



Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA ED ECONOMIA

DOTTORATO DI RICERCA

IN “GIURISPRUDENZA ED ECONOMIA”

XXIX Ciclo – Curriculum Diritto Privato

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01

***PER UN INQUADRAMENTO DELLA
RESPONSABILITÀ DA COSE IN CUSTODIA***

Invariante e portata generale della fattispecie di cui all’art. 2051 c.c.

Dott. Pasquale Cuzzola

Coordinatore del Dottorato: Chiar.mo Prof. Francesco Manganaro

Tutor: Chiar.mo Prof. Attilio Gorassini

Anno accademico 2016/2017

“Giustizia e diritto sono la base del tuo trono,
grazia e fedeltà precedono il tuo volto.”

Sal 89, 15

“Custos, quid de nocte?”

(Sentinella, quanto resta della notte?)

Is 21, 11

Alle “sentinelle” della mia vita.

La ricerca di questi anni non avrebbe visto “sorgere il mattino” senza la loro premurosa “custodia”, che richiamo questa volta non già (da giurista) come criterio d'imputazione della responsabilità, ma (da fidanzato, figlio, parente, amico) come ragione della mia gratitudine.

INDICE

CAPITOLO I ANALISI DELLA NORMA: STRUTTURA ED ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ART. 2051 C.C.

SEZIONE I COORDINATE GENERALI DELLA RICERCA

1.	Introduzione e premessa metodologica	1
2.	Vecchie formule e nuovi interessi: la responsabilità civile tra cambiamento sistemico e ri-assetto di valori	4
3.	La responsabilità per danno da cose in custodia nel sistema generale dei "Fatti illeciti"	9
3.1.	<i>Il danno ingiusto e la sua nozione giuridica</i>	14
3.2.	<i>Clausole generali e norme generali. Art. 2043 c.c. come norma (non clausola) generale</i>	17
3.3.	<i>Il dubbio dell'influenza sulla responsabilità da cose dell'art. 2043 c.c.</i>	24

SEZIONE II

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 2051 C.C.

1.	Il danno	27
1.1.	<i>Una prima definizione di danno</i>	27
1.2.	<i>Inquadramento nella fenomenologia giuridica</i>	28
1.3.	<i>Rapporti con il "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c.</i>	30
2.	La nozione di cosa	32
2.1.	<i>Cose e beni</i>	34
2.2.	<i>La pericolosità della res</i>	38
3.	Il concetto di custodia	42
3.1.	<i>Tesi contrapposte sulla custodia: preciso obbligo giuridico o relazione con la cosa?</i>	42
3.2.	<i>Custodia e proprietà, possesso, detenzione</i>	46
3.3.	<i>Proposta: custode come soggetto più "vicino" al bene-cosa</i>	49
4.	Il nesso di causalità tra la cosa e il danno	50
5.	Il limite del caso fortuito	55
5.1.	<i>Nozioni oggettive del caso fortuito: fondatezza e limiti</i>	56
5.2.	<i>Nozioni soggettive del caso fortuito</i>	61
5.3.	<i>Fatto del terzo, fatto e concorso del danneggiato, causa ignota...</i>	63
5.4.	<i>Proposta definitoria di sintesi sulla base dei caratteri di autonomia, indipendenza ed estraneità del fortuito</i>	66
5.5.	<i>Prime conclusioni</i>	67

CAPITOLO II
ILLECITO CIVILE NEL DIRITTO ROMANO: LEX AQUILIA,
RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI E DANNI DERIVANTI DA COSE

1.	L'illecito civile nel diritto romano. Sistema generale di responsabilità extracontrattuale e nozione di danno	69
2.	La <i>Lex aquilia de damno</i>	72
	2.1. <i>Entrata in vigore e i tria capita. Caratteri e struttura della Lex ...</i>	72
	2.2. <i>Iniuria come qualificazione del danno ed elemento soggettivo (originario o sopravvenuto)</i>	77
	2.3. <i>Elementi evolutivi rilevanti nell'applicazione giurisprudenziale; conferma dell'assenza della responsabilità oggettiva nell'illecito aquiliano</i>	86
3.	Ipotesi di responsabilità (originariamente) senza colpa: <i>actio de effusis vel deiectis; actio de positis et suspensis; actio nautarum, cauponum, stabularionum</i> . Caratteri comuni	89
4.	Ipotesi di responsabilità del <i>dominus</i> per danno prodotto da persone, animali o cose	93
	4.1. <i>La responsabilità del dominus e la noxae deditio</i>	93
	4.2. <i>Segue. L'actio de pauperie per il danno prodotto da animali</i>	95
	4.3. <i>La responsabilità da cose: il damnum infectum</i>	97
	4.4. <i>Elementi in comune e differenze strutturali tra le actiones</i>	99
5.	Focus sulla responsabilità da cose nel diritto romano	101
	5.1. <i>Fattispecie originaria e inadeguatezza di tutela. Evoluzione, actio ficticia e suo superamento</i>	104
6.	Esiti dell'indagine (utili per il prosieguo della ricerca)	108
	6.1. <i>Nessuna responsabilità senza un atto dell'uomo; espedienti. Pericolosità della cosa e tutela penale</i>	108
	6.2. <i>Assunzione del rischio come criterio d'imputazione</i>	112
	6.2.1. <i>La scomparsa, da Giustiniano in poi, dei criteri oggettivi d'imputazione della responsabilità</i>	114

CAPITOLO III
SPUNTI COMPARATIVISTICI: ILLECITO CIVILE, RESPONSABILITÀ
OGGETTIVA E FIGURA DEL CUSTODE IN FRANCIA E GERMANIA

1.	Responsabilità extracontrattuale e danni da cose nell'ordinamento francese	119
	1.1. <i>Cenni sulla storia e la struttura del Code Napoléon. L'illecito civile</i>	119
	1.2. <i>La fattispecie generale di illecito: elementi costitutivi</i>	122
	1.3. <i>Momento interpretativo ed applicativo in ottica diacronica e sincronica: il cammino di dottrina e giurisprudenza</i>	123
	1.4. <i>Le altre ipotesi tipiche di responsabilità extracontrattuale; il</i>	127

	<i>sottosistema della responsabilità oggettiva basata sul rischio</i>	
1.5.	<i>Segue. Responsabilità da cose: attività del custode tra controllo e uso nel proprio interesse.....</i>	135
2.	Responsabilità extracontrattuale e danni da cose nell'ordinamento tedesco	141
2.1.	<i>Cenni sulla storia e la struttura del BGB tedesco. L'illecito civile</i>	141
2.2.	<i>Elementi costitutivi della fattispecie generale di illecito.....</i>	144
2.3.	<i>Le altre fattispecie: teoria del rischio e responsabilità oggettiva. Ipotesi affini alla responsabilità da cose; cenni sulla figura del custode.....</i>	148
3.	Esiti generali della ricerca all'esito dell'indagine comparatistica	156
3.1.	<i>Quadro sinottico dei sistemi considerati sulla responsabilità civile in generale</i>	156
3.2.	<i>La responsabilità oggettiva e la conferma della legislazione complementare</i>	159
3.3.	<i>Individuazione del custode (besitz tedesco, gewere saisine e "diritto muto") e interesse realizzabile: attività-uso e costo della libertà</i>	163
3.4.	<i>Il "seme" – o il "fiume carsico" – della responsabilità oggettiva riemerso dopo secoli di latenza</i>	169
3.5.	<i>La conferma nei tentativi di armonizzazione del diritto in Europa.</i>	172
	3.5.1. <i>I Principles of European Tort Law.....</i>	174
	3.5.2. <i>Il Draft Common Frame of Reference.....</i>	180

CAPITOLO IV

ANALISI DEL MOMENTO APPLICATIVO: IL CAMMINO GIURISPRUDENZIALE NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 2051 C.C.

1.	Premessa	185
2.	Il caso fortuito	187
2.1.	<i>Nozione oggettiva: incidenza sul nesso causale ed irrilevanza del comportamento del custode</i>	187
2.2.	<i>Nozione soggettiva: assenza di colpa</i>	188
2.3.	<i>Imprevedibilità e inevitabilità; il problema dell'adeguatezza rispetto al fortuito oggettivo.....</i>	190
2.4.	<i>Fatto del danneggiato e fatto del terzo</i>	193
2.5.	<i>Fortuito autonomo, incidente, concorrente.....</i>	196
3.	Caratteristiche della cosa e <i>vexata quaestio</i> della pericolosità: analisi e deduzioni	200
4.	La custodia: dall'obbligo di vigilare al potere di fatto e di diritto, fino all'irrilevanza del comportamento del custode	208
5.	Natura della responsabilità da cose in custodia	213
5.1.	<i>Dall'illecito colposo tout court alla presunzione di colpa</i>	213

5.2.	<i>Il “rischio da custodia”: timidi e confusi passi verso la responsabilità oggettiva:</i>	217
5.3.	<i>L’art. 2051 c.c. come ipotesi di responsabilità oggettiva</i>	219
6.	Sul fondamento dell’art. 2051 c.c.	224

CAPITOLO V
PER UN INQUADRAMENTO DEFINITIVO DELLA FATTISPECIE:
ELEMENTO INVARIANTE E PORTATA NORMATIVA
GENERALE RESIDUALE DELL’ART. 2051 C.C.

SEZIONE I
ANALISI DELLE VARIABILI ED EMERSIONE DELL’ELEMENTO INVARIANTE

1.	Un andamento apparentemente stocastico: progressivi punti di conquista e di non ritorno	227
2.	Caso fortuito come elemento cardine della fattispecie: fattore causale autonomo che incide sul danno-evento	230
3.	Natura oggettiva della responsabilità da cose; proporzionalità inversa tra affermazioni di principio e <i>rationes decidendi</i>	236
4.	La nozione di cosa. Pericolosità come qualifica non necessaria, ma criterio selettivo del comportamento rilevante	245
5.	Custodia: possesso della cosa come presupposto dell’attività esercitabile e dell’imputazione dei costi	250
6.	Assunzione del rischio come fondamento normativo	259
7.	Interessi giuridicamente rilevanti e scelta dell’allocazione dei costi del danno..	263
8.	Dallo schema possessorio all’attività sulla res legata al costo del vantaggio pratico: elemento invariante della fattispecie	268
	8.1. <i>Primo riscontro dell’elemento invariante</i>	271
	8.2. <i>L’idea di garanzia</i>	273

SEZIONE II
QUADRO SINOTTICO CON RISCONTRO

1.	Lettura sinottica delle ipotesi tipiche di responsabilità: prova di verifica dell’elemento invariante e tesi dell’art. 2051 c.c. come norma generale di chiusura sistemica	278
	1.1. <i>Responsabilità per comportamento altrui</i>	278
	1.2. <i>Dal raccordo dell’attività pericolosa ai fatti non umani: beni e cose nel codice civile</i>	280

1.3.	<i>Segue. Beni e cose nel codice della navigazione e nella legislazione speciale</i>	289
1.4.	<i>“Cose” che residuano “per sottrazione” dalle altre fattispecie tipiche. Rilevanza dell’attività e del (costo del) vantaggio pratico nella norma residuale di cui all’art. 2051 c.c.</i>	295
2.	<i>Alla ricerca della conferma dell’elemento invariante: enti pubblici e responsabilità da cose in custodia</i>	299
2.1.	<i>Premessa: un cammino tortuoso</i>	299
2.2.	<i>Dall’inapplicabilità assoluta a quella relativa (in caso di beni non oggetto di uso generale e diretto) dell’art. 2051 c.c. alla P.A..</i>	300
2.3.	<i>Art. 2051 c.c. applicabile alla P.A. se i beni possono essere controllati. Manifestazioni dell’elemento invariante.....</i>	304
2.4.	<i>Dalla proprietà dei beni pubblici discende in capo alla P.A. la qualifica di custode</i>	311
2.5.	<i>Dall’impossibilità di custodia, al caso fortuito come assenza di colpa, alla differenziazione delle fonti di pericolo; conoscenza, programmazione e avvertimento dell’ente pubblico come termine finale del fortuito</i>	313
2.6.	<i>Fatto del danneggiato e caso fortuito: tra causalità e limiti di colpevolezza in caso di res pericolosa</i>	322
2.7.	<i>Il fatto del terzo come ipotesi “temporalmente limitata” di fortuito</i>	335
2.8.	<i>Art. 2051 c.c. e P.A.: sintesi dell’orientamento attuale</i>	337
3.	<i>Segue. Riflessioni e proposte conclusive sul custode pubblico</i>	338
3.1.	<i>Il ruolo teorico-pratico della (costantemente invocata) pericolosità</i>	338
3.2.	<i>Attività esercitabile e necessaria custodia: possesso del bene-cosa quale presupposto costitutivo dell’ente pubblico</i>	341
3.3.	<i>Peculiarità del custode pubblico: vantaggio pratico come godimento “indiretto” della res e non configurabilità della “perdita di custodia”</i>	342

SEZIONE III

IL POSSIBILE VALORE ASSIO-PRATICO NELLA SOLUZIONE PROPOSTA: L’ARTICOLO 2051 C.C. COME NORMA GENERALE RESIDUALE

1.	<i>Per una definitiva proposta d’inquadramento de iure condito della responsabilità da cose in custodia</i>	346
1.1.	<i>Il requisito dell’ingiustizia in re ipsa</i>	346
1.2.	<i>Caratteristiche della cosa. Pericolosità come indizio rilevante solo in alcune ipotesi</i>	347
1.3.	<i>Tra libertà e possesso: attività esercitabile e costo del vantaggio pratico quali elementi (invarianti) identificativi del custode</i>	349
1.4.	<i>Caso fortuito: fattore autonomo diverso ma “misurato” dall’attività esercitabile</i>	352
1.4.1.	<i>Elemento di riscontro: differenza tra fatto ignoto e fatto del terzo rimasto ignoto</i>	354

1.4.2.	<i>Fatto del terzo e rilevanza temporalmente limitata: conoscenza, programmazione e “messa in dolo” come termine finale del fortuito</i>	355
1.5.	<i>Assunzione del rischio tra “bene-ficio” e “bene-danno”</i>	359
2.	Esperimento mentale su un caso giurisprudenziale: Cass. civ. n. 13222/2016..	362
3.	Art. 2051 c.c. come norma generale e residuale di chiusura sistemica. Suggestioni conclusive	382
	Bibliografia	389

CAPITOLO I
ANALISI DELLA NORMA: STRUTTURA
ED ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ART. 2051 C.C.

SEZIONE I
COORDINATE GENERALI DELLA RICERCA

1. Introduzione e premessa metodologica.

Nel settore dell'illecito extracontrattuale, la responsabilità da cose in custodia rappresenta una fattispecie di grande attualità ed estesa applicazione. Statisticamente molto presente come *causa petendi* di numerose domande giudiziali (e conseguentemente come norma in cui è sussunto il caso concreto nei provvedimenti giudiziali), essa involge questioni di grande interesse, tanto per l'operatore pratico, quanto per il teorico del diritto.

La sua interpretazione e applicazione non sempre è esattamente lineare, in un fenomeno che è causa ed effetto al contempo della caratterizzazione degli elementi costitutivi della fattispecie come nozioni precipuamente tecnico-giuridiche ma dai contorni non specificatamente delineati dal legislatore. La loro perimetrazione, in uno con il generale inquadramento dell'ipotesi normativa, costituisce per tali motivi una sfida di grande fascino per lo studioso del diritto, chiamato a confrontarsi con argomenti di grande rilievo dogmatico e dal contestuale, notevole risvolto pratico.

Una simile prospettiva costituisce lo scenario in cui si colloca la presente ricerca, che ha quindi ad oggetto l'art. 2051 c.c., al fine di coglierne la natura e l'interesse fondamentale sotteso all'imputazione del costo della responsabilità (con uno sguardo all'intero settore sistemico di riferimento), portando in emersione le principali problematiche e nel tentativo di fornire, successivamente, la chiave ermeneutica per inquadrare la fattispecie e tutelare le situazioni giuridiche ad essa sottese in maniera teoricamente e praticamente soddisfacente al contempo. Si cerca in tal modo di mettere ordine in un settore in cui continuano a sedimentarsi posizioni dottrinali ed interpretazioni giurisprudenziali in maniera non sempre ordinata, a detrimento della certezza del diritto, oltre che della coerenza dogmatica.

Sono necessarie alcune precisazioni metodologiche sui criteri di analisi adottati nella ricerca, così da giustificare le ragioni della scelta e della modalità di trattazione degli argomenti e meglio esplicitare le intenzioni sottese all'indagine che si è scelto di condurre. La parte iniziale del lavoro è dedicata allo studio di ognuno degli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 2051 c.c., per conferire organicità alla trattazione e consentire di delineare un primo quadro sulla struttura della norma.

Ciascun elemento strutturale dell'art. 2051 c.c. sembra essere in una relazione di interdipendenza e complementarità con gli altri: la fattispecie della responsabilità da cose in custodia può dunque essere inquadrata solo attraverso una visione sistemica e non parziale, tenendo in considerazione l'intera struttura desumibile dalla formulazione normativa.

L'analisi dei vari elementi, alla luce dei più importanti studi in materia e delle più autorevoli ricostruzioni dottorali, mostrerà la difficoltà di un inquadramento certo della fattispecie, stanti le differenze rilevabili anche in campo giudiziale. Ogni elemento, infatti, se inteso in un certo modo, innesca una sorta di effetto domino rispetto agli altri, influenzando la definizione e le connotazioni essenziali di struttura e delle stesse sue componenti; inoltre, dal rapporto di reciproca influenza è difficile individuare un punto d'origine, in altri termini l'elemento di genesi cardine e determinante. Ma l'esigenza di tentare una definizione dogmaticamente coerente non può non fare i conti con questa ineludibile e sistemica difficoltà¹.

In ogni caso, si proverà a fornire un primo inquadramento degli elementi singolarmente considerati con le variabili rilevate, nonché della struttura generale della responsabilità da cose all'esito di questa prima parte d'indagine. Rimane ferma, tuttavia, la consapevolezza che le definizioni così individuate saranno parziali e necessiteranno di analisi che possano confermarne - o eventualmente smentirne - la validità e l'utilità.

Pertanto, attese le antiche origini della fattispecie e la sua derivazione da una matrice giuridico-culturale comune a vari sistemi, si renderà necessario ampliare la prospettiva d'indagine, approfondendo le radici storiche della responsabilità da cose e considerando

¹ Per esemplificare sinteticamente, si pensi alla definizione di "cosa", che influenza il processo di derivazione causale del danno; quest'ultimo, a sua volta, non può essere imputato ad un soggetto se non si è certi di come intendere la qualificazione giuridica di custode; tale ultima figura, ancora, indica un soggetto che può liberarsi fornendo la prova del così detto caso fortuito, che il codice non definisce ma la cui nozione influenza lo stesso fondamento dell'intera fattispecie, coinvolgendo i principi riparatori e sanzionatori sottesi alla materia e determinandone una rilevanza più o meno preponderante.

come tale specie di responsabilità viene intesa ed applicata in alcuni tra gli ordinamenti a noi più vicini.

Successivamente, si approfondirà il momento applicativo della fattispecie, osservando se vi sia un'interpretazione costante o mutevole nelle pronunce giurisprudenziali degli ultimi decenni (a partire almeno dagli anni Ottanta) e quanto questa sia aderente alla struttura della norma, nonché agli interessi concreti dei soggetti coinvolti e che l'ordinamento intende tutelare.

Si ritiene che il percorso d'indagine così impostato possa consentire, successivamente, di verificare le prime nozioni individuate, eventualmente rivedendole: i "primi risultati" della ricerca passeranno in pratica il vaglio di una "prova di resistenza", ad esito della quale ben si potrà approdare a risultati differenti rispetto a quelli inizialmente prospettati.

Soprattutto, dopo aver indagato a fondo secondo le suddette indicazioni programmatiche, si spera di poter disporre delle conoscenze e degli strumenti adeguati per tentare un inquadramento sistemico della fattispecie ex art. 2051 c.c., individuandone l'effettivo criterio d'imputazione, il fondamento, eventualmente qualche elemento ermeneutico-ricostruttivo determinante, oltre che il suo rapporto con la disciplina ed i principi generali della responsabilità civile.

Gli elementi d'indagine, complessivamente valutati, si auspica possano fornire, sulla base degli esiti della ricerca, la chiave ermeneutica per (almeno cercare di) individuare nuove prospettive interpretative e di tutela degli interessi giuridicamente rilevanti e per rispondere agli interrogativi che hanno dato avvio alla ricerca, così sintetizzabili: perché tanta incertezza interpretativa ed applicativa (rinvenibile soprattutto nelle oscillazioni della giurisprudenza) tormenta la responsabilità da cose in custodia? Qual è l'origine e il fondamento della fattispecie? Quali sono gli interessi rilevanti e meritevoli di tutela che entrano in gioco, secondo il tipo di vita manifestato dalla società attuale? Esiste un modo *de iure condito* per meglio tutelarli?

Il valore fondamentale (c.d. *GrundWert*) di riferimento è l'uomo come valore in sé², secondo quanto la fenomenologia giuridica degli ordinamenti attuali manifesta; tale assunto, insieme al binomio classico libertà (di realizzare il proprio benessere economico) -

² A. GORASSINI, *Analisi economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile*, in *Panorami*, 2001, p. 43, osserva che dall'uomo come valore in sé scaturiscono due valori-corollario: l'eguaglianza e la solidarietà.

responsabilità³, costituisce la cornice assiologica di partenza per vagliare l'“esistente” giuridico.

2. Vecchie formule e nuovi interessi: la responsabilità civile tra cambiamento sistemico e ri-assetto di valori.

Il campo della responsabilità extracontrattuale è un settore dell'ordinamento molto magmatico, soggetto ad una continua rincorsa dei valori sottesi al tipo di vita⁴ vissuto dalle società moderne. Tale processo evolutivo segue una doppia linea direttrice: da un lato, negli ordinamenti – tra cui anche il nostro – proliferano le nuove disposizioni, soprattutto di legislazione speciale, al fine di garantire una copertura di tutela più adeguata agli interessi dei consociati⁵; dall'altro, gli operatori del diritto (teorici e pratici) approfondono continui sforzi per garantire l'adattamento delle norme esistenti alle nuove esigenze e ai valori che la società attuale manifesta.

³ Cfr. S. PUGLIATTI, *Sulla responsabilità in generale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1969, p. 411. In particolare sul binomio libertà-responsabilità, l'a. conclude il ragionamento con questa considerazione: “Così il fenomeno responsabilità, espressione della libera attività dell'uomo, risulta qualificato giuridicamente, in relazione a quelle azioni che vengono a far parte del mondo (dei fatti-valori) del diritto.”

⁴ Per l'accezione di tipo di vita come concreta realizzazione degli interessi in una società cfr. A. GORASSINI, *Qualche riflessione sulla responsabilità del produttore funzionale all'analisi sistemica dei modelli di responsabilità civile*, in *Roma e America Diritto Romano Comune*, 1997, 3, p. 237, che evidenzia come gli equilibri dei valori assunti all'interno dei singoli ordinamenti dipendano anche “dalla concreta realizzazione nel tipo di vita sociale realmente vissuto rispetto al modello dichiarato come stile di vita”. Il tipo di vita, dunque, indica la manifestazione concreta ed effettiva dei valori proclamati e degli interessi realizzati da un ordinamento; lo stile di vita identifica il modello ideale voluto dal legislatore e desumibile dai valori dichiarati come poziori dai documenti normativi. Tendenzialmente, la società manifesta un determinato tipo di vita, mentre vi è uno stile di vita, più o meno lontano rispetto al tipo di vita realmente vissuto, verso il quale il sistema orienta i consociati. Nel lavoro citato, inoltre, si osserva che la realizzazione del tipo di vita dipende anche “dalle differenti possibilità economiche e dagli ordinamenti ereditati e non ancora modificati secondo le nuove scale assiologiche.” Per un altro riferimento al tipo di vita e stile di vita, collegato con l'analisi economica del diritto, cfr. A. GORASSINI, *Analisi economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile*, cit., p. 39.

⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla responsabilità da danno ambientale prevista dall'art. 300 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, “Norme in materia ambientale”, alle varie ipotesi di responsabilità civile della P.A. disciplinate dal codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), alla responsabilità per danno da prodotto difettoso di cui all'art. 114 del “Codice del Consumo” (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), alla responsabilità per danno da violazione della normativa in materia di tutela dei dati personali (art. 15, D. Lgs. 30 giugno 2003, n.196), alla disciplina antitrust ex art. 33, comma 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287, alla risarcibilità del danno da emotrasfusioni (L. 25 febbraio 1992, n. 210), nonché del danno biologico in materia di infortuni e malattie professionali (art. 13, D. Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38). La materia è comunque in continua evoluzione: lo dimostra, ad esempio, l'innovazione della disciplina della responsabilità civile dei magistrati di cui alla L. n. 117/1988, in seguito all'entrata in vigore della L. 27 febbraio 2015, n. 18.

Anzi, proprio a causa del continuo e rapidissimo evolversi della società verso forme di interazione sempre nuove, che mettono in contatto i soggetti con mezzi, tempi e modalità una volta impensabili, aumentano in maniera direttamente proporzionale tanto le opportunità di progresso, di nuovi profitti, di crescita economica e culturale, quanto le occasioni di danno⁶, latamente intese come situazioni indesiderate, in cui la relazione con altri soggetti del diritto produce conseguenze negative a livello personale e patrimoniale.

In altri termini, l'evoluzione e il progresso hanno consentito una realizzazione di interessi maggiore e più rapida, ma al contempo hanno provocato l'aumento delle occasioni di lesione⁷ degli interessi stessi.

Peraltro, l'aumento delle situazioni di danno alle persone o al patrimonio avviene sempre più spesso senza che possa muoversi un rimprovero ad alcuno. L'inevitabile dinamica della relazione dei soggetti, tra loro e con i beni, aumenta il rischio di danni non imputabili a nessuno sotto il classico profilo soggettivo del dolo-colpa⁸.

Le occasioni concrete di incremento di benessere (latamente inteso⁹) ma anche di danno possono essere facilmente individuate nel progresso industriale, tecnologico, dei trasporti. Si tratta di attività che, peraltro, consentono a chi le esercita di aumentare notevolmente i profitti. Comportando un generale progresso della società, esse vengono incentivate; ma poiché, al contempo, producono un aumento delle occasioni di danno, il diritto è chiamato direttamente a trovare il punto di equilibrio¹⁰ tra gli interessi - tra loro confliggenti ma

⁶ Vedi C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1192, il quale osserva che "i termini del problema mutano con il grande incremento delle occasioni di danno derivante dal processo di industrializzazione e dallo sviluppo dei trasporti. Gli interessi tipicamente sottostanti alle fattispecie dannose non sono più omogenei; al contrario, la disciplina aquiliana è chiamata a mediare il conflitto tra libertà di svolgimento delle attività produttive e sicurezza individuale."

⁷ Per un approfondimento sulla nozione di realizzazione, quale alternativa alla lesione degli interessi giuridici meritevoli di tutela, entrambi scaturenti da comportamenti umani, cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Vol. II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, III ed., 1997, p. 766 e ss..

⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 275, che coglie questi aspetti e li palesa osservando come si sia andata attenuando nel corso del tempo l'idea che solo il metro della colpa è adeguato a misurare la responsabilità dei soggetti (nel *common law*, a dire dell'a., questa idea avrebbe resistito di più). La "civiltà delle macchine e delle masse" ha evidenziato "l'insufficienza dell'idea di un individuo che nel bene e nel male sia l'unico centro d'imputazione della propria vicenda esistenziale. [...] Diventa a poco a poco familiare un orientamento che di pari passo depersonalizza la questione dei fatti dannosi e la rende omogenea al modello di produzione tipico della proprietà industriale." Non dovrebbe più chiedersi, in pratica, se un fatto dannoso sia dovuto ad un comportamento negligente. Ma – prosegue l'a. – "l'oggettivazione dei criteri di ascrizione della responsabilità si mette in luce come corrispondente alla desoggettivazione che caratterizza il prodotto".

⁹ Per una visione ampia, ma al tempo stesso critica e ricca di spunti di riflessione sul concetto di benessere, cfr. A. SEN, *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Marsilio, 1998.

¹⁰ G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2001, p. 3, osservano a tal proposito che "il problema della responsabilità civile continua ad essere materia di una tormentosa evoluzione, di contraddizioni che denunciano il conflitto di una tradizione risalente con l'evolvere di teorie ed

entrambi meritevoli di tutela - che emergono in queste situazioni. L'ordinamento è chiamato a dare una risposta di senso attraverso i suoi strumenti, il più importante dei quali in questo campo è proprio la disciplina della responsabilità aquiliana.

Essa – come accennato – si è evoluta negli ultimi decenni con una produzione normativa di legislazione speciale; tuttavia il cuore della disciplina, costituito dalle disposizioni contenute nel Titolo IX del Libro IV del Codice Civile, intitolato “Dei fatti illeciti”, è rimasto almeno formalmente immutato, non solo negli oltre settant'anni di vigenza del codice, ma addirittura dalla seconda metà dell'Ottocento, quando fu adottato (nel 1865) il vecchio codice civile, a sua volta ispirato al *Code Napoléon* di inizio secolo e non troppo dissimile, nella materia della responsabilità extracontrattuale, dalla formulazione attuale.

L'immutabilità che sembra emergere dal quadro appena delineato è tuttavia solo apparente¹¹: nel corso dei decenni, la legislazione speciale ha innovato la disciplina, grazie anche agli alle spinte evolutive provenienti dalla normazione di matrice europea¹². Ma è doveroso anche osservare che la parte di disciplina formalmente non intaccata ha subito, in realtà, una doppia innovazione: da un lato, l'avvento della Costituzione Italiana, successiva al codice, ne ha trasfigurato i valori di fondo e lo sguardo d'insieme. In particolare, la formulazione codicistica, elaborata in tempi di particolare attenzione alla tutela patrimoniale ed alla preminenza di diritti quali la proprietà, lasciava comunque trasparire¹³ un'apertura ai valori di tutela dei soggetti: così fu agevolata la nuova prospettiva ermeneutica introdotta dalla Carta Costituzionale, che proclamava una visione personalistica del diritto, cioè un approccio ermeneutico in cui l'uomo è considerato Valore fondamentale (*Grundwert*), *rectius*, valore vivente¹⁴ dell'intero ordinamento; nessuna attività di produzione normativa o di interpretazione può prescindere da questo riferimento, che è al contempo prospettiva di partenza e teleologica del diritto.

orientamenti giurisprudenziali per chiari segni connessi con la trasformazione dei fattori economici e sociali”.

¹¹ Cfr. in questo senso, *Ibidem*, dove si parla di una “realtà delle cose molto diversa” rispetto alla “immagine di ordinamenti in apparente equilibrio, quasi immutabili nel tempo”.

¹² Sull'influenza europeistica sulla legislazione complementare in tema di responsabilità civile, cfr. E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, n. 12, p. 2419. L'a., comunque, sottolinea come, nonostante l'impetuosa evoluzione della materia, rimanga centrale l'ingiustizia del danno (da intendersi come lesione di interessi meritevoli di tutela), quale criterio orientativo del diritto vigente ma anche di quello *de iure condendo*.

¹³ A dispetto dell'epoca in cui fu redatto il codice. Ma i giuristi che vi lavorarono erano di intelligenza tale che riuscirono a mantenere saldi i propri principi giuridici liberali senza tuttavia scontentare il regime che aveva commissionato loro il lavoro.

¹⁴ Cfr. A. GORASSINI, *Il valore vivente nel diritto*, in *Atti del Convegno* (a cura di F. Tescione), *Il soggetto come fattispecie della Persona*, ESI, 2010, p. 4 e ss..

D'altra parte – anche a conferma del punto precedente – il secondo profilo d'innovazione si configura come continuo adattamento delle disposizioni alle nuove esigenze e prospettive indicate dall'ordinamento: ciò grazie all'incessante opera ermeneutica di teorici e pratici del diritto¹⁵. Disposizioni immutate nella loro formulazione¹⁶ hanno consentito l'individuazione e l'adozione di nuovi principi e regole¹⁷.

Queste osservazioni consentono di affermare che l'ordinamento giuridico sente, come proprio *munus* impellente, quello di dare una risposta di senso ai nuovi interessi in emersione nella società attuale¹⁸, che manifestano valori sempre più condivisi e che esigono una qualificazione giuridica certa e una previsione di effetti giuridici adeguati ad assicurarne il loro perseguimento.

Nella materia della responsabilità aquiliana, le nuove prospettive di tutela portano a “spostare l'attenzione dall'autore del danno alla vittima”¹⁹, sia per i cennati principi di tutela della persona, sia perché nella società moderna i danni si producono spesso senza alcun contatto diretto tra soggetti, in una situazione di dematerializzazione ma anche di separazione tra soggetti ed oggetti, con conseguente “operare autonomo” dei beni e pertanto anche del danno, rispetto al quale trovare un autore materiale si rivela particolarmente difficoltoso²⁰.

Tale situazione è probabilmente alla base di una tendenza alla revisione dei criteri d'imputazione della responsabilità extracontrattuale: una maggiore attenzione alla vittima del danno e quindi ai principi riparatori, comporta osmoticamente il diminuire delle finalità sanzionatorie dei sistemi di responsabilità aquiliana. Conseguenza sul piano normativo è

¹⁵ Basti pensare, esemplificativamente, all'evoluzione ermeneutica che ha portato, al termine di numerose sollecitazioni provenienti dalla prassi ma anche dagli studiosi, al riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi con la nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999, in *Riv. amm. R. It.*, 1999, 579 (con nota di S. TARULLO); oppure alla risarcibilità del diritto di credito suggellata ancora una volta dalla Cassazione riunita a Sezioni Unite, nella sentenza 26 gennaio 1971, n. 174 (in *Foro It.*, 1971, I, c. 1286, con nota di F.D. Busnelli; in *Giur. it.*, 1973, n. 2, c. 1186, con nota di G. Visintini) sul noto “caso Meroni”, nella quale si affermò la legittimazione ad agire ex art. 2043 c.c. di una società di calcio contro il terzo responsabile di un incidente stradale nel quale aveva perso la vita un suo calciatore.

¹⁶ Osservano G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 50: “l'evoluzione della responsabilità civile non è passata attraverso le leggi speciali ma attraverso la combinazione di nuove letture dottrinali e nuove tecniche interpretative giurisprudenziali”.

¹⁷ A tal proposito, *ivi*, p. 3: “ne risulta una serie di nozioni, principi, regole che restituiscono l'immagine di ordinamenti in apparente equilibrio, quasi immutabili nel tempo. Ma la realtà delle cose è molto diversa”.

¹⁸ Cfr. C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, cit., p. 1194.

¹⁹ Così S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964, p. 23.

²⁰ *Ibidem*, dove in questo senso si parla dello spostamento del baricentro di attenzione dall'autore del danno alla vittima a causa del “sempre più avvertito bisogno di sicurezza”, ma soprattutto dell'inevitabilità di situazioni “in cui la ricerca di un autore materiale del danno rischia assai spesso di non dare alcun risultato”.

stata l'aumento di ipotesi di responsabilità dichiaratamente oggettiva nell'ordinamento²¹. Non solo, ma lo sforzo ermeneutico dei giuristi nella prospettiva di oggettivizzazione delle fattispecie si è concentrato anche su ipotesi positivizzate da decenni – quando non da secoli – che tuttavia in precedenza erano intese in chiave soggettiva.

Si potrebbe pensare che tale operazione fosse inevitabile, di fronte ad una disciplina della responsabilità civile nel nostro ordinamento risalente, nella struttura di fondo, addirittura al *Code Civil* del 1804.

Eppure, diversamente da altri settori del diritto privato, né l'interpretazione evolutiva dei giuristi, né il proliferare della legislazione speciale hanno fatto perdere al codice la sua centralità in questo ambito. Anzi, forse il primo fattore appena citato ha contribuito a mantenere in auge l'importanza, sia teorica che pratica, dell'intero Titolo "Dei fatti illeciti".

Ciò ha comportato - e comporta tuttora – la necessità di approfondimenti continui sulla materia, che si rivelano di grande attualità e interesse.

In questa temperie giuridico-culturale si inquadra la vicenda della responsabilità da cose in custodia, prevista dall'art. 2051 c.c.: una disposizione breve, che tuttavia schiude uno scenario di considerazioni, dubbi, questioni ancora irrisolte e che negli ultimi tempi – confermando le tendenze poc'anzi descritte sul nuovo corso della responsabilità civile – suscita l'interesse degli accademici per i notevoli risvolti pratici che presenta ed i cui esiti dipendono evidentemente dall'impostazione ermeneutica che si attribuisce alla norma.

La spinta propulsiva che ha dato avvio alla ricerca (e quindi al presente lavoro) si origina proprio dalla rilevanza pratica delle questioni che si è scelto di affrontare, la quale si affianca ai notevoli stimoli dogmatici che l'analisi della responsabilità da cose in custodia presenta.

La fattispecie ex art. 2051 c.c. è un banco di prova inevitabile sia per i sostenitori che per i detrattori delle moderne teorie sulla dicotomia responsabilità per colpa - responsabilità oggettiva²², quali generali macro-criteri di imputazione, di eguale portata e rilevanza, su

²¹ Si vedano, tra le leggi speciali: il D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 sul danno da prodotti difettosi (artt. 6 e 8), la cui disciplina è oggi confluita negli artt. 114 e ss. del Codice del Consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206); la L. 31 dicembre 1962, n. 1860 (successivamente modificata dal D.P.R. n. 519/1975) sull'impiego pacifico dell'energia nucleare. Per queste ed altre ipotesi di responsabilità oggettiva nella legislazione speciale, si veda *amplius* il Cap. V, Sez. II, par. 1,3.

²² A tal proposito, C. SALVI, *op. cit.*, p. 1194, sottolinea che "le nuove tendenze si esprimono tecnicamente in una duplice direzione: anzitutto, l'ampliamento del novero degli interessi la cui lesione dà luogo al risarcimento; inoltre, l'enucleazione - dallo sparso materiale normativo che ne prevede specifiche e ristrette

cui si sarebbe, secondo taluno, assestata nei tempi più recenti l'intera materia dell'illecito aquiliano²³; con un evidente mutamento di rotta rispetto al tradizionale criterio jheringiano “nessuna responsabilità senza colpa”, che un tempo era ritenuto granitico ed inattaccabile e che, successivamente, era stato considerato regola generale, eccezionalmente derogabile da alcune previsioni specifiche, ma che tuttavia continuava a permeare di sé, in mancanza di espressa disposizione, ogni fattispecie di responsabilità extracontrattuale.

In questa sede la ricerca e l'analisi non possono certo spaziare lungo l'intero settore considerato²⁴, ma possono, piuttosto, fornire uno specifico contributo idoneo – si auspica – a chiarire alcuni punti di incertezza e questioni controverse con riferimento alla singola ipotesi ex art. 2051 c.c.²⁵; sarà poi ciascuno a trarre utili spunti in ottica sistemica.

Nel presente lavoro, pertanto, ci si prefigge di scandagliare, in maniera più ampia possibile, ogni elemento di una norma che ha origini e formulazione antiche, ma che tuttavia consente di tutelare interessi attuali e in continua evoluzione. Perciò sono necessari una visione ed un approfondimento rinnovato dei fatti giuridicamente rilevanti sì come previsti nella disposizione dell'art. 2051 c.c., nonché della loro qualificazione giuridica, così da garantire effetti in linea con i valori – e quindi con gli interessi meritevoli di tutela – che la società attuale manifesta.

3. La responsabilità per danno da cose in custodia nel sistema generale dei “Fatti illeciti”.

L'analisi della fattispecie di responsabilità da cose in custodia non può prescindere da un

manifestazioni - di un principio generale di responsabilità oggettiva, fondato sul rischio introdotto dalle attività economiche e apertamente contrapposto al principio della colpa”.

²³ Tra i precursori della concezione c.d. bipolare della responsabilità civile, basata sulla contrapposizione colpa-rischio, è da annoverare senza dubbio P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Le tesi contenute nel lavoro citato, alquanto pionieristiche ed innovative per i tempi della loro formulazione, verranno ampiamente analizzate nel prosieguo del lavoro. Bisogna precisare, in ogni caso, che l'a. riteneva poli opposti non tanto la colpa ed il rischio (quest'ultimo essendo il principio da prediligere a suo dire), bensì, più radicalmente, la “pura causalità e la teoria della responsabilità per colpa”, quali “poli fra i quali e attorno ai quali se ne svolgono numerose altre” (p. 23).

²⁴ Per una disamina dell'intera questione e delle diverse posizioni assunte dagli studiosi, si rimanda, in particolare, a: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 275 e ss.; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1187 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 628 ss.

²⁵ A proposito della quale M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049 - 2053) in Il codice civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2002, p. 268 esplicita la possibilità di intenderla sia nel senso di responsabilità per colpa presunta, che oggettiva. L'a. scrive infatti che “in Italia la natura giuridica della responsabilità da cose in custodia doveva essere lungamente dibattuta, fra la concezione soggettiva e quella oggettiva”.

inquadramento generale e sintetico nell'ambito del sistema generale di responsabilità civile.

L'art. 2051 c.c. è collocato all'interno del Titolo IX, "Dei fatti illeciti", che chiude il Libro IV del Codice Civile, a sua volta intitolato "Delle obbligazioni".

I fatti illeciti descritti dagli artt. 2043 e ss. c.c. sono dunque una delle fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.): al verificarsi dei fatti così come descritti negli articoli menzionati, l'ordinamento fa sorgere l'effetto dell'obbligo risarcitorio in capo al soggetto ritenuto responsabile.

Si è discusso – e si continua a farlo – circa l'adeguatezza dell'espressione "fatti illeciti" ad indicare sinteticamente la materia della responsabilità civile.

Secondo qualcuno, i principi su cui si fonda il sistema dell'illecito aquiliano, soprattutto nei tempi moderni, sono più orientati a riparare il danno subito piuttosto che a punire il responsabile dello stesso²⁶ e, d'altra parte, già nel codice – ma sempre di più nella legislazione complementare – sono previste ipotesi di responsabilità fondate non su un atto dell'uomo (*rectius*, su un comportamento), ma su fatti derivanti da fattori non umani: da ciò discenderebbe l'inadeguatezza di un riferimento generico alla illiceità di tali fatti, dal momento che l'alternativa lecito-illecito è predicabile solo per le condotte umane. Privilegiando piuttosto la lesione obiettiva di una situazione giuridica meritevole di tutela subita dal danneggiato, dovrebbe accantonarsi il riferimento generalizzato all'illiceità, focalizzando di più l'attenzione sul fatto dannoso (ingiusto e/o antigiusdicato²⁷). Una conferma di questa tesi risiederebbe nel richiamo espresso ai "fatti", piuttosto che agli atti, nella rubrica stessa del Titolo IX: si osserva come il legislatore fosse ben consapevole che a cagionare un danno non dovesse (e non deve) necessariamente essere un atto umano, ben potendo il predetto danno essere prodotto anche da un qualsiasi altro fatto che non sia posto in essere dall'uomo²⁸.

²⁶ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 638, che considerando il profilo dell'obbligo di risarcimento come effetto e pretesa sanzione dell'illecito, sottolinea come "anche nell'ipotesi di atti e fatti dolosi e colposi, la misura del risarcimento non dipende in alcun modo dal grado di riprovevolezza del contegno, o se si vuole e più genericamente, dalla gravità dell'offesa arrecata, bensì si commisura alla quantità del danno giuridicamente rilevante".

²⁷ Affronteremo subito *infra* la questione dell'antigiuridicità e dell'ingiustizia, allorquando approfondiremo la nozione di danno. Ce ne occuperemo anche analizzando la genesi e gli sviluppi dell'illecito aquiliano presso i Romani (vedi Cap. II, par. 2.2).

²⁸ Nell'impostazione dogmatica di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, cit., p. 350 e ss., si tratterebbe di un fatto rientrante nell'alveo dei "fatti giuridici in senso lato" (detti anche "fenomeni temporali"), in quanto rilevante nel mondo-diritto, collocabile più specificamente nella sottocategoria degli "eventi" (o "fatti giuridici in senso stretto", quale *genus* opposto a quello dei comportamenti, in cui si manifesta l'iniziativa del soggetto), all'interno della quale andranno presi in

Stando ad una diversa impostazione, occorrerebbe invece privilegiare la qualificazione di “illeciti” per tutte le ipotesi di responsabilità aquiliana. Anche quelle che in apparenza prevedono una responsabilità così detta oggettiva, non potrebbero scaturire se non da un atto umano²⁹, doloso o colposo, che pertanto condizionerà il sorgere degli effetti risarcitori, se ed in quanto illecito³⁰. Aderendo a questa tesi, conseguentemente l’errore sarebbe da rinvenirsi nel riferimento ai “fatti” nella lettera del codice: dovrebbe infatti, sempre a comunque, trattarsi di atti umani alla base della responsabilità, anche quando il danno sia concretamente cagionato da cose, animate o meno.

Forse la seconda posizione pecca più di artificiosità e non tiene conto dell’evidenza dei dati, non solo normativi ma anche esperienziali. Sono spesso fatti – nemmeno lontanamente riconducibili all’attività umana – a cagionare danni risarcibili. “L’infondatezza della teoria, che riconduce la responsabilità alla prospettiva dell’atto illecito, trova del resto una ulteriore conferma, ove si passi a considerare, anche a questo effetto, la natura delle diverse fattispecie di responsabilità. [...] Il diritto vigente prevede, a fianco della figura dell’atto doloso o colposo, le altre, e già note, figure³¹ [...] in cui il soggetto è tenuto al risarcimento, non già in dipendenza di una propria azione antiggiuridica, ma del rapporto che può instaurarsi con altri, o ancora della relazione con la cosa e animale, l’edificio, ecc., che producono il danno”³².

Una volta chiarito che il Titolo IX prevede diverse ipotesi di responsabilità aquiliana, le quali possono sorgere in seguito ad atti (illeciti) umani ma anche a fatti non posti in essere (direttamente o indirettamente) dall’uomo, per i quali sfuma la qualificazione di illiceità, mentre rileva maggiormente la necessità di riparare il danno, si può ritenere, sulla base del semplice dato testuale, che l’art. 2051 c.c. preveda proprio un’ipotesi di danno prodotto non dall’agire umano, ma dalla cosa.

considerazione solo i fatti non umani (potendo esservi anche degli eventi-fatti umani, quali i fatti di vita e i fatti psichici, che si caratterizzano per l’assenza di iniziativa di un soggetto, differenziandosi quindi dai comportamenti).

²⁹Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. II, Milano, 1954, p. 13.

³⁰ Si pensi proprio all’ipotesi prevista dall’art. 2051 c.c.: se una cosa produce danno, secondo questa tesi, è perché all’origine vi è un comportamento poco o per nulla diligente da parte del custode. Lo stesso discorso potrebbe valere per l’art. 2052 c.c. sui danni prodotti dagli animali. Che debba provarsi la colpevolezza della condotta umana, o che questa sia presunta, comunque essa rimarrebbe alla base di ogni ipotesi di responsabilità aquiliana.

