

wenn infolge der dringenden Bedürftigkeit oder der Unerfahrenheit einer Partei ein Vertrag geschlossen wurde, bei dem ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. In deutschem Recht wird diese Situation in § 138 Absatz 2 BGB behandelt unter dem Stichwort „Wucher“.

Das neue Zivilrechtsgesetzbuch hat erstmals die Persönlichkeitsrechte geregelt, im Teil über die Personen.

Die Verschollenheit von Personen wurde neu geregelt, und zwar ihre Folgen im Erbrecht.

Im Allgemeinen Teil des neuen ZGB wird auch unterschieden zwischen Vereinigungen und Gesellschaften.

Im Abschnitt über die Rechtsgeschäftslehre wurde die gesetzliche Terminologie der wissenschaftlichen Terminologie angepasst.

Ein wichtiger und interessanter Unterschied zwischen dem AT des CC/2002 und dem AT des BGB besteht darin, dass im CC/2002, wie auch schon im CC/1916, auch die Generalklausel für die deliktische Haftung im AT geregelt ist.

Eine andere Generalklausel, die künftig eine sehr wichtige Rolle spielen könnte, stellt der Art. 187 über den Rechtsmissbrauch dar.

Meine Damen und Herren,
nochmals vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit und Geduld.

LA COLPA E IL RISCHIO

Andrea Marighetto*

Introduzione

L'analisi storica delle fonti romane ha, per i civilisti, un'importanza fondamentale, dal momento che permette di cogliere l'influenza romana sulla costruzione dei modelli giuridici ancora presenti nella codicistica contemporanea.

L'elaborazione delle fonti è, dunque, intesa come metodo di studio al fine di poter intendere non solo la terminologia ed i concetti fondanti, ma anche per analizzare e comprendere il determinarsi del diritto attuale.

Per comprendere l'istituto della colpa, intesa quale elemento dell'illecito civile, è dunque indispensabile un'analisi del fondamento storico-giuridico del concetto stesso di illecito civile, e viceversa: colpa e responsabilità, infatti, appaiono da sempre strettamente connessi e complementari.

Il presente studio, oltre a prendere in esame l'evoluzione storica del concetto di colpa e dell'istituto stesso della responsabilità civile, persegue lo scopo di analizzare come l'elemento della colpa abbia, dunque, influenzato e determinato le dottrine relative alla responsabilità civile.

Al tradizionale principio colpevolistico della responsabilità, si sono quindi affiancate le teorie sul rischio profitto e sul rischio creato, che richiamano prepotentemente i meccanismi della responsabilità oggettiva, o della cosiddetta responsabilità "senza colpa". Si assiste, in questo modo, ad uno spostamento, o meglio, ad una coesistenza sempre più considerevole tra i diversi criteri di imputazione dell'illecito.

L'evoluzione industriale, l'aumento dei consumi hanno determinato un corrispondente mutamento della società ove il singolo individuo viene ad essere maggiormente esposto ai rischi di una commercializzazione esasperata ove l'interesse economico del produttore tende a sovrapporsi alla protezione del singolo e, comunque, della collettività. Da qui, lo sviluppo di teorie, del cosiddetto socialismo giuridico, che appunto prendono in considerazione siffatta asimmetria, e propongono una rivisitazione del tradizionale diktat Jheringhiano del *nessuna responsabilità senza colpa*. Si assiste, quindi, ad un affiancamento sempre meno eccezionale del criterio di imputazione oggettiva della responsabilità, e sempre più ad una sua applicazione generalizzata.

Il presente studio persegue anche la finalità di evidenziare come i sistemi di diritto da

* Laurea in Diritto con l'Università di Verona (Italia). Master in relazioni internazionali con l'Università di Padova (Italia). Specialista in Alternative Dispute Resolution in San Diego (Stati Uniti). Specialista in Diritto della Integrazione con l'Organizzazione degli Stati Americani (Brasile). Specializzando in Diritto del Consumatore e Diritti Fondamentali con l'UFRGS (Brasile). Dottorando in Diritto per l'UFRGS (Brasile).

sempre considerati più tradizionali e quelli più innovativi hanno dunque accolto queste teorie. Interessante è, dunque, osservare come, in realtà, le principali codificazioni della famiglia di *civil law* hanno, per lo più, mantenuto il criterio colpevolistico come criterio principale di imputazione dell'illecito. Al più, la colpa è stata, per così dire, maggiormente oggettivizzata, per esempio attraverso quelle ipotesi di presunzione di colpevolezza in cui "la prova contraria" si è ridotta a poche improbabili fattispecie. Si è dunque, per la maggior parte dei casi, preferito affiancare alle tradizionali codificazioni, previsioni legislative speciali, aventi ad oggetto il ricorso all'utilizzo della responsabilità oggettiva.

I – Dalla responsabilità per colpa alla responsabilità oggettiva, quale strumento di razionalizzazione del mercato, solidarietà sociale e dominazione dell'attività di impresa nella società del benessere.

A) Evoluzione storico-giuridica del concetto "romano" di responsabilità civile

1) Considerazioni generali sulla "teoria classica della colpa"

La questione relativa alla classicità della colpa quale elemento dell'illecito aquiliano suggerisce un breve *excursus* storico-giuridico sui fondamenti della stessa responsabilità civile.

Il giurista italiano Guido Alpa¹, nota come la terminologia classica non riguardasse tanto la responsabilità, quanto, piuttosto, il *damnum* e l'*iniuria*, ove con il termine *iniuria* – e ciò appare estremamente rilevante ai fini del presente studio, per i motivi che verranno esaminati in seguito – si intendeva soprattutto "ciò che era stato fatto non iure o contra ius"².

Ma analizziamo con calma. All'epoca delle XII Tavole³, vi erano vari tipi di *iniuria* e ciascuna di esse rappresentava una fattispecie tipica. Solo dall'età classica, fu possibile individuare i primi tentativi di realizzazione di una regola generale sul danno e sulla sanzione penale: è proprio di questa epoca l'*actio legis Aquiliae*⁴ con la quale, per la prima volta, si cercò di generalizzare

1 ALPA, Guido, Diritto della responsabilità civile, Roma-Bari: Ed. Laterza, 2003 p. 44 ne IRTI, Natalino (Collana diretta da) Istituzioni di Diritto. Serie monografica.

2 CANNATA, Carlo Augusto. Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria, in VACCA, Letizia. La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, I Congresso internazionale ARISTEC, Madrid, 7-10 ottobre 1993. Torino: Giappichelli, 1995 p. 36 come riportato da ALPA, Guido, Op. cit. p. 78.

3 La Lex XII Tabularum costituì il nucleo del *ius legumum vetus*. Fu emanata nel 451-450 a. C. Tale lex ha l'indubbio merito di aver concesso una sorta di trasparenza delle procedure necessarie per accertare o tutelare i propri diritti (condizione di miglioramento della plebe): con l'introduzione delle *legis actiones* si introdusse un rigido formalismo che importava per le parti in lite il rigoroso e imprescindibile rispetto procedurale. In TALAMANCA, Mario. Istituzioni di Diritto Romano. Milano: Giuffrè 1990.

4 Letteralmente: singole ipotesi tipiche di danneggiamento.

5 L'*Actio legis Aquiliae* fu introdotta nell'ordinamento giuridico romano dalla *lex Aquiliae de damno*, agli inizi del III secolo a. C. È strutturata in tre capitoli: nel primo capitolo, il soggetto che aveva ucciso ingiustamente uno schiavo ovvero un quadrupede facente parte di un armento altrui, doveva essere condannato a pagare, al rispettivo proprietario, il massimo valore che lo schiavo o l'animale avevano raggiunto nel corso dello stesso anno di commissione del fatto. Ai fini di tale responsabilità erano richiesti, indifferentemente, dolo e colpa. Il soggetto danneggiato, il *dominus*, cui apparteneva il *servus* ucciso, aveva una doppia possibilità: o poteva accusare l'omicida della commissione del crimine, intentando un'azione penale oppure poteva esigere il risarcimento del danno subito, agendo "in sede civile" in forza della *lex Aquilia*. Nel secondo capitolo, era prevista l'ipotesi di *acceptilatio* (quando l'*adstipulator*, in frode allo *stipulans* principale, accreditava sul proprio libro giornale della

un'azione penale e, allo stesso tempo, un'azione di carattere reipersecutorio, e dunque risarcitorio, con cui il danneggiato poteva rivalersi sul danneggiante⁶.

Come anche evidenziato dal giurista brasiliano Alvino Lima⁷, l'ultimo capitolo della legge (si confronti nota 5) rappresenta la parte più importante della legge stessa, in quanto viene definito il concetto di *damnum iniuria datum* su cui i giuriconsulti di epoca classica, così come poi i pretori, contribuirono a forgiare il concetto della responsabilità civile. Tale formula, il *damnum iniuria datum*, ovvero tale *delictum*, rappresentò dunque il punto di partenza nella storia e nell'evoluzione giuridico-concettuale dell'istituto della responsabilità civile.

La *lex Aquilia*, nella sua versione più originale, non rappresentava *de facto* un'azione di carattere generale, almeno non nel senso delle moderne codificazioni di famiglia romano-germanica, atteso che la stessa prevedeva la possibilità di risarcimento per le sole determinate ipotesi (si veda in nota 5) in essa ben tipicizzate. Assunse solo col passare degli anni e con l'interpretazione della giurisprudenza, quella valenza di vera e propria "clausola generale" che risultò essere propria degli ordinamenti di stampo romano-germanico⁸ e, in modo particolare, del padre delle codificazioni moderne, il *Code Napoléon* del 1804⁹.

Originalmente, la *lex Aquilia*, regolando le varie ipotesi di danneggiamento, richiedeva per la sua applicazione due requisiti fondamentali: il danneggiamento *corpore et corpori* e l'*iniuria*¹⁰: da qui, l'interpretazione della giurisprudenza e l'allargamento a più ipotesi di danneggiamento. L'ambito di applicazione di questa legge, infatti, fu successivamente e notevolmente estesa¹¹: furono ricomprese tutte quelle ipotesi di *damnum* (danneggiamento) causato senza lo sforzo fisico – *non corpore* – e, la stessa *lex Aquilia* fu interpretata nel senso

contabilità una certa somma) sanzionata con una pena pecuniaria. Il terzo capitolo della *lex Aquilia de damno*, riguardava tutte le altre fattispecie di danno, inclusi quelli cagionati ingiustamente a cose inanimate. La legge, per completezza di esposizione, stabiliva inoltre che il danneggiante doveva essere condannato al pagamento non di una cifra pari al valore della res in quell'anno bensì di una cifra determinata in relazione al valore della res nei 30 giorni precedenti il fatto produttivo del danno. In BURDESE, Alberto. Manuale di Diritto Privato Romano. Torino: UTET 1993, p. 529. Cfr. Gai 3.210; D.9.2.2 pr. (Gai); Gai 3.215; D.9.2.27 (Ulp.).

