenza con le regole della responsabilità civile dovrebbe essere piuttosto marginale, poiché la conformità alle norme tecniche ispirate alla precauzione dovrebbe rappresentare una misura sufficiente a evitare l'evento pregiudizievole. In sostanza si ripropone, in un'ottica anticipata, l'osservazione di quegli studiosi che hanno sostenuto una lettura dell'art. 2050 c.c. in chiave oggettiva, nel senso che la produzione del danno che si sarebbe dovuto evitare rappresenta la prova che non sono state assunte tutte le misure necessarie²⁸. Sotto questo profilo si impone, però, un interrogativo, che attiene alla riconducibilità delle attività regolate a monte da regole precauzionali al territorio applicativo dell'art. 2050 c.c.. Le opzioni interpretative sono duplici. Secondo una prima prospettiva, si potrebbe ritenere che la regola tecnica, ossia la presenza di normative volte a bilanciare e disciplinare il rischio consentito, abbia, come effetto, quello di espungere la materia regolata dall'ambito di applicazione dell'art. 2050 c.c.. Se a monte v'è, cioè, una specifica disciplina del rischio, l'attività non sarebbe più da considerarsi pericolosa sempreché esercitata nel rispetto dello standard tecnico. Ne conseguirebbe l'applicazione, in questo caso, dell'art. 2043 c.c. con tutte le conseguenze sotto il profilo dell'onere della prova che, a questo punto, graverebbe sul danneggiato. Una simile opzione avrebbe come conseguenza, però, l'indubbia restrizione dell'ambito di applicazione dell'art. 2050 c.c. stante che praticamente tutte le attività che comportano pericoli sono

²⁸ In questo senso P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 277 osserva come «nell'esercizio di ogni attività pericolosa è pensabile l'adozione di misure supplementari di sicurezza oltre a quelle di cui è ragionevolmente richiesta l'adozione. I controlli possono venire resi sempre più minuziosi e più frequenti; i dispositivi di sicurezza possono venire moltiplicati e altri nuovi e complicati possono venire adottati. Ma vi è un limite ragionevole a tutto ciò: là dove il rischio residuo è sufficientemente scarso, tenuto conto – in base ad un giudizio di carattere tipico – dell'utilità sociale dell'attività alla quale esso inerisce e l'adozione di ulteriori misure di sicurezza sarebbe eccessivamente costosa e paralizzerebbe l'attività. Oltre questo limite vi sono ancora possibili misure idonee a ridurre il rischio, ma non vi è colpa nella loro mancata adozione. Se la responsabilità viene tuttavia sancita, essa non è fondata sulla colpa».

oggetto di apposita disciplina.

Sembra dunque preferibile l'opzione interpretativa diametralmente opposta, a patto, però, di adattarne le conseguenze sul piano di una ricostruzione dell'art. 2050 c.c. sostanzialmente differente da quella attualmente e uniformemente abbracciata dalla giurisprudenza.

Quando un'attività è *socialmente* pericolosa, perché il rischio, normalmente connesso a tutte le attività umane, supera una certa soglia avvertita dalla collettività come meritevole di attenzione, è obbligo del legislatore intervenire al fine di definire le modalità del suo esercizio. Ciò significherebbe che un'attività ricadrà nell'ambito di applicazione di cui all'art. 2050 c.c. solo se a monte siano disciplinate, in maniera specifica e dettagliata, le regole di condotta che devono informarla, pensate proprio al fine del contenimento del rischio²⁹.

Da ciò dovrebbe però derivare l'inquadramento dell'art. 2050 c.c. nell'alveo della responsabilità per colpa, dal momento che il presupposto di applicazione della norma dovrebbe rintracciarsi nella violazione di una regola di condotta o della diligenza che potrebbe ragionevolmente attendersi³⁰. Così, anche nel caso di rischio da ignoto tecnologico, questo

²⁹ Ciò spiegherebbe anche la ragione per cui, oggi, tutte le attività d'impresa sono oggetto di articolate discipline e regole tecniche finalizzate ad evitare il danno. Si potrebbe concludere che l'art. 2050 c.c. propone un modello generale di responsabilità d'impresa, necessariamente completato dalle specifiche discipline di settore.