³¹ Si pensi alla responsabilità per fatto di domestici e commessi (art. 2049 c.c.), della cosa (art. 2051 c.c.), dell’animale (art. 2051 c.c.), per rovina dell’edificio (art. 2053 c.c.), ecc.

³² Così R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 638.

Tale fattispecie, insieme alla quasi totalità degli articoli contenuti nel medesimo Titolo, è stata introdotta³³ dal codice del 1942, che ha mutuato la disciplina del *Code Napoléon* del 1804³⁴, pur prevedendo nel titolo dedicato alla responsabilità qualche innovazione³⁵.

Per quanto riguarda in particolare il libro delle obbligazioni, vi era stata l'elaborazione di un progetto nel 1927, poi ripreso e riprodotto nel 1936. La Commissione Reale aveva rifiutato quel progetto, ma non per la materia dei fatti illeciti, la cui formulazione definitiva nel codice si deve dunque agli sforzi dei decenni precedenti.

Sebbene il modello di riferimento originario fu quello francese, non si ignorò l'elaborazione del *BGB* tedesco³⁶. In ogni caso, non vi fu una grande spinta verso l'innovazione, la modernizzazione e la razionalizzazione delle disposizioni³⁷.

Com'è noto, tutto il sistema della responsabilità civile, sia dentro che fuori il codice (e nonostante il proliferare di leggi speciali), ruota intorno all'art. 2043 c.c., che per motivi storici ma anche assiologici costituisce il riferimento principale non solo del Titolo IX sui "Fatti illeciti", ma dell'intera materia della responsabilità extracontrattuale; esso contiene, in apertura del suddetto titolo, la forma più importante di responsabilità così come consegnata dalla nostra tradizionale cultura giuridica, quella cioè fondata sull'elemento soggettivo della colpa o del dolo dell'agente.

Ci si chiede se la suddetta norma sia una fattispecie d'apertura, indicativa degli elementi strutturali dell'illecito che non devono mancare in ogni altra ipotesi, salvo diversa

³³ Non troppo positivo è il giudizio di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile, cit.*, p. 13, il quale ritiene che le pur "meritorie fatiche della commissione mista" non produssero - giudicando *posteriori* il loro operato - un risultato "davvero degno delle intenzioni e delle speranze dei suoi compilatori".

³⁴ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 3, afferma che "il codice civile italiano è un miglioramento ed una conferma del codice francese."

³⁵ Si pensi all'introduzione della fattispecie di responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa (art. 2050 c.c.): essa è frutto del tentativo di disciplinare adeguatamente alcune situazioni derivanti dall'evoluzione tecnologica e scientifica (quindi imprenditoriale e industriale) che nei primi anni dell'Ottocento non poteva certo immaginarsi. S. RODOTÀ, *Il problema, cit.*, p. 13 osserva che nel codice del '42 è stata introdotta "qualche timida innovazione che si pensava avrebbe soddisfatto qualcuna delle esigenze di solidarietà e delle istanze sociali che avrebbero dovuto costituire la giustificazione di una riforma".

³⁶ Cfr. per questa osservazione, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 5.

³⁷ Scrive a tal proposito C. SALVI, *op. cit.*, p. 1218: "In effetti, la codificazione del 1942 è ben lontana dall'aver operato una razionalizzazione normativa adeguata a esigenze di modernità e, comunque, di chiarezza. In parte vengono riprodotte, con leggeri aggiustamenti, le disposizioni del codice abrogato (a loro volta risalenti al *Code Civil*). Altre volte vengono codificate regole affermate dalla giurisprudenza (come la non imputabilità dell'incapace di intendere o di volere, o il limite del caso fortuito nel danno cagionato da cose in custodia). La circolazione dei veicoli è disciplinata sulla base di regole già poste dalla legislazione speciale. L'unica norma sostanzialmente innovativa è quella concernente la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose."

indicazione; o piuttosto se non sia una clausola così detta “residuale”, idonea a qualificare quei spazi che non trovino previsione espressa nelle altre ipotesi normative³⁸.

Altra questione, strettamente interdipendente con la precedente, è quella di stabilire se le ipotesi diverse dall’art. 2043 c.c. siano tipiche o eccezionali³⁹: solo nel primo caso, infatti, potrà inferirsi che la fattispecie d’apertura del Titolo XI rappresenta una norma residuale, applicabile allorquando un caso concreto non sia sussumibile nell’alveo delle fattispecie già codificate. La differenza non è di poco conto, stante l’impossibilità di interpretazione analogica se vengono intese nel senso della eccezionalità, diversamente dalla prospettiva della tipicità⁴⁰.

Al di là di come voglia intendersi il rapporto dell’illecito colposo con le altre forme di responsabilità⁴¹, può ragionevolmente riconoscersi che il nostro sistema di responsabilità

³⁸ Questo profilo risulta di particolare interesse per la fattispecie ex art. 2051 c.c., soprattutto con riferimento alla qualificazione dell’ingiustizia del danno, non contenuta espressamente nella disposizione. La questione verrà trattata *infra* (Sez. II, par. 1.3).

³⁹ Secondo S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 177, non è affatto vero che il rapporto tra colpa ed altri criteri è quello di regola-eccezione; di conseguenza, gli altri criteri possono estendersi nella loro applicazione oltre l’ambito ristretto delle ipotesi specifiche per cui sono previsti, vista la possibilità di interpretazione analogica. C. SALVI, *op. cit.*, p. 1219, partendo dal presupposto che l’art. 2043 c.c. costituisca principio o comunque regola generale, ritiene che le altre fattispecie rappresentino ipotesi, “se non eccezionali, tipiche e speciali”. In prospettiva simile, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 145, ritiene il campo della responsabilità extracontrattuale un “sistema evolutivo di illeciti tipici”, in antitesi ad una concezione che, all’opposto, rischierebbe di scivolare in una clausola generale omnicomprensiva (e in contrasto con la concezione normativa dell’ingiustizia del danno). Di diverso avviso F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1991, p. 4, che sostiene una “concezione atipica dei fatti illeciti, fondata su una regola generale di responsabilità civile”. Parimenti, F. GIORDANO, *La colpa nell’illecito extracontrattuale tra vecchi e nuovi orientamenti di dottrina e giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 1997, 4, p. 169, secondo cui letto in questi termini, come è stato giustamente osservato, “l’art. 2043 c.c. sembra porre una regola generale in base alla quale la colpa e, alternativamente, il dolo, sono elementi (soggettivi) costitutivi della stessa nozione di fatto illecito. [...] di conseguenza i casi di c.d. responsabilità oggettiva o per fatto altrui, sarebbero del tutto eccezionali”. Non mancano le tesi intermedie rispetto a questo problema: cfr. M. FRANZONI, *L’illecito*, I, in *Trattato della responsabilità civile*, II Ed., Giuffrè, 2010, p. 180, il quale osserva che “sul piano sistematico, [...] alla colpa resta confermato il ruolo di regola, mentre agli altri criteri spetta quello di eccezioni. Sennonché, questo rapporto non si traduce in una corrispondente regola operativa: in concreto si tende a risolvere il problema della responsabilità ricorrendo alle figure speciali; solo in un secondo tempo si ricorre alla colpa. Sicché, pur assolvendo la colpa al ruolo di regola generale di imputazione, essa è impiegata come *criterio finale* di imputazione per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie legale tipica di responsabilità.”

⁴⁰ Coerentemente con la tesi intermedia sostenuta, M. FRANZONI, *Ivi*, p. 177 ritiene che le figure di responsabilità ex artt. 2047 e ss., anche là dove intese come tipiche, “non possono essere estese analogicamente, non tanto perché la colpa ha una supremazia etica, ma perché essa è indicata nell’unica norma generale del sistema”; essa rimarrebbe centrale, non potendo pensarsi “ad un sistema dualistico colpa-responsabilità oggettiva”. Tale prospettiva, di per sé, è più coerente con un’impostazione teorica che considera l’illecito colposo come regola e le altre ipotesi normative come eccezioni, sebbene riconosca lo stesso a. che, “in concreto, prima si cerca l’applicabilità delle ipotesi tipiche-eccezionali, solo in seguito si ricorre alla colpa”. Al termine del presente lavoro, forse, l’analisi condotta sull’art. 2051 c.c. potrà fornire un contributo utile a prendere posizione anche su questa questione.

⁴¹ Per C. SALVI, *op. cit.*, p. 1219, non poteva accogliersi la tesi della colpa come criterio ordinante della responsabilità, ma neanche del modello “bipolare” di tutte le fattispecie di responsabilità, divise tra

civile è caratterizzato da una “tipicità variabile”⁴², dal momento che in esso convivono norme generali accanto ad ipotesi specifiche e tipizzate dettagliatamente⁴³, in un equo contemperamento tra esigenze di certezza del diritto e di apertura di tutela ad ipotesi non esattamente circoscrivibili *a priori*, ma riconducibili ad alcuni requisiti generali.

In quest’ottica possono essere inquadrati gli elementi del “fatto doloso o colposo”, ma soprattutto del “danno ingiusto”, che denotano la generalità della fattispecie, aprendo ad una molteplicità di situazioni tutelabili ma circoscrivendo al contempo l’area di rilevanza giuridica per mezzo della qualificazione dell’ingiustizia, unica espressamente rinvenibile nelle ipotesi di illecito, corroborando così la tesi della primazia dell’art. 2043 c.c. nel sistema generale della responsabilità civile.

3.1. Il danno ingiusto e la sua nozione giuridica.

Focalizzando l’attenzione proprio sul danno ingiusto, la sua “giuridicizzazione” presuppone – secondo una prospettiva su cui ormai unanimemente convergono dottrina e giurisprudenza – la necessaria lesione di una situazione giuridica meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico⁴⁴. In ciò si sostanzia la concezione normativa del danno,

modello colposo o per responsabilità oggettiva. Anche per M. FRANZONI, *cit.*, p. 180, non bisogna “ragionare in termini di rottura dualistica tra responsabilità soggettiva e responsabilità oggettiva” (l’a. richiama anche le tesi di Trimarchi e Comporti nel testo, cui mostra di aderire). Secondo un’impostazione più risalente (cfr., su tutti, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, *cit.*, p. 167) il criterio della colpa rappresentava la regola, mentre tutte le altre ipotesi di responsabilità impostate su criteri diversi andavano qualificate come eccezioni. Invero, anche per lo stesso M. FRANZONI, L’illecito, in *Trattato della responsabilità civile*, *cit.*, p. 180, “sul piano sistematico [...] alla colpa resta confermato il ruolo di regola, mentre agli altri criteri spetta quello di eccezioni. Senonché, questo rapporto non si traduce in una corrispondente regola operativa”: ciò in quanto, pur assolvendo la colpa al ruolo di regola finale di imputazione, secondo l’a. “in concreto si tende a risolvere il problema della responsabilità ricorrendo alle figure speciali: solo in un secondo tempo si ricorre alla colpa”. Quest’ultima ricoprirebbe dunque una sorta di ruolo residuale, secondo una qualificazione analoga a quella sostenuta in questa sede con riferimento all’art. 2051 c.c.; una prospettiva simile era già presa in esame da F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 649, che qualificava la colpa “come criterio finale di imputazione per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie legale tipica di responsabilità”.

⁴² Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, *cit.*, p. 148, che qualifica il nostro come un “sistema evolutivo di illeciti tipici”, non già una clausola generale con illeciti atipici.

⁴³ Cfr. F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, *cit.*, p. 6; cfr. altresì C. SALVI, *op. cit.*, p. 1219, che ritiene affiancarsi nel sistema, al principio o regola generale dell’art. 2043, altre ipotesi “tipiche e speciali”, se non eccezionali.

⁴⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, *cit.*, p. 145, che esplicita come, pur non condividendo con Rodotà la qualificazione del sintagma danno ingiusto (ritenendolo una norma generale a differenza dello studioso da ultimo citato, che lo considera clausola generale; vedi meglio *infra*), ha in comune con quello (vedi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, *cit.*, p. 132) la ritenuta configurabilità dell’ingiustizia come lesione di interessi giuridici diversi dal diritto soggettivo, purché protetti dall’ordinamento. Cfr. altresì, nello stesso senso, F.D. BUSNELLI, voce *Illecito*, *cit.*, p. 2. In senso contrario, per quanto la tesi sia più risalente, vedi tuttavia A. DE CUPIS, *Il danno*, *cit.*, pp. 60 e 140, che ritiene risarcibile solo quell’utilità persa rispetto a un bene patrimoniale.

che si contrappone a quella così della “realista”, secondo cui rileverebbe la mera diminuzione patrimoniale subita dal danneggiato⁴⁵. Nella responsabilità extracontrattuale, dunque, “è sempre necessaria la prova della lesione di un interesse giuridico”⁴⁶.

Dietro la nozione di lesione di una situazione soggettiva v'è un giudizio di meritevolezza e preminenza dell'interesse del soggetto danneggiato da parte dell'ordinamento. Danno ingiusto equivale a danno cagionato *contra ius*, cioè in contrasto con il “diritto”, inteso non già quale semplice violazione obiettiva delle norme, ma come lesione della situazione soggettiva facente capo ad un soggetto⁴⁷.

Per questo, autorevole dottrina⁴⁸, elaborando una particolare nozione di causalità, ritiene di dover “sdoppiare” l'elemento del danno ingiusto, distinguendo: un danno evento⁴⁹,

⁴⁵ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 145, specifica che questa prospettiva coinciderebbe con la *Differenztheorie*, il che tuttavia comporterebbe la neutralizzazione ingiustificata della qualifica di ingiustizia, che “invece il legislatore del 1942 ha aggiunto al requisito del danno nella fattispecie” *de qua*. Anche C. SALVI, *op. cit.*, p. 1204, affianca la componente economica del danno a una necessaria lesione di un interesse protetto.

⁴⁶ Così E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno, cit.*, p. 2427. Mentre fino a qualche tempo fa era ritenuta risarcibile la sola lesione di diritti soggettivi assoluti, col tempo la giurisprudenza ha allargato l'ambito di operatività dell'ingiustizia del danno, intendendo il sintagma *contra ius* non solo come lesione di un diritto soggettivo: cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1953, p. 138, per cui solo la lesione del diritto soggettivo poteva dar luogo agli obblighi risarcitori.

⁴⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 145; M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 61; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1204; E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 2427, secondo cui “nella responsabilità extracontrattuale è sempre necessaria la prova della lesione di un interesse giuridico”. Peraltro, poiché l'ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c. segue ad un'azione dell'uomo, si suole dire che in essa sia racchiusa anche l'idea di mancanza di cause di giustificazione, vale a dire di una condotta non iure. Invero, tradizionalmente l'assenza di cause di giustificazione viene ricondotta alla nozione di antigiuridicità piuttosto che a quella di ingiustizia, sebbene non manchino voci discordi rispetto alla maggioranza: si veda, su tutti, A. DE CUPIS, *Il danno, cit.*, p. 18 e ss., secondo cui addirittura è la stessa antigiuridicità a veicolare l'idea di lesione di una situazione giuridica soggettiva protetta. Secondo l'a., infatti, poiché l'antigiuridicità non è altro che contrarietà al diritto (oggettivo o anche soggettivo), se il fatto (o meglio, l'atto umano) è antigiuridico, allora è antigiuridico anche il danno che si produce. È evidente, dietro questa tesi, l'idea di una commistione (quasi compenetrazione) dei concetti di atto non iure (tradizionalmente inteso come antigiuridico) e danno *contra ius* (dai più qualificato come ingiusto). In una prospettiva del tutto opposta a quella considerata nella nota precedente, F.D. BUSNELLI, voce *Illecito, cit.*, p. 10, sottolinea come “dopo un lungo periodo di incertezze e di contrasti, la giurisprudenza ha sancito il principio secondo cui l'ingiustizia che l'art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie di responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto non iure e *contra ius*”. Sarebbe pertanto nell'ingiustizia che questa volta si condensano i concetti di lesione di una situazione giuridica soggettiva e nel compimento di un atto in assenza di cause di giustificazione. Tuttavia, ai fini della nostra indagine non è determinante chiedersi se nell'ingiustizia si condensino tanto la lesione *contra ius* quanto l'agire *non iure*, o se piuttosto l'una sia il contenuto dell'ingiustizia e l'altra dell'antigiuridicità, dal momento che nell'ipotesi ex art. 2051 manca un'azione dell'uomo, pertanto non è di rilievo determinante interrogarsi sulla presenza o meno di cause di giustificazione.

⁴⁸ Il riferimento è sicuramente a C. SALVI, *op. cit.*. Dello stesso avviso M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 61 ss.. Diversa è l'impostazione di R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile, cit.*, p. 651, che concentra l'impostazione delle considerazioni in tema di causalità evidenziando i valori insiti e gli elementi qualificanti delle singole ipotesi di responsabilità extracontrattuale, nonché sottolineando come il rapporto di causalità “non può certo esaurirsi in una relazione di tipo naturalistico tra causa e conseguenze”. L'a. precisa che

costituito appunto dalla lesione di un diritto⁵⁰; un danno conseguenza⁵¹, inteso quale concreta perdita, diminuzione patrimoniale o dell'integrità personale (fisica e non solo). La presenza del danno-evento (cioè della lesione del diritto) è condizione necessaria per il giudizio di responsabilità del danneggiante, ma non ancora sufficiente per la previsione di effetti risarcitori: per configurarsi questi ultimi, occorre che dal danno-evento scaturiscano delle effettive conseguenze pregiudizievoli⁵², in quanto di esso siano "conseguenza immediata e diretta" (art. 1223 c.c.), per il soggetto leso, che potrà così ottenere il risarcimento.

L'ingiustizia del danno, intesa in questi termini, sarà oggetto di un doppio giudizio, ad esito del quale un soggetto verrà – prima – ritenuto responsabile se avrà leso un diritto altrui e titolare dell'obbligo giuridico di risarcire – poi – le conseguenze pregiudizievoli (patrimoniali e non), se ed in quanto si siano prodotte.

In ogni caso, l'art. 2043 c.c. rimane un imprescindibile riferimento normativo, punto centrale di una disciplina codicistica che non ha perso la sua centralità e la sua funzione di criterio orientativo⁵³ anche per la legislazione speciale, insieme alla quale costituisce un sistema unitario.

"questo non significa certo rinunciare ad una risposta [...] unitaria e sufficientemente rigorosa, quanto piuttosto arricchire gli schemi causali elaborati dalla logica astratta "di tutte le ragioni e dei valori che permeano di sé le regole di diritto, e trovano del resto rispondenza nel comune sentimento giuridico". M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 83, partendo da presupposti simili in tema di causalità, considera invece il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. come una sorta di giudizio di sintesi, comprensivo anche, ma non esclusivamente, dell'evento dannoso.

⁴⁹ Il danno ingiusto così causato non è nient'altro se non "l'evento lesivo", da considerarsi quale risultato della "causalità in fatto". Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, p. 1250.

⁵⁰ Inteso in senso ampio come lesione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela.

⁵¹ Derivante dalla causalità c.d. giuridica, in quanto idonea ad individuare il danno risarcibile. Osserva C. SALVI, *op. cit.*, p. 1250, che "è a questo secondo momento che va riferita la regola dell'art. 1223 c.c., per la quale il risarcimento deve comprendere le perdite che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo". Invero M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 80 e ss., si pone solo tangenzialmente su questo solco. Egli elabora una particolare distinzione sul danno: partendo dalla differenziazione tra causalità materiale e giuridica di cui si è appena detto, l'a. non parla testualmente di "danno evento" e "danno conseguenza" quali esiti rispettivamente della suddetta causalità materiale (o in fatto) e giuridica, quanto piuttosto di "evento di danno" e "danno evento". E definisce il primo quale "ingiusta modificazione esteriore, materiale o giuridica, della sfera della vittima" dovuta a vari fattori; esso, in pratica, "delinea la lesione dalla quale origina il pregiudizio". Il secondo, invece, individuerebbe, nel linguaggio corrente, un "pregiudizio insito nella lesione". Ancora, egli sostiene che proprio all'evento di danno ci si debba riferire ogni qualvolta nelle disposizioni di legge si rinvenivano riferimenti a "fatto dannoso", "fatto illecito", "danno cagionato", "danno prodotto", "danno derivato". In questi casi non è dato rinvenire un pregiudizio *in re ipsa*, ma un evento consistente nella lesione di un interesse meritevole di tutela dal quale prendere le mosse dell'indagine, per poi verificare se vi siano "perdite economiche da compensare", oltretutto "danni [cioè conseguenze] da risarcire". L'evento di danno assume un ruolo centrale nell'intero *iter* argomentativo.

⁵² Cfr. *Ivi*, p. 61, dove ci si riferisce alla "patrimonialità del danno o, comunque, [al]la sua risarcibilità."

⁵³ E in ciò risiederebbe la sua portata generale. Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, p. 1219, che pur considerando tipiche le altre fattispecie codicistiche, qualifica comunque la colpa come "criterio ordinante": "la lettura

In ciò si rinviene la portata normativa generale della norma, tanto da potersi ipotizzare che il “danno ingiusto” rappresenti in realtà una “clausola generale”⁵⁴. Un simile dubbio è di non poco momento ai fini della nostra indagine, come si avrà modo di riscontrare⁵⁵.

3.2. Clausole generali e norme generali. Art. 2043 c.c. come norma (non clausola) generale.

Per rispondere all’interrogativo *de quo*, occorre prima definire la nozione di clausola generale, precisando da subito che la cultura giuridica sul punto, pur interessandosene approfonditamente⁵⁶, non presenta unanimità di vedute.

Affidandosi al dato costante che sembra emergere dalle varie letture che si sono susseguite tra i più autorevoli studiosi che se ne sono occupati, nonché cercando di privilegiare una definizione che consenta di delinearne i contorni in maniera tale da poterli distinguere da altre nozioni affini, può individuarsi la cifra qualificante di una clausola generale nella così detta “integrazione valutativa”: essa rappresenta il compito dell’interprete il quale, di fronte ad elementi di una fattispecie non solo “descritti con più o meno notevole grado di indeterminatezza”⁵⁷, ma addirittura privi di un nucleo concettuale⁵⁸, come tali caratterizzanti una norma a struttura aperta, è “delegato”⁵⁹ dalla stessa norma a qualificare giuridicamente il fatto⁶⁰. In presenza di una clausola generale, la “fattispecie” non è “già

tradizionale del sistema dell’imputazione, riproposta in versione aggiornata e più convincente, privilegia il carattere di principio o regola generale dell’art. 2043, nella parte in cui fonda la responsabilità sul fatto doloso o colposo dell’aurore del danno.”

⁵⁴ Per C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 145, è proprio la ritenuta sufficienza della mera diminuzione patrimoniale per dar luogo al risarcimento del danno a rappresentare l’inevitabile conseguenza dalla considerazione dell’art. 2043 come clausola generale.

⁵⁵ Cfr. Cap. V, Sezioni II e III.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 21-30; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 97 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709-733; G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In lure Praesentia*, 1989, pp. 426-461; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1984, pp. 539-571; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1986, pp. 5-19; da ultimo, cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, II Ed., Giuffrè, 2016.

⁵⁷ G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali, cit.*, p. 438.

⁵⁸ Cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali, cit.*, p. 83, che discorre in proposito di “norme in bianco”.

⁵⁹ Di delega parla anche P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 1, ritenendo le clausole generali come norme dotate di “un’eccedenza di valori di contenuto ‘assiologico’ rispetto ai contenuti normativi abituali delle regole”, in cui è presente “una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l’ordinamento stesso gli prescrive di seguire”. Cfr. per la stessa tesi anche L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali, cit.*, p. 13; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali, cit.*, p. 84.

⁶⁰ Così G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 438.

definita dal legislatore, ma spetta al giudice costruirla”⁶¹: in ciò si sostanzia l’operazione di integrazione valutativa, che consente, *rectius* delega al giudice “la formazione della norma da applicare nel caso concreto”⁶²; essa diviene in tal modo “creatrice di fattispecie”⁶³.

Difatti, la “direttiva” impartita dal legislatore al giudice per la formazione della regola di decisione del caso singolo⁶⁴ trova il suo approdo finale in un meccanismo di sussunzione che opera “alla rovescia”: non più un fatto concreto viene “sussunto nella norma (già data)”, ma un giudizio di fatto riempie “il contenuto e [...] ‘concretizza[...]’ la clausola generale”⁶⁵.

Quest’ultima, dunque, è un “concetto elastico”, che spetterà al giudice riempire di significato, facendo buon uso della così detta integrazione valutativa⁶⁶, ma senza per ciò godere di discrezionalità assoluta⁶⁷: il giudice infatti è al contempo osservatore esterno ma anche *intraneus* rispetto al sistema assiologico di riferimento dell’ordinamento in cui opera e che è tenuto ad attuare secondo il tipo di vita realmente vissuto. Solo che i giudizi di valore che egli sarà tenuto ad esprimere non saranno già esplicitati da altre norme, trovando invece la loro espressione “fuori dai rigidi confini dell’ordinamento positivo”⁶⁸.

⁶¹ *Ivi*, p. 438.

⁶² S. PATTI, *op. cit.*, p. 84, il quale aggiunge che “si parla in questo contesto non solo di clausole generali ma anche di standard valutativi, che vengono presi come parametro nell’applicazione delle norme che contengono clausole generali.” La funzione di queste, con particolare riferimento alla buona fede, è considerata triplice: integrativa, correttiva, preventiva.

⁶³ Cfr. G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 444, secondo cui l’integrazione valutativa riguardante le clausole generali è maggiore ma anche qualitativamente differente, comportando “qualcosa di più specifico rispetto alla generica creatività che è riconoscibile nel processo di interpretazione/applicazione delle comuni regole giuridiche”; creatività che si configura appunto quale creazione di fattispecie.

⁶⁴ In questi termini, con specifico riferimento alla direttiva, si esprime A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 632, secondo cui la clausola generale è una norma “priva di fattispecie”, ovvero “a fattispecie aperta” proprio in quanto impartisce al giudice una direttiva, “che in parti tempo è un’autorizzazione”, affinché egli possa formare la “regola di decisione del caso singolo”, sulla base di un “termine valutativo” che costituisce la peculiarità della clausola generale. Cfr., in prospettiva analoga, F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 2, p. 11 (la numerazione di pagina segue il documento in formato word estratto dalla *Banca Dati De Jure*, da cui si è attinto il lavoro che, nella Rivista citata, è rinvenibile alle p. 395 ss.): “la clausola generale, intesa quale termine valutativo contenuta in un enunciato normativo, diventa sinonimo di direttiva mediante la quale l’ordinamento indica al giudice l’ordine di valori dal quale far discendere la sua decisione-precetto.”

⁶⁵ G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 439-440.

⁶⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, p. 105.

⁶⁷ Osserva in proposito F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 8 (richiamato da S. PATTI, *cit.*, pag. 77) che “delega non significa necessariamente rimessione all’arbitrio del giudice”; cfr. anche C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, *cit.*, p. 124.

⁶⁸ Così P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, *cit.*, p. 1; cfr. anche G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 439-440, che si esprime in termini di “giudizio di fatto espresso sulla base di parametri extralegali”, tra cui sono annoverati quelli dell’etica o del costume, i canoni estetici, le regole economiche.

Manca, dunque, nelle clausole generali, una precipua connotazione giuridica dei concetti (pur indeterminati ed elastici) espressi⁶⁹.

Può tendenzialmente ritenersi superata, in definitiva, quella ricostruzione secondo cui l'integrazione valutativa non è carattere precipuo ed esclusivo delle clausole generali⁷⁰, le quali sarebbero piuttosto (e semplicemente) assimilate ad una peculiare tecnica legislativa di costruzione di una fattispecie aperta e "intenzionalmente indeterminata"⁷¹; proprio nell'intenzionalità dell'indeterminatezza, quindi, risiederebbe secondo questa opinione la cifra qualificante delle clausole generali.

Invero, non sembra che l'elasticità o l'indeterminatezza quale espressione della *voluntas legis* possano offrire un valido argomento per discernere una clausola generale da altri concetti ad essa affini; discorso analogo vale per la ritenuta differenza quantitativa dell'indeterminatezza richiamata, riferendosi più genericamente ad un criterio discretivo rispetto alla maggioranza delle norme giuridiche⁷².

Coerentemente con la ricostruzione delle clausole generali cui s'è evidenziato di aderire, esse hanno differenze funzionali e strutturali di rilievo rispetto alle norme generali.

Queste ultime, infatti, rappresentano una fattispecie già completa, non delegano all'interprete il compito di formarla o di operare una "sussunzione rovesciata"; piuttosto, i casi contemplati astrattamente sono definiti in maniera non dettagliata, ma "mediante una categoria riassuntiva", sicché "il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e strategie di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera"⁷³. La fattispecie è dunque previamente determinata dal legislatore: lo sforzo dell'interprete consisterà nell'estrinsecazione dei casi concreti in essa sussumibili e non in un intervento nomopoietico. Tale invece è il compito che le clausole generali richiedono, mancando in radice in esse "un modello di decisione precostituito da una fattispecie

⁶⁹ Vedi però V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 9, secondo cui il significato delle clausole generali (definite come quei "termini o sintagmi di natura valutativa caratterizzati da indeterminatezza semantica diversa dalla vaghezza di grado, dalla vaghezza combinatoria e dall'ambiguità") è determinabile "facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, [sia] interni [che] esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti." L'a., in ogni caso, riconosce come per la dottrina maggioritaria il criterio di riferimento per riempire di significato le clausole generali è sempre esterno al diritto (ad esempio: la morale sociale), cioè non costituito da altre norme giuridiche.

⁷⁰ Riguardando essa ugualmente principi e norme generali.

⁷¹ Il riferimento è a S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 709 e ss. e in particolare p. 721.

⁷² M. BARCELLONA, *Clausola generale e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 59, ritenendo le clausole generali dei concetti-valvola idonei a rappresentare non già "criteri di decisione", bensì "tecniche di reperimento di criteri di decisione o indici sistemici intesi ad attivare procedimenti di tal fatta", se ben si comprende, individua una differenziazione dalla generalità delle norme giuridiche solo sotto il profilo dello sforzo analitico richiesto all'interprete.

⁷³ Così L. MENGONI, *op. cit.*, p. 9.

normativa astratta”⁷⁴, la cui determinazione è invece rimessa alla discrezionalità di chi interpreta. In tal caso, le norme sono quasi “incomplete, sfornite della struttura condizionale, [...] frammenti di norme prive di un proprio ambito normativo, destinate perciò a concretizzarsi – operando come una fonte ulteriore di rilevanza giuridica – negli ambiti normativi in cui sono inserite.”⁷⁵

L’integrazione valutativa che le clausole generali richiedono, pertanto, sostanziandosi in una “normazione delegata” fondata su giudizi di valore ma non su concetti eminentemente giuridici, comporta la necessità di differenziare le stesse, da un lato, con i concetti indeterminati o elastici *tout court*⁷⁶, privi di pregnanza assiologica ma anche della “delega normativa” all’interprete⁷⁷; dall’altro, con i concetti normativi, eventualmente anch’essi dotati di generalità, che sono connotati da giuridicità e rinvergono nello *ius positum* la loro indicazione interpretativa e applicativa.

In una prospettiva leggermente differenziata si pone chi individua il criterio discretivo tra clausole generali da un lato e norme generali o a fattispecie analitica dall’altro non tanto nella “presenza o meno dell’indeterminatezza o dell’integrazione valutativa [...] né tanto meno attorno ad una differenza meramente quantitativa” di quest’ultima, quanto piuttosto in una “differenza quantitativa dell’indeterminatezza”, che aumenterebbe nelle clausole

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Così F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, cit., p. 8, che individuano in una simile tecnica normativa non tanto ragioni di economia normativa, quanto un’oggettiva “inadeguatezza di una legislazione regolamentare che proceda per tipizzazione nel fronteggiare una società dal dinamismo crescente in cui diventa rilevante non tanto il momento dell’attribuzione del potere, quanto piuttosto la disciplina del suo esercizio.” Viene evidenziato, in proposito, il parere discordante di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 723, che individua il criterio distintivo tra norme generali e clausole generali in una “semplice ripartizione di competenza”, così ragionando: “non credo che si possa ricorrere ad una distinzione che veda, da un parte, fattispecie complete e, dall’altra, fattispecie incomplete, frammenti di norme bisognosi di integrazione, comprendendo in quest’ultima categoria proprio le clausole generali. Non si può scambiare la ripartizione di competenze, operata dalla norma strutturata in fattispecie aperta, con l’incompletezza della disciplina in essa contenuta.”

⁷⁶ Sul profilo della differenziazione tra concetti indeterminati e clausole generali, invero, C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, cit., p. 24, riconosce come essi, pur “distinguibili *ex latere legislatoris*, perdono la loro diversità nel momento dell’applicazione”, per via della sovrapposizione del piano linguistico e assiologico, che si contempera laddove uno è indeterminato e l’altro riceve una determinazione, e viceversa. Tuttavia la diversità è ineliminabile ove si consideri che, nell’ipotesi di una clausola generale, “il giudice concorre a formulare la norma, mentre nel caso di concetti indeterminati si limita a riscontrare il ricorrere nel fatto concreto dell’elemento (elastico) indicato nella fattispecie”.

⁷⁷ Secondo A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., pp. 539-540 essi sono “inadempimento grave”, licenziamento senza “giustificato motivo o giusta causa”. L’a. tuttavia riconosce, quale tratto che accomuna clausole generali e concetti elastici, il “forte grado di ‘indeterminatezza’, così come esse fanno uso di valutazioni e non di descrizioni di fatti”.

generali, nonché in una “differenza qualitativa dell’integrazione valutativa”: nelle clausole generali è rimessa a giudice l’intera costruzione della fattispecie⁷⁸.

In ogni caso, anche questa ricostruzione non può eliminare la precipua discrezionalità dell’interprete che non solo è maggiore, ma è anche di diversa natura nell’individuazione (*rectius*, nella formazione) della norma applicabile, allorquando, dinnanzi a una clausola generale, egli può rinvenire la regola da applicare anche esorbitando dall’*hortus conclusus* del diritto vigente.

Sulla base di questa distinzione, si ritengono fondate le critiche al noto pensiero di chi individuava una duplice accezione della clausola generale, ritenendola al contempo sinonimo di norma generale – idonea a descrivere sinteticamente la fattispecie – e concetto sottoposto a integrazione valutativa⁷⁹.

Così individuati il significato e la funzione delle clausole generali, nonché la loro differenza rispetto alle norme generali, può essere giustificata più adeguatamente la tesi secondo cui la norma di cui all’art. 2043 c.c., in particolare nel sintagma del “danno ingiusto”, può essere considerata una norma a portata generale, ma non una clausola generale⁸⁰. Essa infatti non contiene alcuna delega all’interprete per la “creazione della fattispecie”, né tantomeno presenta un concetto elastico da riempire di significato facendo ricorso a criteri assiologici extralegali.

Vero è che nella nozione di “danno ingiusto” potranno essere sussunte molte fattispecie⁸¹: ciò comporta sì una certa ampiezza ed elasticità della formula, ma non un rovesciamento del meccanismo ermeneutico. L’aggettivo ingiusto, infatti, “rinvia a una valutazione già

⁷⁸ La tesi è sostenuta da F. FORCELLINI, A. IULIANI, *op. ult. cit.*, p. 9, che anche tra “norme generali” e “norme a fattispecie analitica” individuano una certa indeterminatezza e necessità di integrazione valutativa, considerandole però limitate al piano quantitativo (“e dunque, il passaggio dalla norma a fattispecie analitica alla norma generale integra effettivamente un maggiore margine di indeterminatezza e un maggiore margine di discrezionalità”).

⁷⁹ Il riferimento è a K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970. La sua costruzione teorica è stata criticata da C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, *cit.*, p. 103, che ha ritenuto le suddette accezioni tra loro inconciliabili e recanti il rischio “di compromettere la stessa utilizzabilità della categoria”, auspicando piuttosto un riferimento certo alla dottrina prevalente, che riteneva e ritiene il *proprium* della clausole generali non già la sola elevata generalità, ma l’integrazione valutativa secondo l’impostazione teorica di cui si già dato atto. Aderiscono alla tesi della commistione concettuale tra clausola generale e norma generale F. FORCELLINI, A. IULIANI, *op. cit.*, 8.

⁸⁰ Di questo avviso è autorevole dottrina: cfr. S. PATTI, *op. cit.*, pp. 80-81; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1212; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, *cit.*, p. 10; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 133 e ss.; F. FORCELLINI, A. IULIANI, *op. cit.*, p. 9.

⁸¹ Vedi S. PATTI, *op. cit.*, pp. 80-81: “una norma generale, come [l’art. 2043 c.c., *n.d.r.*], non si può porre sullo stesso piano di clausole generali, ad esempio, di quella in tema di buona fede: la norma generale abbraccia molte fattispecie ma non presenta i caratteri di indeterminatezza e di elasticità propri della clausola generale.”

fatta dal legislatore, e perciò non rimessa al giudice⁸² sotto il profilo dell'individuazione e della perimetrazione dell'interesse meritevole di tutela giuridica⁸³.

Tali considerazioni sono una diretta conseguenza dell'inquadramento "a tipicità variabile"⁸⁴ del sistema dell'illecito civile, che consente il pieno rispetto dei "reciproci ambiti di competenza tra sistema legislativo e sistema giudiziario"⁸⁵. Ritenere diversamente, si osserva, "significa rimettere al giudice il compito di attribuire rilevanza giuridica ad interessi in conflitto non ancora riconosciuti, neppure indirettamente, dall'ordinamento, mediante una loro valutazione comparativa fondata su gerarchie di valori desumibili dal diritto positivo che è, di fatto, di per sé esaustiva"⁸⁶.

La "valutazione comparativa" degli interessi in gioco, per riconoscere se quello del danneggiato sia peggiore rispetto a quello del danneggiante, dovrà essere fondata non già su una clausola che lasci (presupponendo l'integrazione valutativa) libero l'interprete di selezionare quello che egli ritiene più meritevole, ma sull'individuazione di una situazione giuridica già "consacrata" dall'ordinamento; all'interno di quest'ultimo il suddetto interprete dovrà trovarla ed esplicitarla, essendo la stessa già "abbracciata" dalla norma generale che ne contempla astrattamente la tutela risarcitoria⁸⁷.

Non può dunque essere più condivisa la posizione di chi ha ritenuto l'ingiustizia del danno – in un periodo in cui la stessa era intesa come necessaria lesione di un diritto soggettivo assoluto – stretta in un rapporto di interdipendenza con il dovere costituzionale di solidarietà (artt. 2 e 41, II comma, Cost.), considerandola in tal modo funzionale a

⁸² Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 10. L'a. precisa che in ciò risiederebbe la distinzione tra l'art. 2043 c.c. e il suo diretto antenato, ovvero l'art. 1151 del codice civile del 1865, che invece conteneva una clausola generale, indicando un danno privo di connotazioni e in tal modo implicando una "valutazione del giudice al fine di distinguere il danno giuridicamente rilevante e perciò risarcibile da quello non rilevante e non risarcibile". Diversamente, nell'art. 2043 il legislatore del 1942 ha aggiunto al danno l'aggettivo ingiusto: tale connotazione deve essere ricavata dal giudicante all'interno dell'ordinamento "nel suo complesso[, così da] fissare la linea di confine tra rilevanza e irrilevanza del danno ai fini della risarcibilità."

⁸³ Per C. SALVI, *op. cit.*, p. 1212, manca una norma primaria con "integrazione avvalorata", quale caratteristica tipica e ineludibile della clausola generale.

⁸⁴ Vedi nota 42. Cfr. anche S. PATTI, *cit.*, p. 80 sostiene che l'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c. "non presenta il carattere della «atipicità», almeno nel senso comunemente accolto."

⁸⁵ Così F. FORCELLINI, A. IULIANI, *op. cit.*, p. 5, la giustificazione dell'assunto si basa sul fatto che "l'uno [è] deputato alla produzione delle norme e l'altro alla sua applicazione, seppure in un'accezione che non appiattisce l'interpretazione sulla mera sussunzione." Osserva l'a., in proposito, come dall'inquadramento dell'art. 2043 c.c. in termini di norma o di clausola generale "discendono rappresentazioni contrapposte del ruolo e dei rapporti tra i pubblici poteri."

⁸⁶ *Ivi*, p. 6.

⁸⁷ *Ivi*, p. 12, ritengono condivisibilmente in proposito che "i riferimenti alla giustizia, nei sintagmi che la contengono 'danno ingiusto' 'giusta causa', assumono dunque, più correttamente, una portata infrasistemica e valgono come semplici predicati qualificatori di un fatto in funzione riassuntiva di valutazioni già compiute da parte dell'ordinamento."

selezionare le situazioni giuridiche soggettive la cui lesione è collegata alla violazione del principio-dovere suddetto⁸⁸. Verificando la lesione di un interesse in maniera correlata a quella della solidarietà sociale, non poteva che qualificarsi l'ingiustizia come clausola generale⁸⁹. Qualificazione, questa, che è stata sostenuta anche sganciandola dal principio di solidarietà, soprattutto dalla dottrina meno recente⁹⁰.

⁸⁸ Il riferimento è a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 76 e ss. e p. 193 e ss., in particolare p. 195 e p. 201.

⁸⁹ Proprio a Rodotà (*Ivi*, p. 195 e ss.) si deve la pionieristica – e poco condivisibile, secondo l'impostazione cui si aderisce in questa sede – qualificazione dell'ingiustizia del danno come clausola generale, che si paleserebbe secondo l'a. "come manifestazione del principio di solidarietà". Egli distingue la rilevanza di una situazione giuridica dalla "possibilità di qualificare ingiusta una sua eventuale lesione" (p. 201). Un tale approccio, tuttavia, considera la rilevanza di una situazione giuridica e del danno alla stessa arrecato ancora prima della qualificazione di ingiustizia, *rectius*, quasi a prescindere da questa; il che sarebbe *a contrario* confermato dalla tendenza a confondere l'elemento soggettivo e quello oggettivo della responsabilità civile, là dove si ritiene necessario procedere ad un'analisi della situazione giuridica e accertare la sussistenza dell'ingiustizia solo dopo aver verificato una certa "correlatività" tra interesse leso e comportamento lesivo. Critici alla ricostruzione di Rodotà sono anche F. FORCELLINI, A. IULIANI, *op. cit.*, p. 12, che ritengono contraddittorio assumere "l'esistenza di una clausola generale che è destinata a concretizzarsi necessariamente attraverso la lesione di una situazione giuridica predeterminata; così il presunto «rapporto dialettico» che si instaurerebbe tra la solidarietà e l'ingiustizia diverrebbe del tutto pleonastico e la clausola generale, più propriamente dovrebbe essere considerata una norma generale."

⁹⁰ Cfr., su tutti, G. ALPA *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 259 e ss.; più di recente, è stato autorevolmente sostenuto da M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 206, che mentre in una norma elastica l'esistenza del diritto c'è già e rimessa all'interprete è soltanto la determinazione della sua ampiezza, non così avviene per l'art. 2043 c.c., quale clausola generale avente carattere più indeterminato, con conseguente possibilità di creare diritti autonomi da una stretta previsione legale. Invero, l'a. precisa successivamente (*Ivi*, p. 879) che è stato necessario comunque "stabilire i limiti di questa clausola generale, per evitare che qualsiasi pregiudizio economico desse ingresso alla responsabilità civile", con ciò mostrando di aderire alla tesi sull'ingiustizia del danno non come mera diminuzione patrimoniale, bensì come lesione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela. Il che farebbe propendere per una sua preferenza per la perimetrazione (per quanto elastica e non specifica) dei confini del danno risarcibile, individuati proprio dalla (previa) normativizzazione dell'interesse protetto (non rilevante se ed in quanto "di mero fatto"; l'a. richiama in proposito F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 84 e ss.). Sembrerebbe, dunque, se ben si comprende, che il richiamo alla clausola generale sia giustificato più dalla definitiva affermazione del superamento della risarcibilità del solo diritto soggettivo, piuttosto che dall'adesione alla tesi dell'integrazione valutativa quale operazione creatrice di fattispecie. Ma tra una tipizzazione rigida degli illeciti e una "delega in bianco" all'interprete per la creazione degli stessi secondo parametri (addirittura) extralegali c'è in mezzo una serie di altre prospettive percorribili, tra cui appunto quella della norma generale come fattispecie già individuata dal legislatore pur con criteri elastici: di questo avviso C. CASTRONOVO, *Danno biologico senza miti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 31 e ss., citato da F. FORCELLINI, A. IULIANI, *op. cit.*, p. 12, in cui si potrebbe rinvenire un'altra giustificazione della sovrapposizione tra norme generali e clausole generali, con i contorni delle stesse non intesi nei termini così differenziati come quelli sin qui espressi, nelle esigenze della concretizzazione, al momento della quale i confini non troppo netti tra gli istituti tendono a sfumare ulteriormente. Così, è indifferentemente ricondotto nell'alveo della clausola generale tanto "il profilo della specificazione del significato della categoria riassuntiva nel caso concreto, nell'accezione di norma generale"; quanto "quello della trasformazione del valore nella regola di decisione, nell'accezione di clausola generale in senso stretto." Si giunge così, stando a quanto autorevolmente argomentato da C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., p. 24, a quel "momento dell'applicazione" in cui concetti indeterminati (*id est* norme generali) e clausole generali "perdono la loro diversità". Tornano così gli echi di quell'accezione ambivalente (e ambigua) di clausola generale così come affermata da English (vedi nota 79).

In ogni caso, due in particolare sembrano gli argomenti più incisivi che inducono a ritenere l'art. 2043 c.c. una norma a portata generale e non una clausola generale.

Innanzitutto l'assenza di una necessaria integrazione valutativa con ricorso ad elementi extralegali, vale a dire la mancata possibilità per il giudice di "arricchire l'ordinamento giuridico" utilizzando "parametri provenienti da sistemi di regole e valori *non* giuridici"⁹¹.

In secondo luogo, l'estensione del requisito dell'ingiustizia anche alle lesioni di situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela diverse dai diritti *tout court* non ha comportato (e non comporta tuttora) la "creazione" di fattispecie nuove come frutto di una "delega in bianco" del legislatore al giudice; si tratta di due fenomeni tra loro distinti. Il primo ha rappresentato piuttosto (e più semplicemente) un processo di evoluzione ermeneutica in termini di ampliamento della sfera di sussumibilità di diverse situazioni giuridiche soggettive nell'alveo della norma già data. Si sarebbe verificato un meccanismo di adattamento (quale riconoscimento) degli effetti risarcitori (anche) in situazioni di fatto in cui era riscontrabile una lesione non necessariamente avente ad oggetto un diritto soggettivo.