6 ALPA, Guido. La responsabilità civile nel Trattato di Diritto Civile (a cura di) Milano: Giuffrè 1999.

7 LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: RT, 1998 p. 22.

8 MAY, Gaston. *Manuel de droit romain*. Paris 1932, come citato da LIMA, Alvino. Op. cit.

9 DAVID, René, JOUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 2002, p. 89 e ss.

10 GIORDANO, Francesca. La colpa nell'illecito extracontrattuale tra vecchi e nuovi orientamenti di dottrina e giurisprudenza, in *Giustizia Civile*, (a cura di SGROI, Vittorio). Milano: Giuffrè 1995, p. 173.

11 Importante appare la ricostruzione di ALPA, Guido. *Ult. Op. cit.* p. 28 e ss. in cui specifica che l'oggetto della *lex Aquilia* non era il patrimonio, inteso come insieme dei beni costituenti la ricchezza del *dominus*, ma la cosa stessa nella sua materialità. Il criterio dell'*id quod interest*, prima importante evoluzione della clausola di risarcimento aquiliana, venne introdotto da Giustiniano e consisteva nella cosiddetta valutazione della causa rei, da sommarsi alla quantificazione del *corpus*, che, appunto, indicava il "valore della cosa che aveva per il proprietario". Gaio, nel II secolo d. C., contribuì a sviluppare la base di questa prima clausola generale risarcitoria, definendo il concetto stesso di danno "si plus *dominus capiat damnum id quoque aestimatur*". Con i Severi, la concezione del danno viene definitivamente ridefinita come perdita patrimoniale, differenza tra situazione originaria e quella che si è venuta a creare a seguito dell'illecito, non attribuendo rilevanza alcuna al danno morale. Dal Digesto emergero gli elementi – i giuristi francesi insegnano – della creazione del *Code Civil* del 1804, un quadro di presupposti determinanti i fondamenti di quello che le codificazioni moderne designeranno come istituto della responsabilità civile, vale a dire: la colpa, la funzione mista della responsabilità (sanzionatoria e risarcitoria), e il danno. È ancora da riportare che molte regole giuridiche sono state successivamente cancate di significato morale ed etico: l'*alterum non laedere* – per esempio – indica un principio generale ed astratto.

di ritenere la colpa, appunto concretizzante l'*iniuria*, intesa come negligenza del danneggiante, quale presupposto imprescindibile della responsabilità¹².

Proprio in riferimento a questa interpretazione di *iniuria* ruota tutta la problematica attorno al concetto stesso di colpa: se, cioè, con il termine *iniuria* si indicasse solo un comportamento *non iure o contra ius* ovvero se, diversamente, si includesse anche la colpa quale elemento indispensabile per il delinarsi delle fattispecie di cui alla *lex Aquilia*. In particolare, come ricorda il romanista Schipani, si sarebbe fatto riferimento alla colpa, quale elemento determinante dell'illecito civile, solo nel momento in cui veniva superata "l'essenzialità del requisito del *damnum corpore corpori dato*", in quanto "condotta ed evento potevano verificarsi in momenti diversi". Ciò comportava che "si sarebbe presentata la necessità di precisare, in rapporto al criterio della responsabilità, sulla base di quali altri presupposti il soggetto fosse tenuto" e, conseguentemente, la colpa venne individuata in tutti quei casi di "ignoranza, debolezza, imperizia, negligenza, disavvedutezza, imprudenza"¹³.

E' sicuramente molto istigante e centrata la ricostruzione fatta da Alvino Lima, nella sua opera più classica¹⁴, in riferimento al dibattito sull'essenzialità del requisito della colpa ai fini della configurazione della risarcibilità prevista dalla *lex Aquilia*. Secondo lo stesso, coloro¹⁵ che considerano la colpa quale elemento fondamentale di tale illecito, fonderebbero il loro assunto nelle parole di Ulpiano, e cioè nell'espressione latina *in lege Aquilia et levissima culpa venit*¹⁶: secondo cui, per l'applicazione della *lex* era, dunque, sufficiente la minima negligenza del danneggiante.

E', quindi, inevitabile dover evidenziare la tradizionale ricostruzione operata da Jhering¹⁷, forgiatore del *dictat* "kein Übel ohne Schuld", ossia "nessuna responsabilità senza colpa", in base al quale nel sistema di diritto privato romano, trovava fonte il precedente storico della colpa, quale elemento appunto "da sempre" legato al concetto di illecito civile.

Diversamente, altra dottrina¹⁸ sostiene, ai fini dell'applicazione della *lex Aquilia*, la non essenzialità dell'elemento colpa, almeno *ad origine*. Tale dottrina parte, infatti, dalla considerazione secondo cui l'espressione *in lege Aquilia et levissima culpa venit* sarebbe, di fatto, il frutto di una interpolazione. La colpa sarebbe stata introdotta, quale elemento costitutivo,

12 SCHIPANI, Sandro. Responsabilità ex lege Aquilia, Criteri di imputazione e problema della colpa. Torino: Utet, 1968, p. 1 e ss., ritiene che a tali conclusioni la pandettistica sia pervenuta mostrando di ignorare la divergenza esistente nel testo della legge, in cui non si fa riferimento all'elemento della colpa, ma a quello dell'*iniuria*. Tale contrasto è risolto da HASSE, Johann Christian. Die culpa des römischen Recht, 1938, p. 8 ss. nel senso che il termine culpa assumerebbe un duplice significato: il primo, di carattere ordinario, quale "infrangimento di una norma qualsiasi", ed il secondo, di natura giuridica, inteso come "condotta illecita". Da questa duplice accezione discenderebbe la fungibilità dei due termini, al punto di poter parlare indifferentemente di *damnum iniuria datum* o *damnum culpa datum*. Nota integralmente riportata da GIORDANO, Francesca. Op. cit. p. 173.

13 SCHIPANI, Sandro. Op. Cit.

14 LIMA, Alvino. Op. Cit. p. 23

15 Tra i classici citati da Alvino Lima: GIRARD, Paul Frédéric. Manuel élémentaire de droit romain. Paris 1906, MAY, Gaston, Op. cit., JHERING, Rudolf von. "De la faute en droit privé", in Études complémentaires de l'esprit de droit romain, trad. fr. de Meulenaere. Paris, 1880.

16 Digesto 9.2.44.1. Ulpiano 42

17 JHERING, Rudolf von. Das Schuldmoment in römischen Privatrecht. Leipzig, 1867, p. 155 ss.

18 Alvino Lima cita BETTI, Emilio. Diritto Romano. Parte generale. Padova. 1935, COZZI, Mario. La responsabilità civile per danni da cose. Padova: Giuffrè, 1935; MAZEAUD, Leon e Henri. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.

solo in un secondo momento e per opera dell'interpretazione. Alcuni autori, tra cui spicca l'italiano Venezian¹⁹ che addirittura cerca di sintetizzare in chiave di responsabilità oggettiva il sistema privato romano²⁰, inducono a sostenere la coesistenza di ipotesi di responsabilità senza colpa²¹ e ipotesi di responsabilità per colpa.

Nonostante l'istigante dibattito sulla natura della responsabilità da illecito nel diritto romano, è comunque da evidenziare come, in realtà, sia stato il giusnaturalismo francese del XVII sec. ad aver meglio definito ed isolato il concetto di colpa²². La dottrina tradizionale²³ è infatti concorde nell'attribuire a Domat ed a Pothier il merito di aver attuato la vera svolta in materia di responsabilità civile, e, conseguentemente, aver contribuito al consolidamento della concezione "classica" della colpa, quale elemento imprescindibile del concetto stesso di responsabilità civile.

In qualche modo, i due giuristi francesi possono dunque essere considerati i padri della teoria "classica" della colpa, intesa quale fondamento della clausola generale di responsabilità. La costruzione teorico-dottrinale da essi operata venne, infatti, poi adottata dal *Code Civil* francese del 1804 e da tutte le altre codificazioni che, dal modello francese, trassero ispirazione. In particolare, Domat, pur continuando a descrivere dettagliatamente le varie fattispecie di illecito, in conformità alla tradizione romanista, che riconosceva l'esistenza di tipiche e precise ipotesi di illecito, cercò di forgiare una nozione generale di fatto illecito. Pothier, nella stessa linea, insistette ulteriormente sulla descrizione di una fattispecie generale di illecito, cristallizzando la differenziazione tra i delitti e i quasi-delitti, approfondendo così il concetto di imputabilità²⁴.

Domat²⁵ ebbe, dunque, il grande merito di aver introdotto una nozione ampia ed unitaria del fatto illecito, prendendo in esame non solo i fatti vietati espressamente dalle leggi, ma anche quelli che, in qualche modo, si ponevano in contrasto con l'equità, l'onestà e il buon costume "anche se non vi siano leggi scritte che li prevedano"²⁶.

In sintesi, la necessità di individuare una "clausola generale" che abbracciasse tutta un'altra ampia area di ipotesi di fatti illeciti non normativizzati, è da derivarsi - sempre secondo Domat²⁷ - alla necessità di un'*ordinata convivenza civile*. Questa ricostruzione fu determinante nell'elaborazione e nella stesura *Code Civil* francese²⁸. Domat fu, dunque, il

19 VENEZIAN, Giacomo. Danno e risarcimento fuori dei contratti, 1884-1886. Roma 1918.

20 GIORDANO, Francesca, Op. cit. p. 173

21 infra il sistema della responsabilità oggettiva dei fratelli Mazeaud.

22 ALPA, Guido. Ult. Op. cit., p. 36 e ss.

23 ALPA, Guido. Ult. Op. cit., p. 36 e ss.

24 ALPA, Guido. Ult. Op. cit., p. 35 e ss.

25 ALPA, Guido. Op. cit. p. 48 sostiene che Domat, pur analizzando e partendo dalle fonti del Digesto effettua un'interpretazione ben diversa da quella operata dagli esponenti della scuola storica: infatti, non esegue una partizione tipica, ma una volta annunciata la definizione di fatto illecito imperniata sul concetto di colpa esamina alcuni esempi di fatti illeciti civili.

26 MONATERI, Pier Giuseppe. Le fonti delle obbligazioni - La responsabilità civile, in SACCO, Rodolfo. Trattato di diritto civile. Torino: UTET 1998, p. 135.

27 DOMAT, J. Les lois civiles dans leur ordre naturel. I, II, tit. VIII, in ID., Oeuvres complètes, nuova ed. a cura di REMY, J., t. I, Paris: Didot, 1835, p. 467 in ALPA, Guido, Diritto della responsabilità civile, Roma-Bari: Ed. Laterza, 2003 p. 48 ss ne IRTI, Natalino (Collana diretta da). Istituzioni di Diritto. Serie monografica.

