

ALESSI

10285-09-2

ORIGINALE



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE CIVILE

Oggetto

RESPONSABILITA'
omissiva per
abbattimento
aereo (ustizia)

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

R.G.N. 9332/2008

- Dott. SALVATORE SENESE - Presidente -
- Dott. CAMILLO FILADORO - Consigliere -
- Dott. NINO FICO - Consigliere -
- Dott. ANTONIO SEGRETO - Rel. Consigliere -
- Dott. ADELAIDE AMENDOLA - Consigliere -

Cron. 10285

Rep. 3194

Ud. 11/02/2009

PU

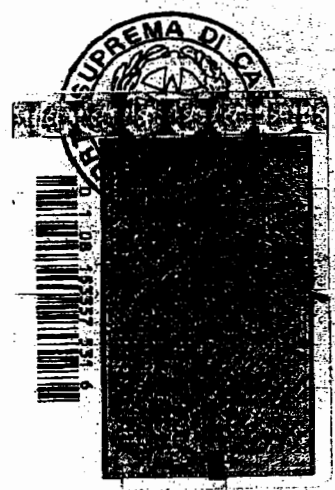
ha pronunciato la seguente

**contributo
unificato**

SENTENZA

sul ricorso 9332-2008 proposto da:

AEROLINEE ITAVIA SPA IN AMMINISTRAZIONE
STRAORDINARIA , in persona dei Commissari
Liquidatori Ing. ANDREA CARLI, Dott. ANTONIO GUARINO
e Prof. Dott. ROBERTO SERRENTINO elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA OSLAVIA 6, presso lo studio
dell'avvocato ALESSI GIUSEPPE, che lo rappresenta e
difende unitamente all'avvocato CRISCUOLO FABRIZIO
giusta procura speciale in calce al ricorso;



- ricorrente -

contro

2009

339

MINISTERO DELLA DIFESA in persona del Ministro pro-tempore, MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E TRASPORTI , in persona del Ministro pro-tempore e il MINISTERO DELL' INTERNO in persona del Ministro pro-tempore elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso gli uffici dell'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, da cui sono difesi e rappresentati per legge;

- controcorrenti -

avverso la sentenza n. 1852/2007 della CORTE D'APPELLO di ROMA, Sezione Prima Civile, emessa il 13/03/07, depositata il 23/04/2007; R.G.N.3090/04;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/02/2009 dal Consigliere Dott. ANTONIO SEGRETO;

udito l'Avvocato GIUSEPPE ALESSI e CRISCUOLO FABRIZIO;

udito l'Avvocato MASSIMO GIANNUZZI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARMELO SGROI che ha concluso per l'accoglimento del ricorso primo, terzo, quarto, settimo motivo assorbiti gli altri inammissibile il nono.

4

Svolgimento del processo

Con citazione notificata il 15 aprile 1981 la s.p.a. Aerolinee Itavia ha convenuto in giudizio i Ministeri della Difesa, dei Trasporti e dell'Interno, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni derivatili dalla "sciagura aerea di Ustica del 27.6.1980", nella quale era andato distrutto il DC9/10 I TIGI, di sua proprietà con la morte di 81 persone. Assumeva l'attrice che tale evento, oltre a provocarle la perdita dell'aereo, era stato la causa scatenante della crisi economica e finanziaria in cui era caduta; che dagli accertamenti svolti dagli organi competenti emergeva che l'origine della tragedia fu l'abbattimento del velivolo da parte di un missile lanciato da altro aereo o, eventualmente, la presenza di una bomba a bordo; che l'evento doveva addebitarsi al comportamento omissivo delle amministrazioni convenute, cui competeva (Ministero della Difesa e Ministero dei Trasporti) il controllo, la vigilanza e la sicurezza delle aerovie aperte al traffico, o l'attività di prevenzione dal terrorismo (Ministero dell'Interno).

Resistevano le amministrazioni convenute.

All'udienza del 18 marzo 1982, si costituiva la s.p.a. Aerolinee Itavia in amministrazione straordinaria, facendo proprie le domande formulate dall'attrice.

Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 37714/2003, depositata il 26.11.2003, condannava i Ministeri convenuti al pagamento della somma di €. 108.071.773,64, oltre interessi legali dal 31.12.2000 e le spese legali per €. 943.740,00.

Riteneva il tribunale che il DC 9 era stato abbattuto da un missile lanciato da altro aereo viaggiante lungo la stessa rotta dell'aereo Itavia, e condannava i convenuti al risarcimento del danno, sul rilievo del mancato adempimento da parte dei convenuti dell'obbligo di garantire la regolare circolazione aerea del DC 9 e di adottare misure idonee ad evitare che altri aerei circolassero sulla rotta già assegnata, ovvero (se ciò non fosse stato possibile) di non autorizzare il decollo del DC 9, ovvero assegnare altra rotta.

La Corte di appello di Roma, adita dai convenuti Ministeri, con sentenza depositata il 23.4.2007, in accoglimento dell'appello, rigettava la domanda.