³⁰ La ricerca del criterio di imputazione cui soggiace la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose è un tema classico che da sempre impegna dottrina e giurisprudenza. Non è possibile in questa sede dare contezza dell'evoluzione interpretativa che ha interessato la norma, sostanzialmente divisa fra i fautori di una responsabilità oggettiva, quelli di una responsabilità pur sempre riconducibile al principio di colpevolezza e gli Autori che sostengono una tesi intermedia. Si vedano, ad esempio, A. Gentile, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ.*, 1950, 97 s., P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità civile, op. cit.*, ma anche M. Comporti, *Esposizione a pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965 e C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 45 e s. È altresì noto di come nella prassi la prova circa l'adozione di misure idonee ad evitare il danno si traduca in una vera e propria *probatio diabolica*. L'esenzione di responsabilità è, così, ammessa solo nel caso in cui l'esercente riesca a provare l'evento sopravvenuto che ha avuto efficacia interruttiva dell'originaria progressione causale. Tant'è che, anche in assenza dell'adozione delle cautele prescritte, l'obbligo risarcitorio non può sorgere se l'evento sopravvenuto è comunque idoneo a recidere il nesso di causalità. Esemplificativa in tal senso è Cass. 4-5-2004, n.8457 in www.dejure.giuffre.it che ha negato la responsabilità dell'Enel, ancorché non avesse adeguatamente osservato le misure di sicurezza prescritte per la costruzione di un palo di alta tensione, in una fattispecie in cui un ragazzino aveva subito una forte scarica elettrica essendosi pericolosamente arrampicato ad

potrà essere imputato all'impresa solo se la condotta che ha cagionato il danno non era conforme agli standards tecnici e di diligenza richiesti dallo stato delle conoscenze in quel preciso momento storico. Circostanza, questa, che conduce, *ex post*, alla possibile valutazione della responsabilità degli organi di controllo e dello Stato per omessa vigilanza circa l'adozione di tutte le precauzioni necessarie a verificare la conformità dello standard tecnico e la sua idoneità a contenere il rischio nei limiti accettabili³¹.

Non v'è dubbio, infatti, che una volta che il danno si produrrà il problema posto dai c.d. «nuovi rischi» atterrà soprattutto alla scelta del criterio di imputazione prescelto e delle possibili esimenti invocabili al fine di giungere all'individuazione del soggetto che dovrà sopportarne i costi. Rispetto alle regole tradizionali, la cui morfologia è stata già fortemente plasmata, sul piano applicativo, dagli interventi interpretativi chiamati ad adattare la regola alle esigenze poste dal diritto vivente, giungendo ad un approdo tendenzialmente condiviso circa la valutazione del rischio quale costo che l'impresa deve *ex ante* prevedere³², i «nuovi rischi» ripropongono il problema di chi debba sopportare l'eventuale attuazione di un danno non facilmente identificabile, considerando, peraltro, la complessità e la novità della sua morfologia: un pregiudizio, cioè, che si caratterizza per la sua lungolatenza, ossia per la sua manifestazione esteriore nel lunghissimo termine e per la rilevanza che dunque possono assumere eventuali concause

un'altezza di circa quattro metri dal suolo. La Suprema Corte ha infatti ritenuto che il comportamento «*sconsiderato e acrobatico*» del ragazzo dimostrava che questi «*avendo il deliberato proposito di scalare il palo, avrebbe superato anche eventuali altre cautele predisposte dall'ente*». In questa prospettiva, dunque, la norma sancirebbe non una presunzione di colpa, ma di responsabilità.

³¹ L'ipotesi di una responsabilità degli organi di vigilanza per omesso controllo va sempre più affermandosi, specie in settori come il mercato finanziario e in ambito sanitario. *Cfr.*, ad esempio, Cass.23-3-2011, n.6681 in *Corr. giur.* 2011, 1278 s. che ha riconosciuto la responsabilità della Consob in caso di danno degli investitori e Cass. s. u. 11-1-2008, n.581 in *Guida dir.*, 2008, 6, 20 s., che ha condannato il Ministero della Sanità per i pregiudizi subiti da utenti del SSN a causa di emotrasfusioni infette. Sul tema v. A. Di Majo, *Controversie meramente risarcitorie nei riguardi della pubblica amministrazione e danno da mancata protezione*, in *Corr. giur.*, 2003, 737 s. e U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Milano, 2004, 380 s.