28 LIMA, Alvino. Op. Cit. p. 28.

primo a distinguere con chiarezza le varie fattispecie di colpa²⁹.

Pothier, non molto diversamente, riprese la ripartizione dei delitti e dei quasi delitti³⁰ di chiara derivazione romanista, evidenziando come il delitto definirebbe il fatto attraverso il quale una persona, per dolo o per malevolenza, causa un danno o un torto ad un altro; diversamente, con il quasi delitto, si indicherebbe il fatto attraverso cui una persona, senza malevolenza, ma per una imprudenza non scusabile, causa torto ad un'altra. L'importanza di tale distinzione è fondamentale nel processo di consolidamento della colpa quale elemento che costituisce l'illecito³¹.

2) Insufficienza del concetto classico della responsabilità colposa

Nonostante la colpa sia stata accettata dai vari sistemi di diritto come principio, o meglio, criterio di imputazione base su cui fondare la responsabilità da illecito civile, le tendenze dottrinarie di fine Ottocento hanno dimostrato l'insufficienza del criterio della colpa quale unico meccanismo di imputazione di responsabilità. Le motivazioni annesse a questo recente sviluppo attengono principalmente a delle valutazioni non strettamente di carattere giuridico. La valutazione giuridica acquista significato in quanto conseguenza di una situazione sociale ben diversificata rispetto alle tradizionali relazioni tra individui.

L'avvento della rivoluzione industriale, le teorie economiche sul profitto, lo sviluppo economico senza precedenti hanno, di fatto, contribuito a che la riflessione attorno agli interessi valutati in ambito di responsabilità civile fossero oggetto di discussione e di revisione³². In particolare, la consolidata e particolarmente attenta dottrina francese, da un lato, e la rivitalizzata dottrina italiana, dall'altro, hanno contribuito significativamente ad una reinterpretazione degli interessi del danneggiante e del danneggiato, in chiave decisamente più "sociale"³³.

L'interpretazione della responsabilità civile alla luce del principio della solidarietà porta ad una equa distribuzione dell'incidenza del danno. Interessante è notare come, in realtà, tale interpretazione vada a tutelare degli interessi che pur non essendo, molte volte, riconosciuti espressamente possono essere ricavati implicitamente dal l'intero sistema giuridico.

Il meccanismo a cui ci si riferisce per riconoscere e temperare questi interessi è

29 Alpa nota, ancora, come Domat distingue la colpa in diverse sub-categorie: la colpa che comporta un reato ovvero un delitto, la colpa per la violazione del rapporto contrattuale, la colpa che non è connessa né ad un reato o ad un delitto né ad un accordo ma ad un comportamento imprudente di una persona, o a una cattiva custodia di cose o animali.

30 POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, Bruxelles 1837, p. 141. Citato in ALPA, Guido. *Op. Cit.* p. 49

31 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*

32 Interessante è osservare come in realtà la crisi, l'insufficienza del concetto tradizionale di responsabilità colposa non sia stato un fatto isolato, è da ricordare che anche in ambito contrattuale si parla di crisi dovuto alla massificazione delle relazioni contrattuali, si veda la ricostruzione operata per MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p. 163.

33 Accanto al metodo tradizionale della responsabilità civile, quale quello dell'amministrazione del danno, la dottrina contemporanea è solita apprezzare anche un approccio differente, la rilevanza economica. Infatti, a partire dagli anni Sessanta del XX sec. Pietro Trimarchi in Italia, Guido Calabresi e Richard Posner negli Stati Uniti (i più citati) hanno focalizzato i loro studi sulle tecniche di distribuzione del danno. Principalmente questa impostazione economica, nelle diverse "graduazioni" da Calabresi "The cost of accidents" a Posner "Theories of economic regulation", attesta la maggiore efficienza economica della responsabilità senza colpa, sempre che la vittima non sia stata in grado di prevenire il danno e non sia stata in grado di adottare la diligenza del buon padre di famiglia.

normalmente l'equità. Senza il ricorso all'equità, infatti, le disposizioni normative molte volte possono risultare inefficaci. Così come il giudice può rifarsi al principio dell'equità per attendere situazioni altrimenti non risolvibili o limitatamente risolvibili, il legislatore può ispirarsi al principio dell'equità per regolamentare alla base tipi di situazioni difficilmente tutelabili dal raziocinio giuridico.

Il legislatore, dunque, per certi aspetti, coadiuva la posizione del giudice, indirizzandolo, attraverso la previsione legislativa di criteri di giustizia sostanziale, al riconoscimento dell'ingiustizia del danno, di modo che sia sempre garantita una risarcibilità, o al più, una indennizzazione da danno – appunto – ingiusto.

E' proprio nelle relazioni tra singoli individui e società che si riscontrano i casi più significativi in cui appare tutta l'insufficienza del concetto colpevolistico nella disciplina dell'illecito civile. L'esame degli interessi in gioco, dunque, prevede una sorta di bilanciamento: da un lato, l'interesse altrui minacciato da un comportamento, che normalmente è colposo, dall'altro, l'interesse che l'agente con quella condotta tenta di realizzare³⁴. Gli interessi in gioco, il più delle volte, sono della più varia natura e quasi sempre non corrispondono ad una previsione normativa tipica: da qui, la necessità di una valutazione circa l'elemento colpevolistico del comportamento lesivo. Non sempre, infatti, la colpa corrisponde al un rischio giustificato, e viceversa³⁵.

Il temperamento degli interessi singolo individuo e società si inserisce esattamente in questo contesto, ossia nell'impossibilità di ricondurre – il più delle volte, per la mancanza di previsioni normative espresse o per irrazionalità giuridica – una previsione di rischio ad una valutazione conforme al criterio colpevolistico³⁶. La conseguenza a questa insufficienza è, dunque, stata la presa in considerazione del concetto di utilità sociale – *utilitas* – circa l'esercizio dell'attività cui il rischio si riferisce. La valutazione degli interessi al fine di garantire la risarcibilità, o l'indennizzazione di una delle parti, non deve tener conto solo di aspetti di carattere economico, ma l'*utilitas* deve essere valutata in relazione a tutti gli aspetti della personalità dell'individuo³⁷.

L'istituto della responsabilità civile, dunque, assume la funzione specifica di riequilibrare o riottemperare gli interessi tra le parti, nel caso in cui questi siano alterati o modificati in modo pregiudizievole per una sola delle parti: la responsabilità civile è intesa come giustizia sostanziale tra gli i singoli individui e tra individui e società (altro discorso varrebbe nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, che generalmente difende interessi privilegiati). Infinite sono le funzioni della responsabilità perché infinite sono le situazioni che vengono a caratterizzare gli squilibri nella società.

In modo particolare, a partire da tempi molto recenti, in cui – appunto – lo sviluppo industriale e la crescita economica hanno contribuito a differenziare maggiormente casi di

34 TRIMARCHI, Pietro. *Illecito in Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano 1970, pp. 103-104

35 TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 103-104

36 MELLO DA SILVA, Wilson. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva 1974. p. 134 sulla socializzazione del diritto e l'individualismo giuridico.

37 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998 p. 84 difende la tesi del sistema di diritto privato come protezione dell'individuo. Il diritto privato inteso come volontà di farsi norma giuridica di organizzazione della società civile.

ingiustizia sostanziale, la funzione reintegrativa o di giustizia sostanziale può ed è stata garantita solo da una oggettivazione della responsabilità civile, attraverso un onere probatorio meno gravoso o attraverso l'estensione dell'area risarcibile³⁸. L'oggettivazione della responsabilità civile esige la distribuzione del rischio, al fine di poter garantire un continuo contemperamento degli interessi e un equo bilanciamento dei danni. L'attribuzione all'imprenditore del rischio d'impresa comporta dunque la razionalizzazione del mercato, attraverso la creazione di norme che tutelano la sicurezza: il rischio deve essere a carico di chi trae dall'attività svolta un vantaggio economico.

La responsabilità oggettiva ha dunque la funzione di regolare e rendere sostanzialmente più giusto il contemperamento degli interessi, laddove una attività che realizza un vantaggio individuale non sia proporzionale alla sua dannosità³⁹.

B) Dal principio della responsabilità per colpa alla teoria del rischio e il principio della responsabilità oggettiva.

1) La socializzazione del rischio

L'inarrestabile processo di industrializzazione, la moltiplicazione smisurata delle nuove pratiche tecnologiche, le nuove scoperte, il fenomeno dell'addensamento della popolazione nei grandi centri, la creazione di moderne centrali elettriche, tutto ciò che viene a determinare un costante miglioramento nelle condizioni di vita della popolazione comporta conseguentemente un aumento proporzionato dei rischi.

Il concetto di colpa soggettiva, in ambito della responsabilità civile si dunque è dimostrato insufficiente e ciò a causa delle condizioni economico-sociali dettate dai grandi eventi che hanno e stanno caratterizzando la nostra epoca, oltre a motivi di ordine filosofico-politico e giuridico, conseguenti al declino dell'individualismo e della nascita della socializzazione. Accanto alla tradizionale figura della colpa si è dunque fatta strada una nuova teoria, quella del rischio, che non rappresenta una figura eccezionale di responsabilità, ma, diversamente, si incastra "parallelamente" nella figura dell'illecito extracontrattuale.

La socializzazione del rischio offre la possibilità di una indennizzazione sempre garantita, senza che si presenti la necessità di un internamento di nessuno, introducendo nel diritto un criterio più equitativo di distribuzione della giustizia. La socializzazione dei rischi risponde alla logica di una maggiore giustizia sociale, e viene incontro alla realtà quotidiana degli eventi, che vede il passaggio da una forma di tutela del danno alla persona ad una tutela del danno all'intera collettività.

2) Responsabilità oggettiva: dall'imputazione per rischio-profitto all'imputazione per rischio-creato.

La nascita delle teorie del rischio solitamente vengono ricondotte ad una epoca storica ben determinata: ci si riferisce alla fine dell'Ottocento, inizio del Novecento. Si inizia, appunto,

38 ALPA, Guido. BESSONE, Mario. La responsabilità civile. Milano, Giuffrè 1980, pp. 193 e ss.

39 SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile, in Nuovissimo Digesto Italiano. Torino: Giappichelli, 1968. p. 641.

a discutere attorno a queste tematiche proprio in occasione di quel movimento dottrinario, sviluppatosi principalmente in area francese ed in area italiana, chiamato *socialismo giuridico*⁴⁰. Si tratta di un particolare periodo in cui le conseguenze di uno sviluppo industriale senza precedenti iniziarono a mutare il corso delle relazioni sociali, economiche e giuridiche tra individui, e soprattutto tra individui ed imprese. Il socialismo giuridico, dunque, fu la risposta "sociale e giuridica" ad un mutamento avvenuto principalmente sul un piano economico.

