

Il problema della responsabilità civile

STEFANO RODOTÀ

Il problema della responsabilità civile

introduzione di

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO

Edizioni
Scientifiche
Italiane

**Ristampe
della Scuola
di specializzazione
in diritto civile
dell'Università
di Camerino**

**a cura di Pietro Perlingieri
e di Giovanni Perlingieri**

121

Ristampa fedele (corretta limitatamente ai soli refusi e rinvii) dell'edizione S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ, Stefano
Il problema della responsabilità civile
Collana: Ristampe della Scuola di specializzazione
in diritto civile dell'Università di Camerino, 121
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2024
pp. LXXIV+220; 24 cm
ISBN 978-88-495-5019-1

© 2024 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO

Il problema della responsabilità civile
di Stefano Rodotà.
Impressioni di lettura

SOMMARIO: 1. Una rilettura del volume, a sessant'anni dalla sua pubblicazione: i meriti dell'opera. – 2. La distinzione tra le responsabilità delittuale e contrattuale. – 3. Il superamento del dogma della colpa come fondamento unitario della responsabilità civile. La nozione di "responsabilità". – 4. I vari criteri di collegamento della responsabilità. Il danno cagionato dall'incapace e la responsabilità dei genitori. – 5. La responsabilità da circolazione di veicoli. – 6. La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia. – 7. La responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio di attività pericolose. – 8. La struttura e la funzione dei criteri d'imputazione previsti dagli artt. 2050, 2051 e 2052 c.c. La disciplina della prova. – 9. L'ingiustizia del danno. – 10. *Segue*. Il danno ingiusto non patrimoniale.

1. *Una rilettura del volume, a sessant'anni dalla sua pubblicazione: i meriti dell'opera.* – Ben pochi libri possono vantare, negli ultimi sessant'anni, una fortuna analoga a quella riscossa, più che meritatamente, da "Il problema della responsabilità civile" di Stefano Rodotà, sia per l'impatto che esso ha avuto sulla successiva dottrina civilistica, sia per il seguito tributato dalla migliore giurisprudenza, sia della Corte costituzionale¹, sia delle Sezioni unite².

Fino agli esordi degli anni '60, il panorama degli studi in tema di responsabilità civile era abbastanza deludente, sia per quantità, sia, soprattutto, per qualità, se confrontato con le poderose trattazioni che riguardavano le altre branche del diritto civile, anche con riferimento ad istituti meta-legislativi, ma che rappresentavano la circolazione di prestigiosi modelli stranieri (il negozio giuridico, ad es.). Nell'ambito degli studi in tema di responsabilità civile, quest'opera, come poche altre, ha provocato una vera

¹ Ad es., Corte cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *G.U.*, I serie spec., 19/05/1999, n. 20.

² Troppo nota per essere citata, Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 (e n. 501), in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2271 ss.

e propria “rivoluzione copernicana”, dischiudendo agli studiosi della materia un itinerario unico e irreversibile. Una recente ricostruzione della storia della moderna responsabilità civile, che mi trova sostanzialmente concorde, annovera, oltre al volume di Stefano Rodotà, le riflessioni di Renato Scognamiglio³, di Pietro Trimarchi⁴ e di Francesco Donato Busnelli⁵ come le opere che «tranciarono i pilastri sui quali ancora si reggeva la rappresentazione dominante del rimedio aquiliano»⁶. A questi scritti aggiungerei⁷ – se si prescinde dal magistrale contributo di Giacomo Venezian⁸, che già alla fine del XIX secolo aveva preconizzato la teorizzazione di principi di responsabilità fondati sul rischio come i più adatti alla moderna società industriale –, sempre in quel felice torno di anni, con specifico riferimento alle tematiche dell’ingiustizia del danno, i saggi di Piero Schlesinger⁹ e di

³ Con riferimento alla voce *Illecito (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 164 ss.

⁴ *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961.

⁵ *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano 1964.

⁶ M. BARCELLONA, *Per un bilancio a cinquant’anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, p. 527.

⁷ Se ci si spinge oltre la letteratura strettamente italiana, imprescindibile è l’opera di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. di A. De Vita, V. Varano, V. Vigoriti, Milano 1975, con presentazione proprio di S. RODOTÀ (l’ed. originale è del 1970).

⁸ *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, I, I ed. 1886, ult. ed. 1917, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma 1919, p. 109 ss. È considerato da P. GROSSI, *Venezian, Giacomo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, vol. II, Bologna 2013, p. 2029 s., anche in «grazia del suo talento nativo unito alle ampie fondazioni culturali e all’ampiezza del proprio sguardo comparativo», come uno «scrittore di pagine di indubbia originalità, civilista precorritore di sviluppi futuri e, pertanto, assolutamente antesignano rispetto alle tradizioni dogmatiche romanistico-civilistiche ancora presenti in Italia a fine Ottocento».

⁹ *La «ingiustizia» del danno nell’illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 347 ss.

Rodolfo Sacco¹⁰; con riguardo alla rielaborazione del criterio d'imputazione previsto dall'art. 2050 c.c., il contributo di Marco Comporti¹¹, nonché, soprattutto, gli ulteriori scritti di Renato Scognamiglio che, con un approccio del tutto innovativo rispetto alla tradizione, hanno dichiarato alla scienza giuridica italiana la reale tematica dei danni alla persona¹², proponendo una serrata critica della *Differenztheorie*¹³ che, ancor oggi, attende di essere seriamente considerata. La recente invenzione della categoria dei danni "normali" o "presunti", in settori pur estremamente disparati¹⁴, da un lato, testimonia le contraddizioni nelle quali è incorsa la Cassazione in questi ultimi anni¹⁵; dall'altro, sancisce la "crisi" della partizione tra danno-evento

¹⁰ *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1435 ss.

¹¹ *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli 1965.

¹² *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 304 ss.

¹³ *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 468 ss.

¹⁴ Ad es., in tema di danno da occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo: Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, in *Danno resp.*, 2023, p. 37 ss., con nota di F. PIAIA, *L'occupazione illegittima di beni immobili: dal danno "in re ipsa" al danno "normale" o "presunto"*; Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, in *Foro it.*, 2022, I, c. 3625 ss., con i commenti di F. MEZZANOTTE, *"Eventi", "conseguenze" e "danno" nell'occupazione "sine titolo" di immobile*, di B. SASSANI - M. MAGLIULO, *"In re ipsa, tamen in re alia"*, di A.M.S. CALDORO, *Dal danno "in re ipsa" al danno presunto: l'apertura delle Sezioni unite*, di R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita (quando c'è, ma non si vede); normalizzazione del danno "in re ipsa" (c'è, ma non si dice)?* Ma anche in materia di danno da perdita del rapporto parentale: Cass., Sez. III, 30 agosto 2022, n. 25541, in *Danno resp.*, 2023, p. 195 ss., annotata da C. BARBERIO, *Danno da perdita del rapporto parentale: fra danni in re ipsa e danni presuntivi*.

¹⁵ In tal senso, già A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermenentica bipolare alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte I, *Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel "law in action"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 18 ss.

e danno-conseguenza, postulato primario della teoria differenziale, applicabile, secondo l'opinabile convinzione della prevalente giurisprudenza e della dottrina "bipolare"¹⁶, in ogni settore e branca del diritto civile¹⁷.

Rileggendo le pagine di Stefano Rodotà, invece, si ha la misura della loro straordinaria modernità e attualità: questo volume appartiene a quell'esiguo novero di contributi per i quali «sembra davvero che il tempo non sia trascorso»¹⁸. Non v'è soluzione che, a distanza di tanti decenni, possa dirsi "superata" dall'incessante e talvolta convulso evolvere della realtà sociale e delle stesse, mobili¹⁹ e nobili²⁰, frontiere²¹ della responsabilità civile. Malgrado l'apparente approccio problematico, volutamente limitato soltanto a taluni aspetti, il contributo assume una valenza sistematica esemplare. Stefano Rodotà de-costruisce e ri-co-

¹⁶ Proprio alla critica del sistema, *recte* dell'ermeneutica "bipolare", per come è ricostruita oggi dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, è dedicato un mio (non più recente) contributo: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica bipolare alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte II, *Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss.

¹⁷ Sulla impossibilità di applicare tale teoria ai danni immateriali e, più in generale, «alle lesioni relative a beni che non hanno uno specifico valore di mercato», v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'ontologia dei "nuovi danni" e le funzioni della responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino 2014, p. 151 s.

¹⁸ M. FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 664.

¹⁹ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss., ora ristampato, *ivi*, 2023, p. 3 ss. (da qui le ulteriori cit.).

²⁰ C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.

²¹ F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 62 ss.; S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano 1988, p. 22 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 85 ss.

struisce un sistema che, a sessant'anni dalla sua edificazione, è più attuale e vitale che mai. Anche perché è un sistema fondato non più su un'astratta quanto opinabile elucubrazione dogmatica ereditata dalla tradizione²², ma direttamente sulle norme (e, talvolta, proprio sui testi) che il nostro codice ha dedicato alle tematiche della responsabilità civile. Malgrado l'opera rappresenti un vero e proprio monumento di cultura giuridica, che spazia, anche con rigoroso metodo comparativo, tra le righe della migliore letteratura francese, tedesca e anglo-americana (anche questa una sicura novità per l'epoca e, soprattutto, per la quasi totalità degli studi in materia), emerge con evidenza il rigore gius-positivista dello studioso, che, pur praticando una lettura storicistica della tradizione, ribalta, senza appello, le convinzioni della quasi totalità della letteratura precedente con argomentazioni – che, sommessamente, considero, a tutt'oggi – decisive e non controvertibili. Il custode (art. 2051 c.c.), il proprietario dell'immobile (artt. 2053 c.c.), il conducente e il proprietario del veicolo (art. 2054 c.c.), il padrone e il committente (art. 2049 c.c.), l'esercente un'attività pericolosa (art. 2050 c.c.), il genitore (art. 2048 c.c.) ecc. sono “responsabili” non per aver agito, anche presuntivamente, con colpa o con dolo, ma perché le rispettive norme imputano (l'obbligazione di risarcire) il danno a carico di questi soggetti, in virtù della loro specifica qualifica.

Stefano Rodotà ridisegna la struttura dell'illecito; inverte il ruolo dei protagonisti del fatto illecito, «ponendo in primo piano la figura della vittima al posto di quella dell'autore del fatto»²³; scopre – poiché di vera e propria “scoperta giuridica”²⁴ si tratta,

²² In proposito, v. le riflessioni dedicate al “tradizionalismo” da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, ora nella presente ristampa, Camerino-Napoli 2023, p. 8 ss. e *passim* (da qui le ulteriori citazioni).

²³ Da ultimo, M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 654.

²⁴ La dottrina germanica utilizza questa locuzione con riferimento ai massimi

più che di un'“invenzione”²⁵ –, sulla base di una rigorosa interpretazione della disciplina codicistica, il tema dei criteri di imputazione della responsabilità, individuando nella colpa il criterio di gran lunga residuale, che opera soltanto «dopo aver accertato che nessun altro criterio è applicabile al caso di specie»²⁶; getta le basi per la moderna concezione riparatoria della responsabilità civile, indicando un percorso che è autonomo e parallelo rispetto alla funzione sanzionatoria ed alla responsabilità penale; individua nell'ingiustizia una clausola generale che, riferita al danno e non più al fatto, pertiene all'elemento oggettivo (non a quello soggettivo: colpa o dolo)²⁷ della responsabilità, consentendo di riparare, sulla base del dettato costituzionale e del principio di solidarietà, qualsiasi “interesse giuridicamente rilevante” che, a prescindere dalla sua qualificazione dogmatica in termini di diritto soggettivo (assoluto o relativo), sulla base di un giudizio comparativo risulti meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

esponenti della scienza giuridica, in particolare con riguardo a coloro che hanno realmente “innovato” il diritto tedesco: così, ad es., H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen 1959, B 1 ss., in ordine all'opera di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin 1903, ora tradotto da G. Varanese, con il titolo *Le violazioni positive del contratto*, Napoli 2001, p. 48; E. SCHMIDT, *Nachwort*, in occasione della ristampa dei contributi di R. VON JHERING sulla *Culpa in contrahendo* e di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H.-Berlin-Zürich 1969, p. 132. Sul punto, R. FAVALE, *Perturbative dell'adempimento e Pflichtverletzung alla luce della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, a cura di R. Favale e B. Marucci, I, Napoli 2003, p. 716 ss.

²⁵ Così, invece, M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 657, che pur assegna a questo termine un significato senz'altro positivo.

²⁶ M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 659.

²⁷ Anche nella recente giurisprudenza, tuttavia, non mancano decisioni che continuano a riferire l'ingiustizia alla illiceità del comportamento (tenuto, nella specie, dal genitore), connotandola, quindi, in senso “soggettivo” (ad es., Cass., 10 giugno 2020, n. 11097, in *DeJure*).

2. *La distinzione tra le responsabilità delittuale e contrattuale.* – Malgrado lo studio sia dedicato ai problemi della responsabilità extracontrattuale, l'Autore evita magistralmente di cadere in quell'abusato "falso concetto"²⁸, nel quale incorrerà una parte della letteratura successiva, nonché un recente assai contestato orientamento della Cassazione²⁹ che, supponendo la responsabilità delittuale per colpa come "il modello" unitario e preminente, tenterà di utilizzare gli elementi strutturali che sono propri dell'art. 2043 c.c. (colpa, causalità materiale, onere della prova sempre a carico dell'attore/creditore) per costruire un "tronco comune" da estendere alla responsabilità contrattuale (*recte*, da inadempimento), quanto meno con riguardo alla

²⁸ P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.; il dibattito è riferito, in Italia, da G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 13. L'orientamento trae spunto dalle pagine di D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une présentation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris 1995, p. 429 ss.

²⁹ Introdotto da Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2017, p. 699, con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* Sul punto, i rilievi critici di A. DI MAJO, *La salute responsabile. Diritti e rimedi*, con la coll. di F. Trincia, Torino 2018, p. 15 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, p. 357; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, *ivi*, 2019, p. 249 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 33 ss.; M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno resp.*, 2019, p. 256 ss.; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss.; ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno resp.*, 2020, p. 559 ss.; N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 329 ss.; C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 883 ss.

generica, indefinibile ed evanescente categoria delle obbligazioni di “*facere professionale*”³⁰. L’art. 1218 c.c. non distingue, ai fini della disciplina dell’inadempimento, le obbligazioni di “*facere professionale*” dalle obbligazioni di dare e di fare “non professionale”. Se v’è una differenza, questa riguarda soltanto l’elemento soggettivo, ovvero la prova della “negligenza” (*recte*, dell’inesatto adempimento), sulla base del peculiare rapporto tra l’art. 1218 c.c. e l’art. 1176, comma 2, c.c. Tale inedita categoria, inoltre, pecca senz’altro per eccesso³¹ se, come sembra, l’anomala disciplina dell’inadempimento dovrebbe riguardare soltanto talune obbligazioni del medico e dell’avvocato, ovvero quelle obbligazioni che, secondo la vulgata, sarebbero qualificate “di mezzi”. Partizione, questa, che, malgrado l’autorevolezza della critica³², «come l’“araba fenice”, rinasce ogni volta dalle sue ceneri e, anzi, assurge, nel diritto delle Corti, a criterio primario di qualificazione del rapporto obbligatorio»³³ e del regime di responsabilità ad esso conseguente. Ma anche nei settori sanitario e forense la stessa Cassazione inizia a ravvisare talune obbligazioni “di risultato” (pareri *pro veritate*, redazione di contratti, obblighi d’informazione, interventi odontoiatrici o di chirurgia plastica, ecc.)³⁴ che prescindono dalla sola

³⁰ Così, le ultime due sentenze “Scoditti”: Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), in *Danno resp.*, 2020, p. 72 ss., annotate criticamente da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”*: perseverare diabolicum.

³¹ In questi termini, già A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2023, p. 135.

³² L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 381 ss. e *passim*.

³³ L’espressione è di M. FEOLA, *Attività e responsabilità nelle professioni legali*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli 2020, p. 343 s.