Riteneva la corte territoriale che erano opinabili le certezze espresse dal tribunale sulle cause del sinistro; che, ove anche fosse stato accertato che il sinistro si verificò per un missile lanciato da aereo rimasto ignoto, bisognava individuare uno specifico obbligo a carico dei Ministeri di impedire l'evento; che in ogni caso occorreva anche provare che i Ministeri conoscessero il comportamento commissivo dannoso dell'aereo nemico, mentre nella fattispecie la colpevolezza dei Ministeri convenuti si faceva discendere dal solo fatto di non aver garantito la sicurezza del volo e di non aver adempiuto ai propri obblighi istituzionali; che in ogni caso non era provato che una diversa valutazione della situazione creatasi nell'aerovia del DC 9 avrebbe consentito di intervenire tempestivamente.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione la s.p.a. Aerolinee Itavia, in amministrazione straordinaria.

Resistono con controricorso i Ministeri convenuti.

Motivi della decisione

1.Va, anzitutto, dichiarato inammissibile il ricorso nei confronti del Ministero dell'Interno.

Questo fu convenuto in giudizio per l'ipotesi che l'abbattimento dell'aereo fosse stato causato dall'esplosione di una bomba, situata da terroristi all'interno dell'aereo. Questa ipotesi fu esclusa dal primo giudice, che tuttavia, pur ritenendo che l'aereo era stato abbattuto da un missile lanciato da un altro aereo, e, quindi, pur avendo escluso la sussistenza della situazione fattuale prospettata dall'attrice a fondamento della responsabilità del Ministero dell'Interno, poi condannò in solido i tre Ministeri al risarcimento del danno.

Nel giudizio di appello l'attrice appellata, pur richiedendo il rigetto dell'appello, non richiese, sia pure ai sensi dell'art. 346 c.p.c., che fosse affermata la responsabilità del Ministero dell'Interno per mancata vigilanza e controllo nei confronti di un terrorista che avrebbe posto la bomba sull'aereo.

Nello stesso ricorso per cassazione la ricorrente non censura l'impugnata sentenza per non aver ricostruito il fatto illecito come opera di terrorista, che avrebbe deposto l'esplosivo all'interno del DC 9.

Ne consegue che le originarie deduzioni circa i fatti su cui l'attrice fondava la responsabilità del Ministero dell'Interno,

non essendo state accolte dal primo giudice e non essendo state riproposte in grado di appello, devono ritenersi abbandonate.

Non può, invece, la ricorrente in questo giudizio di cassazione prospettare la responsabilità del Ministero dell'Interno per i mancati controllo e sorveglianza delle aerovie e per attacchi da parte di aerei nemici, poiché ciò integra una domanda nuova nei confronti del Ministero dell'Interno.

2.1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c. ed omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo ex art. 360 n. 3 e 5 c.p.c..

Lamenta la ricorrente che la corte di appello abbia ammesso la produzione all'udienza dell'11.7.2006, fissata per la spedizione a sentenza della causa, delle copie di due sentenze penali della Corte di assise di Roma (del 30.4.2004) e della Corte di assise di appello (del 15.12.2005), che avevano assolto tali Bartolucci e Ferri dal reato di depistaggio, ipotizzato nell'aver impedito l'esercizio delle attribuzioni del Governo italiano in occasione del disastro di Ustica. Secondo la ricorrente, essendo stata la documentazione detta prodotta dopo la precisazione delle conclusioni, essa era inammissibile e non poteva essere assimilata alla produzione di precedenti giurisprudenziali.

2.2. Il motivo è fondato.

Va osservato che le due sentenze in questione (depositate in presenza dell'opposizione di controparte) contenevano ipotesi ricostruttive, dati peritali, testimonianze circa le dinamiche e

le cause del sinistro per cui è causa; che, quindi, la loro produzione non può essere assimilata all'esibizione di precedenti giurisprudenziali, che avviene nella prassi (essenzialmente in relazione a sentenze di legittimità) per indicare orientamenti interpretativi della norma invocata, come invece erroneamente ha effettuato la sentenza impugnata.

Qui, invece, le sentenze venivano depositate non in quanto propugnavano una tesi giuridica su una norma in luogo di un'altra possibile astrattamente, ma costituivano prove documentali, su cui ricostruire i fatti di causa.

Così qualificate le sentenze in questione nell'ambito del procedimento di appello in cui furono prodotte, ne deriva che la loro produzione era inammissibile dopo la precisazione delle conclusioni, stante l'opposizione della controparte.

2.3. L'art. 345, c. 2, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui all'art. 52, L. 26 novembre 1990, n. 353, statuiva che le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio.

La giurisprudenza di questa Corte ha già avuto modo di rilevare come la norma dell'art. 345 c.p.c. - secondo la quale anche in grado d'appello possono depositarsi nuovi documenti senza bisogno di autorizzazione del giudice - vada interpretata nel senso che quei documenti, se non prodotti al momento della costituzione in

giudizio della parte con la contestuale loro elencazione nell'atto di appello o nella comparsa di risposta - come è avvenuto nella fattispecie - possono essere utilmente depositati anche nel corso della fase istruttoria di secondo grado fino alla precisazione delle conclusioni ed alla rimessione della causa al collegio, in modo che sia consentito alla controparte di prenderne visione in tempo utile, per eventualmente modificare le proprie conclusioni, e di illustrarle poi nelle scritture difensive e in sede di discussione orale della causa.