Da parte francese, Saleilles, Josserand, Sauzer, Sainctelette, da parte italiana, Coviello, Barassi teorizzano il "fallimento" della colpa, nel senso che sviluppano, in ambito di illecito civile, tendenze e criteri orientati su una concezione della responsabilità del tutto dissociata dal concetto di colpa.

Le teorie del rischio vengono solitamente distinte in teorie del rischio-profitto e teorie del rischio-creato. In realtà, come evidenzia Lima⁴¹, originariamente ci si riferiva alla teoria del rischio integrale, e solo successivamente si passò a considerare la bipartizione tra teoria dell'atto anormale, difesa da Ripert, e la teoria del rischio.

La prima prevedeva la nascita di ipotesi di responsabilità quando l'attività esercitata da un agente fosse di tipo "anormale" nell'uso della proprietà: veniva in questo modo allargata la possibilità di rivalersi sul proprio vicino, nei rapporti specifici di vicinanza tra fondi.

In realtà, questa teoria non ebbe molto seguito, dal momento che fu molto criticata per vari aspetti, ma soprattutto per il fatto di celare un comportamento colposo dell'agente, e ricadere comunque nella previsione colpevolistica dell'illecito civile⁴². La seconda, ossia la teoria del rischio, è oggetto, a sua volta, di una bipartizione, o meglio di una vera e propria evoluzione ed integrazione. La teoria del rischio può, infatti, essere così ripartita e analizzata: da un lato, la teoria del rischio profitto, dall'altro, la teoria del rischio creato⁴³.

La prima parte dal presupposto secondo cui l'attività di impresa, proprio perché finalizzata al conseguimento del maggior profitto, deve, allo stesso tempo, assumersi i rischi che da questo tipo di attività possono derivare. Ecco dunque la socializzazione della responsabilità: chi consegue un profitto da una attività non può considerare di fare ricadere i rischi sulla società stessa, *ubi emolumentum, ibi onus*. In particolare, dappprincipio, si cominciò a discutere in merito a queste tematiche riferendosi principalmente a quelle attività considerate pericolose, in quanto nocive alla salute degli individui, per poi arrivare ad abbracciare ogni attività di impresa. Saleilles evidenzia come il rischio diventa così parte integrante delle spese generali che un'impresa deve sopportare⁴⁴.

40 Responsabilità oggettiva per danni e responsabilità per rischio di impresa dovrebbero essere considerati concetti ben distinti, atteso che per valutare il rischio di impresa ci si dovrebbe rapportare alle teorie sulla distribuzione dei costi e dei profitti. Mentre la responsabilità lato sensu trova, infatti, la sua causa giustificatrice nella reintegrazione del patrimonio del danneggiato, la responsabilità d'impresa si fonda su teorie squisitamente di carattere economico. Tuttavia, come sottolineano ALPA E BESSONE, Op. Cit., in una società in cui vi è una forte coesistenza e interrelazione tra impresa e società, non ha senso fare un discorso sociale, senza un supporto di carattere economico.

41 LIMA, Alvino. Op. cit. p. 119

42 MAZEAUD, Henri et Léon, et TUNC, André. Op. cit.

43 MAZEAUD, Henri et Léon, et TUNC, André. Op. cit.

44 SALEILLES, Raymond. La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada, in Rev. Trim. dr. Civ., 1911, pp. 48 e segg., come esaminata da ALPA, Guido. Op. Cit. p. 290.

La teoria del rischio profitto venne dunque affiancata, per così dire, da una evoluzione della stessa, ma che per i caratteri che presenta se ne differenzia, e prende il nome di teoria del rischio creato. Si tratta di una teoria più ampia e comprensiva anche della teoria del rischio profitto, e che consente di applicare criteri di responsabilità oggettiva anche a casi in cui non si sia in presenza di un'attività di impresa⁴⁵.

La nuova teoria evidenzia dunque il principio secondo cui *chiunque impiega fonti di rischio deve sopportarne le conseguenze negative*: non può essere considerato giusto ed equo quando la vittima che non ha contribuito alla creazione dei rischi sopporti le conseguenze negative prodotte dall'esercizio di tale attività. La teoria del rischio creato, senza dubbio, ha fissato le basi per la nuova concezione della responsabilità extracontrattuale oggettiva o senza colpa. Le teorie del rischio rispondono ad una logica di carattere sociale, la loro finalità è dunque quella di compensare, o meglio, procedere alla riparazione dei danni, seguendo il solo criterio obiettivo della valutazione, o meglio, della proporzionalità che caratterizza la relazione danno-beneficio.

II- Esperienza comparativa tra il sistema di Civil Law e il sistema di Common Law: modi differenti di introduzione della responsabilità oggettiva.

A) I modelli di Civil Law:

1) La responsabilità colposa e la responsabilità oggettiva: Codice Civile francese e Codice Civile italiano.

Nel diritto francese

Il *Code Civil* francese del 1804 rappresenta sicuramente l'esempio più tipico, se non addirittura l'esempio più paradigmatico, delle legislazioni moderne che accolgono il principio della responsabilità per colpa. La clausola generale della responsabilità civile è disciplinata dagli artt. 1382 e 1383 CC, i quali sintetizzano il risultato degli studi e degli insegnamenti sulla colpa e sulla classificazione dei "delitti e quasi delitti" di Domat e di Pothier⁴⁶.

L'art. 1382 CC così recita, "*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*". La clausola è quindi affiancata e ampliata da un'altra importante clausola, quella stabilita all'art. 1383 CC che statuisce: "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*".

In realtà, nonostante la paradigmatica e tradizionale ricostruzione "colpevolistico-soggettiva" della responsabilità civile⁴⁷, così come è possibile evincere anche da una immediata lettura degli stessi articoli sopra menzionati, la dottrina comparativa, in riferimento ai tre elementi costituenti la responsabilità *dommage, faute e lien de causalité*, critica l'utilizzazione di alcune espressioni ritenute non sufficientemente chiare⁴⁸: in particolare, l'espressione "*dommage*".

45 ALPA, Guido. Op. Cit. p. 291.

46 v. infra

47 LEVI, Giulio. Responsabilità civile e responsabilità oggettiva. Milano: Giuffrè. 1986, p. 53.

48 ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Tübingen: Mohr, 3. Auflage, 1996, p. 619.

Ci si domanda, infatti, se includa la definizione di danno morale, se tratti solo di un'offesa personale o se siano oggetto di compensazione anche altri interessi economici⁴⁹.

Allo stesso modo, vi è una ricca e consolidata dottrina che si è occupata dell'interpretazione del termine "*faute*", che costituisce il cardine attorno cui ruota tutto il sistema soggettivistico della colpa, o, nello specifico, dei cosiddetti "quasi delitti"⁵⁰. Si tende, infatti, distinguere due diverse situazioni che possono essere definite dal concetto di *faute*⁵¹: ossia, nella violazione di un precetto che definisce un comportamento da rispettare nella doppia concezione, da un lato, di volontà di causare danno (*faute délictuelle*), dall'altro, di comportamento criticabile secondo il principio generale del buon padre di famiglia (*faute quasi-délictuelle*) – *reasonable man of ordinary prudence*.

Nonostante le pur criticate⁵² espressioni utilizzate dal codice per definire gli elementi propri dell'istituto della responsabilità gli autori sono concordi nel definire che il *Code Civil* si fonda sul principio colpevolistico⁵³. Tuttavia, la dottrina più recente e la stessa giurisprudenza della *Cour de Cassation* partendo dall'esame dell'art 1384 CC e segg. sembrano non essere della stessa opinione. L'art 1384, par. 1, CC così recita: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde". Si tratta chiaramente di una responsabilità *per fatto altrui*. Ma non si tratta del solo caso, il Code Civil, agli artt. 1385⁵⁴ e 1386⁵⁵ CC, dispone un'altra presunzione di responsabilità in capo al proprietario di animali e al proprietario di edificio rovinoso.

Interessante è notare come l'art. 1384, par. 1°, CC escluda la previsione di responsabilità solo nei casi di *cas fortuit* o *force majeure*, ossia quando il fatto dannoso è determinato da un evento esterno il cui verificarsi non dipende, in alcun modo, dalla volontà dell'agente.

Appare chiaro che considerate le poche ipotesi in cui è possibile riscontrare un caso fortuito o una forza maggiore, la quasi totalità delle ipotesi in cui viene ad essere applicato il 1384, par. 1°, CC determina la previsione di una responsabilità indipendente da qualsiasi negligenza dell'agente.

Nonostante l'evidente e sopra richiamata previsione codicistica di cui agli artt. 1382 e 1383 CC, nasce il problema di come considerare queste ipotesi di imputazione di responsabilità.

La ricostruzione di Jossierand aiuta evidenziando che la ragione per la quale l'art. 1384, par. 1°, CC trasferisce la responsabilità ad altro soggetto risiede nel fatto che la società risponde ad un interesse sociale oggettivo, ossia in quello di garantire una compensazione

49 ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein. Op. cit. p. 620.

50 AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine. RAU, Charles Frederic. Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae. Paris: Marchal et Billard, 1897.

51 VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice. Les conditions de la responsabilité, in *Traité de droit civil*. Paris, LGDJ, 1998.

52 V. supra

53 ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein. Op. cit. p. 663 ss.

54 Art. 1385 CC "Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé".

55 Art. 1386 CC "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction".

del danno: si tratta della cosiddetta dottrina del rischio creato⁵⁶. Josserand, in tal modo, riconosce che la semplice presunzione di responsabilità, che solo superficialmente richiama il principio colpevolistico, in realtà nasconde ipotesi di responsabilità senza colpa, in cui, cioè il soggetto agente viene ad essere liberato in casi del tutto eccezionali⁵⁷.

Questa impostazione è solo una delle risposte dottrinarie all'esame del 1384, par. 1° CC, la lettura ancora dominante è quella dei fratelli Mazeaud⁵⁸ e di André Tunc che difendono l'idea secondo cui la responsabilità civile nel diritto francese rimane caratterizzata dalla predominanza del principio colpevolistico, indipendentemente dalle varie previsioni di presunzione di colpa.

Nel diritto italiano

Il codice civile italiano del 1942 è, senza dubbio, una creazione codicistica di chiara ed espressa influenza francese. Di conseguenza, lo stesso istituto della responsabilità civile, che ammette esplicitamente la colpa quale elemento costitutivo dell'illecito, riflette la ricostruzione "soggettivista" operata dall'art. 1382 del Codice Civile francese. E' così possibile incontrare la presenza dell'elemento "colpa" già all'articolo "fondante" della stessa responsabilità civile del sistema codicistico italiano, ossia l'art. 2043 CC⁵⁹.

