

praeter legem»? cit., p. 331, che «la europeizzazione del diritto privato è ineliminabilmente legata alla futura struttura costituzionale della Comunità». Anche V. Zeno-Zencovich, N. Vardi, *The Constitutional Basis of a European Private Law*, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra, du Perron, Veldman (a cura di), *Towards a European Civil Code* cit., pp. 205 sgg., spec. 212, riconoscono che il processo costituzionale europeo potrebbe avere significative ripercussioni sul futuro del diritto privato europeo.

²⁷⁷ Spunti in tal senso nella riflessione di C. Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in G. Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione europea*, Padova 2005, pp. 55 sg.

²⁷⁸ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

²⁷⁹ P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 163.

²⁸⁰ S. Patti, *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 521 (ma v. pure *Diritto privato e codificazione europea*, Milano 2004).

²⁸¹ Si vedano *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, a cura di G. Cian, Padova 2002; e i contributi raccolti nel fasc. n. 2/2004 di *Contratto e impresa. Europa*, in particolare R. Zimmermann, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*.

²⁸² G. Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello «Schuldrecht» tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 5 sgg.

²⁸³ H. Schulte-Nölke, *Ein Vertragsgesetz für Europa?*, in *JZ*, 2001, pp. 917 sgg.

²⁸⁴ B. Daubner-Lieb, *Vers un droit européen des obligations? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2004, pp. 559 sgg.

²⁸⁵ *Code civil des Français 1804*, a cura di J.-D. Bredin, Paris 2004.

²⁸⁶ Paris 2004.

²⁸⁷ Paris 2004.

²⁸⁸ E. Gaudemet, in *Le Code civil 1804-2004* cit., pp. 297 sgg.

²⁸⁹ F. Terré, in *1804-2004. Le Code civil* cit., p. 899.

²⁹⁰ J. Carbonnier, *ivi*, p. 1045.

²⁹¹ L. Leveneur, *ivi*, p. 925.

²⁹² L. Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*, in *Mélanges Drago*, Paris 1996, pp. 25 sgg.

²⁹³ E. Zoller, in *1804-2004. Le Code civil* cit., pp. 988 sgg.

²⁹⁴ D. Tallon, *ivi*, pp. 1002 sgg.

²⁹⁵ 2004, n. 4, pp. 1145-1195.

²⁹⁶ *Ivi*, p. 1148.

²⁹⁷ *Ivi*, p. 1170.

²⁹⁸ *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris 1977, p. 1153.

²⁹⁹ *Revue de contrats* cit., p. 1178.

³⁰⁰ Così A. Sériaux, *ivi*, p. 1189. Per una descrizione complessiva v. B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, in *Uniform L. Rev.*, 2006, p. 103.

³⁰¹ *Ivi*, p. 1179.

La responsabilità civile

di Vincenzo Zeno-Zencovich

Per responsabilità civile intendiamo in questa trattazione, pur con le inevitabili incertezze definitorie, quella branca del diritto privato che disciplina il sorgere di un obbligo – ripristinatorio o risarcitorio – in capo ad un soggetto che ha arrecato (o al quale è collegabile la responsabilità per) un danno al di fuori di un rapporto di natura contrattuale.

Mettere l'accento sulla natura extracontrattuale della responsabilità implica che vi sia chiarezza sull'area confinante, che è quella della responsabilità contrattuale.

Nel contempo va evidenziato che il profilo contrattuale non è l'unico confine che interessa perché vi sono altri istituti, diversi dal contratto, suscettibili di imporre un intervento ripristinatorio o risarcitorio: e questo non solo in un contesto che sul continente europeo si definirebbe obbligatorio, ma anche in relazione a rapporti nei quali prevale – sempre secondo uno schema continentale – un profilo reale (si pensi alla tutela della proprietà e del possesso).

Già da questa sommaria presentazione ci si avvede che l'oggetto del discorso – anche restando all'interno del medesimo ordinamento – varia a seconda:

- a) dell'ambito della responsabilità contrattuale;
- b) dell'esistenza di fonti di obbligazioni diverse dal contratto e dal fatto illecito produttivo di responsabilità (esempio tipico: l'ingiustificato arricchimento);
- c) dell'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità.

Sempre a mo' di premessa va chiarito che – come risulterà più evidente dallo sviluppo del discorso – la delimitazione del campo della responsabilità civile ha finalità essenzialmente sistematiche e

didattiche. Nella vita quotidiana del diritto essa, pur occupando un posto molto importante ed esteso, ha dei contorni assai più sfumati o frastagliati con frequenti sovrapposizioni e «terre di nessuno». Questo avviene perché da sempre l'istituto della responsabilità civile viene utilizzato – o meglio, si cerca di utilizzarlo – da solo o assieme ad altri istituti, per far sopportare ad un altro soggetto un danno che si è subito. Si parla a tal proposito di «trasferimento» o di «allocazione» del danno.

Si può dunque parlare, metaforicamente, di una continua osmosi e di concorrenza fra rimedi offerti dalla responsabilità civile e quelli offerti dagli altri istituti, contrattuali o non contrattuali.

Questo aspetto pratico non può essere trascurato – e infatti non viene mai trascurato negli studi più accreditati – perché costituisce, per così dire, il motore dell'istituto della responsabilità civile sospingendolo, secondo la direttrice che risulta dall'incontro delle linee di forza espresse dai contrapposti interessi del danneggiato e del soggetto che si vorrebbe lo riparasse, in questa o quella direzione.

L'evoluzione dei sistemi di responsabilità civile è poi influenzata, quantomeno nell'ultimo secolo, da tre ulteriori fattori:

a) la crescente complessità, per numero e intensità, dei rapporti fra i soggetti appartenenti ad una comunità, che non può essere più considerata localistica, ma che ha una estensione planetaria: una fuga radioattiva da una centrale nucleare può arrecare danni a migliaia di chilometri, un prodotto difettoso fabbricato in una parte del globo e distribuito nell'altra parte può provocare lesioni a chi lo usa, una trasmissione via satellite può essere captata da centinaia di milioni di persone sparse su tutta la terra.

Con l'intensificarsi dei rapporti, crescono proporzionalmente le possibilità che qualcuno lamenti un danno e che dunque si rivolga (anche) agli istituti della responsabilità civile per tentare di addossarlo a qualcun altro;

b) lo sviluppo economico-sociale, il quale tende nei paesi c.d. occidentali a ridurre i divari fra i cittadini e a raggiungere una uguaglianza sostanziale, rende sempre più consapevoli i soggetti danneggiati della possibilità di ricorrere a procedure legali ripristinatorie o risarcitorie e sempre meno disposti a sopportare il danno senza reagire giuridicamente. Il che ovviamente moltiplica il numero di azioni giudiziarie rafforzando quel «motore» di cui si è appena parlato;

c) il ricorso a strumenti non privatistici per la riparazione del

danno, laddove questo presenti talune caratteristiche che potremmo definire di inaccettabilità sociale.

Si comincia sul finire dell'Ottocento con l'introduzione di fondi previdenziali per ristorare i soggetti colpiti da infortuni sul luogo di lavoro: è evidente che se si applicassero le normali regole della responsabilità civile la vittima spesso non otterrebbe nulla o per la difficoltà di provare la colpa del datore di lavoro oppure perché si accerterebbe una sua rilevante auto-responsabilità. Nata con forme mutualistiche e di cooperazione fra le parti, la previdenza contro gli infortuni diventa rapidamente un tipico compito del *welfare state*.

Seguiranno interventi strutturali di tipo indennitario per le vittime di reati comuni ovvero di atti ascrivibili alla responsabilità dell'amministrazione (incidenti medici all'interno di strutture sanitarie pubbliche, trasfusioni di sangue infetto, danni da vaccinazioni obbligatorie). Oppure interventi occasionali, come nel caso di calamità cui ha contribuito l'incuria umana (inondazioni, incendi, epidemie). L'istituto della responsabilità civile conosce dunque una significativa concorrenza da parte di strumenti di diritto pubblico.

Queste motivazioni attuali non devono tuttavia far dimenticare che la storia della responsabilità civile è millenaria e che fin dai tempi più antichi gli ordinamenti avevano approntato degli strumenti ripristinatori/risarcitori. Basti pensare che nel c.d. Codice di Hammurabi (ca. 2200 a.C.: dunque più di quattromila anni fa) sono numerosissime le disposizioni che impongono obbligazioni risarcitorie a carico di chi abbia arrecato il danno a persone, cose o animali. Questi principi, la cui diffusione nelle civiltà del Mediterraneo orientale è ampiamente confermata dalla Bibbia, si trasmettono in tutto il mondo antico e vengono affinati, sviluppati e sistemati dal diritto romano, dal quale conviene propriamente prendere le mosse nell'esame dei diversi modelli che hanno marcato – e tutt'oggi marcano – l'evoluzione dell'istituto.

1. IL MODELLO ROMANISTICO-FRANCESE

1.1. Il diritto romano

Il principale motivo per il quale interessa conoscere il modello romanistico di responsabilità civile è perché esso – al pari di tanti altri

istituti forgiati da quel diritto – ci è stato tramandato nel corso dei secoli, pur con altri adattamenti, fungendo da stampo per assetti assai più recenti nel tempo e tuttora attuali e vigenti. In primo luogo per gli artt. 1382 sgg. del *code civil* francese, promulgato nel 1804.

Va soggiunto, per evitare di cadere in errori esegetici, che quel che si vuole, in sintesi, illustrare non è il diritto romano come effettivamente era, ma quello che si è creduto per secoli che fosse, e che ha influenzato la storia dell'istituto qui in esame.

Sotto questo aspetto è importante sottolineare come i due principali sistemi giuridici di *civil law* – quello francese e quello tedesco – si rifanno entrambi al modello romanistico, ma con esiti, come si vedrà, assai diversi fra loro.

Nel diritto romano classico si individuano quattro categorie di *delicta* dalle quali sorge a carico dell'offensore una *poena* consistente nel pagamento di una somma di denaro.

Tre di queste categorie – il *furtum*, la *rapina* e l'*iniuria* – tutelavano essenzialmente il diritto di proprietà (le prime due) e l'integrità fisica e morale (la terza). La quarta – il *damnum iniuria datum* – appare assai più complessa, giacché comprende una serie di atti dannosi su cose altrui (a cominciare dagli schiavi). Essa è sicuramente quella che offrirà maggiori potenzialità di sviluppo all'istituto in quanto – a differenza delle altre – non richiede l'elemento soggettivo del *dolus* bensì soltanto quello della *culpa*.

A fondamento dell'azione per *damnum iniuria datum* viene posta la *lex Aquilia* (di epoca incerta, ma sicuramente repubblicana, verso il III secolo a.C.) i cui contenuti saranno successivamente precisati e sviluppati dalla giurisprudenza e dai giureconsulti.

Per quanto non vi sia unanimità di opinioni intorno all'esatta nozione di *culpa* romanistica (e cioè se indichi quel che noi chiamiamo negligenza, oppure l'esistenza di un rapporto causale tra il fatto e il danno), sicuramente si tratta di un tratto saliente del sistema, in quanto allarga in maniera considerevole il numero di illeciti sanzionabili.

Se esso dunque rappresenta una innegabile novità, per altro verso costituirà un apparente dogma nel sistema della responsabilità civile così come ricostruito nei secoli successivi: vi è illecito solo se il comportamento è doloso o colposo. Se manca uno di questi elementi la responsabilità non sorge.

Di questa consolidata interpretazione – che trova teorizzazioni fin verso la metà del XX secolo – non si può, storicamente, che pren-

dere atto. Tuttavia un esame più approfondito evidenzia come nel sistema romanistico non solo vi sono elementi che non convalidano una così rigida affermazione dell'indefettibile requisito della colpevolezza, ma anzi vi sono i primi modelli di responsabilità senza colpa che verranno successivamente recepiti e codificati e stanno sempre più affermandosi nelle società moderne.

Ci si riferisce alla categoria – la cui paternità viene ascritta a Gaio e che si verrà consolidando in epoca giustiniana – dei *quasi delicta* (*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*). Delle quattro figure in essa comprese interessano: la *actio de effusis et deiectis* concessa a chi veniva lesa dal lancio di oggetti liquidi o solidi da una casa nei confronti dell'abitante della stessa; la *actio de positis et suspensis* concessa a chi veniva lesa dalla caduta di cose appoggiate o sospese ad una casa. Anche qui il responsabile veniva individuato nell'abitante della casa. Infine la *actio in factum contra nautas, caupones, stabularios* concessa ai passeggeri e clienti dei battellieri, degli albergatori e degli stallieri, per il furto da essi subito ad opera di servi o dipendenti.

Queste figure assumono grandissimo rilievo perché introducono ipotesi di responsabilità senza colpa (quantomeno personale e diretta) che si tramanderanno fino ai giorni nostri, dove trovano l'equivalente nella responsabilità per le cose in custodia e dei datori di lavoro per il fatto illecito dei loro preposti.

1.2. Il contributo dei giusnaturalisti

Se il sistema di diritto romano (o, meglio, le interpretazioni che di esso si sono date nel corso dei secoli) che si è illustrato nelle sue linee essenziali costituisce il fondamento comune delle soluzioni adottate nel continente europeo, un punto di passaggio essenziale verso le concezioni attuali è rappresentato dalla lettura che di esso viene proposta dalla scuola del diritto naturale. Ugo Grozio nel suo *De Iure Belli ac Pacis* – e dopo di lui gli altri giusnaturalisti, in particolare Pufendorf – muove la teoria della responsabilità civile su due terreni che oggi sono consolidati: in primo luogo essa fa parte del diritto civile dove l'intervento del diritto ha funzioni riparatrici. L'istituto viene dunque spogliato di quelle forti commistioni con il diritto penale evidentissime dalla stessa tipologia romanistica (che prevedeva quali fonti di responsabilità il *furtum* e la *rapina*) e dalla natura prevalentemente sanzionatoria (una penalità fissa) della somma di denaro che doveva essere corrisposta dall'offensore all'offeso.