Pertanto, i documenti nuovi, depositati dopo la rimessione della causa al collegio, possono ritenersi ritualmente introdotti nel processo solo se la parte avversa, messa in condizione di esaminarli e di commentarli, abbia aderito alla loro tardiva produzione (Cass., 3 gennaio 1991, n. 25). Ed infatti l'art. 345 c.p.c., nel riconoscere alle parti la facoltà di produrre nuovi documenti nel giudizio di appello, non contiene alcuna disposizione speciale in ordine al termine per il relativo deposito e, pertanto, la produzione medesima deve ritenersi consentita, in base alla regola generale stabilita dall'art. 184 c.p.c., sino alla rimessione della causa al collegio (Cass., 26 giugno 1992, n. 7923; Cass. 27/11/1997, n.11961).

Nella fattispecie alla produzione di tale documentazione si oppose tempestivamente la ricorrente.

3.1. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione dell'impugnata sentenza sulla ritenuta oggettiva opinabilità

delle certezze espresse dal primo giudice circa le cause del sinistro e circa la non esistenza di accertamenti giudiziari sulle cause del disastro di Ustica.

Assume la ricorrente che con errata motivazione la sentenza impugnata ha ritenuto che alla luce delle sentenze penali in atti risultavano opinabili le certezze espresse dal primo giudice; che, invece, questi aveva indicato ben 31 elementi da cui emergeva che il sinistro era stato causato da un missile lanciato da aereo militare contro l'aereo dell'Itavia; che la corte di merito non aveva valutato tali 31 elementi indicati dal primo giudice; che, in ogni caso, la sentenza di appello non aveva valutato - in autonomia rispetto al giudice penale - i dati acquisiti nel processo penale, ma si era appiattita alla valutazione effettuata da quel giudice, con rinvio a quella decisione; che, infine, la sentenza impugnata si era contraddittoriamente riportata al "fatto notorio" che non esisteva alcun giudizio penale in cui fosse stata individuata la responsabilità penale del sinistro né che alcuna imputazione del sinistro fosse stata effettuata nei confronti di alcuno (ma solo procedimenti penali per depistaggio).

3.2. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione dei principi e delle norme in tema di illecito omissivo colposo, in particolare del c.d. principio della concretizzazione del rischio (art. 360 n. 3 c.p.c.).

Lamenta la ricorrente che la corte di appello erroneamente abbia ritenuto che, ove anche fosse rimasto accertato che la causa del sinistro era l'esplosione di un missile, non sussisteva la

responsabilità dei Ministeri dei Trasporti e della Difesa, per mancanza dell'individuazione di un obbligo degli stessi di impedire l'evento, ed, in ogni caso per mancata allegazione e prova che i Ministeri conoscessero il comportamento dannoso del terzo, poiché solo in questo caso sorgeva l'obbligo per i convenuti di impedire l'evento.

Assume la ricorrente che esistevano specifici obblighi di legge a carico dei Ministeri di assicurare la sicurezza dei cieli nazionali ed impedirvi l'accesso da parte di aerei nemici; che nella fattispecie non era necessaria la conoscenza del comportamento del terzo (altrimenti si ricadeva in un'ipotesi di dolo) ma solo la conoscibilità; che tale conoscibilità del pericolo era implicita nella norma che poneva l'obbligo di attivarsi; che l'evento rientrava tra quelli che la norma intendeva evitare, per cui rappresentava una concretizzazione del rischio; che i convenuti dovevano provare che sussistevano elementi per escludere in concreto la prevedibilità o l'evitabilità del particolare tipo di evento.

3.3. Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c. e dei principi in materia di colpa (art. 360 n. 3 c.p.c.), nonché il vizio motivazionale in ordine alla ritenuta mancanza di prova sulla conoscenza da parte degli organi dello Stato della presenza di veicoli che potessero risultare anche solo potenzialmente pericolosi per l'aereo (art. 360 n. 5 c.p.c.).

Assume la ricorrente che erroneamente la sentenza impugnata aveva escluso la colpevolezza del Ministero della Difesa, senza avere considerato che il Ministero era tenuto per legge a sorvegliare ed impedire che nello spazio aereo entrassero aerei ostili, per cui la presunta mancanza di conoscenza era da addebitarsi al difettoso esercizio del controllo aereo.

3.4. Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c. e segnatamente dei principi in tema di colpa, nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in particolare sull'inesistenza di allegazione e di prova circa la conoscenza da parte di organi dello Stato della presenza di velivoli, anche solo potenzialmente pericolosi (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.).

Assume la ricorrente che, ai fini della colpa dei convenuti, non era necessario che questi avessero la conoscenza della presenza di veicoli ostili (poiché in questo caso si ricadeva nel dolo), ma solo la conoscibilità degli stessi, se essi avessero adeguatamente effettuato attività di sorveglianza. Assume poi la ricorrente che è contraddittorio, con tale pretesa mancanza di conoscibilità, l'assunto della sentenza impugnata, secondo cui era notorio negli anni '80 che lo Stato italiano era quotidianamente attraversato da aerei militari stranieri della Nato.

3.5. Con il sesto motivo di ricorso la ricorrente lamenta il vizio motivazionale dell'impugnata sentenza circa la ritenuta imprevedibilità e straordinarietà del lancio di missili (nel caso

che questa fosse stata la causa del sinistro) non correlabile ad eventuali carenze del controllo del traffico aereo.

Ritiene la ricorrente che tale motivazione è contraddittoria con l'assunto che si trattava di aereo straniero non identificato e nascosto sulla scia di un aereo civile, che poi colpì.