³² P. Trimarchi, *op. cit.*, 31 chiarisce l'efficienza della regola dell'imposizione del costo del rischio all'imprenditore, che può distribuirlo attraverso l'aumento del prezzo di beni e servizi «*con sacrificio irrilevante per i singoli membri di esso, mentre alle malcapitate vittime degli incidenti industriali viene assicurato il risarcimento di danni che per esse sarebbero sovente intollerabili e tali da implicare gravi conseguenze*».

nella sua produzione³³. Da questo punto di vista emblematica è stata l'esperienza del danno da contagio ematico, ossia un danno che, appunto, si è manifestato a distanza di tempo dalla consumazione della condotta illecita e che, per evidenti necessità di *compensation*, ha costretto l'interprete ad allargare le maglie dell'imputazione per colpa per giungere ad affermare la responsabilità del Ministero della Salute per omessa vigilanza, ancorché ci si trovasse, all'epoca del fatto generatore, di fronte a un rischio «oggettivamente» imprevedibile per non essere ancora stato individuato, al momento del contagio, né il virus, né i metodi di rilevazione dello stesso.

Il ragionamento che ha proposto la Suprema Corte prende l'avvio dalla constatazione che non soltanto ancor prima dell'entrata in vigore della l. 107 del 1990³⁴, contenente una dettagliata disciplina delle attività trasfusionali e della produzione di emoderivati, la legge n. 592 del 1967³⁵, prima, e, poi, la legge n.833 del 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale attribuivano al Ministero i compiti di vigilanza connessi all'attività di emotrasfusione, ma che «*all'epoca di produzione del preparato*» vi era «*la conoscenza oggettiva, ai più alti livelli scientifici, della possibile veicolazione di virus attraverso sangue infetto*». In sostanza la colpa è parametrata ad un dato scientifico che non era stato, evidentemente, ai tempi sufficientemente apprezzato e dunque tenuto in considerazione dal legislatore. Questo esempio dimostra come il principio di precauzione, sebbene non espressamente richiamato, abbia di fatto orientato l'interprete al fine dell'accertamento della responsabilità del Ministero della Salute per omesso controllo. L'opzione ermeneutica, certamente tesa a compensare il danno subito dai pazienti, pone una serie di interrogativi che riguardano la stessa funzione della responsabilità civile e il tendenziale

³³ Si tratta di aspetti che mettono in crisi anche altri istituti, quali la prescrizione e la sua configurazione in chiave rigorosamente oggettiva e i criteri di accertamento del nesso di causalità. Sul punto *cf.* U. Izzo, *op. cit.*, 172 s.

³⁴ Si tratta della l. 4-5-1990 n.107 dettante la disciplina per le attività trasfusionali e la produzione di emoderivati.

³⁵ La l. n.592/1967 all'art. 1 attribuisce al Ministero le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei servizi inerenti alla raccolta, preparazione, conservazione e distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale, alla preparazione dei suoi derivati, nonché la vigilanza. La legge n.833/1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale ha confermato al Ministero della Sanità, oltre il ruolo primario nella programmazione del piano sanitario nazionale e i compiti di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative regionali delegate in campo sanitario, importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati.

afferinarsi di ruoli inediti, quali la deterrenza³⁶.

Si può, dunque, concludere che là dove il legislatore comunitario e nazionale intervengano con discipline che attuano il principio di precauzione, l'attualizzazione del danno comporterà l'applicazione della regola di responsabilità di cui all'art. 2050 c.c..

Ciò vuol dire che mentre la valutazione della pericolosità dell'attività è tendenzialmente rimessa alla discrezionalità dell'interprete, con riguardo alle materie regolate in attuazione del principio di precauzione sussisterebbe una presunzione di pericolosità, di guisa che l'eventuale responsabilità per i danni cagionati si iscriverebbe senza dubbio nel contesto dell'art. 2050 c.c.³⁷, con la concorrenza dell'art. 2043 c.c. con riguardo all'eventuale responsabilità di organi amministrativi preposti ad un controllo omesso.

Tale conclusione ha certamente una vocazione deterrente, poiché il rischio dell'imputazione del costo condurrà certamente anche l'esercente l'attività solo potenzialmente pericolosa ad adottare tutte le misure oltremodo immaginabili al fine di scongiurare il danno, cercando di elevare al massimo il livello di protezione³⁸.

3.1- Questa prima considerazione deve però confrontarsi con un dato normativo che sembrerebbe con essa apertamente collidere e con alcuni risultati applicativi che si orientano lungo linee motivazionali non sempre coerenti.

Il dato normativo è l'art. 118 del Codice del consumo, che espressamente

³⁶ Si tratta di una direzione che porta certamente all'ampliamento dell'ambito applicativo della responsabilità civile e alla copertura dei c.d. nuovi rischi, anche per il tramite del ruolo svolto dall'incremento delle tipologie dei negozi assicurativi che sono causa e allo stesso tempo effetto dell'ingresso di nuovi danni nell'alveo del risarcibile. *Cfr.* in questo senso F. Ceserani, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes 2010»*, in *Dir. ec. ass.*, 2010, 1, 3.