Il secondo fattore innovativo è la riduzione di una serie variegata di ipotesi tendenzialmente tipiche, in un principio generale: l'illecito obbliga a risarcire il danno; e per illecito si intende qualsiasi atto, commissivo o omissivo, che si pone in contrasto con il comportamento che gli uomini dovrebbero tenere, sia in via generale, sia in relazione a particolari condizioni.

Se si considera che fino ad allora il diritto romano e i suoi cultori erano rifuggiti da una teoria generale dell'illecito, concentrandosi essenzialmente su una ricostruzione casistica, si comprende quanto l'evoluzione sia significativa.

Da allora l'esposizione sistematica del diritto delle obbligazioni, pur utilizzando delle figure romanistiche (delitti e quasi-delitti), ormai le riempie di un contenuto diverso e generalizzante.

Il che peraltro risponde appieno a quel movimento filosofico razionalistico dominante nei secoli XVII e XVIII volto ad individuare ovunque – e dunque anche per il diritto – regole di portata generale, al pari di quelle «scoperte» nella matematica e nelle scienze naturali.

1.3. La codificazione francese

L'influsso giusnaturalista è evidente – per citare il più illustre dei giuristi francesi del Settecento e il precursore del *code civil* – in Pothier. Nel suo *Trattato delle obbligazioni* (1761) si afferma: «La legge naturale è la causa, mediata almeno, di tutte le obbligazioni: perché se i contratti, i delitti e i quasi delitti producono delle obbligazioni, ciò è perché la legge naturale ha già dapprima prescritto che ciascuno adempia tutto ciò che ha promesso, e risarcisca il danno arrecato per sua colpa».

Il principio viene riprodotto con stile impeccabile – anche se con discutibile precisione – nell'art. 1382 del *Code Napoléon*: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

Il dibattito che precede l'approvazione di quell'articolo e di quelli seguenti riflette fedelmente il pensiero dell'epoca: ovverosia di giuristi che si erano formati all'ombra della trattatistica di Pothier. Costanti i richiami alla legge naturale – anche se con forme un po' apodittiche –, l'attenzione si sofferma soprattutto sui *quasi-delits*, che nell'impostazione pothieriana e seguendo una tradizione risalente alla Glossa erano gli illeciti connotati da un elemento diverso dal dolo, caratteristica dei *delits*.

Le argomentazioni addotte per giustificare la responsabilità dei genitori, degli istitutori e dei datori di lavoro per il fatto dei figli, degli allievi e dei dipendenti, sono essenzialmente di due generi: se non la si imponesse il più delle volte il danno resterebbe irrisarcito (Treilhard); chi trae profitto da una certa attività o cosa deve sopportare anche le conseguenze negative secondo il principio del *cuius commoda eius et incommoda* (Bertrand de Greuille, con riferimento ai padroni e ai proprietari di animali e di edifici); nel confronto di interessi fra danneggiante e danneggiato, la bilancia della giustizia non può che pendere a favore di quest'ultimo (Tarrible).

Il sistema che emerge – e che verrà recepito in tutti quei numerosi ordinamenti dove la codificazione francese è riprodotta – è così costruito: una clausola generale di responsabilità civile (art. 1382 c.c.) caratterizzata dalla *atipicità* («Tout fait quelconque» = «qualunque fatto»: art. 1151 c.c. italiano del 1865 e art. 2043 c.c. italiano del 1942) e dal requisito della colpa intesa come inosservanza di un obbligo o negligenza o imprudenza; seguita da disposizioni particolari (artt. 1384, 1385 e 1386) che attribuiscono una maggiore responsabilità a genitori, precettori, padroni, proprietari di animali ed edifici.

In questi casi l'affermazione di responsabilità pur esteriormente poggiante su una colpa (*in vigilando* o *in eligendo*) in realtà si affida a presunzioni che spetta al danneggiante rovesciare.

Per quanto dottrina e giurisprudenza francesi non manifestino per circa un secolo consapevolezza del ruolo importantissimo svolto in questa materia dalla distribuzione dell'onere della prova, determinando una situazione di gran lunga più favorevole al danneggiato quando egli possa avvantaggiarsi di una presunzione di colpa, il recepimento incontrastato delle regole che aggravano la responsabilità appare essere stato facilitato dai precedenti romanistici – ampiamente citati – in tema di quasi-delitti.

È solo verso la fine dell'Ottocento che tende ad affermarsi nella giurisprudenza francese la nozione di «rischio» quale evoluzione del brocardo *ubi emolumentum ibi onus*. Collegata alla progressiva diffusione sociale di macchine di ogni tipo e alla accresciuta sensibilità verso le vittime di incidenti da esse provocati, la tendenza valorizza la disposizione – ignorata nei lavori preparatori e per quasi un secolo – contenuta nell'art. 1384 c.c. relativa alla responsabilità del *gardien de la chose*. Applicata soprattutto (ma non solo) alla circolazione dei veicoli, la previsione ha progressivamente assunto un

ruolo centrale sia per l'interpretazione estremamente lata (per non dire ipertrofica) data al concetto di *gardien*, finendo per qualificare come tale anche soggetti che nessun rapporto materiale hanno (più) con l'oggetto lesivo (avendolo venduto, ceduto, perduto, ecc.), sia perché offre ai giudici l'opportunità di espandere – in relazione alle mutate condizioni sociali – il concetto di rischio nell'esercizio di una attività produttiva.

Il sistema della responsabilità civile extracontrattuale cessa di essere – anche dal punto di vista teorico – fondato esclusivamente sulla colpa (e quando questa è ritenuta necessaria si simula l'esistenza di *culpa*, in omettendo, in vigilando, in eligendo, ecc.). La colpa diventa uno dei criteri di imputazione della responsabilità, senz'altro molto importante, ma al quale se ne affiancano di nuovi che giustificano la traslazione del danno in capo ad un soggetto ricollegabile al fatto.

Si tratta, certo, di uno sviluppo che è comune, in quel torno di anni, a tutti gli ordinamenti occidentali: quel che è caratteristico dell'esperienza francese è che in esso – in modo tanto più vistoso quanto generalmente inconsapevole – si abbandona la rigidità – propria della «scuola dell'esegesi» dominante per gran parte del XIX secolo – di un'interpretazione letterale delle disposizioni del codice, dando vita ad un sistema essenzialmente giurisprudenziale, nel quale, cioè, l'evoluzione è determinata non da un cambiamento nel testo normativo, bensì da una sua diversa lettura spesso *praeter legem*. L'operazione è peraltro facilitata dalla tradizionale laconicità delle sentenze della Cour de Cassation dalle quali non traspare mai nettamente la motivazione posta a fondamento di mutamenti di indirizzo.

2. IL MODELLO TEDESCO

Se il sistema presentato dal *code civil* costituisce una sintesi del modello romanistico come rivisto dal pensiero giusnaturalista, quello che viene offerto dal *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) tedesco del 1896 (entrato in vigore nel 1900) affonda anch'esso le radici nel modello romanistico, ma in questo caso, rivisitato dalla scuola dalla c.d. pandettistica dominante nell'Ottocento in Germania.

La sua influenza risulta evidente se solo si confronti la classica opera del Windscheid, le *Pandette*, con la struttura del titolo XXV del secondo libro del BGB, tanto più ove si consideri che l'insigne

giurista fu il componente di maggior spicco della prima commissione incaricata di redigere il testo codicistico.

Ciò che viene messo in evidenza nelle disposizioni che vanno dal paragrafo 823 all'851 (e v'è già da sottolineare la lunghezza della sezione rispetto allo scarno apparato offerto dagli artt. 1382-1386 del *Code Napoléon*) è la *tipicità* del modello romanistico: non ogni interesse veniva tutelato, o, per meglio dire, non ogni lesione di un qualsiasi interesse, veniva sanzionato, ma solo quei comportamenti che corrispondevano a quel che oggi noi chiameremmo «fattispecie incriminatrice».

Ben si comprende come una tale impostazione – probabilmente adeguata per un mondo quale quello romano – necessitava di una presentazione aggiornata ad una civiltà moderna.

Il BGB opera essenzialmente su tre registri; il primo è quello della selezione degli interessi tutelati: la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà, la reputazione. Ad essi si aggiunge ogni altro diritto (*sonstige Rechte*) fissato dalla legge.

L'operazione è strettamente connessa alla chiave di volta del sistema di diritto privato: il diritto soggettivo che, in quanto situazione esercitabile e opponibile *erga omnes*, va necessariamente tutelata anche dai comportamenti dannosi altrui. Essa peraltro appare omogenea all'impostazione generalmente conservatrice del BGB fortemente influenzata da teorie di *laissez-faire*. È illecito – e dunque obbliga al risarcimento – solo ciò che lede taluni diritti di primaria importanza oppure contrasta con una norma imperativa posta a tutela dei privati. Il resto è libero o, comunque, non dà luogo a prestazioni risarcitorie.

Il secondo requisito – direttamente conseguente al primo – che caratterizza il sistema del BGB è quello – per usare una terminologia nota al giurista italiano – della «ingiustizia del danno». L'atto o il fatto deve essere contrario alla legge (*widerrechtlich*). Dunque – almeno in teoria – è il legislatore a decidere se allargare o stringere i cordoni delle fattispecie illecite.

Il terzo registro, infine, è quello che – sulla falsariga del modello dell'illecito penale – viene definito l'elemento soggettivo: lo spettro è dominato dalla colpa, la quale costituisce elemento essenziale per l'applicazione delle regole di responsabilità. Se tuttavia l'illecito è doloso e, in più, contrario al buon costume (*gegen die guten Sitten*) allora si prescinde dal requisito della tipicità dell'interesse protetto sulla scia della *actio generalis doli* (par. 826). Se invece manca la

colpa è necessaria una speciale disposizione che ne dichiari l'illiceità civile, e anche in questo caso la sua portata è intesa in senso restrittivo: basti confrontare, a tal proposito, le disposizioni dell'art. 1384 *code civil* e del par. 831 *BGB* relativi alla responsabilità del datore di lavoro per cogliere la diversa impostazione dei due sistemi, offrendo il secondo la possibilità della prova liberatoria consistente nell'aver diligentemente selezionato e scelto i preposti.

Non si devono tuttavia esagerare le differenze: seppure potenzialmente produttive di profonde divaricazioni il risultato pratico è stato notevolmente mitigato nelle applicazioni giurisprudenziali. Esse hanno dato vita alla creazione di alcuni diritti soggettivi assoluti non contemplati *expressis verbis* dal legislatore, ma desumibili dall'esistenza di norme e principi sparsi: fra questi uno dei più significativi è il «diritto di impresa», che tutela l'imprenditore da numerosi atti che ostacolano la sua attività, come ad es. la concorrenza sleale, il boicottaggio o il picchettaggio. Oppure a configurare in capo a taluni soggetti, i quali si trovano in una particolare relazione con i terzi, degli «obblighi di sicurezza nel traffico giuridico», nel senso che nell'esercizio della loro attività devono badare a non ledere ingiustamente situazioni protette altrui.

Soprattutto nel secondo dopoguerra e grazie all'influenza dei valori costituzionali (in maniera non dissimile dall'esperienza italiana) il catalogo dei *sonstige rechte* si è significativamente ampliato a situazioni precedentemente trascurate.

La crescente disciplina legislativa delle attività produttive e l'affermazione dello «stato sociale» hanno offerto tutela a nuovi interessi. In particolare nell'esperienza tedesca – e da questa verso altri ordinamenti – si afferma l'interpretazione teleologica delle disposizioni normative al fine di secernerne le situazioni private protette (sviluppando soprattutto il disposto del secondo comma del par. 823 *BGB*) e la regola della c.d. causalità giuridica la quale mira a verificare se la violazione del precetto si ponga in relazione eziologica con la lesione del bene (esempio tipico: la previsione di un divieto di sosta mirava solo ad evitare intralci nella circolazione, oppure a scongiurare incidenti dai quali possono scaturire danni alle persone e alle cose?).

Si deve però sottolineare che il sistema tedesco – nato con intenti volutamente restrittivi – ha subito, dopo la seconda guerra mondiale, un accentuato processo di costituzionalizzazione, comune ad altre aree del diritto privato e ad altre esperienze giuridiche (quella italiana si muove quasi in parallelo).

In concreto, per un verso alcuni diritti vengono fondati – direttamente o indirettamente – sulla Costituzione (e dunque posti a un rango molto elevato). Per altro verso la responsabilità civile viene vista come lo strumento per proteggere tali diritti da eventuali violazioni. Una lettura restrittiva delle disposizioni del *BGB* – ove siano in gioco valori costituzionali – non sarebbe conforme ad essa.

Di tale mutato clima interpretativo costituisce espressione legislativa l'introduzione, nell'ambito della più generale riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, del risarcimento del danno non patrimoniale (par. 253, comma 2) per la violazione di diritti fondamentali (integrità fisica, salute, libertà, autodeterminazione sessuale).

3. IL MODELLO ANGLO-AMERICANO

3.1. *Il diritto inglese*

A differenza dei due modelli che si sono appena sintetizzati, quello inglese non ha legami diretti con l'esperienza romanistica.

Nella tradizione germanica – la quale, peraltro, non mancherà di influenzare, soprattutto nell'epoca medievale, gli ordinamenti continentali – l'illecito, nei casi in cui si applicava la legge del taglione, obbligava il responsabile a compensare le offese.

Ma il principio era essenzialmente casistico e dunque non veniva inteso in termini generali e nella storia del diritto inglese è ulteriormente limitato dalle restrizioni processuali poste dal sistema delle *forms of action* il quale – come è noto – consentiva di agire in giudizio solo se la situazione giuridica lesa e il rimedio richiesto corrispondevano a quanto previsto dalla formula introduttiva del giudizio predisposta dal Cancelliere.

Il percorso che conduce alla costruzione della categoria dei *torts* è lungo e dura numerosi secoli.