3.6. Con il settimo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione del principio in tema di nesso causale in illecito omissivo e, quindi, la violazione degli artt. 40 e 41 c.p. e dell'art. 2043 c.c., nonché dell'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine alla ritenuta insussistenza del nesso causale tra le omissioni dei ministeri della difesa e dei trasporti ed il disastro aereo (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.).

Lamenta la ricorrente che integra violazione delle suddette norme l'aver la corte di appello escluso la sussistenza di un nesso eziologico tra le azioni colposamente omesse dai Ministeri dei Trasporti e della Difesa e l'abbattimento dell'aereo di linea Itavia mediante un missile lanciato da uno degli aerei da guerra penetrato nello spazio aereo italiano sulla base dell'affermazione che le dette omissioni avrebbero implicato un'esatta conoscenza della situazione con ampio anticipo rispetto al momento in cui si verificò l'esplosione e che è una mera deduzione che potessero essere adottate misure idonee ad evitare la presenza nell'area di altri aerei.

Assume la ricorrente che con giudizio controfattuale la corte di merito avrebbe dovuto verificare se l'evento non si sarebbe verificato se, accertata la presenza di aereo non identificato,

fosse stata assegnata all'aereo Itavia una rotta diversa ovvero fosse stato intercettato l'aereo militare non identificato.

4.1.I suddetti motivi, essendo strettamente connessi, vanno esaminati congiuntamente.

Essi sono fondati.

Anzitutto la motivazione della sentenza, nella parte in cui si fonda sulle due sentenze penali, indicate al punto 2.1., essendo state le stesse prodotte irritualmente all'udienza dell'1.7.2006, è evidentemente viziata, poiché tali sentenze *tamquam non esset* nella produzione di questo procedimento.

Senonché l'innervatura motivazionale della sentenza è per la gran parte fondata su altri atti penali ed acquisiti ritualmente in questo giudizio civile. Per le decisioni fondate su questi ultimi, occorre effettuare una premessa in riferimento alle censure relative a pretesi vizi motivazionali, segnatamente in merito alla causa del disastro aereo (e cioè se dovuto ad esplosione interna per bomba, a cedimento strutturale dell'aereo, ovvero ad esplosione esterna dovuta a missile lanciato da altro aereo), nella parte in cui si lamenta che la corte territoriale si sia riportata acriticamente ("appiattita") alle conclusioni dei giudici penali sull'inesistenza di certezze in merito alla causa del sinistro senza alcuna autonomia valutativa e senza esaminare i 31 elementi individuati dal giudice di primo grado per ritenere che l'esplosione fosse dovuta ad un missile.

Poiché nel nuovo codice di procedura penale non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3, comma secondo, del codice

abrogato, né sono state reiterate le altre disposizioni alla stessa collegate (artt. 24 cod. proc. pen. e segg.) con conseguente eliminazione di ogni riferimento alla cosiddetta pregiudiziale penale dal testo dell'art. 295 cod. proc. civ. in occasione della sua riformulazione ad opera dell'art. 35 della legge 26 novembre 1990, n. 353, si deve ritenere che il nostro ordinamento non sia più ispirato al principio, in precedenza imperante, dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del giudizio penale su quello civile, e che, viceversa, sia stato instaurato dal legislatore il diverso sistema della pressoché completa autonomia e separazione dei due giudizi nel senso che, tranne alcune particolari ipotesi di sospensione del processo civile previste dall'art. 75, comma terzo, del codice di procedura penale (azione promossa in sede civile dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado) il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale, e, inoltre, anche nel senso che il giudice civile deve procedere ad autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità (civile) dedotti in giudizi (*ex multis*: Cass., 01/07/2004, n.12093; Cass. 10/08/2004, n.15477; Cass. 9.4.2003, n. 5530; Cass. S.U., ord., 5.11.2001, n. 13682).

Il processo civile è retto dal principio di disponibilità delle prove, sia pure temperato da ipotesi di iniziativa istruttoria ufficiosa, che tuttavia la giurisprudenza ritiene come potere discrezionale, incensurabile in sede di legittimità.

In materia penale l'introduzione del sistema accusatorio in luogo di quello inquisitorio, ha dato ingresso al principio della disponibilità della prova anche in tale processo, ma ha lasciato ampio spazio attraverso specifiche norme, segnatamente l'art. 507 c.p.p. (ma vengasi tra gli altri, anche artt. 507, 508, 511, 603 c.p.p.) all'iniziativa probatoria del giudice, anche con riferimento a quelle prove che le parti avrebbero potuto richiedere e non hanno richiesto, pressistenti o sopravvenute, conosciute o sconosciute (Cass. pen., Sez. Unite, 06/11/1992, Martin; Cass. pen., Sez. Unite, 17/10/2006, n.41281).

4.2. Attualmente costituisce punto fermo che il giudice civile si può avvalere nell'ambito dei suoi accertamenti in merito all'esistenza del fatto considerato come reato, di tutte le prove che il rito civile prevede e ciò indipendentemente dal fatto se abbiano cittadinanza nell'ordinamento processualpenalistico.

Ciò è stato affermato con chiarezza anche per le ipotesi in cui il giudice deve accertare se il fatto dannoso integri pure un reato, sia per il danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c. (Cass. 12.5.2003, n. 7281; Cass. 3/12/2007, n.25187), sia per la più lunga prescrizione dell'azione risarcitoria nell'ipotesi di cui all'art. 2947, c. 3 c.c. (Cass. S.U. 18.11.2008, n. 27337).