Accanto e in diretta connessione con il carattere generale dell'art. 2043 c.c. si pone la sua residualità applicativa: "se non trova applicazione nessun altro criterio di imputazione della responsabilità, si applica quello fondato sulla colpa"⁹².

3.3. Il dubbio dell'influenza sulla responsabilità da cose dell'art. 2043 c.c.

Chiariti questi aspetti di non poco momento, rimane un ulteriore dubbio dai risvolti pratici evidenti, riguardante il rapporto tra l'art. 2043 c.c. e le altre ipotesi di responsabilità: si tratta della questione dell'uguaglianza o meno del criterio d'imputazione e della natura della fattispecie⁹³, che in buona sostanza si traduce nella domanda se e quali siano gli

⁹¹ Così si esprime S. PATTI, *cit.*, p. 52, definendo la funzione precipua della clausola generale. Il corsivo della negazione è nostro.

⁹² Così M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 397. È interessante osservare come l'a. associ la residualità (considerandola diretta derivazione) al carattere generale della colpa, che egli ritiene elemento normativo elastico e non clausola generale; diversamente da quanto sostenuto per il danno ingiusto.

⁹³ Osserva in proposito P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva, cit.*, p. 2: "Il fatto è che, nonostante certe dichiarazioni della Relazione al Codice, – la cui forza è peraltro attenuata dal confronto con la perplessità di altri passi in essa contenuti – il principio della responsabilità senza colpa viene realizzato da numerose norme. I redattori del Codice del 1942 avrebbero potuto realizzare consapevolmente un sistema chiaro, compiuto e coerente di responsabilità per rischio, valendosi dei risultati di numerose esperienze giuridiche straniere e di un travaglio scientifico al quale non erano mancati l'adesione e il contributo di autorevoli giuristi italiani; non lo hanno fatto, ma neppure hanno realizzato integralmente il principio secondo il quale la colpa è presupposto necessario dell'obbligo di risarcire il danno, bandendo ogni forma di responsabilità oggettiva."

elementi strutturali del primo che debbano considerarsi requisiti essenziali anche per le altre ipotesi di responsabilità aquiliana.

Essi sono il fatto, l'elemento soggettivo del dolo o, alternativamente, della colpa, l'imputabilità del fatto al soggetto che lo ha commesso, la produzione di un danno ingiusto⁹⁴, il nesso di causalità tra fatto e danno.

Quanto all'analisi della disposizione oggetto d'indagine e alla sua collocazione nel più ampio sistema della responsabilità civile, la Relazione al Codice del Ministro Guardasigilli apre a diversi percorsi interpretativi e non fornisce indicazione alcuna sul dubbio appena sollevato. Si legge, infatti, al n. 794 della suddetta Relazione: *“la responsabilità inerente alla relazione del soggetto con cose o animali (artt. 2051-2052) riceve particolare disciplina. Non preme tanto di esporre le varie giustificazioni che essa può avere, per scegliere quella che sembra meglio persuasiva, quanto di rilevare che, nel caso in esame, non può ritenersi operante il principio della pura causalità. Infatti, anche quella dottrina, che, nel caso di danno di cose o animali, riteneva di potere parlare di responsabilità obiettiva, ammetteva come prova liberatoria il caso fortuito, il fatto di un terzo del quale si debba rispondere e la colpa dello stesso danneggiato”*.

Le indicazioni utili, da usare come autorevoli criteri di partenza per l'analisi del dato testuale, sono riassumibili in questi termini: è stata elaborata una disciplina apposita per questa fattispecie⁹⁵; non ci si è sbilanciati nell'indicazione del criterio d'imputazione, ma l'esclusione del criterio della “pura causalità”⁹⁶ non è affatto una perifrasi per ritenere per ciò solo operante il criterio della colpa. Non è esclusa la possibilità dell'operare della responsabilità oggettiva, che è cosa ben diversa da un accertamento basato sul mero nesso eziologico, perché presuppone l'esistenza di un criterio d'imputazione che consenta d'individuare il soggetto ritenuto responsabile secondo le scelte dell'ordinamento giuridico, basate sulla meritevolezza e sull'esigenza di tutela di determinati interessi.

⁹⁴ Per le considerazioni sul rapporto tra ingiustizia e anti-giuridicità, cioè tra danno *non iure* e *contra ius*, si veda quanto osservato in precedenza, al par. 3.1 (nota 47 in particolare).

⁹⁵ Prova ne è l'introduzione della prova liberatoria del fortuito, suggerita dalle “spinte” giurisprudenziali e non presente nella vecchia formulazione.

⁹⁶ Cfr. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 16, fermo sostenitore della teoria del rischio d'impresa, che esprimeva in questi termini le proprie riserve sulla mera causalità: “la teoria della responsabilità per mera causalità appare dunque ampiamente indeterminata. Né si potrebbe determinarla finché non siano indicate le ragioni di utilità sociale che la giustificano. E qui si manifesta il difetto fondamentale di questa teoria. A sostegno di essa non si propongono che vaghe dichiarazioni secondo le quali essa risponderebbe ad un'esigenza di giustizia. [...] Comunque è certo che questa teoria non è compatibile con il nostro ordinamento positivo.”

Elementi innovativi, criterio d'imputazione, fondamento della responsabilità, rapporti con la figura generale d'illecito ex art. 2043 c.c.: sono tutte questioni che solo un'attenta analisi della struttura della fattispecie considerata potrà contribuire a fornire.

SEZIONE II
GLI ELEMENTI COSTITUTIVI
DELLA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 2051 C.C.

1. Il danno.

La responsabilità del custode⁹⁷ è effetto giuridico condizionato⁹⁸ al verificarsi di un particolare fatto, ovverosia il danno prodotto dalla cosa. Scegliendo di prendere le mosse per l'analisi della norma in questione dalla proposizione condizionante (*id est* il fatto), il primo dato strutturale che essa presenta è il danno.

Dalle condizioni di rilevanza giuridica di questo elemento dipendono l'*an* e il *quantum* dell'obbligo risarcitorio del custode.

Occorre pertanto porsi alcuni interrogativi.

Preliminarmente, bisogna chiedersi cosa sia il danno; dovrà inoltre essere correttamente inquadrato nella categoria più adeguata della fenomenologia giuridica; infine si proverà a definirne i rapporti di affinità-divergenza rispetto all'elemento "danno ingiusto" contenuto nell'art. 2043 c.c.

1.1. Una prima definizione di danno.

Quanto alla prima questione, si osservi che danno è un'indubbia lesione di un interesse, la cui meritevolezza determina la scelta del legislatore di prevedere effetti risarcitori al fine di ripararlo.

Danno, tuttavia, è anche conseguenza negativa che incide sulla sfera patrimoniale e/o personale di un soggetto, determinandone un decremento, una diminuzione, un depauperamento.

⁹⁷ S. PUGLIATTI, *Sulla responsabilità in generale*, cit. p. 402, scrive a tal proposito che "il principio di responsabilità rivela la profonda realtà dell'azione umana che supera lo stesso soggetto [...ed] afferma due verità. [1]) Le conseguenze dell'azione risalgono all'agente. [2]) L'azione non è finita fintanto che rimangono conseguenze ancora aperte di essa e variazioni in atto dell'esperienza concreta." L'a. sembra qui riferirsi alla struttura circolare del ciclo normativo: il fatto innesca lo scaturire dell'effetto giuridico e modifica uno stato iniziale di libertà dei soggetti. Quest'ultimo non può essere nuovamente ripristinato finché l'effetto sorto non abbia trovato definitiva attuazione.

⁹⁸ L'approccio di teoria generale adottato sulla struttura della norma è quello di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, cit. p. 96 e ss., secondo cui l'effetto – contenuto nella proposizione condizionata di un periodo ipotetico – è un valore giuridico condizionato al verificarsi di un determinato fatto – contenuto in una proposizione condizionante – dotato di una certa rilevanza secondo l'ordinamento.

La doppia accezione di danno, appena riscontrata, è in stretto collegamento con il tema della causalità giuridica, nonché con la definizione di danno ingiusto contenuta nell'art. 2043 c.c.; analizzeremo a breve⁹⁹ questo ulteriore elemento normativo, così da meglio chiarire le differenze e l'utilità pratica della differenziazione tra il c.d. danno-evento e il danno-conseguenza. Per adesso, è opportuno porre l'attenzione sull'idea di lesione di un interesse. Se l'ordinamento reagisce a questa lesione, evidentemente l'interesse è ritenuto meritevole di tutela.

È utile considerare, a questo punto, come la lesione di un interesse non sia altro che l'esatto opposto della realizzazione dello stesso. Per l'ordinamento giuridico, ciò che realizza un interesse è un bene. Al contrario, ciò che non realizza, ma lede un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, è un danno¹⁰⁰.

1.2. Inquadramento nella fenomenologia giuridica.

Veniamo ora alla seconda questione, quella cioè dell'inquadramento del danno all'interno della fenomenologia giuridica.

Esso deve infatti assumere rilevanza giuridica per poter "entrare" nel mondo del diritto.

Da cosa nasce la lesione di un interesse nella fattispecie di danno da cose in custodia? Secondo l'impostazione quadripartita della fenomenologia giuridica¹⁰¹, si tratta di un fatto. Difatti, trattando gli altri elementi costitutivi¹⁰² si avrà modo di meglio giustificare ciò che, già da una prima lettura della disposizione, si manifesta come evidenza: all'origine del danno non c'è un atto umano, ma un "fatto delle cose".

Non sembra potersi ricondurre questa ipotesi di responsabilità ad un comportamento dell'uomo: qui "l'obbligato al risarcimento risponde non già in conseguenza di un suo atto, che addirittura manca"¹⁰³.

⁹⁹ par. 1.3 in questa Sezione.

¹⁰⁰ Bene e danno sono pertanto una coppia di opposti, per come si avrà modo di chiarire meglio al paragrafo successivo, allorquando si approfondirà la nozione di cosa.

¹⁰¹ Tale impostazione è ricostruita da A. FALZEA, *Ricerche, cit.*, p. 89 e ss. L'a. precisa che la fenomenologia giuridica altro non è che "la fenomenologia del mondo reale, visto *sub specie iuris*". Spazio e tempo condizionano la considerazione del mondo reale e portano a classificare l'esistente, secondo le categorie giuridiche, in fatti-atti e oggetti-soggetti. L'atto non è che una *species* del *genus* fatto, mentre il soggetto non è che una *species* del *genus* oggetto. Ma "proprio perché il mondo del diritto è un mondo di valori umani, gli atti sono i più importanti tra i fatti, così come i soggetti degli oggetti. "Soggetti oggetti atti fatti costituiscono il quadriminio fondamentale della fenomenologia giuridica"; si tratta di una rivisitazione in chiave moderna dell'antica tripartizione classica, che si deve a Gaio, tra *personae, res, actiones*.

¹⁰² Trova conferma, in tal senso, quanto affermato nella premesse metodologiche. Pur essendo necessario trattare ogni singolo elemento strutturale della fattispecie, ad ogni tentativo di argomentazione emergono le continue e reciproche influenze tra l'uno e l'altro. Questi paragrafi risentono pertanto della necessità di continui richiami e rimandi a quanto sostenuto altrove.

Si può così individuare un primo, notevole elemento differenziale rispetto all'ipotesi principale di responsabilità aquiliana: “nell'art. 2043 c.c. viene in rilievo il fatto (doloso o colposo) [quindi l'atto, *rectius*, il comportamento, *n.d.r.*] dell'uomo, mentre nell'art. 2051 c.c. soltanto il fatto della cosa”¹⁰⁴.

Ciò non comporta alcuno stravolgimento del settore dell'illecito aquiliano; anzi, emerge la scelta del legislatore di prevedere specifici effetti risarcitori anche in ipotesi di danni non necessariamente derivanti da atti umani, nella consapevolezza che le relazioni prodotte dalla società attuale mettono spesso in contatto con conseguenze dannose non solo soggetti (persone) tra loro, ma anche persone e oggetti (cose).

Secondo una tesi opposta¹⁰⁵, essendo l'art. 2051 c.c. un'ipotesi di responsabilità indiretta, un fatto dell'uomo non può mai mancare, configurandosi in questo caso, quale “omissione di sorveglianza”¹⁰⁶.

Tuttavia, non vi è alcun ostacolo logico-giuridico a ritenere fondata la tesi per cui il fatto “che un soggetto è giuridicamente responsabile non sempre corrisponde a dire che egli è stato l'autore del danno che è chiamato a risarcire”¹⁰⁷.

È dunque un fatto della cosa alla base del danno risarcibile ex art. 2051 c.c.: tale fatto deve essere rilevante per il diritto¹⁰⁸, in quanto lesivo di un interesse¹⁰⁹ ritenuto meritevole di tutela e non deve necessariamente promanare dall'uomo. Oltre al danneggiato, v'è un soggetto che invero non ha posto in essere alcuna condotta, né ha scelto di agire-non

¹⁰³ Così R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 172, il quale osserva che, negli artt. 2047 e ss. c.c. si è fatti responsabili “per la relazione in cui di volta io volta del si trova con un'altra persona, che è l'autore del danno; o perché organizza una certa attività; o di nuovo in quanto dispone della cosa, dell'animale, ecc.”.

¹⁰⁴ Così G.G. GRECO, *Responsabilità da cose in custodia della struttura alberghiera; rilevanza del rapporto di causalità ed onere della prova*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 3, 575.

¹⁰⁵ Già sostenuta A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 70.

¹⁰⁶ Aggiunge A. DE CUPIS, *ivi*, p. 71, che “è evidente trattarsi di un danno che le cose producono, in quanto il soggetto che le ha in custodia omette le misure necessarie affinché esso non si verifichi, cosicché, in definitiva, causa di esso non è la cosa ma il comportamento umano negativo”.

¹⁰⁷ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 71.

¹⁰⁸ Un fatto (naturale), come può essere irrilevante per il diritto (si pensi ad uno tsunami in una zona remota dell'oceano che travolga la vegetazione di un atollo sperduto), così può diventare rilevante quando “tocca”, ledendolo, un interesse meritevole di un soggetto del diritto (ad es., il fulmine in mezzo all'oceano che colpisca una nave, innescando il meccanismo di salvataggio di equipaggio, passeggeri e beni, con tutta l'attività e il dispendio di risorse economiche che ciò comporta).

¹⁰⁹ Osserva a tal proposito S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 74: “in altri termini, l'attribuzione della responsabilità in senso giuridico non consiste nella mera riproduzione di un dato effettuale, ma nella imputazione del danno sulla base di una valutazione comparativa degli interessi”.

agire¹¹⁰; tuttavia, a lui si attribuisce l'obbligo di risarcire le conseguenze dannose prodotte, sulla base di un determinato criterio d'imputazione.

L'attenzione, pertanto, non può concentrarsi sulla questione dell'illiceità, per i motivi di cui si è detto *supra*; piuttosto, essa si sposta sull'ingiustizia del danno.

1.3. Rapporti con il “danno ingiusto” di cui all’art. 2043 c.c.

Le osservazioni poc'anzi svolte ci conducono alla terza questione, relativa al rapporto tra il danno previsto dall'art. 2051 c.c. e quello “ingiusto”, così come qualificato nell'ipotesi d'apertura della disciplina codicistica della responsabilità aquiliana e di cui ci siamo occupati poc'anzi.

L'interrogativo su cui soffermarsi è perché nell'articolo citato non si parli di danno ingiusto – come nell'ipotesi ex art. 2043 c.c. – ma ci si riferisca più semplicemente al (solo) danno.

Naturalmente, non si può sostenere che il danno cui fa riferimento l'art. 2051 c.c. non deve intendersi come lesione di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento; diversamente, ci troveremmo di fronte ad una grave incongruenza sistemica.

Chi sostiene che la fattispecie d'apertura sull'illecito aquiliano contiene la previsione di tutti gli elementi strutturali che, ove non derogati da previsioni espresse in altre tipologie di responsabilità extracontrattuale, devono intendersi sussistenti quali elementi costitutivi anche delle altre fattispecie di responsabilità¹¹¹, sosterrà agevolmente che l'ingiustizia è qualificazione necessaria del danno anche nell'ipotesi di cui all'art. 2051 c.c.: pertanto, anche nella responsabilità per danno da cose in custodia dovrà fornirsi prova dell'ingiustizia del danno. Non è necessario provare la condotta colpevole del custode, ma non l'ingiustizia del danno¹¹².

¹¹⁰ *Ibidem*: “questa forma di attribuzione giuridica di un obbligo ad un soggetto non è necessariamente condizionata dall'esistenza, nel soggetto stesso, di una libertà di scelta: tale questione si porrebbe solo quando si volesse risolvere il problema intorno a chi sia effettivamente autore di un determinato fatto, non già quando si vuol più semplicemente far carico a qualcuno dell'obbligo di risarcire le conseguenze dannose.”

¹¹¹ *Ivi*, pp. 178-179. L'a., nella parte del lavoro dedicata proprio al danno da cose in custodia, osserva che l'art. 2043 c.c. è “la più completa di tutte [le norme, n.d.r.], poiché indica tutti gli elementi dell'illecito.” A tale considerazione aggiunge che può sorgere il dubbio, in virtù di quanto appena sostenuto, che per le altre norme “che non richiedono la colpa, previste anche in leggi speciali essa [cioè la colpevolezza n.d.r.] resti la regola, mentre la preposizione (art. 2049 c.c.), l'esercizio di un'attività pericolosa (art. 2050 c.c.), la custodia (art. 2051 c.c.), la proprietà (art. 2052 c.c.), la circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.) costituiscano le eccezioni.”

¹¹² In questo senso, G.G. GRECO, *Responsabilità da cose in custodia della struttura alberghiera; rilevanza del rapporto di causalità ed onere della prova*, cit., p. 580, riprendendo quanto statuito dalla decisione in commento, osserva come “i giudici di legittimità, nello sposare l'interpretazione in termini oggettivi della

Secondo un'ulteriore impostazione, l'interprete dovrà accertare solo la sussistenza del danno conseguenza ed in relazione a ciò determinare l'*an* e il *quantum* risarcitorio¹¹³; ciò non comporta, tuttavia, la mancanza di rilievo della prima accezione di danno, dal momento che anche nell'ipotesi in esame non può darsi risarcimento ove manchi la lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento. Solo che si ritiene sussistere per questa ipotesi "una sorta di naturale tipicità *in re ipsa* del danno"¹¹⁴: vengono valutate le sole conseguenze dannose ritenute causalmente riconducibili al fatto della cosa ed identificabili nelle lesioni a persone e/o a cose, sulla base dell'idea per cui l'ordinamento avrebbe già effettuato *ex ante* la scelta di meritevolezza e di preminenza dell'interesse del (potenziale) danneggiato rispetto al custode della cosa. In altri termini, il fatto di una cosa che arrechi un danno alla persona o al patrimonio è ritenuto *ex se* lesivo di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, in quanto la possibile relazione che s'instaura viene previamente configurata quale ipotesi di danno-evento. Quest'ultima accezione di danno – che costituisce in realtà la prima, necessaria ma non sufficiente, nel giudizio sull'ingiustizia dello stesso ex art. 2043 cc. – viene così non già elisa, bensì solo considerata implicitamente sussistente: il "contatto sociale" che si crea viene ricondotto quasi ad un "inadempimento [...] che va oltre il tipico rapporto obbligatorio", in un osmotico travalicamento "della rigida griglia concettuale ricavabile da un esame topografico delle fattispecie"¹¹⁵. La responsabilità civile, in questo caso, viene a considerarsi unitariamente: il concetto di inadempimento, tipico della responsabilità contrattuale, viene mutuato per giustificare l'operare di una fattispecie di responsabilità aquiliana.

Questa tesi ha il pregio di fornire una giustificazione e un'interpretazione dogmaticamente coerente del concetto di danno di cui all'art. 2051 c.c.¹¹⁶, senza sminuire la qualificazione

responsabilità de qua, evidenziano di conseguenza che - ai fini del risarcimento del danno - l'attore danneggiato deve semplicemente fornire la prova del nesso causale fra la cosa custodita e l'evento, ossia la derivazione del danno dal fatto della cosa, oltre, ovviamente, al fatto costitutivo ed all'ingiustizia del danno, senza necessità di provare altresì - come richiederebbe, invece, l'azione di danni ex art. 2043 c.c. - la condotta (colpevole) del custode produttrice del danno."

¹¹³ La tesi è rinvenibile in A. GORASSINI, F. TESCIONE, *Per un quasi commento sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 255. Essa è formulata con riferimento esplicito all'ipotesi di responsabilità per esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.), ma ritenuta valida anche per la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.

¹¹⁴ *Ibidem*, riprendendo e riformulando la tesi di F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale - Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 255.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Un'interpretazione simile, ma con sfumature diverse, è sostenuta da M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 38, secondo il quale l'ordinamento non compie una valutazione *in re ipsa* del danno evento, ma individua il danno evento nello stesso fatto della cosa che si verifichi. La prova di tale assunto, secondo l'a., risiede nella

d'ingiustizia, che fornisce al sistema la chiave per l'operazione di selezione degli interessi, tramite la valutazione delle situazioni giuridiche in gioco¹¹⁷.

Il danno cui si riferisce l'art. 2051 c.c., in definitiva, non diverge strutturalmente dal danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c.; la differenza tra i due risiede in ciò che nell'ipotesi di responsabilità da cose in custodia l'interprete potrà limitarsi ad accertare le conseguenze dannose prodottesi per il fatto della cosa, dando per assunto il danno evento inteso quale lesione di un interesse meritevole di tutela; è l'ordinamento stesso che ha già effettuato questa operazione (di pre-selezione degli interessi) nella previsione della fattispecie.

Costituiranno il danno, pertanto, quelle conseguenze pregiudizievoli che incidono sulla sfera personale e patrimoniale di un soggetto, determinate dal fatto prodotto dalla cosa in custodia.

Agli elementi costitutivi di tale fatto occorrerà adesso volgere l'attenzione, prendendo le mosse dalla cosa, che è alla base del fatto stesso¹¹⁸, quindi degli effetti risarcitori condizionati al suo verificarsi.

2. La nozione di cosa.

Il danno da risarcire e di cui rispondere nella fattispecie di responsabilità ex art. 2051 c.c. deve essere "prodotto dalle cose". La nozione di cosa, pertanto, è fondamentale ai fini dell'inquadramento dell'intera struttura normativa considerata, dal momento che essa "produce" il danno.

Nel tentativo di individuarne le caratteristiche, occorre prendere avvio da quanto è desumibile dalla lettera della disposizione codicistica, ovvero sia la circostanza per la quale

circostanza per cui "nelle figure di responsabilità oggettiva, spesso manca una vera e propria azione (artt. 2051, 2052, 2053, 2054, comma 4°, c.c.): un certo evento è imputato ad un responsabile solo per effetto della relazione che questi ha con la cosa fonte di danno (ad esempio: il custode) [...], a prescindere da una sua azione colposa." Egli infatti prosegue asserendo che "la nozione di "fatto" fonte di responsabilità comprende anche l'evento, quale risultato dell'azione lesiva, oppure quale modificazione esteriore riconducibile ad un soggetto per altra via: la custodia, la proprietà, l'esercizio di un'attività pericolosa, la preposizione, la messa in circolazione di un prodotto difettoso e così via." Altra prova che egli ritiene confermare la validità teorica di quanto sostiene, risiederebbe in ciò che "la nozione di "fatto" comprensiva tanto dell'azione, quanto dell'evento dannoso, ben si coordina con la medesima nozione contenuta nell'art. 2947, comma 1°, c.c. in tema di prescrizione."

¹¹⁷ L'operare in concreto del meccanismo risarcitorio della fattispecie di danno da cose in custodia e l'analisi dei casi pratici che si svolgerà *infra* (Cap. IV) consentirà di confermarne la validità.

¹¹⁸ Da cui, secondo S. RODOTÀ, *Il problema, cit.*, p. 151, è sempre "necessario [...] prendere le mosse".

la cosa deve porsi quale causa efficiente dell'evento produttivo di effetti dannosi e, di conseguenza, risarcitori.

L'interprete, posto dinnanzi al compito di esaminare una fattispecie concreta ed interpretare l'art. 2051 c.c. al fine di verificare la sussumibilità della prima nell'alveo del secondo, dovrà pertanto analizzare i fatti giuridicamente rilevanti chiedendosi preliminarmente "se la partecipazione della cosa possa ritenersi causalmente idonea a fondare la responsabilità del custode per i danni da essa derivati, oppure se essa abbia costituito il semplice mezzo del quale si è servita un'autonoma azione pregiudizievole, di per sé capace di produrre il danno"¹¹⁹.

La risposta all'interrogativo se la cosa sia stata causa efficiente del danno, producendolo direttamente, ovvero debba essere declassata a mera occasione dello stesso, presuppone a sua volta la necessità di chiarire quali caratteristiche debba avere l'elemento normativo in esame, quindi di tentarne una prima definizione, sia pur di massima.

Si potrebbero, a questo punto, agevolmente richiamare le autorevoli opinioni di coloro i quali ritengono rientrare nella categoria di cosa qualunque elemento inanimato, mobile o immobile, pericoloso o non pericoloso, allo stato solido, fluido o gassoso, dal momento che ogni cosa appare idonea, in particolari e determinate circostanze, a produrre un danno per il semplice fatto di avere una dimensione, occupare un determinato spazio e di essere sottoposta alle varie forze, compresa quella gravitazionale¹²⁰.

¹¹⁹ Così M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 464, secondo cui le modalità di verifica dell'evento devono essere valutate *ex ante*. Diversamente, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile, cit.*, p. 628, sottolinea come la circostanza della produzione del danno da parte della cosa sia "da constatare *a posteriori*". Ma la dicotomia tra le due asserzioni potrebbe essere solo apparente: si vedrà infatti come, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, siano complementari tra loro un accertamento *ex ante* ed uno *ex post*. È evidente, in ogni caso, la strettissima interdipendenza tra la nozione di cosa e quella di nesso di causalità che la lega al danno, a conferma di quanto sostenuto *supra*.

¹²⁰ Cfr., *ex aliis*, V. GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, Milano, 1974, p. 101; R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.* Tale definizione onnicomprensiva è spesso adottata dalla stessa giurisprudenza, la quale vi aggiunge un ulteriore requisito, vale a dire quello per cui la *res* deve essere dotata di un intrinseco "dinamismo dannoso". Vedremo successivamente, nella parte in cui ci occuperemo del momento pratico-applicativo della fattispecie ex art. 2051 c.c., sulla base di quali principi e presupposti gli indirizzi pretori abbiano formulato un simile concetto. Esso è comunque consolidato, ormai quasi indiscutibile. In tal senso, vedi S. DE VOGLI, *L'art. 2051 c.c. tra declamazioni e regole operazionali*, nota a Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031, in *Danno e resp.*, 1999, 2, p. 209: "la Cassazione, dopo aver confermato l'oramai consolidato orientamento che nega rilievo al requisito della pericolosità, afferma che tutte le cose possono costituire causa di danno ai sensi della norma in esame, "quale che sia la loro struttura e qualità, siano esse inerti o in movimento"; è necessario soltanto che il "danno si sia prodotto nell'ambito del dinamismo connaturale alla cosa medesima o per l'insorgenza in questa di un processo dannoso ancorché provocato da elementi esterni".

2.1. Cose e beni.

Tuttavia, un giurista positivo, sempre alla ricerca di un approccio sistemico nell'inquadramento delle fattispecie, ben potrebbe chiedersi se e dove il legislatore utilizzi il termine cosa in altre disposizioni. L'attenzione non può che essere rivolta al Libro Terzo del nostro Codice Civile, che inizia proprio con una norma che parla di "cose": l'art. 810 c.c., al Titolo I "Dei beni", Capo I "Dei beni in generali", prevede espressamente che "sono beni le *cose* che possono formare oggetto di diritti."

Nelle norme successive il legislatore provvede a definire i beni, nonché a distinguerne varie categorie, ma non fa più riferimento alle cose; di queste non sembra rinvenirsi una definizione chiara neanche in questa parte del codice.

Eppure, dalla scarna ma importantissima disposizione richiamata, possiamo trarre utilissimi elementi d'indagine. È infatti possibile desumere che, se "bene" è una cosa che costituisce oggetto di diritto, allora non tutte le cose sono beni.

Tuttavia, per aderire alla formulazione opposta, cioè che non tutti i beni sono cose, occorre un'ulteriore riflessione, che prende le mosse dall'adesione alla tesi secondo la quale¹²¹, per trovare affinità e divergenze tra il concetto di cosa e quello di bene, occorre guardare al dato normativo, ma secondo la precipua prospettiva dell'interesse.

L'ordinamento giuridico è infatti un "prodotto" della cultura umana¹²² che tutela interessi ritenuti meritevoli; pertanto una "cosa" può essere presa in considerazione dal diritto non in sé, ma in quanto possa "servire all'attuazione di un interesse umano, individuale o collettivo"¹²³, divenendo così oggetto d'indagine in quanto "cosa in senso giuridico".

Detto altrimenti, "la nozione di cosa è pregiuridica e neutra"¹²⁴ ed inquadra un "entità naturale, [...] una parte del mondo esterno", dotata di materialità. Tale porzione di realtà materiale¹²⁵, se viene ritenuta idonea a realizzare un interesse umano, allora viene considerata dal diritto, ma non per questo inquadrata e definita automaticamente quale bene, piuttosto quale "elemento materiale del concetto giuridico di bene, attraverso

¹²¹ Si tratta della nota tesi rinvenibile in S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè, 1962, sistematizzata in ID, voce *Beni (teoria generale)*, *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, ma soprattutto in ID, voce *Cosa (teoria generale)*, *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI.

¹²² Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, parte I: il concetto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 5 e ss..

¹²³ Così S. PUGLIATTI, voce *Cosa (teoria generale)*, *cit.*, p. 19.

¹²⁴ *Ivi*, p. 20.

¹²⁵ Cfr. *Ivi*, p. 27, il quale osserva in proposito che "nell'ambito della vasta categoria delle cose in senso giuridico, può rientrare qualunque cosa materiale nel senso comune dell'espressione, qualunque prodotto materiale della natura."

l'interesse che l'ordinamento tende a tutelare, attribuendo al soggetto un determinato diritto.”¹²⁶

La tesi appena descritta, dunque, ordina sistemicamente i concetti di cosa, interesse, bene e diritto in questi termini: la cosa è un'entità materiale del mondo che, se si presenta idonea a realizzare un interesse, diviene sostrato (materiale appunto) del concetto giuridico di bene, il quale a sua volta è l'oggetto di tutela dell'ordinamento, attraverso la previsione e il riconoscimento di diritti (o, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive)¹²⁷.

I concetti menzionati si combinano tra loro in maniera dogmaticamente coerente, influenzandosi reciprocamente ma mai sovrapponendosi; inoltre, essi risultano in sintonia con le disposizioni vigenti, anzi, si rivelano utili strumenti per la loro interpretazione¹²⁸.

In definitiva, “cosa in senso giuridico può significare ciò che nel linguaggio comune si designa come cosa, in quanto però costituisca termine di riferimento di una qualsiasi relazione giuridicamente qualificata”¹²⁹; diversamente, bene giuridico in senso stretto è la “sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela destinata ad un soggetto particolare”¹³⁰. Tali definizioni di sintesi ci consentono di cogliere al meglio la differenza tra i due concetti: “il bene, infatti, non è la cosa, bensì l'oggetto della tutela giuridica attuata mediante il diritto soggettivo sulla cosa”¹³¹.

Dunque, per essere un bene, una cosa deve consentire ad un soggetto di trarre l'utilità legata all'esercizio del diritto che l'ordinamento gli riconosce; possono allora esservi delle cose che non sono beni: ciò in quanto non suscettibili di utilizzazione, come ad esempio i corpi celesti o i giacimenti sotterranei posti a profondità proibitive (tipici esempi della

¹²⁶ *Ivi*, p. 20.

¹²⁷ A proposito dei beni, ID, voce *Beni (teoria generale)*, *cit.*, p. 170, individua in ciò il criterio discretivo tra i beni in senso giuridico e i beni in senso economico: mentre i primi sono distinguibili sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento, i secondi si caratterizzano per l'utilità e l'utilizzabilità da parte degli uomini. L'a. sintetizza l'assunto in questi termini: “i beni della vita, mercé la tutela giuridica, diventano beni in senso giuridico”. Ed *infra* (pp. 173-174) aggiunge che “bene giuridico è l'oggetto del diritto (o della situazione giuridica soggettiva più in generale) attribuito ad un soggetto [...] è quindi l'oggetto della tutela giuridica.”

¹²⁸ Si rimanda per un'approfondita trattazione dell'argomento alle voci citate: S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, *cit.*; ID, voce *Cosa (teoria generale)*, *cit.* Quest'ultimo scritto, in particolare, merita attenzione nella parte relativa ai caratteri di limitatezza ed individuazione delle cose, che consentono di cogliere l'utilità che esse rappresentano per l'uomo, divenendo così la base materiale del bene giuridico.

¹²⁹ S. PUGLIATTI, voce *Cosa*, *cit.*, p. 25.

¹³⁰ S. PUGLIATTI, voce *Beni*, *cit.*, p. 174.

¹³¹ S. PUGLIATTI, voce *Cosa*, *cit.*, p. 87, che aggiunge: “rileviamo qui, a conclusione, che le cose (immobili) in quanto siano oggetto di proprietà o di altro diritto reale (immobiliare), come ad esempio l'usufrutto, danno luogo a beni diversi”.

manualistica classica¹³²); ovvero in quanto soggetti ad un'utilizzazione "diffusa" e non suscettibile di limitazione ed individuazione, come ad esempio le *res communes omnium*¹³³.

Al tempo stesso, la realtà giuridico-sociale manifesta con evidenza l'esistenza di beni che non sono cose, in quanto entità immateriali che tuttavia formano oggetto di diritti¹³⁴.

La parentesi d'indagine sin qui svolta ci consente di affermare che non tutte le cose sono beni, ma anche che non tutti i beni sono cose.

A questo punto si pone un interrogativo forse ancora più rilevante ai fini della presente ricerca: visto che non tutte le cose sono beni, il riferimento dell'art. 2051 c.c. alle "cose" è generico, o si riferisce solo alle "cose che sono beni"?

Volendo rimanere coerenti alla tesi appena prospettata, dovrebbe ritenersi che la disposizione citata si riferisca alle cose che sono beni, in quanto è solo queste ultime che l'ordinamento prende in considerazione, attesa la loro rilevanza giuridica.

Ma vi sono anche altri argomenti a sostegno di quanto affermato. Infatti, senza necessariamente scomodare i casi concreti posti al vaglio degli organi giurisdizionali nel corso del tempo, è sufficiente anche un semplice esperimento mentale¹³⁵ condotto sul rapporto tra bene e danno per rendersi conto che l'art. 2051 c.c. si riferisce a "cose-beni" e che, conseguentemente, è inimmaginabile che una cosa, insuscettibile di essere inquadrata quale (elemento materiale del concetto giuridico di) bene, possa causare danni dei quali debba rispondere chi l'abbia in custodia.

¹³² Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVIII Ed., Giuffrè, 2007, p. 166.

¹³³ Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Cosa*, *cit.*, p. 28, che osserva come "la scienza economica e la tradizione romanistica hanno fissato il carattere della limitatezza come distintivo della cosa in senso giuridico. Perciò si esclude, normalmente, che siano da considerare cose in senso giuridico le *res communes omnium* (*aer, aqua profluens, mare*), che nelle fonti romane erano qualificate *res extra commercium*. Ma, secondo l'opinione comune, esse possono divenire cose in senso giuridico ove siano *appropriate per parti*."

¹³⁴ Si pensi, su tutti, ai diritti della personalità, che sono beni immateriali e tuttavia considerati diritti assoluti, al pari dei diritti c.d. "reali", che più degli altri manifestano un legame con le cose. Cfr. in tal senso, *Ivi*, p. 35 dove a tal proposito si osserva: "L'interpretazione (logico-sistemica) proposta conduce a considerare come beni (in senso giuridico) le cose e le entità immateriali che possono formare oggetto di diritti; sicché si avranno due categorie di beni, materiali e immateriali, a seconda che abbiano come termine di riferimento oggettivo cose (materiali) o entità (immateriali); ma non si avranno cose materiali (o corporali) e cose immateriali (o incorporali). La distinzione, in altri termini, in base ad una più adeguata interpretazione delle norme positive e ad una corrispondente rigorosa analisi concettuale, si sposta da uno dei termini oggettivi (la cosa) all'oggetto nella sua integralità e nella sua posizione formale (tecnico-giuridica), cioè al bene in senso giuridico; e d'altra parte i termini oggettivi sono presentati nella loro distinzione dicotomica, anziché in una equivoca unità terminologica."

¹³⁵ Per la validità nel diritto dell'esperimento mentale, cfr. A. GORASSINI, *Per un'etica giuridica fondante*, in *La Chiesa nel tempo*, 2007, p. 73. Fu Einstein per primo a diffondere la pratica dell'esperimento mentale, allorché dovette sostenere la sua Teoria della relatività. Nel tempo la pratica dell'esperimento mentale si è sempre più diffusa: cfr. M. COHEN, *Lo scarabeo di Wittgenstein e altri classici esperimenti mentali*, Sfere, 2006.

Il mondo del diritto, quale prodotto eminentemente umano, trae concetti e categorie proprio dalla cultura dell'uomo, in particolare dall'etica, dalla logica, dalla semantica. Essendo veicolato dal linguaggio, senza il quale non esisterebbe nemmeno, esso ne assorbe anche le strutture: tra queste, grande importanza rivestono le categorie dei sinonimi e dei contrari e più in generale delle contrapposizioni-dualità tra concetti e valori. Ebbene, la categoria del bene giuridico necessiterebbe di un concetto ad essa opposto-contrario. Tuttavia, nel mondo del diritto non esiste il "male"; tale nozione, infatti, appartiene esclusivamente ai campi semantici della sfera etica. Se non esiste il male giuridico, volendo ricercare il concetto adeguato per contrapporsi al bene giuridico, lo stadio evolutivo dei nostri sistemi giuridici ci porta ad individuare tale concetto nel "danno". Nel diritto, il contrario del bene non è il male, ma il danno.

A ben vedere, il danno è proprio l'elemento del fatto al verificarsi del quale l'art. 2051 c.c. fa sorgere l'effetto risarcitorio in capo al custode del bene-cosa.

Sulla base delle considerazioni appena sviluppate, nonché delle definizioni più autorevoli e consolidate, emerge la conferma che le "cose" di cui all'art. 2051 c.c. si riferiscono a quelle porzioni di realtà materiale che, in quanto servono all'attuazione di un interesse umano, costituiscono il sostrato materiale di beni giuridici e, pertanto, possono formare oggetto di diritti.

L'ordinamento sembra, con la previsione normativa della responsabilità da cose in custodia, ammonire i consociati circa il fatto che i beni, al verificarsi di determinate circostanze, possano essere non solo fonte di utilità e strumenti di attuazione di interessi per i titolari di diritti di cui quei beni sono oggetto, ma anche fonte di danno per qualcun altro. E il sistema giuridico reagisce a questa situazione, prevedendo gli effetti della responsabilità¹³⁶.

Il motivo per il quale il codice non menzioni espressamente i beni, ma le cose, potrebbe forse essere legato all'esigenza di porre l'accento, da un lato, sulla materialità¹³⁷, dall'altro, sul fatto che tali cose debbano essere inanimate¹³⁸.

¹³⁶ La tentazione di inferire logicamente l'emersione del criterio sotteso al noto brocardo *cuius commoda, eius et incommoda* è forte. Ma ciò comporterebbe una presa di posizione – alquanto prematura – circa la *ratio* e il fondamento della fattispecie di responsabilità oggetto di indagine. La suggestione del principio del rischio, che qui semplicemente si adombra, verrà adeguatamente approfondita oltre.

¹³⁷ Si rammenta, infatti, che la dottrina sopra richiamata distingue due categorie di beni: materiali e immateriali. Solo per la prima categoria l'elemento naturale del bene è costituito da "cose" per come sono state definite; la seconda categoria, invece, ha alla base entità immateriali, che non sono cose. Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Cosa*, *cit.*, p. 35.

In ogni caso, la categoria delle “cose” è estremamente ampia e variegata, rientrandovi qualunque elemento inanimato, mobile o immobile, allo stato solido, fluido o gassoso¹³⁹. Non è necessario che la cosa abbia particolari caratteristiche: non reggono, di fronte al tenore testuale della norma, le concezioni che presuppongono una precipua attitudine della *res*.

2.2. La pericolosità della *res*.

Tra le caratteristiche che la cosa potrebbe in ipotesi avere, una è stata – ed è tuttora, sia pure in misura minore – oggetto di accesi dibattiti in dottrina e giurisprudenza: la pericolosità. Ciò in quanto tale caratteristica, in effetti, più di altre peculiarità delle cose influenza il giudizio sulla produzione del danno.

La disputa tra i sostenitori e i detrattori della necessaria pericolosità della *res* (ai fini della configurabilità dell’ipotesi normativa ex art. 2051 c.c.) ha visto in epoche anteriori prevalere le opinioni dei primi sui secondi.

V’era chi riteneva essere “necessario, all’effetto della responsabilità ex art. 2051, che questa intrinseca pericolosità concretamente sussist[esse], in misura apprezzabile, nella cosa inanimata che ha cagionato danno.”¹⁴⁰

Tale tesi risaliva già alla precedente formulazione codicistica (risalente al 1865), che quanto alla responsabilità da cose in custodia si presentava identica a quella successiva del 1942 e direttamente mutuata dal *Code Civil* del 1804: non ci si poteva riferire, secondo qualcuno, al “concetto di cosa contenente in sé la causa del danno [senza] richiamare il concetto di pericolo”¹⁴¹.

¹³⁸ I beni “animati”, che non siano soggetti (gli animali), sono oggetto di altra, pur affine, fattispecie di responsabilità, disciplinata dall’art. 2052 c.c.

¹³⁹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito cit.*, p. 644; G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *I danni da cose in custodia*, Giuffrè, 2004, p. 51. Gli autori citano anche la dottrina che, unanimemente, riconosce tale circostanza.

¹⁴⁰ Così A. DE CUPIS, *Il danno, cit.*, p. 199. L’a. corroborava la sua tesi in questi termini: “deve porsi l’accento sul punto che la responsabilità per difetto di custodia, severamente regolata sul piano probatorio dagli artt. 2051 e 2052 c.c., presuppone la pericolosità della cosa sottoposta a custodia. Le cose animate (animali) hanno sempre un certo grado di naturale pericolosità. E quanto a quelle inanimate, esse possono avere in se stesse tale pericolosità [...]”. Ebbene, secondo l’a., solo quelle dotate del carattere della pericolosità potevano essere fonte di danno e quindi di responsabilità civile.

¹⁴¹ Così M. COZZI, *La responsabilità civile per danni da cose*, Padova, 1935, p. 32, il quale si domandava retoricamente: “Che infatti vuol dire che una cosa ha propensione al danno se non che essa è una cosa pericolosa?”. Egli non aderiva alla tesi della pericolosità della cosa, ponendosi quale voce fuori dal coro rispetto alle tesi maggioritarie del suo tempo, ma riprendeva tesi di autori francesi, quali il Voirin e il Ripert. Nelle pagine successive dell’opera, inoltre, coglieva un elemento molto importante concernente la questione della pericolosità della cosa: la relatività dell’accertamento, dipendente da un necessario esame del caso concreto da parte del giudice (p. 41). E sottolineava come “in verità, qualunque via si segua, è

Di diverso avviso è la dottrina più recente, la quale, come si dirà a breve, ha tentato anche di fornire un correttivo alle pronunce giurisprudenziali che invocavano quale ineludibile requisito della pericolosità della cosa, riferendosi però nei fatti a questioni relative al nesso di causalità tra cosa ed evento¹⁴².

Si è sostenuta l'inconferenza della tesi della pericolosità della cosa sulla base, innanzitutto, del mero dato testuale della norma, la quale non richiede affatto una simile caratteristica della *res*, "laddove vale soltanto la circostanza, da constatare a posteriori, che la cosa stessa ha cagionato danno"¹⁴³. La distinzione tra cose pericolose e non, peraltro, sarebbe priva di fondamento anche perché la pericolosità non è un connotato immanente della cosa, ma una caratteristica che possono assumere tutte le cose, in date circostanze di fatto¹⁴⁴.

La dottrina maggioritaria¹⁴⁵ sostiene l'irrilevanza della pericolosità della *res* ai fini della configurabilità dell'ipotesi normativa in esame, sulla base soprattutto di due argomenti: il primo si basa sull'impossibilità di "enucleare in astratto una categoria definita di cose pericolose"¹⁴⁶, dal momento che la pericolosità è caratterizzata da una certa dose di relatività, dipendendo strettamente dalle circostanze del caso singolo e ben potendo riguardare qualunque oggetto¹⁴⁷; il secondo è fondato sul ragionamento più tecnico-

impossibile trarre dalla natura della cosa un criterio di determinazione del pericolo. È ben lo avvertiva il Voirin. Ogni cosa è pericolosa in rapporto ad un'altra che lo è ancora di meno, e quest'altra è pericolosa in rapporto ad un'altra che lo è ancora di meno. Invano si cercherebbe di individuare la barriera, oltre la quale le cose divengono inoffensive, collo aiuto del criterio oggettivo, perché tutte si dimostrano pericolose, è solo una differenza di più o di meno v'è tra di loro."

¹⁴² Tale assunto è constatato da M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 463, che cita diversa giurisprudenza la quale ha costruito i ragionamenti sulla responsabilità da cose in custodia sulla base della sussistenza, in capo alla cosa stessa, di un "dinamismo" ad essa "connaturato", ovvero sulla base dell' "insorgere di un agente dannoso" in essa. Si tratta di un orientamento largamente accolto per lungo tempo da giudici, sia di merito che di legittimità: su questa premessa si fonda l'opinione per la quale vi sarebbe un criterio di imputazione, comune a tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva, fondato sul concetto di "cose seagenti". Osserva tuttavia l'a. citato che "affermare che il dinamismo connaturato alla cosa ha causato un danno non ha significato diverso dall'affermare che la cosa ha concorso eziologicamente nella verifica dell'evento". Si tratta di una precisazione che sembrerebbe corroborare la tesi della rilevanza a fini meramente probatori della pericolosità della cosa, non già ai fini della sussistenza della fattispecie stessa di responsabilità. In ogni caso, si rinvia alla parte successiva del lavoro (cap. IV): approfondendo con maggiore organicità il momento applicativo, con una doviziosa analisi della giurisprudenza, se ne potranno meglio delineare i criteri orientativi e gli approcci ermeneutici, più o meno corretti e rispondenti alla *ratio legis*.

¹⁴³ Così R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile, cit.*, p. 644.

¹⁴⁴ Cfr. M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 459 ss..