³⁷ Naturalmente già è così per molte attività ispirate al principio di precauzione, quali la produzione di farmaci o di alimenti, che impongono alti livelli di protezione della salute. Con riguardo a questi tipi di attività, il grado di probabilità non riguarda tanto il fatto della loro possibile dannosità, quanto, l'individuazione del probabile fattore di rischio per la salute connesso, ad esempio, alla presenza di particolari additivi o ad organismi ogm, i cui effetti sulla salute umana non sono ancora noti.

³⁸ Per la descrizione del complesso sistema amministrativo che presiede il settore alimentare *cf.* E. Al Mureden, *op. cit.*, 1495. Sulle regole del settore farmaceutico e in generale dei prodotti medici *v.* diffusamente A. Querci, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011.

esclude la responsabilità del produttore nel caso in cui le conoscenze scientifiche e tecniche, al momento dell'immissione in commercio del prodotto, non permetteva ancora di considerarlo come difettoso. Non v'è dubbio, infatti, che il prodotto «rischioso per la salute» è pericoloso. Ma se non era rischioso secondo lo stato delle scienze e delle tecniche conosciute al tempo della sua messa in produzione, il produttore è esente da responsabilità.

V'è dunque un'evidente frizione fra l'art. 2050 c.c., così come attualmente pacificamente interpretato specie dalla giurisprudenza e l'art. 118 del Codice del consumo per lo meno per quanto riguarda il contenuto della prova liberatoria e, di riflesso, l'ampiezza della responsabilità d'impresa.

Si è già detto, infatti, che la giurisprudenza è unanime nel sostenere la natura oggettiva della responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., con la conseguenza che la prova liberatoria esula del tutto dalla valutazione del profilo della diligenza dell'esercente, ancorché connotata da una particolare qualificazione e dunque parametrata a livelli molto elevati di cautela, per ancorarsi al fattore eziologico. La prova liberatoria atterra, infatti, alla verifica causale e coinciderà con l'individuazione di un evento fortuito atto ad interrompere la relazione di causa ed effetto fra attività e danno. In questo contesto anche il c.d. «danno da ignoto tecnologico» sarà imputato all'esercente l'attività pericolosa. Al contrario, per espressa scelta assunta dal legislatore, il produttore non risponderà del difetto derivante da «ignoto tecnologico».

Ma a ben vedere il principio di precauzione può aiutare anche a circoscrivere l'ambito applicativo dell'art. 118 del Codice del consumo attraverso la definizione di quale sia il rischio da ignoto tecnologico non imputabile all'imprenditore. Se, infatti, ad essere interessato è un settore o un prodotto già *ex ante* preso in considerazione dal legislatore ancorché per i suoi, solo possibili, aspetti nocivi (farmaci, alimenti, integratori alimentari, conservanti, additivi, ogm) e dunque già *ex ante* valutato alla luce del principio di precauzione, il rischio da ignoto tecnologico esulerà dall'ambito applicativo di cui all'art. 118 del Codice del consumo, che, per espressa previsione si occupa di prodotti difettosi e dunque non sicuri, ove il parametro della sicurezza si ha solo se lo stato della scienza consente di escludere o di considerare minimi e accettabili i connessi rischi.

Conferma ne sia che proprio i prodotti oggetto di discipline specifiche

già *ex ante* ispirate alla precauzione (ogm, farmaci, cosmetici, alimenti, giocattoli) esulano dall'esclusivo ambito di applicazione del codice del consumo per l'espresso richiamo alle norme speciali (regolamenti comunitari e leggi nazionali di attuazione di direttive) che assicurano livelli di protezione superiori e dunque impongono l'adozione di specifici meccanismi di controllo e prevenzione. In sostanza, se la prospettiva precauzionale non consente di assegnare ad un determinato prodotto la certificazione di sicurezza, ciò vuol dire che il rischio connesso al suo uso non può considerarsi ignoto e dunque il suo costo deve essere imputato al produttore.

3.2- Le conclusioni sopra avanzate devono essere valutate alla luce di alcune pronunce e in particolare di quelle che per lungo tempo hanno escluso che la produzione delle sigarette potesse essere annoverata fra le attività pericolose nonostante sia consolidato, a livello scientifico, la sussistenza del nesso causale fra uso delle sigarette e incremento delle probabilità di contrarre un tumore³⁹. Nonostante, dunque, tale nesso non sia solo probabile, ma addirittura certo.