Una volta affermata l'autonomia tra il giudizio civile e quello penale, il giudice civile deve accertare la fattispecie costitutiva della responsabilità aquiliana, posta al suo esame, anche se integrante reato, con i mezzi suoi propri e

, quindi, con i mezzi di prova offerti al giudice dal rito civile per la sua decisione.

Tra questi mezzi non solo vi è la presunzione, legale o non, (Cass. 12.5.2003, n. 7281), ma addirittura vi sono le c.d. "prove legali", in cui la legge deroga al principio del libero convincimento del giudice (artt. 239 c.p.c., artt. 2700, 2702, 2705, 2709, 2712, 2713, 2714, 2715, 27120, 2733; 2734, 2735, 2738, c.c.).

La categoria delle prove legali è - invece - completamente sconosciuta all'ordinamento penale.

4.3. Questa autonomia tra il processo civile e quello penale, che trova le sue radici nelle diverse struttura e finalità dei due processi, si riflette - tra l'altro - sui diversi *standars* di certezza probatoria, esistenti tra i due processi, come di recente è stato rilevato.

Sotto questo profilo, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali *standars* delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso

vedansi: Cass. S.U. 11/01/2008, n. 576; Cass. S.U. 11/01/2008, n. 582. Cass. 16.10.2007, n. 21619; Cass. 18.4.2007, n. 9238).

Ciò comporta che il P.M. potrebbe non esercitare l'azione penale a fronte di una *notitia criminis* e chiedere l'archiviazione, sul rilievo che non sia possibile raggiungere nel dibattimento sufficienti risultati probatori ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, tenuto conto del detto livello di certezza e dei diversi mezzi probatori a sua disposizione, mentre il giudice civile, egualmente correttamente, sulla base dei diversi standards probatori e mezzi di prova ritenere sussistente il fatto dannoso e la conseguente responsabilità civile.

4.4. Il principio ha avuto larga diffusione in tema di prova del nesso causale. Anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13/07/2006, n. 295, ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se "appaia sufficientemente probabile" che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; Corte giustizia CE, 15/02/2005, n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che "occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, ad fine di accogliere quelle maggiormente probabili").

Detto standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche

mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni).

4.5. Sennonchè esigenze di coerenza e di armonia dell'intero processo civile comportano che tale principio della probabilità prevalente si applichi anche allorché vi sia un problema di scelta di una delle ipotesi, tra loro incompatibili o contraddittorie, sul fatto, quando tali ipotesi abbiano ottenuto gradi di conferma sulla base degli elementi di prova disponibili. In questo caso la scelta da porre a base della decisione di natura civile va compiuta applicando il criterio della probabilità prevalente. Bisogna in sede di decisione sul fatto scegliere l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Trattasi, quindi, di una scelta comparativa e relativa all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi.

Il criterio della probabilità prevalente fonda anche il sistema logico-operativo della prova presuntiva (secondo la dottrina che più di ogni altra ha esaminato l'argomento, con riferimento al

requisito della "gravità"), che è essenzialmente un ragionamento probabilistico per giungere alla conclusione più probabile (fatto ignoto) tra quante possono esser ipoteticamente tratte dalla stessa premessa e cioè dal fatto noto.

Questi criteri operativi della valutazione degli elementi probatori fondati sulla probabilità prevalente attengono esclusivamente al processo civile, mentre sono estranei al processo penale, attesa la diversità di struttura e di finalità dei due procedimenti.

4.6. Ne consegue che nella fattispecie presenta i lamentati vizi la sentenza impugnata che nell'accertamento della causa del sinistro si è riportata alle conclusioni cui erano pervenute le sentenze penali (anche diverse da quelle espunte di cui al punto 2.1.), da una parte senza valutare autonomamente le prove raccolte in sede penale, prendendo anche posizione in merito agli specifici punti ricostruttivi del fatto indicati dal primo giudice e fatti propri dall'attuale ricorrente, e dall'altra senza adottare i diversi standards di certezza probatoria richiesti in materia civile.

Il giudice civile, invece, sul rilievo, definito notorio, che non vi era stato nessun giudizio penale avente ad oggetto l'individuazione del responsabile penale del sinistro di Ustica, ha ritenuto che egualmente si dovesse escludere l'accertabilità di una responsabilità civile.

5.1. Fondato sono anche le censure in tema di violazione delle norme in materia di illecito omissivo colposo, che aggrediscono la seconda ratio decidendi, esposta nell'impugnata sentenza, ove si

fosse ritenuta inappagante la prima, attinente alla pretesa incertezza della causa del disastro.

Tale seconda ratio investe il nesso di causalità tra il preteso comportamento omissivo dei Ministeri e l'evento dannoso della caduta dell'aereo. Sul punto la corte territoriale ha escluso il nesso di causalità, sia pure con giudizio ipotetico.

La questione, quindi, si sposta sul più generale problema del nesso casuale.

Osserva preliminarmente questa Corte che l'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale è emersa con chiarezza nelle concezioni moderne della responsabilità civile, che costruiscono la struttura della responsabilità aquiliana intorno al danno ingiusto, anzichè al "fatto illecito", divenuto "fatto dannoso".

In effetti, mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale, ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale.

E tuttavia un "fatto" è pur sempre necessario perchè la responsabilità sorga, giacchè l'imputazione del danno presuppone l'esistenza di una delle fattispecie normative di cui all'art. 2043 c.c. e segg., le quali tutte si risolvono nella descrizione di un nesso, che leghi storicamente un evento o ad una condotta o a cose o a fatti di altra natura, che si trovino in una particolare relazione con il soggetto chiamato a rispondere.