Nonostante l'esplicito riferimento all'elemento colpa, è tuttavia possibile individuare, già da un'analisi più approfondita dell'art. 2043 CC, come il binomio illecito civile - colpa non sia, in realtà, così stretto e, soprattutto, chiuso ad altre ricostruzioni.

Rescigno evidenzia che, se non fossero possibili altre ricostruzioni, si dovrebbe ipotizzare un errore del legislatore, nell'aver usato la parola "fatto", anziché "atto", quale causa determinante dell'illecito. Da una lettura complessiva della norma, - chiarisce poi -

56 Per la théorie du risque créé si veda anche SALEILLES, Raymond. Op. Cit., pp. 48 e ss. "il rischio diventa parte integrante delle spese generali ed è l'industria che ne sopporta il carico, con ripartizione proporzionale tra coloro che cooperano, gli uni sotto forma di riduzione dei benefici e gli altri sotto forma di riduzione dei salari", da cui "il rischio deve ricadere su chi trae profitto" dall'attività dannosa. Nota in ALPA, Guido. Op. cit. p. 290.

57 Della stessa linea VINEY Geneviève, JOURDAIN, Patrice. Op. cit. p. 531

58 Come nota Alvino Lima, nel suo già più volte citato studio sulla colpa e sul rischio, lo studio dei fratelli Mazeaud esamina molto attentamente l'istituto della responsabilità civile. La precisazione è d'obbligo dal momento che l'opera dei Mazeaud appare essere indispensabile per meglio comprendere la differenziazione esistente tra il concetto di responsabilità obiettiva e responsabilità per colpa obiettiva. Essi partono dalla considerazione che la valutazione della colpa può essere fatta in concreto e in abstracto e ciò porterebbe ad una distinzione tra colpa obiettiva e colpa soggettiva. I Mazeaud distinguono, poi, una imputabilità del tutto prescindente dalla colpa, quella determinata ed espressione delle teorie sul rischio, da altri due tipi di imputabilità che dipendono, invece, dalla presenza della colpa, che però può distinguersi in colpa in abstracto, e colpa in concreto. Diversa è dunque la concezione obiettiva della responsabilità, nel senso di un criterio di imputazione che non si fonda sulla condotta dell'autore del danno: prescinde dal comportamento volontario dell'agente, sia esso conseguente di una valutazione in abstracto o in concreto. E' questa la concretizzazione della teoria del rischio. Nel caso esaminato dai Mazeaud si tratta invece di distinguere all'interno dell'imputazione fatta per colpa se si è in presenza di una responsabilità determinata da colpa morale o di colpa obiettiva. Si tratterebbe di una concezione puramente soggettiva o morale, quando l'esame della colpa sarebbe effettuato in concreto, dal momento che si potrebbe avere responsabilità solo quando viene ad essere accertata la presenza della "colpa morale" nel comportamento dell'agente. Diversamente, si tratterebbe di colpa obiettiva quando la valutazione prescinde dal lato psicologico dell'autore, e accosta il comportamento dell'agente ad un tipo astratto (culpa in abstracto), il bonus pater familiae. Al di là della critica mossa a tale ricostruzione, l'opera dei Mazeaud è sicuramente fondamentale per poter comprendere la differenziazione tra responsabilità per colpa dalla responsabilità oggettiva. Cfr. MAZEAUD, Henry et Léon, TUNC, André. Op. Cit.

59 Art. 2043 CC. "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

apparirebbe preferibile l'utilizzazione del termine "atto", anziché "fatto", in quanto si integrerebbe meglio con la forte connotazione di volontà e consapevolezza, cui allude la norma stessa nel caratterizzare l'azione dell'autore dell'illecito⁶⁰.

Si tratterebbe, dunque, di una sorta di apertura a posizioni interpretative, per lo più, svincolate dalla tradizionale ricostruzione "soggettivista" dell'illecito civile italiano.

Seppur tale rivisitazione interpretativa dell'art. 2043 CC, sia molto stimolante e, sicuramente, degna di un più dettagliato approfondimento, ciò che, tuttavia, non può essere messo in discussione è l'esplicito riferimento all'elemento "colpa" quale circostanza fondante dell'illecito.

I dubbi, dunque, sulla ricostruzione soggettivista della responsabilità civile italiana sembrerebbero così risolti, atteso il chiaro riscontro di cui all'art. 2043 CC⁶¹, se non fosse per gli articoli seguenti. In particolare, il codice disciplina alcune particolari figure di illecito in cui sono previsti dei criteri di imputazione differenti rispetto al generale criterio "soggettivo" rappresentato dall'art. 2043 CC.

Ci si riferisce alle ipotesi di responsabilità "per fatto altrui"⁶², alle ipotesi di responsabilità "per danni cagionati da cose in custodia o da animali"⁶³, alle ipotesi di responsabilità per danni cagionati "da rovina di edificio o dalla circolazione di veicoli senza guide di rotaie"⁶⁴ e alla responsabilità per danni "da attività pericolose"⁶⁵.

Si tratta di ipotesi considerate dalla dottrina tradizionale⁶⁶ eccezioni a quella regola

60 Si discute sul termine "fatto" usato all'art. 2043 CC. Il legislatore ha infatti adottato la dicitura "fatto" anziché "atto". Il legislatore sembra alludere all'evento dannoso come ad una conseguenza del fatto dell'uomo, dal momento che allude alla consapevolezza e alla volontà, ossia all'elemento volitivo. Pertanto, l'utilizzazione di tale termine concretizza il sospetto che, in realtà, il legislatore abbia voluto connotare la responsabilità in chiara influenza soggettivista, tuttavia, non sdegnando, con l'apertura portata dal termine "fatto", uno svincolo da posizioni colpevolistiche dell'illecito. Cfr. RESCIGNO, Pietro. Manuale di diritto privato. Napoli: Jovene. 1977, p. 688 e ss.

61 Relazione della Commissione Reale al Codice Civile, p. 24.

62 Art. 2047 CC. "In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità". Art. 2048 CC. "Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante. I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto". Art. 2049 CC. "I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti".

63 Art. 2051 CC. "Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito". Art. 2052 CC. "Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito".

64 Art. 2053 CC. "Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione". Art. 2054 CC. "Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli. Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà. In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo".

65 Art. 2050. "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

66 DE CUPIS, Adriano. Il danno. Milano: Giuffrè 1979.

generale contenuta all'art. 2043 CC. In realtà, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale attorno a questo dibattito può considerarsi ancora non definita, attesa la complessa articolazione di indirizzi che si sono avvicinati dall'adozione del codice.

Sicuramente, l'interpretazione più classica e tradizionale è data da De Cupis⁶⁷, il quale partendo da una serie di ragioni che verranno ad essere esaminate da qui a poco, afferma che, in realtà, la regola deve essere considerata sempre quella dell'adozione del principio Jheringhiano "nessuna responsabilità senza colpa", e che, evidentemente, i casi di responsabilità oggettiva, rappresentati da questi differenti criteri di imputazione, sarebbero davvero così esigui da dover per forza di cose essere considerati del tutto eccezionali. Solo alcuni fatti non colposi - nota - produrrebbero responsabilità⁶⁸.

Le fattispecie di cui agli artt. 2047, 2048, 2050, 2054, 1° e 3° comma CC - osserva - ammettono prova liberatoria "salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto"⁶⁹ o "se non prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno"⁷⁰, ovvero "se non prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno"⁷¹ e ciò configurerebbe, dunque, una sorta di "presunzione semplice" di colpa che, di fatto, darebbe origine solo ad un'inversione dell'onere della prova.

Per quanto attiene all'art. 2049 CC, che non ammette prova liberatoria, non si tratterebbe comunque di un criterio "svicolato dalla colpa" dal momento che la responsabilità deriverebbe da "colpa da altro soggetto" legato da un rapporto di subordinazione⁷². Gli artt. 2051 e 2052 CC concretizzerebbero una sorta di "presunzione assoluta di colpa" superabile solo attraverso la prova di un elemento estraneo, il caso fortuito⁷³.

Attesa la riconducibilità di tutte questi criteri di imputazione al generale criterio della colpa, De Cupis, e la dottrina tradizionalista tutta, riduce a due sole ipotesi "eccezionali" i casi in cui si prescinde dall'elemento colpa: artt. 2053 e 2054, 4° comma, CC⁷⁴. La collocazione codicistica e un'esame ben più approfondito di tali norme lascerebbe intendere che l'art. 2043 CC rappresenti in realtà la regola generale della responsabilità, mentre i successivi articoli rappresentino solo delle eccezioni⁷⁵.

Diversamente, la dottrina più moderna⁷⁶ ha modificato integralmente non solo l'interpretazione di tale collocazione all'interno del codice, ma addirittura la stessa concezione di responsabilità civile⁷⁷, proprio per ricomprendere quelle particolari ipotesi di

67 DE CUPIS, Adriano. Op. cit.

68 DE CUPIS, Adriano. I fatti illeciti, in Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca, Art. 2043. Bologna-Roma, 1993.

69 Artt. 2047 e 2048 CC.

70 Art. 2050 CC.

71 Art. 2054 CC.

72 DE CUPIS, Adriano. Op. cit.

73 DE CUPIS, Adriano. Op. cit.

74 "... l'obbligo del detto comportamento è obiettivamente ineseguito ogniqualvolta, anche a prescindere da riprovevole negligenza, la necessità attività preventiva non è completamente svolta..." Da DE CUPIS, Adriano. Op. cit.

75 BESSONE, Mario. La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 2001.

76 Anche la stessa Giurisprudenza ha operato un riadattamento del concetto di colpa di cui all'art. 2043 CC, in senso più oggettivo, non più dunque in termini puramente soggettivi, al fine di tutelare le esigenze di protezione dell'uomo moderno. Cfr. VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. Padova: CEDAM, 1996.

77 Cfr. TRIMARCHI, RODOTÀ, BIANCA ma anche CALABRESI. Citati da CASTRONOVO, Carlo. La nuova responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1997. Cfr. BIANCA, Cesare Massimo. La responsabilità. Vol. V, in Diritto Civile. Milano: Giuffrè, 2003.

danneggiamento che si verificano indipendentemente da un comportamento volontario del soggetto e garantire, conseguentemente, una tutela concreta all'individuo di fronte ad una società "nuova", industriale e consumistica.

Ecco, allora che, come ricostruisce Trimarchi⁷⁸, esisterebbero in realtà due diverse ipotesi di responsabilità, una per colpa e una oggettiva, non più in rapporto di gerarchia, in cui l'imputazione per colpa rappresenta la regola mentre quella oggettiva l'eccezione, ma di vera e propria parità⁷⁹. Trimarchi differenzia le attività umane, che chiama *attività biologiche*, dalle *attività economiche ed organizzate*, e afferma che la responsabilità oggettiva risponderebbe ad una esigenza di tutela legata a danneggiamenti determinati dalle attività economiche e organizzate, mentre la tradizionale responsabilità per colpa coprirebbe tutte le altre ipotesi tradizionalmente "biologiche"⁸⁰.