Comunemente esso prende le mosse dalla *action of trespass*, dove il termine vetero-francese indicava l'interferenza illecita con l'altrui persona o proprietà. Essa in origine è penale, in quanto turba la pace del Re, e la sanzione è rappresentata da una pena. Solo successivamente a questa si aggiunge una somma a pro dell'offeso. La rigidità dell'azione è accentuata dalla necessità che la lesione venga inflitta

direttamente all'offensore (una caratteristica simile alla più antica azione romana per *iniuria*).

È solo verso la metà del XIV secolo che, sfruttando la possibilità che il Cancelliere aveva di concedere un *writ in consimili casu* (cioè in casi analoghi), nasce la *action of trespass on the case*. Essa si caratterizza in primo luogo per la sua natura civilistica e – dunque – per una funzione risarcitoria; in secondo luogo perché non richiede un atto diretto dell'offensore; in terzo luogo perché l'offeso deve allegare quantomeno la colpa (*fault*) del convenuto.

Sotto questo profilo il divario con il *tort* originario è notevole: infatti nel *trespass* la materialità della condotta dell'offensore, il quale direttamente arrecava la lesione, ne faceva presumere la volontarietà. E non si tratta dell'unico elemento caratterizzante la nuova *form of action*. Proprio perché essa mira ad ottenere il risarcimento è necessario allegare (e provare) un danno, a differenza che nel *trespass* dove il «bene giuridico» (per usare anacronisticamente una categoria propria del diritto penale attuale) è costituito dall'ordine e dalla pace sociale, che vengono violati.

L'alterità fra *trespass* tradizionale e *trespass on the case* si è protratta per moltissimi secoli, dando vita a un sistema – di cui tuttora si vedono le tracce – essenzialmente tipico di illeciti intenzionali (*assault, battery, false imprisonment, malicious prosecution* e, anticamente, *libel*) e non intenzionali (il più importante e, ormai, quasi onnicomprensivo, è il *tort of negligence*).

Quest'ultimo nasce solo intorno al XVII-XVIII secolo e occupa inizialmente uno spazio assai modesto: esso viene addebitato a soggetti i quali svolgono una qualche attività di rilievo pubblico (il vettore, l'oste, il fabbro ferraio, il chirurgo).

Per la loro qualità essi vengono onerati di una particolare diligenza nei confronti di chi entra in contatto con loro.

È solo nell'Ottocento – e soprattutto a seguito della crescente industrializzazione dell'economia di cui la circolazione ferroviaria costituisce il fenomeno più importante – che il *tort of negligence* esce dalla marginalità e occupa aree sempre più vaste. Quando, nell'epoca d'oro della *common law* inglese, la figura si consolida constatiamo che per la sua ricorrenza si richiedono cinque fattori:

a) l'esistenza di un *duty of care*, espressione che potremmo definire «dovere di diligenza», del preteso offensore nei confronti del danneggiato;

b) la violazione di tale *duty of care*;

c) l'esistenza di un danno;

d) un collegamento causale fra la violazione del danno e la lesione;

e) l'inesistenza di cause di giustificazione o di responsabilità (o di concorso di colpa) del danneggiato.

È attorno al *duty of care* che si concentra la maggiore attenzione degli studiosi ed esso, d'altronde, costituisce la più spiccata peculiarità del sistema inglese di responsabilità civile.

Il primo e pregiudiziale problema è quello di accertare se taluno sia soggetto a un dovere di diligenza e nei confronti di chi.

Ancor prima di addentrarsi nell'esposizione dei criteri operanti, è opportuno segnalare che l'angolo visuale dal quale l'ordinamento inglese affronta il problema della responsabilità civile è opposto a quello continentale: qui, anche dopo il tramonto della primazia del diritto soggettivo, l'indagine è prioritariamente volta alla verifica dell'esistenza, in capo al danneggiato, di una situazione protetta che è stata lesa dal responsabile. Nella *common law* inglese invece ci si muove per stabilire se vi fosse un obbligo in capo al preteso danneggiante.

Né può dirsi che, in fondo, il *duty of care* è solo la rappresentazione speculare della situazione protetta (secondo la correlazione che il dovere di A implica il diritto di B e viceversa). Infatti è inevitabile che ove compito della ricerca pregiudiziale sia l'accertamento di una situazione protetta si privilegierà il punto di vista del danneggiato, soprattutto in quelle «aree grigie» ove mancano evidenti indici di tutela. Quando, invece, come nel caso del diritto inglese, si debba dichiarare l'esistenza di un *duty of care* non solo vi sarà maggiore attenzione verso la posizione (e le argomentazioni) del preteso danneggiante, ma, soprattutto, il giudice eserciterà estrema cautela nell'estendere il numero dei doveri di diligenza, anche sotto l'inconsapevole, ma non meno efficiente, preoccupazione dell'*hodie tibi, cras mihi*. Il che può contribuire a spiegare talune tendenze marcatamente restrittive della giurisprudenza inglese verso il riconoscimento di nuove ipotesi di responsabilità, le quali la rendono assai diversa non solo dai modelli di *civil law* ma anche da quelli di *common law* (in particolare statunitense).

Fatte queste premesse, occorre tornare ad esaminare i criteri utilizzati per accertare l'esistenza di un *duty of care*.

Non è inutile ricordare che la secolare avversione dei giuristi inglesi nei confronti di principi generali esclude che possa fornirsi una regola onnicomprensiva.

Seguendo il tipico metodo casistico vengono a definirsi, volta per volta e per stratificazioni successive, regole vigenti nei singoli settori dell'esperienza pratica o applicabili a comportamenti tipizzati.

Vi sono comunque alcuni tratti comuni:

a) l'obbligo può esistere se sia prevedibile che dal comportamento tenuto possa conseguire un danno. La prevedibilità dipende da una serie di elementi di fatto (circostanza di luogo e di tempo) ivi inclusi i rapporti che possono esservi fra le parti;

b) di norma l'obbligo ha riguardo ad attività commissive, non ad omissioni; con riguardo a queste ultime è assai raro che si riconosca un *duty of care* che implichi un comportamento attivo del soggetto volto ad evitare una lesione del terzo, a meno che non si tratti di una misura precipuamente volta alla sicurezza altrui (non ho l'obbligo di lanciarmi in mare per salvare una persona che sta annegando; ma se gestisco una piscina pubblica ho l'obbligo di adibire un bagnino per eventuali operazioni di salvataggio);

c) l'obbligo può mirare alla protezione solo di taluni interessi: posti in gradini più alti sono la vita, l'integrità fisica e la proprietà; in posizione assai più incerta gli interessi diversi, soprattutto se non materiali (come, ad esempio, la serenità mentale);

d) l'obbligo, solitamente, non è volto a tutelare la generalità dei consociati, bensì solo alcune categorie di essi. Se dunque si viola l'obbligo ma il soggetto non rientra fra i beneficiari non sussisterà responsabilità (l'esempio tipico è l'obbligo di rallentare in prossimità di una scuola; se l'automobilista, in periodo non scolastico, non si adegua ed investe non un bambino bensì un passante adulto, sfuggirà a conseguenze risarcitorie).

Una volta accertata l'esistenza di un *duty of care* – compito che viene attribuito al giudice togato il quale pertanto svolge un ruolo di controllo nella selezione degli obblighi – occorre verificare in concreto se il convenuto in giudizio lo abbia violato. Ma per fare ciò è necessario fissare quale sia lo *standard of care* che egli avrebbe dovuto osservare, per confrontarlo con la condotta concretamente tenuta.

Entra così in campo la figura del *reasonable man* – assai simile a quella del *bonus pater familiae* della tradizione romanistica – cui la letteratura giuridica e giudiziaria inglese ha dedicato amplissimo, e spesso anche ironico, spazio. Essa serve a oggettivizzare gli standard di condotta richiesti e a rendere ininfluenti le condizioni fisiche o mentali individuali del presunto responsabile (con esclusione degli

infanti, degli invalidi e degli incapaci gravi). In altre parole non si è seguita la tendenza continentale che distingue fra elementi oggettivi (condotta, causalità, danno) ed elementi soggettivi (colpa, dolo).

L'inottemperanza a criteri di comportamento dovuti determina automaticamente la sussistenza dell'illecito. Questa impostazione apre la strada a forme di responsabilità oggettiva, nascoste solitamente sotto il brocardo *res ipsa loquitur*: i fatti parlano da sé e fanno presumere che sia stato violato lo *standard of care*.

Va peraltro segnalata – a proposito dello *standard of care* – un'ulteriore peculiarità del sistema inglese. Mentre nell'area continentale, al fine di affermare l'esistenza (e consistenza) di un «dovere di tutela» di interessi altrui si fa ampio ricorso alla produzione normativa di vario livello (leggi, decreti, regolamenti), ravvisando nella violazione del comando pubblico – qualora lo si ritenga teleologicamente rivolto alla protezione di situazioni di privati – un sicuro indice della anti-giuridicità del comportamento tenuto, nella *common law* inglese, salvo espressa volontà del legislatore, si rifugge dalla *statutory negligence* ovvero dalla responsabilità civile fondata sulla violazione di uno *statute*. L'argomentazione di questo *judicial self-restraint* è che se il giudice inglese operasse come di solito fa il suo omologo continentale, egli compirebbe una inammissibile invasione di un campo riservato al Parlamento.

Il risultato di questo atteggiamento è – solo per fare un esempio tratto da un campo ove si verifica il numero più alto di fatti illeciti – che negli incidenti stradali il giudice inglese anziché rifarsi direttamente alla legislazione in tema di circolazione automobilistica, ricostruisce autonomamente l'esistenza di uno *standard of care* in capo al conducente: il risultato è (quasi sempre) uguale ma la finzione serve a ribadire il principio dell'autonomia del potere giudiziario.

La nozione di «prevedibilità» (*foreseeability*), che si è vista utilizzata per stabilire l'esistenza di un *duty of care*, viene riproposta anche per perimetrare l'area del danno risarcibile. Occorre a tale proposito segnalare che nel diritto inglese la *law of damages* si applica indistintamente alla responsabilità contrattuale come a quella extracontrattuale (e qui si coglie una differenza con il sistema italiano che non richiama la disposizione limitativa dell'art. 1225 c.c. nel titolo dedicato ai fatti illeciti).

Se ciò evita le – ovunque diffuse – complicazioni insite nelle regole causali, tuttavia immerge il diritto inglese in una spesso frustrante e comunque soggettiva valutazione su cosa si debba intendere per

«prevedibile», attribuendo al giudice un ampio margine di discrezionalità e, soprattutto, lasciando i soggetti giuridici nell'incertezza su quelle che potranno essere le conseguenze risarcibili dei propri eventuali comportamenti dannosi.

Occorre completare l'esame della *law of torts* inglese con un accenno alle ipotesi di responsabilità aggravata od oggettiva. La evidente differenza rispetto ai sistemi continentali è l'assenza di un dettato legislativo che consenta di far discendere dal verificarsi di un fatto dannoso la responsabilità in capo ad un soggetto prescelto. Pertanto, anche se in alcuni casi la giurisprudenza ha raggiunto risultati pratici non dissimili, ciò è avvenuto in misura assai più ridotta e con percorsi assai più tortuosi: fin dalla metà dell'Ottocento si è affermata la *strict liability* per il danno arrecato da cose che si trovano sul fondo del proprietario; e soluzione analoga viene raggiunta con riguardo agli animali domestici (ma non per il bestiame). Si parla invece di *vicarious liability* (responsabilità vicaria) nel caso di danno arrecato dal dipendente nell'espletamento delle sue funzioni.

Anche qui però si notano significative divergenze concettuali e, conseguentemente, pratiche. Nella *common law* la responsabilità per il fatto del dipendente viene collegata all'esistenza, espressa o implicita, fra questo e il datore di lavoro di un rapporto di *agency* (figura contrattuale assimilabile al nostro mandato): così come il *principal* si avvantaggia delle attività utili dell'*agent*, così deve sopportarne gli eventuali misfatti. Il che, inevitabilmente, finisce per involgere, nell'accertamento della responsabilità, questioni propriamente contrattuali relative all'ampiezza dei poteri presuntivamente conferiti al dipendente.

Per quanto riguarda la responsabilità dell'impresa per i prodotti difettosi grande importanza viene attribuita alla decisione *Donoghue v. Stevenson* [1932] (su cui v. *infra*, p. 411) con la quale fu affermata la responsabilità del produttore verso il consumatore per quei beni che quest'ultimo non poteva previamente ispezionare (perché chiusi in una scatola, in una bottiglia o altro contenitore).

A ben vedere, tale pronuncia implica solo che l'impresa abbia un *duty of care* verso il pubblico, ma non comporta una presunzione di responsabilità o qualche inversione dell'onere della prova, la quale per tutti gli altri elementi costitutivi del *tort of negligence* incombe sempre sul danneggiato.

In generale l'assetto appare decisamente arretrato (dal punto di vista del danneggiato) rispetto a quello continentale in quasi tutti i

settori ed in particolare con riferimento alla circolazione automobilistica per la quale l'assenza di una presunzione di responsabilità è solo in parte temperata – all'atto pratico – dalla ormai risalente imposizione dell'obbligo di assicurazione obbligatoria per i danni arrecati a terzi. Infatti approfonditi studi statistici dimostrano che ogniqualvolta l'obbligo risarcitorio concretamente cada in capo ad un soggetto ben dotato economicamente – in questo caso l'assicuratore – la tendenza – soprattutto se la decisione è affidata alla giuria – è sicuramente più favorevole al danneggiato.

Un primo – ma ancora limitato – segnale di cambiamento è dato dall'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998, il quale costituisce il recepimento nell'ordinamento interno inglese della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, posta a base del Consiglio d'Europa. Ciò ha determinato – sia pure con modalità diverse stante la peculiarità del modello giuridico inglese – un processo di «costituzionalizzazione» dei principi contenuti nella CEDU simile a quello cui si è assistito in Germania e in Italia.