¹⁴⁵ Cfr. tra gli altri G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *I danni da cose in custodia, cit.*, p. 61; V. GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovine di edificio, cit.*, p. 107; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, V, La responsabilità*, Giuffrè, 1995, p. 714. Questi stessi autori riportano altra bibliografia citando altra dottrina favorevole alla tesi.

¹⁴⁶ G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *op. ult. cit.*, p. 60.

¹⁴⁷ Non sfuggirà come, paradossalmente, proprio lo stesso argomento della relatività del concetto di pericolosità era stato utilizzato da altra dottrina, più risalente, per giustificare la tesi della necessaria pericolosità della *res*. Vedi *supra* la nota n. 141 relativamente a quanto riportato da Cozzi.

scientifico secondo cui tutti i corpi sono pur sempre soggetti alla forza gravitazionale e, in quanto tali, potenzialmente idonei a causare pregiudizi a terzi¹⁴⁸.

Che la cosa non debba avere precisi connotati non equivale a sostenere che la sua eventuale pericolosità sia priva di rilevanza. Al contrario: pur potendo essere fonte di danno anche le cose non astrattamente insidiose, il carattere eventuale di pericolosità di una *res*, che sia insito in un determinato oggetto, acquisterà rilievo nell'ottica della prova liberatoria¹⁴⁹. Il che val quanto dire, da una diversa prospettiva e pur anticipando (per il momento) apoditticamente quanto si chiarirà meglio oltre¹⁵⁰, che la rilevanza causale di una cosa nella produzione di un evento dannoso potrebbe essere più facilmente dimostrabile¹⁵¹, ma anche desumibile presuntivamente¹⁵², rispetto alla prova del nesso causale con riferimento ad oggetti astrattamente innocui.

Un simile argomento facilita anche la comprensione del "correttivo" di quelle sentenze nelle quali si legge che il dinamismo connaturato della cosa ha causato un danno: tale espressione non è altro che una perifrasi per sostenere che "la cosa ha partecipato attivamente alla verifica dell'evento dannoso"¹⁵³.

Anche sotto la vigenza del vecchio codice era stato sottolineato il deficit della dottrina che riteneva la cosa necessariamente pericolosa¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Osservava a tal proposito U. BRASIELLO, *Cose pericolose e cose seagenti*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1956, p. 27 che "la pericolosità non è una caratteristica immanente della cosa, ma una caratteristica che possono assumere tutte le cose".

¹⁴⁹ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 461.

¹⁵⁰ Vedi Cap. V, Sez. I, par. 4.

¹⁵¹ M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, pp. 454 e ss., sostiene diversi argomenti per dimostrare come, nell'ipotesi di cosa pericolosa, il custode incorrerà in maggiori difficoltà per dimostrare il caso fortuito. Ciò in quanto vi è intrinsecamente una maggiore prevedibilità delle possibili conseguenze negative qualora la cosa sia pericolosa.

¹⁵² Il meccanismo presuntivo sarà più facilmente azionabile e ritenersi perfezionato allorché la cosa sia pericolosa, perché in tal caso potrà ritenersi maggiormente fondato il collegamento tra fatto noto e fatto ignoto avendo a disposizione argomenti più incisivi, che rendano appunto gli elementi a disposizione gravi, precisi e concordanti.

¹⁵³ Così M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 70. L'invocato "dinamismo", se riferito ad una specifica caratteristica della cosa, si rivela essere un *obiter dictum*, o comunque una perifrasi per affermare che vi è rapporto di causa-effetto tra la cosa e l'evento dannoso. Conseguentemente, sostiene lo stesso M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* (diretto da F. GALGANO), 1988, p. 174: "le motivazioni che negano la responsabilità del custode sul presupposto che la cosa è priva del dinamismo richiesto, in realtà, contengono una motivazione ben differente che può essere individuata nella mancanza di riscontro probatorio del rapporto di causalità tra la cosa e il danno".

¹⁵⁴ Vedi M. COZZI, *La responsabilità civile per danni da cose*, cit., p. 38, secondo cui "l'articolo 1384 non distingue tra cose pericolose e non. Il concetto di custodia è molto più largo e si estende a tutte le cose". Gli argomenti per sostenere la tesi della non necessaria pericolosità della *res* si estendevano anche al concetto di custodia: "pure le cose comunemente ritenute inerti ed inoffensive hanno bisogno di custodia; [...] esse, se non fossero diligentemente custodite, potrebbero, sebbene con diversa probabilità, essere di danno per

Nonostante la validità delle tesi sin qui riportate sulla non necessaria pericolosità delle cose ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c., tale assunto, per come si è già anticipato, potrà essere definitivamente corroborato solo dalle indagini successive¹⁵⁵. Allo stato attuale, l'argomento letterale della mancata previsione espressa della pericolosità nella disposizione in esame, quale elemento costitutivo della fattispecie¹⁵⁶, si rivela quello dotato di maggior pregio. Rileverebbe infatti, in questo caso, il principio dell'*ubi lex voluit, ibi dixit*: quando il legislatore lo ha ritenuto opportuno, ha espressamente previsto il connotato della pericolosità ai fini della qualificazione giuridica dei fatti produttivi di effetti risarcitori; l'art. 2050 c.c. ne è prova evidente, richiedendo che l'attività sia "pericolosa". Tale ultimo argomento rende la tesi cui si aderisce difficilmente confutabile¹⁵⁷, quantomeno sulla base di un'ermeneusi letterale del dato a nostra disposizione.

Riassumendo, le "cose" previste dall'art. 2051 c.c. saranno quegli elementi materiali del mondo esterno, presi in considerazione dall'ordinamento in quanto idonei a realizzare l'interesse dell'uomo; per questo, esse forniscono la base materiale del bene giuridico, che a sua volta è oggetto di situazioni giuridiche soggettive. Le cose sono, oltre che dotate di materialità, anche inanimate¹⁵⁸, dotate delle più svariate caratteristiche (mobili o immobili, in qualsiasi stato della materia) e non necessariamente pericolose, purché idonee a costituire la causa efficiente del danno prodotto, così da rendere responsabile a fini risarcitori il loro custode.

gli altri. D'altronde è chiaro che il legislatore con la semplice parola cose non ha potuto affatto riferirsi unicamente alle cosiddette cose pericolose, le quali nel 1804 non esistevano ancora o almeno erano ben poche". Notevole risulta altresì un ultimo, decisivo argomento sulla non pericolosità necessaria delle cose da parte dell'a. il quale (p. 52), nell'eliminazione di ogni dubbio circa l'applicabilità dell'art. 1384 comma 1 alle cose immobili (non vi era allora una disposizione analoga all'attuale art. 2053 c.c.), vede un "nuovo scacco per la tesi che fonda l'applicazione dell'art. 1384 1 comma sul carattere pericoloso della cosa danneggiatrice. L'immobile è per natura sua statico ed inerte, simbolo fedele di un mondo che non conosceva lo sfruttamento delle forze più potenti della natura. Più aperto disconoscimento del criterio della cosa pericolosa non potevasi, invero, immaginare."

¹⁵⁵ Ci si riferisce ai rilievi storici, comparatistici ed anche applicativi attuali.

¹⁵⁶ Cfr. G.G. GRECO, *Responsabilità da cose in custodia della struttura alberghiera*, cit., p. 581.

¹⁵⁷ Vedi C. SEVERI, *La condotta del custode nella fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 7-8, p. 1472, che osserva come non venga richiesta la prova dell'intrinseca dannosità o pericolosità della cosa; ciò vale, viceversa, per la diversa fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c.

¹⁵⁸ Stiamo parlando sempre delle cose previste dall'art. 2051 c.c. Qualora dovessimo riferirci più genericamente alle cose, in questa categoria rientrerebbero anche gli animali (oggetto della più specifica previsione dell'art. 2052 c.c. nella responsabilità extracontrattuale); anch'essi, infatti, si inquadrano fenomenologicamente nell'oggetto, pur essendo esseri animati. Le piante, esseri viventi ma inanimati, rientrano nell'alveo delle cose di cui all'art. 2051 c.c. Cfr. in tal senso, anche S. PUGLIATTI, voce *Cosa*, cit., p. 27.

3. Il concetto di custodia.

Figura cardine della fattispecie, la custodia pone una serie di questioni ed interrogativi le cui risposte influenzano in maniera determinante la struttura dell'ipotesi di responsabilità in esame.

Un primo approccio all'elemento testuale della disposizione dell'art. 2051 c.c. consente di accorgersi immediatamente che gli effetti risarcitori previsti sono condizionati al verificarsi non già di un atto, *rectius* di un comportamento dell'uomo, ma di un "fatto della cosa". Il soggetto qualificato responsabile dall'ordinamento è individuato dunque non già per un comportamento posto in essere, ma per un rapporto con la cosa che ha prodotto un danno sufficiente a ritenere un soggetto responsabile del danno stesso¹⁵⁹: tale rapporto è appunto qualificato come custodia. Se ne tenterà in questa fase una prima definizione.

3.1. Tesi contrapposte sulla custodia: preciso obbligo giuridico o relazione con la cosa?

Un sicuro elemento idoneo a qualificare il rapporto di custodia è il "potere di fatto" sulla cosa; esso tuttavia deve essere meglio precisato, al fine di verificare se ad esso si affianchi anche un qualche obbligo (nella dimensione assiologia del dovere).

Di certo, il riferimento alla custodia non è inteso nell'accezione tecnica di cui al contratto di deposito, in cui essa concreta un vero e proprio obbligo (il principale) del custode, nonché la stessa funzione assiologica e causale del negozio. L'obbligo di custodire, in quel caso, è positivamente determinato e deve essere ossequiato con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1768 c.c.)¹⁶⁰.

Rimane tuttavia irrisolta la questione se anche nel caso della responsabilità ex art. 2051 c.c. debba trattarsi di un preciso obbligo giuridico o di una mera relazione con la cosa.

Le definizioni e le teorie nel corso del tempo sono state numerose e forniscono tutte notevoli spunti di riflessione.

È stata definita custodia "qualsiasi relazione tra la cosa ed il soggetto, tale per cui si possa ritenere che a quest'ultimo incomba un dovere di controllo sulla stessa"¹⁶¹; custode, inoltre,

¹⁵⁹ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 465.

¹⁶⁰ Ancora F.D. BUSNELLI, voce *Illecito*, cit., p. 25 sottolinea come il mancato riferimento delle norme in questione alla nozione tecnica di custodia, quale ricorre nella definizione legislativa del contratto di deposito, sia un assunto pacifico.

¹⁶¹ G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, a cura di G. Alpa, Milano, 1999, p. 693. Ciò comporterebbe che il custode, nell'esercizio del dovere di vigilanza, "è tenuto ad accertarsi che il bene non si trovi in situazione tale, per il dinamismo ad esso connaturato o per lo sviluppo di un agente dannoso in esso insorto per il sopravvenire di accidentali congiunture, da arrecare danni a terzi, giacché, qualora tale

è stato ritenuto “colui che esercita un qualunque potere sulle medesime [cioè sulle cose, n.d.r.], che comporti la loro custodia”¹⁶².

Autorevole dottrina¹⁶³ si riferisce sinteticamente al “potere di effettiva disponibilità e controllo della cosa”. Sempre nell’ottica del potere, ma valorizzando un “criterio realistico di effettività”, qualcun altro ritiene assimilabile alla custodia “qualunque situazione di diritto o di fatto, che determini comunque un potere effettivo di controllo sulla *res*”¹⁶⁴. Amplificando la valorizzazione dell’elemento soggettivistico del potere-dovere in queste visioni, si è anche sostenuto essere responsabile chi incorra in “colpa nella custodia”, dal momento che “la responsabilità legale discende automaticamente dalla violazione di una precisa obbligazione legale, senza che si debba valutare la condotta della persona e paragonarla a quella di un uomo normalmente prudente”¹⁶⁵.

È evidente, in questa impostazione – che focalizza l’attenzione sulla posizione soggettiva del custode e pone l’accento sulle situazioni giuridiche di potere-dovere – l’allineamento della custodia al comportamento dell’uomo: questi sarà più o meno colpevole se avrà ommesso ovvero avrà esercitato adeguatamente la vigilanza e il controllo sulla cosa¹⁶⁶. Si comprende, dunque, come il custode debba di adoperarsi positivamente per “evitare i danni” (potere-dovere).

Aderisce a questa tesi chi propende per la natura di responsabilità aggravata della fattispecie prevista dall’art. 2051 c.c.: secondo questa impostazione, “la nozione di controllo implica una valutazione del comportamento del custode, al quale la responsabilità ex art. 2051 c.c. sarà imputata quando lo stesso sia reputato negligente, essendo da lui esigibile un comportamento che avrebbe potuto impedire il danno”¹⁶⁷.

Secondo un’impostazione differente, è definito custode “colui che si trovi in un determinato rapporto di fatto con la cosa, sufficiente per ritenerlo responsabile dei danni da questa causati”¹⁶⁸. In tal modo si pone in risalto non tanto un “complesso di facoltà

evenienza sia possibile e prevedibile, egli deve adottare cautele idonee per evitare la degenerazione della situazione da pericolosa a dannosa”.

¹⁶² A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 1971, p. 88. Invero, tale definizione si palesa un po’ tautologica e senza un valore esplicativo di rilievo.

¹⁶³ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 716.

¹⁶⁴ M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049 - 2053)*, cit., p. 308.

¹⁶⁵ Così M. COZZI, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁶ In tal senso G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *I danni da cose in custodia*, cit., p. 112.

¹⁶⁷ C. SEVERI, *La condotta del custode nella fattispecie di responsabilità di cui all’art. 2051 c.c.*, cit., p. 1479.

¹⁶⁸ Così M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 465.

attribuite ad un soggetto”, quanto un criterio fattuale che consente l’imputazione della responsabilità ad un soggetto¹⁶⁹.

Si esalta così il puro e semplice concetto di relazione di fatto, la quale può essere teoricamente inquadrata come “un’attività esercitabile da un soggetto sulla cosa in virtù della detenzione qualificata, con esclusione, quindi, della detenzione della cosa per ragioni di ospitalità o di servizio”¹⁷⁰.

Anche chi non condensa la figura del custode nel detentore qualificato, ma ritiene comunque di dover valorizzare il dato oggettivo della custodia intesa in senso atecnico (senza cioè alcun riferimento al comportamento del custode), osserva più semplicemente come, non rilevando al fine dell’applicabilità dell’art. 2051 c.c. il comportamento di custodia¹⁷¹ in senso contrattuale volto ad impedire l’ingerenza di terzi sulla cosa, né il fatto che il custode tragga utilità dalla cosa custodita, “la responsabilità scaturisce in ragione della mera situazione del soggetto rispetto alla cosa”¹⁷².

Vi è, inoltre, un’altra linea interpretativa sul concetto di custode, evidentemente collegata alla teoria del rischio, che condiziona l’intera impostazione del problema della responsabilità da cose. Chi notoriamente è stato pioniere del principio del rischio quale fondamento di questa fattispecie normativa, ha considerato custode responsabile di una cosa “colui che ne fa un uso conforme alla sua professione”¹⁷³, in quanto sempre attento nel controllare il rischio dalla stessa derivante¹⁷⁴. Il rischio, secondo questa impostazione, è

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 477, afferma l’a.: “l’art. 2051 c.c. non impone alcun obbligo al custode. Lo vincola soltanto al risarcimento dei danni, qualora dalla cosa siano derivati pregiudizi a terzi; inoltre, il dovere di controllare e di vigilare sulla cosa non comporta mai la nascita di una prestazione di fare [...]”.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 478. L’a., volendo dimostrare la fallacia delle tesi contrarie, aggiunge che, “una volta stabilito questo rapporto, ogni altra circostanza relativa all’utilizzo, al profitto conseguito dalla cosa, al controllo, alla vigilanza sulla cosa stessa diventa una conseguenza superflua e, seppure accertata in giudizio, non produce effetti ulteriori. Il soggetto, per il solo fatto di essere custode, deve essere dichiarato responsabile, anche a prescindere dall’esercizio effettivo del controllo e della predisposizione di misure preventive per evitare il danno.” Contrario a una simile impostazione è M. COMPORI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 307, secondo il quale un richiamo ad un titolo contrattuale è di per sé contrario alla nozione di “potere di fatto”.

¹⁷¹ In ciò confortato da una giurisprudenza, la quale si esprime inequivocabilmente in questi termini. Su tutte, si veda Cass. Civ., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9754, in *Banca Dati De Jure*, secondo cui “poiché la responsabilità per le cose in custodia [...] si fonda non su un comportamento o una attività del custode, ma su una relazione (di custodia) intercorrente tra questi e la cosa dannosa e poiché il limite di tale responsabilità risiede nell’intervento di un fatto (il caso fortuito) che attiene non a un comportamento del responsabile, ma alle modalità di causazione del danno, si deve ritenere che rilevanza del fortuito attiene al profilo causale, in quanto suscettibile di una valutazione che consenta di ricondurre all’elemento esterno, anziché alla cosa che ne è fonte immediata, il danno concretamente verificatosi.”

¹⁷² Così G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 401.

¹⁷³ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁷⁴ L’ampiezza di tale dovere di controllo, si noti, è delimitata dalla differenza tra rischi tipici e atipici. Solo i primi rientrano nel contenuto del dovere di controllo del custode, diversamente dai secondi. Per la difficoltà di accogliere questa tesi, dovuta ad una mancata nettezza del criterio discrezionale tra tipicità e atipicità dei

indissolubilmente legato al profitto. Risponde quale custode colui che controlla i rischi legati alla cosa, in quanto dalla stessa trae profitto. Si tratta di un'ipotesi ricostruttiva alquanto suggestiva; tuttavia, non si può fare a meno di osservare come, da un lato, mancano, nella *littera legis*, elementi che facciano propendere per questa tesi, dall'altro, l'idea del profitto, che dovrebbe corroborare la teoria del rischio, forse finisce col mortificarne la portata. Dalle cose, soprattutto se intese nell'accezione poc'anzi prospettata di "beni", non sempre si trae un profitto tecnicamente inteso, ovverosia quale aumento del proprio patrimonio¹⁷⁵. Se di rischio può parlarsi, forse esso va inteso, in senso molto più generale e senza troppe influenze da parte dell'economia, quale possibilità che una cosa, come solitamente soddisfa l'interesse di un soggetto (costituendo appunto per quest'ultimo un "bene"), così può, al ricorrere di determinate circostanze, provocare un danno, di cui pertanto andrà ritenuto responsabile il soggetto "più vicino" ad esso (il custode appunto), in quanto colui che ne traeva maggior "bene-ficio", senza che questo si concretasse necessariamente in un profitto¹⁷⁶.

Proseguendo oltre, secondo un'impostazione a cavallo tra quelle *testé* descritte, il termine custodia indica nient'altro che un potere dinamico ed effettivo che assume chi ha il così detto "governo esclusivo della cosa"¹⁷⁷. Di conseguenza, il custode può controllare quest'ultima, escludere ogni altro da un determinato potere sulla stessa, nonché eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte.

Sintetizzando i dati raccolti, la concezione della custodia appare come un pendolo in continua oscillazione¹⁷⁸ tra due visioni contrapposte: da un lato, la valorizzazione del profilo soggettivistico dell'attività umana di controllo; dall'altro, l'oggettivo¹⁷⁹ governo della cosa da parte di chi è con essa in una relazione di fatto, potendo dunque essere qualificato custode.

rischi, cfr. M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 468, con diversi riferimenti bibliografici, oltre che alla giurisprudenza.

¹⁷⁵ Per aumento del patrimonio, secondo l'accezione contabile tipica del diritto commerciale, deve intendersi più esaustivamente il concetto di differenza positiva tra costi e ricavi.

¹⁷⁶ Pur arrivando a conclusioni diverse, M. FRANZONI, *ibidem*, evidenzia egualmente la fallacia del criterio del profitto, non adeguato a risolvere il problema dell'individuazione del soggetto responsabile del danno prodotto dalle cose per almeno altri due motivi: da un lato, più soggetti possono conseguire profitto dall'uso della cosa; dall'altro, può verificarsi che chi usa la cosa non ne tragga alcun utile.

¹⁷⁷ L'opinione risale a M. COZZI, *op. cit.*, p. 278; successivamente, autorevolmente propende per questa tesi R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile, cit.*, p. 644.

¹⁷⁸ Si veda, per questa immagine, G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁹ Al di là di sottolineare il profilo di fruizione del vantaggio derivante dalla proprietà, o dal possesso, ovvero dalla detenzione qualificata, ovvero la mera relazione di fatto, ovvero ancora l'utilità che può essere il risultato di un'attività economico imprenditoriale.

A prevalere, negli ultimi tempi, è la seconda tendenza interpretativa, con buona pace dell'antica elaborazione giustiniana¹⁸⁰ che richiedeva una *diligentia custodiendae rei* addirittura *exactissima*¹⁸¹. Anche la giurisprudenza sembra adeguarsi a questo *trend* interpretativo¹⁸². La valorizzazione del criterio oggettivistico, portata coerentemente alle conseguenze che presuppone, conduce a ritenere addirittura che “la qualità di custode deve prescindere dalla titolarità di un diritto reale sulla cosa; ciò che si richiede, più semplicemente, è che il soggetto ne abbia l'effettiva disponibilità”¹⁸³ materiale.

Sulla base dei dati raccolti e degli argomenti a sostegno delle varie tesi, sembra condivisibile l'opinione maggioritaria. È stato osservato, tuttavia, come nell'alveo delle visioni oggettivistiche rientrino numerose concezioni di custodia, ognuna con proprie peculiarità.

In una definizione di sintesi, sembrerebbe emergere la coerenza dell'impostazione che, valorizzando l'effettivo “potere di fatto”, farebbe discendere la responsabilità per il custode “semplicemente” collegata alla possibilità di “governare” la *res*, non adempiendo ad un preciso obbligo giuridico, ma esercitando sulla stessa una serie indefinita di attività che (appunto) ne presuppongono il controllo.

3.2. Custodia e proprietà, possesso, detenzione.

La sussistenza del potere di fatto sulla cosa sembrerebbe lasciare aperto l'interrogativo se la custodia si ponga quale manifestazione dell'istituto della proprietà piuttosto che del possesso o della detenzione.

¹⁸⁰ Cfr. F.G. PIZZETTI, *Soggettività ed oggettività della responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.*, in *Giur. it.*, 1999, 7, p. 713.

¹⁸¹ D. 44.7.4.1.4 Gai 2 *aureorum*.

¹⁸² Cfr. C. CICERO, *Osservazioni in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, 1152. Nella medesima direzione S. DE VOGLI, *L'art. 2051 c.c. tra declamazioni e regole operazionali*, *cit.*, p. 210, che osserva il cambio di direzione avvenuto, sottolineando come la sentenza in commento respinga “l'orientamento giurisprudenziale tradizionale e, facendo propri i risultati della più consistente dottrina, afferma che la custodia ex art. 2051 c.c. non va intesa come tipo particolare di diligenza, bensì in termini oggettivi: è criterio di imputazione della responsabilità che non presuppone né implica una specifica obbligazione di custodire la cosa, e quindi non rileva la violazione di detto obbligo”. Tuttavia, si vedrà successivamente come, a queste declamazioni di principio, non sempre corrisponda l'effettiva *ratio decidendi* delle pronunce giurisdizionali. Proprio la persistente incertezza circa i connotati della custodia è uno dei problemi che, pur non rasentando la problematicità del passato, continua a permanere.

¹⁸³ C. CICERO, *Osservazioni in tema di responsabilità civile della P.A.*, *cit.*, p. 1152. L'a. aderisce alla tesi secondo cui custodia ex art. 2051 c.c. implica un effettivo potere fisico e quindi il governo e l'uso della cosa.

In realtà, il solo riferimento ad una situazione di fatto, lascerebbe di per sé intendere una preminenza di questa rispetto ad una situazione di diritto¹⁸⁴.

La non coincidenza della nozione di custodia con quella di proprietà si desume già facendo ricorso ad un argomento logico-sistematico: le due disposizioni immediatamente successive all'art. 2051 c.c. prevedono la responsabilità del proprietario, rispettivamente di animali l'art. 2052 c.c., di edifici o altre costruzioni l'art. 2053 c.c. Ebbene, se il legislatore avesse voluto prevedere la responsabilità del proprietario delle cose, nulla gli avrebbe impedito di farvi riferimento espresso, così come avvenuto per le altre due norme citate. Se così non è stato, è perché evidentemente la scelta normativa si è orientata in senso diverso con riguardo alle cose. Custode non è dunque un semplicistico sinonimo di proprietario.

Meno agevole risulta, invece, l'individuazione di un (eventuale) elemento di analogia o differenziazione rispetto al possesso e/o alla detenzione.

Entrambi gli istituti, infatti, sebbene presuppongano la precipua situazione di fatto del potere materiale sulla cosa, per assumere rilevanza necessitano di un ulteriore elemento, questa volta di tipo soggettivo: l'*animus possidendi* o *detinendi*, rispettivamente, per il possesso e la detenzione.

Ora, non sembra che per l'individuazione del custode di cui all'art. 2051 c.c. sia decisiva la rilevanza di un momento soggettivo, emergendo piuttosto come preponderante la situazione di fatto del potere di governo della *res*. Sicché, per quanto sembri assimilabile, per le caratteristiche di fatto, la figura del custode a quella del possessore o del detentore, esse non risultano comunque esattamente sovrapponibili. Il custode così, si avvicinerrebbe alla qualificazione del possessore, pur non identificandosi completamente con lo stesso.

Una soluzione al problema sollevato potrebbe essere fornita da uno spunto di origine comparatistica, ovvero dal riferimento alla figura del "*besitz*" tedesco, che il par. 854 BGB definisce come "potere di fatto" (*Thatsachliche Gewalt*) su una cosa: possedere nel diritto tedesco non vuol dire altro che avere un potere *di fatto* su di una cosa¹⁸⁵, senza alcun riguardo alla componente soggettiva dell'*animus*.

¹⁸⁴ Per M. COMPORTI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 305, invero, dal momento che la custodia si basa su una mera situazione di fatto e che la norma non imputa al proprietario, all'usufruttuario o al possessore la responsabilità (come invece avviene negli artt. 2052, 2053, 2054 c.c.), appare evidente che la custodia della cosa non equivale a nessuna situazione tra quelle delineate dalla proprietà, dall'usufrutto o dal possesso, né ha necessità di un titolo contrattuale.

¹⁸⁵ Cfr., per queste considerazioni, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, III, in *Trattato di Diritto Civile* (diretto da R. Sacco), Utet, 1998, p. 1048.

Si comprende in tal modo la differenza rispetto agli elementi costitutivi delle nostre “figure omologhe”; differenza che sussiste anche rispetto alla *possession* francese¹⁸⁶.

La custodia prevista dall’art. 2051 c.c., in definitiva, non può essere spiegata con l’istituto del possesso negli ordinamenti italiano e francese, mentre si attaglia perfettamente alla figura del “*besitz*” tedesco¹⁸⁷.

Evidentemente, non sorprendono questi reciproci scambi ed influenze tra gli ordinamenti continentali. Peraltro, tutti e tre i sistemi giuridici citati hanno ricevuto una notevole influenza dal diritto giustiniano, la cui sistematizzazione aveva portato anche all’elaborazione della figura della *diligentia custodiendae rei*, con la quale si indicava un tipo particolare di diligenza, che focalizzava l’attenzione sul comportamento del custode, avvalorando una concezione soggettiva dell’elemento¹⁸⁸.

In ogni caso, forse anche a motivo dello scarso approfondimento nell’elaborazione del concetto di custodia nel nostro ordinamento¹⁸⁹, v’è chi ritiene che il nostro art. 2051 c.c. individui la custodia non ad esito di ricerche ed attente analisi, anche in chiave storico-comparatistica, ma semplicemente quale mera traslitterazione del termine “*garde*” usato dall’art. 1384 del *Code Napoleon*¹⁹⁰. Ciò non esclude, comunque, l’importanza dell’influenza dei concetti elaborati e mutuati dagli altri ordinamenti.

Sicché può ritenersi, come esito parziale di questa fase embrionale della ricerca, che la custodia di cui all’art. 2051 c.c. si avvicini molto alle figure del possesso e della detenzione, epurate però della loro componente soggettiva dell’*animus*; quest’ultima, invero, ben potrebbe sussistere, tuttavia non rileva per l’integrazione della fattispecie di responsabilità. La custodia finisce in tal modo quasi col sovrapporsi al *besitz* tedesco, quale mero potere di fatto, scevro di qualsivoglia riferimento soggettivo.

¹⁸⁶ In realtà, proprio una figura tipica della storia del diritto transalpino, la *gewere saisine*, sembra aver originariamente influenzato la figura del *besitz* tedesco. Essa infatti designava proprio il fatto del possesso, senza prevedere un alcun elemento soggettivo; inoltre, si estingueva a causa della “*perte de la chose ou de sa garde*”. Ce ne occuperemo più approfonditamente in sede di analisi del dato comparatistico (cfr. Cap. III, par. 3.3); per il momento, basterà sottolineare la singolarità del fenomeno per cui la “monoliticità” di tale istituto, ancorato alla sola relazione di fatto tra soggetto e cosa, mentre ha influenzato in maniera determinante il diritto tedesco, non ha avuto seguito proprio in quell’ordinamento in cui è nata, vale a dire quello transalpino.

¹⁸⁷ Cfr. G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *op. cit.*, p. 110. Verificheremo nella parte specificamente dedicata al diritto comparato se un ragionamento analogo può valere per la “*garde*” di cui all’art. 1384 del *Code Napoléon*.

¹⁸⁸ Anche la giurisprudenza rimanda a questa concezione del diritto giustiniano. Si veda, tra le altre, Cass. Sez. Un., 11 novembre 1991, n. 12019, in *Banca Dati De Jure*.

¹⁸⁹ Cfr. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 241.

¹⁹⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, voce *Illecito* pp. 22-25.

3.3. Proposta: custode come soggetto più “vicino” al bene-cosa.

Per tentare una definizione del custode coerente anche con quanto sostenuto in riferimento alla nozione di cosa, si ritiene di dover prendere le mosse – anche in questo caso – dalla coppia oppositiva bene-danno.

Valorizzando la concezione oggettivistica di relazione con la cosa e di potere di fatto sulla stessa, appare criterio adeguato all'individuazione del soggetto responsabile ex art. 2051 c.c. quello di “*vicinitas*” con la cosa stessa. Sebbene, infatti, si ritiene che la fattispecie in esame non richiede alcun comportamento positivo in capo ad un soggetto, comunque andrà individuato chi dovrà rispondere per i danni cagionati dalla cosa. E se si cerca il responsabile nel soggetto più “vicino” al danno e, d'altra parte, il danno è stato cagionato dalle cose, allora il responsabile non potrà che essere il soggetto più vicino alle stesse.

In questi termini può, forse, accogliersi la tesi che vede la custodia strettamente connessa con il rischio. Non, tuttavia, il rischio legato a chi dalla cosa tragga un “profitto” economicamente inteso, bensì il rischio connaturato alla natura delle cose per cui queste ultime, come soddisfano interessi (non necessariamente di natura patrimoniale) in quanto beni, così possono produrre danno; di questo danno, appare logicamente coerente, ma anche sostanzialmente giusto, che risponda chi dal bene-cosa trae(va) un bene-ficio¹⁹¹.

Il rischio non è affatto criterio da collegarsi al profitto che si trae dalla cosa, ma alla possibilità di fatto che la cosa-bene possa produrre un danno. E come un soggetto è

¹⁹¹ Un esempio (condotto come esperimento mentale) chiarirà l'assunto: un negoziante di biciclette è ritenuto responsabile per il ferimento di un bambino provocato dall'essere una delle biciclette (mentre era parcheggiata in bella mostra sul marciapiede per attirare i passanti all'acquisto) rovinata addosso al povero bimbo che, ignaro e senza colpa alcuna, sfortunatamente transitava in quel momento dinnanzi alla bicicletta. Orbene, è chiaro che la cosa che ha prodotto il danno (la bicicletta) costituisce occasione di profitto per il negoziante, dal momento che essa è oggetto dell'attività di vendita. Sembrerebbe così trovare conferma la tesi del rischio-profitto.

Tuttavia, si pensi adesso ad un esempio simile, ma non identico, che rivela l'inconferenza della tesi del rischio-profitto, almeno allo stato attuale della ricerca: sempre una bicicletta, questa volta appartenente ad un professore di matematica che la utilizza la domenica per fare delle passeggiate rilassanti, parcheggiata ai margini di una carreggiata, rovina addosso al povero bambino. Anche in questo caso, ad esito degli accertamenti del caso concreto, il professore viene ritenuto custode responsabile della bici, quindi è tenuto a risarcire i danni provocati al malcapitato bimbo. Ebbene, quale profitto traeva il professore dalla bicicletta? La risposta è nessuno. Eppure, non può certo dirsi che la bici non sia un bene per lui. La possibilità delle passeggiate domenicali consente alla cosa-bicicletta di realizzare un interesse meritevole di tutela del professore, che quindi dal bene-bicicletta trae un “beneficio”. Tale beneficio non si concretizza nella realizzazione di un profitto tecnicamente inteso. Eppure costituisce ugualmente un criterio di “*vicinitas*” che consente di ritenere il nostro professore custode della bici. Come egli realizza un interesse dalla relazione di fatto con la cosa, così egli sarà tenuto a risarcire i danni che la cosa-bene avrà cagionato. E ciò anche se egli fosse il comodatario della bici, la quale sarebbe potuta benissimo appartenere ad altro e diverso soggetto.

Anche in tal caso, rimane integro il potere di fatto sulla cosa, la quale può essere perciò governata attraverso l'esercizio di una serie di attività sulla stessa.

“vicino” alla cosa, nel senso che è in relazione di fatto con essa, ben potendola “governare”¹⁹² nei modi che riterrà più opportuni¹⁹³, così il diritto lo riterrà responsabile del danno eventualmente cagionato dalla cosa, qualora quest’ultima fosse in relazione di fatto con lui; egli risponderà del danno a prescindere da un suo comportamento accorto e diligente¹⁹⁴.

In definitiva, “il potere di controllo non determina l’obbligo di custodire ma delimita la nozione di custodia: è custode chi può esercitare il controllo”¹⁹⁵, a prescindere dal fatto che lo eserciti diligentemente o che ometta di farlo. E tale potere di controllo è in stretta connessione con il rischio legato alla *vicinitas* della cosa al soggetto considerato custode: tale è chi si trova in una relazione di fatto con la cosa, potendola governare in quanto soggetto più “vicino” alla stessa e al rischio che essa, solitamente adeguata a soddisfare interessi, nondimeno possa, in una determinata situazione, causare danno.

4. Il nesso di causalità tra la cosa e il danno.

Perché sorgano gli effetti risarcitori ai sensi dell’art. 2051 c.c., è necessario che la cosa sia

¹⁹² R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 644, ritiene che la terminologia “governo della cosa” esprima felicemente il concetto di custodia “quale potere effettivo e dinamico sulla cosa di chi la tiene per sé”, evitando di incorrere nei medesimi errori di chi cerchi una definizione più particolareggiata ed esaustiva, finendo però con il rappresentare soluzioni parziali e non adeguate alla generalità dei casi. L’a., infatti, afferma che “la terminologia [di custodia] non possiede uno specifico significato giuridico, e l’art. 2051 c.c. non fornisce alcun elemento in tal senso; mentre non può seriamente prospettarsi un dovere di sorveglianza della cosa nei confronti di tutti. Ed invero, secondo la tendenza dominante, la custodia va intesa, piuttosto, come un rapporto di fatto; che, nelle diverse concezioni, assume di volta in volta il contenuto ampio ed indifferenziato della posizione di controllo - il potere-dovere di sorvegliare la cosa perché non arrechi danno; o della potestà di direzione - ma rimane da stabilire quale sia il significato dell’attività direttiva della cosa; o dell’uso, espressione da un lato abbastanza significativa per il riferimento alla relazione di chi si avvale della cosa per i suoi fini, ma dall’altro un po’ scolorita e generica (se la si estenda ad ogni forma di partecipazione all’uso, o ancora la si commisuri all’idea del profitto, laddove può darsi che il custode non trae alcun lucro dalla cosa); o infine al criterio dell’assunzione e controllo del rischio, che di nuovo non trova alcun solido appoggio nel testo della legge.”

¹⁹³ Cfr., in questo senso, c. SALVI, *op. cit.*, p. 1228, secondo cui “la funzione della norma, di imputare la responsabilità a chi si trovi nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, porta a escludere che custode sia necessariamente il proprietario in quanto tale, o chi si trovi al momento del fatto dannoso in una relazione diretta con la cosa, e per ciò solo o chi tragga da essa vantaggio; bensì il soggetto che di fatto ne controlli le modalità di uso e di conservazione, e abbia pertanto - come si usa dire - il governo della cosa”.

¹⁹⁴ In tal senso, M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 477, sottolinea che “l’art. 2051 c.c. non impone alcun obbligo al custode. Lo vincola soltanto al risarcimento dei danni, qualora dalla cosa siano derivati pregiudizi a terzi; inoltre. Il dovere di controllare e di vigilare sulla cosa non comporta mai la nascita di una prestazione di fare. [...]”.

¹⁹⁵ C. SEVERI, *La condotta del custode*, cit., p. 1478.

stata causa efficiente del danno prodotto: nella fattispecie considerata, tale elemento del fatto è espresso dal sintagma “danno cagionato”, evidentemente indicativo del nesso di causalità tra cosa e danno.

La questione del nesso di causalità è uno dei temi classici del diritto, tipica materia in cui si intersecano esperienze e conoscenze di diverse branche della cultura giuridica. In questo caso, l’apporto più notevole è senza dubbio quello della dottrina penalistica¹⁹⁶, che ha da sempre approfondito le questioni sottese alla causalità, dal momento che il collegamento eziologico tra fatto tipico offensivo e soggetto è uno dei presupposti indispensabili perché si integrino i presupposti del reato.

Analogamente, il diritto civile si è interessato della causalità proprio nella materia della responsabilità civile: il nesso causale tra fatto dannoso ed i vari criteri d’imputazione della responsabilità è elemento costitutivo del fatto-danno da cui poi sorgono gli effetti risarcitori in capo al soggetto qualificato come responsabile dall’ordinamento.

La peculiarità della causalità nel settore della responsabilità civile risiede nel fatto che, a seconda della fattispecie tipica considerata, essa si atteggia con qualche sfumatura differente rispetto alla sua configurazione generale. Quest’ultima, infatti, è ritagliata sull’ipotesi centrale del sistema della responsabilità civile: l’art. 2043 c.c. prevede il nesso eziologico tra un “fatto doloso o colposo”¹⁹⁷ e il “danno ingiusto che si produce”.

Tradizionalmente, s’intende sussistente il nesso di causalità tra comportamento di un soggetto ed evento lesivo prodotto allorquando, per il principio di adeguatezza, il secondo può considerarsi “normale conseguenza” del primo in base allo “stato della scienza e della tecnica”¹⁹⁸.

Così inquadrata, la nozione di causalità è stata da sempre considerata quale frutto del contemperarsi reciproco di due principi-teorie. Il primo è quello della *condicio sine qua non*, detto anche equivalenza delle concause, secondo il quale “costituisce causa ogni singola condizione in difetto della quale l’evento non si sarebbe verificato”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Tra i testi classici in materia, che a loro volta presentano una ricostruzione di tutte le teorie sulla causalità nel diritto penale, oltre a numerosi riferimenti bibliografici, si rimanda in particolare ad F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1960 (ristampa dal 1934), nonché a G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, II, 1988, p. 119.

¹⁹⁷ Volendo adoperare le opportune precisazioni secondo una corretta impostazione fenomenologica, il “fatto” di cui all’art. 2043 c.c. in realtà va correttamente qualificato ed individuato quale comportamento dell’uomo.

¹⁹⁸ P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, ESI, 2014, p. 895; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 820.

¹⁹⁹ Così R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 650.

Il secondo è quello della causalità adeguata, che contempera il precedente richiedendo l'accertamento che l'evento lesivo prodotto sia "conseguenza ordinaria o normale della condotta"²⁰⁰.

Nella responsabilità civile²⁰¹, dunque, occorre stabilire una relazione probabilistica tra fatto e danno, per questo l'accertamento della causalità oscilla tra due criteri: da un lato, la ricerca del collegamento tra fatto e danno; dall'altro, i limiti da porre alla serie causale, tendenzialmente infinita²⁰². In concreto, mentre il primo criterio è espressione della teoria della *condicio sine qua non* e conduce ad un accertamento *ex post*, volto cioè a verificare, una volta prodottosi il danno, se questo possa essere considerato conseguenza del "fatto"²⁰³, il secondo criterio, ispirato al principio di adeguatezza, funge da "correttivo" di idoneità causale, consentendo di accertare, con una valutazione *ex ante*²⁰⁴, se effettivamente, immaginando con un esperimento mentale di condurre l'indagine ancor prima del verificarsi dell'evento dannoso, quest'ultimo potesse essere cagionato dal "fatto" così come si è sviluppato²⁰⁵.

I principi che ispirano tale *modus operandi* dell'accertamento del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile sono effettivamente diversi da quelli sottesi alla tutela penalistica. Nel diritto civile non operano esclusivamente i principi sanzionatori dell'autore dell'illecito; piuttosto, si affiancano a questi finalità riparatorie e inibitorie. Non essendo l'unica finalità della responsabilità civile quella di sanzionare l'autore del fatto

²⁰⁰ C. SALVI, *op. cit.*, p. 1252; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito, cit.*, p. 16.

²⁰¹ E diversamente dalle concezioni penalistiche: nel sistema penale, infatti, il giudizio di causalità deve essere fondato su un grado di credibilità razionale talmente elevato da essere "prossimo alla certezza" (come rammenta la nota sentenza *Franzese* della Cass. penale, Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Dir. Giust.*, 2002, 35, 21, per non rischiare di condannare ingiustamente una persona. Inoltre, nel campo della responsabilità penale "il problema si incentra nel collegamento tra condotta umana ed evento, mentre l'ulteriore rapporto tra il fatto (reato) e le conseguenze dannose viene considerato come un rapporto di mera accidentalità, per le cui conseguenze si rinvia alle leggi civili": così F.D. BUSNELLI, voce *Illecito, cit.*, p. 16).

²⁰² In tal senso *ibidem*, secondo cui il secondo criterio non sarebbe altro che una "seconda fase", la quale si sostanzia "nella ricerca del collegamento giuridico tra il fatto e le conseguenze dannose, e nella determinazione dei limiti da porre alla serie (tendenzialmente infinita) di tali conseguenze."

²⁰³ Che sarà un comportamento dell'uomo perfettamente imputabile, ovvero la condotta di un soggetto incapace d'intendere e di volere, ovvero un fatto prodotto da un oggetto animato (animale) o ancora da una cosa inanimata, in base alla fattispecie tipica di responsabilità che rileva.

²⁰⁴ M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 96, osserva che tale accertamento successivo è fondamentale, "poiché non sembra corretto seguire il principio della *condicio sine qua non* senza limite alcuno."

²⁰⁵ G. BELLI, *La responsabilità oggettiva*, in *La responsabilità civile*, 2011, 5, p. 375, si riferisce al concetto di "normalità statistica" per l'accertamento del nesso di causalità tra la cosa e l'evento, con riferimento all'art. 2051 c.c.; si tratta di un'espressione che condensa l'idea del contemperarsi reciproco delle due teorie suddette. Così l'a. esemplifica la sua idea: "essendo prevedibile che chi scende da una scala scarsamente illuminata e con alcuni gradini dissestati possa cadere, c'è rapporto di causalità tra la scala dissestata e la caduta effettivamente avvenuta."

dannoso, anche la disciplina della causalità risente di tale ispirazione. Anzi, in questo ambito è preminente la funzione riparatoria²⁰⁶, con un'evidente posizione di *favor* per il danneggiato.

Come precedentemente osservato, l'accertamento del nesso causale presenterà particolari sfumature e peculiarità con riferimento alle singole ipotesi di responsabilità civile.

Nell'ipotesi normativa oggetto del presente studio, l'accertamento del nesso eziologico è condizionato alla verifica della "partecipazione della cosa" nella produzione del danno da risarcire: occorre chiedersi se la *res* "possa ritenersi causalmente idonea a fondare la responsabilità del custode per i danni da essa derivati, oppure se [...] abbia costituito il semplice mezzo del quale si è servita un'autonoma azione pregiudizievole, di per sé capace di produrre il danno."²⁰⁷ Opererà, anche in questo caso, un contemperamento tra le regole della *condicio* (accertamento *ex post*²⁰⁸) e quelle dell'adeguatezza causale (valutazione *ex ante*)²⁰⁹.

L'onere della prova della riconducibilità causale dell'evento di danno alla cosa incombe sul danneggiato. Detto onere potrà intendersi assolto anche qualora si sia potuto ricorrere a presunzioni per accertare la sussistenza del nesso causale tra *res* ed evento. Anzi, il ricorso ad esse nella fattispecie ex art. 2051 c.c. si rivela particolarmente utile ed appropriato, dal momento che non può essere accertata una "condotta della cosa" idonea a produrre il danno; sarà l'intero contesto di fatto a dover essere valutato ed alcune peculiari circostanze

²⁰⁶ Sempre M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 96, osserva a tal proposito: "mediante il risarcimento del danno, in conseguenza di ciò, la posizione centrale nel sistema è assunta dalla vittima e non dal responsabile: ed è nell'interesse della vittima garantire che l'evento di danno sia causalmente imputabile a qualcuno, così da consentirle di ottenere il risarcimento. [...] Seppure discutibili, queste decisioni riflettono il favor per la vittima."

²⁰⁷ Cfr. *ivi*, p. 97. L'a. osserva come un corretto accertamento dell'operare delle regole causali consente anche di risolvere il problema della pericolosità della cosa. Se infatti manca in un caso concreto la prova del nesso di causalità, la cosa declassa a mera occasione del danno, sicché la pericolosità non è requisito ineludibile della fattispecie. Semmai, qualora "le cose siano state obiettivamente pericolose, questa loro particolare qualità costituisce una modalità del fatto desumibile dal rapporto causale, non già un elemento essenziale dell'illecito per danno da cose in custodia."

²⁰⁸ Invero, qualche autore, se non si intende male, non esplicita in questi termini le regole di accertamento causale, pur dimostrando, nei fatti, di aderire alle tesi c.d. "temperate". G.G. GRECO, *Responsabilità da cose in custodia della struttura alberghiera*, cit., p. 575, ad esempio, si riferisce alla necessità della sola valutazione *ex post* sulle modalità di verifica dell'evento dannoso, mostrando formalmente di aderire esclusivamente alla teoria della *condicio*.