³⁴ Per la giurisprudenza in materia basti rinviare a V. ZENO-ZENCOVICH,

realizzazione dell'“interesse strumentale”³⁵, così come esistono tante altre attività di “*facere professionale*”, come quelle del notaio (che non comunica all'acquirente l'iscrizione di un'ipoteca sull'immobile o che non trascrive tempestivamente l'atto da lui rogato), del dottore commercialista (che erra nel dichiarare i redditi del cliente o che dimentica di farlo beneficiare di un condono fiscale), dell'ingegnere (che sbaglia i calcoli strutturali e fa crollare il ponte) ecc., nelle quali il mancato conseguimento dell'“interesse primario o presupposto”³⁶ del creditore è indice inequivoco dell'inesattezza dell'adempimento.

Stefano Rodotà non si fa attrarre da queste astruse «seduzioni dello spirito geometrico»³⁷ o da quella ingannevole «analogia di sequenze, prevista dalla disciplina legislativa nel campo dominato dall'art. 1218 e in quello a cui presiedono l'art. 2043 e seguenti»³⁸. Dall'«apparente analogia non è dato desumere anche conclusioni di carattere strutturale, proprio perché mutano i punti di partenza dell'una e dell'altra sequenza: nell'ipotesi prevista dall'art. 1218 la legge, prendendo le mosse dall'inadempimento, ha già compiutamente definito il criterio d'individuazione del soggetto responsabile; mentre, nell'altra ipotesi, la diversa rilevanza giuridica della situazione di partenza (fatto dannoso) fa sì che sia proprio la definizione del criterio, in base al quale far gravare su di un soggetto determinato le conseguenze, a costituire il problema preliminare»³⁹. Mentre in ambito contrattuale, o allorché preesiste una “relazione

Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 306 ss.; M. FEOLA, *op. cit.*, p. 339 ss.

³⁵ Per tale nozione, Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

³⁶ Per questa terminologia, Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

³⁷ *Il problema*, cit., p. 52.

³⁸ *Il problema*, cit., p. 52.

³⁹ *Il problema*, cit., p. 52 s.

giuridicamente rilevante”⁴⁰, l’adempimento inesatto consente di imputare la responsabilità direttamente in capo al debitore, senza che sia necessario provare alcuna causalità materiale da parte del creditore, poiché il rapporto obbligatorio ha già posto in relazione le due parti; nella fattispecie extracontrattuale è proprio nel momento e per effetto del “contatto sociale”⁴¹ che si pone il problema di responsabilità tra i due “passanti”⁴², presentandosi, quindi, «la responsabilità di cui all’art. 2043 e seguenti [...] come *modo di collegamento del fatto dannoso al soggetto responsabile*, e quindi anche come fonte di qualificazione del fatto stesso»⁴³.

⁴⁰ Contrappone alla responsabilità extracontrattuale (non la responsabilità contrattuale ma) la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio», che ha la sua fonte ora nel contratto, ora, direttamente, nella legge, C.-W. CANARIS, *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 4. Cfr., altresì, C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano 1995, p. 191 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, *ivi*, 2014, p. 109 ss. Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 910 ss. La traduzione del contributo di HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320, introduce il volume di HE. STOLL - R. FAVALE - M. FEOLA - A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, Torino 2016; *ivi* i saggi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, p. 57 ss.; di M. FEOLA, *L’obbligazione come rapporto complesso*, p. 83 ss.; di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, p. 205 ss.

⁴¹ Utilizza consapevolmente questo concetto anche S. RODOTÀ, ne *Il problema*, cit., p. 114 e *passim*.

⁴² Tale nozione è stata consegnata alla storia del pensiero giuridico da G. HAUPT, ora nella trad. it. di G. Varanese, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino 2012, p. 50 ss.

⁴³ *Il problema*, cit., p. 54.

3. *Il superamento del dogma della colpa come fondamento unitario della responsabilità civile. La nozione di “responsabilità”*. – Una successiva, ma collegata intuizione, che consente di superare il dogma della colpa quale fondamento unitario della responsabilità civile, e che poi rappresenta il fondamento del sistema, è proprio la ridefinizione della nozione di “responsabilità”, fino ad allora «oggetto di una specie di teologia del diritto, incapace di scorgere le reali peculiarità giuridiche»⁴⁴. «L’ostinata fissità alla lettera della legge o delle massime giurisprudenziali, la fedeltà cieca a presupposti ideologici incompresi o invecchiati, la vana programmaticità di troppe affermazioni» mostravano «con chiarezza che gli studiosi della responsabilità civile non sempre» erano «riusciti a trovare l’*ubi consistam* della loro ricerca»⁴⁵. «In questa scarsa consapevolezza storica ed in questa limitata apertura critica» andava «ricercata la ragione dell’incapacità a dar vita a coerenti proposte di soluzione dei problemi della responsabilità civile», dovendo quest’ultima «consistere non in un astratto giudizio su di un comportamento volontario, bensì in una particolare considerazione della protezione accordata al singolo dal sistema delle leggi»⁴⁶. Nel «ristretto gruppo di norme costituite dagli articoli 2043-2059» la responsabilità si palesa come «modo di collegamento del fatto dannoso» ad un determinato soggetto⁴⁷. Pur assumendo, normalmente, la responsabilità una «posizione subordinata (o, meglio, logicamente successiva)» rispetto al problema dell’illecito, quest’ultimo non rappresenta «l’origine esclusiva della responsabilità»⁴⁸. Nel

⁴⁴ *Il problema*, cit., p. 35.

⁴⁵ *Il problema*, cit., p. 35.

⁴⁶ *Il problema*, cit., p. 36.

⁴⁷ *Il problema*, cit., p. 54.

⁴⁸ *Il problema*, cit., pp. 56 e 57; e già R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., p. 172.

In argomento, M. BARCELLONA, *Renato Scognamiglio e il “metodo realistico”*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 1153 ss.

danno c.d. anonimo v'è «soltanto la possibilità di imputarlo ad un soggetto (cioè, la nascita di una situazione di responsabilità) che attribuisce al danno medesimo rilevanza giuridica»⁴⁹. Se si intendesse mantenere immutato l'antico punto di vista che intende la responsabilità soltanto come sanzione di un illecito e/o di un comportamento colposo, risulterebbe «travisato il senso dell'ordinamento attuale della responsabilità civile, ma pure preclusa la possibilità di una più compiuta sistemazione della materia, destinata a perdersi in tanti rivoli quanti sono i criteri di responsabilità, [...] ed ulteriormente impoverita per l'impossibilità di far riferimento, sia pure soltanto mediato, ai diversi profili rappresentati dagli istituti assicurativi e, in genere, della sicurezza sociale»⁵⁰. Identificare l'unico fondamento della responsabilità nella colpa significherebbe affermare la «impossibilità di concepire una responsabilità non colposa senza involgersi in una inestricabile contraddizione in termini»⁵¹. Ma escludere l'«asserita superiorità *civile* del criterio della colpa», non significa affermare apoditticamente la «superiorità ontologica della responsabilità senza colpa su quella colposa»⁵².

Definire la responsabilità come la soggezione ad un obbligo⁵³, la sottoposizione ad una sanzione⁵⁴, l'obbligazione di risarcire un danno o come il «vincolo a sopportare le conseguenze che sono ricongiunte dal diritto all'atto proprio causalmente

⁴⁹ *Il problema*, cit., p. 57 s.

⁵⁰ *Il problema*, cit., p. 60. In proposito, sia consentito rinviare ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli 1992, *passim*.

⁵¹ *Il problema*, cit., p. 63.

⁵² *Il problema*, cit., pp. 67 e 68 s.

⁵³ A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, IV ed., Milano-Varese 1960, pp. 167 e 168.

⁵⁴ D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, II ed., Torino 1956, p. 6.

compiuto»⁵⁵ significa utilizzare formulazioni «che si limitano a descrivere una situazione giuridicamente già compiuta nei suoi elementi, ed alla quale, di conseguenza, il concetto di responsabilità non è in grado di aggiungere nulla»⁵⁶. Ciò che rimane inespresso, in ciascuna di queste formule, «è proprio il rapporto tra responsabilità e danno, da una parte, e tra responsabilità ed obbligo, dall'altra: cioè le condizioni di rilevanza giuridica del danno e le modalità di imposizione dell'obbligo»⁵⁷. Il soggetto giuridicamente responsabile non è sempre l'autore del fatto dannoso che è chiamato a risarcire: basti «confrontare la dizione dell'art. 2043 con quella degli articoli 2047, co. 2, 2048, 2049 e più ancora [...] 2050-2053»⁵⁸. L'attribuzione della responsabilità in senso giuridico «non consiste nella mera riproduzione di un dato effettuale, ma nella imputazione del danno sulla base di una valutazione comparativa degli interessi». Sì che il problema della responsabilità civile «non consiste nella *scoperta* del vero autore del fatto dannoso (alla quale, spesso, non sarebbe possibile pervenire in nessun modo), bensì nella fissazione di un criterio grazie al quale si può sostituire l'attribuzione automatica del danno con una giuridica»⁵⁹. Per citare le parole di Benedetto Croce, «non si è responsabili, ma si è fatti responsabili»⁶⁰. Quale che sia il concetto di danno che si vuole accogliere, «la sua rilevanza giuridica sarà sempre condizionata alla possibilità di far luogo ad un criterio che permetta di attribuirlo ad un soggetto». E se la sequenza a cui far riferimento è la seguente, «evento dan-

⁵⁵ G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, V, Milano 1948, p. 82; sul punto, S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 452.

⁵⁶ *Il problema*, cit., p. 76 s.

⁵⁷ *Il problema*, cit., p. 77.

⁵⁸ *Il problema*, cit., p. 77 s.

⁵⁹ *Il problema*, cit., p. 78.

⁶⁰ *Etica e politica*, III ed., Bari 1945, p. 127.

noso, responsabilità, obbligazione di risarcimento», il giudizio di responsabilità è, ad un tempo, «condizione della rilevanza giuridica dell'evento dannoso [...] e presupposto per il suo collegamento con un soggetto determinato responsabile»⁶¹.

4. *I vari criteri di collegamento della responsabilità. Il danno cagionato dall'incapace e la responsabilità dei genitori.* – Quindi, se «la responsabilità consiste sostanzialmente nella imputazione di un fatto dannoso ad un soggetto, non è ammissibile parlare in termini di diversi generi di responsabilità, ma è soltanto possibile riferirsi a vari criteri in ragione dei quali si è fatti responsabili»⁶². In presenza di una costante rappresentata dal fatto dannoso, «l'obbligo del risarcimento nasce sempre in modo diretto, a seguito del giudizio di responsabilità»⁶³, formulato sulla base di alcune variabili rappresentate dai diversi criteri di imputazione che «possono essere del tutto indipendenti dal ciclo naturale di causazione del fatto stesso»⁶⁴. Il criterio d'imputazione può essere costituito da un riferimento ad una qualità soggettiva, alla titolarità di una posizione giuridica⁶⁵, al rischio, ad uno «stato soggettivo». Se, sotto un profilo fenomenologico o storico, implica un giudizio rispetto al comportamento, sotto l'aspetto deontologico indica «la necessità che il soggetto sopporti determinate conseguenze di un fatto»⁶⁶. La colpa, lungi dal costituire «il principio»⁶⁷ o il fondamento della responsabilità civile, un

⁶¹ Entrambe le espressioni sono di S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., pp. 80 e 81.

⁶² *Il problema*, cit., p. 86.

⁶³ *Il problema*, cit., p. 86.

⁶⁴ *Il problema*, cit., p. 122.

⁶⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano 1953, p. 32, in nt. 2.

⁶⁶ S. RODOTÀ, ne *Il problema*, cit., p. 82, sulla scia di S. PUGLIATTI, *Autore-sponsabilità*, cit., p. 452.

⁶⁷ M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, in *Il problema*, cit., p. 82, in nt. 90.

giudizio di valore o una modalità del comportamento, «rappresenta solo un particolare criterio di imputazione di un evento ad un subbietto: il criterio che giustifica perché le conseguenze di un evento si riportano alla sfera di un subbietto»⁶⁸. Accanto ad essa il legislatore pone ulteriori e diversi criteri che consentono di imputare il danno «non già ad una *azione soggettiva* (come accadrebbe se il giudizio di responsabilità si esaurisse nel determinare il ciclo di causazione del fatto), ma ad un soggetto, sì che l'accertamento in fatto della colpa determina la nascita dell'obbligazione di risarcimento allo stesso modo in cui la determina, ad esempio, l'accertamento della qualità di proprietario nell'ipotesi prevista dall'art. 2053»⁶⁹. Non sono, dunque, le modalità della qualificazione giuridica a divergere, bensì i criteri in base ai quali si effettua la qualificazione a diversificarsi⁷⁰.

La costruzione teorica e sistematica propugnata da Stefano Rodotà trova un suo incontrovertibile fondamento proprio nel testo degli articoli che succedono all'art. 2043. Piuttosto che far riferimento a fittizie, debolissime quanto «inesatte conclusioni a cui ha condotto il troppo disinvolto ricorso»⁷¹ alle «presunzioni di colpa» e alla «inversione dell'onere della prova», espressione di una «libera creazione del diritto»⁷² fondata sull'«obiettivo travisamento del criterio di responsabilità previsto»⁷³, l'articolo 2048 imputa direttamente il fatto dannoso commesso da un mi-

⁶⁸ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, p. 211.

⁶⁹ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 156, che aderisce, ancora, ai «persuasivi argomenti» di D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., pp. 201 e 211 s.

⁷⁰ Testualmente, *Il problema*, cit., p. 156.

⁷¹ *Il problema*, cit., p. 156.

⁷² Così U. MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei figli minori e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione della prova liberatoria*, in *Dir. giur.*, 1960, p. 45.

⁷³ *Il problema*, cit., p. 158.

nore a persone individuate in base ad una loro qualità, «e questa imputazione compie senza il medio di una colpa, ma scegliendo a criterio appunto la qualità considerata»⁷⁴. L'errore in cui era incorsa la giurisprudenza, che aveva sostituito una prova positiva ad una negativa (la prova di non aver potuto impedire il fatto), era quello di aver costruito una "presunzione di colpa" che poteva «esser vinta con la prova della buona educazione impartita al minore e dell'esercizio di una adeguata vigilanza»⁷⁵. Questo espediente si rivelava «niente affatto rispettoso della disciplina legislativa, poiché la posizione del genitore non è stata presa in considerazione per specificare un determinato tipo di comportamento, ma come una qualità, per sé sola idonea a determinare il sorgere della responsabilità». Una volta stabilito questo criterio, «l'esclusione della responsabilità è condizionata non già all'osservanza di una determinata condotta, ma alla possibilità di escludere l'operatività del criterio stesso»⁷⁶.

Rilievi sostanzialmente analoghi possono essere ripetuti per l'art. 2047 c.c., che imputa la responsabilità per i danni cagionati dall'incapace al soggetto tenuto alla sorveglianza, salvo che non provi di non aver potuto impedire il fatto. Là dove non si possa realizzare il trasferimento dell'incidenza del danno da una sfera giuridica (incapace) all'altra (sorvegliante), perché questi ha assolto all'onere probatorio che lo esime dalla responsabilità, il giudice può condannare l'autore del danno ad una "equa indennità", valutate le condizioni economiche delle parti.

La critica alle "presunzioni di colpa" è, ancor oggi, di straordinaria attualità, pur riguardando, allo stato, soprattutto il rapporto di causalità. In presenza di interpretazioni giurisprudenziali eccessivamente rigorose, che fanno gravare sul danneg-

⁷⁴ *Il problema*, cit., p. 160.

⁷⁵ *Il problema*, cit., p. 157.