Ciò porrebbe in crisi il legame che si è inteso delineare fra interventi legislativi ispirati alla protezione della salute e appartenenza dell'eventuale successiva responsabilità all'alveo dell'art. 2050 c.c..

Molte pronunce avevano negato la pericolosità dell'attività di produzione, valorizzando il profilo della liceità dell'attività, appunto non vietata, nonché il profilo dell'autoresponsabilità del privato che decide scientemente di ingerire sostanze tossiche. Questo aspetto è stato recentemente superato, e ciò proprio attraverso la valorizzazione di alcuni indici legati all'esistenza di un intricato contesto normativo che, pur non vietando la produzione di sigarette, dannose oltre che non socialmente utili, la sottopone a diverse cautele. Si è infatti osservato che la manifattura dei tabacchi rientra fra le industrie insalubri; che sussiste un divieto di pubblicizzare il fumo, nonché di fumare in luoghi pubblici o nei luoghi di lavoro. Si tratta di indici che hanno condotto la Cassazione ad affermare la natura pericolosa dell'attività di produzione delle sigarette, deducendola, appunto, dalla *ratio* sottesa a tutte le normative che intervengono a

³⁹ Così Trib. Brescia 10-8-2005, in *Danno e resp.*, 2005, 631; Trib. Roma, 11-4-2005 e Trib. Napoli, 15-12-2004, entrambe in www.dejure.giuffre.it.

disciplinarne l'attività, ispirate alla perdurante necessità di prevenire i rischi⁴⁰.

Attualmente un analogo problema è stato sollevato dall'uso dei telefoni cellulari, sul quale è intervenuta una recente sentenza della Corte d'Appello di Brescia⁴¹, che ha riconosciuto il diritto all'indennità professionale dovuto a seguito del riconoscimento della malattia professionale, stante la ritenuta sussistenza della relazione causale fra uso del telefonino e del cordless per oltre sei ore al giorno, per motivi di lavoro e una patologia cerebrale. In quell'occasione i giudici di merito hanno affermato che *«nel caso di malattia professionale non tabellata, come anche in quello di malattia a eziologia multifattoriale, la prova della causa di lavoro, che grava sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità dell'origine professionale, questa può invece essere ravvisata in presenza di un elevato grado di probabilità»*. L'accertamento nella specie è fondato sul richiamo ai dati scientifici disponibili, tutt'altro che univoci, circa il nesso fra il rischio tumorale e l'esposizione alle radio frequenze.

Si tratta di una pronuncia che probabilmente anticiperà il contenzioso che oltreoceano impegna le corti in tema di responsabilità del produttore di telefoni cellulari e che dimostra come sia veramente complicato delineare il confine del c.d. rischio da ignoto tecnologico. Si ritiene, però, che fuori dall'ambiente lavorativo, circondato da una serie di cautele che comportano l'adozione, da parte del datore di lavoro, di tutte quelle condizioni atte a scongiurare qualsiasi rischio per la salute psico-fisica del lavoratore, non sarebbe in questo momento conseguibile la medesima soluzione, dal momento che, allo stato delle conoscenze scientifiche, il rischio di tale connessione non è tale da aver indotto il legislatore ad intervenire con opportune cautele di tipo normativo⁴².

Con la conseguenza che se in futuro il nesso tra uso del cellulare e incremento della possibilità di contrarre determinate malattie dovesse ritenersi accertato a livello scientifico, degli eventuali danni non potrebbe

⁴⁰ Cass. 17-12-2009, n. 26516 in *Danno e resp.*, 2010, 569 s. con nota di V. D'Antonio, *Il danno da fumo e l'art. 2050 c.c.: «scusate il ritardo»*.

⁴¹ Corte d'Appello Brescia sez. lav. 22-12-2009, in *Resp. cin. e prev.*, 2010, 1369 s. Per una riflessione sulla pronuncia v. E. Al Mureden, *I danni da uso del cellulare tra tutela previdenziale e limiti della responsabilità del produttore*, in *Resp. cin. e prev.*, 2010, 1392 s.

⁴² In questo senso E. Al Mureden, *op. ult. cit.* 1404.

essere chiamato a rispondere il produttore che si trova, oggi, in un contesto in cui tale relazione causale non è ritenuta abbastanza rilevante per suggerire cautele a livello normativo.