Il risultato è assai interessante perché ben noto al giurista continentale, ma sconosciuto a quello insulare: un testo con principi generali viene utilizzato per stabilire l'esistenza di diritti protetti nei cui confronti corrisponde un *duty of care*. Uno dei campi in cui maggiormente lo *HRA* viene utilizzato è proprio quello delle azioni di *negligence* e per fare ciò i giudici inglesi fanno ampio ricorso – segno di una non comune apertura – alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che interpreta ed applica la CEDU.

3.2. Il diritto negli Stati Uniti d'America

Il sistema di responsabilità che si è affermato negli Stati Uniti d'America si differenzia da quello inglese soprattutto con riferimento alle ipotesi di responsabilità oggettiva, aggravata o per il fatto altrui.

Mentre nel sistema inglese le ipotesi che ricadono sotto tale disciplina sono assai più limitate rispetto a quelle che incontriamo negli ordinamenti continentali, negli Stati Uniti, pur partendo dal comune fondamento del *tort of negligence*, gli sviluppi sono stati assai più vasti e incisivi.

In primo luogo vi è la dichiarata e consapevole affermazione che alla base di questo *tort* non vi è (o, meglio, può non esservi) alcun rimprovero d'ordine morale, alcuna «colpevolezza». Ciò che conta è l'oggettiva violazione di un obbligo socialmente riconosciuto.

Da qui discende un corollario: la *negligence* deve essere provata dal danneggiato; tuttavia quando l'evento dannoso è del genere che solitamente non si verifica quando il comportamento è diligente, *res ipsa loquitur* – i fatti parlano da sé – e dunque la violazione dello *standard of care* si presume (nel primo caso – verso la metà dell'Ottocento – in cui l'espressione latina fu utilizzata, un barile di farina aveva sfondato la parete di un deposito ed era caduto su un passante).

Il principio ha trovato larga applicazione soprattutto nel campo delle attività di impresa al fine di ritenere la responsabilità di quest'ultima per i danni arrecati nell'esercizio delle sue attività.

In secondo luogo – a differenza che in Inghilterra – i giudici fanno ampio ricorso alla legislazione esistente per affermare l'esistenza di un *duty of care* oppure per desumere da essa lo *standard of care* imposto al danneggiante. È evidente che in tal modo si ampliano in modo significativo le ipotesi di responsabilità alleggerendo in larga misura l'onere processuale del danneggiato.

Vi è infine un altro aspetto che differenzia il sistema della responsabilità civile statunitense non solo da quello inglese, ma da tutti quelli finora esaminati: il risarcimento del danno. Mentre negli ordinamenti trattati la condanna dell'offensore al risarcimento mira in buona sostanza a ripristinare lo *status quo ante* attraverso un equivalente monetario, il diritto americano mira anche ad una funzione eminentemente afflittiva del danneggiante al fine di scoraggiarlo dal compiere ulteriori illeciti e di deterrenza nei confronti dei soggetti operanti nello stesso settore.

Attraverso gli *exemplary* (o *punitive*) *damages* – i cui importi, liquidati dalla giuria, spesso si aggirano su svariati milioni di dollari – si vuole sanzionare «esemplarmente» il danneggiante tenendo conto solitamente delle sue dimensioni economiche (deve colpire incisivamente il soggetto, ma non distruggerlo finanziariamente) e della lucratività dell'attività illecita posta in essere. Si comprende pertanto come bersagli preferiti di queste liquidazioni miliardarie siano soprattutto le imprese, vieppiù quando sono opposte ad un comune cittadino e i fatti della causa evidenziano una calcolata negligenza nel processo produttivo volto a privilegiare il profitto (o il risparmio di spesa) rispetto alla sicurezza.

4. LA COMPARAZIONE DEGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

La schematica illustrazione delle caratteristiche dei principali modelli di responsabilità civile consente ora di affrontare alcuni dei problemi che sono comuni ad esso e la cui soluzione oltre che costituire un banco di prova della concreta operatività dei singoli sistemi segnala quelli che sono i punti più discussi e suscettibili di difformi evoluzioni.

Le questioni che si esamineranno riguardano, nell'ordine:

- a) la antigiuridicità della condotta o dell'evento, a seconda della impostazione;
- b) il nesso causale fra condotta ed evento;
- c) la responsabilità per attività d'impresa;
- d) l'equivalenza fra i rimedi contrattuali ed extracontrattuali.

4.1. L'antigiuridicità

Per «antigiuridicità» intendiamo quell'elemento dell'illecito civile che consente di affermare che il comportamento del soggetto è, appunto, «illecito» perché contrastante con una regola.

In termini sommari si può dire che mentre negli ordinamenti continentali l'antigiuridicità è *prevalentemente* collegata alla sussistenza in capo al danneggiato di una *situazione giuridica protetta*, nei sistemi di *common law* essa è *prevalentemente* collegata alla sussistenza in capo al danneggiante di un *divieto* o di un *obbligo*. Si è sottolineato l'avverbio perché con riferimento ai casi «continentali» è frequentissimo che l'esistenza della tutela si faccia discendere dalla norma che vieta un certo comportamento, sostenendo che essa, esplicitamente o, più spesso, implicitamente, è posta anche nell'interesse dei singoli. E, d'altra parte, fra i casi di *common law* non mancano quelli di estrapolazione di un *duty of care* dalla sussistenza di uno specifico diritto attribuito al singolo danneggiato.

Ma cosa avviene se la correlazione divieto ⊥ diritto (o quella inversa diritto ⊥ divieto) non è evidente e dunque non sono applicabili criteri collaudati di accertamento dell'antigiuridicità?

Il punto di partenza in questi casi è che il soggetto A ha subito un danno e cerca di trasferirne il peso su un soggetto B. Posto che riesca a stabilire la relazione causale fra la condotta di quest'ultimo e il danno e/o la imputabilità in capo a questi della condotta di un

terzo, rimane sempre la necessità di provare che la sua era una situazione giuridicamente protetta (ordinamenti continentali) ovvero che sussisteva, ed è stato violato, un *duty of care* (ordinamenti di *common law*).

Vi sono alcune casistiche ricorrenti:

1) B, per fatto e per colpa sua o di propri preposti, provoca l'interruzione dell'energia elettrica. A, fruitore dell'erogazione, ma in nessun modo collegato a B da preesistenti rapporti, subisce un danno (arresto dell'attività produttiva, deterioramento di merci deperibili, ecc.);

2) A, facendo affidamento sulle informazioni fornitegli (al di fuori di un rapporto contrattuale) da B, compie delle attività che risultano poi dannose (o omette di compiere delle attività che sarebbero state vantaggiose);

3) A lamenta che il fatto illecito di B nei confronti di C ha impedito a quest'ultimo di adempiere alle obbligazioni assunte nei suoi riguardi.

4.1.1. *La colposa interruzione da parte del terzo dell'energia elettrica* I casi di questo tipo vengono comunemente definiti, nella copiosa giurisprudenza di *common law*, come *cable cases*. Esaminiamo alcune decisioni. Nel caso italiano *Pasta Puddu* l'interruzione della corrente a seguito del brillamento di alcune mine aveva bloccato, oltre a tutte le attività, l'impianto di essiccazione del pastificio con conseguente deperimento del prodotto in fase di lavorazione. Rigettata la domanda in primo grado, la Corte d'Appello di Cagliari (entrambe le decisioni in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 644) condanna l'impresa che aveva cagionato l'interruzione dell'energia sulla base di due argomentazioni:

– l'art. 2043 cod. civ. non distingue fra diritti soggettivi assoluti e diritti soggettivi relativi e pertanto anche la lesione di questi ultimi da parte del terzo può dare luogo ad una responsabilità extracontrattuale;

– tra il fatto illecito di chi interrompe l'energia e il danno sofferto da chi non ha potuto usufruire di tale energia vi è un nesso causale che consente di imputare al primo le conseguenze negative del secondo.

La decisione verrà poi confermata dalla Corte di Cassazione (Cass. 24 giugno 1972, n. 2135 in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1124 e in *Foro it.*, 1973, I, 99).

Nella giurisprudenza tedesca l'approccio non può che essere diverso stante l'espressa previsione contenuta nel par. 823 BGB delle situazioni giuridiche protette (vita, integrità fisica, libertà, proprietà). Di qui l'impossibilità di parificare la situazione creditoria lesa ad una situazione assoluta e pertanto la necessità di individuare un «altro diritto» (il *sonstige Rechte* di cui parla il par. 823). Nel caso deciso dal Bundesgerichtshof (BGH) tedesco (l'equivalente della nostra Cassazione) il 9 dicembre 1958 (in *NJW*, 1959, 479) un'impresa nel manovrare una ruspa aveva prima danneggiato e poi tranciato il cavo elettrico che portava l'energia alla fabbrica del soggetto danneggiato, interrompendo la produzione. In primo e in secondo grado la domanda risarcitoria era accolta ma la condanna veniva annullata dal BGH.

Dai giudici inferiori il diritto leso era stato individuato nel «diritto di impresa» (o meglio nel diritto all'esercizio di un'attività effettiva ed esistente, commerciale o industriale), una figura di chiara derivazione dottrinale utilizzata soprattutto – e non solo – per dichiarare illeciti gli atti di concorrenza sleale e altre forme di interferenza con l'attività dell'impresa.

Per cassare la decisione impugnata il BGH richiamava i suoi precedenti i quali richiedono che perché il fatto possa ritenersi illecito esso deve essere rivolto contro l'impresa «in quanto tale». Tale limitazione viene posta essenzialmente per conservare al sistema tedesco di responsabilità civile la sua tendenziale tipicità e per evitare che si possa aggirare il principio della tutela ai soli diritti soggettivi assoluti.

Pertanto, proseguiva il BGH, solo quelle interferenze che sono «dirette» sono illecite, non quelle che colpiscono diritti o interessi i quali possono essere separati dall'impresa senza difficoltà.

La fornitura di corrente elettrica (e il diritto dell'impresa di riceverla) non costituiva una caratteristica naturale dell'impresa, ma solo un rapporto accessorio ad essa, con la conseguenza che la domanda risarcitoria andava respinta.

L'orientamento tedesco va tuttavia integrato con un'ulteriore decisione dello stesso Bundesgerichtshof (4 dicembre 1964, in *NJW*, 1964, 720): se dall'interruzione dell'energia deriva un danno alla proprietà – come nel caso dell'avicultore le cui uova deperiscono nelle incubatrici spente – andrà risarcito tutto il danno, sia quello emergente che il lucro cessante. La ragione è che anziché alla incerta

figura del «diritto d'impresa» si fa ricorso alla esplicita previsione del par. 823 BGB che tutela appunto la proprietà.

Il caso inglese da confrontare è *Spartan Steel and Alloys v. Martin & Co.* (C.A. [1972] 3 All. E.R. 557). Qui la pala escavatrice della società convenuta aveva tranciato il cavo dell'elettricità interrompendo la fornitura di energia a una fonderia. Una colata era stata danneggiata e nel tempo in cui l'impresa era rimasta inattiva essa aveva dovuto rinunciare ad altre tre colate, con conseguente perdita di profitti. La Corte d'Appello rendeva una decisione che riconosceva solo parzialmente il diritto al risarcimento della fonderia, limitandolo al solo danno derivante alla colata in corso di lavorazione, e non ultimata, e negandolo invece per il lucro cessante da mancata attività.

L'argomentazione svolta nella sua *opinion* da Lord Denning (per circa un trentennio sicuramente l'interprete più «creativo» in una pur nutrita schiera di giudici inglesi della seconda metà del Novecento) è quasi interamente fondata su ragioni di *policy* (cioè di politica del diritto). Secondo il suo approccio realistico, Lord Denning evidenzia come l'accertamento dell'esistenza (o inesistenza) di un *duty of care* o del nesso causale costituisce la giustificazione tecnica di scelte che in realtà sono discrezionali e mirano a stabilire i confini entro i quali un soggetto può essere ritenuto responsabile.

Nel caso di specie Lord Denning individua cinque argomentazioni di *policy* che portano a negare la risarcibilità del danno derivante dalla mancata produzione nel periodo di interruzione dell'erogazione di energia. Il primo è che anche nei casi di responsabilità diretta della compagnia elettrica non si è mai affermata la risarcibilità dei danni da inattività, ma solo di quelli alle persone o alle cose.

Il secondo è che l'interruzione dell'energia costituisce un rischio che tutti corrono e che la maggior parte dei soggetti subisce senza reagire. Chi vuole evitare le conseguenze negative installa un generatore di corrente oppure si assicura contro i danni.

Il terzo è il classico *floodgates argument*: se si ammettesse la risarcibilità di tali danni vi sarebbe un profluvio di azioni, alcune fondate, ma molte non giustificate, con altissimi costi sociali.

Il quarto è che appare, in questi casi, più conveniente distribuire tanti piccoli danni sulle spalle di ciascun danneggiato, che può sopportarli senza eccessivo peso, piuttosto che accollarli, sommati, su di un solo soggetto con esiti che potrebbero essere assai pesanti (è il *loss-spreading argument*).

L'ultimo è che in ogni caso la legge non lascia del tutto privo di tutela il danneggiato, giacché consente di risarcire il danno alla persona e alle cose.

Il risultato della decisione è che mentre viene concesso il risarcimento del danno per la colata in lavorazione che era stata deteriorata e venduta a costo di scarto, vengono negati i danni derivati dalla mancata attività dell'altoforno durante il periodo di interruzione dell'energia.

Non va peraltro ignorato che accanto alla *opinion* di Lord Denning, quelle degli altri giudici pervengono al medesimo risultato argomentando sulla assenza del nesso causale fra condotta contestata e danno subito (il che dimostra come i vari elementi costitutivi dell'illecito civile possano essere utilizzati alternativamente fra di loro, come variabili).

Il raffronto fra i vari casi è istruttivo: in tutti gli ordinamenti la lesione della proprietà – ancorché arrecata attraverso il forzato inadempimento del debitore di energia elettrica – è risarcibile in via extracontrattuale.