⁷⁶ Le due espressioni tra virgolette sono tratte da *Il problema*, cit., p. 162.

giato l'onere di provare sia il difetto del prodotto, sia il danno, sia la connessione causale tra difetto e danno (art. 120, comma 1, d.lgs. n. 206 del 2005)⁷⁷, senza che quest'ultima possa essere “mediata” dall'uso del prodotto⁷⁸, o di recenti elucubrazioni “devianti”⁷⁹ che riscrivono la responsabilità da inadempimento delle obbligazioni di “*facere professionale*” sulla base della norma che disciplina la responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.)⁸⁰, la Cassazione sempre più frequentemente usa ricorrere alla prova presuntiva e/o a quella indiziaria⁸¹, al fine di “alleggerire” la *probatio diabolica* del difetto e/o della causalità materiale accollata al danneggiato. Le critiche mosse alle decisioni “Scoditti” da una dottrina pressoché unanime⁸² hanno indotto la Terza sezione civile a ricorrere a questi espedienti: piuttosto che ritornare ai *dicta* delle Sezioni unite⁸³, come sa-

⁷⁷ L'orientamento è introdotto da Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2414, con nota di A. PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*; conf., tra le tante, Cass., 24 settembre 2018, n. 23447, in *DeJure*; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258, in *Guida al dir.*, 2016, n. 17, p. 51; Cass., Sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458, in *Danno resp.*, 2014, p. 493, con nota di C. BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*; Cass., Sez. III, 6 agosto 2013, n. 18654, *ivi*, 2014, p. 494 ss.

⁷⁸ La critica è di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano 2018, p. 797 s.

⁷⁹ Così A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria*, cit., p. 135.

⁸⁰ Il riferimento è a Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 72 ss.

⁸¹ Un'interpretazione “autentica” è fornita dal Presidente della III Sezione civile, G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa e prova presuntiva*, in S. PATTI - R. POLI, *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino 2022, p. 276 ss.

⁸² V. *retro* nt. 29 e, da ultimo, autorevolmente, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 882 ss., là dove rileva che «nella responsabilità contrattuale una questione causale non si è mai posta, come oggetto di prova per il creditore – mentre secondo l'art. 1218 c.c. essa si pone per il debitore».

⁸³ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 790, con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità me-*

rebbe doveroso, ha preferito ricorrere alla prova della causalità «anche a mezzo di presunzioni»⁸⁴, in assenza di fattori alternativi causalmente rilevanti. Così, in presenza dell'impianto di una valvola cardiaca difettosa, rimanendo incerta la causalità in ordine ai successivi numerosi interventi ai quali il paziente aveva dovuto sottoporsi, la Cassazione ha deciso che, «allegata e provata la ricorrenza di un inadempimento "qualificato" [...] tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili", la presunzione della derivazione dei successivi interventi e ricoveri dalla condotta inadempiente, spettava ai convenuti l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2»⁸⁵. Ma, «evidentemente, la presunzione del rapporto eziologico [...] ribalta il rischio della causa incerta, che va a gravare, esattamente» (ma ai sensi dell'art. 1218 c.c.), «sul debitore e non sul creditore»⁸⁶. Così, la sussistenza del nesso causale tra un'erronea diagnosi dei sanitari e la morte del paziente, «in termini di ascrizione completa dell'evento lesivo in capo ai medi-

dica, che applica, nel settore della responsabilità contrattuale sanitaria, i principi già espressi da Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565 ss., annotata, in vario senso, da G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss., G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 903, V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1569 ss.

⁸⁴ Già Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

⁸⁵ Cass., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31966, in *Danno resp.*, 2019, p. 375, con nota di L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*.

⁸⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova nella responsabilità contrattuale sanitaria*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 336.

ci», viene, questa volta, desunta «escludendo intermediazioni di fattori naturali concomitanti e con valenza eziologica incidenti sulla causazione dell’evento stesso»⁸⁷. Sulla scia di un’importante decisione della Corte di Giustizia UE⁸⁸ che ha ammesso la sussistenza della causalità materiale tra l’inoculazione di un vaccino contro l’epatite B e l’insorgere di una sclerosi multipla, la cui causa è a tutt’oggi del tutto ignota alla scienza medica, la Cassazione ha deciso che la prova del rapporto causale può «anche derivare da quella indiziaria [...] pur in assenza di “certezze” scientifiche (in termini positivi o negativi), ma potendosi fondare “su un complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza [...] consentono” al giudice “di ritenere, con un grado sufficientemente alto di probabilità, che una simile conclusione” – ossia la sussistenza dell’anzidetta connessione – “corrisponda alla realtà”»⁸⁹.

Anche il legislatore europeo pensa di ricorrere a presunzioni, con riferimento ai requisiti del “difetto” e della colpa, in sede sia di riforma della normativa sul danno da prodotto (Proposta di direttiva PL del 28 settembre 2022, COM 2022, 495 fin., che andrebbe ad abrogare ed a sostituire la Direttiva 85/374/CEE), sia di disciplina dei danni da intelligenza artificiale (Proposta di direttiva IA, sempre del 28 settembre 2022, COM 2022, 496 fin.). Queste due Proposte, che tentano di fornire tutele parallele e complementari nell’ambito di un sistema armonizzato che garantisca paritariamente il libero gioco della concorrenza in tutti i Paesi membri, si propongono di “alleggerire” un onere

⁸⁷ Cass., Sez. III, 27 luglio 2021, n. 21530, in *DeJure*, § 5.

⁸⁸ CGUE, Sez. II, 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in *Danno resp.*, 2017, p. 669, con nota di A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*.

⁸⁹ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, cit., § 1.1.1.1.

della prova considerato dalla stessa Commissione come eccessivamente gravoso per il danneggiato⁹⁰, attraverso la previsione di vere e proprie presunzioni legali, sia pure relative, che invertono l'onere della prova del difetto o della colpa, e del nesso di causa, in presenza di specifici “fatti”, la cui prova è rimessa comunque al danneggiato, quali, ad es., l'inadempimento degli obblighi di diligenza e, quindi, delle norme di sicurezza e l'inosservanza dell'ordine di divulgazione, da parte del giudice, di informazioni rilevanti. L'ordinanza di *disclosure*, però, può essere emessa dal giudice soltanto su richiesta del danneggiato che presenti fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda al risarcimento dei danni e che abbia già compiuto, invano, «ogni tentativo proporzionato per ottenere elementi di prova dal convenuto»⁹¹.

Il ricorso a questo sistema di presunzioni legali si giustifica in virtù dell'idea secondo la quale la prova del difetto (per i prodotti) o della colpa (per le Intelligenze Artificiali) siano “pre-requisiti della responsabilità”⁹², la cui prova va comunque accollata all'attore danneggiato. La presunzione, inoltre, è istituito ben conosciuto sia dal diritto tedesco della responsabilità (che pur facendo normalmente gravare la prova della colpa sull'attore, talvolta ricorre a presunzioni o prove *prima facie*: ad

⁹⁰ Così la *Quinta Relazione* della Commissione sull'applicazione della direttiva in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (Dir. 85/374/CEE) del 7 maggio 2018, COM (2018) 246 fin., p. 5; ma già la *Quarta Relazione* dell'8 settembre 2011, COM (2011) 547 def., p. 7 s., e la *Terza Relazione* del 14 settembre 2006, COM (2006), 496 def., p. 9 s.

⁹¹ E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, p. 162.

⁹² G. PONZANELLI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Commentario* a cura di R. Pardolesi e di G. Ponzanelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 509.

es. in tema di responsabilità contrattuale o di danno da prodotti farmaceutici), sia dal diritto anglo-americano (la regola *res ipsa loquitur*), sia dalla stessa tradizione “primordiale” dei diritti di area francese che, prima di consolidare regole di responsabilità oggettiva, hanno conosciuto, nella seconda metà del XIX secolo, l'*escamotage* delle presunzioni di colpa. Si pensi, ad es., alla stessa elaborazione giurisprudenziale della prova liberatoria accollata al proprietario dell'animale (art. 1385, oggi 1243 *code civ.*) e, successivamente, al custode della cosa (art. 1384, comma 1, oggi 1242, comma 1, *code civ.*) che, ben prima dell'*arrêt Tef-faine*⁹³, e ancor prima di assumere definitivamente le vestigia del caso fortuito e/o della forza maggiore⁹⁴, ovvero di una «*cause étrangère* imprevedibile e irresistibile»⁹⁵, fu occasionalmente costruita come una «presunzione di colpa»⁹⁶ suscettibile di prova contraria.

5. *La responsabilità da circolazione di veicoli.* – La ricostruzione dei criteri d'imputazione proposta da Stefano Rodotà trova una conferma ancor più evidente negli ulteriori modelli previsti dal legislatore. L'art. 2054, ad es., malgrado «non prenda le mosse dalla valutazione di una qualità personale, bensì faccia consistere il criterio di responsabilità nello svolgimento di un'attività particolarmente determinata», definisce «i lineamenti di una precisa regola sostanziale» che va «assai oltre una mera disciplina della prova»⁹⁷. In primo luogo «è l'art. 2054 stesso, nel suo quarto comma, a far palese l'insufficienza dei vizi di

⁹³ Cass. civ., 18 juin 1896, in *Rec. Sirey*, 1897, 1, p. 17, con nota di A. ESMEIN, e in *Dalloz Pér.*, 1897, I, p. 433, con il commento di R. SALEILLES.

⁹⁴ In tema di responsabilità del custode per il fatto degli animali, Cass., 27 octobre 1885, in *Dalloz Pér.*, 1886, I, p. 207.

⁹⁵ Così già Cass. civ., 11 mars 1902, in *Dalloz Pér.*, 1902, I, p. 216.

⁹⁶ Req., 23 décembre 1879, in *Rec. Sirey*, 1880, 1, p. 463.

⁹⁷ *Il problema*, cit., pp. 165 e 166.

costruzione o dei difetti di manutenzione per affermare l'inevitabilità del fatto dannoso; inoltre, l'affermata irrilevanza di fatti estranei al conducente o riferibili all'attività di un terzo limita grandemente il ricorso alla esclusione della responsabilità fondata sul caso fortuito o sullo stato di necessità⁹⁸. Si «fa palese, per tale via, una interpretazione della norma che tende a risolvere il profilo dell'inevitabilità in quello dell'imprevedibilità; e la stessa nozione di prevedibilità viene intesa in senso così ampio che la semplice possibilità del fatto (il suo concreto essersi verificato) è intesa come indice della prevedibilità»⁹⁹. Questo modo di intendere la prova rappresenta, «in radice, la negazione di un apprezzamento delle sole componenti soggettive dell'attività esercitata, dal momento che si finisce con il rendere responsabile un soggetto di un fatto prevedibile (nel senso ora indicato), benché in concreto inevitabile»¹⁰⁰. La regola contenuta nell'art. 2054 «è, dunque, relativa al nesso di causalità; la prova liberatoria ha come oggetto l'esistenza di un fatto idoneo a troncare il nesso causale tra l'attività e il danno»¹⁰¹.

Questa attualissima ed illuminante ricostruzione dell'art. 2054 c.c., che individua la prova «di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno» nel caso fortuito, nella forza maggiore o nello stato di necessità, e che ribalta definitivamente quell'orientamento che, richiamando l'ennesima presunzione di colpa, individuava il fondamento di tale modello di responsabilità nella *diligentia diligentissimi*¹⁰², all'epoca trovava una qualche conferma in sparuti quanto meritori indirizzi giurisprudenziali che ora

⁹⁸ *Il problema*, cit., p. 166.

⁹⁹ *Il problema*, cit., p. 166.

¹⁰⁰ *Il problema*, cit., p. 167.

¹⁰¹ *Il problema*, cit., p. 167.

¹⁰² Secondo il noto pensiero di A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano 1966, p. 89.

escludevano il ricorso al caso fortuito «nel caso di slittamento su strada bagnata, imperfezioni delle strade, accresciuta difficoltà del traffico in conseguenza di eventi meteorologici», ora non riconoscevano lo stato di necessità quando il conducente aveva causato un danno «per schivarsi dall'urto di un'altra auto, od a seguito di condotta altrui avventata o frutto di panico»¹⁰³. Si trattava di una giurisprudenza coraggiosa ma ancora assai limitata, che richiedeva una conferma autorevole da parte della dottrina. Le lucide argomentazioni di Stefano Rodotà – pensate ben prima che il legislatore rivoluzionasse il sistema introducendo un obbligo di assicurazione coniugato all'azione diretta ed all'istituzione di un Fondo di garanzia (artt. 18 e 19 l. 24 dicembre 1969, n. 990) –, e quelle già espresse ancor prima da Pietro Trimarchi¹⁰⁴ che, anche se dedicate prevalentemente all'esercizio di attività pericolose, aveva individuato un modello di responsabilità oggettiva per rischio oggettivamente evitabile, incidessero sulla scienza giuridica successiva ancor più della “lettera” del testo e della stessa “intenzione del legislatore”, che si era detto assai fiero di aver “scoperto” una regola che fosse intermedia tra la colpa e la responsabilità oggettiva¹⁰⁵, al punto da averla reiterata, con qualche piccola variante, in tema di responsabilità sia delittuale (l'art. 2050, appunto), sia contrattuale (art. 1681 c.c.).

La giurisprudenza immediatamente successiva seguirà questa strada con decisione: nel caso di investimento di pedoni¹⁰⁶,

¹⁰³ Per questa giurisprudenza, cfr. *Il problema*, cit., p. 166, in nt. 82 e 83.

¹⁰⁴ *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 20 ss., 41 ss., 170 ss. e *passim*.

¹⁰⁵ Questa volontà del legislatore emerge con chiarezza nella stessa *Relazione* al codice, n. 795 (sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Intelligenze artificiali e responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 536 s.).

¹⁰⁶ Già Cass. pen., 28 ottobre 1960, n. 1674, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1961, p. 227 (per ulteriori indicazioni, M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova 1988, p. 156 ss.).

richiederà ora l'estraneità del fatto del conducente¹⁰⁷, ora l'onere di indicare specificamente l'elemento causale nel quale si sarebbe concretizzato il caso fortuito con i suoi caratteri di imprevedibilità e di inevitabilità¹⁰⁸. Il conducente è giudicato sempre responsabile e si esclude la sussistenza del caso fortuito nelle ipotesi di slittamento della vettura su strada bagnata o ghiacciata¹⁰⁹, di abbagliamento da fari o da riflessi solari¹¹⁰, di bloccaggio del volante¹¹¹, di colpo di vento che non assuma «un carattere ciclonico, e cioè di vortice improvviso»¹¹². Il carattere dell'imprevedibilità è stato negato perfino al «sasso proiettato su un'autovettura in sorpasso su una strada non asfaltata»¹¹³. Anche la stanchezza fisica, il sonno fisiologico¹¹⁴ o un malore improvviso del conducente (cardiopatía, epilessia, ecc.)¹¹⁵ non sono stati considerati cause d'esonero in quanto eventi più o

¹⁰⁷ Cfr., ad es., Cass., 19 settembre 1980, n. 5321, in *Resp. civ. prev.*, 1980, p. 728; Cass., 10 marzo 1970, n. 625, *ivi*, 1971, p. 383.

¹⁰⁸ Per tutte, Cass. pen., 18 marzo 1983, n. 2280, in *Arch. giur. circol.*, 1983, p. 478; Cass. pen., 12 gennaio 1979, n. 324, *ivi*, 1979, p. 341. Tuttavia non manca qualche parziale *revirement* che ripropone la rilevanza delle «cautele dell'uomo di normale diligenza» (Cass., 17 febbraio 1987, n. 1724, in *Dir. prat. assic.*, 1987, p. 911).

¹⁰⁹ Cass. pen., 22 ottobre 1986, n. 11314, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1987, p. 705; Cass. pen., 16 marzo 1982, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 837; Cass. pen., 22 dicembre 1981, n. 11329, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1982, p. 1118.

¹¹⁰ Cass. pen., 18 marzo 1986, n. 2183, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1986, p. 1061; Cass. pen., 10 luglio 1980, n. 8796, *ivi*, 1981, p. 157 s.; Cass. pen., 19 gennaio 1980, n. 753, *ivi*, 1980, p. 601; Trib. Firenze, 9 febbraio 1981, *ivi*, 1982, p. 1107.

¹¹¹ Cass. pen., 27 marzo 1980, n. 4268, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1981, p. 1109.

¹¹² Così Cass. pen., 20 gennaio 1970, in *Giust. pen.*, 1970, II, c. 890.

¹¹³ Pret. Bassano del Grappa, 24 novembre 1977, in *Resp. civ. prev.*, 1979, p. 115; Pret. Mestre, 10 marzo 1973, in *Dir. prat. assic.*, 1974, p. 689.