4. - Il ruolo dell'informazione nel contesto consumeristico è uno dei temi maggiormente indagati negli ultimi anni⁴³. L'asimmetria informativa, connaturale al rapporto di consumo, ha spinto il legislatore a prevedere obblighi sempre più specifici e stringenti cui il professionista deve attenersi al fine di colmare il *gap* esistente con la controparte contrattuale e orientare il consumatore verso scelte consapevoli. Dottrina e giurisprudenza sono attualmente impegnate nello sforzo teso alla valutazione delle implicazioni sul piano della relazione contrattuale dell'inadempimento e/o dell'inesatto adempimento degli obblighi informativi⁴⁴, giungendo a soluzioni non sempre univoche. Naturalmente la riflessione è destinata a complicarsi là dove si ragiona intorno all'informazione quale strumento della precauzione. A monte si pone, infatti, l'interrogativo circa l'ampiezza dell'obbligo informativo gravante sul professionista in caso di incertezza del rischio e, a valle, ci si chiede quali siano le conseguenze, sul piano della responsabilità, dell'avvenuta avvertenza del rischio solo possibile.

Non v'è dubbio che, a livello macroeconomico, l'informazione gioca un ruolo primario e può divenire strumento della concorrenza. Attraverso essa, infatti, il consumatore orienta le sue scelte, dirigendosi, normalmente, verso prodotti ritenuti più sicuri perché, ad esempio, privi di quelle sostanze o di quegli additivi sui quali la comunità scientifica ha sollevato dubbi in ordine a possibili effetti nocivi. In questo modo è il consumatore stesso che diviene arbitro dell'efficienza del mercato, poiché le sue scelte consapevoli

⁴³ Sul ruolo dell'informazione nell'ambito del regolamento contrattuale e specificatamente nella disciplina consumeristica v. per tutti R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eu. dir. priv.*, 2001, 970 s. Cfr. anche A. Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 559 s. e V. Zeno Zencovich, *Profili di uno statuto dell'informazione economica e finanziaria*, in *Dir. inf.*, 2005, 929 s.

⁴⁴ Non può non richiamarsi la nota pronuncia della Cass. s.u. 19-12-2007, n. 26724 in www.dejure.giuffre.it che, in materia di intermediazione finanziaria, ha affrontato il problema della possibile interferenza fra rimedi invalidanti e rimedi risarcitori. I contributi dottrinari sul tema sono molteplici e qualsiasi tentativo di segnalazione dei più significativi sarebbe insufficiente. Senza alcuna pretesa di esaustività v. C. Castronovo, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento* in A. Bellavista - A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 33 s.

costringeranno i produttori o a riconvertire le loro produzioni, eliminando le sostanze potenzialmente nocive, o ad approfondire la ricerca sulle possibili conseguenze connesse per riuscire a dimostrare la non nocività di quella sostanza⁴⁵.

Nel Codice del consumo l'informazione rappresenta l'oggetto di un vero e proprio «diritto» dell'utente e del consumatore⁴⁶. Inoltre ogni settore produttivo è presidiato da regole specifiche, particolarmente dettagliate per quei prodotti in cui più si insidia il rischio del nuovi danni⁴⁷. In sostanza il consumatore deve essere informato di tutto ciò che riguarda il prodotto, delle modalità per un suo uso corretto e soprattutto dei rischi connessi al suo uso normale.

Sotto questo profilo l'interrogativo che si pone riguarda l'incidenza dell'informazione offerta sull'eventuale imputazione della responsabilità al produttore. Ci si chiede, cioè, se l'avvertenza del rischio possa esentare il produttore dalla futura responsabilità per il danno successivamente occorso. Nel tentare una soluzione, non si può non prendere le mosse dalla valutazione sulla gestione informativa del possibile pericolo connesso all'uso del prodotto al fine di verificare quali possono essere le diverse opzioni interpretative sull'informazione del rischio.

⁴⁵ Naturalmente una restrizione fondata sul principio di precauzione può tradursi in un danno o comunque in un costo per l'impresa. Ma anche se il rischio paventato dovesse rivelarsi inesistente, in caso di restrizione giustificata dal principio di precauzione, dovrebbe essere escluso il diritto dell'imprenditore al risarcimento del danno per le perdite eventualmente subite.