²⁰⁹ M. PASTORE, *Responsabilità del custode e uso improprio*, commento a Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24804, p. 495, osserva come neanche la giurisprudenza, "in tema di accertamento del nesso causale, [...] abbia raggiunto un orientamento ben definito, preferendo il più delle volte ricorrere ad una valutazione di sintesi." Ed osserva l'a. che, in prospettiva eziologica, riemerge "il criterio della pericolosità che [...] fornisce un indice presuntivo per l'accertamento dell'autonoma idoneità causale del fattore esterno." Si affronteranno *funditus* gli indirizzi interpretativi della Giurisprudenza successivamente (cfr. Cap. IV e, per la peculiare ipotesi del custode pubblico, Cap. V, Sez. II, par. 2).

consentiranno all'interprete di affermare che l'evento lesivo, così come verificatosi, è stato probabilmente cagionato dalla cosa stessa, che – come detto – non deve essere necessariamente pericolosa²¹⁰.

Non si ricade nei fatti giuridicamente rilevanti dell'art. 2051 c.c. neanche se la cosa si è posta quale strumento dell'azione dell'uomo²¹¹, venendo in rilievo in tal caso altre e diverse fattispecie di responsabilità, prima fra tutte quella ex art. 2043 c.c., che richiede anche la prova della colpevolezza – da intendersi alternativamente quale contegno colposo o doloso – della condotta umana.

Se si accoglie la tesi sopra prospettata del “danno *in re ipsa*”²¹² al mero ricorrere dell'evento, allora in questa fattispecie tipica “la prova del rapporto di causalità esprime un giudizio di sintesi che si confonde con quello di responsabilità, e può essere formulato solo al termine di una valutazione sulle circostanze provate dal danneggiato”²¹³.

Il nesso eziologico che il danneggiato deve provare consiste nella dimostrazione della sussistenza di una causalità generica tra la cosa e il danno; la responsabilità che ne discende automaticamente viene allora ricondotta al custode della cosa, individuato secondo i criteri precedentemente individuati.

La prova del nesso di causalità nell'art. 2051 si basa “sulla dimostrazione che l'evento dannoso si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta od assunta dalla cosa considerata nella sua globalità e non nelle singole parti specificamente pericolose”²¹⁴. In definitiva, la suddetta prova è da intendersi definitivamente raggiunta se il custode-danneggiante non prova il caso fortuito²¹⁵, quale elemento impeditivo del sorgere della fattispecie risarcitoria su cui ci si soffermerà immediatamente.

²¹⁰ In questo caso la pericolosità gioca sì un ruolo di rilievo: non già come requisito necessario della cosa, bensì come qualità che, quanto più caratterizza la *res*, tanto più consente di presumerne l'idoneità a produrre danno. Nella medesima direzione, si veda G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *op. cit.*, p. 72: “anche nel caso in cui le cose siano state oggettivamente pericolose, a causa del loro connaturato dinamismo, questa loro peculiarità, costituisce solo una modalità del fatto desumibile dal rapporto causale, non un elemento essenziale della fattispecie di cui all' art. 2051 c.c.”.

²¹¹ Cfr. M. COMPORI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 308, secondo cui il nesso di causalità “deve intercorrere tra la cosa ed il danno, nel senso, cioè, che deve essere dimostrato che è stata proprio la cosa, di per sé, ad avere causato il danno, e non anche la cosa a porsi quale strumento dell'azione dell'uomo.”

²¹² Cfr. *supra*, par. 1.3.

²¹³ Così M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 488.

²¹⁴ Così Cass. civ., Sez. III, 22 luglio 1987, n. 6407, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 7. Nella medesima sentenza, si aggiunge che non è necessario “provare anche l'esclusione, nel concreto determinismo dell'evento, di impulsi causali autonomi ed estranei alla sfera di controllo propria del custode, e, quindi, per lui inevitabili”.

²¹⁵ Il danneggiato, quindi, è gravato dal solo onere probatorio di dimostrare che la cosa rappresentò una condizione necessaria e sufficiente perché l'evento si verificasse, incombendo all'agente investito della

5. Il limite del caso fortuito.

L'art. 2051 c.c. individua il caso fortuito quale elemento impeditivo del sorgere degli effetti risarcitori in capo al custode, che non sarà considerato responsabile, se riuscirà a darne la prova. Il codice tuttavia non definisce il caso fortuito; è demandata agli interpreti la fatica di delinearne i connotati.

Rinveniamo la previsione del caso fortuito per la prima volta nella formulazione codicistica del 1942, con riferimento alla responsabilità extracontrattuale (appunto negli artt. 2051 e 2052 c.c.). In precedenza, sotto la vigenza del codice del 1865, il titolo “Dei delitti e quasi delitti” (antenato diretto dell'attuale Titolo “Dei fatti illeciti”) non lo menzionava in nessuno degli articoli²¹⁶; tuttavia, pur in senso rigoroso, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti lo ammettevano quale limite della responsabilità, proprio per i danni da cose (art. 1153 c.c.)²¹⁷.

Con la sua introduzione, il legislatore civile non ha riprodotto la distinzione penalistica rispetto alla forza maggiore²¹⁸; anzi, il caso fortuito sembra voler riassumere in un'unica formulazione tutte le possibilità di cause non imputabili: forza maggiore²¹⁹, fatto del terzo, fatto del danneggiato²²⁰. Nella Relazione al codice, al n. 264, si legge a tal proposito che “l'onere della prova liberatoria ha per contenuto l'identificazione della causa non imputabile²²¹, in modo che la causa ignota rimane a carico del detentore”.

Nel corso del tempo si sono succedute varie definizioni di caso fortuito. Dottrina e giurisprudenza si sono influenzate reciprocamente e i contributi, da entrambi i lati, sono

presunzione di dare a sua volta la prova che la stessa si inserì nella serie causale come un anello non autonomo di una catena in tutto riconducibile ad altri o al fortuito. Cfr. V. GERI, *op. cit.*, p. 36.

²¹⁶ Disciplinavano la responsabilità extracontrattuale gli artt. 1151-1156, corrispondenti agli artt. 1382-1386 del *Code Napoléon*.

²¹⁷ Per maggior indicazioni sul punto, vedi M. COMPORI, *Fatti illeciti*, cit., p. 269 e ss.

²¹⁸ Vi era la formulazione dell'art. 89 del progetto italo-francese del codice delle obbligazioni a prevedere la distinzione. Ma esso non è stato interamente riprodotto nella formulazione dell'attuale art. 2051 c.c.

²¹⁹ La giurisprudenza infatti non la menziona nell'ambito della responsabilità civile. Anzi, essa è espressamente equiparata al caso fortuito da Cass. civ., 21 gennaio 1987, n. 522, in *Mass. Foro it.*, 1987.

²²⁰ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 489 e p. 497, che riprende il parere quasi unanime anche della giurisprudenza sul punto.

²²¹ Sostiene a tal proposito come si debba guardare al fortuito e ai problemi ad esso relativi anche nella materia contrattuale M. COMPORI, *op. ult. cit.*, pp. 269 e ss. Innanzitutto, ritiene l'a. che non si riesca a delineare con nitore la differenza dalla forza maggiore: entrambi producono effetti liberatori. Ed il legislatore del '42 a sostituito la forza maggiore con il caso fortuito. L'a. giunge alla conclusione che può essere utile delineare una *nozione unitaria* (valevole per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e *diversa dalla causa non imputabile*), i cui i requisiti sono: estraneità in senso oggettivo; assolutezza in senso soggettivo.

stati notevoli, atteso l'evidente risvolto pratico dell'inquadramento di un elemento della fattispecie che si rivela dirimente per l'esito delle vicende concrete.

Si anticipa subito che, dall'analisi delle varie concezioni passate in rassegna, emerge come la definizione del fortuito dipenda inevitabilmente dalla concezione del criterio d'imputazione e del fondamento della responsabilità da cose in custodia²²². Le posizioni *supra*²²³ riportate a proposito della custodia, approssimativamente sintetizzate nella dicotomia condotta dell'uomo-relazione con la cosa, specularmente si riproducono anche nella ricerca di una definizione di questo elemento.

5.1. Nozioni oggettive del caso fortuito: fondatezza e limiti.

Diverse sono state le nozioni oggettive di caso fortuito, considerato, alla stregua della forza maggiore, come classica *vis maior cui resisti non potest*. Non sono mancate neanche le definizioni vicine all'assenza di colpevolezza²²⁴, secondo una prospettiva analoga a quella penalistica.

La maggior parte delle definizioni, comunque, sottolinea il carattere di imprevedibilità del fortuito²²⁵, nonché quello di irresistibilità ed inevitabilità, senza necessariamente connotare tali requisiti di una dimensione soggettivistica²²⁶; questa, almeno nelle declamazioni di principio, sembra quasi scomparsa²²⁷, sebbene in precedenza fosse prevalente, attesa la tendenza della dottrina tradizionale a sostenere il dogma della colpa²²⁸. Accogliendo la tesi oggettiva del fortuito²²⁹, la prova liberatoria si configura come

²²² Vedi R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, *cit.*, p. 645; in tal senso anche M. COMPORTI, *Ibidem*.

²²³ Cfr. par. 5 in questa Sezione.

²²⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, *cit.*, p. 689 che, riprendendo l'Antolisei (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, I, p. 305), parla di "mancanza di alcun rimprovero, neppure di semplice leggerezza".

²²⁵ V. GERI, *op. cit.*, p. 59, parla di "fatto impreveduto ed imprevedibile, fuori delle facoltà di conoscenza e di controllo dell'uomo".

²²⁶ Si avrà modo di chiarire a breve come risulti un po' distonico propugnare per una concezione oggettiva del fortuito, ma al contempo considerarlo caratterizzato da imprevedibilità ed inevitabilità.

²²⁷ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, *cit.*, p. 491. Vi è comunque autorevole dottrina a sostegno della nozione soggettiva del caso fortuito: su tutti, si veda C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 719; del medesimo avviso A. FIGONE, *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 341.

²²⁸ Secondo M. COMPORTI, *Fatti illeciti*, *cit.*, p. 282, prima di pervenire nella sua quasi totalità alla concezione oggettiva del caso fortuito (e/o forza maggiore), la dottrina, tradizionalmente influenzata dal dogma della colpa, ha sostenuto largamente la concezione soggettiva del fortuito come evento dannoso non prevedibile e non superabile con la normale diligenza, e quindi, in definitiva, ha recuperato il criterio di colpevolezza. Successivamente, la maggioranza della dottrina, e la quasi totalità di quella più recente, è pervenuta alla concezione oggettiva del caso fortuito, come causa estranea, del tutto inevitabile.

²²⁹ *Ibidem* si sottolinea la differenza del concetto di fortuito, sia esso oggettivo o soggettivo, rispetto alla nozione di causa non imputabile quale motivo di esonero da responsabilità c.d. da inadempimento ex art. 1218 c.c., osservando come la non imputabilità si concretizzi nell'identificazione positiva della causa che ha prodotto l'impossibilità oggettiva della prestazione e l'inevitabilità della medesima.

interruzione del nesso causale tra cosa e danno²³⁰, ovvero si identifica positivamente con la causa estranea del tutto inevitabile che ha cagionato il danno.

Passando ora ad una rassegna delle concezioni oggettive del fortuito, si osserva preliminarmente come queste abbiano in comune solo il presupposto di fondo, vale a dire la mancata valorizzazione del comportamento del custode. Quanto invece ai caratteri tipici che devono qualificare il fortuito, esse tra loro divergono.

Autorevole dottrina annovera tra i caratteri del fortuito l'imprevedibilità e l'inevitabilità del fatto²³¹. La prima è rilevante perché il suo termine opposto, vale a dire la prevedibilità, "nel rapporto di causalità, [...] consente di collegare oggettivamente i fatti in una certa sequenza logica necessaria per la pronuncia di responsabilità"²³².

Accanto alla imprevedibilità e all'inevitabilità, si sottolinea che "per ottenere l'esonero dalla responsabilità, al custode è richiesta la prova che il fatto del terzo abbia i requisiti della autonomia, della eccezionalità"²³³, tutti idonei a produrre l'evento senza che questo possa essere causalmente ricondotto alla cosa.

Sempre in un'accezione "rigorosamente oggettiva", il fortuito è stato inteso quale causa estranea del tutto inevitabile, che esclude ogni possibile giudizio valutativo del comportamento del soggetto in termini di non colpa²³⁴. Diversamente opinando, secondo questa accezione, non si potrebbe spiegare logicamente la diversità di formule relative alle varie ipotesi di responsabilità, cui "non può non corrispondere una differente disciplina normativa: infatti, se il caso fortuito equivalesse a mera assenza di colpa, l'oggetto della prova liberatoria dovrebbe essere identico a quello previsto dagli artt. 2047, 2048, 2054

²³⁰ L'interruzione del nesso, peraltro, con riferimento alla diversa incidenza della cosa sull'evento ed alla concreta verifica di quest'ultimo, è stata oggetto di una sottoclassificazione, sulla base delle esigenze pratiche manifestate dalla giurisprudenza (sia di legittimità che di merito), con cui si è provveduto a formalizzare la distinzione tra fortuito autonomo, incidente e concorrente. La cosa, progressivamente, passa così da un'estraneità totale, ad un ruolo (non già di antecedente causale, bensì) di mera occasione rispetto all'evento, divenendone causa remota, fino a poter concorrere alla verifica dello stesso insieme ad altri fattori. Affronteremo *ex professo* la questione successivamente, allorché si approfondirà il momento applicativo della fattispecie (vedi Cap. IV, parr. 2 e 3): esplicheremo meglio la distinzione tra fortuito autonomo, incidente e concorrente, verificandone anche la sua ineludibilità dal punto di vista pratico, nonché la sua validità teorica.

²³¹ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 495.

²³² Cfr. *ivi*, p. 496. Secondo l'a., questo ragionamento è perfettamente valido anche negli illeciti oggettivi, tra i quali egli annovera la responsabilità da cose in custodia. Riprende quest'impostazione anche C. SEVERI, *op. cit.*, p. 1470.

²³³ Così recita una massima ricorrente (cfr. Cass. Civ., 10 ottobre 2008, n. 25029, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 10, 1475). Si osserva (ma si avrà modo di sviluppare meglio a breve queste argomentazioni) che, mentre imprevedibilità ed inevitabilità, pur inseriti in un'impostazione oggettivistica, lasciano comunque adito ad un riferimento al profilo soggettivo del custode, i caratteri dell'autonomia e dell'eccezionalità, se riferiti al fortuito, sono sufficienti a valorizzarne la portata di estraneità al custode, *rectius*, alla cosa in custodia.

²³⁴ M. COMPORI, *Fatti illeciti*, cit., p. 42.

c.c. Solo accogliendo l'opinione delineata precedentemente si riceve una plausibile spiegazione della diversità delle formule usate nello stesso titolo IX del libro IV del codice.²³⁵

Altri ritengono di non dover necessariamente ricorrere ai concetti di imprevedibilità ed inevitabilità per esprimere il concetto di fortuito, che così indicherà “quegli elementi o fatti (riassumibili nella triade della forza maggiore, del fatto del terzo e della colpa della vittima), che, provenendo dall'esterno, abbiano inciso in modo determinante, ancorché mediato dal ruolo attivo della cosa, nel processo del danno”²³⁶. Il riferimento a fenomeni altri rispetto a ciò che può essere ricondotto alla *res* è così sinteticamente inteso con un *quid* proveniente dall'esterno²³⁷, caratterizzato da imprevedibilità ed assoluta eccezionalità, la cui prova incombe sul convenuto²³⁸.

Secondo una tesi²³⁹ molto simile a quella poc'anzi riportata, “la valutazione sulla rilevanza causale del fatto estraneo va operata con riferimento alle condizioni della cosa in concreto”²⁴⁰.

Singolare, inoltre, è la concezione di chi, fondando l'intera materia della responsabilità da cose in custodia sul rischio-profitto, sottolinea il carattere di *relatività* del concetto di fortuito²⁴¹. Tale peculiarità sarebbe in stretta connessione con il concetto di *probabilità*: secondo Trimarchi è ellittica ed imprecisa l'espressione “improbabile” con riferimento al fortuito, dal momento che “la probabilità [...] non è predicabile di un evento nella sua individualità, bensì di un evento in quanto appartenente ad una certa classe, e in relazione a

²³⁵ *Ivi*, p. 280.

²³⁶ C. SALVI, *op. cit.*, p. 1231.

²³⁷ Cfr., in questo senso, anche G.G. GRECO, *op. cit.*, p. 583, secondo cui il “*fortuitus* non attiene ad un comportamento o a un'attività del custode, ma ad una relazione di custodia intercorrente tra questi e la cosa dannosa. La rilevanza del fortuito attiene al profilo causale, in quanto suscettibile di una valutazione che consenta di ricondurre all'elemento esterno, anziché alla *res* che ne è fonte immediata, il danno concretamente verificatosi.”

²³⁸ C. SALVI, *op. cit.*, p. 1231, a tal proposito, osserva che “all'attore compete di provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo; il convenuto, per liberarsi, dovrà provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo a interrompere quel nesso causale. E tale idoneità sussiste solo se il fattore estraneo presenta i caratteri della imprevedibilità e dell'assoluta eccezionalità, che sono appunto gli elementi che identificano, nella giurisprudenza più recente, la nozione del caso fortuito rilevante nella nostra materia.”

²³⁹ Rinvenibile in G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 388 e ss.

²⁴⁰ Queste condizioni, aggiungono *ibidem* gli autori, “risulteranno per lo più dal modo con il quale si è esplicato il governo della cosa da parte del custode.” Tale visione lascia forse trasparire i limiti di una concezione oggettiva che però non riesce ancora ad emanciparsi da riferimenti alle modalità della custodia, che inevitabilmente finiscono con il riportare l'attenzione alla condotta del custode stesso, prestando il fianco agli argomenti tipici dei sostenitori della tesi soggettiva (tanto della custodia quanto) del fortuito.

²⁴¹ Il riferimento è a P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 171. L'a., analogamente a quanto visto *sopra* sul concetto di custodia, parte dal fondamento del rischio profitto per enucleare le sue tesi, anche relativamente al concetto di fortuito.

una più ampia classe di eventi nella quale la prima sia compresa: il rapporto fra il numero degli eventi della prima classe, e il numero di quelli della seconda dà un valore che esprime la frequenza, la probabilità”. Sulla base della mutevolezza del concetto di probabilità, egli ritiene possibile una definizione di fortuito inteso tanto quanto mancanza di colpa, quanto fondato sul rischio²⁴². Ebbene, l’Autore ritiene preferibile la seconda impostazione nell’ipotesi di responsabilità da cose in custodia, sulla base di diverse argomentazioni²⁴³, tra le quali può in questa sede menzionarsi almeno quella letterale: quando il legislatore del codice ha voluto individuare la prova liberatoria nella valutazione del comportamento del soggetto, lo ha fatto espressamente²⁴⁴. Ma così non è stato per gli artt. 2051 e 2052 c.c., introdotti nel codice civile del 1942 mutuando direttamente la formulazione dell’art. 1384 del *Code Civil*, di cui esisteva già da tempo l’interpretazione secondo cui non era sufficiente la prova di essere esente da colpa per liberare il custode.

L’impostazione della tesi e le argomentazioni a suo sostegno conducono il ragionamento fino al punto di rifiutare l’idea che l’inevitabilità sia un requisito del fortuito nella fattispecie di responsabilità da cose; tale caratteristica pertiene piuttosto alla forza maggiore, mentre il fortuito è caratterizzato solo dalla imprevedibilità. Conseguentemente, essendo il rischio il fondamento di questa ipotesi di responsabilità, il custode risponderà anche per i danni inevitabili²⁴⁵, ma non per quelli imprevedibili, che costituiscono il limite del rischio. In sintesi, si sostiene che “in relazione all’esercizio di attività che non comportano un rischio apprezzabile, la prova della mancanza di colpa coincide con la prova del fortuito, mentre solo nel campo delle attività che comportano un rischio amministrabile può accadere che danni incolpevoli siano tuttavia non fortuiti. [...] Può dunque accadere che lo stesso incidente costituisca un caso fortuito presso un cittadino qualsiasi, ma non presso un imprenditore”²⁴⁶.

²⁴² Ciò “in dipendenza della funzione che ad esso viene attribuita, persino nell’ambito dello stesso sistema giuridico”: così *Ivi*, p. 177.

²⁴³ Per approfondirle si rimanda interamente al testo, particolarmente ricco di argomentazioni, che non è possibile né opportuno riproporre interamente in questa sede. Cfr. in particolare p. 177 e ss..

²⁴⁴ Come l’art. 2054, comma 1, c.c., che subordina la liberazione da responsabilità alla prova “di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno”.

²⁴⁵ Perciò anche il rischio inevitabile deve essere attribuito all’imprenditore; e se la inevitabilità costituisce un connotato essenziale della forza maggiore, allora occorre concludere che questa non è adeguata a delimitare il rischio di impresa. Il Trimarchi evidenzia che la funzione della regola per cui non vi è responsabilità per il caso fortuito è di escludere l’attribuzione all’imprenditore di quel rischio non amministrabile economicamente e, in quanto tale, non collocabile nel gioco dei profitti e delle perdite dell’impresa.

²⁴⁶ *Ivi*, p. 218. Senza voler addentrarsi troppo in argomentazioni a confutazione di tale tesi, basta considerare, al di là delle sue suggestioni, che nella norma non si rinviene affatto, nemmeno implicitamente, una differenziazione del profilo di responsabilità per l’imprenditore piuttosto che per il

Il fortuito, pertanto, avrà una definizione “mobile”, perché basata su diverse attività: esso “si assottiglia tanto più quanto più alto è l’ordine di grandezza dei danni tipici che l’attività è idonea a causare”²⁴⁷.

Al di là delle considerazioni basate su criteri prettamente economico-imprenditoriali, non va sottaciuto il merito di questa tesi, consistente nell’aver messo a nudo l’inadeguatezza del concetto di inevitabilità ad inquadrare il fortuito; profilo, questo, su cui ci soffermerà a breve.

Vi è inoltre chi, rimanendo aderente all’impostazione oggettivistica del fortuito, non ne ha condiviso la “variante” in chiave economica ed ha anche criticato chi ha tentato di “riproporre al negativo” gli elementi e gli argomenti utilizzati per l’inquadramento della figura del custode, preferendo piuttosto individuare il fortuito in quei “fatti, che, pur incidendo sulla cosa nel senso di provocarne la dannosità, si svolgono tuttavia fuori dalla sfera del suo governo; o ancora, e detto in altri termini, dei fatti estranei alla causalità propria della cosa, da determinarsi in relazione alla possibilità di governarla”²⁴⁸.

Alcune delle tesi oggettivistiche appena illustrate presentano dei punti di debolezza, su cui è opportuno porre l’attenzione, al fine di comprendere se sia l’impostazione oggettivistica a dover essere ridimensionata e rivista in favore delle tesi soggettivistiche, ovvero se essa possa essere mantenuta nella sua validità, tenendo presente alcuni possibili “correttivi” in grado di non mutarne l’adeguatezza d’inquadramento teorico di fondo.

Il primo limite, già segnalato in precedenza, riguarda quelle tesi che, pur aderenti alla concezione oggettiva del fortuito, menzionano tra i caratteri dello stesso l’imprevedibilità e l’inevitabilità, prestando così il fianco alle critiche dei sostenitori delle teorie soggettivistiche.

Sia l’inevitabilità che l’imprevedibilità, infatti, nella loro primigenia accezione, adombrano un (nemmeno tanto velato) riferimento al comportamento di un soggetto. Se, letteralmente, imprevedibile è ciò che non può essere previsto e inevitabile è ciò che non può essere evitato, non può non volgersi l’attenzione a una persona e alla sua condotta: ma ciò vuol dire spostare il baricentro d’indagine su quella comune diligenza che deve pretendersi dal custode e che è alla base delle tesi soggettivistiche del fortuito, come si vedrà a breve.

quavis de populo. Diverse sono le proposte *de jure condendo* rispetto all’opera ermeneutica del giurista positivo che, posto dinanzi ad una disposizione, è chiamato ad individuare gli effetti sulla base dei fatti giuridicamente rilevanti previsti dal legislatore, senza far dire al testo ciò che esso nemmeno adombra.

²⁴⁷ *Ivi*, p. 224.

²⁴⁸ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, *cit.*, p. 645.

Forse²⁴⁹ consapevole di questa eccezione, difficilmente confutabile, parte della dottrina ha voluto specificare l'esistenza di due nozioni di inevitabilità: una "considerata alla stregua della normale diligenza del buon padre di famiglia", l'altra "in certo senso assoluta, cioè di invincibilità ed irresistibilità"²⁵⁰. Pur astrattamente condivisibile, una simile giustificazione potrebbe non essere necessaria, qualora si evitassero qualificazioni del fortuito fraintendibili e vevoli per le tesi soggettivistiche e si valorizzasse, piuttosto, il carattere di autonomia e indipendenza dello stesso, inteso come fattore che nulla ha a che vedere con la diligenza della custodia, né tantomeno con una condotta in grado di evitare il danno. E il medesimo ragionamento potrebbe condursi con riguardo all'imprevedibilità.

Una prova della validità di questa osservazione si rinviene anche solo accennando a quelle questioni pratiche²⁵¹ in cui, pur sussistendo tutti i requisiti oggettivi del fortuito, quali il sopraggiungere di un evento esterno e di autonomo rilievo causale rispetto alla cosa in custodia, si punta piuttosto l'attenzione all'impossibilità di intervento del custode, sfociando quindi nel campo dell'esigibilità della condotta: il che significa proclamare un fortuito oggettivo, giustificandolo però alla luce delle impostazioni soggettivistiche²⁵².

5.2. Nozioni soggettive del caso fortuito.

Veniamo ora alle concezioni soggettive del caso fortuito, secondo le quali il custode, per andare esente da responsabilità, ha l'onere di dimostrare il suo comportamento diligente,

²⁴⁹ La formula dubitativa è d'obbligo, non potendo essere certi delle intenzioni dell'a..

²⁵⁰ Così M. COMPARTI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 276. Con riferimento alle fattispecie di responsabilità da lui definite presunte (tra le quali rientra quella per danni da cose), l'a. specifica che, pur considerando rilevante la maggior parte della dottrina (ma la tendenza, rispetto al tempo di redazione dell'opera, è mutata) la prima, è di gran lunga preferibile la prima; con ciò egli vuole naturalmente giustificare la propria tesi sul fortuito, impostata su basi oggettive.

²⁵¹ Sulle quali, comunque, si dedicherà ampio spazio nel prosieguo del lavoro (vedi Cap. IV, par. 2).

²⁵² Il riferimento è a Cass. civ. 15 ottobre 2004, n. 20334, in *Rep.* 2004, voce *Responsabilità civile*, secondo cui "si ravvisa il caso fortuito anche in presenza di alterazioni dello stato dei luoghi repentine e non prevedibili che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere." Ora, se si accoglie la tesi della natura oggettiva del fortuito, quale evento estraneo alla cosa ed interruttivo del nesso di causalità con il danno, non si può poi riferirsi al profilo della condotta del custode e dell'inesigibilità di un determinato comportamento. La verità è che, se un evento estraneo non si è verificato, non può esonerarsi il custode da responsabilità per il solo fatto che egli non possa intervenire per modificare l'alterazione dello stato della cosa. Invero, concernendo la decisione richiamata un caso di responsabilità della P.A. per omessa manutenzione di beni demaniali, la questione qui è complicata dal fatto che la giurisprudenza mostra spesso di adottare criteri diversi allorché il custode sia un ente pubblico piuttosto che un soggetto privato. In realtà, proprio la massima riportata adombra una concezione che sarà al centro dello sviluppo degli elementi invarianti della fattispecie quali esiti della ricerca. Tutti i presupposti e le conseguenze di tali situazioni, nonché gli esiti delle ricerche applicative, verranno abbondantemente trattati *infra*, al Cap. V, Sez. II.

che deve essere tenuto in relazione al potere fisico sulla cosa, nonché al conseguente dovere di custodia che dallo stesso potere deriva.

Alcune tesi tra le più autorevoli nell'ambito dell'impostazione soggettivistica, pur giungendo a conclusioni diverse rispetto alle tesi oggettive, partono sempre dal concetto di imprevedibilità e inevitabilità: tali caratteristiche, tuttavia, non vengono ricondotte ad una *vis maior cui resisti non potest*²⁵³, ma alla inesigibilità di una certa condotta in capo al custode²⁵⁴. In altre parole, “accertare se l'evento dannoso è imprevedibile e inevitabile, vuol dire proprio accertare l'assenza di colpa del danneggiante, accertare che questi non poteva prevedere il danno sulla base delle conoscenze normalmente richieste in relazione al tipo di attività esercitata né poteva evitarlo impiegando le cautele normalmente idonee in relazione alla medesima.”²⁵⁵

Altri autori contestano la tendenza a “togliere qualsiasi rilevanza alla condotta diligente del custode”²⁵⁶: la visione soggettivistica del fortuito, tuttavia, è in questo caso stemperata dal rilievo secondo cui la prova della diligenza del custode potrebbe non essere sufficiente a produrre l'effetto liberatorio²⁵⁷.

Una dottrina un po' più risalente, aderendo alla nozione soggettiva del fortuito, addirittura lo considera sussistente solo se basato sulla estraneità “alla volontà e all'intelligenza del soggetto responsabile”²⁵⁸.

Pur dimostrando argomentazioni coerenti a suo sostegno, la nozione soggettiva di fortuito presenta in radice alcuni limiti difficilmente superabili. Il più insormontabile tra tutti risulta il dato testuale delle disposizioni legislative: una simile concezione del caso fortuito, pur

²⁵³ E forse ciò si rivela più coerente, stanti i rilievi critici poc'anzi mossi a quelle concezioni oggettive del fortuito che tuttavia fanno riferimento ad inevitabilità e imprevedibilità del fatto estraneo. A conferma di tale assunto, l'a. cui ci si riferisce, C.M. BIANCA, *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, 1, p. 19, lavoro in cui si riprendono le tesi già esposte più ampiamente in ID, *Trattato di Diritto Civile*, cit., p. 690-718, osserva argutamente che “questa nozione si ritrova anche nelle sentenze che, pur ribadendo la responsabilità oggettiva del danneggiante, ravvisano il caso fortuito nell'evento recante i caratteri della imprevedibilità e inevitabilità.”

²⁵⁴ Sempre alla stregua della diligenza richiestagli. Cfr. C.M. BIANCA, *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, op. ult. cit., p. 19.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ F.D. BUSNELLI, voce *Illecito*, cit., p. 25.

²⁵⁷ Pur potendo “fornire un preciso elemento di presunzione (ex art. 2729 c.c.) atto a identificare una causa estranea, anche se non individuata nelle sue concrete modalità”: così F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., p. 25. Nel medesimo senso della tesi esposta dall'a., Cass. civ., 1 agosto 1954, n. 2897, in *Giur. It.*, 1955, I, aveva confermato una decisione dei giudici di merito che, esclusa qualsiasi negligenza del proprietario nella custodia del fondo, avevano “per via presuntiva identificato la causa del sinistro nell'azione di qualche imprudente, e quindi nel fatto del terzo”.

²⁵⁸ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 2. Si tratta, evidentemente, di una delle posizioni che più delle altre valorizzano l'elemento soggettivo strettamente connesso alla condotta del custode.

nelle diverse sfumature delle varie tesi, concentra l'attenzione sulla condotta del custode, richiedendo che questi provi di aver adottato comportamenti improntati a diligenza. Invero, ciò sembra più aderente alle prove liberatorie richieste in altre fattispecie di responsabilità civile: l'art. 2048, sulla responsabilità dei genitori, tutori, precettori e maestri d'arte, prevede la possibilità di liberazione dalla responsabilità di questi soggetti qualora provino "di non avere potuto impedire il fatto"; l'esercente un'attività pericolosa (art. 2050 c.c.) può andare esente da responsabilità provando "di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno"; nella responsabilità per circolazione di veicoli il conducente può provare "di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno" (art. 2054, I comma, c.c.). Sembra proprio che la descrizione del fortuito soggettivo sia ricalcata su queste fattispecie. Tuttavia, la disposizione sulla responsabilità da cose in custodia²⁵⁹ non ha una previsione del medesimo tenore sulla prova liberatoria, richiedendo piuttosto la prova del fortuito. Considerare quest'ultimo alla medesima stregua delle norme sopracitate appare un'interpretazione che tradisce gli elementari principi di ermeneusi del diritto, che richiedono la preminenza del criterio letterale, a prescindere dalla *ratio* che voglia riconoscersi alla norma in esame. Gli approfondimenti successivi sul momento applicativo della norma consentiranno all'indagine di sviluppare maggiori argomenti a sostegno di questa tesi.

5.3. Fatto del terzo, fatto e concorso del danneggiato, causa ignota.

Il caso fortuito, quale evento interruttivo del nesso di causalità tra *res* e danno, non deve ovviamente concretizzarsi esclusivamente in un fatto naturale, ma può essere costituito da un fatto del terzo. Con tale espressione si intende qualsiasi comportamento posto in essere da un soggetto diverso, tanto dal danneggiato quanto dal custode, che si connota per l'idoneità, alla luce delle regole causali, a produrre il danno. Qualora sia accertato che il fatto sia stato posto in essere da un terzo, ma quest'ultimo rimanga ignoto, il caso fortuito potrà dirsi comunque verificato.

Anche il fatto dello stesso danneggiato può concretare un'ipotesi di caso fortuito, qualora si riveli idoneo ad interrompere il nesso causale tra cosa ed evento dannoso. L'interruzione del nesso causale è dovuta, in questo caso, alla colposità della condotta del danneggiato. Naturalmente, accogliendo un'impostazione oggettivistica del fortuito, andrà considerata la rilevanza causale del comportamento del danneggiato; non si darà rilievo alcuno ad

²⁵⁹ Così come l'art. 2052 c.c. sulla responsabilità per il danno prodotto da animali.

esigenze para-sanzionatorie nei confronti di quest'ultimo, qualora non abbia posto in essere un atto effettivamente idoneo a costituire la causa efficiente del danno²⁶⁰.

Anche l'ipotesi in cui il comportamento colposo del danneggiato abbia solo contribuito alla produzione del danno, senza tuttavia configurarne la causa esclusiva, diviene rilevante, in virtù dell'art. 1227 c.c.: non si tratta di una vera ipotesi di caso fortuito, quanto piuttosto di una precisa scelta legislativa di diminuire la portata del risarcimento, dovuta alla necessità di dare rilievo agli interessi del custode, ritenuti anch'essi meritevoli di tutela al verificarsi della fattispecie descritta dalla disposizione citata.

Essa prevede, al primo comma, che “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.” Il verbo “cagionare”, utilizzato dal codice, rimanda immediatamente ai criteri della causalità di cui si è già detto analizzando gli elementi costitutivi della responsabilità in esame. Tale argomento letterale consente di ritenere che non ci sia un principio sanzionatorio sotteso alla norma in analisi, altrimenti si sarebbe dato maggiore risalto al grado di colpa del danneggiato. Piuttosto, si tratta di un'ipotesi in cui, sulla base di esigenze di giustizia equitativa, si ritiene di venire incontro agli interessi del custode, la cui *res* a lui vicina e da lui “governata” non è stato il solo fattore causalmente idoneo a produrre il danno.

Ad influire sulla quantificazione del risarcimento non sarà dunque la colpa del danneggiato, bensì il fatto da lui posto in essere, considerato nella sua materialità²⁶¹.

Potrebbe ritenersi che la norma richieda una “valutazione comparata dei rispettivi apporti del responsabile e del danneggiato” nella produzione del danno, “perché si possa giungere ad una equilibrata considerazione (e ripartizione²⁶² tra le parti del danno)”²⁶³.

²⁶⁰ Scrive C. SEVERI, *op. cit.*, pp. 1473-1474: “in questi casi il custode viene esonerato da responsabilità quando venga ravvisato il caso fortuito nel comportamento colposo della vittima, ossia quando la cosa svolga solo il ruolo di occasione dell'evento tanto da essere svilita a mero tramite del danno in effetti provocato da una causa ad essa estranea, che ben può essere integrata dallo stesso comportamento del danneggiato: in tale caso si verifica il cosiddetto fortuito incidentale, idoneo ad interrompere il collegamento causale tra la cosa ed il danno.”

²⁶¹ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 110, che osserva: “in sostanza, la *ratio* della prima parte dell'art. 1227, comma 1, c.c. non è quella di una norma nella quale la colpa, in quanto determina la responsabilità, influisce anche sulla entità del risarcimento, ma quella di una norma che pone a carico del danneggiato il danno al quale egli stesso ha concorso a cagionare. Sicché il criterio di imputazione, retto dalla colpa, perde il significato proprio di elemento dell'illecito, per assumere quello di requisito materiale ed oggettivo dell'azione, da affiancare al rapporto di causalità.”

²⁶² P. LAGHEZZA, *Concorso di cause tra solidarietà e frazionamento*, commento a Trib. Civ. di Bari, 12 dicembre 2013, in *Danno e resp.*, 2014, 8-9, 855, affronta il tema nella interessante prospettiva del c.d. “apporzionamento causale”, quale metodo ricostruttivo della verifica di un evento che “riconquista prepotentemente la scena nell'ipotesi in cui parte del danno sia riconducibile ad una causa (umana o non

Questa ricostruzione è ormai consolidata ed ha preso il sopravvento rispetto a quella contraria, fondata sul principio di così detta autoresponsabilità, secondo cui era necessario quasi “sanzionare” il danneggiato, al di là dell’effettivo contributo causale che essa avesse fornito nella produzione dell’evento dannoso, sol perché la sua condotta era macchiata da colpa²⁶⁴.

Concludendo l’analisi normativa del caso fortuito, merita una breve considerazione la nozione di causa ignota, anche per alcune suggestioni che sembrano confermare la tesi sopra esposta sulla nozione del fortuito oggettivo depurato dai requisiti di imprevedibilità ed inevitabilità, ma connotato dall’estraneità. L’art. 2051 c.c. non contiene alcun espresso riferimento alla causa ignota; tuttavia la Relazione al codice specifica (al n. 794) che essa non configura un’ipotesi di fortuito, non essendone piena dimostrazione e mancando, pertanto, dei requisiti necessari ai fini dell’efficacia liberatoria.

Essa è una circostanza ben diversa dalla mancanza della prova del rapporto di causalità, che comporterebbe il mancato perfezionamento del fatto originatore degli effetti risarcitori. Una volta che il danneggiato dimostri la sussistenza del nesso causale tra *res* ed evento, al custode della cosa non resta che provare il caso fortuito. Poiché però questo è un elemento positivamente individuato, estraneo alla cosa e al custode ed autonomamente nella

umana) imputabile al danneggiato. La Corte dovrà, in questo caso, accertare la sequenza causale in cui siano confluite più concause imputabili ai diversi soggetti (fra i quali vi è anche la stessa vittima), dovrà quindi distinguerne i diversi apporti causali e valutarne la rispettiva incidenza sul danno aggregato; quest’ultimo verrà, infine, scomposto in due componenti, quello riconducibile a responsabilità della vittima e quello riconducibile a responsabilità degli altri danneggianti, a loro volta legati al vincolo della solidarietà. La somma algebrica delle due componenti risultanti dall’operazione di frazionamento causale, costituirà infine il *quantum* del danno risarcibile.”

²⁶³ Così A. BENEDETTI, *La responsabilità da cose in custodia tra prova liberatoria e condotta del danneggiato*, commento a Cass. civ., Sez. III, 22 settembre 2009, n. 20415, in *Danno e resp.*, 2010, 5, 464.

²⁶⁴ A tal proposito, A. LEONARDI, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per insidia stradale: dall’insidia e trabocchetto alla c.d. prevenzione bilaterale passando per la responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 4, p. 1135, osserva che “si è ormai ragionevolmente acquisita, almeno da parte della giurisprudenza di legittimità, la convinzione che il concorso di colpa del danneggiato non possa essere inquadrato nell’ambito del principio di autoresponsabilità, così come invece postulato dalla dottrina tradizionale, per imporre ai potenziali danneggiati doveri di attenzione e diligenza e per indurli a contribuire, insieme con gli eventuali responsabili, alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirla, ma vada diversamente collocato nell’ambito del principio di causalità, per cui al danneggiante non può farsi carico di quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile e, per converso, non può essere considerato danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso.” L’autrice, successivamente, afferma come il vecchio principio di autoresponsabilità non sia comunque del tutto tramontato: di esso si serve buona parte della giurisprudenza di merito, quasi per finalità “compensative” rispetto al regime di allegazione probatoria più favorevole per il danneggiato, soprattutto qualora si consideri l’art. 2051 c.c. come ipotesi di responsabilità oggettiva. Invoca il principio di autoresponsabilità, ma si riferisce comunque ad un “contributo [del danneggiato] nella verifica del danno”, G.G. GRECO, *op. cit.*, p. 586. Si ritiene che l’a. si riferisca ai criteri di causalità, dal momento che invoca la nozione oggettiva del fortuito.

produzione dell'evento, non può dirsi provato se non si fornisca la prova di una causa specifica che abbia prodotto il danno. Secondo taluno, che la causa rimanga ignota equivale a dire che non è stata data prova del fortuito²⁶⁵.

Forse, la causa ignota non può essere considerata fortuito perché in tal caso mancherebbe la prova della completa estraneità rispetto alla cosa in custodia, al di là della sussistenza dei requisiti della imprevedibilità, inevitabilità ed eccezionalità. A conferma di tale assunto, si osservi che, diversamente dalla causa ignota, il fatto del terzo rimasto ignoto libera il custode²⁶⁶: vi è in questo caso la certezza circa l'indipendenza e l'estraneità del fattore causale eccezionale ed autonomo nella produzione del danno rispetto alla cosa in custodia²⁶⁷.

5.4. Proposta definitoria di sintesi sulla base dei caratteri di autonomia, indipendenza ed estraneità del fortuito.

Le indagini sin qui svolte non consentono ancora di elaborare una nozione definitiva di caso fortuito. Tuttavia, è possibile indicare alcuni punti emersi, che potranno successivamente essere confermati, approfonditi, ma anche rivisti o confutati.

Tra la nozione oggettiva e quella soggettiva di fortuito, gli argomenti a sostegno dell'una e dell'altra, così come le ricerche condotte sul concetto di cosa e di custodia, lasciano propendere per una maggiore attendibilità e persuasività logico-giuridica della prima impostazione teorica.

²⁶⁵ Cfr. D. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, p. 250 e ss.

²⁶⁶ Cfr. Cass. civ., 10 marzo 2009, n. 5741, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 422, che ha distinto tra causa ignota e fatto di un terzo rimasto ignoto. Nel primo caso, quando persiste l'incertezza sull'individuazione della concreta causa del danno, pur essendo certo che esso deriva dalla cosa, la responsabilità rimane a carico del custode in quanto il fatto ignoto non è idoneo ad eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento. Se invece è certo che l'evento dannoso si è verificato per fatto del terzo rimasto ignoto, in questo caso, essendo interrotto il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso, il custode non risponde del danno. L'individuazione precisa del terzo non costituisce un elemento essenziale per la prova dell'interruzione del nesso eziologico; naturalmente, l'impossibilità di indicare la persona del terzo non deve essere confusa con l'incertezza sull'effettivo ruolo che un terzo abbia avuto nella produzione dell'evento. In tale evenienza, infatti, viene a mancare la prova del caso fortuito.

²⁶⁷ Cass. civ., 29 marzo 2012, n. 5072 (citata da G. SPINA, *La responsabilità del custode ex art. 2051 c.c. tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 5, 1532) distingue tra ipotesi di causa rimasta ignota e ipotesi in cui rimane ignoto il terzo autore del danno, sottolineando che se è "certo che l'evento dannoso si è verificato per fatto del terzo rimasto ignoto, in questo caso, essendo interrotto il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso, il custode non risponde del danno". E in effetti, "l'individuazione precisa del terzo non costituisce un elemento essenziale per la prova dell'interruzione del nesso eziologico".

Non mancano degli elementi di fragilità, già individuati, come la probabile inadeguatezza delle nozioni di imprevedibilità e inevitabilità ad indicare il fortuito, attesa la loro maggiore coerenza se inquadrare nell'ambito di una valorizzazione dell'elemento soggettivo, tanto per il fortuito che per la custodia.

Forse, una maggiore semplificazione – senza intaccare la validità della nozione oggettiva di fortuito, anzi in certo senso valorizzandola – potrebbe essere perseguita indicando quali elementi dello stesso l'autonomia, l'indipendenza, l'estraneità. Essi sono stati già menzionati dalla dottrina, ma non in maniera unanime e spesso in stretta connessione con l'imprevedibilità e l'inevitabilità.

La nozione di “indipendenza”, così come quella di estraneità, ben può spiegare l'esistenza di un fattore dannoso autonomo, che nulla abbia a che vedere con la cosa e, quindi, con la custodia e che tuttavia non comporti il riferimento alla condotta di un soggetto, diligente o meno. Certo, si tratta di concetti che meritano approfondimento ed ulteriore riscontro, quindi un *surplus* di ricerca; tale approfondimento deve essere condotto sotto il profilo storico-comparatistico, ma anche alla luce dell'ordinamento vigente e del momento applicativo della fattispecie di responsabilità da cose in custodia.

Allo stato attuale della ricerca, volendo propugnare la tesi del fortuito oggettivo, non sembrano rinvenirsi ostacoli all'idea di accantonare i concetti di imprevedibilità ed inevitabilità, valorizzando piuttosto quelli sopra menzionati. Potrebbe sembrare una mera questione formalistica e teorica: ma i casi pratici di confine potrebbero confermarne la validità ed il risvolto pratico; anche in senso negativo, dimostrandone l'inefficacia.

Per il momento, rimane una definizione ancora da sottoporre alla prova di validità teorico-dogmatica e di efficacia pratica, che può sintetizzarsi in questi termini: *caso fortuito è quell'evento eccezionale che, caratterizzandosi per l'estraneità e l'indipendenza rispetto alla cosa e quindi alla custodia, abbia autonomamente ed eccezionalmente prodotto il danno, di talché il custode non può essere ritenuto responsabile.*

5.5. Prime conclusioni.

L'analisi del caso fortuito, riguardo al quale è stata fornita anche una nuova ipotesi definitoria, non può ancora dirsi completa. Anzi, dalla ricerca sin qui condotta, si ritiene che tale elemento costituisca la chiave ermeneutica della fattispecie di responsabilità da cose in custodia. Le varie teorie ricostruttive ne hanno dimostrato l'importanza ma anche la possibilità di diversi inquadramenti, non sempre nettamente distinti tra loro. Rimane un

nodo cruciale ancora da sciogliere, la cui soluzione – si presume – non solo potrà chiarire l'effettiva portata normativa di tale elemento, ma consentirà di verificare l'effettivo criterio d'imputazione e il fondamento della responsabilità ex art. 2051 c.c.

L'interrogativo cui tentare di fornire una risposta è, in definitiva, se il caso fortuito incide sulla (possibilità di) custodia o sull'evento lesivo in sé. Detto altrimenti, esso è elemento interruttivo del nesso di causalità tra *res* e danno perché fatto impeditivo della custodia (diligente) o causa efficiente esclusiva dell'evento? Si tratta di una questione che esorbita dalla mera alternativa nominalistica tra fortuito soggettivo ed oggettivo²⁶⁸ e che si potrà dirimere solo all'esito di un'attenta analisi del momento applicativo della norma in esame²⁶⁹.