Non è invece risarcibile in Germania e in Inghilterra il danno da inattività conseguente al medesimo fatto. In Italia, invece, quest'ultima voce di danno sembrerebbe, in teoria, risarcibile anche se nel caso «Pasta Puddu», in concreto, il danno era consistito nel deterioramento della pasta in lavorazione e in essiccazione e non era stato chiesto il risarcimento del danno da mancata produzione.

Peraltro, va aggiunto che, nonostante le argomentazioni di Lord Denning siano esposte con il suo tipico vigore, esse, alla prova del tempo, non appaiono del tutto convincenti o, comunque, trasponibili in altri ordinamenti. Seguendo il suo *floodgates argument* dopo il caso «Pasta Puddu» ci si sarebbe potuti aspettare un profluvio di azioni in occasioni delle (frequenti) interruzioni dell'energia elettrica per fatti illeciti altrui. Al contrario i repertori di giurisprudenza non registrano – dopo quella pronuncia – altre decisioni in fattispecie analoghe.

Anche il *loss-spreading argument* risulta inficiato: nel caso «Pasta Puddu» (e, in genere, in tutti i casi anche stranieri) solo questa impresa agì per il risarcimento dei danni, peraltro assai modesti (L. 465.000 del 1962), mentre non consta che avessero agito (né consta nei casi stranieri) i comuni cittadini danneggiati dall'interruzione.

Infine si può dubitare dell'argomento secondo cui il potenziale danneggiato sarebbe quello meglio in grado di tutelarsi dalle possi-

bili interruzioni dell'energia elettrica, in principal modo stipulando apposite polizze assicurative. Pare lecito chiedersi perché un pari onere di precauzione non dovrebbe gravare sulle imprese che effettuano lavori potenzialmente pericolosi per i terzi, assicurandosi contro i danni arrecati ad essi.

4.1.2. *Il danno da informazioni inesatte. Prendiamo un esempio italiano* Nel caso deciso dal Tribunale di Bologna (17 ottobre 1952, *Soc. Est c. Cané e Berzioli*, in *Foro it.*, 1953, I, 422), B aveva raccomandato una fornitura a favore di C affermando che questi era «cliente solvibile al 100%». Il destinatario dell'informazione, rappresentante della società, l'aveva girata ad un altro rappresentante e questi infine alla società, la quale aveva inviato a C un notevole quantitativo di merci, le quali erano però restate impagate. La società agiva quindi nei confronti sia del debitore inadempiente che del primo «raccomandante», adducendo la colpa di quest'ultimo in quanto (così si era appreso successivamente) C era notoriamente insolvente nella sua città. Il Tribunale riconosceva la responsabilità di B in quanto senza la colpevole creazione di un affidamento la società non avrebbe fornito la merce a credito.

La Corte d'Appello (16 gennaio 1954, in *Foro pad.*, 1954, I, 273), tuttavia, annullava la condanna. In linea di principio ammetteva che si potesse riconoscere la responsabilità extracontrattuale per i danni arrecati dall'informatore negligente, ma nel caso di specie escludeva che vi fosse un nesso causale fra la colpa di B e l'atto della società, la quale aveva fatto affidamento non su quanto scritto da B, ma sulla raccomandazione dei propri rappresentanti senza peraltro effettuare una propria autonoma indagine.

Nell'esperienza tedesca le fattispecie di danno da informazione inesatta vengono abitualmente ricondotte nell'ambito della responsabilità contrattuale, per un duplice ordine di motivi. Il primo è che – com'è noto – il par. 823 BGB tutela solo diritti soggettivi assoluti enumerati; il secondo è che il BGB prevede espressamente al par. 676 l'esclusione di responsabilità per consigli o raccomandazioni, a meno che non si possa ipotizzare un inadempimento contrattuale o un fatto illecito. Tuttavia non sempre vi è un legame contrattuale diretto fra chi fornisce l'informazione e chi la utilizza (si pensi al caso italiano appena analizzato); e spesso chi fornisce l'informazione non ha idea di chi potrà usufruirne.

Si prenda ad esempio la vicenda decisa dal Bundesgerichtshof

tedesco il 2 novembre 1983 (in *NJW*, 1984, 355). Ad un geometra iscritto all'albo dei periti estimatori veniva richiesta una perizia sul valore di un immobile e sulla sua rendita annua di mercato. La relazione veniva stesa omettendo tuttavia la circostanza che il canone al quale si poteva locare l'immobile era soggetto a limitazioni. Tale perizia era stata commissionata e pagata da A, ma l'acquisto dell'immobile fu effettuato da B, cui A aveva fatto avere la perizia. Il quesito è se B abbia un'azione nei confronti del perito.

La giurisprudenza tedesca risolve la questione con la figura quasi-contrattuale del «contratto con effetti protettivi dei terzi», cioè che consente al terzo leso dall'inadempimento altrui di agire ancorché non sia parte del contratto (e con ciò conferma la contiguità e fungibilità dei rimedi contrattuali ed extracontrattuali). Tuttavia occorre verificare di volta in volta se le parti abbiano contemplato i terzi; nel caso di specie se il perito poteva ragionevolmente ritenere che la sua relazione sarebbe stata utilizzata nei rapporti contrattuali fra il committente e terzi. Il *BGH* conferma il giudizio cui erano pervenute le corti di merito nel senso di escludere tale estensione della responsabilità, aggiungendo un'ulteriore precisazione (che nel caso di specie però non ricorreva): nel ritenere la responsabilità verso terzi occorre anche utilizzare il criterio della buona fede dettato dal par. 157 del *BGB*. L'informatore non può essere tenuto a risarcire a terzi dei danni di gran lunga superiori a quelli cui sarebbe tenuto nei confronti del suo creditore principale (un esempio è quello dell'informazione errata sulla proficuità di un piccolo investimento che viene girata a chi invece fa un grande investimento e subisce un danno ben superiore).

Così impostato, il problema rifluisce negli schemi tipici della responsabilità contrattuale, in primo luogo quello della «prevedibilità» del danno – consacrato nel nostro ordinamento dall'art. 1225 cod. civ. – il cui equivalente nei sistemi di *common law* è il canone della *foreseeability*.

Si veda appunto il *leading case* inglese *Hedley Byrne v. Heller & Partners* [1964] (AC 465), nel quale la House of Lords decide sull'azione promossa da un'agenzia di pubblicità nei confronti di una banca. La prima aveva ricevuto da un cliente l'incarico di prenotare spazi pubblicitari per circa 100.000 sterline l'anno. Il contratto di prenotazione comportava la responsabilità solidale dell'agenzia nei confronti dei giornali e della radio, e quindi *Hedley Byrne* si premurò di richiedere alla propria banca informazioni sul conto

dei committenti. Quest'ultima, a sua volta, si rivolse alla banca dei committenti ricevendone prima una risposta telefonica rassicurante e poi una risposta scritta di cui gli elementi essenziali erano: l'intestazione con la scritta «Per il vostro uso esclusivo e senza assunzione di responsabilità da parte di questo istituto» e un testo che mentre comunicava l'abitudine solvibilità della propria cliente, segnalava che l'importo indicato (100.000 sterline) era superiore a quelli abitualmente gestiti. Avendo preso visione della risposta, la Hedley Byrne proseguiva fiduciosa nei rapporti con la cliente, la quale però, di là a poco, veniva posta in liquidazione rendendo l'agenzia responsabile dei pagamenti insoluti pari a 17.000 sterline.

Esclusa la responsabilità di un'azione contrattuale – non vi era rapporto alcuno fra la Hedley Byrne e la banca Heller, né la prima aveva versato alcun corrispettivo alla seconda – la questione, ai fini dell'accertamento di una responsabilità extracontrattuale, era se vi fosse, e fosse stato violato, un *duty of care*.

Nei primi due gradi del giudizio ciò viene negato. La decisione viene confermata dalla House of Lords ma con proprie argomentazioni che continuano ad animare il dibattito giuridico inglese.

Nella principale *opinion* Lord Reid in primo luogo confuta la tesi della Hedley Byrne secondo cui l'informazione errata sarebbe l'equivalente di un prodotto difettoso cui si applicherebbero i criteri fissati dalla sentenza *Donoghue v. Stevenson* (su cui v. *infra*, p. 411). Parole negligenti sono qualcosa di diverso da atti negligenti – sostiene Lord Reid – sia perché il *reasonable man*, pur attento nei suoi atti, è solito esprimere le sue opinioni in molte occasioni nelle quali è possibile che altri possano esserne influenzati; sia perché mentre il prodotto può arrecare un solo sinistro ed è facile ricondurre causalmente l'evento dannoso alla colpa del produttore, nel caso delle parole esse possono circolare anche senza il consenso o la previsione del soggetto che le pronuncia o le scrive. Si potrebbe anche sostenere – sostiene Lord Reid – che egli ha un *duty of care* nei confronti di un numero ristretto di persone, ma sarebbe francamente eccessivo sostenere che egli è responsabile nei confronti di qualsiasi «consumatore» finale delle sue parole, il quale subisce un danno.

Perché ci sia responsabilità è necessario che la posizione nella quale si trova l'informatore crei un legittimo affidamento nell'informato, per cui il primo esplicitamente o implicitamente assume un *duty of care* nei confronti del secondo. Ma si tratta di un'ipotesi che non ricorreva nel caso della banca Heller.

Ad analoga conclusione negativa giunge l'opinione di Lord Devlin, con argomenti, però, che espressamente evidenziano l'esigenza di non chiudere la possibilità di evoluzioni giurisprudenziali sul problema del danno da informazioni inesatte. Non si possono – sostiene – predeterminare in maniera rigida i casi nei quali si riterrà l'implicita assunzione di un *duty of care*. Non si può escludere che un domani si presentino casi nei quali si dovrà verificare se l'informatore possa essere responsabile nei confronti di un numero indeterminato di persone; oppure casi nei quali l'informatore non ha alcuna veste professionale e purtuttavia potrebbe essere considerato responsabile.

Dunque – secondo Lord Devlin – la decisione si limita ad escludere che in quella fattispecie la banca avesse assunto un *duty of care* verso Hedley Byrne, ma lascia impregiudicate ipotesi diverse (vale la pena notare, tuttavia, che quattro decenni di giurisprudenza post-Hedley Byrne evidenziano un uso assai parsimonioso delle sue potenzialità espansive, ben più frequenti essendo i casi di rigetto, piuttosto che di riconoscimento, della responsabilità).

I casi riportati hanno in comune la circostanza che il danno arrecato dall'informazione o dal consiglio errato è – come si suol dire – «meramente patrimoniale», nel senso che non incide su situazioni primarie tipiche quali la persona fisica o la proprietà.

Si considerino tuttavia due altri casi: il caso francese della «cicuta acquatica» e quello italiano dello scherzo telefonico. Nel primo (Trib. Gr. inst. Parigi 2 agosto 1986, in *Gaz. Pal.*, 1987, somm., 35) un editore francese aveva tradotto dal tedesco un libro sulle piante selvatiche edibili. Fra di esse era inserita la carota selvatica, pianta che presentava, al di là del Reno, caratteristiche assai simili alle (velenose) radici di cicuta acquatica, rinvenibili in Francia.

Una persona avendo mangiato la pianta, era deceduta e i suoi eredi agivano contro l'editore il quale veniva riconosciuto responsabile. I giudici francesi seguono la strada – respinta da quelli inglesi nel caso Hedley Byrne – di considerare l'informazione contenuta nel libro come un prodotto difettoso i cui danni vanno imputati all'editore.

Più sfumato il caso italiano (Trib. Roma 30 ottobre 1985, *Laterza c. Clemi Cinematografica*, in *Dir. inf.*, 1987, 595): in un film era inserito uno sketch di greve umorismo in cui il protagonista componeva un numero di telefono e recitava le seguenti battute: «Pronto casa Laterza?» e alla risposta affermativa dell'interlocutore aggiungeva «Allora ingrani la quarta e vada a...». A seguito della telefonata...

del film nelle sale cinematografiche un gran numero di persone dal cognome Laterza e il cui numero era pubblicato sull'elenco telefonico avevano ricevuto frequenti chiamate da anonimi molestatori che ripetevano lo scherzo di pessimo gusto. Secondo il Tribunale il produttore, nel realizzare la pellicola, doveva rendersi conto – accettandone il rischio – dell'elevata possibilità che lo scherzo telefonico sarebbe stato imitato in danno dei portatori di quel determinato cognome.

4.1.3. *Danno da perdita delle prestazioni dovute dal debitore ferito o ucciso* Nell'esperienza italiana il caso del danno risentito dal datore di lavoro per la perdita delle prestazioni dovutegli dal dipendente infortunato o ucciso a causa del fatto illecito del terzo ha costituito per oltre un trentennio il banco di prova dell'elasticità del sistema della responsabilità civile.

I due casi di scuola riguardano una fattispecie quasi uguale e, per una strana coincidenza, lo stesso soggetto leso. Nella decisione Cass. 4 luglio 1953, n. 2085 (in *Foro it.*, 1953, I, 1086) l'Associazione Calcio Torino agiva nei confronti della compagnia aerea, la negligenza dei cui piloti aveva provocato il disastro aereo di Superga nel quale era perita l'intera squadra di calcio; l'azione della società danneggiata si muoveva su due linee: la prima era quella di sostenere che i giocatori costituivano un bene aziendale sul quale essa vantava un diritto assoluto, distrutto per colpa della compagnia aerea; la seconda era di qualificare l'illecito come lesivo del diritto di credito vantato dall'associazione sportiva nei confronti dei propri giocatori.