⁴⁶ Cfr. art. 2 del Codice del consumo che alla lettera c) riconosce quale fondamentale il diritto «ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità», specificato nel successivo art. 6 che indica il contenuto minimo delle indicazioni dei prodotti individuate, oltre che nella denominazione e nel nome o marchio del produttore, nell'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente, ai materiali impiegati e, in particolare «alle istruzioni, alle eventuali precauzioni e alla destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto». Le disposizioni in materia di informazione sono poi completate dalla disciplina sulla pubblicità che deve rispondere a criteri rigidi volti ad evitare ogni forma di inganno. Sul ruolo dell'informazione nei diversi settori consumeristici cfr. F. Romeo, *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla proceduralizzazione dell'informazione*, in *Resp. civ.*, 2012, 173 s.

⁴⁷ Sul ruolo dell'informazione nel settore farmaceutico e in particolare con riguardo ai c.d. farmaci off-label, v. A. Querci, *Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute*, *op. cit.*, 362.

4.1 - Se il rischio connesso all'uso di un determinato prodotto è noto al momento della sua commercializzazione, il produttore è tenuto ad avvertire in maniera adeguata il consumatore circa le possibili conseguenze sia dell'uso conforme, sia di possibili usi alternativi. È evidente, infatti, che la mancata informazione incide sul processo formativo del consenso e dunque si riflette sul piano dei vizi, ma anche sul piano degli effetti del contratto. Il difetto di informazione, infatti, può comportare che un prodotto di per sé non pericoloso lo diventi a causa di un impiego non conforme all'uso normale⁴⁸. Quale specifico dovere di protezione⁴⁹, l'adempimento dell'obbligo informativo dovrebbe comportare l'esenzione di responsabilità del produttore in tutti i casi in cui siano state comunicate tutte le notizie note intorno al corretto modo di utilizzo del prodotto, alle conseguenze di un uso scorretto, ai rischi anche solo ipotizzabili allo stato della tecnica. In sostanza, l'informazione consentirebbe la traslazione, almeno parziale, del rischio dal produttore al consumatore, a quel punto «libero» di decidere se sottoporsi ugualmente al rischio. In questo senso, da involontaria, l'esposizione al pericolo diverrebbe volontaria.

Una conferma sembrerebbe derivare dalle pronunce in tema di fumo. In esse si è ritenuto che la volontarietà del comportamento non sia ininfluenza dal punto di vista causale, se l'atto di autodeterminazione sia consapevole e non viziato da carenza di informazione. Questa deve comprendere anche le conseguenze dannose che, alla luce delle conoscenze scientifiche, possono solo essere paventate con un certo grado di probabilità. Ne consegue, ad esempio, che del danno subito dal fumatore non può essere chiamata a rispondere, o almeno non integralmente, l'impresa di produzione delle sigarette, stante il concorso di cause ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c., a meno che l'atto di autodeterminazione risulti viziato.

⁴⁸ In questo senso, recentemente, Tr. Rimini, 31-12- 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 432 s. sulla ritenuta insicurezza di un giocattolo destinato ad un bambino di età superiore ai 36 mesi a causa dell'omessa indicazione «*sulle precauzioni da adottare in sede di apertura della confezione e sulla necessità di supervisione e assistenza di un adulto*». Si veda anche Cass. 13-12- 2010, n. 25116, in *Danno e resp.* 2011, 975 per una fattispecie in tema di danno da prodotto abbronzante, ove la responsabilità del produttore è affermata per il fatto che nell'etichetta non erano contenute indicazioni o avvertenze circa possibili effetti collaterali del gel abbronzante ovvero sulle eventuali cautele da adottare al momento dell'uso.

⁴⁹ Sull'ormai consolidata distinzione fra doveri di prestazione e obblighi di protezione quali «componenti» del rapporto obbligatorio si veda per tutti C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

Invero la responsabilità del produttore di sigarette è stata in alcuni casi accertata non in relazione all'attività di produzione in quanto tale, quanto, piuttosto, con riguardo alla carenza di informazioni offerte al consumatore in violazione degli obblighi di diligenza che avrebbero dovuto comportare l'assunzione di specifiche precauzioni anche indipendentemente da un'esplicita previsione legislativa in tal senso.

Ragionando a contrario, se quegli obblighi fossero stati adempiuti e dunque se un'informazione completa fosse stata fornita al consumatore, si dovrebbe ritenere che non si sarebbe dovuti giungere alla medesima soluzione, e ciò nonostante l'accertamento della causalità sussistente fra danno alla salute e prodotto.