²⁶⁸ Anche perché vi sono casi nei quali in linea teorica si proclama il principio di rilevanza meramente causale del fortuito, laddove nei fatti si guarda alla dinamica comportamentale dei soggetti protagonisti delle vicende. Cfr., a tal proposito, A. FRANCHI, S. ARGINE, *La Pubblica Amministrazione e l'art. 2051 c.c.: verso un tertium genus di responsabilità?*, commento a Trib. Milano, 8 gennaio 2014, n. 164, Sez. X e App. Milano, 12 febbraio 2014, n. 615, Sez. II, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, p. 1969: "ecco dunque che sovente i giudici aditi sull'intero territorio nazionale, pur ripetendo quasi apoditticamente che la responsabilità da cose in custodia ha natura oggettiva, non mancano di applicare l'art. 2051 c.c. in senso sostanzialmente soggettivo. Nel fare ciò, essi conducono la loro analisi attraverso una lettura «decisamente elastica del concetto di fortuito», che «mostra spesso di essere influenzato dalla prevedibilità ed evitabilità del danno»."

²⁶⁹ Si tornerà, dunque, sul concetto di fortuito dopo le ulteriori indagini delle parti successive del presente lavoro.

CAPITOLO II
ILLECITO CIVILE NEL DIRITTO ROMANO:
***LEX AQUILIA*, RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI**
E DANNI DERIVANTI DA COSE

1. L'illecito civile nel diritto romano. sistema generale di responsabilità extracontrattuale e nozione di danno.

Per il diritto romano¹, la nozione di illecito non è dissimile da quella attualmente desumibile nel nostro ordinamento. I Romani consideravano illecito qualsiasi atto o fatto al quale l'ordine giuridico ricollegasse una conseguenza diretta a ripararne ovvero a reprimerne gli effetti². Suoi elementi costitutivi, pertanto, erano, da un lato, un comportamento che violasse un precetto giuridico, dall'altro, la lesione di un interesse tutelato dal diritto³, patrimoniale o meno: se il comportamento dell'agente fosse stato causa della lesione prodotta⁴, si sarebbe conseguentemente determinata la necessità di riparare il *damnum* o l'*iniuria*⁵ prodotti.

A partire dal periodo classico, l'accentramento dello Stato e la prevalenza del potere pubblico su quello privato determinarono una forte tendenza ad assorbire gli illeciti nell'area del diritto penale. Tuttavia, dal momento che un buon numero di fattispecie di illecito erano previste per tutelare i privati, si verificò una sovrapposizione ed un

¹ Si è consapevoli dell'ampiezza e della fumosità del concetto di diritto romano. Non si tratta di un sistema giuridico storicamente ben definito in un preciso arco temporale; anzi, gli stravolgimenti e le diversissime forme di governo e di struttura politico-istituzionale che hanno caratterizzato la storia di questo popolo a partire dalla fondazione di Roma e fino alla caduta dell'Impero d'Occidente (date convenzionalmente individuate rispettivamente nel 753 a.C. e 476 d.C.), rendono questo periodo ultramillenario difficilmente unificabile sotto qualsiasi profilo. Tuttavia, vi sono alcuni tratti peculiari della cultura giuridica tipicamente romana che si sono mantenuti nel tempo, resistendo ai cambiamenti ed assurgendo ad elementi strutturali tipicamente identificativi. Ad essi ci si riferirà d'ora in poi allorquando si parlerà genericamente di diritto romano.

² Vedi G. CRIFÒ, voce *Illecito (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 154.

³ Cfr. Ulp., D., 39, 2, 26.

⁴ G. CRIFÒ, voce *Illecito (diritto romano)*, *cit.*, p. 154, osserva in proposito che per qualificare illecito un atto occorrono: la violazione di una norma che si concreta in un comportamento contrario al diritto; la lesione di un interesse tutelato dal diritto, patrimoniale o meno; un nesso causale tra il comportamento di chi agisce e la lesione prodotta.

⁵ Sul concetto di *iniuria* torneremo a breve, approfondendolo; si tratta di un elemento i cui confini definitivi risultano determinanti per la concezione dell'illecito – ed in particolare per quello aquiliano – nel diritto romano.

ampliamento del novero degli interessi dei privati tutelati dall'ordinamento⁶: per un verso aumentarono le situazioni di concessione di azione penale privata, per altro, "in reazione a molte azioni penali, cominci[ò] ad affiorare l'idea di una funzione riparatoria del danno patrimoniale subito dall'offeso."⁷

Pertanto, l'illecito di diritto romano va classificato tenendo conto sia della sanzione ad esso collegata, sia della natura dell'interesse leso⁸.

Si distingueva, dunque, l'illecito in penale e non penale.

Quello penale, in particolare, poteva essere pubblico o privato: nel primo caso, l'illecito si configurava quale *crimen*, offendeva l'intera comunità ed era soggetto a persecuzione pubblica; nel secondo caso, veniva in rilievo il così detto *delictum*⁹, disciplinato dal *ius civile* e punito su iniziativa della parte lesa, che poteva così ottenere una persecuzione privata che sfociava nell'irrogazione di una *poena*. Quest'ultima presentava una duplice funzione: "afflittiva per il colpevole e di riparazione del torto subito per la parte lesa."¹⁰

I casi classici di illeciti privati puniti con azione penale si rinvennero nella nota elencazione gaiana: *rapina, furtum, iniuria, damnum iniuria datum*. Tuttavia, l'impulso del pretore diede vita ad altre fattispecie¹¹ in cui l'obbligato *quasi ex delicto teneri*¹².

La presente indagine richiede di focalizzare l'attenzione proprio sui delitti privati – e quindi sulle relative azioni –, dal momento che la loro disciplina costituisce l'antenato diretto dei sistemi moderni di responsabilità così detta extracontrattuale, nel cui alveo si colloca la fattispecie di responsabilità da cose, oggetto principale di questa ricerca.

⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, 1998, p. 463.

⁷ *Ibidem*. Nella medesima prospettiva, scrive B. ALBANESE, voce *Illecito (Storia)* in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1970, p. 54: "è inutile precisare ulteriormente qui, per ora, quel che, del resto, avrebbe senso precisare solo in relazione ad uno specifico ordinamento. Un solo punto deve essere subito sottolineato, sebbene già chiaramente implicito in quel che s'è detto. E cioè, che il risarcimento del danno può benissimo, in linea di massima, essere assunto da un ordinamento giuridico come una pena. L'essenziale è che l'ordinamento assuma il risarcimento in funzione di afflizione, di pena cioè; e ciò emergerà dai caratteri della disciplina concreta dell'illecito. Quanto ora detto potrà risultare meglio dalla verifica storica che ci offrirà qui di seguito il diritto romano. In ogni caso, è utile fin d'ora insistere sulla circostanza che, in sé e per sé, risarcimento e pena non sono concetti che si escludono reciprocamente."

⁸ Cfr. G. CRIFÒ, voce *Illecito, cit.*, p. 155.

⁹ *Ivi*, p. 160, si fa notare come, nel corso del tempo, i Romani siano poi giunti ad una equivalenza dei due termini, con perdita del loro rigore.

¹⁰ *Ibidem*. L'a., osserva altresì in proposito: "dal primitivo potere di *vindicta*, attraverso l'uso della composizione pecuniaria volontaria [...] e l'eliminazione delle pene corporali, si giunse alla nascita, dall'illecito stesso, di una obbligazione diretta ad ottenere la riparazione del torto subito (*poena*). Ai quattro antichi delitti dell'*ius civile* (furto, rapina, *damnum iniuria datum*, *iniuria*), si aggiunsero poi le altre fattispecie configuranti illeciti sanzionati da azioni pretorie e che in parte rientrarono nell'elaborazione che delle fonti di obbligazione fu fatta dai compilatori giustiniani, nella figura dei quasi-delitti."

¹¹ Raggruppate nelle *res cotidianae* come *variae causarum figurae*.

¹² Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 463. Non è privo di rilievo osservare che tali forme di illecito vennero poi enumerate nelle Istituzioni di Giustiniano come *obligationes quasi ex delicto*.

Gli elementi identificativi delle azioni penali private erano i seguenti¹³: intrasmissibilità agli eredi della soggezione all'*actio*¹⁴; nossalità, cioè possibilità per il *dominus* di abbandonare lo schiavo, o l'animale, o il *filius familias*, colpevole del delitto, alla reazione vendicativa della vittima, così sottraendosi al risarcimento del danno; cumulatività tra azione penale ed azione reipersecutoria, ovverosia diretta "alla reintegrazione patrimoniale del detrimento subito dall'offeso in conseguenza dell'atto illecito"¹⁵.

Proprio tale pregiudizio subito dall'offeso è ciò che i Romani generalmente identificavano con il termine danno.

Questo elemento fondamentale nel sistema dell'illecito consisteva nella diminuzione patrimoniale che il danneggiato subiva in dipendenza del fatto altrui, in una stretta relazione di causa ed effetto¹⁶; esso è un concetto ben diverso da quello di mero valore della cosa danneggiata o della prestazione che non sia stata adempiuta. Né i Romani consideravano danno la privazione di un mero vantaggio economico, di un *commodum* o *lucrum*¹⁷.

Danno non poteva essere un fatto dai contorni indefiniti, ma l'effettiva perdita sofferta dal titolare del diritto sul bene colpito¹⁸.

Tale definizione segnò il passaggio "dalla considerazione della situazione subiettiva a quella delle condizioni oggettive determinatesi dopo il verificarsi dell'atto"¹⁹.

¹³ *Ivi*, pp. 464 e 466, l'a. osserva come le stesse caratteristiche si rinvengono nelle azioni penali introdotte dal pretore per una serie di atti illeciti che non rientrano nella previsione del *ius civile*. Ma queste azioni, diversamente da quelle del *ius civile*, non erano perpetue: si estinguevano dopo un anno.

¹⁴ Che però venne meno nel periodo giustiniano, quanto alla possibilità di esperirla contro gli eredi del reo che si fossero arricchiti. Solo l'*actio iniuriarum* rimase strettamente personale.

¹⁵ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 465.

¹⁶ Vedi in tal senso L. BOVE, voce *Danno (diritto romano)* in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 143.

¹⁷ Cfr. G. CRIFÒ, voce *Illecito, cit.*, p. 154.

¹⁸ Vedi G. CRIFÒ, voce *Danno (Storia)* in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 617. L'a., a ben vedere, precisa in proposito che "il termine *damnum* assume nelle fonti giuridiche romane una gran quantità di specificazioni, è collegato a molti sinonimi e contrari e, come accade di molti termini relativi a concetti fondamentali del diritto, non sempre esprime perfettamente le varie possibilità concettuali. Né, purtroppo, tali possibilità, o almeno quelle di fondo, possono essere chiarite da una accertata etimologia di *damnum*, mancando in proposito la sicurezza: v'è chi giura, infatti, sulla derivazione di *dare*, di cui costituirebbe una forma participiale, v'è invece chi la nega in modo reciso, escludendo che *damnum* *dare* sia figura etimologica, e v'è chi propone a sua volta una radice *da*, legare che in effetti renderebbe ragione di espressioni alquanto antiche [...] e che consentirebbe di affermare che *damnum* (così come *noxia*) in precedenza non aveva alcun collegamento con l'idea di danneggiamento, ma avrebbe significato piuttosto vincolo, obbligatorietà, da cui solo in un secondo tempo si sarebbe sviluppato il senso di perdita."

¹⁹ Così L. BOVE, voce *Danno (diritto romano)*, *cit.*, p. 143. La condizione del soggetto danneggiato veniva osservata dalla prospettiva del detrimento patrimoniale da questi effettivamente subito in conseguenza di un evento che non rientrasse nel corso ordinario delle cose (quest'ultima espressione è di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Barbera, 1908, 2 ediz., II, p. 156, che specifica ulteriormente il concetto in questi termini: secondo i Romani una persona subisce un danno quando ha una perdita patrimoniale che, secondo il corso ordinario delle cose, non avrebbe dovuto fare.

Essendo risarcibile solo l'effettiva diminuzione patrimoniale, nell'alveo del danno risarcibile non potevano rientrare i così detti danni morali. “In conclusione, può dirsi che il danno – che obbliga al risarcimento – consiste in una diminuzione del patrimonio altrui per un fatto illecito sicché il risarcimento relativo deve essere valutato con riferimento a questa diminuzione, che il diritto prende in considerazione, e non esclusivamente considerando il valore venale della cosa danneggiata o della prestazione non eseguita, mentre il fondamento dell'obbligo di risarcire è nell'illiceità del comportamento del danneggiante.”²⁰

In stretto rapporto di interdipendenza con il danno è il concetto di interesse per i Romani: infatti, è proprio l'*id quod interest*, comprensivo sia del danno emergente che del lucro cessante, che consente di determinare la misura del risarcimento²¹.

I concetti di illecito, danno, risarcimento e interesse si influenzano e si delimitano reciprocamente.

Un atto determinava la punibilità di chi lo avesse posto in essere se compiuto in violazione di un precetto giuridico. Ma la *poena*, per i delitti privati, non consisteva necessariamente in un'obbligazione risarcitoria: quest'ultima sorgeva solo allorquando si verificasse un danno – ovvero una diminuzione patrimoniale effettiva – per l'individuazione del quale era necessario volgere lo sguardo all'interesse del soggetto leso.

In definitiva, se fondamento dell'obbligo di risarcire era un comportamento illecito, concretamente gli effetti costitutivi dell'obbligo risarcitorio si producevano solo in presenza del danno-diminuzione patrimoniale, che si determinava avendo riguardo all'interesse del danneggiato. In questo quadro riassuntivo emergono già chiaramente i prodromi di quelle linee direttrici che condurranno con l'evoluzione giuridica alle concezioni moderne in materia; ciò porta a concentrarci sulla *lex Aquilia*, nella quale, come si vedrà, era contenuto il termine *damnum* (nel III capo, in particolare), la cui accezione coincide con quella appena descritta.

2. La *Lex Aquilia de damno*.

2.1. Entrata in vigore e i “tria capita”. Caratteri e struttura della *Lex*.

Le *Lex Aquilia de damno* è un plebiscito che, sin dalla sua entrata in vigore, innovò

²⁰ Così L. BOVE, voce *Danno*, cit., p. 143.

²¹ G. CRIFÒ, voce *Danno*, cit., p. 617.

radicalmente la disciplina dei delitti privati, prevedendo un sistema generale di responsabilità da illecito.

La sua notevole influenza non fu limitata al solo sistema giuridico romano in cui la nuova legge operò, ma andò ad incidere più in radice sull'intero pensiero giuridico del mondo occidentale, antico e moderno²², tanto da rappresentare un'autentica pietra miliare per gli attuali sistemi di responsabilità civile²³.

Detto provvedimento legislativo rappresentò un *novum* nel sistema giuridico in cui fu inserito, poiché prevedeva una vera e propria disciplina generale²⁴ delle azioni per il risarcimento del danno.

In precedenza, le XII Tavole disciplinavano solo alcune ipotesi particolari in cui venivano riconosciute azioni per illeciti produttivi di danno²⁵, ma mancava una vera e propria azione generale di risarcimento²⁶. Il sopra richiamato testo decemvirale poteva al più contenere “una specie di norma di chiusura, che completasse la casistica dei danni dati a cose come la norma sull'*iniuria* completava quella dei danni alle persone”²⁷.

Quanto alla data di adozione della *Lex Aquilia*, non v'è convergenza tra gli studiosi sull'individuazione di un anno specifico²⁸. Certamente, essa era nota a Cicerone²⁹ nel 76 a.

²² C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, in AA. VV., *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, atti del Convegno di Madrid 1993, a cura di L. Vacca, Giappichelli, 1995, p. 25 pone l'accento sull'evidenza che tutto il pensiero giuridico ha da sempre dovuto fare i conti con la *lex Aquilia*.

²³ Ancora oggi è diffuso nel linguaggio giuridico l'aggettivo aquiliana come sinonimo della responsabilità extracontrattuale, a testimonianza dell'origine degli istituti attuali dall'antico provvedimento plebiscitario.

²⁴ Secondo B. ALBANESE, voce *Damnum iniuria datum*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1961, p. 110, la *Lex Aquilia* non abrogò le precedenti disposizioni cui si accennava, ma le rese in pratica di scarsa importanza in età avanzata.

²⁵ Come l'incendio doloso di casa, il pascolo abusivo, il taglio di alberi.

²⁶ Per G.I. LUZZATTO, voce *Colpa penale (diritto romano)* in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 615, le XII Tavole contemplavano solo alcune ipotesi particolari, non vi era un'azione generale di risarcimento. Secondo C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria, cit.*, p. 28 è improbabile che le dodici tavole contenessero una norma generale sul risarcimento dei danni, nella quale la fattispecie sanzionata venisse descritta con l'impiego del verbo *ru(m)pere* o del suo derivato *rupitiae*. Inoltre, il testo decemvirale prevedeva numerosi casi sistematicamente indipendenti l'uno dall'altro ovvero, nel forse unico caso in cui una connessione è certa, legati secondo un criterio diverso da quello successivo: alludo alla regola di tab. 8, 3 sull'*os fractum*, che considerava insieme l'ipotesi della frattura alla persona libera (per il diritto classico un caso di *iniuria*) e allo schiavo (per il diritto classico un caso di danno aquiliano)..

²⁷ *Ivi*, p. p. 30. L'a. aggiunge che “in un simile contesto, quel che si potrebbe astrattamente ammettere è che le dodici tavole contenessero non una norma generale in materia di danno dato, ma una specie di norma di chiusura, che completasse la casistica dei danni dati a cose come la norma sull'*iniuria* completava quella dei danni alle persone. [...] Ma una simile ipotesi [l'a. si riferisce alla ricostruzione del Voigt: *si rupitias faxit vel alienum servum quadrupemve pecudem occelsit, noxiam sarcito, n.d.r.*] è arbitraria.”

²⁸ Il periodo d'entrata in vigore dovrebbe collocarsi all'incirca nel III secolo a.C.: v'è chi, mantenendo ampi margini temporali, individua un *terminus post quem* nei provvedimenti in materia di danno successivi alle XII tavole, presuntivamente collocabili intorno al IV secolo a.C.; *terminus ante quem* potrebbero considerarsi le commedie plautine di fine III-inizio II secolo a.c. Rimane, quindi, un arco temporale alquanto

C. ed ancor prima al giureconsulto M. Giunio Bruto nel 150 a. C.³⁰, ma è comunque probabile che la sua adozione risalga al III secolo a.C.³¹.

La legge constava di tre capi, dei quali il primo e il terzo contemplarono il delitto di danneggiamento (*damnum iniuria datum*).

Nel primo capo³² era previsto il delitto dell'uccisione di un altrui schiavo o quadrupede appartenente alla categoria dei *pecudes*³³. Veniva punito chi fosse obiettivamente l'autore del danno³⁴ con una pena pari al maggior valore che il servo o l'animale aveva avuto entro l'ultimo anno precedente al delitto.

Nel terzo capo³⁵ era previsto il delitto di chi ferisse il servo o il *pecus*, uccidesse o ferisse ogni altro animale, o in genere bruciasse, spezzasse, danneggiasse cose altrui, punendolo con l'obbligo del pagamento del massimo valore della cosa negli ultimi trenta giorni anteriori al delitto³⁶.

Il secondo capo, nel tempo caduto in desuetudine³⁷, si riferiva invece al fatto dell'*adstipulator* (creditore aggiunto a una stipulazione principale) che avesse rimesso (*acceptilatio*) il debito *in fraudem stipulatoris*, obbligandolo a pagare il valore della prestazione mancata³⁸.

La *Lex Aquilia* disciplinava il *damnum iniuria datum*, ovverosia “la più importante figura di danneggiamento prevista dall'ordinamento giuridico romano”³⁹: si trattava di un delitto

ampio per la collocazione della votazione della *Lex Aquilia*. Per questa tesi, vedi M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, Giuffrè, 2002, p. 163.

²⁹ *Pro Tull.*, 9.

³⁰ Cfr. *Dig.* IX, 2, *ad Legem Aquiliam*, p. 27.

³¹ Cfr. in tal senso anche B. ALBANESE, voce *Damnum iniuria datum*, *cit.*, 110.

³² Ricostruito nei seguenti termini da M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, *cit.*, p. 180: *Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupemve pecudem aliena iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto.*

³³ *Hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit.* Erano da annoverarsi tra i *pecudes* i bovini, gli equini, gli ovini, i caprini, i suini.

³⁴ Ed anche se il danno non era stato volontariamente cagionato. Cfr. G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 470.

³⁵ Che, stando alla ricostruzione di M.F. CURSI, *op. cit.*, pp. 207-208, aveva il seguente tenore: *ceterarum rerum praeter nomine et pecudem occisos si quis alterum damnum faxit, quod usserit fregerit ruperiti iniuria, quanti ea res fu(er)it in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

³⁶ L'una e l'altra pena raddoppiavano se il convenuto, in luogo di accettare un arbitro per la valutazione della cosa, avesse negato il delitto, costringendo l'attore a darne la prova (*adversus infitiantem*).

³⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 471.

³⁸ Si è invano tentato di spiegare come mai una tale disposizione, del tutto avulsa rispetto al criterio del *damnum corpore corpori datum*, abbia potuto insinuarsi fra le altre due. Si può forse ipotizzare che il capo III abbia origine posteriore, e si sia fuso coi primi due (per un nuovo atto legislativo o per opera della giurisprudenza) come in un testo unico. Secondo M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 208, la *Lex Aquilia* presentava una struttura articolata, constando, oltre alle tre norme sostanziali appena esaminate, anche di due clausole processuali, che completavano il quadro normativo, rendendolo una struttura articolata e complessa.

³⁹ B. ALBANESE, voce *Damnum iniuria datum*, *cit.*, p. 110.

privato di *ius civile*. L'illecito eventualmente posto in essere, in quanto produttivo di danno – nell'accezione di diminuzione patrimoniale sopra meglio individuata⁴⁰ – avrebbe prodotto gli effetti dell'*obligatio* in capo al soggetto danneggiante.

Lo stesso Gaio individua i presupposti dell'esperibilità del rimedio *ex lege Aquilia* nel *damnum*, inteso come lesione del patrimonio altrui, e nell'*iniuria*, sulla quale ci si soffermerà meglio oltre.

Quanto al danno, esso avrebbe dovuto trovarsi in rapporto di stretta causalità con il comportamento illecito, essendo il primo conseguenza evidente del secondo.

Secondo l'originaria concezione delle fonti, infatti, per attribuire il fatto lesivo ad una persona, bastava constatare l'esistenza di un nesso causale tra comportamento esterno e fatto dannoso⁴¹.

Non veniva preso in considerazione, nel delitto di danneggiamento, un eventuale fatto omissivo⁴²; inoltre, elemento costitutivo ineludibile dell'illecito aquiliano consisteva in ciò che il danno fosse arrecato *corpore corpori*, “cioè prodotto fisicamente in pregiudizio fisico dell'oggetto sul quale l'attività dell'autore del delitto si estrinsecava”⁴³.

Questa originaria interpretazione restrittiva della *lex* indurrebbe a ritenere non solo che non venissero contemplate ipotesi di danneggiamento derivante da omissione, ma anche che non fosse oggetto di valutazione il comportamento positivo dell'agente secondo il profilo dell'elemento soggettivo, cioè (quantomeno) della colpa modernamente intesa.

In ogni caso, un'eventuale considerazione dell'imputabilità sotto il profilo del contegno subiettivo dell'agente passa dall'analisi dell'elemento dell'*iniuria*, quale altro termine identificativo dell'illecito, su cui ci si soffermerà a breve. Di certo, una sua sicura accezione era quella di contrarietà dell'azione al diritto; connotazione, questa, che insieme al *damnum* costituiva presupposto indefettibile della responsabilità aquiliana.

⁴⁰ Osserva L. BOVE, *op. cit.*, p. 143, che nella *lex Aquilia* il termine *damnum* (testualmente attestato soltanto nel c. III) indica ugualmente la perdita subita dal proprietario e non il danneggiamento materiale dell'oggetto, allo stesso modo di quanto accade nelle altre ipotesi di danneggiamento estranee alla disciplina aquiliana: in particolare si pensi al *damnum infectum* ed alla *operis novi nuntiatio*.

⁴¹ G. CRIFÒ, voce *illecito*, *cit.*, p. 155, osserva che questo era il *damnum iniuria datum*, almeno nel suo più antico atteggiarsi: non si poteva parlare di colpa omissiva né si considerava la prevedibilità dell'evento dannoso e la diligenza posta nell'evitarlo.

⁴² Cfr. G.I. LUZZATTO, voce *Colpa penale (diritto romano)*, *cit.* p. 615. Anche G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 470 conferma la tesi, osservando come inizialmente interpretazione della *lex* era alquanto restrittiva in proposito.

⁴³ G. LONGO, voce *Lex Aquilia de damno*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 799.

A questi caratteri si aggiungevano altri, comuni alle fattispecie contenute nella *Lex Aquilia*⁴⁴. Tra questi, merita di essere puntualizzata la sicura connotazione penale degli illeciti privati (si trattava di ipotesi di *delicta*), il che indica chiaramente la “tenacia dell’antica concezione totalitariamente penalistica, afflittiva, dell’illecito privato nel diritto romano”⁴⁵.

È verosimile che, pur non essendo mai messa in discussione la sua natura penale, soprattutto in età classica la giurisprudenza iniziò a sovrapporre al suddetto carattere anche quello reipersecutorio⁴⁶, attribuendo quindi una funzione risarcitoria alla *poena legis Aquiliae*. La relativa *actio*, pertanto, veniva considerata dallo stesso Gaio come *mixta*⁴⁷.

Il suo carattere penale è facilmente desumibile dalla nossalità⁴⁸, dall’intrasmissibilità ereditaria passiva, dall’esperibilità cumulativa contro più responsabili e dalla possibilità di concorso con altre azioni. Il carattere sostanzialmente reipersecutorio si manifesta invece nel concorso esclusivo di azione aquiliana e azione contrattuale (o altra azione reipersecutoria)⁴⁹.

Per i caratteri sin qui accennati, l’interpretazione nel corso del tempo della *Lex Aquilia* condusse gradualmente “verso il concetto di una pena risarcitoria: all’idea ormai prevalente di risarcimento, infatti, essa congiunge tenaci aspetti afflittivi”⁵⁰, sebbene occorra osservare come l’azione penale non potesse avere come fine principale quello del risarcimento del danno⁵¹.

⁴⁴ In particolare, l’azione compiuta *iniuria* poteva essere perseguita solo su iniziativa del *dominus* della cosa danneggiata; inoltre, se il convenuto negava la sussistenza dell’illecito poi effettivamente accertato, la condanna avveniva *in duplum*, diversamente dall’ipotesi di confessione immediata, che conduceva ad una condanna *in simplum*; infine, era prevista anche un’azione esecutiva contro il danneggiante, cioè la *manus iniectio*. Cfr. per una loro breve rassegna, B. ALBANESE, voce *Damnum*, *cit.*, p. 110.

⁴⁵ Così ID, voce *Illecito (storia)*, *cit.*, p. 63-64.

⁴⁶ La tesi è sostenuta da C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia*, *cit.*, p. 34-35.

⁴⁷ Qualche dubbio in merito nutre M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 213-214, secondo cui “il carattere misto dell’azione non si accorda con l’originaria configurazione penale della stessa: “dovremmo in altre parole ritenere che l’*actio ex lege Aquilia* fosse reipersecutoria *in simplum* e mista *in duplum*. Ma una simile conclusione - nonostante qualche isolato consenso - non può essere accolta. Ad essa si oppone la fondamentale natura penale dell’azione, concordemente testimoniata dai giuristi classici, che capovolge il tradizionale rapporto tra finalità reipersecutoria e penale propria delle azioni miste.”

⁴⁸ L’azione vedeva come legittimato passivo il padre o il padrone del danneggiante, se quest’ultimo era *filiusfamilias* o servo. In tal caso, il convenuto avrebbe potuto scegliere se subire la condanna o consegnare l’autore del danno al danneggiato. Cfr. B. ALBANESE, voce *Damnum*, *cit.*, p. 110.

⁴⁹ Per C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia*, *cit.*, pp. 34-35, si tratta di una “soluzione raggiunta dalla giurisprudenza, che costruì propriamente, in proposito, una deroga al principio del concorso tra azione penale e azione reipersecutoria, basata sull’idea che l’azione aquiliana *rei persecutionem continet*.”

⁵⁰ B. ALBANESE, voce *Illecito*, *cit.*, pp. 63-64. L’a., in particolare, si serve di questo argomento per sostenere la tesi, illustrandone il fenomeno, della creazione pretoria di azioni penali *in simplum*.

⁵¹ Cfr. G. CRIFÒ, voce *Illecito (diritto romano)*, *cit.*, p. 156.

Ci si domanda, a questo punto, quale motivazione abbia spinto i *prudentes* romani ad indirizzare la loro interpretazione del plebiscito aquiliano in questo senso. Presumibilmente, si sceglieva di ricorrere alla *poena ex lege Aquilia* proprio per soddisfare il danneggiato, non già per punire il reo. Tuttavia, non essendo reperibile nel sistema un'azione esclusivamente reipersecutoria, e non potendosi cionondimeno obliterare l'originario (e ben saldo nella cultura giuridica) carattere penale del rimedio aquiliano, si ricorreva comunque a questo strumento⁵²: esso venne gradualmente adattato, senza mai perdere la sua natura originaria.

Tale itinerario ermeneutico non sorprende, se si pone mente al fatto che simili interpretazioni avvenivano ad opera di giuristi dal forte senso pratico quali i Romani: “più urtante, ad una mentalità progredita, doveva apparire la concezione penale, afflittiva, via via sempre intollerabile di fronte ad una costante interpretazione giurisprudenziale tendente a farne uno strumento di generale risarcimento del danno.”⁵³

Il cammino evolutivo descritto, tuttavia, potrà meglio essere compreso alla luce dell'analisi del requisito dell'*iniuria*, rispetto al quale, come già si è anticipato, si pone la questione cruciale d'una eventuale sfumatura di definizione dell'illecito aquiliano in chiave soggettivistica.

2.2. Iniuria come qualificazione del danno ed elemento soggettivo (originario o sopravvenuto).

L'elemento dell'*iniuria* era previsto dal primo e dal terzo *caput* della *Lex Aquilia* quale necessario requisito dell'illecito. Essa doveva evidentemente indicare un elemento diverso dall'*iniuria-contumelia*, che era uno dei quattro grandi *delicta* del diritto privato romano, volto a punire l'insulto e l'oltraggio.

⁵² In merito, osserva C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia, cit.*, p. 53-54: “il carattere penale dell'azione - carattere che abbiamo visto essere certo fin dall'origine - assume così una coloritura tutta speciale: si ricorre qui alla pena non tanto allo scopo di punire il reo, quanto allo scopo di soddisfare il danneggiato; e se, per far ciò, si ricorre ad una struttura penale, lo si fa in quanto una struttura reipersecutoria non è reperibile.. Prosegue l'a. sottolineando come la penalità dell'*actio* non sia univoco scopo punitivo della legge: esso è strumentale allo scopo risarcitorio a favore di un proprietario che non può più ottenere soddisfazioni altrimenti. Si crea un diritto soggettivo di credito che rimpiazza il diritto di proprietà perduto. Lo schema del secondo capo è in tutto e per tutto analogo: qui abbiamo un creditore che ha perso il proprio credito, e la legge gli fornisce un credito suppletivo.”

⁵³ B. ALBANESE, voce *Illecito, cit.*, p. 85. L'a. aggiunge che “emergendo in primo piano sempre più la funzione risarcitoria dell'*actio legis Aquiliae*, fino al limite, addirittura, della responsabilità quasi automatica per ogni immaginabile danneggiamento, tanto più doveva, via via, scomparire nello sfondo l'originario carattere di *maleficium* di un comportamento, che ben poteva essere, come sottolineano i giuristi, frutto soltanto di *levissima culpa* (per non dire, addirittura, di nessuna *vera culpa*).”

Se elementi strutturali dell'illecito aquiliano erano il danno (quale diminuzione patrimoniale del danneggiato) e il comportamento illecito del danneggiante, l'*iniuria* non poteva che rappresentare la qualificazione di uno di essi.

Difatti, il titolo dei delitti *ex Lege Aquilia* era quello di *damnum iniuria datum*, ovverosia danno cagionato “con *iniuria*”. Cosa i Romani intendessero per *iniuria*, all'epoca dell'entrata in vigore del plebiscito aquiliano e nei tempi successivi, è questione alquanto complessa; ancor più spinoso è il tentativo di rispondere all'interrogativo se essa potesse o meno – originariamente o a seguito di interpretazione giurisprudenziale successiva – essere qualificata in termini soggettivistici, cioè come momento subiettivo del comportamento dannoso da riferirsi al danneggiante.

Ciò nondimeno, un tentativo di inquadramento si rivela particolarmente utile ai fini della presente ricerca: infatti, dalla risposta ai suddetti interrogativi potrebbe discendere un argomento utile a spiegare la tendenziale assenza nella *Lex Aquilia* di una previsione normativa avente ad oggetto la responsabilità da cose.

Secondo una buona parte degli studiosi, l'*iniuria* indicava l'ingiustizia obiettiva della condotta che causava il danno, quindi l'assenza di cause di giustificazione⁵⁴; essa sarebbe dunque da intendersi in termini oggettivistici, ovverosia come elemento che qualifica il comportamento nella sua obiettiva manifestazione, “prescindendosi da qualsiasi indagine circa l'atteggiamento soggettivo dell'autore”⁵⁵.

L'*iniuria*, insomma, indicava un comportamento attuato “*non iure* in quanto privo di giustificazione alcuna fondata sul *ius*”⁵⁶; è evidente il richiamo al tradizionale concetto di antiggiuridicità, modernamente intesa⁵⁷.

L'assenza di considerazione dell'elemento soggettivo è da intendersi nel senso dell'esclusione di una qualsiasi forma di indagine sulla negligenza, o sulla prevedibilità dell'evento, o ancora su un'eventuale imperizia: ciò dovrebbe valere almeno per il periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della *Lex Aquilia*⁵⁸. L'*iniuria*, quale antiggiuridicità del danneggiamento, si configurava, dunque, indipendentemente dall'elemento soggettivo della condotta.

⁵⁴ Vedi, su tutti, G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 470.

⁵⁵ *Ivi*, p. 470.

⁵⁶ S. LAZZARINI, voce *Responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, in *Dig. (discipline privatistiche)*, XVII, Torino, 1998, p. 293.

⁵⁷ È a partire da Ugo Grozio (influenzato a sua volta dalle elaborazioni della Scolastica) che il concetto di *iniuria* si diffuse per indicare la lesione dell'interesse protetto, nell'accezione di *damnum contra ius*.

⁵⁸ Vedi G.I. LUZZATTO, voce *colpa penale*, *cit.*, p. 615.

Successivamente, l'*interpretatio* giurisprudenziale iniziò a dare rilievo al momento soggettivo, analizzando la riprovevolezza della condotta: “attraverso passaggi gradualmente ed articolati si giunge cioè alla consapevolezza che il danno può essere considerato *iniuria datum* sia se è voluto sia se è imputabile ad una condotta che possa qualificarsi come negligente, imperita o imprudente.”⁵⁹

Il testo della *Lex Aquilia*, infatti, parlava solo di *iniuria*, non di *culpa*: tuttavia, questa nozione fu “introdotta”, quale requisito dell’illecito, a partire verosimilmente dall’età repubblicana⁶⁰, “per stigmatizzare la condotta non giustificabile e, quindi, rimproverabile”⁶¹, del danneggiante.

Si trattò di un’operazione graduale, scaturita dall’esigenza di superare il carattere meramente obiettivo dell’*iniuria*. Il concetto di *culpa* andò ad individuare e definire “il profilo della illiceità propria dell’*iniuria*, determinandola in un ambito più limitato, della riprovevolezza soggettiva.”⁶²

La prova di tale interpretazione evolutiva sarebbe già rinvenibile in Ulpiano⁶³, il quale richiama la “doppia accezione” del requisito dell’*iniuria* laddove sostiene che essa rilevi “*si culpa quis occideris*”, ma al contempo osserva che “*quod non iure factum est, hoc est contra ius*”.

L’*iniuria* aquiliana, dunque, “è rappresentata come un comportamento antigiusuridico produttivo di danno, colorato soggettivamente dalla *culpa*”⁶⁴.

Tale processo dovette presumibilmente concludersi già in età repubblicana⁶⁵.

⁵⁹ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 472.

⁶⁰ Cfr. C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia, cit.*, p. 41.

⁶¹ P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ed Ugo Grozio*, in AA. VV., *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, op. cit.*, p. 112. Ricorda l’a. in proposito che secondo Q. Mucio Scevola *culpa est quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provi sum* (in Paul D. 9, 2, 3, 1). Ed i giuristi classici valutavano questa possibilità di *provideri* in modo rigoroso. Per questo Ulpiano (D. 9, 2, 44 pr.) affermò che *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

⁶² C.A. CANNATA, *Genesi e vicende della culpa aquiliana*, in Labeo, 1971, p. 17. Rileva, tuttavia, G.I. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 615, che pur potendosi affermare l’introduzione, attraverso l’interpretazione giurisprudenziale della casistica della legge Aquilia, del criterio soggettivo di una responsabilità per colpa, questo rientrerebbe in “una valutazione considerata obiettivamente, e sempre con riferimento al caso concreto particolare. Qualsiasi generalizzazione, e qualsiasi nesso con le diverse gradazioni di responsabilità soggettiva, che trovano la loro espressione nella *diligentia* dei compilatori, pare assolutamente da escludere”.

⁶³ D. 9, 2, 5, 1.

⁶⁴ M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 32, che intende il termine *culpa* in senso generale, comprensivo anche del dolo, tanto che diventano fungibili le espressioni *damnum iniuria datum* e *damnum culpa datum*.

⁶⁵ Di diverso avviso G. LONGO, voce *Lex Aquilia de damno, cit.*, p. 799, secondo cui furono i compilatori a subiettivizzare l’*iniuria*, tanto che a loro si deve la nota massima “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”.

La doppia portata definitoria del medesimo termine induce a ritenere che i due concetti – cioè di condotta antiggiuridica e di colpevolezza – non fossero del tutto sganciati l'uno dall'altro nell'*interpretatio prudentium*. Tanto un comportamento posto in essere *non iure* implicava già di per sé la sussistenza di profili di colpevolezza, quanto l'elemento soggettivo della colpa racchiudeva “una sfumatura di antiggiuridicità”⁶⁶.

Ci si chiede, a questo punto, quale sia stata la spinta propulsiva per questa trasformazione ermeneutica dell'*iniuria*. Forse, un processo evolutivo simile si sarebbe potuto giustificare in vista di un allargamento delle istanze di tutela.

Interessante, a tal proposito, si rivela la tesi secondo cui, applicando letteralmente il requisito dell'*iniuria* (e ritenendola, quindi, mera contrarietà obiettiva al diritto), sarebbero rimaste sguarnite di tutela tutte quelle situazioni in cui la sussistenza di una causa di giustificazione avrebbe impedito – o quantomeno reso meno probabile – l'applicazione della norma aquiliana⁶⁷.

In altri termini, qualora un comportamento colpevole – nel senso di imprudente, imperito, negligente, ovvero anche intenzionalmente orientato – avesse arrecato danno a taluno, la presenza di una eventuale causa di giustificazione avrebbe impedito di punire il danneggiante, perché faceva venir meno l'antigiuridicità obiettiva. I Romani però ritennero che, anche in queste situazioni, da un lato il danneggiato meritasse tutela, dall'altro il danneggiante meritasse una *poena*. Ciò li indusse ad attribuire rilievo alla riprovevolezza della condotta, facendo emergere la nozione di *culpa*.

Ecco spiegata la radice della subiettivizzazione dell'*iniuria*, che divenne così “*point of contact*” – secondo una felice espressione del Beinart⁶⁸ – con la nozione di *culpa*. Qualora un'ipotetica causa di giustificazione avesse fatto venir meno l'antigiuridicità, comunque la sussistenza dell'*iniuria* veniva “recuperata” grazie alla nozione ampia di *culpa*, nel cui alveo rientravano tanto il dolo quanto la negligenza e che superava l'oggettività del torto, grazie anche alle sue diverse gradazioni, facendo rimanere in piedi il delitto di *damnum iniuria datum*.

⁶⁶ M.F. CURSI, *op. cit.*, p.18. Secondo l'autrice, “la vicenda della graduale emersione della dall'*iniuria* [ha] avvicinato, non solo storicamente ma anche dogmaticamente, le due nozioni. Ed è esatto [...] il rilievo che l'agire *culpa* racchiuda in sé necessariamente una sfumatura di antiggiuridicità, così come l'agire *iniuria* implica una condotta riprovevole.”

⁶⁷ Se ne parla *Ivi*, pp. 4-5: l'esigenza di superare il carattere meramente obiettivo del torto – proprio dell'*iniuria* – si sarebbe sviluppata “in quelle ipotesi nelle quali la presenza di una causa di giustificazione avrebbe reso dubbia l'applicazione della norma aquiliana, avrebbe portato ad attribuire rilievo alla riprovevolezza della condotta e a far emergere la nozione di *culpa*.”

⁶⁸ La tesi è rinvenibile in B. BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, in *Studi in onore di Vincenzo Arancio Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 279 e ss.

Tuttavia, v'è anche chi sostiene che il requisito dell'*iniuria* indicasse sin dall'origine dell'operatività del delitto di *damnum iniuria datum*, quindi dall'entrata in vigore della *Lex Aquilia*, tanto l'obiettiva antigiusuridicità della condotta, quanto la colpevolezza del danneggiante⁶⁹. La coloritura in chiave soggettivistica non sarebbe, in pratica, frutto dell'evoluzione prodotta dall'*interpretatio* giurisprudenziale, ma sarebbe stata richiesta sin dall'inizio ai fini della sussistenza del delitto da parte del plebiscito aquiliano.

Secondo il Binding⁷⁰, il termine *iniuria* non descriveva la mera antigiusuridicità (*Rechtswidrigkeit*), ma indicava, già nel pensiero più antico, la volontà di offendere il proprietari della cosa danneggiata, manifestando così una valenza intrinsecamente soggettiva. Nella medesima direzione, il Segrè⁷¹ riteneva che sin dall'origine dell'applicazione della *lex Aquilia* fosse necessario individuare un momento soggettivo ai fini dell'imputabilità dell'agente, muovendosi al di là dei confini del mero nesso causale⁷². Se così fosse, la dottrina maggioritaria non avrebbe rilevato il vero profilo del valore dell'*iniuria* aquiliana: essa sarebbe “al tempo stesso la modalità soggettiva di realizzazione del danno, nell'espressione *damnum iniuria datum*, sinonimica di *damnum culpa datum*; e il danno stesso, o per meglio dire il comportamento dannoso concepito nel suo momento effettuale: *iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum*.”⁷³

Tale duplice profilo si potrebbe anche palesare, per un verso, considerando la difficoltà in cui si incorrerebbe qualora si volesse determinare concettualmente il nesso causale sganciandolo da un momento soggettivo della condotta dell'agente; per altro verso, sulla base dell'analisi della casistica. I Romani, “con quell'aderenza al caso concreto che è tipica del loro modo di procedere”⁷⁴, non potevano non tenere in considerazione il particolare

⁶⁹ Secondo M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 85, invece, “la lettura nel senso di antigiusuridicità o assenza di cause di giustificazione deriva dal confronto con le diverse nozioni che il termine *iniuria* avrebbe assunto in ambiti di applicazione che appaiono decisamente diversi da quello in questione. E proprio questa distanza induce a dubitare della legittimità di una simile operazione.” L'a. argomenta in questa direzione sulla base della “significativa testimonianza” del commento alla *Lex Aquilia* di Ulpiano: egli, affrontando proprio il problema dell'interpretazione del termine *iniuria*, sarebbe approdato alla conclusione della originaria coincidenza dell'*iniuria* aquiliana con la *culpa*, ovvero con il *damnum culpa datum*.

⁷⁰ La tesi è sostenuta da K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, II, Leipzig, 1916, 2, p. 48.

⁷¹ Cfr. G. SEGRÈ, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, Torino, 1925.

⁷² Le norme aquiliane, infatti, “oltre i requisiti obiettivi dell'alienità della cosa, della distruzione o deterioramento arrecato alla cosa, [accennavano] anche alla necessità che il fatto [avvenisse] *iniuria* (Gai., 3, 210, 217), alludendo ad un momento suriettivo.” Così G. CRIFÒ, voce *Illecito*, cit., p. 162.

⁷³ M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 94. L'a., per corroborare la propria tesi, osserva come Ulpiano non distingua i due profili legati all'*iniuria*: il danneggiamento realizzato con *culpa* è *iniuria* sia perché commesso con un contegno psicologico colposo, sia perché quest'ultimo crea a sua volta un danno che è un'*iniuria*.

⁷⁴ Così M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (storia) - diritto romano e intermedio*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 522. Aggiunge l'a. che “del resto la stessa contrapposizione tra *dolus* e *culpa* in materia di *lex*

aspetto soggettivo della condotta dell'agente, che permetteva l'imputazione del danno appunto all'autore della condotta.

Sembrerebbe, dunque, che il duplice valore del lemma *iniuria* non debba essere assolutizzato, sganciando due profili – *culpa e damnum*, inteso quale comportamento dannoso – che sono distinguibili teoricamente, si completano reciprocamente “perché è impensabile un danno aquiliano che non sia realizzato colposamente e viceversa una *culpa* aquiliana che non si riferisca ad un danno.”⁷⁵

Così stando le cose, ben più agevolmente si spiegherebbe l'assenza di qualsivoglia esplicita fattispecie di responsabilità oggettiva, cioè che colpiva il danneggiante non in colpa, nell'ambito del delitto aquiliano.

La tesi precedentemente descritta, che vede l'elemento della colpevolezza emergere solo in tempi successivi e grazie all'*interpretatio* dei *prudentes*, è ritenuta il frutto dell'influenza delle concettualizzazioni moderne da chi, invece, sostiene l'ultima opzione considerata, vale a dire l'originaria coloritura soggettivistica dell'*iniuria*. I presupposti dell'individuazione dell'*iniuria* come comportamento *non iure* non sarebbero desumibili dai testi e finirebbero con l'essere il portato di un'interpretazione condizionata da schemi successivi ed estranei alla cultura giuridica tipica dei Romani, sicché “l'interpretazione corrente dell'*iniuria* aquiliana in termini di antiggiuridicità contrapposta alla colpevolezza [si configura], con ogni verisimiglianza, [come] il frutto della sovrapposizione di categorie dogmatiche moderne sulle fonti antiche.”⁷⁶ Viepiù, l'accezione in termini esclusivamente oggettivistici del termine *iniuria* sarebbe addirittura il frutto di una “scelta” dei Commentatori. Avendo tale termine un'accezione “promiscua”, idonea a descrivere tanto i criteri di imputabilità soggettiva quanto l'antigiuridicità del comportamento, ne derivava non solo una certa complessità semantica, ma anche qualche rischio di equivoci. Per questo

Aquilia (già in Gai. 3, 211) rende molto improbabile che i romani volessero indicare con *culpa* l'imputabilità sulla base del nesso di causalità, il quale indubbiamente ricomprende anche il danneggiamento doloso.”