¹¹⁴ Cass. pen., 14 maggio 1985, n. 4660, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1986, p. 160; Cass. pen., 12 ottobre 1984, n. 8513, *ivi*, 1985, p. 275.

¹¹⁵ Cass. pen., 8 aprile 1982, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 550; Cass. pen., 16 gennaio 1978, n. 530, in *Arch. giur. circol.*, 1978, p. 207; App. Brescia, 16 ottobre 1974, in *Resp. civ. prev.*, 1974, p. 162.

meno prevedibili, allorché l'agente sia stato interessato nel passato da qualche sintomo di tali patologie. La stessa manovra di emergenza non è giudicata idonea ad affrancare il danneggiante dalla responsabilità se non risulti adeguata rispetto allo stato di necessità e inevitabile in relazione alla «soluzione di guida prescelta»¹¹⁶. Il comportamento colposo della vittima, per interrompere il nesso eziologico e per liberare il danneggiante, deve consistere in un fatto imprevedibile e inevitabile, di per sé efficiente a causare l'evento¹¹⁷.

In ipotesi di collisione, la presunzione che «ciascuno dei conducenti abbia concorso egualmente a produrre il danno» (art. 2054, comma 2, c.c.) può essere superata non con la prova della propria diligenza o della altrui violazione delle regole della circolazione, ma dimostrando che il comportamento dell'altro conducente integri gli estremi dell'imprevedibilità, dell'inevitabilità e dell'autonomia causale propri del caso fortuito. In tal senso depongono le decisioni della giurisprudenza nell'evenienza di un'improvvisa apertura dello sportello o nelle ipotesi di distacco del carico o di parti meccaniche del veicolo (ruota, marmitta, paraurti, ecc.)¹¹⁸. Al pari della responsabilità del con-

¹¹⁶ Cass. pen., 10 marzo 1982, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 839; Cass. pen., 18 febbraio 1972, *ivi*, 1973, p. 483.

¹¹⁷ Secondo quanto stabilito nel celeberrimo *arrêt Desmares*: Cass. civ., 21 luglio 1982, in *Rec. Dalloz*, 1982, *Jur.*, p. 449, e in *Sem. jur.*, 1982, II, 19861. Per l'incidenza di tale decisione sul diritto francese della responsabilità civile, Y. LAMBERT FAIVRE, *Aspects juridiques, moraux et économiques de l'indemnisation des victimes fautives*, in *Rec. Dalloz*, 1982, *Chron.*, p. 207 ss.; G. VINEY, *La faute de la victime d'un accident corporel: le présent et l'avenir*, in *Sem. jur.*, 1984, I, 3155.

¹¹⁸ Ad esempio, il conducente di un veicolo in sorpasso non ha l'obbligo di prevedere l'apertura dello sportello di una vettura in sosta (già Cass. pen., 11 settembre 1981, n. 8102, in *Arch. giur. circol.*, 1982, p. 107). La giurisprudenza, inoltre, distingue se la collisione tra un veicolo e le parti separate dell'altro si verifichi mentre entrambi sono in movimento o allorché l'oggetto giaccia sulla car-

ducente (art. 2054, comma 1), la norma sulla collisione tra veicoli si pone «sul mero piano oggettivo della idoneità causativa delle rispettive condotte e, in ossequio alla comunanza [...] del rischio prodotto, si rivolge agli autori del fatto, sotto forma di reciprocità»¹¹⁹. L'esonero da responsabilità è individuato nel profilo della causalità, fino ad assorbire del tutto quello della colpevolezza.

La norma (art. 2054, comma 3, c.c.) che sancisce la responsabilità solidale (con il conducente: art. 2054, comma 1) del proprietario del veicolo, dell'usufruttuario o dell'acquirente con patto di riservato dominio comprova ancor più chiaramente la tesi sostenuta da Stefano Rodotà. La responsabilità, che si aggiunge a quella del conducente, ai fini della riparazione del danno, viene imputata a tali soggetti in virtù della loro posizione giuridica. La responsabilità viene fatta gravare sul soggetto che, godendo della disponibilità giuridica del bene, avrebbe potuto e dovuto impedire la circolazione del veicolo¹²⁰. L'elenco dei responsabili (art. 2054, comma 3) non è stato inteso in senso tassativo e, pertanto, la norma è stata estesa ai soggetti che esercitano sul bene quei poteri di direzione e di controllo che trovano fondamento nella relazione giuridica di custodia (*leasing*, ad es.)¹²¹. Sulla scia

reggiata: nel primo caso sarebbe applicabile il comma 2 dell'art. 2054; nel secondo, il comma 1 (Cass., 26 maggio 1959, n. 1618, in *Riv. giur. circol. traspr.*, 1959, p. 518, con nota di E. BONASI BENUCCI, *Sulla nozione di veicolo in circolazione*).

¹¹⁹ Con estrema lucidità, già S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, Camerino-Napoli 1990, p. 219.

¹²⁰ Su tali aspetti, Cass., 30 maggio 1977, n. 2209, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 792; Cass. pen., 25 febbraio 1966, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 1090 ss.; altre indicazioni in F. PECCENINI, *La responsabilità civile per la circolazione dei veicoli*, in G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità civile*, II, in *Giur. sist. civ. e comm. Bigiavi*, Torino 1986, p. 691 s.

¹²¹ Nella prospettiva del testo, Trib. Milano, 13 gennaio 1984, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 101, con nota critica di G. SCALFI, *Analogia o produzione giudiziaria di norme? Considerazioni sull'art. 2054, comma 3, c.c.* Sul punto, U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI, *Leasing automobilistico e responsabilità civile ex art.*

dell'elaborazione d'oltralpe della nozione di *garde*, la giurisprudenza italiana correttamente riconduce alla figura della custodia (art. 2051 c.c.) tutte le ipotesi previste dall'art. 2054 c.c.¹²². Ciò è comprovato altresì dalla regola (art. 2054, comma 4) che imputa la responsabilità per i danni derivanti da vizi di costruzione o da difetti di manutenzione del veicolo a tutte le «persone indicate dai commi precedenti», sia al conducente (comma 1), sia ai titolari di situazioni giuridiche sul bene (comma 3).

Gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina successive attestano il definitivo allontanamento della disciplina sulla responsabilità da circolazione di veicoli dal criterio della colpa e contribuiscono ad allineare l'esperienza italiana a quella francese, ponendo a fondamento dell'art. 2054 – non l'art. 2050 c.c. o, addirittura, il *negligence standard* dell'art. 2043 c.c., bensì – l'art. 2051 c.c., inerente alla responsabilità per danni cagionati da cose in custodia. Anche nel nostro sistema la prova negativa di responsabilità diviene «illusoria» là dove la dimostrazione di aver fatto realmente (e non soltanto in astratto) «tutto il possibile per evitare il danno» (art. 2054, comma 1) tende a identificarsi con la fattispecie del caso fortuito (art. 2051 c.c.)¹²³. La prova liberatoria opera sul piano del nesso di causalità e il criterio di (imputazione della) responsabilità va ravvisato non in un comportamento o in un'attività del convenuto, ma nella relazione giuridica (di custodia, utilizzo, proprietà, ecc.) esistente tra soggetto e bene. Quindi non sembra opportuno parlare né di una responsabilità semi-oggettiva¹²⁴, né dell'enne-

2054, comma 3, c.c., in *Riv. leasing*, 1986, p. 495; G. GIANNINI - M. MARIANI, *La responsabilità per i danni dalla circolazione dei veicoli*, II ed., Milano 1983, p. 24.

¹²² Così già A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli 1993, p. 33 ss. e *passim*.

¹²³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 40.

¹²⁴ In relazione all'art. 2054 c.c.: così, invece, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 680 ss. Afferma, altresì,

sima presunzione di colpa¹²⁵ che resiste fino alla prova del fortuito, anche perché la presunzione è «logicamente costruibile» soltanto sull'oggetto della prova contraria¹²⁶. Il caso fortuito è nozione qualitativamente diversa dall'assenza di colpa, in quanto consiste in uno specifico e autonomo elemento causale, esterno ed estraneo rispetto al comportamento del danneggiante e della vittima e contrassegnato dagli essenziali caratteri dell'inevitabilità e dell'imprevedibilità¹²⁷. Soprattutto nel settore dei danni alla persona, la pretesa presunzione di colpa ha lasciato il campo a una responsabilità oggettiva che è collegata alla titolarità di una situazione o di un'attività. Superata la convinzione che le ipotesi previste dall'art. 2054 sarebbero costruite sulla condotta del conducente, e quindi sulla sua negligenza quantunque lievissima¹²⁸, la giurisprudenza ha allineato la fattispecie di responsabilità da circolazione di veicoli alla disciplina della cosa in custodia (artt. 1384, oggi 1242 *code civ.* e 2051 c.c.), sia sotto il profilo strutturale e normativo, sia sotto l'aspetto funzionale, in modo che si possa discorrere non tanto di rischio o di colpa (presunta o no), quanto di oggettiva garanzia del danneggiato¹²⁹.

che, «in assenza di una disciplina speciale», sarebbe applicabile alla responsabilità da circolazione di veicoli lo *standard* dell'art. 2050 c.c., P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino 1998, p. 1093, aderendo alla tesi di M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo*, cit., p. 259 ss.

¹²⁵ *Contra*, discorre di «responsabilità per colpa presunta», D. POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, Torino 1996, p. 285 s.

¹²⁶ Cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1231 (ma v., tuttavia, Cass., 24 novembre 1979, n. 6148, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 557; Cass., 21 luglio 1979, n. 4385, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 2035).

¹²⁷ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 166 s.

¹²⁸ Per tutti, A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1971, p. 79.

¹²⁹ In questi termini, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, cit., p. 37.

6. *La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia.* – Nel volume si fa soltanto un rapido, ma significativo cenno agli ulteriori criteri di imputazione della responsabilità, che, poi, rappresentano senz'altro le ipotesi più significative. Forse, perché, in questi casi, sono gli stessi testi a parlare, e la loro semplice esegesi è di per sé sufficiente a comprovare la tesi che Stefano Rodotà intende sostenere.

Coerentemente alla critica concernente la suddivisione del sistema di responsabilità civile nella dicotomia responsabilità per colpa – responsabilità senza colpa (o oggettiva)¹³⁰, l'A. dubita dell'esattezza di una qualificazione unitaria della c.d. responsabilità per rischio, intesa come criterio che si specifica «non soltanto in relazione alla posizione dei danneggiati, ma soprattutto in considerazione delle modalità stesse dell'attività imprenditoriale», verso la quale si pone «come strumento per la riduzione dell'agire rischioso, e quindi come mezzo per la razionalizzazione e la maggiore economicità dell'attività industriale stessa»¹³¹. La nozione di responsabilità per rischio (d'impresa, in particolare), costruita sulla base della struttura e della funzione degli artt. 2049-2053 c.c., assumerebbe «un valore unicamente descrittivo di alcuni caratteri comuni ad ipotesi diverse, non un particolare significato sistematico», rappresentando, quindi, «una espressione ellittica, comprensiva di criteri diversi, che – per quanto riguarda le ipotesi legislative considerate – si esprimono più direttamente nei criteri della preposizione, del diritto reale o della disponibilità del bene-mezzo dell'evento dannoso, dell'esercizio di un'attività pericolosa»¹³². Dimostrata «l'insostenibilità della costruzione nell'ambito del sistema di un rapporto tra regola (colpa) ed eccezioni (altri criteri)», ovve-

¹³⁰ *Il problema*, cit., p. 67 ss.

¹³¹ *Il problema*, cit., p. 178.

¹³² *Il problema*, cit., p. 179.

ro dell'eccezionalità degli altri criteri rispetto al principio della colpa, che impediva «di estendere l'operatività di questi altri criteri oltre l'ambito strettamente segnato dalla norma che li prevedeva», non appare più necessaria «la posizione di un principio comune (quale quello del rischio)» che, unificando questi criteri, consenta un ampliamento del loro ambito di applicazione e l'analogia¹³³.

Pur se si prescinde da questa considerazione di carattere sistematico, è indubitabile che una responsabilità (oggettiva) è collegata ai padroni e committenti per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi proprio in virtù della loro qualifica (art. 2049 c.c.); che la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. è imputata a coloro che esercitano un'attività pericolosa, e che tale responsabilità prescinde non soltanto dalla colpa, ma anche dalla stessa sussistenza di un illecito¹³⁴; che i danni cagionati dalle cose (art. 2051), da animali (art. 2052) o dalla rovina di edificio (art. 2053) sono imputati a soggetti che sono considerati responsabili in virtù della loro qualifica di custode o proprietario.

La “scoperta” della responsabilità come mera «imputazione di un fatto dannoso ad un soggetto»¹³⁵ e la demolizione dei pregiudizi in merito alla eccezionalità dei criteri diversi dalla colpa trovano una verifica storica nella amplissima estensione che taluni di questi hanno assunto nella scienza giuridica franco-italiana, al punto da essere considerati come vere e proprie “clausole generali”.

Si pensi, in Francia, alla straordinaria evoluzione ermeneutica dell'art. 1384, comma 1 (oggi 1242, comma 1) del *Code civil*,

¹³³ *Il problema*, cit., p. 180.

¹³⁴ Anche nel diritto tedesco si discorre di una responsabilità da atto lecito dannoso: per tutti, G. WAGNER, *Premessa al § 831*, in *Münchener Kommentar BGB*, 7 Aufl., München 2017, n. 25 ss.

¹³⁵ *Il problema*, cit., p. 86.

«punto di partenza di un prodigioso sviluppo giurisprudenziale che ha esteso e completato, ma anche profondamente modificato e innovato, il sistema legale», assicurando «l'autonoma esistenza di un principio generale» che «sancisce in fatto una responsabilità oggettiva»¹³⁶; in Italia, alla superlativa espansione applicativa della stessa regola (art. 2051), utilizzata sempre più frequentemente dalla Cassazione anche in tema di danni “da caduta”. La Cassazione si è rivolta, in maniera del tutto occasionale, all'art. 2043 c.c. per cassare la sentenza dei giudici d'appello che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni avverso il gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che si era tuffata impattando il fondale della stessa¹³⁷. Ma ha applicato, invece, innumerevoli volte l'art. 2051 c.c., sia per affermare la responsabilità della società che gestiva un'autostrada (a pagamento) per il decesso di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, era caduto in un raccoglitore dell'acqua piovana¹³⁸; sia per sancire la responsabilità dei gestori di strutture alberghiere per i danni occorsi a clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo¹³⁹, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo¹⁴⁰, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli “indispensabili” presidi antiscivolo e

¹³⁶ L'esempio è talmente rilevante, da essere citato dai principali manuali di diritto comparato: le parole cit. nel testo sono tratte da L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino 2000, p. 148.

¹³⁷ Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

¹³⁸ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno resp.*, 2010, p. 555 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Sul “dinamismo” connaturato alla cosa nella responsabilità da custodia*.

¹³⁹ Cass., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1807 ss.

¹⁴⁰ Cass., Sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720, con nota di D. CALCATERRA.

di sostegno¹⁴¹. Il custode-albergatore è stato altresì considerato responsabile, sempre ai sensi dell'art. 2051 c.c., unitamente alla responsabilità contrattuale dell'istituto scolastico ed a quella, da contatto sociale, dell'insegnante¹⁴², per il grave danno biologico subito da una studentessa che, durante una gita scolastica, era caduta al suolo dopo aver scavalcato il parapetto del proprio balcone ed aver avuto accesso al lastrico solare¹⁴³.

Orientamento, questo, confermato anche in tema di danni "da custodia" della Pubblica Amministrazione¹⁴⁴. Le più recenti decisioni della Cassazione affermano, senza soverchie perplessità, la natura oggettiva¹⁴⁵ di questa responsabilità. Così, nel caso di una caduta di un ciclista a causa di un avvallamento presente sulla sede stradale si è deciso che «il danneggiato deve limitarsi a provare il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, spettando al custode la prova c.d. liberatoria mediante dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia avente impulso causale autonomo e carattere di assoluta imprevedibilità ed eccezionalità»¹⁴⁶. Del tutto irrilevante l'eventuale condotta non particolarmente attenta del danneggiato, non integrando il caso fortuito (nel dato della prevedibilità) la circostanza che l'avvallamento fosse «per-

¹⁴¹ Cass., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno resp.*, 2008, p. 782, con il commento di D. BOSCHI.