4.2 - Diverso è il caso in cui il pericolo sia solo ipotetico. In questo ambito, infatti, il ruolo dell'informazione è ancor più delicato e si intreccia con complesse analisi di tipo economico che l'imprenditore farà a monte. In un contesto in cui il rischio è solo ipotizzato, l'imposizione di un obbligo generalizzato di comunicazione può comportare il sorgere di allarmismi e l'orientarsi del consumatore verso altri prodotti, magari anche verso quei prodotti la cui nocività è stata già accertata e comunicata⁵⁰. L'imprenditore valuterà previamente se è per lui più conveniente offrire l'informazione sul rischio solo paventato, al fine di ottenere quantomeno un affievolimento del giudizio di responsabilità, assumendosi le conseguenze circa la possibile contrazione di vendita del prodotto, o accollarsi il rischio, prevenendo *ex ante* i costi degli eventuali risarcimenti.

Il legislatore deve tenere conto delle reazioni indotte dalle scelte operate a livello normativo sugli operatori e dunque le regole devono incentivare la diffusione di ogni notizia utile a orientare scelte consapevoli volte a preservare la salute. In questo senso non può ritenersi che la comunicazione dei rischi potenziali non refluisca comunque sul piano della responsabilità, poiché, se così fosse, il produttore non avrebbe alcun interesse a diffondere notizie utili per il consumatore.

Nel campo dominato dall'incertezza del rischio, però, l'obbligo di informazione non esime certamente l'impresa e gli organi di controllo dal

⁵⁰ Specie con riguardo ai prodotti alimentari, l'efficacia del messaggio informativo dipende dalla sua effettiva percezione da parte del consumatore, spesso ignaro dell'effettivo significato circa la presenza, nel prodotto, di certi quantitativi di sostanze, additivi o coloranti.

monitoraggio costante e anche successivo all'immissione in commercio del prodotto o lungo l'intera durata in cui si svolge una determinata attività. In questo senso, l'eventuale scelta autonoma di assumere un determinato rischio, ad esempio per un'utilità o una velleità personale, come avviene nel caso dell'uso anche smodato del telefono cellulare, non annullerà del tutto l'eventuale responsabilità dell'impresa se questa, in presenza di un rischio anche solo probabile, non abbia investito nell'approfondimento dell'incidenza della sua verifica futura e nella ricerca delle eventuali misure atte a restringerne la portata.

5.- Si può dunque affermare che il diritto privato non sia del tutto impermeabile al principio di precauzione come a prima vista sembrerebbe. Questo finisce, infatti, per interferire in molteplici ambiti e sollecita nuove riflessioni in tema di tutela cautelare, di ammissibilità e limiti del controllo giudiziario sulle scelte della p.a., di riflessi sul piano delle regole della responsabilità.

L'essere stato principio informatore di un numero cospicuo di provvedimenti normativi e dunque criterio di orientamento di scelte implicanti opzioni di tipo tecnico comporta oggi un'attenta riflessione e rivalutazione dell'ammissibilità del controllo giudiziario a fronte di provvedimenti della p.a. incidenti su diritti fondamentali. L'intervento del giudice ordinario sarà certamente consentito là dove l'inadempimento delle regole procedurali, strumentali all'attuazione di interventi ispirati alla precauzione, delegittimi la validità della norma tecnica o dello standard adottato.

L'ormai acquisita conoscenza circa la possibile morfologia assunta dai c.d. nuovi danni legittima, inoltre, l'adozione, in sede cautelare, di criteri di accertamento del nesso di causalità fondati sulla teoria dell'aumento del rischio, per lo meno quando questo sia avvertito come tale da un gruppo considerevole di consociati e dunque possa considerarsi «socialmente rilevante».

La «procedimentalizzazione» delle attività rischiose, quale strumento prescelto al fine di limitare al minimo il rischio ad esse connesso, comporta una sempre più diffusa responsabilità degli organi amministrativi di controllo, chiamati eventualmente a rispondere dei pregiudizi occorsi sia in chiave risarcitoria, sia indennitaria. In questo senso il principio di precauzione può essere richiamato dal giudice civile quale criterio

ermeneutico idoneo ad orientare differenti opzioni ricostruttive.

Sempre in sede interpretativa il principio di precauzione può essere anche utilizzato al fine di verificare l'ambito di estensione dell'art. 2050 c.c. e la sua coerenza rispetto alla disciplina dei diversi settori produttivi, nonché per stabilire gli esatti confini del danno da sviluppo. Può infine essere richiamato per verificare l'incidenza del corretto adempimento degli obblighi informativi sul fronte della successiva valutazione della responsabilità d'impresa.