La Cassazione, nel confermare i giudizi resi nei precedenti gradi, rigettava il ricorso escludendo, quanto alla prima prospettiva, che i giocatori potessero considerarsi un'universalità di beni facenti parte dell'«azienda» calcistica; quanto alla seconda, la Suprema Corte aggravava l'ostacolo della pretesa indistinzione fra diritti assoluti e diritti relativi contenuta nell'art. 2043 cod. civ. (la quale non contiene l'enumerazione limitatrice del par. 823 BGB), ed escludeva la risarcibilità del danno in quanto non vi sarebbe stato un nesso immediato e diretto, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., fra colpa dei piloti e venir meno delle prestazioni lavorative dovute dai giocatori verso l'Associazione sportiva.

Quasi vent'anni più tardi un'altra sentenza (Cass. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342) decide il c.d. «caso Meroni»

nel quale la stessa squadra di calcio, il Torino, agiva nei confronti del proprietario dell'autoveicolo che aveva investito e ucciso il proprio calciatore di maggiore pregio, Luigi Meroni, all'epoca «capocannoniere» del campionato di serie A.

La Suprema Corte pur ribadendo la tesi secondo cui il calciatore non poteva considerarsi un «bene aziendale», rovesciava l'orientamento precedentemente assunto sulla base delle seguenti argomentazioni:

- a) l'art. 2043 cod. civ. non distingue fra diritti assoluti e diritti relativi, sicché anche la lesione di questi ultimi da parte del terzo può dare vita ad un illecito aquiliano (l'esempio più ricorrente e già riconosciuto dalla Cassazione era quello del diritto agli alimenti);
- b) non poteva – a sostegno della opposta conclusione – invocarsi il disposto dell'art. 1372 c. 2, cod. civ. che limita gli effetti del contratto ai soli paciscenti. La circostanza che il contratto non produca effetti nei confronti dei terzi non legittima costoro ad interferire nei rapporti contrattuali esistenti fra soggetti diversi;
- c) non si poteva, aprioristicamente, escludere l'esistenza di un nesso causale fra l'illecito commesso in danno del debitore (Meroni) e il danno risentito dal creditore (Ass. Calcio Torino) dovendosi valutare il caso alla stregua dei criteri fissati dall'art. 1223 cod. civ.;
- d) tale nesso causale sussiste ogniqualvolta la perdita subita dal creditore sia definitiva e non sostituibile con altra prestazione, se non ad un prezzo superiore.

La Corte di Cassazione ravvisava nel caso di specie un danno irreparabile e dunque riteneva, *in abstracto*, responsabile il proprietario dell'autoveicolo.

Va tuttavia segnalato che mentre nel «caso Meroni» il giudice di rinvio accertava che nessun danno in concreto era stato subito dall'Associazione sportiva (la quale aveva sostituito il Meroni con una «riserva» e non aveva visto diminuire i suoi incassi) l'orientamento restrittivo sulla necessaria infungibilità della prestazione frustrata dal fatto illecito del terzo è stato ampiamente superato riconoscendosi ormai (v. Cass. 26 agosto 1985, n. 4550 in *Foro it.*, 1985, I, 2886) che il datore di lavoro ha diritto di richiedere a chi col proprio fatto illecito ha invalidato un suo dipendente il risarcimento del danno consistente nell'importo della retribuzione versato in assenza di controprestazione, mentre non rientra fra il danno risarcibile quanto versato a titolo di contributi previdenziali e assicurativi obbligatori in quanto comunque dovuti.

Nell'ordinamento francese, dove non si è sentita l'influenza della distinzione tedesca fra diritti assoluti e diritti relativi, il problema si situa sul terreno delle conseguenze risarcibili.

Si consideri il caso deciso dalla Cour d'Appel di Colmar (20 aprile 1955, *Football Club Metz c. Wiroth*, in *D.*, 1955, 723): essendo un giocatore di calcio del Metz stato ucciso in un incidente stradale, l'Associazione sportiva agiva nei confronti dell'investitore chiedendo il risarcimento dei danni individuati in:

- a) il valore del «cartellino» del giocatore, cioè della somma che avrebbe ricevuto qualora lo avesse ceduto ad un'altra squadra;
- b) il costo del rimpiazzo del giocatore deceduto;
- c) la diminuzione degli incassi.

I giudici francesi ritennero che il giocatore di una squadra sportiva avesse un valore patrimoniale per l'Associazione e che dunque la sua uccisione, oltre a creare una disorganizzazione e a vanificare le energie fino ad allora impiegate per allenare l'atleta, faceva perdere la possibilità di percepire un guadagno, il quale andava dunque risarcito.

Per quanto riguarda le altre due voci di danno, i giudici francesi (al pari di quelli di rinvio del «caso Meroni») le ritennero indimostrate, rigettando la domanda sul punto.

Nel diritto inglese si registrano orientamenti contrastanti: in *Mankin v. Scala Theodrome Co.* [1954] (1 K.B. 257), un attore di teatro era rimasto ferito su un palcoscenico difettoso e per un certo periodo di tempo lo spettacolo non aveva potuto essere rappresentato. L'impresario agiva nei confronti del proprietario del teatro, responsabile per la negligente manutenzione dello stesso, e chiedeva il risarcimento del danno consistente nel salario inutilmente sborsato e nei mancati guadagni derivanti dagli incassi.

La High Court inglese applicava la vetusta *action per quod servitium amisit* ritenendo che le prestazioni lavorative del dipendente costituissero un bene proprio del datore di lavoro che il fatto illecito del terzo aveva danneggiato, con conseguente sua responsabilità sia per il danno emergente che per il lucro cessante.

Tuttavia in una decisione di poco successiva, *Inland Revenue Commissioners v. Hambrood* (C.A. [1956] 2 Q.B. 641) la Corte d'Appello riduceva di molto la portata del principio. Un dipendente dell'ufficio delle imposte era stato ferito in un incidente stradale e aveva dovuto assentarsi dal lavoro per circa 10 mesi durante i quali aveva ricevuto la sua paga. L'ufficio fiscale agiva nei confronti

dell'investitore chiedendo il risarcimento del danno per gli stipendi inutilmente sborsati. I giudici ritenevano che l'azione *per quod servitium amisit* poteva applicarsi solo al caso di domestici veri e propri e non in ogni caso di lavoro dipendente.

In particolare negavano che gli stipendi versati durante la malattia potessero costituire un danno ricollegabile al fatto illecito dell'automobilista, in quanto ciò era avvenuto in virtù della legge, e non perché in via contrattuale il datore di lavoro (lo Stato) fosse tenuto alla loro erogazione.

Dal confronto dei casi esaminati risulta come nei sistemi più rigidi – come quello inglese e quello italiano ante-Meroni – l'esclusione della risarcibilità del danno per perdita di servizi si basa sulla non pertinenza di essi al patrimonio del danneggiato, mentre in quelli più aperti – come quello francese e quello italiano post-Meroni – si interviene essenzialmente sulle voci di danno. Vale la pena di sottolineare come nella giurisprudenza italiana il diniego alla risarcibilità del danno consistente nell'erogazione dei contributi previdenziali per il dipendente infortunato si fonda sulle medesime argomentazioni utilizzate dai giudici inglesi per negare *tout court* il risarcimento di tutte le prestazioni erogate, e cioè che essa è dovuta, comunque, per legge.

4.2. Il nesso causale

Nei diversi sistemi della responsabilità civile il problema causale – inteso come riconducibilità all'azione di un soggetto di conseguenze negative subite da un altro soggetto – emerge in modo autonomo solo in tempi relativamente recenti che possono individuarsi, grosso modo, nell'età della codificazione.

La ragione è duplice: per un verso, nell'epoca precedente, ci si interroga soprattutto sul nesso causale nel risarcimento del danno da inadempimento contrattuale; i casi di scuola sono quelli illustrati da Domat e Pothier sulle conseguenze risarcibili della vendita della vacca infetta o sulla mancata disponibilità dei locali affittati dal mercante in occasione di una fiera in una città distante.

Per altro verso, fin dall'epoca romana il nucleo essenziale dei fatti illeciti era costituito da comportamenti nei quali il danno veniva arrecato dalla persona dell'offensore direttamente contro la persona (o la proprietà) dell'offeso (*corpore corpori datum*). Non vi era dunque spazio per un problema causale, considerata la dinamica dell'atto.

È dunque solo nell'Ottocento – come si è detto – che, sulla spinta di analoghe e assai più pregnanti riflessioni svolte dalla dottrina penalistica (in particolare tedesca) e da correnti filosofiche (in particolare inglesi: J.S. Mill), il nesso causale diventa uno degli elementi essenziali nella struttura della responsabilità per fatto illecito, utilizzato soprattutto al fine di escluderla. Nella casistica che si è esaminata in precedenza si è visto che spesso essa compare a fianco o in alternativa alla questione della antigiuridicità (si vedano i casi italiani *Pasta Puddu*, *Superga*, *Meroni*, *Soc. Est. c. Cané*; ma anche quelli inglesi come *Spartan Steel*).

Una delle ragioni dell'emergere del problema eziologico sta nella concezione, assai diffusa nell'Ottocento e che trova ancora seguito ai giorni nostri, del diritto come «scienza» e dunque governato da regole «scientifiche» di cui quelle causali – in larga misura mimate dalla fisica – costituirebbero l'aspetto più significativo. E l'attributo di «scienza» ben si sposava con la «certezza» che si riteneva dovesse essere scopo primario delle regole giuridiche.

Ovviamente non è possibile neanche brevemente accennare alle molteplici ragioni che hanno portato, soprattutto nel corso del XX secolo, al superamento di tali concezioni, prima fra tutte la netta separazione fra responsabilità, individuale, penale, e responsabilità, spesso di enti, civile. Sarà sufficiente notare che, allo stato, il nesso causale non costituisce più un elemento indefettibile dell'illecito civile, ma, più propriamente, uno dei numerosi criteri di imputazione del medesimo. La conferma viene dalle molteplici ipotesi di responsabilità per il fatto della cosa, dell'animale o del dipendente nelle quali è obiettivamente difficile cogliere una relazione causale, se non molto sbiadita, fra l'evento dannoso e la *culpa in vigilando* o *in eligendo* del responsabile.

Tutto ciò, tuttavia, non svaluta la rilevanza dei problemi causali, anche in relazione a nuove ipotesi che tendono ad essere ricondotte nell'area della responsabilità civile.

4.2.1. *La perdita di una «chance»* Nell'esperienza giurisprudenziale si presentano numerosi casi nei quali, pacifica essendo la colpa dell'agente, si discute se questa effettivamente abbia arrecato il danno lamentato.

Si prenda la decisione della Corte di Cassazione nel «caso Melis» (Cass. 7 gennaio 1983, in *Cass. pen.*, 1984, 1142).

Si tratta di una decisione penale, ma poiché il giudice civile abi-

tualmente ricorre ai criteri fissati dagli artt. 40 e 41 c.p., le argomentazioni ivi svolte paiono potersi trasporre nel finitimo campo dell'illecito civile.

Un operaio era caduto mentre riparava una serra ed era stato tagliato all'addome dai vetri. Portato da un primo medico questo provvedeva a suturare la ferita. Di lì a poco si manifestava una emorragia e il ferito si recava in ospedale. Un secondo medico si limitava ad esaminarlo e a dimmetterlo senza ulteriori accertamenti raccomandando assoluto riposo. Durante la notte le sue condizioni si aggravavano. Accompagnato ad un diverso ospedale veniva accertato che nel torace era rimasto infisso un grosso frammento di vetro il quale aveva provocato la rottura del diaframma e del peritoneo. Di lì a poco il paziente decedeva.

I due medici venivano condannati per omicidio colposo. Gli imputati ricorrevano per Cassazione lamentando il mancato accertamento del nesso causale fra la loro negligenza e il decesso dell'operaio, in quanto non era provato che un intervento tempestivo avrebbe potuto salvare il ferito.

Ma la Corte rigettava tale argomentazione: negli interventi medici non vi è mai certezza sull'esito e dunque la valutazione della relazione causale dovrà farsi sulla base delle riconosciute probabilità di successo. E, aggiunge, quando è in gioco la vita umana anche solo poche probabilità di successo di un immediato intervento sono sufficienti, con la conseguenza che sussiste il nesso di causalità quando tale intervento non sia stato possibile a causa della negligenza del medico che ha visitato il paziente.

Da tale sentenza (il cui principio è stato, peraltro, successivamente ribadito numerose volte) si evince che il requisito causale non è sempre identico ma è in funzione sia dell'importanza dell'interesse protetto, sia dell'entità della colpa accertata.

Nel caso americano *Gardner v. National Bulk Carrier* (310 F.2d 284) (4th Cir., 1962) che aprirà la strada ad una lunga serie di decisioni sulla responsabilità del sanitario del quale è certa la colpa ma incerta la relazione causale con l'evento dannoso, i fatti sono differenti, ma non meno drammatici.

Una notte, mentre una nave è al largo della Florida, il marinaio Gardner non compare al turno di guardia. Il bastimento viene ispezionato ma senza traccia. Se ne desume che sia caduto in mare, ma non si sa quando, essendo stato visto per l'ultima volta diverse ore prima. Il comandante della nave non si ferma né inverte la rotta per

cercare il disperso, ma si limita ad informare la Guardia Costiera. Il marinaio non verrà più trovato e si presume che sia annegato.

La vedova agisce nei confronti dell'armatore lamentando che la negligenza del comandante abbia contribuito alla morte del marito. La società si difende sostenendo che quand'anche fosse stata effettuata la ricerca in mare l'esito sarebbe stato molto incerto: non si sapeva né dove né quando il marinaio fosse caduto in acqua, poteva essere stato risucchiato dalle eliche, vi era una deriva che lo avrebbe trascinato via dalla rotta percorsa, nella zona vi erano pescecani. Dunque manca la prova del nesso causale fra la colpa del comandante e la morte del marinaio, il quale, con ogni probabilità, sarebbe morto comunque.