⁷⁵ M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 143. L'a., che in una parte del lavoro argomenta sulla duplicità di valore del termine *iniuria*, dopo aver passato in rassegna le fonti che testimonierebbero tale tesi e sostenuto la modernità del concetto di antiggiuridicità in termini oggettivi, finisce col ritenere (p. 272) che l'accezione soggettiva di *iniuria* - testimoniata dai giuristi classici - sia in realtà originaria, dal momento che non vi sarebbero “dati positivi per giustificare l'ipotesi di un primitivo valore oggettivo della nozione nella *lex Aquilia*.”

⁷⁶ *Ivi*, p. 83. L'a. osserva oltre (p. 284) come le suddette ricostruzioni abbiano il pregio di ricondurre il discorso il più possibile alle categorie romane, “liberandolo dalle sovrapposizioni di modelli concettuali a questi estranei, emersi solo successivamente, nella tradizione continentale e in quella anglosassone.” Inoltre, il danno aquiliano è studiato e considerato non isolatamente, ma all'interno del complessivo sistema romano degli illeciti e del suo sviluppo storico. Tutto ciò conduce, mi sembra, non solo a ravvisare una complementarità tra *iniuria* e *damnum iniuria datum*, ma anche a riconoscere la loro comune dipendenza dalle logiche arcaiche della famiglia patriarcale.”

i giuristi successivi iniziarono ad utilizzare maggiormente i termini *culpa*⁷⁷ e *dolus*⁷⁸, tendendo ad evitare l'espressione *iniuria*.

Quest'ultima, col tempo, venne completamente eliminata dalle espressioni consuete, oppure usata in senso meramente obiettivo come qualificazione del *damnum*. Si sviluppò, così, la tendenza a considerare l'*iniuria* in senso oggettivo, ritenendola un mero attributo del *damnum*: tale *habitus* interpretativo fu però il prodromo per una graduale cancellazione dell'*iniuria*, poiché gradualmente divenne sufficiente, ai fini dell'accertamento della responsabilità aquiliana, sussistere il danno, verificare la colpevolezza della condotta che lo avesse cagionato attraverso le categorie della *culpa* e del *dolus*⁷⁹.

Conseguentemente, essendo scomparsa dagli Umanisti in poi, l'*iniuria*, una volta recuperata dai giuristi successivi, primo tra tutti Grozio, non era più sovrapponibile alla *culpa*, a dispetto dal suo originario significato⁸⁰.

In definitiva, secondo l'ultima tesi descritta, l'identità tra *iniuria* e *culpa* era originaria nella *Lex Aquilia* ed era ben nota ai Romani fino agli Umanisti: antiggiuridicità e riprovevolezza della condotta si condizionavano vicendevolmente, sussistendo l'una solo in presenza dell'altra e viceversa. Tale rapporto venne superato solo successivamente⁸¹.

⁷⁷ Per l'azione civile, meramente reipersecutoria.

⁷⁸ Usato per lo più rispetto all'azione criminale.

⁷⁹ M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 46, sottolinea come, per i giuristi romani, *iniuria* e *culpa* erano entrambe qualificazioni del comportamento dannoso: la condotta era antiggiuridica in quanto colpevole e viceversa. I medievali e gli umanisti avrebbero perpetuato questo schema, portando l'interconnessione tra le due nozioni alle estreme conseguenze: il riferimento all'*iniuria* aquiliana poté quindi essere eliso - in quanto ambiguo - e sostituito dalle espressioni *culpa* e *dolus*, apparendo inconcepibile una condotta colpevole che non fosse allo stesso tempo antiggiuridica. Quest'ultimo passaggio, però, fece sì che l'*iniuria* venisse gradualmente cancellata, a tutto vantaggio di una nozione di *culpa* che ormai qualificava da sola il comportamento dannoso.

⁸⁰ Aveva ormai conquistato una certa indipendenza concettuale, assumendo l'ampio significato di ingiustizia, nel senso di situazione lesiva di interessi.

⁸¹ Addirittura, secondo una particolare specificazione della suddetta tesi, l'interpretazione estensiva della giurisprudenza in materia di illecito aquiliano fu volta non già ad introdurre l'elemento soggettivo - che è elemento originario dell'illecito aquiliano -, bensì ad estendere la rimproverabilità alla colpa, laddove in origine la *Lex Aquilia* prevedeva degli illeciti esclusivamente dolosi. Tale singolare tesi è sostenuta da M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 279-280, secondo cui "l'inserimento del termine *iniuria* nel testo della *Lex Aquilia* dovette rappresentare un elemento di indubbia novità. L'aver subordinato la tutela al dolo del danneggiante - inteso come volontà di danneggiare avendo la consapevolezza di offendere il *dominus* della *res* - costituì forse per la giurisprudenza lo spunto per ampliare la portata dell'elemento soggettivo. Sul finire dell'età repubblicana, al dolo si affiancò la *culpa*." Da questo percorso evolutivo deriverebbe il progressivo affiancamento dell'*iniuria* alla *culpa*: non perché in origine la prima non indicasse un elemento soggettivo, ma perché tale elemento era inizialmente solo il dolo. Questa ipotesi consente di immaginare una vicenda più lineare della graduale identificazione dell'*iniuria* con la *culpa*. Ma in definitiva, il criterio di responsabilità individuato dalla *Lex Aquilia* è unitario, ed è il dolo. Così, diventa più probabile l'ipotesi che i giuristi romani abbiano elaborato la nozione di *culpa* non inventando la responsabilità oggettiva, ma - in armonia con la loro funzione di *interpretes* - rielaborando le valenze soggettive dell'*iniuria* sino a ricondurvi, oltre al dolo, la *culpa*." Contrariamente a tale opinione, però, C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata*

In ogni caso, sia che l'elemento soggettivo rappresentasse il frutto di evoluzione giurisprudenziale, sia che fosse originario – ed in tale ultima ipotesi, a prescindere se originario fosse solo il dolo o anche la colpa –, il suo limite era costituito dal *casus*, da intendersi come assenza di comportamento volontario per l'ipotesi di *crimina* e *delicta* in cui occorreva il dolo⁸²; pertanto, in queste ipotesi anche la *culpa* era considerata *casus*⁸³. Qualora, invece, fosse stata sufficiente per l'imputabilità la mera *culpa*, quale condotta imprudente, imperita o negligente, il *casus* avrebbe dovuto essere caratterizzato da imprevedibilità in presenza di una condotta accorta ed avveduta.

Provando a trarre qualche (sia pur timida) conclusione circa la portata definitoria ed applicativa del requisito dell'*iniuria* sin qui esaminato, anche al fine di individuare utili elementi d'indagine per la prosecuzione della ricerca, sembrano percorribili due traiettorie ermeneutiche.

Secondo l'impostazione da ultimo analizzata, l'*iniuria* aveva una doppia accezione sin dall'entrata in vigore della *Lex Aquilia*: per un verso, essa individuava il nesso di causalità tra danno e comportamento dell'agente, quindi qualificava la condotta tanto lesiva (*contra ius*) dell'interesse del danneggiato, quanto adottata in assenza di cause di giustificazione (*non iure*); per altro verso, essa indicava la colpevolezza della condotta, colorandosi così di una sfumatura evidentemente soggettivistica. In virtù di questa tesi, l'evoluzione giurisprudenziale nel corso del tempo portò non già all'introduzione dell'accezione soggettiva dell'*iniuria*, ma solo all'esplicitazione di ciò che era già insito nell'originaria formulazione plebiscitaria⁸⁴.

Si spiegherebbe così la duplice definizione ulpiana e, per quanto a noi maggiormente interessa, anche l'assenza di fattispecie di responsabilità “puramente oggettiva”, vale a dire orientate all'imputazione di una responsabilità a prescindere dalla valutazione del comportamento dannoso dell'agente, nella *Lex Aquilia*.

originaria, cit., p. 35, osserva come fosse del tutto assente il riferimento al dolo sia nel primo che nel terzo capo della *Lex Aquilia*, essendo “esplicita” a riguardo la terminologia della formulazione normativa. Essa, infatti, “evita la menzione del dolo e la sostituisce, nel primo e nel terzo capo, con quella dell'*iniuria*. Questa scelta terminologica è chiaramente voluta, come conferma il testo del secondo capo, ove il carattere fraudolento - cioè doloso - dell'azione è espressamente indicato (*in fraudem stipulatoris*).”

⁸² Cfr. G. CRIFÒ, voce Illecito, cit., p. 161.

⁸³ Si osserva in proposito *Ivi*, p. 162, che la *culpa* “è limitata da un lato dal *casus* [...], dal *dolus* dall'altro; concetto, quest'ultimo, in funzione proprio della *culpa*, come è provato da ciò che nei *crimina* e nei *delicta* in cui occorre il dolo, la stessa *culpa* [...] è detta *casus*.”

⁸⁴ A meno che, richiamando la particolare tesi *supra* menzionata sull'originaria rilevanza esclusiva del dolo nell'illecito aquiliano (vedi nota n. 81), non si sostenga che l'*interpretatio* dei *prudentes* portò ad estendere l'alveo dell'*iniuria* -rimproverabilità, aggiungendo, alla punibilità per dolo, anche quella per colpa.

Invero, alle medesime conclusioni potrebbe condurre anche l'altra opzione ermeneutica, presa in considerazione inizialmente e condivisa dalla dottrina maggioritaria. Quest'ultima, s'è visto, ritiene che in origine l'*iniuria* indicasse solo l'antigiuridicità obiettiva della condotta che si poneva quale causa del danno; sarebbe stata l'*interpretatio prudentium*, nel corso del tempo, a ritenerla anche come indicativa della colpevolezza. Tale estensione concettuale trovava fondamento in esigenze non solo dogmatiche, ma soprattutto pratiche. Come già visto, vi erano infatti alcune situazioni che, considerate sotto il profilo meramente oggettivo-fattuale, per la presenza di cause di giustificazione non avrebbero consentito la condanna del danneggiante, nonostante questi avesse posto in essere la condotta colpevolmente (quantomeno con negligenza, imprudenza ed imperizia, quando non addirittura con coscienza e volontà⁸⁵); il che doveva apparire iniquo ai giuristi ed alla società del tempo⁸⁶. Inoltre, si ponga mente anche al fatto che inizialmente la responsabilità era esclusa nelle ipotesi di causalità omissiva e di danno *datum non corpore e non corpori*⁸⁷; per estenderla, alla materialità del nesso i giuristi del tempo sostituirono la colpevolezza della condotta, così da ritenere comunque configurato l'illecito in capo al danneggiante.

In virtù delle suddette esigenze, il passo per interpretare l'*iniuria* come momento subiettivo fu compiuto dalla giurisprudenza già nel periodo repubblicano, sicché il periodo di "vacatio" dell'elemento soggettivo come requisito dell'illecito aquiliano non fu estremamente lungo⁸⁸.

Ebbene, anche ritenendo preferibile la ricostruzione da ultimo menzionata, emerge con pari evidenza quanto già poc'anzi sottolineato: la *Lex Aquilia* puniva *delicta* privati commessi necessariamente con dolo o colpa.

⁸⁵ In proposito, C.A. CANNATA, *Sul testo della Lex Aquilia*, op. cit., p. 41 sostiene che "l'agire *culpa* è agire *iniuria* - perché la *culpa* [...] restituisce al comportamento del danneggiante l'illiceità che una causa giustificante gli aveva tolto - e, d'altro lato, [...] l'agire *iniuria*, anche nel significato iniziale di agire senza giustificazione, è agire *culpa* ove si aggredisca un diritto altrui, poiché è riprovevole aggredire un diritto altrui senza giustificazione."

⁸⁶ La distinzione dogmatica tra antigiuridicità e colpevolezza è alla base dell'ipotesi di un'originaria responsabilità obiettiva nella *Lex Aquilia*, superata dalla giurisprudenza tardo-repubblicana ma sempre mantenendo il collegamento con l'*iniuria*. L'esito di tale superamento fu l'introduzione della nozione di *culpa* per consentire la punibilità in quelle ipotesi in cui la presenza di una causa di giustificazione l'avrebbe esclusa, pur rimanendo riprovevole la condotta. Ciò è quanto sostenuto da S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia: criteri di imputazione e problema della culpa*, Giappichelli, 1968, p. 89 e ss.

⁸⁷ Si affronterà a breve questo aspetto, mostrando il percorso evolutivo della responsabilità aquiliana sotto questo profilo.

⁸⁸ Se si considera che la *Lex* dovrebbe risalire al III secolo: volendo individuare una data specifica al 286 a.C., secondo la tesi maggiormente accreditata.

Indirettamente, ma inequivocabilmente, sembra emergere la circostanza per cui non poteva esservi spazio, nell'alveo del *damnum iniuria datum*, per ipotesi di responsabilità oggettiva, o comunque non fondata su un comportamento dell'uomo quantomeno colposo. Nonostante si trattasse del più importante provvedimento generale in materia di responsabilità extracontrattuale, la struttura dell'illecito così delineata – che fosse originaria o frutto di “aggiustamenti pretori” – non consentiva l'estensione della tutela, per quanto a noi interessa, alle ipotesi di responsabilità da cose.

Una *res*, in definitiva, non avrebbe potuto “agire *iniuria*”, secondo l'accezione descritta; cosicché le fattispecie di responsabilità da cose non avrebbero potuto trovare collocazione all'interno del plebiscito aquiliano.

Alcuni brevi cenni al percorso evolutivo nell'applicazione delle fattispecie aquiliane, nonché agli illeciti aventi ad oggetto la responsabilità da cose, consentiranno di verificare e di meglio chiarire questo aspetto.

2.3. Elementi evolutivi rilevanti nell'applicazione giurisprudenziale; conferma dell'assenza della responsabilità oggettiva nell'illecito aquiliano.

S'è osservato poc'anzi che l'ambito originario di rilevanza delle fattispecie, ai fini della configurabilità dell'illecito aquiliano, era ristretto a quelle condotte che si manifestavano in un *facere* positivo e concreto e che realizzavano un *damnum corpore corpori datum*, venendo escluse le ipotesi di causalità omissiva.

Successivamente, l'*interpretatio* giurisprudenziale portò alla concessione dell'*actio ex lege Aquilia* “oltre i confini del danno arrecato direttamente e fisicamente”⁸⁹; fu questa, probabilmente, la spinta propulsiva per l'emersione⁹⁰ di criteri d'imputabilità del danno che tenessero conto dell'elemento soggettivo⁹¹ che connotava la condotta del danneggiante.

⁸⁹ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 472.

⁹⁰ Ovvero, se l'*iniuria* come *culpa* era un'accezione originaria, per una maggiore esplicitazione.

⁹¹ Osserva in proposito G.I. LUZZATTO, voce *Colpa penale*, *cit.*, p. 615: “in sede di concessione dell'*actio*, già la giurisprudenza classica, oltre ad introdurre, per taluni casi, la nozione di danno indiretto, aveva indubbiamente aperto la porta ad una valutazione del contegno soggettivo, e ad un superamento della nozione oggettiva di *culpa*, così come era considerata nell'ambito originario di applicazione dell'*actio legis Aquiliae*.” L'opinione è condivisa da G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 472, che nella medesima direzione scrive: “è, infatti, in relazione al requisito dell'antigiuridicità del danno che la giurisprudenza elabora, verosimilmente già in età tardo repubblicana, la nozione di *culpa* come criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità che, a differenza del dolo, prescinde dalla volizione dell'evento dannoso.”

V'è chi qualifica tale opera interpretativa della giurisprudenza repubblicana come “intensissima e geniale”⁹²; in ogni caso, l'opera del pretore portò a modificazioni di notevole impatto pratico.

Per l'estensione dell'applicabilità della *Lex* alle ipotesi di causalità omissiva fu prevista un *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*; fu anche concessa un *actio utilis* per il superamento del requisito della materialità del danno e dell'azione dannosa.

Per chi ritiene che la nozione soggettiva di *iniuria* non fosse originaria, essa fu il prodotto di questa poderosa opera interpretativo-innovativa; il risultato fu allora “la formazione di una nozione di *damnum iniuria* ben più generale e vicina a quella moderna che non quella originariamente prevista dal plebiscito aquiliano”⁹³, con la considerazione della negligenza della condotta dell'agente.

Un'altra innovazione fu rappresentata senza dubbio dalla costante “depenalizzazione” dell'*actio legis Aquiliae*. L'illecito aquiliano rimase comunque un *delictum*, cioè un illecito di diritto penale privato, ma ciò che derivava dall'accertamento del *damnum* subito fu ritenuto sempre più un risarcimento⁹⁴ in favore del danneggiato, piuttosto che una mera *poena* o un'afflizione nei confronti del danneggiante⁹⁵. Tale fenomeno evolutivo rappresentò un inevitabile approdo rispetto ad una sempre più accentuata esigenza di affrancarsi “dall'originaria concezione indiscriminatamente penale dell'illecito”⁹⁶: da una “rozza concezione totalitariamente e indiscriminatamente punitiva”, si passò ad una “più moderna, elastica e discriminante visione”, il cui esito finale fu l'eliminazione di ogni concezione penale dal diritto privato. Un simile mutamento, del quale si è già sottolineata

⁹² Così B. ALBANESE, voce *Damnum iniuria datum*, *cit.*, p. 111.

⁹³ *Ibidem*. Secondo l'a., tale elaborazione si compì tutta in età classica; l'elaborazione post-classica e giustiniana aggiunse ben poco, di fatto, a questi risultati. Invero, G.I. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 615 ritiene che siano i compilatori ad aver inquadrato la responsabilità aquiliana nelle categorie della *culpa* e della *diligentia* formulate in età postclassica. Essi estesero altresì (attraverso l'*actio generalis in factum legis Aquiliae*) la colpa extracontrattuale al danno indiretto, *non corpore corpori illatum*, o al danno dovuto ad omissione, negligenza o mancata previsione.

⁹⁴ Cfr. S. LAZZARINI, voce *Responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, *cit.*, p. 295.

⁹⁵ Difatti, fu gradualmente ammesso anche il concorso tra l'*actio* aquiliana e un'eventuale azione penale pubblica, avendo la prima ormai prevalentemente una funzione di reintegrazione patrimoniale dell'offeso, laddove la seconda aveva il fine di punire il reo: vedi G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 473. Osserva l'a., inoltre, che “già in questo periodo si pongono dunque le premesse per il passaggio dalla concezione della obbligazione *ex delicto* come diretta a colpire il colpevole con una *poena* alla concezione moderna della obbligazione civile da atto illecito come diretta a risarcire alla parte lesa il danno subito.”

⁹⁶ B. ALBANESE, voce *Illecito*, *cit.*, p. 85, dove si aggiunge che la stessa “storia evolutiva del diritto privato romano, sotto il profilo dell'illecito, potrebbe concepirsi come la storia di una degradazione progressiva delle penalità.” Viene rilevato dall'a. il nesso tra quanto appena descritto e altri fenomeni, quali l'introduzione – sul suggerimento sostanziale dell'originalissimo sistema dei capi I e III della *Lex Aquilia* – della *poena* (*in simplum*) risarcitoria.

la gradualità, iniziò irrevocabilmente già nel periodo classico e proseguì nelle epoche successive, ma non arrivò alle sue estreme conseguenze nell'ambito del diritto romano⁹⁷.

Un grande passo in avanti fu compiuto dalla riforma giustiniana⁹⁸, che eliminò ogni distinzione tra *actio legis Aquiliae*, *actio utilis ex lege Aquilia* ed *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, gettando le basi per le moderne formulazioni, tipiche dei nostri ordinamenti continentali attuali, delle figure generali di illecito extracontrattuale produttivo di effetti risarcitori⁹⁹.

A questo punto, si può osservare come la valorizzazione del requisito dell'*iniuria* nella doppia accezione di anti-giuridicità e di colpevolezza – e ciò a prescindere dalla risposta al quesito se l'elemento soggettivo fosse *ab origine* strutturalmente legato all'*iniuria* o fu il frutto dell'interpretazione pretoria successiva¹⁰⁰ – rende centrale nell'illecito aquiliano il momento della rimproverabilità del comportamento dell'agente.

Pertanto, alla base dell'illecito aquiliano doveva esservi necessariamente un atto umano doloso o colposo. Ciò consente di individuare uno dei motivi strutturali dell'impossibilità per la *Lex Aquilia* di prevedere e disciplinare ipotesi di responsabilità per fatto delle cose, in cui un atto umano difetta in radice.

Pur essendo il plebiscito aquiliano di cruciale importanza per il sistema della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano ma anche nei sistemi successivi, esso tuttavia non esauriva la responsabilità da fatto illecito, né più in generale le forme di tutela per i danni subiti nel diritto romano.

Tra le altre e variegata ipotesi di danno cui l'ordinamento reagiva con previsioni di tutela, interessano in particolare in questa sede quelle riguardanti i danni prodotti da cose. Si tratta di fattispecie che, non trovando previsione alcuna nella *Lex Aquilia*, furono disciplinate da altri istituti e previste da altri strumenti di tutela, sui quali adesso si concentrerà l'attenzione. Si cercherà di delinearne presupposti e struttura, individuando quegli elementi utili alla comprensione della fattispecie attuale del danno da cose in custodia.

⁹⁷ Cfr. *Ivi*, p. 65. Osserva, in proposito, oltre (p. 87) l'a., che si è trattato di un "gran cammino, certo non del tutto compiuto neppure in età giustiniana; ma, pure, già in età classica, ormai, avviato in senso irrevocabile: dalla *poena*, universale dominatrice, alle origini, nel settore dell'illecito, si passa alla scoperta ed alla progressiva espansione della *rei persecutio* (ai danni della *poena*) nel diritto privato; e si pongono le basi della moderna pertinenza esclusiva, o quasi, della *poena* al diritto pubblico."

⁹⁸ Considerata da taluno una vera e propria alterazione nell'assestare una tendenza in realtà estranea alle fonti originarie romane. Cfr. G. LONGO, *op. cit.*, p. 799 e ss..

⁹⁹ Cfr. B. ALBANESE, voce *Damnum*, *cit.*, 110 e ss.. Impedisce l'assimilazione, però, il permanere nel diritto giustiniano di un relitto della pena privata. Cfr. G. CRIFÒ, voce *Illecito*, *cit.*, p. 156.

¹⁰⁰ Evoluzione giurisprudenziale che, peraltro, si sarebbe sviluppata in tal senso ben presto rispetto all'entrata in vigore del plebiscito aquiliano.

3. Ipotesi di responsabilità (originariamente) senza colpa: *actio de effusis vel deiectis*; *actio de positis et suspensis*; *actio nautarum, cauponum, stabularionum*. Caratteri comuni.

Alcune ipotesi di danno risarcibile nel diritto privato romano, non disciplinate dalla *Lex Aquilia* in quanto carenti del requisito dell'*iniuria*¹⁰¹, prescindevano dall'accertamento dell'elemento subiettivo. V'era un soggetto ritenuto responsabile in virtù di un legame quasi "oggettivo" con dei "terzi", cioè con le persone o le cose da cui effettivamente scaturiva il danno¹⁰².

Rientravano nel novero di queste particolari forme di tutela l'*actio de effusis vel deiectis*, l'*actio de positis et suspensis* e l'*actio nautarum, cauponum, stabularionum*.

Quanto alla prima, essa veniva esercitata contro l'abitante di un locale – non necessariamente proprietario¹⁰³ – ritenuto responsabile se dal suddetto locale qualcosa fosse stato gettato o versato, provocando un danno. Si prescindeva da chi fosse stato effettivamente l'autore materiale dell'azione, sebbene fosse consentito all'*habitor* di liberarsi con la *noxae deditio* in caso di atto dannoso compiuto da un suo schiavo.

Si trattava di una responsabilità per fatto altrui: il responsabile dell'illecito era un soggetto diverso da chi cagionava il danno. Non era neanche richiesta la prova della volontarietà dell'azione, ovvero della mancata diligenza o prudenza, da parte dell'*habitor*: questi non avrebbe potuto liberarsi fornendo la prova di aver adottato tutte le cautele necessarie ad evitare il danno, essendo sufficiente la mera verifica dell'evento dannoso stesso perché egli rispondesse.

Con la previsione di quest'*actio*, s'intendeva tutelare i malcapitati danneggiati, che difficilmente avrebbero potuto dimostrare l'*iniuria* dell'agente; anzi, la difficoltà spesso consisteva addirittura nella stessa individuazione del soggetto che aveva posto in essere il fatto dannoso. Il pretore, quindi, non menzionava la colpa nell'editto relativo all'*actio de*

¹⁰¹ Cfr. G. CRIFÒ, *op. ult. cit.*, p. 163: la sanzione era riferita ad una data persona pur mancando l'elemento soggettivo. Non essendovi *iniuria*, non si configurava un vero e proprio torto.

¹⁰² Cfr. G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 476.

¹⁰³ Legittimato passivo dell'azione, secondo l'editto, era l'*habitor* dell'edificio dal quale erano stati gettati gli oggetti: tale poteva essere tanto il proprietario, quanto un locatario o un soggetto che godeva del bene gratuitamente, pur senza esserne proprietario. Cfr. D.9.3.1.9; D.9.3.5.1.

*effusis vel deiectis*¹⁰⁴: la mancanza del requisito subiettivo costituisce una cifra qualificante di questa fattispecie, nonché una fondamentale differenza¹⁰⁵ rispetto all'illecito aquiliano.

Proprio le esigenze di tutela tipiche di una società in piena espansione (prima di tutto urbanistica) comportarono l'eliminazione di un requisito che sarebbe stato difficile provare. Se il danneggiato avesse voluto agire *ex lege Aquilia* contro chi aveva gettato la cosa che gli aveva arrecato un danno, egli avrebbe dovuto provare l'*iniuria*, ovvero sia tanto l'antigiuridicità quanto la colpevolezza della condotta del danneggiante. Ma doveva essere alquanto arduo fornire tale prova, non essendo semplice per un malcapitato passante rendersi conto di cosa fosse successo in un edificio a lui estraneo, dal quale un oggetto era caduto, cagionandogli un danno¹⁰⁶.

Per questo motivo, il pretore nel suo editto decise di concedere *actiones* esperibili senza dover fornire prova di chi avesse posto in essere la condotta e – *a fortiori* – se lo avesse fatto con dolo o colpa. Al ripianamento di tale “discriminazione probatoria” si deve l'eliminazione dell'*iniuria* da questa forma di illecito.

Peraltro, potrebbe a ragion veduta sostenersi che l'*actio de effusis vel deiectis* non era necessariamente un'ipotesi di responsabilità per atto di un terzo: un atto umano poteva anche mancare. Ulpiano, in effetti, nota¹⁰⁷ che rispondeva l'*habitor* se una cosa “cadeva” sotto: ma ciò poteva succedere anche in assenza di uno specifico atto umano che “mettesse in moto” la *res*, la quale ben avrebbe potuto da sola essere causa efficiente del danno arrecato. Dall'applicazione pratica emerge in effetti una certa indifferenza per la condotta posta in essere, volgendosi piuttosto l'attenzione alla conseguenza dannosa, che sarebbe potuta anche derivare da un fatto delle cose¹⁰⁸: responsabile del danno sarebbe stato comunque ritenuto l'*habitor* dell'edificio.

¹⁰⁴ Ma qualche giurista si riferiva alla colpa degli abitanti: cfr. D.9.3 e Pal. 19 ad ed.: *Habitor suam suorum que culpam praestare debet*.

¹⁰⁵ A sostegno di questa condivisibile opinione, si osservi che Ulpiano (D.9.3.1.4.) metteva in rilievo che “*nec adicitur culpae mentio vel in fitiationis, ut in duplum detur actio, quam vis damni iniuriae utrum que exiget.*”

¹⁰⁶ Scrive in proposito LI JUN, *L'actio de effusis vel deiectis nella vigente Legge sulla responsabilità da illecito civile della Repubblica Popolare Cinese*, su www.dirittoestoria.it. Come si sarebbero potuti risolvere i casi in cui non fosse stato possibile individuare chi avesse gettato di sotto degli oggetti e nessuno lo avesse confessato? Il pretore si preoccupò che non si verificasse una situazione per cui la vittima avesse dovuto sopportare, appunto, un danno, mentre le persone che abitavano nei piani superiori avessero potuto gettare o versare di sotto le cose senza preoccuparsi del fatto che qualcuno fosse passato proprio lì sotto in quel momento..

¹⁰⁷ In D.9.3.1.3.

¹⁰⁸ Secondo M. COZZI, *op. cit.*, p. 354, l'*actio de effusis vel deiectis* configura senz'altro una responsabilità per danni cagionati da cose, senza dare troppo peso all'eventuale comportamento dell'uomo.

L' *actio de positis et suspensis*, concessa dal pretore con il medesimo provvedimento riguardante l'illecito precedente, prevedeva la pena di dieci aurei per colui il quale avesse lasciato appeso su un cornicione, un balcone, o una tettoia qualcosa che, in caso di caduta, avrebbe rischiato di danneggiare un eventuale passante.

Poiché la responsabilità sorgeva indipendentemente dall'effettiva caduta della cosa, si deduce la finalità preventiva dell'*actio*: si voleva tutelare la sicurezza dei luoghi pubblici e di coloro che li frequentavano.

Come nell'*actio de effusis vel deiectis*, non veniva presa in considerazione la volontà di nuocere o la colpa per non essersi reso conto l'agente del pericolo; anzi, addirittura in questa ipotesi difettava lo stesso requisito del danno. Era sufficiente una potenzialità dannosa del comportamento posto in essere dall'agente perché contro questi venisse irrogata una pena. Conseguentemente, quest'ultima era individuata in maniera fissa, mancando un evento lesivo rispetto al quale quantificarla.

Chi avesse collocato la cosa non doveva rivestire una particolare qualifica soggettiva¹⁰⁹, né essere in determinati rapporti con il bene immobile al quale la cosa stessa era appesa o su cui era collocata.

Infine, l'*actio nautarum, cauponum, stabularionum* puniva il padrone di navi, osterie o stalle qualora all'interno di questi luoghi fossero state danneggiate delle cose dal suddetto padrone-proprietario ovvero da suoi dipendenti liberi.

In questa azione, a differenza di quella precedentemente considerata, la responsabilità non poteva sorgere in assenza di danno: non era sufficiente il mero pericolo dello stesso, ma era necessario l'evento lesivo ai fini della punibilità del soggetto legittimato passivo.

Questi, tuttavia, si ritiene rispondesse non già per *culpa*, bensì per assunzione del rischio¹¹⁰; in ipotesi di verifica del danno, egli non avrebbe potuto in alcun modo liberarsi. È evidente, dunque, l'obliterazione dell'accertamento della colpevolezza del responsabile; Gaio, tuttavia, osserva, per il caso dell'armatore, che questi risponde "come" (*quatenus*) per colpa, dal momento che si è avvalso di "*mali homines*"¹¹¹.

¹⁰⁹ Ma qualora un servo avesse posto in essere la condotta punibile con quest'*actio*, vi era la possibilità per il *paterfamilias* di liberarsi con la *noxae deditio*.

¹¹⁰ Sostiene questa tesi P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio, cit.*, p. 112, che si richiama ad Ulpiano D. 4, 9, 7 pr.: la giurisprudenza in queste ipotesi considerava presupposto della responsabilità l'assunzione del rischio e non la *culpa*.

¹¹¹ *Ivi*, p. 114, l'a. sostiene che "si aprì la strada alla (forse eccessiva) valorizzazione della colpa. Gaio non dice che l'armatore risponde per colpa, ma come (*quatenus*) per colpa, avendo scelto '*mali homines*'. I commissari giustiniani, utilizzando il nostro brano non soltanto nel titolo *De obligationibus et actionibus* dei *Digesta*, ma anche nel titolo *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* (*Inst.* 4, 5), accentuarono

Tuttavia, quand'anche l'ipotesi di illecito in esame presupponesse una "*culpa in eligendo*", comunque si tratterebbe di una presunzione assoluta e il riferimento all'elemento soggettivo appare più una *fictio*: l'accertamento della responsabilità rimaneva fondato sulla mera sussistenza del danno secondo le modalità poc'anzi descritte.

Pare opportuno osservare, a questo punto, come in tutte e tre le azioni considerate la colpa "non appare necessario presupposto della responsabilità"¹¹²: v'è un soggetto che risponde oggettivamente per il prodursi del danno¹¹³.

La scelta pretoria di punire dei soggetti non già "in mancanza", bensì "a prescindere" dalla considerazione della colpevolezza, era giustificata dall'esigenza di tutela in alcune peculiari situazioni che si erano venute a creare con lo sviluppo sociale, economico, urbanistico.

Non sembra peregrina la tesi secondo cui, in queste ipotesi, la vera svolta non fu la mancata considerazione del requisito soggettivo ai fini della responsabilità, quanto il "mutamento di prospettiva": non si guardava più alla condotta del danneggiante e al suo manifestarsi (oggettivamente) anti-giuridico e (soggettivamente) colpevole, bensì alla posizione del soggetto danneggiato la cui situazione si sceglieva di tutelare.

Cambiava così il fondamento della responsabilità: non più la colpa, ma l'assunzione del rischio. L'*habitor* rispondeva per i rischi connessi all'edificio di cui godeva; il *nauta*, il *caupo*, lo *stabularius* per le rispettive attività esercitate nei luoghi all'uopo preposti.

Le caratteristiche di queste ipotesi di illecito avrebbero potuto influenzare in maniera diversa l'ordinamento giuridico romano, così come quelli successivi da esso discendenti.

Tuttavia, i giustinianeî attenuarono la portata innovativa ed eccezionale di queste norme, condizionandone l'evoluzione. Essi, infatti, che valorizzarono in diversi campi il criterio della *culpa*, facendolo assurgere a presupposto indefettibile di qualsivoglia tipologia di illecito¹¹⁴, "forzarono" la struttura di queste *actiones*, richiedendo comunque la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al responsabile.

il rilievo della *culpa*, condizionando così l'ulteriore sviluppo storico della responsabilità per fatto dei dipendenti."

¹¹² Vedi G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 477.

¹¹³ Invero, nell'*actio de positis et suspensis* manca addirittura lo stesso presupposto del danno, punendosi l'*habitor* in via preventiva.

¹¹⁴ G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 477 osserva che "i giustinianeî, nella loro tendenza a far dipendere la responsabilità dagli elementi soggettivi del dolo o della colpa, dicono, nel caso dell'*habitor* (Inst. 4, 5, 1), che egli per lo più *ob alterius culpa tenetur* e, nel caso del *nauta*, *caupo*, *stabularius* (Inst. 4, 5, 3), che egli ha la colpa di essersi servito di *mali homines*, ha cioè quella che la tradizione romanistica e ancora i civilisti moderni hanno chiamato *culpa in eligendo*, colpa, del resto, che i giustinianeî consideravano presunta,

Tuttavia, non potendo la *culpa* essere dimostrata (attese le peculiarità delle fattispecie), essa veniva presunta senza possibilità di provare il contrario: non rimaneva che un formalistico ossequio al principio “nessuna responsabilità senza colpa”.

Si tornò così indietro, riportando in auge il criterio “moralistico e soggettivistico” dell’*iniuria* a discapito di quello “commercialistico e solidaristico”¹¹⁵ che aveva ispirato la formulazione degli editti pretori e la concessione di queste particolari *actiones*, introducendo ipotesi eccezionali rispetto al sistema generale dell’illecito aquiliano.

4. Ipotesi di responsabilità del *dominus* per danno prodotto da persone, animali o cose.

4.1. La responsabilità del *dominus* e la *noxae deditio*.

Le azioni introdotte dal pretore e *testé* considerate erano caratterizzate dalla riconducibilità del danno¹¹⁶ ad un soggetto indipendentemente dalla sussistenza di una relazione proprietaria¹¹⁷ con il bene nel quale o dal quale si originava il danno. Il responsabile veniva individuato nel soggetto ritenuto “più vicino” al godimento del bene, con riguardo al quale si assumeva il rischio della produzione di danni.

In ciò risiede un importante elemento di differenziazione rispetto ad alcune ipotesi in cui, qualora il danneggiante (persona fisica o meno) fosse stato oggetto *dominium ex iure quiritium* di un altro soggetto, quest’ultimo era sì considerato responsabile, ma avrebbe potuto liberarsi attraverso il peculiare meccanismo della *noxae deditio*.

Questa era un rimedio riconosciuto al *dominus* (o *pater familias*, se danneggiante era il figlio) per liberarsi dalla responsabilità per un illecito commesso da chi si trovasse sotto la sua sfera di potestà.

Essa si configurava letteralmente come la “consegna” effettuata dal *dominus* (o *pater familias*) per liberarsi dalla pretesa risarcitoria vantata da chi fosse stato danneggiato da un suo schiavo o *filius*.

Ci troviamo, evidentemente, nell’ambito della responsabilità per fatto (*recte*, atto umano) altrui. Essendo i suddetti danneggianti privi di capacità giuridica e quindi *subiecti alieno*

senza possibilità di prova contraria.”. Del resto la colpa, per i giustinianeî, era l’aspetto caratterizzante di tutti i quasi delitti.

¹¹⁵ Le espressioni sono utilizzate da P. CERAMI, *op. cit.*, p. 114.

¹¹⁶ O del pericolo della sua verifica, per il caso dell’*actio de positis et suspensis*.

¹¹⁷ Ma non necessariamente tale. *Habitator* di un immobile poteva essere anche chi l’avesse in locazione senza esserne proprietario, ad esempio. Ed il conduttore sarebbe stato comunque ritenuto responsabile.

iure, non potevano essere direttamente responsabili per i delitti che eventualmente avessero commesso, sicché la legittimazione passiva rispetto all'*actio* risarcitoria spettava al loro "padrone". A quest'ultimo, tenuto in caso di soccombenza alla pena risarcitoria, veniva riconosciuta dall'ordinamento romano la possibilità di sottrarsi al risarcimento, consegnando il *subiectus* danneggiante ma giuridicamente incapace: la nossalità derivava dal fatto che si fosse verificato un illecito posto in essere da una persona diversa rispetto a quella chiamata giuridicamente a rispondere.

Quindi, con l'*actio noxalis*, che aveva natura di *actio in personam*, veniva citato in giudizio il *dominus*: da convenuto, gli era consentita la scelta¹¹⁸ tra *sarcire* (cioè pagare la somma risarcitoria a titolo di pena), conseguente all'*accipere iudicium*, e *noxae dedere* (ovverosia consegnare il danneggiante e, conseguentemente, liberarsi), che si rivelava economicamente più conveniente se il danno da risarcire era quantificato in una somma superiore rispetto al valore del *filius* o del *servus* consegnando. Fine della nossalità, pertanto, era "limita[re] il sacrificio entro il valore della persona per cui si risponde[va]"¹¹⁹: ciò avveniva secondo una scelta discrezionale del *dominus*.

La soggezione del *dominus-pater* all'*actio* avveniva nel momento stesso in cui si perfezionava il *delictum*. Essa era "fatale e immediata giacché l'obbligo sorge[va] *ipso iure* col delitto, indipendentemente dall'effettivo esercizio dell'azione da parte dell'offeso."¹²⁰

L'intero sistema nossale, dunque, si condensava in due momenti: il *delictum*, che immediatamente rendeva il *dominus-pater* soggetto all'*actio in personam*; l'obbligo di *respondere*, esercitando l'opzione tra il pagamento della pena risarcitoria e la *noxae deditio*¹²¹.

In definitiva, il soggetto legittimato passivamente nelle azioni nossali era ritenuto responsabile per il fatto commesso da un suo *subiectus*, prescindendo tuttavia da qualsiasi accertamento di una sua colpevolezza.

L'ossequio dei Romani al dominio quiritario, tuttavia, non avrebbe consentito l'imputazione meramente obiettiva ad un soggetto, senza mitigare tale regime con il

¹¹⁸ In mancanza della quale, egli avrebbe subito la *ductio* in testa propria o la *missio in bona*.

¹¹⁹ G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 285.

¹²⁰ *Ivi*, p. 280.

¹²¹ È il caso di rilevare che Giustiniano, successivamente, abolì la *noxae deditio* con riferimento al *filius*: qualora questi avesse compiuto un illecito, sarebbe stato pienamente legittimato passivo all'azione. Rimase ferma la nossalità con riguardo agli schiavi, sebbene sempre più orientata in senso risarcitorio in favore del danneggiato, tanto che l'applicabilità dell'istituto in esame fu estesa anche alle azioni non nascenti da delitto.

vantaggio liberatorio della *deditio*. All'origine dell'*actio noxalis*, in ogni caso, vi era un atto illecito, posto in essere evidentemente con anti giuridicità e colpevolezza.

4.2. *Segue. L'actio de pauperie per il danno prodotto da animali.*

Struttura simile a quella della *noxae deditio* presenta la singolare figura dell'*actio de pauperie*, esercitabile nei confronti del *dominus* di un animale (quadrupede¹²²) per i danni prodotti da quest'ultimo. Anche in questo caso, il proprietario avrebbe potuto scegliere se pagare una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno, ovvero consegnare l'animale, liberandosene.

Il danno era detto *pauperies*, in quanto realizzato senza consapevolezza da parte dell'animale. Esso, tuttavia, rilevava solo se prodotto da un agire *contra naturam* dell'animale stesso¹²³, cioè se non rientrava nell'alveo di quelle inevitabili conseguenze legate all'istinto proprio del suo agire, *rectius* della specie cui esso apparteneva¹²⁴. Detto altrimenti, se l'animale si comportava come prevedibile e consueto per un esemplare della sua specie¹²⁵, il danno eventualmente arrecato non avrebbe dovuto essere risarcito, rientrando ordinariamente *in rerum natura*; diversamente – e cioè qualora l'animale avesse arrecato un danno per via di un moto dovuto ad un istinto contrario alla propria natura – si sarebbe potuto porre rimedio all'evento lesivo con l'*actio de pauperie*¹²⁶.

Il limite all'esperibilità di questo rimedio non risiedeva solo in un fatto “secondo natura” della bestia, ma anche nella sussistenza di un fatto colposo di un terzo, che si poneva quale

¹²² Ai casi in cui il danno fosse stato cagionato da animali non quadrupedi il pretore provvedeva con formule adattate ai casi concreti (*actiones de pauperie utiles*).

¹²³ Osservava Ulpiano (18 ad ed. D. 9,1,1,4): “*itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam.*” Ed oltre (Ulp. 18 ad ed. D. 9,1,1,7): “*et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit.*”

¹²⁴ Per esemplificare, era normale per un cavallo tirare un calcio, o per un bue incornare. Viceversa, era contro natura che un bue tirasse un calcio, ovvero che un cavallo azzannasse qualcuno.

¹²⁵ Osserva G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, cit., p. 461, che l'animale “ha una norma di vita determinata dal suo istinto e dall'istinto della specie. Se si muove e agisce secondo quella norma, cioè secondo natura, il male che produce eventualmente coi suoi atti non è imputabile se non ad un volere superiore, al demone o al Dio. Se il danno (*pauperies*) è causato da un operare *contra naturam*, non essendo l'effetto d'un volere supremo, rientra nell'ambito dell'ordinamento giuridico umano, che dà azione pertanto al danneggiato. Secondo questa nuova concezione, la *pauperies* è assimilata alla *nox*, l'atto dannoso dell'animale all'atto umano, l'operare del singolo *contra naturam* alla *culpa* dell'uomo e del servo. L'animale non sarà destinatario di norme giuridiche alla stessa guisa dell'uomo, ma intanto l'azione di danno mira a trasferirlo in potere dell'attore: perciò la consegna dell'*animal mortuum* estingue ora l'azione.”

¹²⁶ Un certo rilievo aveva anche il carattere del singolo animale, che notoriamente avesse manifestato e reiterato determinati comportamenti, magari non tipici della sua specie, ma che divenivano caratterizzanti il singolo esemplare.

causa effettiva del danno. In tal caso, sussistendone gli altri presupposti, si sarebbe potuto invocare la tutela aquiliana.

Inoltre, occorre distinguere gli animali domestici, oggetto di normazione con l'*actio* in questione, dalle bestie selvagge, per i cui danni non poteva esservi un *dominus* tenuto a rispondere con il rimedio della *pauperies*¹²⁷. Tuttavia, con l'introduzione a Roma, soprattutto in età imperiale, di un numero sempre crescente di animali selvatici, destinati a spettacoli o al diletto di uomini facoltosi, subirono un incremento le vicende di danno non riconducibili nell'alveo di alcuna fattispecie normativa: v'era il rischio che situazioni di danneggiamento rimanessero sguarnite di tutela. La lacuna fu presto colmata: non fu estesa a queste situazioni l'*actio de pauperie*, ma venne emanato un apposito editto per i danni causati da questa tipologia di bestie, prevedendo l'*actio de feris*, che obbligava al risarcimento per il danno causato da una bestia selvaggia il soggetto che lo avesse nella sua sfera di appartenenza¹²⁸.

Come nell'azione nossale, così nell'*actio de pauperie* il proprietario poteva alternativamente scegliere tra la consegna e l'*obligatio rei*: da ciò discende la nossalità e la qualificazione dell'*actio* come *in personam*.

Forse questa identità di struttura deriva da un'originaria considerazione dell'animale come responsabile al pari dell'uomo, tanto da poter subire la reazione dell'offeso¹²⁹. Tale ipotesi spiegherebbe la maggiore vicinanza di disciplina del danno cagionato da animali con le ipotesi di responsabilità per atti altrui piuttosto che con la responsabilità da cose¹³⁰.

In ogni caso, il danno da animali rappresenta un altro emblematico esempio di ipotesi speciale rispetto al regime generale del sistema aquiliano: il *dominus* era ritenuto responsabile senza aver posto in essere alcun atto, ma semplicemente per un fatto verificatosi a prescindere dall'antigiuridicità e dalla colpevolezza di un suo contegno, commissivo od omissivo.

¹²⁷ Scriveva in proposito Ulpiano (18 ad ed. D. 9,1,1,10): "*in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo si in eum occidi, meum corpus est.*"

¹²⁸ Ma non vi era, in tal caso, possibilità di liberarsi provando il fatto colposo del terzo: la fattispecie era evidentemente dotata di maggiore rigidità. Basti pensare, infatti, che nell'*actio de pauperie*, diversamente da quella *de feris*, il convenuto si sarebbe liberato provando che fosse stato un terzo ad incitare l'animale.