¹⁴² Già Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*

¹⁴³ Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno resp.*, 2012, p. 755 ss., con il commento di A.P. BENEDETTI.

¹⁴⁴ Cfr., ad es., Cass., 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614, con il commento di S. SCALZINI.

¹⁴⁵ Così, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno resp.*, 2010, p. 921 ss.

¹⁴⁶ Cass., Sez. VI, 2 maggio 2022, n. 13729, in *Danno resp.*, 2023, p. 110, con nota di A. TORRISI, *Caduta provocata da un avvallamento sulla strada e responsabilità della Pubblica Amministrazione.*

cepibile per la sua dimensione e per l'orario in cui era avvenuto il sinistro» (ore 13,20 di un giorno d'estate)¹⁴⁷. Diversamente ragionando, «tutti i custodi di strade potrebbero permettersi di lasciarle non riparate a tempi indefiniti, ovvero astenersi dalla custodia, perché gli avvallamenti possono essere percepiti materialmente da chi passa nelle ore luminose del giorno, soltanto negli orari notturni “risorgendo” la custodia»¹⁴⁸.

Anche nel caso di una caduta verificatasi su una strada comunale, la Suprema corte ha escluso che la responsabilità dell'Amministrazione convenuta potesse essere esclusa dalla presunta «grave negligenza della danneggiata», la quale avrebbe avuto «la piena conoscenza [...] della conformazione della sede stradale percorsa», avendo la corte territoriale rilevato «come dalla stessa non fosse esigibile l'adozione di alcuna cautela maggiore o comunque diversa da quella concretamente adoperata nel caso di specie, avuto riguardo alla morfologia della strada e alle caratteristiche insidiose del tratto sul quale la stessa ebbe a cadere»¹⁴⁹.

Così, la nozione di custodia è stata estesa oltre la titolarità di un diritto reale o personale di godimento, ravvisandosi «il presupposto della responsabilità invocata [...] nella normale condizione di “potere sulla cosa”, che – in quanto riflesso di una situazione giuridicamente rilevante rispetto alla *res* – sia tale da rendere attuale e diretto l'anzidetto potere attraverso una signoria di fatto sulla cosa di cui si abbia la disponibilità materiale»¹⁵⁰. Irrilevante, ai fini dell'imputazione della responsabilità, il ca-

¹⁴⁷ Cass., 2 maggio 2022, n. 13729, cit., p. 110.

¹⁴⁸ Cass., 2 maggio 2022, n. 13729, cit., p. 110.

¹⁴⁹ Cass., Sez. VI, 16 giugno 2022, n. 19362, in *Danno resp.*, 2023, p. 234, con il commento di M. RINALDO, *Responsabilità dell'ente pubblico per danni da cose in custodia. Ricadute processuali e sostanziali*.

¹⁵⁰ Cass., Sez. II, 24 giugno 2022, n. 20429, in *Danno resp.*, 2023, p. 225, annotata da G. SALITO, *Danno da cose in custodia: un'ipotesi di responsabilità (s)oggettiva del custode?*

rattere di staticità o il requisito della pericolosità, intendendosi per “cosa” qualsiasi elemento, mobile o immobile, che si trovi indifferentemente in uno stato solido, liquido o gassoso¹⁵¹. L’eventuale potenzialità di pericolo insita nella cosa, se non assume rilevanza ai fini del giudizio di responsabilità, potendo il danno essere cagionato anche da una cosa del tutto innocua¹⁵², può incidere sul piano probatorio «ai fini di una dimostrazione del fortuito tanto più complessa quanto più relativa a cose idonee per natura a generare condizioni di rischio, come ad esempio sostanze infiammabili o veleni»¹⁵³. In proposito, non devono trarre in inganno alcune incertezze nel percorso argomentativo di qualche decisione – la valutazione comparativa della diligenza tenuta dal custode e dalla vittima¹⁵⁴, le caratteristiche specifiche del bene, l’“effettività” della relazione tra custode e cosa, l’incidenza di elementi causali “esterni” rispetto al bene e alla condotta del terzo¹⁵⁵, l’affidamento riposto nella “sicurezza” della cosa, alcuni «elementi particolari di lesività»¹⁵⁶ posseduti

¹⁵¹ Già R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino 1968, p. 644; conf. P. ZIVIZ, *Il danno cagionato dalle cose in custodia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 100; da ultimo, V. VILLANOVA, *La responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 769.

¹⁵² In proposito, v’è un consolidato orientamento giurisprudenziale: ad es., Cass., 5 dicembre 2008, n. 28811, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1740; Cass., 28 novembre 2007, n. 24739, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 573; Cass., 20 luglio 2002, n. 10641, in *Danno resp.*, 2002, p. 1201.

¹⁵³ G. SALITO, *op. cit.*, p. 229; e già G. BELLÌ, *Cose in custodia: incendio, caso fortuito e aggravamento della prova liberatoria*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 224.

¹⁵⁴ In argomento, F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova 1996, p. 481 ss.

¹⁵⁵ Ad es., Cass., 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1082, con nota di A. PALMIERI; Cass., 3 aprile 2009, n. 8157, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1025; Cass., 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3461.

¹⁵⁶ Ad es., Cass., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno resp.*, 2014, p. 616 ss., con nota di M. TORRESANI.

dalla cosa – che, lungi dal rappresentare una reale concessione al criterio della colpa, costituiscono un “rafforzamento” in fatto – ma ultroneo, perché non richiesto dalla norma – del giudizio di responsabilità. La negligenza del custode non rileva ai fini dell'imputazione della responsabilità, ma se questa è evidente, perché non darne atto?

7. *La responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio di attività pericolose.* – Non v'è dubbio che, sotto certi profili, la regola iscritta nell'art. 2050 c.c. possa essere considerata come una delle «più deludenti»¹⁵⁷ del nostro codice, soprattutto per quella esplicita volontà (che emerge con chiarezza nella Relazione al codice, n. 795) di adottare una soluzione intermedia tra colpa e responsabilità oggettiva. Tale intento risulta chiaramente dall'equivoco enunciato che, da un lato, invertendo l'onere della prova (rispetto all'art. 2043 c.c.), fa gravare sull'esercente la prova di «aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»; dall'altro, dispone una prova liberatoria imperniata comunque sul comportamento dell'esercente. Ma poiché tra colpa e responsabilità oggettiva *tertium non datur*¹⁵⁸, la scienza giuridica italiana ha superato i più vetusti orientamenti volti ad individuare nell'art. 2050 una responsabilità «vincolata alla colpa, seppure presunta e rilevante anche se di tenuissima entità»¹⁵⁹, riconducendo tale modello alla responsabilità oggettiva per rischio oggettivamente evitabile¹⁶⁰ e considerandolo quale

¹⁵⁷ C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1973, p. 713.

¹⁵⁸ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 276.

¹⁵⁹ Per tutti, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milano 1979, p. 184. Qualifica tale modello come un'ipotesi di «responsabilità aggravata per colpa presunta», C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano rist. 1994, p. 709.

¹⁶⁰ P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 279.

criterio di collegamento tipico e autonomo rispetto alla colpa¹⁶¹. L'esercente risponde, anche in assenza di una condotta illecita, per il fatto di aver posto in essere una serie di condizioni obiettive atte, nella loro globalità, a generare situazioni con elevata potenzialità di danno.

Malgrado il legislatore si sia sforzato di trovare una soluzione intermedia tra la colpa e il principio della pura causalità, considerato «ingiusto, antisociale e antieconomico, e tale da scoraggiare attività e iniziative feconde» (Rel. n. 795), la costante interpretazione giurisprudenziale, attraverso l'utilizzo di un meccanismo «di aggravamento sostanziale (tutte le misure idonee) e processuale (l'inversione) dell'onere della prova», determinerà un importante risultato «sul piano sostanziale, trasformando una regola di responsabilità emersa nell'arcipelago della colpa in una regola di responsabilità oggettiva»¹⁶². Anche là dove la giurisprudenza si fa premura di riesumare la figura della «colpa presunta»¹⁶³, o considera l'art. 2050 c.c. (a differenza dell'art. 2051) come «un'ipotesi di responsabilità soggettiva»¹⁶⁴, nella sostanza «applica un vero standard di responsabilità oggettiva, finendo per richiedere come liberatoria la sola interruzione del nesso causale, anche perché in svariate ipotesi il realizzarsi del danno viene assunto dai giudici come prova dell'insufficienza delle misure adottate»¹⁶⁵. Oltre ai fatti del terzo o del danneggiato, l'esonero dalla responsabilità interviene

¹⁶¹ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 166 ss. e *passim*; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 647.

¹⁶² C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 458, in nt. 66. In questi termini già M. CINELLI, *Contributi e contraddizioni della giurisprudenza in materia di responsabilità da attività pericolose*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 161 ss.

¹⁶³ Sul punto, P. ZIVIZ, *Art. 2050*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da P. Cendon, IV, artt. 1655-2059, Torino 1991, p. 2099.

¹⁶⁴ Ad es., Cass., 15 gennaio 2003, n. 472, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1821.

¹⁶⁵ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1036.

normalmente con la prova del caso fortuito¹⁶⁶, cioè di una «causa estranea non imputabile alla sfera giuridica dell'esercente»¹⁶⁷.

Risulta incompatibile con la qualificazione di “attività pericolosa” l'eccezione del c.d. rischio da sviluppo, prevista invece dalla disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso, con la conseguenza che non può andare esente «da responsabilità chi immetta in circolazione una *res periculosa* per il fatto che, al momento dell'immissione, non era possibile, in base allo stato più avanzato delle conoscenze scientifiche, individuare il difetto che ha causato il danno»¹⁶⁸. La nozione di cosa pericolosa prescinde dalla sua eventuale difettosità, essendo la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. interamente fondata sull'idea di esposizione al pericolo, non su quella di difetto di un prodotto che si presume, *ex ante*, come sicuro.

Questa regola, che ben si attaglia a ricomprendere ipotesi, come quelle degli agenti *software* autonomi¹⁶⁹, caratterizzate più dal profilo dinamico dell'“attività”¹⁷⁰ che da quello statico ed inerte del “prodotto”, trova un suo felice completamento in chi ha individuato, in consonanza con la dottrina tedesca¹⁷¹, nell'art. 2050 il fondamento di una responsabilità per esposizione al pericolo¹⁷², ovvero una responsabilità oggettiva derivante

¹⁶⁶ Così anche C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 710.

¹⁶⁷ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 1034.

¹⁶⁸ M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano 2010, p. 441; problematicamente, A. PARZIALE, *Art. 2050 c.c.: dieci anni vissuti... pericolosamente*, in *Danno resp.*, 2019, p. 190 (del quale sono le espressioni citate tra virgolette).

¹⁶⁹ In argomento, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Intelligenze artificiali*, cit., p. 538.

¹⁷⁰ Tale aspetto è posto in evidenza da P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, pp. 1012 e 1017.

¹⁷¹ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli 2019, p. 90 ss.

¹⁷² M. COMPORI, *Esposizione al pericolo*, cit., p. 266.

da «entità irrazionale seagente»¹⁷³, possedendo l'attività pericolosa una potenzialità lesiva destinata ad inserirsi con connotazioni del tutto autonome nel processo causale del danno.

Rispetto all'esperienza tedesca, che pur individua nella *Gefährdungshaftung* una responsabilità oggettiva da pericolo, senza illiceità (*Rechtswidrigkeit*) né colpevolezza (*Verschulden*)¹⁷⁴, quindi una responsabilità da atto lecito dannoso, il nostro codice ha il vantaggio di prevedere una clausola generale che, per essere applicata, non richiede ulteriori e specifici interventi legislativi¹⁷⁵. Oltre ai consueti settori nei quali la giurisprudenza ha individuato la sussistenza di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati (nelle attività sanitarie e farmaceutiche, nelle attività sportive e venatorie, nelle attività di trasporto, nell'edilizia e nei lavori stradali, nella produzione e somministrazione di energia elettrica, nell'erogazione di gas e carburanti, nella produzione e distribuzione di tabacchi lavorati, persino nella gestione di determinate attività ricreative ecc.)¹⁷⁶, un notevole rilievo assume anche il rinvio all'art. 2050 c.c. contenuto nell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2002, n. 196 in tema di trattamento dei dati personali (poi modificato dal d.lgs. n. 101 del 2018). Malgrado il legislatore della codificazione abbia riferito tale regola alla «pericolosità della tecnologia che opera nel mondo materiale non a quella che dà vita alla realtà virtuale, ancora fuori dalla portata dell'immaginazione del legislatore»,

¹⁷³ D. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova 1983, p. 241.

¹⁷⁴ Per tutti, G. WAGNER, *Premessa al § 831*, in *Münchener Kommentar BGB*, cit., n. 25 ss.

¹⁷⁵ Sottolinea, invece, che «la predisposizione di nuove figure di *Gefährdungshaftung* sarebbe privilegio esclusivo del legislatore», G. TEUBNER, *op. cit.*, p. 90, anche in nt. 174.

¹⁷⁶ Per un'esposizione della giurisprudenza in materia si rinvia a P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 1023 ss.; P. ZIVIZ, *op. ult. cit.*, p. 2093 ss.; più di recente, A. PARZIALE, *op. cit.*, p. 190 ss.

da tale disciplina «finisce con l'emergere una interpretazione autentica dell'art. 2050, nella quale viene detto che la regola in esso contenuta, sinora applicata soltanto alle attività di pericolosità materiale, va estesa anche alle attività pericolose della realtà virtuale»¹⁷⁷. Come sottolinea la stessa dottrina tedesca, l'attività pericolosa consistente nella creazione di agenti *software* autonomi è ritenuta lecita per il suo indubbio valore sociale, ma le conseguenze dannose vanno imputate a colui che ha creato il rischio. Tale soluzione trova il suo fondamento in una «responsabilità generale di impresa per i comportamenti degli agenti *software* autonomi, il comportamento difettoso dei quali» non può non essere immediatamente imputato all'impresa¹⁷⁸.

8. *La struttura e la funzione dei criteri d'imputazione previsti dagli artt. 2050, 2051 e 2052 c.c. La disciplina della prova.* – Un'autorevole dottrina tedesca¹⁷⁹ ha criticato la scelta del nostro legislatore di aver recepito, nell'art. 2050, il modello della *Gefährdungshaftung* proveniente dall'esperienza germanica pre ed extra codicistica¹⁸⁰ e, nell'art. 2051, il modello di responsabilità *du fait des choses* che si era affermato in Francia grazie alla consolidazione giurisprudenziale¹⁸¹ delle teorie elaborate,

¹⁷⁷ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 464 s.

¹⁷⁸ G. WAGNER, § 831, in *Münchener Kommentar*, cit., n. 3 s.; non così, G. TEUBNER, *op. cit.*, p. 90, del quale sono le parole cit. nel testo tra virgolette.

¹⁷⁹ C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München 1996, p. 137 s.

¹⁸⁰ Tale modello di responsabilità nasce ben prima del BGB (e poi prolifererà al di fuori del codice), se si pensa alla legge prussiana del 3 novembre 1838 sui danni da esercizio dell'attività ferroviaria e alla *Haftpflichtgesetz* del 7 giugno 1871.