Il "danno" rileva così sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica.

Il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria aquiliana è quindi esclusivamente il danno conseguenza del fatto lesivo (di cui è un elemento l'evento lesivo).

Se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno - conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria.

5.2. Proprio in conseguenza di ciò si è consolidata nella cultura giuridica contemporanea l'idea, sviluppata soprattutto in tema di nesso causale, che esistono due momenti diversi del giudizio aquiliano: la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità (per la quale la problematica causale, detta causalità materiale o di fatto, presenta rilevanti analogie con quella penale, artt. 40 e 41 c.p., ed il danno rileva solo come evento lesivo) e la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria.

A questo secondo momento va riferita la regola dell'art. 1223 c.c., (richiamato dall'art. 2056 c.c.), per il quale il risarcimento deve comprendere le perdite "che siano conseguenza immediata e diretta" del fatto lesivo (c.d. causalità giuridica), per cui esattamente si è dubitato che la norma attenga al nesso causale e non piuttosto alla determinazione del quantum del risarcimento, selezionando le conseguenze dannose risarcibili.

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, occorre distinguere nettamente, da un lato, il nesso che deve sussistere tra

comportamento ed evento perchè possa configurarsi, a monte, una responsabilità "strutturale" (secondo la dottrina tedesca) e, dall'altro, il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua funzione di delimitare, a valle, i confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria.

Nel macrosistema civilistico l'unico profilo dedicato al nesso eziologico, è previsto dall'art. 2043 c.c., dove l'imputazione del "fatto doloso o colposo" è addebitata a chi "cagiona ad altri un danno ingiusto", o, come afferma l'art. 1362 Code Napoleon "qui cause à autrui un dommage".

5.3. Ai fini della causalità materiale nell'ambito della responsabilità aquiliana la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, in applicazione dei principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 c.p., ritengono che un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della condicio sine qua non).

Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dal secondo comma dell'art. 41 c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere

irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (Cass. 19.12.2006, n. 27168; Cass. 8.9.2006, n. 19297; Cass. 10.3.2006, n. 5254; Cass. 15.1.1996, n. 268).

Nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quello simile della c.d. regolarità causale (Cass. S.U. 11/01/2008, n. 576; Cass. S.U. 11/01/2008, n. 582).

5.4. Nell'imputazione per omissione colposa, come quella in esame, il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto (Cass. n. 20328 del 2006; Cass. n. 21894 del 2004; Cass. n. 6516 del 2004; Cass. 22/10/2003, n. 15789): rilievo che si traduce a volte nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che l'evento dannoso sia una concretizzazione del rischio, che la norma di condotta violata tendeva a prevenire.

E' questa l'ipotesi per la quale parte della dottrina parla anche di mancanza di nesso causale di antiggiuridicità e che effettivamente non sembra estranea ad una corretta impostazione del problema causale, anche se nei soli limiti di supporto

argomentativo ed orientativo nell'applicazione della regola di cui all'art. 40 c.p., comma 2.

Poichè l'omissione di un certo comportamento, rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, siccome implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento, il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto. L'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità, nel senso che, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile apprezzare l'omissione del comportamento sul piano causale.

La causalità nell'omissione non può essere di ordine strettamente materiale, poichè *ex nihilo nihil fit*.

Anche coloro (corrente minoritaria) che sostengono la causalità materiale nell'omissione e non la causalità normativa (basata sull'equiparazione disposta dall'art. 40 c.p.) fanno coincidere

l'omissione con una condizione negativa perchè l'evento potesse realizzarsi.

La causalità è tuttavia accertabile attraverso un giudizio ipotetico: l'azione ipotizzata, ma omessa, avrebbe impedito l'evento? In altri termini non può riconoscersi la responsabilità per omissione quando il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l'evento prospettato: la responsabilità non sorge non perchè non vi sia stato un comportamento antigiuridico (l'omissione di un comportamento dovuto è di per sé un comportamento antigiuridico), ma perchè quell'omissione non è causa del danno lamentato.

Il giudice pertanto è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi.

L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato "controfattuale" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

6.1. Correttamente il giudice di appello ha ritenuto che al fine di affermare la responsabilità da condotta omissiva era necessario individuare anzitutto quale fosse la fonte che imponeva il comportamento (che si assumeva omesso) ed ha ritenuto che esso non potesse coincidere con il generico obbligo del *neminem laedere*.

Senonchè , giusto quanto rilevato dalla stessa attrice, già all'epoca sulla base di specifiche normative gravava sul Ministero della difesa l'obbligo di assicurare la sicurezza nei cieli e di impedire l'accesso di aerei non autorizzati o nemici (d.p.r. 18.11.1965, n. 1477, art. 12, d.p.r. 18.11.1965, n. 1478, art. 23 l. 16.2.1977 n. 38) e sul Ministero dei Trasporti, attraverso l'apposito Commissariato, l'assistenza e la sicurezza del volo (d.l. 24.10.1979, n. 511).