E', dunque, possibile affermare che, sebbene nel codice italiano non si parli esplicitamente di responsabilità oggettiva, essa sia comunque riconosciuta e utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

2) La responsabilità colposa e la responsabilità oggettiva: Codice Civile tedesco e Codice Civile Brasiliano.

Nel diritto tedesco

Il codice civile tedesco (BGB) non ha seguito il grande modello francese ma ha assunto caratteristiche e peculiarità proprie. Gli studi romanistici e la storica scuola del diritto di Savigny hanno, per così dire, modellato la codificazione tedesca. La codificazione tedesca, diversamente dalle codificazioni francese e italiana (in cui è presente una clausola generale di responsabilità), è dunque più legata alla tipizzazione delle fattispecie di illecito⁸¹, e riconosce espressamente la figura della responsabilità oggettiva, prescindendo anche dalla tradizionale distinzione classica tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (da qui, la ragione della trattazione differenziata)⁸².

La legge regola le fattispecie di illecito, prevedendo una relazione obbligatoria speciale di indennizzazione - da *delikte* - quale conseguenza di un comportamento illecito (artt. da 823 a 853 BGB). In sintesi, ogni volta che un comportamento umano pregiudica illecitamente un altro soggetto determina il sorgere di un'obbligazione di indennizzazione per i danni causati.

Fondamentalmente, l'obbligazione di indennizzazione sorge laddove l'autore del danno illecito abbia agito con colpa, intesa nel senso di dolo o negligenza. La responsabilità per rischio (*gefährdungshaftung*) è invece configurata come ipotesi di responsabilità senza colpa, sempre in ambito di rapporto obbligatorio nato da *delikte*, o *deliktsrecht*⁸³.

78 TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Milano: Giuffrè, 1961.

79 TRIMARCHI, Pietro. Op. cit.

80 TRIMARCHI, Pietro. Op. cit.

81 FERRARI, Franco. Tipicità e atipicità del fatto illecito, in GALGANO, Francesco (a cura di) Atlante di Diritto Privato Comparato, Bologna, Zanichelli, 1999. p. 139 "la mancata previsione dei fatti illeciti quale fonte di obbligazione, secondo taluni, avvalorerebbe la tesi della tipicità, in quanto questa sarebbe sufficiente a rivelare la scarsa rilevanza dell'istituto, che altro non può significare se non previsione di tipicità".

82 LEVI, Giulio. Op. cit., p. 55

83 SHAPP, Jan. Einführung in das Bürgerliche Recht. München: GmbH, 2003, p. 152

Il BGB individua in tre articoli (823 § 1, 823 § 2 e 826 BGB) i criteri per determinare l'illiceità del comportamento umano e dunque i criteri che fondano l'obbligazione di indennizzazione⁸⁴.

L'art. 823 § 1 prevede l'indennizzazione laddove la violazione sia relativa a beni giuridici e diritti ben individuati e nominati. L'art. 823 § 2 prevede l'obbligo di indennizzazione in caso di violazione di una legge posta a protezione delle persone in generale. L'art. 826 prevede l'obbligo di indennizzazione quando il pregiudizio è contro i buoni costumi⁸⁵. Interessante osservare, come ricorda Levi, che ancora nel secondo progetto del BGB, appunto in relazione alla norma del 823, si discuteva se tutti i beni giuridici fossero oggetto di protezione e, dunque, se l'estensione dell'obbligo di risarcimento avesse dovuto riguardare anche quelle violazioni senza colpa⁸⁶. La Commissione della Camera dei Deputati, non avendo approvato il progetto relativamente all'inclusione di queste violazioni senza colpa nel 823 BGB, optò, diversamente, per l'adozione di disposizioni particolari e specifiche rispondenti al principio secondo cui il rischio di determinate attività deve accollarsi a chi le esercita⁸⁷.

Nel diritto tedesco, dunque, le ipotesi di responsabilità civile senza colpa hanno avuto una prima disciplina espressa in leggi specifiche. È, per esempio, il caso della legge n. 25 del 1938 che stabilisce la responsabilità assoluta delle società ferroviarie per i danni a persone o cose oggetto di trasporto, o la legge del 7 luglio 1971 in materia di attività industriale.

Larenz evidenzia che le ipotesi di responsabilità senza colpa, nel diritto tedesco, devono essere considerate eccezionali, così come dimostrato dal ricorso alla regolamentazione per mezzo di leggi speciali (ci si riferisce principalmente alla responsabilità delle ferrovie o alla responsabilità aerea). Larenz, in realtà, chiarifica che solo quando queste leggi si fondano sul principio della responsabilità per rischio possono riconoscersi ipotesi di responsabilità a colpa oggettiva, dal momento che prescindono da ogni riferimento ad un atteggiamento soggettivo dell'agente. Larenz, dunque, differenzia queste ultime ipotesi, di responsabilità per colpa oggettiva, da quei casi di responsabilità senza colpa, ove in realtà - chiarisce - si tratta di presunzioni di colpa del soggetto cui viene imputata la responsabilità, come nel caso della responsabilità dei padroni e dei committenti⁸⁸.

In sintesi, con le leggi speciali si è regolata la responsabilità da *Delikte* o "extracontrattuale"⁸⁹ senza colpa, ossia la responsabilità per rischio, in cui colui che trae profitto deve assumersi la responsabilità per i danni che tale attività determina.

E' questo il principio della giustizia distributiva: colui che trae profitto da un'attività deve assumersi i danni che quella attività determina, secondo il principio riassunto dal brocardo latino secondo cui *cuius commoda eius et incommoda*. Tuttavia, non sempre il diritto tedesco

84 SHAPP, Jan. Op. Cit. p. 153

85 ESSER, Josef. Schuldrecht. Karlsruhe. 1968, p. 43. considera che attraverso il 826 BGB passano tutte le fattispecie atipiche di illecito.

86 LEVI, Giulio. Op. cit., p. 55

87 LEVI, Giulio. Op. cit., p. 55

88 LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. München: Beck, 1964, p. 451.

89 Si usa qui un termine improprio, atteso che - come già ante argomentato - il diritto tedesco non accoglie la separazione tradizionale tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

configura ipotesi di responsabilità oggettiva, a meno che non si tratti di attività pericolosa o rischiosa, solo quando si tratti di casi tassativamente previsti dalla legge. In base a quanto stabilito all'art 823 § 1 BGB, la responsabilità fa riferimento non solo al bene personale della vita, della salute, ecc. ma anche al diritto soggettivo assoluto, che ricomprende i diritti della personalità, il diritto al nome, il diritto all'immagine ecc.. Dunque, per il diritto tedesco chiunque che, con la propria attività, incide illegittimamente su interessi altrui, che devono appunto essere intesi nel senso di diritto soggettivo assoluto, deve assicurare sicurezza e protezione contro i rischi che ne derivano (*Verkehrssicherungspflichten*)⁹⁰.

Quando la lesione non è prevedibile ed evitabile e, dunque, non valutabile ai fini di un comportamento colposo, la dottrina è concorde nel ritenere che non si ha responsabilità ex art. 823 § 1 BGB, ma, al più, potrebbe darsi ai sensi del 823 § 2 BGB⁹¹. Dottrina più recente ritiene che anche se è possibile avere una infrazione di una legge senza colpa⁹², l'obbligazione di indennizzazione di cui all'art. 823 § 2 BGB, sorgerebbe esclusivamente in caso di colpa e, dunque, in presenza di almeno un comportamento da considerare negligente⁹³.

Zweigert e Kötz⁹⁴ sostengono che la responsabilità oggettiva, o senza colpa, nel diritto tedesco è stata introdotta esclusivamente attraverso leggi speciali non incorporate nel codice, laddove - chiariscono - il legislatore ha voluto presumibilmente richiamare il principio della colpa dell'illecito civile o della responsabilità da delitto⁹⁵.

Nel diritto brasiliano

Nonostante l'evidente e, più volte, riconosciuta influenza italiana e portoghese nella redazione del codice civile brasiliano del 2002, appare preferibile accostare - limitatamente e strettamente alla ripartizione sistematica del presente studio - il modello brasiliano a quello tedesco. Ciò per una ragione molto semplice: il diritto civile brasiliano, al pari di quello tedesco, riconosce⁹⁶ senza alcun tipo di incertezza o di titubanza, anche se attraverso l'utilizzo della legislazione speciale, ipotesi di responsabilità oggettiva⁹⁷.

Il diritto civile brasiliano, infatti, ammette esplicitamente due tipi di responsabilità

90 LEVI, Giulio. Op. Cit. p. 57

91 LEVI, Giulio. Op. Cit. p. 57

92 FERRARI, Franco. Op. Cit. p. 142 "con riferimento all'ambito di applicazione di tale norma occorre avvertire che essa opera una Beweiserleichterung, ossia facilita al danneggiato la prova, in quanto questo dovrà solamente provare la violazione del Schutzgesetz, non anche il nesso di causalità vigendo in questi casi una presunzione. Inoltre, il comma in esame dà al danneggiato la possibilità di chiedere il risarcimento del danno anche quando tale danno non sia stato cagionato con dolo o colpa, almeno nelle ipotesi in cui il schutzgesetz sia qualificabile come norma che vieta un determinato comportamento".

93 SHAPP, Jan. Op. Cit. p. 180

94 ZWEIGERT Konrad; KÖTZ Hein. Op. cit. p. 684 e ss.

95 ZWEIGERT Konrad; KÖTZ Hein. Op. cit. p. 685.

96 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. Vol. 53. p. 77-78 in riferimento al codice civile del 1916, ora abrogato e sostituito dal CC del 2002 così argomenta: "No sistema do direito civil brasileiro, a responsabilidade pelo ato, positivo ou negativo, de outrem, é transubjetiva. Não adotamos a responsabilidade dita objetiva".

97 E' tuttavia da evidenziare, che, differentemente dal BGB, il codice civile brasiliano ammette la nota ripartizione responsabilità contrattuale - extracontrattuale, tomando ad evidenziare quella continuità di impostazione italiana (e in questo caso, franco-italiana) che è possibile riscontrare in tutto il codice civile.

civile⁹⁸: la responsabilità civile soggettiva, e la responsabilità civile oggettiva⁹⁹. La prima ha valenza generale¹⁰⁰ e permea tutti i principali istituti del diritto civile brasiliano, rappresentando, dunque, quella continuità codicistica di ispirazione franco-italiana, di una responsabilità principalmente fondata sulla *teoria classica della colpa*¹⁰¹.