¹⁸¹ Un ruolo essenziale avrà il secondo *arrêt Jand'heur* (Cass., Ch. réun., 13 février 1930, in *Dalloz Pér.*, 1930, I, p. 57, con nota di G. RIPERT), in merito all'applicazione di tale regola alla responsabilità da circolazione di veicoli. Ma le prime decisioni che individuano un autonomo regime di responsabilità sono il celeberrimo *arrêt Teffaine* (Cass. civ., 18 juin 1896, in *Rec. Sirey*, 1897, 1, p. 17,

alla fine dell'800, da Josserand¹⁸² e da Saleilles¹⁸³. I fatti dannosi ascrivibili alla fattispecie dell'art. 2050 sarebbero «parimente suscettibili di disciplina alla stregua della norma successiva», con il rischio di creare «problemi di delimitazione tra una norma e l'altra e perciò vere e proprie disfunzioni applicative»¹⁸⁴. Bisogna riconoscere alla nostra scienza giuridica, però, il merito di aver distinto la sfera di applicazione delle due regole sulla base dell'aspetto più o meno dinamico del prodursi del danno rispetto alla cosa¹⁸⁵, dell'attività e della custodia come fonti distinte di responsabilità¹⁸⁶, anche se talvolta le Corti hanno creato un vero e proprio «ircocervo», avendo forgiato «la categoria delle cose pericolose» e avendola riportata «nella sfera di applicazione dell'art. 2051»¹⁸⁷. Ma, evidentemente, l'art. 2051 può riguardare qualsiasi tipo di cosa¹⁸⁸, mentre il dato della «pericolosità», cioè di una «potenzialità lesiva di grado superiore al normale»¹⁸⁹, rappresenta un dato «tipico» di qualificazione dell'attività di cui all'art. 2050, rilevando l'eventuale pericolosità della cosa soltanto ai fini dell'aggravamento della prova del caso fortuito, là dove implica, per sua natura, una maggiore prevedibilità, da parte del custode, delle possibili conseguenze dannose¹⁹⁰.

Il legislatore francese, nel redigere le norme successive

con nota di A. ESMEIN, e in *Dalloz Pér.*, 1897, I, p. 433, con il commento di R. SALEILLES) e, ancor prima, due decisioni rese in tema di responsabilità dell'animale (Req., 23 décembre 1879, in *Rec. Sirey*, 1880, 1, p. 463; Cass., 27 octobre 1885, in *Dalloz Pér.*, 1886, I, p. 207).

¹⁸² *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris 1897.

¹⁸³ *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris 1897.

¹⁸⁴ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 465.

¹⁸⁵ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1012.

¹⁸⁶ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 469.

¹⁸⁷ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁸ Per la dottrina in tal senso, si rinvia a P. ZIVIZ, *Art. 2050*, cit., p. 2107.

¹⁸⁹ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 1019 (il corsivo è dell'A.).

¹⁹⁰ M. FRANZONI, *Colpa presunta*, cit., p. 172.

all'art. 1382 (oggi art. 1240), aveva prestato molta più cura nella formulazione dell'art. 1385 (ora numerato 1243) di quanto non avesse fatto per l'art. 1384 (oggi 1242). Il nostro codice del '42 si limita a tradurre in bello stile l'art. 1385 *code civil* («Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé»), pel tramite dell'art. 1154 c.c. del 1865 che testualmente lo riproduce¹⁹¹, aggiungendovi l'essenziale elemento della prova del caso fortuito (a carico del "custode") desunto dall'unanime interpretazione che tale regola aveva acquisito nella scienza giuridica d'oltralpe. Non a caso le prime sentenze della Cassazione francese hanno riguardato proprio la responsabilità del custode per il fatto degli animali, la quale aveva ravvisato dapprima una «presunzione di colpa»¹⁹² suscettibile di prova contraria e, poi, una responsabilità *de plein droit*¹⁹³ del *gardien* che può essere superata con la dimostrazione non dell'assenza di colpa, bensì del caso fortuito o della *faute* della vittima¹⁹⁴, cioè di una causa «imprevedibile e irresistibile»¹⁹⁵.

Rispetto all'art. 1385, la responsabilità "du fait des choses" si pone come una vera e propria "creazione" della scienza giuridica francese. Il legislatore del '42 traduce correttamente l'ultimo inciso dell'art. 1384, comma 1 («On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais

¹⁹¹ L'art. 1154 del cod. civ. del 1865 così recita: «Il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito».

¹⁹² Req., 23 décembre 1879, cit., p. 463.

¹⁹³ Così, G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ.* J. Ghestin, III ed., Paris 2006, p. 683.

¹⁹⁴ Cass., 27 octobre 1885, cit., p. 207.

¹⁹⁵ Testualmente, Cass. civ., 11 mars 1902, in *Dalloz Pér.*, 1902, I, p. 216.

encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, *ou des choses que l'on a sous sa garde*»), non incorrendo nell'incomprensione che, invece, aveva caratterizzato il testo dell'art. 1153, comma 1, del c.c. del 1865¹⁹⁶, il quale, nel sostituire infedelmente il genitivo originario («*des choses que l'on a sous sa garde*») con l'espressione «*colle cose che ha in custodia*»¹⁹⁷, riferisce il termine “choses” non più al “fait”, del quale, invece, ne rappresenta la specificazione (fait des personnes [...] ou [fait] des choses). E ciò ha indotto la scienza giuridica italiana a pensare che il danno causato “con le” cose fosse rilevante e, quindi, risarcibile soltanto se le stesse fossero riconducibili “strumentalmente” al fatto delle persone che le hanno utilizzate e/o azionate nel causare il danno. L'art. 2051 c.c., invece, nell'imputare al custode la responsabilità per il «danno cagionato dalle cose», elimina ogni dubbio in proposito. Ne consegue una regola compiuta e ben scritta, sulla base dell'interpretazione che, nel frattempo, l'art. 1384, comma 1, aveva avuto nella scienza giuridica francese, completata, opportuna-

¹⁹⁶ Infatti, l'art. 1153, comma 1, del cod. civ. del 1865 così recita: «Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o *colle cose che ha in custodia*».

¹⁹⁷ G. SALITO, *Danno da cose in custodia*, cit., p. 227, invece, non dà rilievo a questa sostanziale diversità tra il tenore letterale dell'art. 1384, comma 1, *code civ.* e quello dell'art. 1153, comma 1, c.c. it. del 1865. Questo discutibile parallelismo tra il diritto francese e quello italiano post-unitario induce l'A. ad affermare, tra l'altro, che la «logica del codice abrogato» sarebbe analoga «a quanto previsto dal legislatore francese, che, lungi dall'introdurre una categoria generale di danno (il danno da cose, appunto), aveva circoscritto la relativa responsabilità ai soli casi specificamente indicati dagli artt. 1385 e 1386 *code nap.*, con soluzione che, tuttavia, “trovava” Domat dubbioso e lasciava silente Pothier». V'è da rilevare, però, che l'interpretazione dell'art. 1384, comma 1, nella scienza giuridica francese degli ultimi centocinquanta anni dice esattamente il contrario (per tutti, G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., pp. 679-902).

mente, dall'elemento essenziale della prova del fortuito, posta a carico del custode.

Riguardo all'art. 2043 c.c., come si è lucidamente affermato¹⁹⁸, negli artt. 2051 e 2052 c.c. si assiste non soltanto ad un'inversione dell'onere della prova, che dal danneggiato trasla verso il custode, ma anche al mutamento del suo oggetto: una prova inerente non più alla condotta più o meno diligente (o non colposa) del custode, ma al verificarsi di un fatto esterno, imprevedibile, inevitabile e irresistibile. La causa incerta o ignota, evidentemente, grava sul custode. Anche il fatto del terzo e del danneggiato, per assumere rilievo ai fini dell'esonero totale o parziale dalla responsabilità, devono rivestire quei caratteri di autonomia, imprevedibilità e inevitabilità che sono propri del caso fortuito¹⁹⁹. Come si afferma in una recente sentenza della Cassazione²⁰⁰ che, nel confermare un orientamento ormai consolidato, cassa la decisione della Corte d'appello di Milano che aveva individuato il fortuito nella sola condotta "negligente" della vittima, il "fatto della vittima", per integrare gli estremi del fortuito e, quindi, per escludere la responsabilità del custode, deve essere non soltanto colposo, ma anche imprevedibile. Se il primo giudizio va compiuto «guardando al danneggiato, e comparando la condotta da questi concretamente tenuta con quella che avrebbe tenuto una persona di normale avvedutezza, secondo lo schema di cui all'art. 1176 c.c.», il secondo va espresso «invece guardando al custode, e valutando con giudizio *ex ante* se questi potesse ragionevolmente attendersi una condotta

¹⁹⁸ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino 2012, p. 370 ss. e *passim*.

¹⁹⁹ Per le citazioni di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato si rinvia a P. ZIVIZ, *Art. 2050*, cit., p. 2116 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1058 ss.

²⁰⁰ Cass., Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 25837, in *Danno resp.*, 2018, p. 195 ss., con nota di V. CARBONE, *Danno da cosa in custodia: il caso fortuito richiede una condotta imprudente e imprevedibile della vittima*.

negligente da parte dell'utente» che fosse imprevedibile, cioè «eccezionale, inconsueta, mai avvenuta prima, inattesa da una persona sensata»²⁰¹. Al caso fortuito, che «per la nostra legge è quell'evento che non poteva essere previsto (ad esempio, un terremoto)», va «equiparata la forza maggiore, ovvero l'evento che, pur prevedibile, non può essere evitato (ad esempio, un evento atmosferico)»²⁰².

Da qui la massima standard secondo la quale la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia «ha carattere oggettivo e perché possa configurarsi in concreto è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia ed il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode o l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza», essendo «funzione della norma [...] quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa»²⁰³. Irrilevante, ai fini della prova del nesso causale, è la pericolosità attuale o potenziale degli oggetti e della condotta²⁰⁴ del custode. Il fortuito «è qualificazione incidente sul nesso causale e non sull'elemento psicologico dell'illecito», quale «fattore riconducibile a un elemento esterno, avente i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità»²⁰⁵. Tant'è che «il custode negligente non risponde in modo diverso dal custode perito e prudente, se la cosa ha provocato danni a terzi»²⁰⁶.

La conferma di questa ricostruzione si ha esaminando l'esperienza francese. La creazione di una vera e propria clausola generale di responsabilità oggettiva, che si colloca accanto ed

²⁰¹ Cass., 31 ottobre 2017, n. 25837, cit., p. 196.

²⁰² Cass., 31 ottobre 2017, n. 25837, cit., p. 196.

²⁰³ Per tutte, Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno resp.*, 2012, p. 756.

²⁰⁴ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1769, cit., p. 757.

²⁰⁵ Cass., 19 maggio 2011, n. 11016, in *Danno resp.*, 2012, p. 28.

²⁰⁶ Cass., 19 maggio 2011, n. 11016, cit., p. 28.

autonomamente²⁰⁷ rispetto a quella destinata alla responsabilità per *faute* dovuta al “fait personnel” (art. 1382, oggi 1240) ed a quella dedicata alla responsabilità per “le fait d’autrui”²⁰⁸, riguarderà parallelamente l’art. 1384, comma 1 (oggi 1242, co. 1), e l’art. 1385 (ora 1243). «Benché oggi l’art. 1384, comma 1, possa apparire come il testo essenziale e più generale, storicamente è l’art. 1385 che è servito come punto di partenza per l’evoluzione giurisprudenziale»²⁰⁹. Allorché, con l’*arrêt Teffaine*, la Cassazione confermò la decisione di appello con la quale si era riconosciuta la responsabilità dell’*employeur* per un accidente di lavoro causato dall’esplosione di una caldaia di un rimorchiatore, senza che il proprietario del rimorchiatore potesse esonerarsi dalla responsabilità «provando sia la colpa del costruttore, sia il carattere occulto del vizio»²¹⁰, «l’allineamento della responsabilità per il fatto delle cose sulla responsabilità per il fatto degli animali poteva dirsi ormai realizzato»²¹¹. Questa interferenza tra gli artt. 1384, comma 1, e 1385 (attuali 1242, comma 1, e 1243) a tutt’oggi permane, tant’è che la migliore dottrina discorre di un unitario regime di responsabilità oggettiva del *gardien*, per «le fait de la chose ou de l’animal»²¹². La scienza giuridica d’oltralpe, nel pervenire all’attuale disciplina, attraverserà ulteriori importanti tappe: dal necessario “ruolo

²⁰⁷ G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 762 s.

²⁰⁸ Queste tre partizioni, nelle quali si suddivide il diritto francese della responsabilità civile, hanno assunto ormai una portata ed un rilievo equivalenti: la più avvertita trattatistica, infatti, dedica 316 pagine alla responsabilità per “le fait personnel”, 223 pagine alla responsabilità “du fait des choses”, 293 pagine alla responsabilità per “le fait d’autrui” (G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 361-677, 679- 902, 903-1196).

²⁰⁹ G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 682.

²¹⁰ Cass. civ., 18 juin 1896, in *Rec. Sirey*, cit., p. 17, e in *Dalloz Pér.*, cit., p. 433.

²¹¹ G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 685.

²¹² G. VINEY - P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 711 ss.

attivo” della cosa, affinché la vittima possa avvalersi di quella presunzione di causalità stabilita nei due *arrêts* della *Chambre civile* nel 1939 e nel 1941²¹³ (presunzione che può essere vinta non soltanto con la prova della «cause étrangère imprévisible et irrésistible», ma anche con la dimostrazione del “ruolo passivo” della cosa); alla partizione tra “garde de la structure” e “garde de comportement”, che consente di individuare due *gardiens* per una medesima cosa, l’uno (il proprietario) responsabile per i danni dovuti ai vizi della “struttura” interna della cosa, l’altro (che ne ha «l’uso, la direzione e il controllo») per i danni imputabili al “comportamento”, cioè al movimento e alla utilizzazione²¹⁴ di una cosa dotata di un “dinamismo proprio”; alla definizione della nozione di *garde*; alla esclusione della efficacia esoneratoria della “faute de la victime”, a meno che non abbia presentato le caratteristiche di imprevedibilità e di inevitabilità proprie del caso fortuito e della forza maggiore²¹⁵.

Per quanto riguarda il diritto italiano, che si è potuto giovare di questa fenomenale invenzione della scienza giuridica francese già nella formulazione dei testi degli artt. 2051 e 2052 c.c., un problema può riguardare, invece, la demarcazione della linea di “confine” tra l’art. 2050 e l’art. 2051 c.c. Là dove prevale il

²¹³ Rispettivamente, Cass., 9 juin 1939, in *Dalloz H.*, 1939, 2, p. 283; Cass., 19 février 1941, in *DC*, 1941, p. 85, con nota di J. FLOUR.

²¹⁴ Per tale teoria, B. GOLDMAN, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Paris 1947, con pref. di P. ROUBIER; sulla quale, A. TUNC, *Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées*, in *Sem. jur.*, 1957, I, 1384. Tuttavia, in senso maggiormente critico, F. DREYFUS, *La garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées*, thèse Paris I 1980; P. DUPICHOT, *La garde de la structure et la garde du comportement dans la responsabilité civile*, thèse Paris XII 1984.

²¹⁵ In questi termini, il celeberrimo *arrêt Desmares* (Cass., 21 juillet 1982, in *Rec. Dalloz*, 1982, p. 449, con nota di C. LARROUMET, e in *Sem. jur.*, 1982, II, 19861, con il commento di F. CHABAS).

profilo dell'“esercizio” e dello “svolgimento” di “attività pericolose”, quindi, di attività «destinate ad esplicarsi attraverso una serie continua e coordinata di atti»²¹⁶ nelle quali è centrale l'elemento dinamico dell'attività (ed, eventualmente, dell'impresa), si applicherà l'art. 2050 c.c. Là dove prevalgono gli elementi dell'uso, della direzione e del controllo della cosa, la norma di riferimento è l'art. 2051 c.c. Come insegnano le esperienze francese e italiana, è possibile sia una dissociazione (si pensi, ad es., alla suddivisione del rapporto di custodia tra conduttore, proprietario e condominio) sia il trasferimento della custodia. Ma v'è sempre la possibilità, da parte del danneggiato, di proporre il “concorso” tra gli artt. 2050 e 2051 c.c.²¹⁷, che lascia al giudice la possibilità di qualificare la fattispecie con riferimento al singolo concreto rapporto.