La Corte d'Appello statunitense, nel riformare la sentenza di primo grado, ritiene che nell'operare la scelta di non effettuare le dovute ricerche il comandante aveva assunto su di sé il rischio di far svanire la probabilità dell'uomo di essere salvato. Confrontando gli interessi in gioco – da un lato la vita di una persona inerme in mare aperto, dall'altro un ritardo nell'arrivo al porto di destinazione di circa mezza giornata – i giudici americani ritengono che la violazione del *duty of care* dovuto dal comandante verso un suo marinaio aveva contribuito causalmente alla morte di quest'ultimo. Anche in questo caso, dunque, la certezza della colpa e l'importanza della situazione lesa portano ad un alleggerimento delle tradizionali regole causali nell'illecito civile (il danneggiato deve provare il nesso secondo il principio della *preponderance of evidence*), con una inversione dell'onere probatorio: spetta al convenuto dimostrare la presenza di una diversa ed estranea causa che ha interrotto il rapporto eziologico fra la sua colpa e l'evento dannoso.

Nell'ordinamento francese i casi analoghi sono risolti attraverso un artificio logico: le regole causali rimangono invariate ma si modifica la struttura dell'illecito. L'evento dannoso non consiste nella lesione del bene concretamente colpito (vita, integrità fisica) bensì nella *chance*, cioè nella possibilità, qualificata, di raggiungere un certo risultato utile o evitare una conclusione sfavorevole. La *chance* viene per così dire reificata ed assurge a situazione giuridica protetta. Nel caso capostipite (App. Grenoble 24 ottobre 1962, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, 334) ad una persona ferita a una mano era stata effettuata una radiografia senza che venisse scorta alcuna lesione. Anni dopo, avendo sollevato un forte peso, provava un dolore lancinante e un nuovo, più attento, esame di quella stessa radiografia evidenziava i

segnali di una frattura. Agiva dunque nei confronti del primo medico sostenendo il nesso causale fra la sua colpa e la lesione successiva: se avesse saputo della frattura si sarebbe curato. I giudici francesi ritengono che il medico abbia fatto perdere al paziente una *chance* di guarigione sulla quale egli aveva diritto di fare affidamento.

La principale conseguenza pratica di tale soluzione, che aggira il problema causale, è che agisce non sull'*an debeat*, bensì sul *quantum*: in caso di accoglimento della domanda del danneggiato, il risarcimento che gli spetterà corrisponderà solo alla percentuale in cui è valutata la *chance* perduta.

A fronte di diffuse tendenze nei diversi ordinamenti a risarcire i danni da «perdita di chance», sia pure attraverso percorsi argomentativi diversi, il sistema inglese conferma la propria differenza.

In *Gregg v. Scott* [2005] la House of Lords è giunta alla conclusione che, non potendo il paziente che ha iniziato la terapia in ritardo per via di un errore medico dimostrare che egli sarebbe guarito, o che comunque il danno lamentato sarebbe stato evitato da una tempestiva diagnosi, la sua domanda dovesse essere respinta.

4.2.2. *Il nesso causale quando l'agente è ignoto* Il caso che si presenta più di frequente è quello del cacciatore che viene ferito dai suoi compagni di battuta, ma non si riesce a stabilire da quale fucile sia partito il colpo. Dunque nell'illecito è certo l'evento, è certa la causa ma è ignoto l'autore che ha posto in essere la causa.

Va subito detto che la soluzione data al problema nell'ordinamento tedesco è chiara: al par. 830 BGB il legislatore ha stabilito che «se più hanno, con una azione illecita commessa in comune, causato un danno ognuno ne è responsabile. Lo stesso vale se non si può venire a conoscere chi, fra più partecipanti, ha causato il danno con la sua azione» e dunque pone in capo a taluni soggetti una presunzione di responsabilità.

Ma laddove manchi l'espressa previsione normativa, le soluzioni sono variegate.

Nel caso deciso dalla nostra Corte Costituzionale 4 marzo 1992, n. 79 (*Anedda c. Corrigan*, in *Giur. Cost.*, 1992, 807) il giudice cui era stato chiesto di condannare i due compagni di battuta, pur riconoscendo che l'attività venatoria costituiva attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., riteneva che spettasse comunque al danneggiato provare il nesso causale fra il comportamento di chi lo aveva effettivamente colpito e l'evento dannoso, e sollevava questio-

ne di costituzionalità sulla legittimità dell'imposizione di tale onere probatorio.

La Corte Costituzionale giudica la questione inammissibile in quanto ritiene che la distribuzione dell'onere della prova nelle varie ipotesi di fatto illecito sia rimessa alla discrezionalità del legislatore, purché non sia irragionevole o ingiustificatamente discriminante.

Nella giurisprudenza americana (*Summer v. Tice*, in 199 P.2nd 1 [1948]) e canadese (*Cook c. Lewis* [1952], in 1 D.L.R. 1) si ritiene che i convenuti con il loro comportamento imprudente (entrambi hanno sparato senza essere sicuri nei confronti di che cosa stessero mirando) determini una inversione dell'onere della prova, costringendoli, per liberarsi, a dimostrare che il proiettile lesivo non è partito dal loro fucile. In mancanza, entrambi sono ritenuti responsabili.

Dunque, mentre nel caso italiano l'applicazione delle regole causali è rigorosa, in quelli d'oltre Atlantico la loro rigidità viene ribaltata sull'agente attraverso lo spostamento del carico probatorio. Chi pone in essere un comportamento altamente pericoloso per l'incolumità altrui si espone al rischio di non poter disprovare le conseguenze che appaiono riconducibili alla propria condotta.

Se gli incidenti di caccia possono apparire tutto sommato trascurabili nell'universo dei fatti dannosi, occorre tuttavia tenere presente che essi offrono lo spunto per uno dei principali sviluppi logici della giurisprudenza americana.

Nel caso *Brown v. Abbott Laboratories* (C. Suprema California 31 marzo 1988, trad. it. in *Foro it.*, 1989, IV, 119) un numero elevato di gestanti aveva ingerito durante la gravidanza un farmaco (il DES) il quale aveva provocato, successivamente, dei tumori.

Vi era in primo luogo un problema di colpa giacché fino ad un certo stadio della produzione non erano scientificamente prevedibili le conseguenze dannose dell'uso del prodotto. Ma superata, in senso affermativo, a partire da una certa data, tale questione, restava quella più complessa.

Il DES veniva utilizzato da numerosi produttori di farmaci come componente di un placebo antiabortivo nei primi mesi di gravidanza. A distanza di anni era assai difficile ricordare e, ancor di più, provare che il prodotto utilizzato fosse di quella specifica marca, o che si fosse ingerito il medicinale solo di una marca.

I giudici californiani superano l'ostacolo affermando che, a causa della pericolosità del prodotto, si impone l'inversione dell'onere

della prova a carico del produttore il quale, se vorrà liberarsi, dovrà dimostrare (una vera *probatio diabolica*) che non è stato il suo medicinale a provocare il danno. Qualora non riesca nella prova egli sarà ritenuto responsabile, ma non per l'intero bensì per una quota di danno pari alla quota di mercato da lui detenuta (*market share liability*).

Come si vede si ricorre ad un elemento del tutto estraneo alla fattispecie (la quota di mercato) per determinare l'entità della contribuzione causale del soggetto all'evento e la misura del danno da risarcire.

Anche qui il marcato distacco alle tradizionali regole della responsabilità civile è dettato dalla comparazione degli interessi in gioco (integrità fisica e salute dei consumatori da una parte, profitto dell'impresa, dall'altra) facendo pendere nettamente la bilancia a favore dei primi.

Il problema si ripropone, in termini ancora più drammatici, con riguardo ai danni provocati dall'amianto (la c.d. asbestosi), respirato da lavoratori che operano in un determinato settore, quale che sia il loro datore di lavoro. E dunque via via che questo cambia aumenta il numero di possibili responsabili dell'illecito, senza la possibilità di sapere, però, quando la malattia è stata contratta e quale è il soggetto che maggiormente ha contribuito al suo aggravamento.

Il caso emblematico è *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] nella quale la House of Lords sulla base di una *opinion* di Lord Bingham tutta incentrata sull'analisi comparata delle decisioni in altre giurisdizioni, sia di *common law* che di *civil law*, applica il principio della responsabilità solidale fra i diversi datori di lavoro, sia pure con la possibilità di ripartizioni interne fra di essi.

4.3. La responsabilità dell'impresa

Una delle grandi «sfide» che ha dovuto affrontare il sistema della responsabilità civile in tutti i paesi industrializzati è il proliferare dei fatti dannosi legati allo sviluppo delle imprese e alla progressiva automazione dei processi produttivi. Per un verso questi fatti si sono manifestati soprattutto all'interno dell'impresa in danno di coloro che vi lavoravano: la risposta è stata – quasi ovunque e a partire dalla fine del XIX secolo – l'introduzione di sistemi – variamente finanziati – di previdenza contro gli infortuni sul lavoro, attivati in genere del tutto indipendentemente dall'accertamento della colpa del da-

tore di lavoro (o dal concorso di colpa del prestatore d'opera) e del nesso di causalità. Il mero verificarsi del fatto dannoso nell'impresa o nell'esercizio delle sue attività dà luogo all'erogazione previdenziale. Dunque un numero consistente di fatti dannosi è stato sottratto alla disciplina generale della responsabilità civile e assoggettato a regole sue proprie.

Assai più complesse – e lunghe – sono le vicende relative ai danni arrecati dall'impresa al di fuori dei propri locali o luoghi di esercizio dell'attività a soggetti diversi dai propri dipendenti, prevalentemente a coloro che, con termine entrato nel lessico giuridico di circa tre decenni, si definiscono «consumatori». L'economia moderna si basa, in larga misura, sulla produzione di beni di consumo i quali sono preparati in modo sempre più standardizzato e distribuiti al pubblico con i criteri più svariati. Nel momento in cui si verifica un fatto dannoso addebitato ad un prodotto si pongono numerosi problemi che solo all'apparenza sono meramente pratici: essi sono costanti e dunque caratterizzano la categoria:

a) spesso il prodotto, al verificarsi del danno, è distrutto o viene sottoposto a modifiche strutturali (gli alimenti vengono ingeriti, un oggetto può esplodere, incendiarsi, disintegrarsi); riesce pertanto assai difficile stabilire se davvero l'evento può ricondursi a un difetto del prodotto;

b) poiché tra la fase di produzione e il momento del verificarsi del danno trascorre solitamente un tempo rilevante (minore per gli alimenti deperibili, maggiore per i beni durevoli) può riuscire assai difficile accertare quando e come si è verificato il difetto che ha, asseritamente, dato luogo all'evento; la catena di montaggio non esiste più o è stata modificata; chi la operava non c'è più; la ricostruzione del processo produttivo al fine di individuare le mancanze è spesso impossibile;

c) lo sviluppo dei sistemi di trasporto consente che vengano immessi sul mercato prodotti fabbricati da soggetti (e in luoghi e paesi) molto distanti, i quali si affidano a numerosi intermediari per la distribuzione. Può ben darsi che il difetto del prodotto si sia realizzato in uno dei tanti passaggi che collegano il produttore al consumatore (il contenitore è caduto, il prodotto è stato conservato in ambienti insalubri, è venuto a contatto con sostanze tossiche, ecc.). Vi è dunque difficoltà nell'individuare l'effettivo autore dell'illecito.

Le particolarità ora enunciate influiscono direttamente su quelli che sono elementi costitutivi della fattispecie illecita: la colpa, il

nesso causale, l'imputazione della responsabilità, la prova. Qualora si applicassero rigorosamente le regole abituali, la declaratoria di responsabilità del produttore sarebbe, il più delle volte, negata.

Non è, pertanto, inusuale che nel caso della responsabilità dell'impresa per i danni da prodotti si assista alla sovrapposizione dei rimedi collocati nell'ambito contrattuale e di quelli extracontrattuali: spesso – ma non sempre – il danneggiato ha un rapporto contrattuale con il produttore e dunque può agire per l'inadempimento di quest'ultimo. Per riferirsi, a mo' di esempio, all'esperienza italiana, si osserva che l'azione contrattuale presenta l'indubbio vantaggio di invertire l'onere della prova (a favore del danneggiato e contro il produttore: art. 1218 cod. civ.), ma nel contempo è esperibile solo dal danneggiato-contraente (e non dunque dai terzi), nei confronti dell'altro contraente (che il più delle volte non è il produttore, bensì l'incolpevole dettagliante); è soggetta a termini di decadenza e di prescrizione assai brevi (v. ad es. art. 1495 cod. civ.), legittima solo al risarcimento dei danni prevedibili (art. 1225 cod. civ.) e non anche di quelli imprevedibili come nell'azione aquiliana e, in ogni caso, la responsabilità può essere pattizamente esclusa, salvi i casi di dolo o colpa grave (art. 1229 cod. civ.).

Si spiega in tal modo il più frequente ricorso alla via extracontrattuale, pur con le sue numerose insidie. Va notato, per inciso, che nel nostro ordinamento processuale si ammette il cumulo delle azioni contrattuali ed extracontrattuali di modo che il danneggiato può cercare di trarre i vantaggi di ciascun sistema. Ma si tratta di una soluzione che non trova sempre seguito negli altri, più significativi, modelli.

Convorrà esaminare le varie soluzioni giurisprudenziali. Il caso di scuola italiano è il c.d. «caso Saiwa» (Cass. 25 maggio 1964, n. 1270, *Soc. Saiwa c. Schettini*, in *Foro it.*, 1965, I, 2098). Due coniugi avevano acquistato in un negozio una scatola di biscotti. Avendone mangiati alcuni si erano sentiti male ed erano stati colpiti da una enterocolite febbrile, con conseguente necessità di ricorrere a cure mediche. Agivano pertanto in via contrattuale contro il rivenditore e in via extracontrattuale contro il produttore. Avverso la condanna riportata nei giudizi di merito, quest'ultimo ricorreva per Cassazione lamentando che non vi era prova né della buona conservazione della merce da parte del negoziante (sicché il deterioramento si sarebbe potuto verificare nei suoi locali), né della propria colpa nel confezionamento del prodotto.