La seconda, ovvero la responsabilità cosiddetta oggettiva, in quanto, appunto, prescinde dall'esame e dalla prova della condotta dell'agente (elemento psicologico), riflette le attuali tendenze del diritto a voler sanzionare o, in qualche modo, controbilanciare tutti quei comportamenti che, per certa natura, costituiscono di per se una limitazione o un pregiudizio all'esercizio di diritti a danno della comunità, e rispondono, quindi, alla logica e all'ispirazione della già, più volte, *supra* citata teoria del rischio.

L'istituto della responsabilità civile nel diritto brasiliano è di natura riparatoria ed è costruito sul concetto di atto illecito, sia esso contrattuale sia esso extracontrattuale¹⁰². Per atto illecito si intende tutto ciò che in qualche modo è contrario alla norma giuridica. Il codice civile brasiliano definisce all'art. 186 del CC del 2002 la disciplina dell'atto illecito (diversa e distinta è la previsione dell'atto illecito relativo all'inadempimento contrattuale, prevista all'art. 389 CC): "*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*"¹⁰³.

Uguualmente, nel campo della responsabilità contrattuale, è possibile individuare ipotesi di responsabilità a carattere soggettivo, con riferimento a tutte le componenti soggettive¹⁰⁴ del negozio giuridico¹⁰⁵, e ipotesi di responsabilità a carattere oggettivo, con riferimento ai casi di cui agli articoli 421 e 422 del CC/2002, relativi all'aspetto oggettivo del negozio giuridico.

Dunque, per parlarsi di responsabilità civile o extracontrattuale nel sistema di diritto civile brasiliano ci si deve riferire agli artt. 186 e 927 CC¹⁰⁶. Quest'ultima previsione codicistica è d'uopo, al fine di riconoscere un'ulteriore classificazione dell'illecito civile, ossia la ripartizione tra responsabilità soggettiva e responsabilità oggettiva, di cui già *supra* argomentato.

98 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. VOL. 53, p. 35. O direito das obrigações tem de considerar os fatos ilícitos absolutos, como a ofensa ao corpo humano, aos animais pertencentes a outrem e aos bens inanimados, e os fatos ilícitos relativos, como a infração da cláusula contratual. Nos fatos ilícitos, quer absolutos, quer relativos, estão os atos ilícitos, como os atos-fatos ilícitos e os fatos ilícitos stricto sensu. E há responsabilidade sem ilicitude do ato.

99 NERY JUNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado, São Paulo: RT, p. 608.

100 MOREIRA ALVES, José Carlos. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento: culpa e nexos de causalidade, in Est. Oscar Corrêa, n. 5, p. 200, in NERY JUNIOR - DE ANDRADE NERY, Op. cit, p. 608.

101 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista do Direito do Consumidor 48, p. 80 ss., out. - dez. 2003.

102 GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1971 e GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

103 Traduzione libera per l'italiano: "colui che, per azione o omissione volontaria, negligenza o imprudenza, viola il diritto e causa un danno altrui, anche se esclusivamente morale, commette un atto illecito". Art. 186 CC.

104 Cfr. art. 389 e segs. CC/2002, arts. de 138 a 140 CC/2002.

105 Il codice civile brasiliano del 2002 accetta la definizione di negozio giuridico Livro III, Dos fatos jurídicos, Título I, Do negócio jurídico. Confronta: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Negócio Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2002.

106 Interessante è osservare come il legislatore brasiliano abbia voluto differenziare il sistema della responsabilità da illecito civile dalla responsabilità da illecito o inadempimento contrattuale, definendo per i due diversi istituti diverse definizioni di atto illecito. Si può dunque osservare la utilizzazione del modello italiano.

La prima parte del 927 CC recita: "*aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*"¹⁰⁷. Il codice civile brasiliano all'art. 927 CC stabilisce, dunque, l'atto illecito come fonte di responsabilità e come fonte dell'obbligazione di indennizzo¹⁰⁸.

Quanto all'istituto della responsabilità oggettiva, esso trova esplicito riferimento codicistico al *paragrafo unico* dell'art. 927¹⁰⁹ CC del 2002 e fonda il proprio assunto sulla già nota ed esaminata teoria del rischio.

La responsabilità oggettiva è, come già è stato analizzato, un tipo di responsabilità che nasce indipendente da un comportamento di carattere psicologico. Si tratta di una responsabilità che determina l'obbligo di riparare il danno causato in tutti quei casi previsti dalla legge o, in generale, quando l'attività normalmente esercitata dall'autore del danno implica, *ex se*, un rischio circa la possibilità di veder realizzato il diritto altrui (art. 927 CC/2002 par. ún.).

E' questa una forma di responsabilità che decorre inevitabilmente da quella insufficienza della concezione tradizionale della colpa soggettiva, incapace, o meglio, non in grado di saper rispondere a tutte quelle esigenze economiche, sociali e politiche che la vita moderna e contemporanea impongono.

Il codice civile brasiliano del 2002, dunque, sulla linea di tale interpretazione, riconosce esplicitamente ipotesi di responsabilità obiettiva. Da una parte, prevedendo tutte quelle ipotesi che, in qualche modo, possono essere riconducibili alla previsione della clausola generale, o meglio, del "paragrafo unico" dell'art. 927 CC/2002, quando cioè si tratta di tutte quelle ipotesi in cui è esercitata un'attività che, solo per il fatto di essere compiuta, crea, per sua natura, un pregiudizio (ad esempio, le "classiche" attività pericolose), dall'altra, richiamando precise e determinante ipotesi previste dalla legge.

Secondo una ricostruzione fatta dal giurista Francisco Amaral¹¹⁰, queste ultime possono essere così di seguito annoverate: *danos resultantes da ruína de edificio ou construção* (art. 937 CC/2002); *queda ou lançamento de coisa em lugar indevido* (art. 938 CC/2002); *acidentes de trabalho* (Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991); *acidentes em estradas de ferro* (Lei n. 2.681, de 01 de dezembro de 1912) e, per analogia, *os acidentes de transportes coletivos, na navegação aérea* (Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986); *dano ambiental* (Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, art. 14, §1); *dano nuclear* (CF, art. 21, XVIII, c, Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977, art. 4);

107 Traduzione libera per l'italiano: "colui che, con atto illecito causa un danno ad altri, è obbligato a ripararlo".

108 L'art. 927 CC stabilisce quale fonte dell'obbligazione di indennizzo o riparazione anche un'altra previsione normativa, quella relativa a quanto previsto all'art. 187 CC relativa all'abuso di diritto. "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes". In italiano, "commette, allo stesso modo, atto illecito il titolare di un diritto che, nell'esercitarlo, eccede manifestamente i limiti imposti dal fine economico e sociale, dalla buona fede o dai buoni costumi". Interessante è osservare come si riscontra la possibilità di una illiceità obiettiva, senza colpa, anche nel caso dell'art. 187 CC. Si veda MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. São Paulo: RT/Fasc. Civ. v. 842, 2005. L'illecità dell'atto commesso con abuso del diritto è di natura oggettiva, prescinde dal dolo e dalla colpa: non è necessario la coscienza di eccedere i limiti fissati dalla norma nei principi in essa trascritti ma è sufficiente oltrepassare i limiti in essa fissati.

109 Art. 927 CC 2002, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". In italiano, "si avrà obbligazione di riparazione del danno, indipendentemente dalla colpa, nei casi specifici di legge, o quando l'attività normalmente esercitata dall'autore del danno implica, per sua natura, un rischio per i diritti degli altri".

110 AMARAL, Francisco. Direito Civil, Introdução. São Paulo: Renovar, 2006, pag. 558.

prestação de serviço público (CF, art. 37, §6; CC art. 43); e, in materia di consumo, *fato do produto de serviço* (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, arts. 12, 14).

B) I modelli di *Common Law*:

1. Esperienza inglese: *Torts e Tort of negligence*.

Nel sistema anglosassone, la responsabilità da illecito è tradizionalmente basata sul principio della tipicità, *law of torts*¹¹¹. Tuttavia, dagli anni trenta, alle tipiche figure dei *torts* venne ad affiancarsi il generale principio del *tort of negligence*¹¹², applicabile ad ogni ipotesi di illecito a danno di terzi¹¹³.

Questo affiancamento, o meglio, questo mutamento a favore di una clausola atipica di responsabilità, fu la conseguenza dell'adozione di una decisione da parte della *House of Lords* del 1932, relativamente al caso *Donoghue versus Stevenson*¹¹⁴, in materia di protezione del consumatore¹¹⁵. Siffatta decisione aprì le porte al processo di atipizzazione delle ipotesi di responsabilità nel diritto inglese¹¹⁶. Interessante è notare come l'apertura all'atipizzazione del *tort* sia stata determinata da una controversia avente ad oggetto il trasferimento di un bene in una relazione produttore - consumatore.

L'imputabilità del terzo, appunto il produttore, normalmente estraneo alla relazione contrattuale col consumatore finale - considerati i diversi passaggi che il prodotto subisce prima di arrivare al destinatario finale -, evidenzia come una delle parti, appunto il consumatore, sia considerato "comunque più debole", e dunque, nella posizione di necessitare di una tutela integrale maggiore. La scelta di estendere il giudizio di *negligence* anche ad un soggetto terzo, rifiutando in siffatto modo il giudizio sulla componente psicologica dello stesso, concretizza una responsabilità oggettiva o senza colpa.

L'atipizzazione dell'illecito, attraverso l'imputabilità per *negligence*¹¹⁷, ha dunque allargato le ipotesi di responsabilità, includendo tra il criterio di imputabilità atipico anche la responsabilità senza colpa, con la precisa finalità di tutelare l'integrità fisica e di perseguire la risarcibilità, in ogni caso, della lesione. Il termine *negligence* - al pari di quanto si verifica in un sistema di *civil law* - letteralmente indica incuria o assenza di attenzione. Il termine *negligence* è dunque usato in senso generale per caratterizzare la condotta in relazione ai diversi tipi di

111 CANE, Peter. *The Anatomy of Tort Law* Oxford: Hart Publishing, 1997.

112 FRIDMAN, Modern Tort Case, London 1968. Afferma che le ipotesi di illecito da colpa non sono mai chiuse e, in modo particolare, per quanto attiene alla negligenza, si creerebbe la possibilità di una estensione indefinita.