9. *L'ingiustizia del danno.* – In presenza di una scienza giuridica che, sulla base di un'interpretazione dell'art. 2043 c.c. quale “norma secondaria”, ancora limitava il rimedio extracontrattuale alla violazione di (una “norma particolare”²¹⁸ che tutelasse il bene leso nella forma di) un diritto soggettivo assoluto, Stefano Rodotà scopre nell'art. 2043 c.c. una «clausola generale», una «fattispecie *aperta*»²¹⁹ che consente di risarcire il danno «tutte le volte che si abbia lesione di una situazione giuridica rilevante»²²⁰. Lo «schema normativo che si pone come limite alla libera valutazione della situazione di fatto» impedisce che si possa parlare di arbitrio o di rinvio all'equità, poiché il giu-

²¹⁶ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1016.

²¹⁷ Così anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., p. 716.

²¹⁸ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 111.

²¹⁹ Entrambe le qualificazioni sono espresse da S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 144.

²²⁰ L'espressione, assai citata in dottrina, è di S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 144.

dice dovrà apprezzare le modalità del fatto dannoso facendo ricorso ai «diversi criteri di responsabilità, seguendo una indicazione già esplicita nella previsione legislativa»²²¹. In tal senso il criterio della solidarietà (art. 2 cost.), nella forma del “dovere inderogabile” (art. 41, comma 2, cost.), oltrepassando «l’ambito circoscritto dell’obbligazione e del contratto»²²², si specifica con riferimento al momento del danno²²³ e «deve ritenersi operante in tutte le situazioni per le quali è prevista una qualsiasi forma di protezione legislativa»²²⁴. Sì che il danno sarà rilevabile «attraverso la comparazione del modo in cui la situazione si sarebbe presentata senza violazione del principio di solidarietà e quello in cui si trova a violazione avvenuta»²²⁵. Rapportata al principio di solidarietà, «la ingiustizia si palesa come giudizio di valore, da pronunciare sulla base di una considerazione di carattere obiettivo»²²⁶. Il legislatore del ’42, nell’aver posto «in diretta relazione danno e ingiustizia fa passare in primo piano il fatto obiettivo della lesione, dando così forma tecnica al ricordato spostamento di attenzione dall’agente alla vittima; e si risolve in un più generale processo di obiettivazione del dato in rapporto al quale va pronunciato il giudizio di responsabilità»²²⁷.

La Corte costituzionale recepirà la tesi di Stefano Rodotà, che ravvisa nell’art. 2043 c.c. una clausola generale, nel 1999²²⁸, in una sentenza che vede tra i componenti il Collegio Giuliano

²²¹ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., pp. 144 e 145.

²²² S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 101.

²²³ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 109.

²²⁴ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 116 s.

²²⁵ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 117.

²²⁶ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 118.

²²⁷ È, questa, una delle espressioni di S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 112, più citate in dottrina.

²²⁸ Corte cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *G.U.*, I serie spec., 19/05/1999, n. 20.

Vassalli, Gustavo Zagrebelsky e Valerio Onida. La Corte, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2043, 2051 e 1227, comma 1, c.c. in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 cost., testualmente afferma che il legislatore ha inteso utilizzare una «clausola generale», una «formula aperta» al fine di consentire «al giudice l'adattamento di tale norma alle circostanze del caso attraverso la valutazione dei limiti di meritevolezza degli interessi pretesamente lesi, anche in relazione ad altri interessi antagonisti, secondo l'evolversi della coscienza sociale e del sistema giuridico generale nonché degli strumenti normalmente a disposizione dei soggetti titolari di tali interessi».

L'espressione "interesse giuridicamente rilevante", utilizzata assai opportunamente da Stefano Rodotà e poi, non a caso, codificata dalla sentenza delle Sezioni unite n. 500 del 1999²²⁹, sembra, a tutt'oggi, la locuzione ancora preferibile rispetto ad altre, pur simili, quali "interesse giuridicamente tutelato e protetto nella vita di relazione", "interesse socialmente apprezzabile", "interesse *tout court*"²³⁰, "interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico"²³¹, poiché, di là dalla possibilità che un medesimo concetto possa parallelamente «segnare i confini della atipicità del contratto e della atipicità dell'illecito»²³², è nozione maggiormente aperta alla «immagine dell'universo in espansione»²³³ che l'ampliamento dell'area del danno risarcibile suscita sul fondamento della clausola generale dell'ingiustizia del danno. Il discorso sui principi e sulle clausole generali caratterizzerà, poi, nel dicembre del 1966, la prolusione maceratese intitolata alle

²²⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

²³⁰ Per queste definizioni dell'ingiustizia nella dottrina italiana, per tutti, V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 38 s., in nt. 35.

²³¹ Così, F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit., p. 10.

²³² F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

²³³ F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 3.

Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, nella convinzione che proprio tali tecniche legislative fossero necessarie al fine di conciliare stabilità ed evoluzione del diritto, favorendo il suo adeguamento al perenne fluire della realtà sociale.

In ordine al principio di solidarietà, v'è da rilevare che Stefano Rodotà già si pone esplicitamente la questione della «immediata applicabilità delle norme costituzionali alla materia privatistica»²³⁴, tema questo che, malgrado lo scarso interesse mostrato fin ad allora dagli studiosi italiani, «in armonia con il prevalente atteggiamento interpretativo adottato verso il testo costituzionale», rivestiva «il più alto interesse, ricca com'è di immediate implicazioni pratiche, oltre che di un rilevante significato di principio»²³⁵. L'esigenza di estendere i confini del diritto privato e di individuare anche nei valori costituzionali il novero degli interessi giuridicamente protetti era stata avanzata da Michele Giorgianni²³⁶, da Rosario Nicolò (proprio nel 1964)²³⁷ e, in precedenza, da Ugo Natoli²³⁸, in un contributo dedicato a cogliere i limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro. Ma questa «rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce della Costituzione repubblicana»²³⁹, auspicata, poi, esplicitamente anche da Pietro Rescigno²⁴⁰, era ben lontana,

²³⁴ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 107.

²³⁵ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 107.

²³⁶ *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.

²³⁷ Nella voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 907 ss.

²³⁸ *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano 1954, pp. 46, 85 ss.

²³⁹ In questi termini, ma criticamente, la prolusione napoletana di P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli 1979, p. 111 ss., anche in *Rass. dir. civ.*, 1980, spec. p. 96 (da qui le ulteriori cit.).

²⁴⁰ *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 224.

non tanto cronologicamente, quanto metodologicamente, dalla innovativa e mirabile sistemazione che qualche anno dopo Pietro Perlingieri darà alla materia²⁴¹, proponendo una ricostruzione dell'intero diritto civile "nella legalità costituzionale"²⁴², sul fondamento della lettura dell'art. 2 cost. quale clausola generale (e "aperta") di ordine pubblico costituzionale²⁴³.

La ricezione giurisprudenziale della inedita tesi sull'ingiustizia del danno propugnata da Stefano Rodotà avverrà, sempre nel 1999, ma sulla base di un itinerario lungo e articolato. Se con il caso Superga²⁴⁴, nel 1953, la Cassazione riconferma senza alcuna perplessità il suo orientamento classico, negando che al Torino Calcio potesse essere risarcito il danno economico conseguente alla perdita dei 10 undicesimi dei propri calciatori di prima squadra, non avendo la Società un diritto soggettivo assoluto sui singoli giocatori periti nella sciagura aerea, è soltanto nel 1971, con il caso Meroni²⁴⁵, che le Sezioni unite della Cassazione pongono per la prima volta in discussione,

²⁴¹ In particolare, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, cit., p. 111 ss.

²⁴² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1983, *passim*. L'opera, giunta alla quarta edizione riscritta ed ampliata (ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli 2020), si articola in cinque volumi: vol I, *Metodi e tecniche*, Napoli 2020; vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli 2020; vol. III, *Situazioni soggettive*, Napoli 2020; vol. IV, *Attività e responsabilità*, Napoli 2020; vol. V, *Tutela e giurisdizione*, Napoli 2020.

²⁴³ In questi termini, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli 1991, p. 325 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in G. ALPA - G. CONTE (cur.), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino 2018, p. 332. Ma alcuni significativi spunti sono già rinvenibili in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli 1972, p. 161 ss.

²⁴⁴ Cass., 3 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1087.

²⁴⁵ Cass., Sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, I, 1, c. 681, con il commento di G. VISINTINI.

con un lungo *obiter*²⁴⁶, l'orientamento tradizionale. A seguito del decesso del calciatore a causa di un incidente stradale, la difesa del Torino calcio, rimanendo fedele alla dottrina del diritto soggettivo assoluto, ravvisa la sua violazione nella lesione del diritto dell'imprenditore all'avviamento della propria azienda di spettacoli sportivi. Ma la Cassazione, qualificando la relazione intercorrente tra il calciatore e la Società come un rapporto di lavoro subordinato, si chiede se sia ammissibile la tutela aquiliana in caso di lesione del credito da parte di un terzo, estraneo al rapporto obbligatorio. Rilevando che la giurisprudenza della S.C. aveva già conosciuto alcune ipotesi di risarcimento di diritti di credito (le prestazioni alimentari dovute dal defunto nei riguardi dei propri congiunti, ad es.)²⁴⁷, le Sezioni unite ritengono di dover riconsiderare l'indirizzo fin qui seguito, affermando che il danno *contra jus* possa riguardare la lesione di una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento nella forma del diritto soggettivo, e giudicando arbitraria ogni discriminazione tra le due categorie di diritti soggettivi. Il risarcimento non viene comunque accordato al Torino calcio per difetto di prova di un danno economico realmente subito, non avendo la Società dimostrato di aver subito un danno da diminuzione degli spettatori. Così, anche a seguito della successiva riassunzione del processo presso la Corte di appello di Genova, la Cassazione²⁴⁸ esclude che la Società possa ottenere il risarcimento per la perdita del valore di scambio che la stessa avrebbe potuto ricavare dalla cessione ad

²⁴⁶ Così anche P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 217 s., in nt. 4.

²⁴⁷ Ad es., Cass., 27 gennaio 1964, n. 186, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1200; criticamente, F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, *ivi*, 1965, IV, c. 50.

²⁴⁸ Cass., 29 marzo 1978, n. 1459, in *Foro it.*, 1978, I, c. 827, con nota critica di R. PARDOLESI.

altra società del contratto di ingaggio, risultando tale valore del tutto eventuale e, comunque, non sussistente al momento del decesso del giocatore.

Crollato il “muro” del diritto soggettivo assoluto, la giurisprudenza estende progressivamente l’ambito della tutela aquiliana, ravvisando sempre più numerose “situazioni giuridiche rilevanti”. Da un lato, il responsabile di lesioni personali, anche temporanee, nei riguardi di un lavoratore dipendente è considerato tenuto al risarcimento nei riguardi del datore di lavoro che abbia subito perdite economiche «per la mancata utilizzazione delle prestazioni lavorative del predetto dipendente»²⁴⁹; dall’altro, sono considerate “situazioni giuridiche rilevanti” che legittimano la tutela aquiliana il possesso²⁵⁰ e, perfino, la detenzione qualificata, in presenza di contratti di locazione²⁵¹ e comodato. Così, le Sezioni unite della Cassazione risarciscono la lesione delle «legittime aspettative di un futuro contributo economico» a favore dei genitori, a seguito dell’uccisione del figlio minore²⁵². Celebre è, poi, l’elaborazione di un “diritto alla integrità del proprio patrimonio” in occasione delle decisioni rese sui casi “Guerlain”²⁵³ e “De Chirico”²⁵⁴. In quest’ultimo la Cassazione riconosce il diritto al risarcimento per l’acquirente del quadro falso ma recante una firma autentica dell’autore sul

²⁴⁹ Ad es., Cass., 25 giugno 1993, n. 7063, in *DeJure*; e già Cass., 1° aprile 1980, n. 2105, in *Resp. civ. prev.*, 1980, p. 666.

²⁵⁰ In proposito, C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano 1989.

²⁵¹ Cass., 13 giugno 1978, n. 2938, in *Resp. civ. prev.*, 1979, p. 57.

²⁵² Cass., Sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 150.

²⁵³ Cass., 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 392.

²⁵⁴ Cass., 4 maggio 1982, n. 2756, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2864 ss.; sul punto, A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 298 ss.

retro del dipinto, sulla base della considerazione che il danno al patrimonio fosse la conseguenza diretta della falsa attestazione, che aveva leso il diritto dell'acquirente di autodeterminarsi liberamente nello svolgimento dell'attività contrattuale relativa al proprio patrimonio.

In proposito, non va dimenticata la progressiva espansione giurisprudenziale del danno da perdita di *chance*, là dove lo stesso sia risarcito in un contesto extra-contrattuale²⁵⁵. Dai primi casi nei quali tale danno riguardava le *chances* di essere assunti o di conseguire avanzamenti di carriera (con riferimento a promozioni a scelta), a seguito d'irregolarità nell'espletamento dei concorsi in violazione degli obblighi di buona fede e di correttezza²⁵⁶, all'accoglimento di tale figura nelle ipotesi²⁵⁷ di "demansionamento"²⁵⁸ o di "dequalificazione"²⁵⁹ del prestatore di lavoro, di un negligente intervento chirurgico che ha provocato conseguenze patrimoniali e non²⁶⁰, del pregiudizio subito da un libero professionista per l'irragionevole durata di un processo penale che si conclude con una sentenza di assoluzione²⁶¹,

²⁵⁵ Rileva, tuttavia, che nell'esperienza italiana il danno da perdita di *chance* è risarcito, dalla Cassazione, soprattutto in ambito contrattuale, M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli 2004, p. 47 ss.

²⁵⁶ Oltre al *leading case* deciso da Cass., Sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 ss., cfr., tra le molteplici decisioni conformi, Cass., Sez. lav., 10 agosto 1987, n. 6864, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2987 ss.; Cass., Sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 234 ss.; Cass., Sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, *ivi*, 1996, I, 1, c. 799 s.

²⁵⁷ I casi che seguono sono tutti tratti da M. FEOLA, *Rapporto causale e danno da perdita di chance*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 468 s.

²⁵⁸ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Danno resp.*, 2006, p. 855.

²⁵⁹ Cass., Sez. lav., 10 giugno 2004, n. 11045, in D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano 2007, p. 202.

²⁶⁰ Cass., 28 gennaio 2005, n. 1752, in D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 207 s.

²⁶¹ Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 18953, in D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 228.

della posizione dello studente²⁶², dell'“aspirante ballerino”²⁶³ o del pugile dilettante²⁶⁴ che, a causa di un incidente o di un negligente controllo sanitario, perdono la possibilità di svolgere una futura attività lavorativa, dei danni patiti da un corridore automobilistico²⁶⁵ o da un revisore dei conti²⁶⁶ per l'illegittima esclusione dalle competizioni sportive o per l'erroneo protesto di un assegno, della perduta opportunità di partecipare ad un concorso a causa della mancata consegna del telegramma di convocazione²⁶⁷, perfino della seduzione con promessa di matrimonio (con particolare riguardo alle perdute opportunità di sposarsi)²⁶⁸. Malgrado alcune di queste decisioni denotino una concezione “apocrifa”²⁶⁹ del danno da perdita di *chance*, in epoca più recente la Cassazione accoglierà, in maniera generalizza-

²⁶² App. Trieste, 25 novembre 1987, in *Dir. prat. ass.*, 1988, p. 535.

²⁶³ Cass., Sez. III, 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno resp.*, 1999, p. 534, con nota di U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*.

²⁶⁴ Trib. Roma, 28 ottobre 1999, in *Danno resp.*, 2000, p. 658 ss.

²⁶⁵ Trib. Monza, 21 febbraio 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 859 ss.

²⁶⁶ App. Roma, Sez. III, 17 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 640 ss., con nota di G. NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*.

²⁶⁷ Successivamente alla sentenza della Corte cost., 20 giugno 2002, n. 254, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2209, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, «nella parte in cui dispone che l'Amministrazione ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito del telegramma», Trib. Reggio Calabria, Sez. II, 11 ottobre 2004, in *Danno resp.*, 2005, p. 165 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La quantificazione del danno da perdita di chance per telegramma spedito, ma non consegnato*. Sulla questione, già Trib. Termini Imerese, 10 maggio 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 2075.

²⁶⁸ Per una critica di tale giurisprudenza v., tuttavia, V. CARBONE, *La seduzione con promessa di matrimonio non è perdita di chance*, in *Danno resp.*, 1998, p. 1144 ss., e M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 87-90.