6.2. Una volta dimostrata la sussistenza di uno specifico obbligo di impedire l'evento ed una volta che fosse appurato che l'evento appartiene al novero di quelli che la norma mirava ad evitare attraverso il comportamento richiesto, ma eventualmente omissivo, non sarebbe necessario, come ritenuto erroneamente dalla corte di merito, che sussista anche la conoscenza dell'esistenza del pericolo, e nella fattispecie, della presenza di aerei pericolosi.

Il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento è già formulato nella norma che pone l'obbligo di attivarsi ed impedire l'evento e l'evento non è altro che la concretizzazione del rischio che la norma (sia specifica sia generica) mira ad evitare. In questo caso la colpa esiste pur sempre e consiste nel porre in essere il comportamento omissivo, in modo cosciente e volontario, in violazione del dovere specifico o generico.

La corte di merito, quindi, ha erroneamente mancato di attribuire rilievo alla circostanza che l'evento (connesso alla penetrazione nello spazio aereo italiano ed all'occupazione dell'aerovia assegnata all'Itavia da parte di veicoli da guerra non autorizzati

9
g

e non identificati) era di quelli che le norme di condotta (relative all'attività di sorveglianza dei due Ministeri) intendeva evitare.

6.3. Nell'ipotesi in cui la corte di merito avesse ritenuto "più probabile che non" l'abbattimento ad opera di aereo non identificato del DC 9 dell'Itavia, secondo la ricostruzione operata dal tribunale e propugnata attualmente dalla ricorrente, essa avrebbe anche dovuto valutare le eventuali prove fornite dai Ministeri convenuti (su cui gravava il relativo onere) che, nonostante il controllo degli spazi aerei secondo le normali tecniche dell'epoca, l'intrusione dell'aereo militare ostile non fu percepita per fattori eccezionali ed imprevedibili ovvero che l'evento non fu evitabile. Il solo fatto che i predetti convenuti non avessero conoscenza della presenza di velivoli nell'aerovia assegnata ad Itavia, ed a maggior ragione, che si trattasse di aerei militari non identificati, di per sé non è elemento idoneo ad escludere la colpevolezza, poiché integra proprio, se non altrimenti giustificato, l'inosservanza delle norme di condotta e di sorveglianza e controllo o quanto meno il difettoso esercizio di tali attività.

6.4. Fondata è anche la censura di contraddittorietà della motivazione.

Infatti la sentenza impugnata afferma che non sussiste la prova circa la conoscenza da parte di organi dello Stato della presenza di velivoli anche solo potenzialmente pericolosi nell'aerovia assegnata ad Itavia e poi afferma che " è noto che lo Stato

g 9

italiano, attualmente, ma ancora di più negli anni '80 era quotidianamente attraversato da aerei militari stranieri, ubicati nelle diverse basi Nato e sulle portaerei".

6.5. Egualmente fondato è il lamentato vizio motivazionale relativamente all'assunto dell'imprevedibilità e straordinarietà del lancio dei missili.

Tale straordinarietà ed imprevedibilità in linea logica poteva sussistere se l'aereo, armato con missili, fosse stato identificato ed autorizzato all'ingresso nei confini nazionali. Se invece l'aereo era non identificato e si "nascondeva" in coda ad un aereo di linea, non poteva ritenersi imprevedibile una condotta pericolosa in danno di tale ultimo aereo, che veniva inseguito in violazione di norme internazionali sugli spazi aerei.

6.6. Egualmente fondata è la censura di vizio motivazionale in ordine alla ritenuta insussistenza del nesso causale tra le assunte omissioni dei Ministeri della Difesa e dei Trasporti ed il disastro aereo, nonché di violazione dei principi in tema di causalità normativa e/o ipotetica.

La corte di merito ha ritenuto che, se anche i Ministeri avessero provveduto alla sorveglianza dovuta, essi non avrebbero mai avuto un'esatta conoscenza della situazione con ampio anticipo rispetto al momento dell'esplosione al fine di adottare misure idonee per evitare il sinistro.

Come correttamente rileva la ricorrente, è illogica la sentenza allorchè fa riferimento al momento terminale dell'esplosione, in quanto l'assegnazione di altra rotta all'Itavia o l'interdizione

al decollo o l'obbligo di atterraggio del DC 9 o l'intercettazione dell'aereo ostile da parte di aerei intercettori italiani, doveva essere correlata non al momento dell'esplosione del missile, ma al momento della conoscibilità dell'esistenza di tale aereo nemico da parte degli operatori dei Ministeri convenuti.

Inoltre con riferimento a tale momento doveva essere effettuato il giudizio controfattuale, al fine di stabilire se, adottando la condotta dovuta di sorveglianza e controllo e pretesamente omessa, nonché le misure conseguenti all'avvistamento di aereo da guerra non identificato nell'aerovia del DC 9, il disastro si sarebbe evitato.

Tutto ciò andava accertato secondo il principio della certezza probabilistica nei termini sopra detti.

7. Con l'ottavo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. ed omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione sulla responsabilità contrattuale del Ministero dei Trasporti (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.).

Assume la ricorrente che erroneamente la sentenza impugnata non ha accolto la sua domanda a norma dell'art. 1218 c.c., essendo inadempiente il Ministero dei Trasporti all'obbligo contrattuale (derivante dalla concessione dell'esercizio del volo di linea) di garantire la sicurezza dell'aerovia assegnata al concessionario.

8.1. Il motivo è inammissibile.

La Corte di merito non ha proprio esaminato né si è pronunciata su alcuna domanda di responsabilità contrattuale da parte del Ministero dei Trasporti.