113 Ricostruzione operata da LEVI, Giulio. Op. Cit. p. 59

114 *Donoghue v. Stevenson*, A.C. 562, 1932

115 Cfr. HEUSTON, R.F.V. *Donoghue v. Stevenson in Retrospect* (1957), 20 M.L.R. 1.

116 WEIR, Tony. *Tort Law* Oxford: Oxford University Press, 2002.

117 GALLO, Paolo. Tipicità e atipicità dell'illecito in common law, in GALGANO, Francesco (a cura di), Op. Cit., p. 144. "Il tort of negligence ha iniziato a svilupparsi e ad assumere una configurazione autonoma solo molto recentemente, diciamo a partire dalla fine del secolo scorso; anche prima si parlava di negligence, ma unicamente con riferimento all'elemento soggettivo di certi torts. Basti pensare che ancora nei primi decenni del ventesimo secolo si discuteva se il negligence fosse un tort vero e proprio o soltanto un elemento costitutivo degli altri torts. Il nuovo tort... si andava espandendo addirittura nell'area prima coperta da altri torts... tanto da assumere un ruolo di primo piano nel sistema inglese degli illeciti. Grazie a questa espansione il tort of negligence non può più considerarsi alla stregua di un qualsiasi altro rimedio inglese, ma è diventato in materia di colpa il rimedio per eccellenza, ovvero l'azione delittuale per antonomasia da intentarsi in presenza di un danneggiamento colposo alle cose o alle persone"²

illecito¹¹⁸. Tuttavia, la stessa denominazione viene ad assumere una connotazione particolare. *Negligence* acquista un senso molto tecnico: indica, infatti, quelle condizioni in presenza delle quali un soggetto incorre in responsabilità, senza avere l'intenzione di causare alcuna lesione o danno. Tali condizioni sono indicate come: la presenza di un dovere di condotta (*duty of care*), la violazione dello stesso dovere di condotta (*breach of duty of care*) e un danno o una lesione, conseguenza di tale violazione (*damage or injury*)¹¹⁹.

Interessante è osservare come, nel diritto anglosassone, si sia sviluppata una graduale "apertura" del *duty of care*, e, appunto, della responsabilità del terzo. Infatti, il criterio tradizionale di imputazione della responsabilità non prevedeva che il terzo potesse rispondere in alcun modo nei confronti di una parte contrattuale, dal momento che era appunto estraneo alla relazione contrattuale. Con questa decisione, si andò ad estendere l'imputabilità anche al terzo, limitatamente - almeno dappprincipio - alle ipotesi di trasferimento aventi ad oggetto beni pericolosi.

Pioniere furono le Corti americane che con la decisione *MacPherson v. Buick Motor* del 1916, aprirono la possibilità di una rivisitazione di tale principio. Solo poco dopo, la famosa e sopra citata decisione *Donoghue v. Stevenson* aprì le porte all'applicazione e all'estensione ad altre e più generali ipotesi di questo principio anche in Inghilterra.

Si è soliti sottolineare come questo tipo di responsabilità prescinde dall'esistenza di un vero e proprio nesso causale in concreto, laddove invece è presente un nesso causale, per così dire, solo astratto. Pur mancando una relazione causale, ai fini dell'imputabilità, è da ritenere che sia comunque sempre possibile riferirsi a colui che ha posto in essere e ha provveduto alla distribuzione del prodotto, il produttore¹²⁰. Le pronunce anglosassoni partono dal principio secondo cui il produttore può non aver utilizzato - traducendo letteralmente - la diligenza (*negligence*) o, semplicemente, l'avvedutezza necessaria per la creazione del prodotto, ben consapevole del fatto (essendo questa la finalità della immissione del prodotto nel mercato) che il prodotto sarebbe stato, prima o poi, oggetto di un uso da parte di un qualsiasi consumatore¹²¹. Non si tratta infatti di un illecito contrattuale, atteso che, nella maggior parte dei casi, il produttore non è parte contrattuale dell'utente finale. In questo modo, pur non esistendo, per la maggior parte dei casi, una relazione diretta tra produttore e consumatore finale (relazione causale concreta), l'integrità fisica di quest'ultimo viene comunque ad avere la precedenza, in quanto valore giuridicamente anteposto a qualsiasi valore di tipo patrimoniale.

2. Esperienza nordamericana: tutela del consumatore come veicolo di generalizzazione della responsabilità oggettiva.

Stati Uniti e Gran Bretagna sono accomunati dal fatto di appartenere allo stesso sistema di diritto, il *common law*. Nonostante il sistema giuridico sia lo stesso, i due paesi più

118 Si veda nota 110.

119 ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein. Op. cit. p. 611 e ss.

120 ALPA, Guido e BESSONE, Mario. Il problema dell'atipicità dell'illecito, Milano: Giuffrè 1995, p. 43.

121 La responsabilità è dunque dovuta ad una regola generale, ossia quella di tenere un comportamento diligente, la cui violazione costituisce negligence.

tradizionali di *common law* presentano alcune differenziazioni: in modo particolare, con riferimento all'oggetto del presente studio, ossia in riferimento alla materia della responsabilità oggettiva o *strict liability*.

L'istituto della "responsabilità civile" è conosciuto nei paesi di *common law* come il diritto dei *torts*, e la responsabilità civile senza colpa, appunto *strict liability*.

Il sistema della responsabilità civile per colpa, che costituisce la regola per le tradizionali codificazioni nel sistema di *civil law*, viene ad essere, secondo le esigenze, approssimativamente convertita in un sistema di responsabilità oggettiva o *strict liability*¹²². In particolare, il sistema del *common law* statunitense si caratterizza per il fatto di accettare espressamente l'istituto della responsabilità oggettiva, senza arrivare a derivarla, o meglio, "estrarla" dalla codificazione del generale principio della responsabilità per colpa.

La famosa decisione delle corti inglesi *Rylands versus Fletcher* del 1868¹²³ venne accettata e utilizzata anche dalle corti americane per estendere il generale principio della *strict liability* a particolari attività pericolose. La responsabilità oggettiva se originariamente caratterizzava esclusivamente ipotesi di responsabilità per rischio è andata allargando le proprie previsioni anche ad attività non di stretto rischio, come all'infortunio sul lavoro, in caso danni provocati all'ambiente, nel caso di fabbricazione di prodotti dannosi o per quanto attiene alla protezione del consumatore¹²⁴.

Il diritto americano e i casi trattati nelle corti americane descrivono una situazione altamente caratterizzata dalla presenza di ipotesi di responsabilità oggettiva. Interessante è osservare che gran parte di questi casi, in cui appunto si fa riferimento alla responsabilità senza colpa, riguardano la protezione del consumatore ed i prodotti difettosi¹²⁵.

Nel sistema di diritto statunitense, dunque, il riconoscimento della responsabilità oggettiva è stato assunto quale principio normale, non eccezionale, diversamente dalle tradizionali scuole di *civil law*¹²⁶.

Le attività che tradizionalmente sono considerate pericolose non costituiscono tutte le attività rischiose: esistono infatti varie attività che possono essere considerate rischiose in senso lato dal momento che la finalità della tutela mira a coprire l'integrità fisica della persona o appunto del consumatore. Interessante è evidenziare anche come le corti americane tendono ad estendere la protezione della garanzia contrattuale sul bene anche al consumatore finale, alla sua famiglia e addirittura ai terzi entrati in relazione con lui. A volte, giustificano tali garanzie argomentando che le stesse deriverebbero direttamente dal bene in quanto tale, altre volte, focalizzano il bene oggetto della tutela nella relazione diretta tra produttore e consumatore finale.

Adirittura, si giunge ad evidenziare che il diritto americano, nel caso in cui un

122 ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein. Op. cit. p. 672 e ss.

123 Cfr. *Rylands versus Fletcher* del 1868 trattato da SHUGERMAN, Jed Handelsman. The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of Fletcher v. Rylands in The Gilded Age in The Yale Law Journal, Vol. 110, No. 2 (Nov., 2000), pp. 333-377.

124 LEVI, Giulio. Op. Cit. p. 58

125 Classico è il caso *Escola versus Coca Cola Bottling Co. of Fresno (California) 1944*, 150, Pac 2d 436, dove si può osservare come l'interesse tutelato sia quello della salute umana.

126 ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein. Op. cit. p. 672 e 673.

consumatore viene ad essere pregiudicato da un difetto obiettivo del prodotto, pur arrivando a riconoscere i principi contrattuali, l'ambito di applicazione della disciplina legale ricade nella materia del *tort* o in questo caso della *strict liability in tort*.

Nel sistema statunitense, la tendenza dell'istituto della responsabilità oggettiva non è quella di sostituire quello della responsabilità per colpa, ma, diversamente, è quella di affiancarlo al fine di attribuire alle vittime di certi tipi di violazioni una difesa particolare, che altrimenti non potrebbe essere garantita a causa, per esempio, della difficoltà di fornire la prova. L'ipotesi più tipica, appunto dimostrata dalla sorprendente casistica delle corti americane, è l'esempio relativo alla posizione del consumatore, che senza alcuna colpa si trovi a subire un pregiudizio determinato da un problema attinente al bene o al servizio oggetto della relazione di consumo, senza adeguata tutela a riguardo. Proprio per questo, l'area relativa alla difesa del consumatore negli Stati Uniti è divenuta un campo di sviluppo¹²⁷ e di affermazione sempre più importante della responsabilità oggettiva.

Considerazioni finali

L'evoluzione della società comporta inevitabilmente un continuo adeguamento del diritto. I rapporti che vengono a determinarsi tra gli individui necessitano sempre di strumenti atualizzati e modellati in maniera tale che la giustizia sostanziale sia sempre mantenuta in un continuo riequilibrio e bilanciamento delle posizioni giuridiche in gioco.

Gli istituti tradizionali, ormai millenari, dimostrano la grande affidabilità e certezza nella regolamentazione dei rapporti, ma, allo tempo stesso, possono mostrare le inadeguatezze di un sistema creato e pensato nella finalità di tutelare esigenze sociali ed economiche diverse. Il diritto, dunque, è inteso come un sistema *vivo, mutevole, flessibile* che, in qualche modo, reagisce di fronte alla continua evoluzione della società. Il presente lavoro tende ad evidenziare come si stiano sviluppando le risposte giuridiche alle richieste di una società, sempre più esigente e alla disperata ricerca di una tutela maggiore.

Nonostante i diversi sistemi di diritto, le diverse codificazioni, le diverse scelte legislative adottate si può assistere – almeno tra i sistemi di diritto oggetto del presente studio – che esiste, di fatto, una convergenza nell'adozione di scelte normative comuni. La responsabilità oggettiva, giustificata dalle teorie del rischio, rappresenta una sorta di traguardo nella disperata ricerca di una giustizia sostanziale per situazioni in cui gli istituti tradizionali non riescono a garantire un equo bilanciamento degli interessi. Le codificazioni, seppur restie all'abbandono degli insegnamenti tradizionali dimostrano un'apertura maggiore verso le nuove teorie, al punto da arrivare ad estrapolare nuovi concetti da vecchi dogmi. Colpa e rischio sempre più sono visti come criteri di imputazione paritari e non più in un rapporto di predominanza o di altermanza, ancor che se ciò si verifica con l'adozione di previsioni legislative speciali, intente a tutelare queste nuove relazioni giuridiche.

127 Si ricorda la decisione *MacPherson versus Buick*.