²⁶⁹ Così, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 53 ss.

ta, tale figura nei settori della responsabilità legale²⁷⁰ e sanitaria²⁷¹, ogni qualvolta la condotta illegittima del professionista ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto. Superato quell'orientamento che considerava risarcibile come perdita di *chance* anche la perdita delle possibilità di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente²⁷², questa figura di danno, in ambito non patrimoniale, sarà limitata, da ultimo, alla sola «incertezza eventistica», che «sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta», se provato «il nesso causale (certo ovvero “più probabile che non”), tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza»²⁷³.

Un'importante giurisprudenza in materia è rappresentata anche dall'utilizzo di tale figura in materia di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: «là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso dell'offerta eco-

²⁷⁰ Cass., Sez. II, 22 novembre 2004, n. 22026 in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, p. 13 s. Già M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di chances nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 179 ss.

²⁷¹ Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno resp.*, 2005, p. 47, con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*.

²⁷² Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Dir. giur.*, 2008, p. 581 ss., anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 293 ss., con il commento di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*.

²⁷³ Da ultime, Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1289, con nota di S. GARREFFA, *I paralogismi della teoria della chance perduta*; Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Danno resp.*, 2020, p. 88 s., con il commento di R. PUCELLA, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*. Sul punto, M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione dir. civ.*, 2019, p. 36 ss.

nomicamente più vantaggiosa)»²⁷⁴, non essendovi «agevole rinnovabilità»²⁷⁵ delle attività amministrative o delle operazioni di gara, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione «deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di *chance*, quale perdita, definitiva, di un'occasione favorevole di cui il soggetto danneggiato si sarebbe avvalso con ragionevole certezza, ossia nella elisione di un bene, giuridicamente ed economicamente rilevante, già esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'evento dannoso, il cui valore, però, è dato dalle sue utilità future, ovvero dalla sua idoneità strumentale a far sorgere in capo al *dominus* dello stesso una data e specifica situazione di vantaggio»²⁷⁶.

Il danno da perdita di *chance* che consegue alla lesione di interessi legittimi pretensivi che sono stati lesi da comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione²⁷⁷ concerne situazioni giuridiche che, sicuramente, non è possibile configurare in termini di diritto soggettivo, concretandosi in «istanze di sviluppo della sfera [...] personale e patrimoniale del soggetto»²⁷⁸ che vengono frustrate dalla mancata possibilità di ottenere un provvedimento favorevole, a seguito di una condotta illegittima della pubblica amministrazione. La risarcibilità di utilità che non possono essere considerate “già” acquisite alla sfera del pretendente (come, ad es., gli interessi “oppositivi”), ma che consistono in posizioni giuridicamente definibili in ter-

²⁷⁴ Cons. Stato, 22 giugno 2004, n. 278, in D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 220.

²⁷⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Responsabilità civile (Responsabilità della p.a.)*, p. 2037, n. 400, anche in *Urban. appalti*, 2006, p. 1355 s.

²⁷⁶ Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323, cit., p. 2037, n. 400.

²⁷⁷ Cfr., ad es., T.A.R. Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, T.A.R. Toscana, 21 ottobre 1999, n. 766, in *Foro it.*, 2000, III, cc. 227 s., 2340 s., e Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1417 ss.

²⁷⁸ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2265.

mini di “oggettivo affidamento” circa la conclusione positiva di un procedimento concorsuale²⁷⁹, «dà la misura del recente ampliamento della nozione di danno ingiusto e del definitivo abbandono di una teorica fondata sulla lesione dei soli “diritti” formalmente costituiti»²⁸⁰.

La massima valorizzazione dell'ingiustizia del danno si è avuta poi con l'“epocale”²⁸¹ sentenza delle Sezioni unite di fine secolo che, seguendo un itinerario già tracciato da Stefano Rodotà e da Rosario Nicolò nel 1963²⁸², ha esteso la tutela aquiliana anche agli interessi legittimi pretensivi, qualora l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione di un “bene della vita” al quale l'interesse legittimo è correlato, e là dove lo stesso risulti meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico. E poiché l'art. 2043 c.c. è la norma primaria volta ad apprestare la riparazione del danno ingiustamente sofferto per effetto dell'attività altrui, «ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante»²⁸³. Escluso che «oggetto della tutela risarcitoria sia

²⁷⁹ In questi termini, A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 394.

²⁸⁰ M. FEOLA, *Rapporto causale*, cit., p. 472.

²⁸¹ Così, A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 356.

²⁸² *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27-29 ottobre 1963), pubblicati a cura del Centro Italiano di Studi Amministrativi, Sezione campana, Milano 1965.

²⁸³ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

[soltanto] il diritto soggettivo (e tantomeno il diritto assoluto [...])», non potendo l'interprete stabilire a priori quali siano gli interessi meritevoli di tutela, compito del giudice è «quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, [...] ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto»²⁸⁴. Comparazione e valutazione devono essere condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di verificare «se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prenda in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così un'esigenza di protezione»²⁸⁵.

La successiva giurisprudenza della Cassazione continua ad osservare questi principi di diritto, pur affermando che, nel caso di responsabilità della Pubblica Amministrazione per l'illegittimo esercizio della funzione pubblica, il diritto del privato al risarcimento del danno debba essere accertato in maniera diversa secondo la natura dell'interesse legittimo leso: se l'interesse è oppositivo, occorre verificare se l'illegittima attività dell'Amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; se l'interesse è, invece, pretensivo, concretandosi la lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, è necessario valutare, a mezzo di un giudizio prognostico, la fondatezza o meno della richiesta della parte, onde stabilire se la medesima sia titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o

²⁸⁴ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

²⁸⁵ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., pp. 2270 e 2271.

di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole²⁸⁶.

10. Segue. *Il danno ingiusto non patrimoniale*. – Nel volume che qui si ristampa non v'è una compiuta trattazione dei rapporti tra l'art. 2043 e l'art. 2059 c.c. Ma, significativamente, si fa rilevare come l'art. 2059 rappresenti «un regresso» sia rispetto al Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927 «che prevedeva in via di principio il pieno risarcimento dei danni non patrimoniali»²⁸⁷, sia riguardo alla «più lontana tradizione italiana» che era «nel senso della risarcibilità del danno morale; tradizione interrotta da una assai criticata sentenza della Cassazione romana [...], che accettava in specie le premesse di Gabba [...] e di Chironi»²⁸⁸. E poiché «l'intero nostro sistema» risulta «fondato sulla clausola generale dell'art. 2043», questo testo «deve ritenersi applicabile» nei casi «di pregiudizio patrimoniale o personale, palesandosi come struttura normativa in cui trova diretta espressione la tradizionale veduta che vuole preliminarmente e prevalentemente considerati, ai fini del risarcimento, quei danni che si risolvono in un pregiudizio arrecato alla persona o al patrimonio»²⁸⁹.

Malgrado manchi ancora qualche anno alla decisione sul

²⁸⁶ Testualmente, Cass., 27 luglio 2021, n. 21535, in *DeJure*, che decide di cassare la sentenza di appello che, prescindendo dalla distinzione operata in base alla natura dell'interesse legittimo, aveva negato il risarcimento dei danni conseguenti alla illegittima emissione di un'ordinanza di chiusura di un'attività di commercio ambulante, sull'erroneo presupposto che fosse insussistente l'autorizzazione all'esercizio del commercio e fossero carenti le ulteriori autorizzazioni richieste (edilizia e paesaggistica).

²⁸⁷ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 13.

²⁸⁸ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 15, in nt. 24. La decisione cit. è Cass. Roma, 27 aprile 1912, in *Giur. it.*, 1912, I, 1, c. 837 ss.

²⁸⁹ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 188 s.

“caso Gennarino”²⁹⁰, ed alla denuncia del carattere “classista”²⁹¹ del sistema di riparazione (pseudo)reddituale dei danni alla salute²⁹², il riferimento dell’art. 2043 c.c. anche al “pregiudizio arrecato alla persona” sembra anticipare – sulla scia delle intuizioni di Renato Scognamiglio²⁹³ – le posizioni della giurisprudenza genovese²⁹⁴ e del successivo itinerario dei danni alla persona, risarcibili in quanto danni ingiusti, e non in quanto danni patrimoniali²⁹⁵.

D'altronde la stessa giurisprudenza della Cassazione, prima della imprevedibile svolta del 2003²⁹⁶, che preluderà alla «”abrogazione criptica” dell’art. 2059», alla sua «dolce morte»²⁹⁷, aveva

²⁹⁰ Trib. Milano, 18 gennaio 1971, in *Giur. merito*, 1971, I, p. 210 ss.

²⁹¹ S. RODOTÀ, *Una sentenza classista*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 435 ss.; criticamente anche A.M. GALOPPINI, *Il caso Gennarino, ovvero quanto vale il figlio dell'operaio*, in *Dem. dir.*, 1971, p. 225 ss.

²⁹² Criticato, altresì, da F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano 1978, pp. 530-534.

²⁹³ *Il danno morale*, cit., p. 290 ss.

²⁹⁴ Trib. Genova, 30 maggio 1974, in *Resp. civ. prev.*, 1975, p. 424 ss.; Trib. Genova, 20 ottobre 1975, *ivi*, 1976, p. 472 ss. L'orientamento programmatico dei giudici genovesi è definito nel manifesto redatto da V. MONETTI - G. PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 159 ss. Sul punto, G. ALPA, *Danno “biologico” e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, c. 443 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss.

²⁹⁵ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 226 ss.; e già, ID., *Immissioni e “rapporto proprietario”*, Camerino-Napoli 1984, p. 395 ss.; ID., *La riparazione dei danni alla persona*, cit., p. 272 ss.

²⁹⁶ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno resp.*, 2003, pp. 817 ss., 821 ss.; Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *ivi*, 2003, p. 939 ss. Sul punto, i rilievi critici di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775 ss.

²⁹⁷ All'unisono, F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, p. 827; P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass.*

iniziato a considerare risarcibili²⁹⁸, sulla base del criterio dell'ingiustizia del danno, "interessi giuridicamente rilevanti" di natura squisitamente "non patrimoniale"²⁹⁹.

Una ricostruzione (della risarcibilità) delle diverse figure di danno non patrimoniale nel «law in action» sul solo fondamento del criterio dell'ingiustizia (di cui all'art. 2043 c.c.)³⁰⁰, e il conseguente tentativo di ricostruire il sistema senza cancellare l'originaria funzione deterrente e satisfattorio-punitiva della riparazione del danno "da reato" (disposta dagli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.)³⁰¹ – che Stefano Rodotà volle pubblicare integralmente³⁰² sulla Rivista da lui fondata e diretta – sembravano, almeno

8828/2003, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 385; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in Paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, p. 834. Anche per M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 97, la figura qualificata dall'art. 2043 c.c. non andava «contrapposta a quella dell'art. 2059 né considerata sinonimo di "danno patrimoniale"; è [...] nozione generale, rispetto alla quale possono darsi diverse qualificazioni; quindi diverse nozioni particolari di danno, tutte definite in positivo, in relazione alle caratteristiche del bene leso».

²⁹⁸ Sulla scia di una fondamentale sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., 30 maggio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss.).

²⁹⁹ L'indagine è svolta in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte I, cit., p. 10 ss.

³⁰⁰ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. ult. cit.*

³⁰¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 220 ss.; con specifico riferimento ai danni "da reato", ID., *Danni civili e danno "da reato" nel sistema polifunzionale delle responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1165 ss.; ID., *Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, a cura di G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi, S. Orlando, Firenze 2022, p. 3435 ss. Concorde nel considerare l'art. 2043 c.c. una «norma centrale (relativa a qualsiasi danno, patrimoniale o no, purché ingiusto)» e nel «limitare la funzione dell'art. 2059 c.c. a quella sanzionatoria», G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, p. 85.

³⁰² Nonostante un "inammissibile" superamento del numero di pagine consentito. Tuttavia, pur dopo aver impegnato così significativamente i numeri 1 e 2 del 2003 della Rivista, l'esimio Maestro volle pubblicare, anche sul n. 3, un mio

per il suo autore, la soluzione più ragionevole e coerente con l'itinerario dottrinale e giurisprudenziale fin lì percorso. Il carattere «*primario, prioritario, unitario e sistemico-assiologico* del giudizio d'ingiustizia»³⁰³ non poteva consentire, a piacimento dell'interprete, la suddivisione in molteplici e multiformi "livelli"³⁰⁴, secondo che il danno fosse patrimoniale o non patrimoniale, o in una «*iniuria* nell'art. 2043 c.c.» che si voleva contrapposta all'«*iniuria* nell'art. 2059 c.c.»³⁰⁵. La stessa sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite, nel ravvisare nell'art. 2043 c.c. una clausola generale, non aveva inteso limitare l'ingiustizia al danno patrimoniale, né aveva tentato di recuperare il modello "bipolare" contrapponendo ad un sistema atipico di risarcimento del danno patrimoniale, un sistema tipizzato (anche se non chiuso) caratterizzato dalla lesione del "diritto inviolabile"³⁰⁶.

A ciò provvederanno, invece, le sentenze di "San Martino"³⁰⁷ le quali, pur continuando a perseverare nel "peccato

commento alle decisioni del 2003 (*Morte e resurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 615 ss.).

³⁰³ In questi termini, M. FEOLA, in M. FEOLA - A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 458.

³⁰⁴ Così, invece, P. ZIVIZ - F. BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1315.

³⁰⁵ Tale tesi, seguita da E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano 2004, p. 35 s., è così sintetizzata da D. POLETTI, *Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 657.

³⁰⁶ In questi termini, invece, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 25 ss., con il commento critico di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*.

³⁰⁷ Il fortunato appellativo si deve alla arguta «metafora meteorologica» di F.D. BUSNELLI, ... *E venne l'estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Milano 2009, p. 91.

originale” di proseguire nella «disinvoltata “rilettura costituzionalmente orientata”»³⁰⁸ dell’art. 2059 c.c., non hanno potuto esimersi dall’affermare che «l’art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali [...] nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell’illecito civile, che si ricavano dall’art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest’ultimo dall’ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue»³⁰⁹.

Le più recenti sentenze in tema di danno biologico dinamico-relazionale e, soprattutto, in materia di danni dinamico-relazionali non biologici e di danno morale³¹⁰ estendono ulteriormente l’area dei danni non patrimoniali risarcibili, raccordando la componente “oggettiva” e dinamico-relazionale della “negletta” figura del danno esistenziale con l’universo dei danni alla persona.

Ecco che, allora, di là dalle declamazioni di una parte della

³⁰⁸ Così, in termini evidentemente critici, anche F.D. BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, p. 470.

³⁰⁹ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., p. 24 (il corsivo è aggiunto).

³¹⁰ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno resp.*, 2018, p. 463 ss., con note di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l’abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*, e di A. BIANCHI, *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglini e Rossetti*; Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 838 ss., commentata da G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all’interno della terza sezione*; Cass., Sez. III, 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno resp.*, 2018, p. 453 ss. Conf., Cass., Sez. III, 26 maggio 2020, n. 9865, in *DeJure*.

dottrina e della giurisprudenza del tempo presente, gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., svuotati «da ogni malintesa funzione compensativa»³¹¹, devono tornare a svolgere l'originaria funzione che fu loro assegnata dal legislatore del '42, risultando applicabili «per riparare, ma “solo nei casi determinati dalla legge”, quei danni che sono caratterizzati da una particolare anti giuridicità, in quanto arrecati sulla base di un illecito che integra una fattispecie di reato. “In tutti gli altri casi”, deve aggiungere l'interprete, e cioè in assenza di un fatto di reato, qualsiasi danno [patrimoniale o non patrimoniale] sarà comunque risarcibile in quanto ingiusto, sulla base della ordinaria e generale funzione di *compensation* garantita dall'art. 2043 c.c.»³¹².

³¹¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte I, cit., p. 56. Afferma che il limitare l'art. 2059 c.c. entro una funzione meramente compensativa rappresenta «una superfetazione: se non ci fosse, il risultato per quanto attiene al danno alla persona, non cambierebbe», P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la “tipicità” del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 523.

³¹² In conclusione, sia consentito ribadire quanto a suo tempo affermato in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. ult. cit.*