La Suprema Corte, da un lato escludeva che il rivenditore potesse essere ritenuto responsabile per l'avaria dei biscotti se non fosse stata dimostrata (prova, in concreto, mancata) la sua colpa nella conservazione della merce o nella vendita oltre i limiti temporali di garanzia; dall'altro lato una volta esclusa la responsabilità dell'alienante, era lecito presumere che l'alterazione del prodotto fosse stata provocata dal fabbricante.

Dunque, attraverso il processo logico-deduttivo della presunzione, si impone al produttore l'onere di discolarsi, e, in difetto, gli si addebita la responsabilità.

Ma non sempre le presunzioni giocano a favore del consumatore: in Trib. Roma 17 settembre 1987 (*Stubing c. Telefunken*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1988, I, 494) un televisore si era incendiato devastando l'appartamento nel quale era collocato e il cui proprietario in quel momento era assente. Il Tribunale ribadendo che incombe al danneggiato provare condotta colposa, nesso causale ed evento, riteneva che l'attrice non avesse provato un difetto di fabbricazione dell'apparecchio (peraltro completamente distrutto). La consulenza tecnica aveva affermato che gli apparecchi televisivi lasciati in stato preaccensione costituivano una fonte di potenziale pericolo. Ma, nonostante le istruzioni nulla dicessero in proposito, il Tribunale riteneva – utilizzando l'artificio dei «fatti notori» (art. 115, c. 2 c.p.c.) – che tale circostanza doveva essere presente non solo a chi avesse conoscenze tecniche, ma anche all'«uomo medio fornito di normale istruzione». Dunque il danno era dovuto ad autoresponsabilità dell'attrice.

Quanto, in questa materia, il semplice spostamento della presunzione faccia pendere da un lato, piuttosto che dall'altro, il piatto della bilancia è confermato da un identico caso francese (Cass. 28 novembre 1979, *ITT c. Duvelle*, in *D.*, 1985, 485): la consumatrice aveva acquistato un televisore il quale subito aveva richiesto numerosi interventi di riparazione, fino a quando, sette mesi dopo l'acquisto, l'apparecchio era esploso incendiando e distruggendo l'appartamento nel quale era collocato. L'azione era contrattuale, non solo perché il fatto si era verificato nel periodo di garanzia, ma anche perché la giurisprudenza francese riconosce all'acquirente l'azione diretta nei confronti del produttore anche quando non abbia contratto con quest'ultimo ma solo (come nel caso di specie) con il dettagliante. Condannata in primo e secondo grado la ITT ricorreva per Cassazione sostenendo che mancava la prova del nesso causale fra il

preteso difetto dell'apparecchio e l'incendio e che doveva piuttosto presumersi che fossero stati i maldestri interventi di riparazione del tecnico (dipendente del venditore) a provocare il danno.

I giudici francesi rigettavano il ricorso sostenendo che spettasse alla ITT provare l'asserita colpa del venditore nel corso delle riparazioni; in mancanza di tale prova e accertata la difettosità di una delle componenti elettroniche si doveva presumere la responsabilità del produttore.

Per il diritto inglese la sentenza che apre – sia pure solo in parte – la strada è *Donoghue v. Stevenson* [1932] (A.C. 562). La signora Donoghue si era recata in un caffè con un'amica la quale le aveva offerto una bibita gasata. Dapprima le era stato versato nel bicchiere parte del contenuto della bottiglia e lo aveva bevuto. Quando era stato versato il resto si accorgeva che sul fondo vi erano i resti di una lumaca in decomposizione. Agiva pertanto nei confronti del produttore chiedendo il risarcimento dei danni consistenti nella gastroenterite provocata dalla bevanda ingerita e nello shock nervoso subito per la nauseabonda esperienza.

La questione principale che si pone ai giudici inglesi è se la ditta Stevenson fossa tenuta ad un *duty of care* nei confronti dei consumatori. La House of Lords – con una ridotta maggioranza – ritiene che qualora un produttore confezioni un prodotto in modo tale che né il consumatore né alcun altro nelle fasi anteriori il consumo o l'utilizzo possa verificarne il contenuto e l'idoneità (nel caso di specie la bibita era in una bottiglia di vetro opaco chiusa con un tappo ermetico) egli abbia nei confronti del consumatore o dell'utilizzatore l'obbligo di evitare che possano derivarne danni.

L'affermazione di principio non sposta, peraltro, l'onere per il danneggiato di provare anche la violazione dello *standard of care* e l'esistenza di un nesso causale fra la *negligence* del produttore e il danno subito. Non vi è dunque alcuna concessione al consumatore; anzi Lord Macmillan, nella sua *opinion*, si premura di sottolineare che non vi è spazio per presunzioni a suo favore, e in particolare per il principio *res ipsa loquitur*.

L'attuale assetto della responsabilità del produttore per i prodotti difettosi è stato marcato dall'emanazione della direttiva CEE 25 luglio 1985, n. 374 alla quale i vari paesi europei (inclusa l'Italia: DPR 224/1988) si sono adeguati. Dal punto di vista comparatistico giova osservare che la disciplina assai restrittiva data dalle autorità comunitarie dipende in larga misura dalla necessità di non discostar-

si troppo dalle soluzioni inglesi, assai rigide sia nel caso *Donoghue v. Stevenson* (che si è visto) che nel *Defective Goods Act*.

Nel campo della responsabilità del produttore non è possibile ignorare l'esperienza nordamericana, non solo perché essa assume connotati propri, ben diversi da quelli della *common law* inglese, ma soprattutto perché essa costituisce, da tempo, un modello che influenza non poco gli altri sistemi.

Negli Stati Uniti la giurisprudenza aveva, fino agli inizi del Novecento seguito l'orientamento d'oltre Atlantico, negando che il produttore avesse un *duty of care* verso il consumatore e ammettendo solo in via di eccezione una responsabilità per i beni intrinsecamente pericolosi per la salute umana. Nel 1916, tuttavia, uno dei più noti giudici americani, Benjamin Cardozo, rese la celebre decisione *MacPherson v. Buick Motor Co.* (111 N.E. 1050). Nel caso, la macchina aveva un difetto di fabbricazione nel piantone dello sterzo, la cui rottura aveva causato il ferimento del proprietario conducente. Apparentemente Cardozo si limitava a qualificare il bene come intrinsecamente pericoloso; in realtà il principio enunciato aveva una portata ben più ampia. «Se la natura di una cosa è tale che è ragionevolmente sicuro che la sua negligente costruzione metterà a repentaglio la vita e l'integrità fisica, allora la cosa è pericolosa. La sua natura avverte delle conseguenze che possono derivarne. Se all'elemento del pericolo si aggiunge la consapevolezza che la cosa verrà usata da persone diverse dall'acquirente e utilizzata senza nuove prove allora, ci sia o no un contratto, il produttore di questa cosa pericolosa ha un *duty of care* di fabbricarla diligentemente».

Da allora la giurisprudenza americana si è sviluppata in via esponenziale; ma nel contempo si è anche allargata la protezione contrattuale del contraente attraverso specifiche previsioni dell'Uniform Commercial Code che ampliano notevolmente le garanzie dovute dal venditore all'acquirente.

Si può cogliere l'autonomia della *products liability* americana riscontrando la profonda influenza che essa ha avuto, sia pure molti decenni più tardi, nei sistemi giuridici europei. In particolare è facile cogliere la sua eco nella direttiva 374/85 sulla responsabilità del produttore, in particolare laddove si qualifica come difetto la mancanza di sicurezza che il consumatore normalmente si attenderebbe.

4.4. L'equivalenza dei rimedi contrattuali ed extracontrattuali: il caso della responsabilità medica

Si è visto, nelle premesse, che l'area della responsabilità civile è determinata dall'ampiezza di istituti contigui, quali il contratto e l'ingiustificato arricchimento. Ciò è determinato dal fatto che spesso il danneggiato potrebbe avere a disposizione sia l'uno che gli altri rimedi, ma per una serie di ragioni – struttura dell'istituto, orientamenti delle corti, prassi forensi – opta per uno di essi.

In una prospettiva comparata il risultato è che per talune tipologie di danno la strada verso il risarcimento è costruita in un certo contesto; e in un diverso ordinamento in tutt'altro contesto. Ma i risultati raggiunti sono sostanzialmente simili.

L'esempio più evidente è quello della responsabilità medica per la quale si può dire, in estrema sintesi, che nei sistemi di *common law* essa si fonda sulla *law of torts* (e cioè sull'illecito civile), mentre in quelli di *civil law* esso si fonda su un inadempimento contrattuale.

Le ragioni della prima scelta sono legate alla maggiore rigidità del sistema contrattuale inglese, il quale, almeno tradizionalmente, trova uno dei suoi pilastri nella c.d. *privity of contract*, e cioè che il contratto ha effetti solo fra le parti che si sono scambiate reciproche promesse e non può essere invocato da terzi (solo verso la fine del XX secolo nel diritto inglese viene legislativamente riconosciuto il contratto a favore di terzi).

E così nei casi di un contratto medico stipulato dal genitore per un figlio oppure dal marito per la moglie, i soggetti in ipotesi danneggiati dalla negligenza del sanitario non potrebbero fondare l'azione sull'inadempimento di un contratto di cui non sono parte.

Convergentemente la più ampia strada del *tort of negligence* vede emergere, fin dalla metà dell'Ottocento, la finzione della *res ipsa loquitur* (v. *supra*, p. 385), la quale costituisce il principale modo con il quale invertire l'onere della prova a favore del danneggiato.

Il risultato è che anche quando vi sarebbe una chiarissima azione contrattuale, per via del rapporto diretto fra medico e paziente e della precisa individuazione della prestazione richiesta (si pensi all'intervento di chirurgia estetica per la riduzione di un naso aquilino o per l'impianto di una protesi) si preferisce l'azione extracontrattuale che offre – negli Stati Uniti, giurisdizione di elezione della c.d. *medical malpractice* – la possibilità di richiedere il risarcimento esemplare (v. *supra*, p. 385).

Nei sistemi di *civil law* non mancano ragioni per ancorare l'azione di responsabilità medica nell'alveo extracontrattuale (la circostanza che il fatto dannoso integra anche una fattispecie di illecito penale; la frequente assenza di qualsiasi rapporto negoziale fra le parti: si pensi al paziente ricoverato in stato di incoscienza al pronto soccorso). Tuttavia si sceglie la costruzione contrattuale per via di alcuni aspetti pratici come il maggiore termine prescrizione, oppure la presunzione di responsabilità del debitore inadempiente (bene espressa nell'art. 1218 cod. civ. it.). Ovviamente ciò richiede la creazione di alcune finzioni, prima fra tutte l'esistenza di un contratto nelle non infrequenti ipotesi in cui il sinistro è avvenuto all'interno di una struttura ospedaliera pubblica la quale interviene *ex lege* sulla base di procedure amministrative.

L'altro ostacolo da superare è quello – risalente all'Ottocento – fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi: nelle prime l'esattezza delle prestazioni di dare, fare ecc. è misurata sulla base del risultato utile che le parti hanno inserito nel loro programma contrattuale. Nelle seconde – costruite per immunizzare le professioni liberali, cioè medici e avvocati – la diligenza si accerta sulla base non del risultato sperato – guarigione, successo nella controversia – ma della correttezza delle metodologie impiegate nell'affrontare il caso, il cui esito negativo non può essere addebitato all'agente.

Per aggirare la difficoltà i giudici dell'Europa continentale progressivamente enucleano ipotesi nelle quali l'obbligo posto in capo al sanitario è quello della soluzione del problema clinico: si parte creando categorie come quelle degli interventi di routine (l'estrazione di un dente, la tonsillectomia), le quali tendono ad allargarsi con il progresso scientifico.

Si prosegue applicando regole di responsabilità oggettiva qualora la causa del danno sia legata alle condizioni ambientali patogeniche: tipicamente le c.d. infezioni ospedaliere.

E in termini più generali si stabilisce che, poiché è il medico che possiede le conoscenze del caso clinico ed ha il controllo del paziente, incombe su di lui l'onere di provare il perché del risultato infausto.

Al di là di ogni considerazione sulla coerenza sistematica delle scelte effettuate nei diversi ordinamenti, confrontando l'esperienza di *civil law* con quella statunitense (la *common law* inglese manifesta ancora una volta la sua anomalia) i casi concreti in cui viene riconosciuta la responsabilità del medico o della struttura sanitaria grosso

modo si sovrappongono, a conferma della equivalenza funzionale dei rimedi adottati.

Ma la responsabilità medica propone una ulteriore intersezione con altri approcci: nei paesi occidentali l'assistenza sanitaria è solitamente assicurata, gratuitamente o a costo nominale, a tutti i cittadini. Se all'interno delle strutture pubbliche si verifica un sinistro la normale azione di responsabilità – contrattuale o extracontrattuale che sia – se favorevole al danneggiato comporta che il soggetto pubblico debba farsi carico del risarcimento. In altri, e finali, termini il costo dell'errore medico viene 'spalmato' fra i contribuenti.

Considerazioni sulla funzione redistributiva della responsabilità per danni, nonché sulla efficienza dei sistemi risarcitori, portano a individuare modelli alternativi, di cui il più importante è quello introdotto da più di trent'anni nei vari paesi scandinavi (prima la Svezia, poi Norvegia, Danimarca, Finlandia), nei quali il mero verificarsi di un sinistro all'interno di una struttura sanitaria pubblica dà diritto a ricevere un indennizzo (generalmente proveniente da un fondo assicurativo previdenziale) senza passare attraverso un giudizio e l'accertamento di responsabilità. Si ritiene che in questo modo si riducano i costi per ottenere un ristoro che giunge in tempi brevi anche se in misura più ridotta, senza però creare un conflitto fra medico e paziente.

Il modello scandinavo guadagna consensi nel resto d'Europa ed è stato, parzialmente, recepito in Francia con la legge 303/02, che prevede un sistema di indennizzo per i sinistri più gravi non dovuti a colpa del sanitario o della struttura.