Il motivo, pertanto, è inammissibile per difetto di interesse, non configurandosi al riguardo una situazione di soccombenza, poiché la sentenza non contiene la statuizione della quale si assume l'erroneità e non contiene sul punto oggetto di gravame alcuna declaratoria della volontà di legge nel caso concreto, esulando dai compiti della corte di cassazione di provvedere direttamente ad una dichiarazione siffatta, atteso che il giudizio di cassazione è preordinato al controllo di legittimità di statuizioni effettivamente rese dal giudice del merito, non già a porre un rimedio sostitutivo all'omessa pronuncia di questi, la quale - previa denuncia del relativo vizio - può dar luogo sotto il diverso profilo dell'art. 360 n. 4 ad annullamento con pronuncia restitutoria della causa alla fase nella quale l'omissione si è verificata e non già a cassazione con enunciazione del principio di diritto, come si evince dal disposto del comma 1 dell'art. 384 c.p.c. in relazione all'art. 383 stesso codice (Cass. 19 gennaio 1996, n. 408).

Infatti l'omessa pronuncia, quale vizio della sentenza deve essere fatta valere dal ricorrente per cassazione esclusivamente attraverso la deduzione del relativo error in procedendo e della violazione dell'articolo 112 del c.p.c. e non già con la denuncia della violazione di norme di diritto sostanziale ovvero del vizio di motivazione di cui all'articolo 360, n. 5, del c.p.c., in

6
7

quanto tali ultime censure presuppongono che il giudice del merito abbia preso in esame la questione oggetto di doglianza e l'abbia risolta in modo giuridicamente non corretto ovvero senza giustificare, o non giustificando adeguatamente, la decisione resa al riguardo. Contemporaneamente solo la corretta deduzione della doglianza ex articolo 112 del c.p.c., trattandosi di una norma processuale, può consentire al giudice di legittimità l'esame degli atti del giudizio al fine di verificare la effettiva deduzione come motivo di appello della censura la cui mancata considerazione da parte del giudice di secondo grado è dedotta come motivo di gravame nel ricorso per cassazione (Cass. 24/02/2004, n.3646; 23/01/2004, n.1170; Cass. 17/10/2003, n.15555; Cass. 15/07/2003, n.11034; Cass. 18/06/2003, n.9707; Cass. 17/01/2003, n.604; Cass. 17/07/2003, n.11197; Cass. 24/06/2002, n.9159; Cass. n. 10558/2002; Cass. S.U. 14.1.1992, n. 369).

8.2. Nella fattispecie, invece, la ricorrente ha da una parte lamentato esclusivamente la violazione di norme di diritto sostanziale e dall'altra ha proposto il ricorso esclusivamente sotto il profilo di cui all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c..

9. Inammissibile è anche il nono motivo, attinente alla violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1224, 1282 e 2056 c.c. sul calcolo degli interessi legali.

Il tribunale di Roma riconobbe gli interessi in favore dell'attrice dal 31.12.2000 e non dalla data della sentenza. Avverso tale statuizione l'attrice propose appello incidentale. La

g e

corte di appello di Roma non si pronunciò su tale impugnazione, ritenendola assorbita.

In tema di giudizio di cassazione, è inammissibile per carenza di interesse il motivo di ricorso che proponga censure che non sono dirette contro una statuizione della sentenza di merito, ma sono relative a questioni sulle quali il giudice di appello non si è pronunciato, ritenendole assorbite, atteso che in relazione a tali questioni manca la soccombenza che costituisce il presupposto dell'impugnazione. Pertanto, esse possono solo essere riproposte nel giudizio di rinvio in caso di accoglimento del ricorso principale (Cass. 19/10/2006, n.22501).

10. In definitiva, va dichiarato inammissibile il ricorso nei confronti del Ministero dell'Interno. Vanno accolti i primi sette motivi di ricorso nei confronti dei Ministeri della Difesa e dei Trasporti e vanno dichiarati inammissibili i motivi ottavo e nono. Va cassata, in relazione, l'impugnata sentenza e va rinviata, anche per le spese del giudizio di cassazione tra i Ministeri della Difesa e dei Trasporti e la ricorrente, la causa ad altra sezione della Corte di appello di Roma, che - esclusa qualsiasi utilizzabilità delle due sentenze penali di cui al I motivo di ricorso - si uniformerà ai principi di diritto di cui ai punti 4.3. e 5.4.

Esistono giusti motivi (segnatamente l'oggettiva complessità dell'accertamento fattuale) per compensare le spese del giudizio di cassazione tra la ricorrente ed il Ministero dell'interno.

P.Q.M.



Dichiara inammissibile il ricorso nei confronti del Ministero dell'Interno. Accoglie i primi sette motivi di ricorso nei confronti dei Ministeri della Difesa e dei Trasporti e dichiara inammissibili i motivi ottavo e nono. Cassa, in relazione, l'impugnata sentenza e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione tra i Ministeri della Difesa e dei Trasporti e la ricorrente, ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

Compensa le spese del giudizio di cassazione tra la ricorrente ed il Ministero dell'interno.

Così deciso in Roma, li 11 febbraio 2009.

Il cons. est.

Il Presidente

Antonio Segreto

Muz

IL CANCELLIERE C1
Innocenzo Battista

[Signature]

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
- 5 MAG. 2009

Oggi

IL CANCELLIERE C1
Innocenzo Battista

[Signature]