¹²⁹ Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 296.

¹³⁰ Tanto che *pauperies* e *nox*, dopo l'età classica, vennero unificate, raggiungendo unità di fondamento e di scopo.

Ma questa tipologia di illecito, orientata non troppo velatamente in senso oggettivo e legata ad un evidente criterio d'imputazione sulla base dell'assunzione del rischio, era legata alla categoria degli animali, che i Romani consideravano più vicina agli uomini che alle cose. Le ipotesi di illecito riguardanti queste ultime si connotavano per presupposti e caratteristiche alquanto diversi.

4.3. La responsabilità da cose: il *damnum infectum*.

L'*actio damni infecti*, nel tempo divenuta *cautio*¹³¹, veniva concessa in presenza di un vizio proveniente da un fondo o da un edificio che minacciasse di danneggiare.

Se il suddetto vizio era riparabile, chi temesse il danno poteva rivolgersi al pretore, il quale obbligava a *cavere* il *dominus* della *res* "pericolante"¹³²: questi poteva obbligarsi prestando una *cautio*, con la quale si impegnava a risarcire il danno laddove si fosse verificato.

In caso di rifiuto di prestare cauzione, il vicino sarebbe stato autorizzato dal pretore ad immettersi nel possesso della *res* in questione, per mezzo del provvedimento amministrativo detto *missio in possessionem ex primo decreto*. A questo punto, il proprietario aveva ancora la possibilità di prestare *cautio*; ma se persisteva nella sua renitenza, con la *missio ex secundo decreto* veniva attribuito a chi si era rivolto al pretore un possesso idoneo all'usucapione.

Il *dominus*, dunque, aveva dapprima la possibilità di *cavere*, che gli veniva attribuita per non ledere il suo dominio sulla *res*. Solo in caso di rifiuto, con successivo e diverso decreto, sarebbe incorso nelle ulteriori conseguenze pregiudizievoli. Si tratta di un procedimento che si configura come successione di comandi, ideato dalla giurisprudenza del pretore quale espediente per alcune specifiche situazioni non tutelabili con le *actiones* ordinarie¹³³.

Qualora infatti una cosa avesse provocato un danno senza che a ciò concorresse un atto dell'uomo commesso *iniuria*, il danneggiato non avrebbe potuto esperire gli ordinari rimedi, primo tra tutti quello *ex lege Aquilia*, rimanendo così sguarnito di tutela. Non vi era un comportamento umano caratterizzato da antigiuridicità, né tantomeno da colpevolezza, tale da configurare un illecito perseguibile ai sensi del plebiscito aquiliano.

¹³¹ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 312, sinteticamente ricorda come la *legis actio damni infecti* era ancora conservata nella *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, ma fu presto soppiantata dalla *cautio damni infecti*: quest'ultima era una *stipulatio* pretoria, detta *cautio* in quanto normalmente documentata per iscritto.

¹³² Si pensi ad un edificio edificato pericolante o ad una ripa minacciata di franare.

¹³³ Secondo G. BRANCA, *op. cit.*, p. 279, tale procedura, non rientrando negli schemi tipici dell'azione, non può essere considerata *in rem* né *in personam*: essa, piuttosto, risulta da un insieme di "espedienti" ideati dal pretore per introdurre comunque una forma tutela non rientrante nell'alveo del processo ordinario.

Peraltro, le cose non erano ritenute capaci di porre in essere fatti illeciti dannosi¹³⁴, di talché nemmeno il rimedio della *noxae deditio* si sarebbe potuto estendere a tali ipotesi.

L'unica via percorribile era quella di far “transitare” il pericolo, e quindi il potenziale successivo danneggiamento, da una *res* inanimata (e come tale non imputabile) ad un soggetto capace. Questo non poteva che essere il *dominus* della cosa. Ma l'assolutezza del dominio quiritario imponeva alcune cautele: non si poteva mettere coattivamente il *dominus* di fronte ad un'alternativa, poiché mai l'*imperium* del magistrato avrebbe potuto costringere il *dominus* ad un *facere*, ma eventualmente solo ad un *pati* (la *missio ex secundo decreto*), “tanto era vitale il concetto originario del dominio illimitato e senza pesi.”¹³⁵

Così, non veniva ritenuto automaticamente responsabile il proprietario di una cosa (potenzialmente) dannosa, ma gli veniva concessa la possibilità della *stipulatio* pretoria (*cautio*).

Egli poteva liberamente scegliere se risarcire in caso di successivo danneggiamento: laddove avesse rifiutato, non potendo a ciò essere obbligato¹³⁶, avrebbe al più subito la perdita della *res* danneggiante, con la *missio ex secundo decreto*.

La richiesta di *cautio* metteva così “in guardia” il proprietario, mutando l'origine del danno (ancora potenziale): questo sarebbe derivato non più da un mero “fatto della cosa”, ma da un “atto dell'uomo”. L'obbligo di *cavere* diventava così un problema di possibilità umana: “si [era] chiamati a rispondere in quanto la minaccia, pur venendo da una cosa, non [era] estranea al proprio comportamento.”¹³⁷

Una simile impostazione fa emergere un carattere fondamentale della *cautio damni infecti*: la preventività. Il proprietario della cosa minacciante rischiava di divenire responsabile solo dal momento in cui era “messo in guardia” dal primo decreto e solo se egli avesse potuto provvedere alla riparazione della cosa, obbligandosi alternativamente a risarcire il danno da essa eventualmente derivato. Non v'era responsabilità senza un previo ordine del pretore, che faceva acquistare alla situazione di fatto una caratterizzazione tale da qualificare il danno (futuro ed eventuale) – si ribadisce – come cagionato da un comportamento umano piuttosto che da un fatto della cosa.

¹³⁴ Diversamente dagli animali, come si vedrà a breve.

¹³⁵ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 286.

¹³⁶ L'offerta della *cautio* non poteva essere considerata una vera obbligazione, né civile né pretoria; pertanto non era “suscettibile di realizzazione coattiva attraverso equivalente pecuniario” (così *Ivi*, p. 286).

¹³⁷ Il proprietario, infatti, poteva riparare la cosa; non provvedere in tal senso avrebbe reso l'eventuale danneggiamento a lui imputabile quale atto illecito.

Strettamente connessa alla preventività era la penalità di questo rimedio, che permaneva senza urtare l'autonomia del *dominus*, grazie agli espedienti sopra descritti. Il decreto del pretore puniva infatti il responsabile per il suo rifiuto di *cavere*.

Si distinguono, dunque, tre momenti nel danno temuto: l'esistenza di un vizio riparabile, il comando pretorio di *cavere* conseguente al ricorso del vicino, la scelta del *dominus* se eseguire il comando, con le conseguenze connesse alla scelta, cioè eventuale risarcimento o *missio in possessionem unius rei*.

L'ordine del pretore, secondo quanto è emerso, da un lato nasceva come necessario ossequio alla concezione proprietaria, dall'altro si manifestava come inevitabile espediente atto ad evitare un ostacolo insormontabile per i Romani: la possibilità di configurare una responsabilità per fatto delle cose.

L'azione di danno temuto, nella sua originaria formulazione ed applicazione, reca in sé i primi indizi di un apertura del diritto romano al danno da cose, che tuttavia non poteva ancora essere pienamente concepito, visti i principi fondamentali che orientavano la disciplina degli illeciti.

Vedremo oltre come, a partire dal periodo classico, si registrò un notevole passo in avanti in tal senso.

4.4. Elementi in comune e differenze strutturali tra le actiones.

La *noxae deditio*, della quale l'*actio de pauperie* rappresenta una *species*, presenta alcune affinità e molte divergenze rispetto al *damnum infectum*.

Entrambi questi istituti trovano alla base della loro disciplina la grande considerazione che i Romani avevano per la proprietà, cioè per il così detto *dominium ex iure Quiritium*. L'assolutezza e la forte tutela che lo garantiva imponevano delle particolari soluzioni per imputare ad un *dominus* un illecito.

Così, nella *noxae deditio*, dal momento che il delitto assoggettava all'*actio* un *dominus*, a questi doveva necessariamente essere riconosciuto, come forma di tutela, uno strumento liberatorio che non minasse alla sua sovranità assoluta ed incomprimibile sul danneggiante¹³⁸.

Nell'*actio damni infecti*, venendo in rilievo non un atto umano ma un fatto della cosa, occorreva “mettere in guardia” il *dominus*, assoggettandolo allo strumento di tutela con

¹³⁸ Diversamente dall'*actio de effusis vel deiectis, de posito et suspenso* e *nautarum, cauponum, stabularionum*, in cui non vi era necessariamente un rapporto di dominio quiritario tra danneggiante e soggetto responsabile.

una domanda preventiva. Ciò in quanto, essendo per i Romani – almeno nel periodo classico – le cose inanimate incapaci di movimenti spontanei, il fatto dannoso da esse eventualmente scaturito non era sufficiente a farla perdere al proprietario a vantaggio del danneggiato, proprio a causa dell'illimitatezza “di quel potere sovrano, diminuito [nel corso del tempo] ma non scomparso, che ogni proprietario *ex iure quiritium* vantava sulla cosa propria.”¹³⁹

Ma l'azione nossale e il *damnum infectum* possono essere considerate in stretta analogia tra loro soprattutto perché presentavano entrambe un'alternativa per il soggetto chiamato a rispondere: egli avrebbe potuto *sarcire aut noxae dedere* nella *noxae deditio*, così come avrebbe potuto *cavere aut carere* da convenuto nell'*actio damni infecti*.

Inoltre, il *sarcire* comportava il risarcimento del danno così come il *cavere*, qualora alla *stipulatio* fosse seguito un effettivo danno; allo stesso modo, la consegna del *filius* o dello schiavo colpevole equivaleva all'abbandono della *res* dannosa.

Tuttavia, uno dei più attenti studiosi di questi istituti, il Branca, ha approfondito diverse questioni ad essi sottese, arrivando ad argomentare per una diversità non solo strutturale, ma anche di origine e finalità. La pretesa analogia tra il *damnum infectum* e l'azione nossale si fonderebbe, secondo l'Autore sopracitato, “su modalità di funzionamento esterno, che non toccano né possono colmare le profonde differenze.”¹⁴⁰

Degno di rilievo, come elemento di divergenza tra i due istituti, è innanzitutto il momento in cui si costituisce la legittimazione (e la soggezione) all'*actio*: nella nossalità è lo stesso delitto che *ipso iure* fa sorgere l'*actio in personam* contro il *dominus*, mentre l'esercizio dell'*actio* nel *damnum infectum* è anteriore al (e non necessariamente presupposto del) danneggiamento. L'alternativa sorge per il *dominus* nel primo caso al mero verificarsi del *delictum*, nel secondo dopo la domanda di cauzione.

Inoltre, l'atteggiamento psicologico del convenuto era ben diverso nelle due ipotesi. Nell'*actio noxalis* non poteva esservi alcuna consapevolezza del *dominus* rispetto al delitto commesso, perché in tal caso non sarebbe stato necessario esperire l'azione nossale e il danneggiato avrebbe potuto essere tutelato agendo *ex lege Aquilia*, poiché la colpa (o dolo) del *dominus*, dotato di capacità giuridica, avrebbe consentito una sua condanna per *damnum iniuria datum*; si sarebbe verificato un mutamento, da responsabilità per fatto altrui a responsabilità per fatto proprio, con conseguente eliminazione del vantaggio della nossalità (*deditio*).

¹³⁹ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 278.

Nel danno temuto, al contrario, l'assenza di imputabilità delle *res* imponeva il necessario meccanismo della messa a conoscenza del *dominus*: solo in tal caso egli avrebbe potuto rispondere. La *scientia*, quindi, diventava necessario presupposto della tutela magistratuale che si sviluppava con la sequenza di decreti.

Infine, mentre il sistema nossale era strutturato nei due momenti del *delictum* e del *respondere* (con l'alternativa *sarcire aut noxae dedere*), il *damnum infectum* si sviluppava con una triplice fase: esistenza del vizio riparabile; ricorso del vicino cui seguiva il comando pretorio di *cavere*; scelta se eseguire o meno il comando da parte del *dominus*, con le relative conseguenze (risarcimento o perdita del bene) della scelta.

Le diversità strutturali sottolineate riflettono anche la *ratio* degli istituti esaminati, che per certi versi tuttavia convergono.

Nel sistema nossale, un fatto dannoso meritevole di tutela risarcitoria (non potendo che essere imputato ad un soggetto giuridicamente capace) consentiva al *dominus*, in ossequio al suo diritto sul danneggiante materiale, un *commodus discessus* rispetto ad un obbligo risarcitorio che prescindeva dalla sua colpevolezza.

Una facoltà liberatoria simile si verificava anche nel *damnum infectum*, dove tuttavia, essendo inconcepibile per i Romani che le *res* potessero “compiere fatti dannosi”, questi ultimi venivano preventivamente ricondotti al *dominus*.

Mancava, in definitiva, una responsabilità da cose per così dire “pura” negli istituti esaminati, mentre aveva preso piede, sin dall'età repubblicana – e con i dovuti temperamenti legati all'antico dominio quiritario – la configurabilità di una responsabilità risarcitoria da delitto per fatto altrui e sganciata dall'elemento dell'*iniuria*-colpevolezza.

Cionondimeno, approfondendo alcuni aspetti, emergerà una responsabilità da cose meno influenzata dalle concezioni giuridico-filosofiche originarie, che avevano favorito le istanze soggettivistiche e l'inconcepibilità di un fatto dannoso delle cose produttivo *tout court* di effetti risarcitori.

5. Focus sulla responsabilità da cose nel diritto romano.

Giunti a questo punto, possono focalizzarsi gli elementi più rilevanti che delineano il percorso della responsabilità da cose nel diritto romano, per come appaiono essere emersi.

Innanzitutto, può affermarsi che originariamente, nel sistema giuridico romano, non esisteva una specifica ipotesi di illecito per i danni derivanti da cose.

Invero, si è anche sostenuta la tesi dell'esistenza di un'antica forma di responsabilità da cose inanimate, con l'uso di agire direttamente nei riguardi di quelle quando minacciassero danni al vicino; tuttavia, contro siffatta tesi militano almeno due argomenti¹⁴¹.

Da un lato, se tale forma d'illecito fosse anticamente esistita, con l'evoluzione del sistema giuridico romano ne sarebbe rimasta qualche traccia, quantomeno nella concezione di fondo; ed invece, i Romani escludevano in radice che le *res* potessero cagionare danno senza l'opera dell'uomo, ovvero senza che ciò fosse un fisiologico agire della natura e dello "spirito" che l'animava. Le cose inanimate potevano produrre solo fatti naturali dannosi, dai quali non poteva sorgere azione. Solo uomini e animali compivano veri e propri atti dai quali poteva scaturire un illecito perseguibile. Difatti, anche in quei particolari illeciti in cui la responsabilità sorgeva in virtù di un particolare legame con una *res*¹⁴², l'ordinamento non faceva scaturire l'imputabilità direttamente alla *res*, ma presumeva che vi fosse comunque un atto di una persona terza.

Logicamente connesso a questo argomento è quello riguardante la particolare struttura dell'*actio damni infecti*. Essa, come si è visto, era concepita in modo da "mettere in dolo" il vicino, così da mutare la prospettiva e considerare rilevante ai fini della tutela non già il fatto della *res*, bensì l'operare umano¹⁴³.

I giuristi romani non avrebbero dovuto elaborare una struttura d'illecito così complessa se avessero ammesso la configurabilità di fatti delle cose direttamente produttivi di responsabilità risarcitoria.

Non è peregrina l'ipotesi secondo cui, alla base del rifiuto di tale concezione, vi fosse quello spirito pragmatico tipicamente romano, che rifiutava astrazioni contrarie all'evidenza della realtà nel suo manifestarsi¹⁴⁴.

Così, gli uomini potevano rispondere dei delitti commessi, in quanto dotati di anima e razionalità¹⁴⁵. Agli animali, certamente privi di razionalità, veniva quantomeno attribuita

¹⁴¹ *Ibidem*, l'a. respinge la tesi che vede un'antica responsabilità delle cose inanimate, con l'uso di agire direttamente nei riguardi di esse quando minacciassero danni al vicino. L'a. sostiene oltre (*Ivi*, p. 301) che "se una responsabilità per cose inanimate non compare in età classica, è segno che non v'era neanche nel sistema quiritario, altrimenti si sarebbe conservata, come nella *pauperies*, né vi sarebbe stato bisogno di ricorrere all'*actio ficticia*."

¹⁴² Come nell'azione *de effusis vel deiectis*, o *de positis et suspensis*, o *nautarum*, *cauponum*, *stabularionum*.

¹⁴³ Il *dominus* avrebbe potuto alternativamente *cavere* – e conseguentemente risarcire in caso di danno – oppure rifiutare la *cautio* ed incorrere così nel *pacti* della *missio in possessionem*.

¹⁴⁴ Il riferimento è, ad esempio, alle tendenze animistiche dei greci. Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 300.

un'anima e quindi una certa sensibilità, tale da consentire la previsione di un'*actio* nei confronti del loro padrone¹⁴⁶ per quei fatti dannosi che spontaneamente avessero commesso.

Alle cose, invece, prive di ragione, anima e sensibilità, veniva negata qualsivoglia "autonomia d'azione" che le facesse distinguere dalla natura stessa, con cui "s'identificano e si confondono"¹⁴⁷. Ciò spiegherebbe, coerentemente, il motivo per cui nessuno poteva rispondere per i danni che si ritenevano provocati dalla natura stessa¹⁴⁸.

Un'impostazione simile doveva permanere anche nel periodo classico, seppur concettualmente affinata: secondo gli antichi le cose non erano "capaci di delinquere", per i classici comunque esse non erano "capaci di movimenti spontanei"¹⁴⁹; per questo l'unico rimedio possibile era la complessa costruzione del *damnum infectum*, che trasformava il fatto potenzialmente dannoso di una cosa in un atto illecito dell'uomo.

Il sistema dell'*actio damni infecti* non riusciva però a tutelare i malcapitati danneggiati in misura consona a ciò che lo spirito del tempo, sempre più progredito, concepiva al contempo come giusta *poena* e giusto ristoro¹⁵⁰. Tale esigenza si manifestò di pari passo con l'evoluzione economica e sociale del periodo classico, ma la complessità del *damnum infectum* non consentiva un facile mutamento di disciplina, di cui si palesava la necessità con riferimento almeno a due aspetti: il risarcimento integrale del danno che, qualora non "accettato" dal *dominus* della *res ruinosa* con la *cautio*, non sarebbe stato garantito¹⁵¹;

¹⁴⁵ La nossalità consentiva di recuperare l'azione di responsabilità nei confronti di un soggetto giuridicamente capace, ma comunque il servo o il *filius familias* che commettevano un illecito lo facevano con piena consapevolezza (verrebbe da dire, usando categorie e le qualificazioni attuali, con piena capacità d'intendere e di volere).

¹⁴⁶ Legittimato passivo doveva comunque essere un soggetto giuridicamente capace.

¹⁴⁷ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 300.

¹⁴⁸ Tranne che nell'ipotesi in cui un uomo si fosse servito della natura per compiere volontariamente un atto dannoso: in questa situazione egli avrebbe risposto di un fatto proprio.

¹⁴⁹ Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 303: "perciò il fatto dannoso (caduta dell'edificio ecc.) d'una di esse non poteva bastare per toglierla al suo proprietario a favore d'un terzo (del vicino danneggiato). Vi si opponeva l'illimitatezza di quel potere sovrano, diminuito ma non scomparso, che ogni proprietario *ex iure quiritium* vantava sulla cosa propria."

¹⁵⁰ Anche in queste ipotesi, come per l'illecito aquiliano, la penalità non fu soppiantata, ma ad essa si affiancarono finalità risarcitorie sempre più crescenti.

¹⁵¹ Limitandosi la pena alla perdita della stessa *res* in favore del danneggiato. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 304, ne spiega il motivo: "la pena - che non colpisce il patrimonio del *dominus* ma è limitata alla privazione della cosa viziata - non deriva dal fatto che nel diritto pretorio la *res* si configura, in analogia con le azioni nossali, come responsabile del danno (futuro). Piuttosto, la pena limitata alla privazione della cosa viziata discende dall'origine dell'istituto: sorto dalle *stipulationes* convenzionali, poteva affermarsi solo con il sistema della *missio*, che appunto investiva solo la cosa in nome di cui si voleva cauzione o si rispondeva."

l'eliminazione della preventività, dal momento che, in mancanza di tempestivo ricorso che "mettesse in guardia" il *dominus*, il vicino non sarebbe stato garantito.

5.1. Fattispecie originaria e inadeguatezza di tutela. Evoluzione, actio ficticia e suo superamento.

Gli ostacoli che il *damnum infectum* frapponessa ad una concezione più ampia della responsabilità per danno da cose, che si avvicinasse alle altre forme di illecito con responsabilità per fatto non proprio, potevano dunque sintetizzarsi in questi elementi: da un lato, la preventività, dall'altro, la costruzione dell'illecito come derivante da fatto proprio.

Tali caratteri si trovavano in uno stretto rapporto di interdipendenza e complementarità: poteva scaturire la tutela di *ius honorarium* solo in presenza di un fatto colpevole proprio del *dominus*, che però, a sua volta, si verificava solo in presenza di una domanda preventiva; specularmente, solo in presenza di una previa messa in guardia il *dominus* sarebbe stato imputabile per aver colpevolmente lasciato che la cosa in sua proprietà rovinasse, cagionando danno al vicino.

Ciò prova ancora una volta l'impossibilità di concepire che le cose inanimate fossero in grado di "compiere" fatti dannosi, nonché la profonda differenza di regime tra il *damnum infectum*, in cui il carattere penale (*missio in possessionem*) è dovuto al comportamento del convenuto, e la *nox*a (cui per struttura può affiancarsi la *pauperies*), in cui il convenuto risponde per un atto dannoso (delittuoso nella *nox*a, ma non nella *pauperies*) posto in essere da altri.

L'imputabilità per un fatto altrui è alla base anche dell'impossibilità di "tirar fuori" un regime "puro" di responsabilità da cose dalle peculiari fattispecie tutelate con le azioni *de effusis vel deiectis*, *de positis et suspensis*, *nautarum*, *cauponum*, *stabularionum*. È vero che in questi casi la responsabilità dell'*habitor* (non necessariamente proprietario del bene), o del *nauta*, o *caupo*, o *stabularius* era ricondotta ad un legame con una *res*; tuttavia tale elemento di collegamento non faceva prescindere la responsabilità da un atto dannoso, compiuto verosimilmente da un uomo. E quand'anche un atto illecito umano effettivamente mancasse – come nell'*actio de effusis vel deiectis*, con la quale si puniva l'*habitor* anche se la caduta dannosa di una cosa non era dovuta ad un lancio volontario di un uomo –, comunque tale regime aveva una rilevanza per lo più probatoria (e non di struttura sostanziale dell'illecito), nel senso che il sistema non richiedeva la prova

dell'autore del danno, ma v'era in qualche modo la presunzione che un'azione, quantomeno incauta, lo avesse prodotto.

Eppure, uno dei primi segni di un mutamento di prospettiva da questo punto di vista è rinvenibile proprio in un caso di caduta di una tegola, che veniva assimilato al danno prodotto da un animale¹⁵².

La svolta nel senso della formalizzazione della responsabilità da cose non avvenne servendosi delle ipotesi di responsabilità per fatto altrui, ma modificando radicalmente – quasi snaturandolo – il regime della *cautio damni infecti*, a dispetto della sua peculiare struttura, del tutto inadeguata a rispondere alle nuove istanze di cui si è detto.

Giuliano¹⁵³, infatti, tentò di modificare l'istituto del *damnum infectum*, estendendo la tutela alle ipotesi di danno verificatosi *non interposita cautione*, mediante la previsione di un'*actio ficticia*. Questa eliminava il carattere preventivo, ch'era peculiarità dell'*actio damni infecti*, introducendo la finzione di *stipulatio*.

Ne derivò come conseguenza la possibilità di garantire una forma di tutela per tutte quelle situazioni in cui il potenziale danneggiato non aveva fatto in tempo a ricorrere al pretore chiedendo la *cautio* del vicino proprietario delle cose pericolanti. Quest'ultimo avrebbe così dovuto risarcire i danni che si erano prodotti, anche senza essere stato preventivamente “messo in dolo”.

Inoltre l'*actio ficticia*, essendo eminentemente reipersecutoria, si poneva in contrasto con un altro elemento chiave della primitiva *actio damni infecti*, strettamente connesso con la preventività: il carattere di penalità.

Una tutela così orientata presupponeva l'assenza di responsabilità del danneggiato nella mancata richiesta di tutela preventiva: l'attore avrebbe dovuto fornire prova dell'*impedimentum* che non gli aveva consentito di agire prima che il danno si verificasse¹⁵⁴.

L'*actio ficticia*, così configurata, era essenzialmente volta a risarcire i danni prodotti dalla rovina delle cose, tanto che non era consentita l'alternativa del *carere*.

¹⁵² Si tratta del fr. 5 § 2 D. 9 , 2; peraltro, i Bizantini riferirono tale caso proprio all'*actio deposito et suspenso*. G. BRANCA, *cit.*, p. 463, vede in questo frammento un “segno che le vecchie e le nuove concezioni filosofiche, entrate nel sistema del diritto, hanno ormai gettato un ponte sul profondo abisso che già separava la *res* dall'animale. L'una e l'altro non sono - si badi - i destinatari di norme giuridiche nello stesso modo dell'uomo, ma agiscono con movimenti spontanei, per cui si può dire che autorispondano.”

¹⁵³ D. h. t. 9 pr.

¹⁵⁴ Il diritto classico non riuscì ad arrivare più in là. Il diritto posteriore sarà anche caratterizzato dall'intento di abolire i due cardini del vecchio istituto per arrivare alla responsabilità così detta legale.

Nel corso del tempo – si osservi – era comunque possibile per chi agiva con *l'actio damni infecti* ordinaria costringere il *dominus aedis ruinatae* a togliere i ruderi o ad abbandonare la casa¹⁵⁵.

Da Giustiniano in poi il regime mutò notevolmente. La possibilità di costringere il vicino a togliere i ruderi o abbandonare il bene venne limitata alle ipotesi di mancata tempestiva attivazione dell'*actio* per causa non imputabile all'attore. Inoltre, sempre in caso di *actio ficticia non interposita cautio*, l'effetto accordato mutò, passando dall'esclusivo risarcimento del danno all'alternativa per il convenuto tra il *sarcire* ed il *carere aedibus totis*¹⁵⁶.

Mentre i giuristi classici vollero mutare tanto i presupposti di esperibilità del rimedio¹⁵⁷, quanto le conseguenze di esso (prevedendo esclusivamente una tutela risarcitoria), diversamente, i giustinianeî mantennero le mutate condizioni di attivabilità dell'*actio* anche per le ipotesi di *non interposita cautio*, ma tornarono alla previsione dei medesimi effetti che avevano luogo prima delle suddette innovazioni classiche: ripristinarono l'alternativa tra il *cavere*, nel frattempo divenuto mero *sarcire* (non vi era più la *cautio*, trattandosi di tutela non più preventiva) ed il *carere*, consentendo quindi la *missio* anche a danno avvenuto.

Ciò determinò l'eliminazione dell'*actio ficticia* originaria e genuina del periodo classico, che produceva effetti risarcitori senza consentire il *carere*.

Delle previsioni classiche venne conservata solo la possibilità di ottenere tutela in mancanza di richiesta preventiva, sempre a condizione che il danneggiato non fosse stato negligente.

Giustiniano, quindi, concedendo l'alternativa *sarcire-carere*, mutò la *ratio* delle innovazioni classiche. Non potendo il *dominus aedis ruinatae* rispondere oltre il valore della *res* danneggiante, si determinò così un avvicinamento di disciplina rispetto alla *noxae deditio*, in cui il *dominus*, non volendo risarcire il danneggiato, avrebbe al più perso il valore del *servus* o dell'animale.

¹⁵⁵ 7 § 2 in f. D. h. t. itp.

¹⁵⁶ 9 pr. D. h. t. itp.

¹⁵⁷ Concedendo l'*actio ficticia* a quei soggetti che dimostrassero di non aver potuto (per motivi indipendenti dalla loro volontà) richiedere la tutela preventiva.

Si verificò una sorta di generalizzazione del principio di nossalità con riguardo ai danni prodotti da servi, animali e cose: l'intento era verosimilmente quello di fissare un principio unico di responsabilità, fondandolo su basi comuni¹⁵⁸.

Subì un mutamento anche l'onere della prova riguardante l'impossibilità di proporre per tempo l'*actio*; diversamente dal periodo classico, l'attore non doveva provare la sua diligenza, ma era il convenuto, per liberarsi, a dover fornire prova della negligenza dell'*actor* che non aveva richiesto la *cautio*, pur a ciò nulla ostando.

Così, nonostante fosse venuto meno l'automatismo risarcitorio, nel diritto giustiniano divenne regola ciò che prima era un'eccezione, ovverosia la tutela *non interposita cautio*¹⁵⁹.

Questa inversione di principi condusse ad una responsabilità legale non troppo dissimile da quelle conosciute oggi nei nostri ordinamenti, per quanto entro il limite del valore della *res* danneggiante e con altre divergenze rispetto al regime di responsabilità da cose per come vigente negli ordinamenti continentali moderni¹⁶⁰.

Basti pensare che, una volta eliminata la preventività dell'azione, il *dominus* non poteva più essere "messo in guardia", sicché appariva ingiusto che egli rispondesse anche nei casi in cui il danno non era in alcun modo prevedibile.

Tale nuova elaborazione, volta a limitare la responsabilità, testimonia la difficoltà per il sistema giuridico di concepire un ipotesi di illecito in cui un fatto dannoso prodotto dalle cose non potesse in alcun modo essere ricondotto ad un contegno colpevole del *dominus*, nonostante i passi avanti compiuti. Anzi, allorquando si aprì uno spiraglio per la possibilità di un impulso spontaneo della cosa, fu proprio questa ad essere considerata capace di *iniuria*: da ciò derivava la necessità di riparare il danno perseguendo la *res* e quindi limitando il risarcimento entro il valore della stessa¹⁶¹.

¹⁵⁸ Vedi G. BRANCA, *op. cit.*, p. 460.

¹⁵⁹ Con l'alternativa *tollere aut carere*, che poi equivaleva a *sarcire aut carere*.

¹⁶⁰ Sarà il diritto bizantino, successivamente, a cancellare gli ostacoli che si frapponevano ad un'azione di danno generale.

¹⁶¹ Questa breve ricostruzione del percorso evolutivo dall'*actio damni infecti* al *damnum iam datum* del diritto giustiniano trova conferma nella ben più ampia, organica ed articolata esposizione del G. BRANCA, *op. cit.*, che sintetizza (p. 465) l'intera ricerca nei termini seguenti, aggiungendo degli aspetti che in questa sede non sono stati approfonditi. Innanzitutto, secondo l'a., il *vitium* dei classici è diventato, per Giustiniano, un impulso spontaneo della cosa, capace di *iniuria*: perciò il danno si dovrà riparare perseguendo la *res*. Da questi fondamenti così posti, derivano i principi e le regole del nuovo regime di danno da cose:

- non v'è più la *fictio* della cauzione e l'obbligo di risarcimento è limitato entro il valore della cosa rovinata: *aut sarcire aut carere*. Vi è dunque la facoltà di rinuncia al *corpus quod nocuit*, in evidente analogia con la *noxae deditio*;

In definitiva, le difficoltà ad ammettere un risarcimento integrale, superate in epoca classica, durante la quale l'*actio ficticia* era limitata alle ipotesi di incolpevole mancata proposizione dell'*actio*, si ripresentarono con Giustiniano, che da un lato estese il regime di applicabilità della tutela, ma dall'altro limitò la responsabilità del *dominus* entro il valore della cosa danneggiante.

Nonostante la fatica del cammino evolutivo, si arrivò comunque ad un fondamento comune per i danni da servi, animali e cose, che in passato divergevano radicalmente tra loro: esso potrebbe essere individuato nell'assunzione del rischio legata al dominio su di un "terzo", dal quale derivano i poteri di uso e godimento, ma anche le eventuali conseguenze pregiudizievoli¹⁶².

6. Esiti dell'indagine (utili per il prosieguo della ricerca).

6.1. Nessuna responsabilità senza un atto dell'uomo; espedienti. Pericolosità della cosa e tutela penale.

Partendo dagli elementi caratterizzanti il percorso evolutivo del diritto romano con riguardo alla responsabilità da cose, per come sono stati inquadrati, è possibile

- è assimilato il regime del *damnum iam datum* a quello preventivo del danno temuto, per introdurre la nuova tutela abolendo la *fictio*;

- "la facoltà di *carere post ruinam* è parallela alla *missio* accordata *ante ruinam*". Il *damnum infectum* importava la *missio*, mentre il *damnum iam datum non interposta cautio* non l'ammetteva, ma questa differenza di regime scomparve. C'era ormai un'unità di regime fondata sulla limitazione di responsabilità entro il valore della cosa danneggiante;

- carattere di ambulatorietà: risponde il *dominus*, quindi non necessariamente chi ha prestato cauzione, ma eventualmente il suo successore, purché sia appunto il *dominus rei*. "L'ambulatorietà è principio legato al carattere liberatorio del rilascio; quella stessa esigenza, che trasporta la legittimazione passiva col mutare del dominio o del possesso sulla cosa, deve limitare a fortiori entro il valore della cosa la responsabilità d'ogni legittimato successivo";

- gli stessi principi si applicano nell'azione che spetta al vicino (*post ruinam*) se il *dominus* della *res* rovinosa non ha prestato la cauzione né ha tollerato la *missio*;

- "la cauzione, e quindi le azioni *ex stipulatu* ed *in factum*, competono solo se il danno minaccia o deriva da un'*aedes*, da un'*opus* o da un albero". Non si risponde per i danni prodotti da campi o terreni, che sono una parte indivisa, o al più divisa artificialmente, del mondo, quindi i loro movimenti non sono diversi da quelli della natura;

- si limitava la responsabilità "entro il valore della cosa che, in quanto è capace di propri impulsi spontanei, sarebbe essa imputabile, se la si potesse chiamare in giudizio."

¹⁶² Tale ricostruzione sembra essere confermata dalla particolare qualificazione giuridica per questo tipo di responsabilità. Mancando la *conventio*, non poteva esserci *obligatio*, nemmeno *quasi ex delicto* (cosa che sarebbe rimasta possibile in caso di sopravvivenza dell'*actio ficticia* classica). E se qualificare l'azione come reale appare eccessivo, di certo essa presentava forti caratteri reali, essendo fondata su un rapporto d'onere che legava il *dominus* alla *res*. Cfr., per un approfondimento della questione, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 473.

l'individuazione di alcuni criteri e principi generali, quali utili spunti per il prosieguo della ricerca.

Il primo dato di rilievo è costituito dalla originaria difficoltà – ai limiti del rifiuto – per i Romani di concepire una responsabilità risarcitoria (la quale derivava da quella meramente penale) senza che un tale effetto potesse essere originato da (e ricondotto ad) un atto propriamente umano.

Non vi era illecito, alle origini del sistema giuridico romano, senza un previo comportamento umano antiggiuridico ed illecito¹⁶³.

Se nella proposizione condizionante il fatto rilevante per il diritto – ai fini del sorgere degli effetti collegati al predetto fatto¹⁶⁴ – può essere tanto un comportamento dell'uomo (un atto) quanto un fatto non prodotto dall'agire umano (un fatto naturale)¹⁶⁵, cionondimeno detta alternatività ed equivalenza (“atto dell'uomo-fatto non umano”) era esclusa nel sistema dell'illecito di diritto romano: l'effetto giuridico dell'illecito – con le conseguenze sanzionatorie da esso derivanti – poteva essere originato, se ben si comprende, solo da un atto dell'uomo.

Era inconcepibile che un *delictum* potesse derivare da cose, considerate “prive di anima”.

Per i soggetti giuridicamente incapaci, ma dotati di piena consapevolezza e razionalità, come i servi e (fino al periodo giustiniano) i figli, era previsto il sistema della nozialità, che faceva responsabile il *dominus* (o *pater*); ma comunque l'illecito era originato da un atto umano.

Nelle particolari *actiones de effusis vel deiectis, de positis et suspensis, e nautarum, cauponum, stabularionum*, sebbene la responsabilità di un soggetto fosse connessa ad un rapporto con una *res* (edificio, stalla, nave), comunque il fatto originatore era un atto umano; o si presumeva che lo fosse.

L'*actio de pauperie*, sviluppatasi per sanzionare il proprietario di un quadrupede per i danni da quest'ultimo prodotti, si basava sul presupposto di una natura “senziente” dell'animale, che assimilava all'atto umano il suo comportamento.

¹⁶³ Sebbene si sia visto come in alcune forme di *delicta* l'ordinamento giuridico arrivò a prescindere dall'accertamento dell'*iniuria*, per venire incontro alle esigenze di tutela (e probatorie) dei danneggiati.

¹⁶⁴ Effetti che, nel campo dell'illecito, si sostanziano nelle conseguenze sanzionatorie e riparatorie in capo al soggetto ritenuto responsabile.

¹⁶⁵ Diversamente dall'effetto giuridico, contenuto nella proposizione condizionata, in cui la componente di fatto (che si affianca alla componente di valore, da cui è rinvenibile l'interesse sotteso alla previsione di quel determinato effetto normativo) sarà sempre costituita da un comportamento. Il riferimento è all'elaborazione dogmatica della struttura della norma che si deve ad A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, cit.*, p. 99 e ss., in particolare p. 104.

Infine, nel *damnum infectum*, l'inconcepibilità di un'azione dannosa della *res* da cui far discendere gli effetti del *delictum* portò la giurisprudenza ad elaborare il sistema della *cautio*, con la quale la fattispecie veniva ricondotta all'agire umano, mettendo in dolo il vicino proprietario della cosa pericolante.

E quando i classici tentarono un'inversione di rotta ricollegando immediati effetti risarcitori al fatto dannoso della cosa, furono costretti a prevedere una *fictio*, dando cioè per avvenuta la *cautio*. Ben presto, tuttavia, i giustinianeî reagirono a tale regime, limitandone le conseguenze risarcitorie al massimo entro il valore della *res*.

L'evoluzione del diritto romano non arrivò mai a riconoscere l'idoneità di un fatto dannoso prodotto da una *res* a configurare un illecito imputabile ad un soggetto, con le piene conseguenze sanzionatorie e risarcitorie che ne sarebbero potute derivare.

A ciò, verosimilmente, si opponeva l'ineludibile carattere penale dei *delicta privata*: il sistema degli illeciti non conosceva la ripartizione così come operante nei moderni sistemi giuridici, sicché l'elemento dell'*iniuria* (nella sua doppia accezione di antigiridicità e colpevolezza), tipico delle fattispecie generali e più rilevanti disciplinate nella *Lex Aquilia*, era difficilmente eliminabile come presupposto delle varie ipotesi di illecito¹⁶⁶.

Da ciò trova ulteriore conferma la difficoltà teorico-dogmatica, ma soprattutto pratica, di ammettere un lineare effetto giridico, pienamente riparatorio e sanzionatorio, derivante dai fatti dannosi delle cose.

Il mutamento di prospettiva dei secoli successivi, fino ad arrivare alle moderne concezioni, potrebbe avere diverse cause originatrici, ma anche essere l'esito naturale dell'evoluzione sociale legata alla conoscenza ordinaria, ovverosia al progresso nelle scienze, nella tecnica, nell'economia.

Se passi avanti furono compiuti in tal senso, uno dei motivi fu rappresentato senz'altro dall'abbandono graduale della penalità nei delitti privati, cui seguì parallelamente la perdita di valore della preventività dell'*actio damni infecti*.

Che il carattere penale fosse una cifra qualificante dei *delicta privata* non v'è alcun dubbio. Si ritiene che le esigenze sanzionatorie abbiano ricoperto un ruolo di rilievo nell'accidentato e non agevole percorso di riconoscimento di una possibile responsabilità (con effetti risarcitori) derivante da "fatti delle cose": se non era l'uomo a porre in essere degli atti illeciti, a che titolo si sarebbe potuto punirlo? Per questo, nei danni prodotti da

¹⁶⁶ E quando ciò avveniva, era solo per una mera facilitazione probatoria, non certo perché esso non fosse insito nella fattispecie che veniva ad integrarsi.

cose l'unico strumento che consentiva di non eliminare e rinnegare la penalità era proprio quel requisito di preventività "inventato" dal pretore.

L'ammonimento del *dominus*, operato con la *cautio*, consentiva di recuperare non solo la necessaria riconducibilità di un (eventuale) fatto dannoso all'uomo, ma anche la rimproverabilità della sua verifica, così da non dover elidere la *ratio* punitiva degli illeciti privati.

Nei danni da cose, dunque, il fondamento penale non poteva che configurarsi come "penale-preventivo", "ben saldo, inquadrato nel sistema; [...] che appare anche più rigido man mano che si risale all'epoca più antica, ma che comincia a invecchiare fin dal tempo di Giuliano"¹⁶⁷; per questo, il risarcimento a danno avvenuto era ammesso solo in presenza di un mezzo preventivo che lo avesse preparato e "penalmente giustificato".

Ben si comprende, allora, perché l'abbandono graduale della penalità¹⁶⁸ ebbe luogo parallelamente a quello della preventività. La seconda trovava la sua ragione d'esistenza nella necessità di preservare la prima, tributandole il giusto ossequio che il sistema giuridico imponeva.

Venendo meno la funzione sanzionatoria, nel danno da cose fu possibile lentamente abdicare anche alla preventività.

Il carattere penale giocava un ruolo determinante anche per un altro aspetto della responsabilità da cose: la pericolosità della *res*.

Nel *damnum infectum* non si poteva ricorrere al pretore, chiedendo la stipulazione della *cautio*, se la cosa non avesse "minacciato" danno: il che presupponeva necessariamente una sua riconoscibile idoneità al nocimento, cioè la sua pericolosità.

In ipotesi di cosa non pericolosa, il danno sarebbe stato risarcibile solo se eziologicamente connesso ad un atto umano, o alla presunzione del suo verificarsi, come ad esempio nell'*actio de effusis vel deiectis*. In altri casi, la pericolosità fu elevata a condizione

¹⁶⁷ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 304.

¹⁶⁸ Abbandono che non avvenne definitivamente neanche sotto il diritto giustiniano. Osserva, B. ALBANESE, voce *Illecito*, *op. cit.*, p. 85, che neanche Giustiniano può e osa dichiarare indiscriminatamente la natura reipersecutoria dell'*actio legis Aquiliae*, sebbene ormai la via verso le moderne concezioni fosse definitivamente aperta. Sullo stesso argomento, P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ed Ugo Grozio*, *cit.*, p. 108, sottolinea che "i giuristi di diritto comune prendono atto della penalità dell'*actio legis Aquiliae*, inequivocabilmente asserita nei *libri legales*, ma esplicitando il punto di vista della più matura giurisprudenza romana, procedono ad una marginalizzazione della funzione penale e ad una parallela generalizzazione della funzione risarcitoria del rimedio aquiliano. A questo duplice risultato pervengono o analizzando, in sede di *lectura* o di *consilium*, singoli brani dei *libri legales*, ovvero riflettendo sul fondamento dell'*ordo legum*, in sede di analisi della *dispositio argumentorum* nelle diverse parti dell'opera legislativa di Giustiniano."

necessaria e sufficiente della punibilità, anche in assenza di danno: ciò avvenne nell'*actio de posito et suspenso*.

La nozione di pericolosità era in strettissimo legame con quella di prevedibilità. Il senso pragmatico dei Romani faceva qualificare una *res* come pericolosa se, in base all'esperienza comune, poteva ritenersi verosimile che dalla stessa potesse derivare un danno.

Per questo, un danno avrebbe prodotto effetti punitivi (ed eventualmente risarcitori) solo se *iniuria datum*, vale a dire se posto in essere da un atto dell'uomo antiggiuridico e colpevole, oppure se – in mancanza di *iniuria* – prodotto da una cosa come conseguenza prevedibile, quindi evitabile.

In presenza di ineluttabilità ed imprevedibilità, esso sarebbe stato manifestazione di un volere superiore, non controllabile e quindi – a prescindere dalla sua identificazione col Dio o altra potenza non umana – frutto di *casus* e *vis maior*, che non potevano dar luogo a conseguenze sanzionatorie¹⁶⁹.

Il limite di ciò che modernamente indichiamo come fortuito, pertanto, era insito in ogni fattispecie di illecito e si identificava con un avvenimento inevitabile, in quanto prodotto non dall'intima forza della singola *res*, ma da potenze esterne ed incontrollabili, costituendo punto di confine della responsabilità.

Nel sistema romano, in definitiva, con una tendenza più o meno omogenea e presente nel corso delle diverse epoche, il danno prodotto da cose veniva preso in considerazione dall'ordinamento, ricollegando ad esso precisi effetti giuridici, solo se ed in quanto riconducibile ad una situazione di pericolo che non provocasse un danno imprevedibile ed inevitabile.

Nell'*actio damni infecti*, esemplificativamente, si parlava di edifici, alberi, o più genericamente di oggetti "pericolanti": produceva illecito la *ruina aedis ruinosae*.

6.2. Assunzione del rischio come criterio d'imputazione.

In stretto collegamento con la necessaria pericolosità della *res* è il fondamento normativo che appare emergere nelle ipotesi considerate.

¹⁶⁹ Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 461. L'a. ritiene che l'intima forza che sta alla base del tutto debba identificarsi col Dio che necessariamente deve volere il bene. Il male è da considerare quale *casus* o *vis maior* se derivante da potenze supreme malvagie al di fuori di noi, ineluttabili e inevitabili. Altrimenti, esso è prodotto dall'intima forza o dalla volontà d'ogni singola *res*: ed in tal caso, esso rientra nell'ambito dell'ordinamento giuridico umano: così nasce la responsabilità diretta della cosa che l'ha provocato.

Esso sembra accomunare non solo la responsabilità da cose, ma anche le ipotesi da cui era derivata la disciplina di quella, pur con gli opportuni adattamenti che si sono visti.

Come per lo schiavo o il figlio nell'*actio noxalis* e per gli animali nella *pauperies*, così per le cose pericolose nel *damnum infectum*¹⁷⁰ risponde il soggetto cui l'ordinamento addossa il rischio che a produrre il danno sia stato un "terzo" (dotato o meno di razionalità, ma pur sempre) giuridicamente incapace: tale soggetto ritenuto responsabile è il proprietario.

La sua legittimazione passiva deriva dal fatto di usare, godere, disporre della persona, o dell'animale, o della cosa che abbia prodotto il danno; non è necessario accertare se effettivamente il *dominus* ne tragga un vantaggio materiale-economico¹⁷¹, né se egli sia incorso in una condotta colpevole per non aver adeguatamente vigilato. Anche perché, in quest'ultimo caso, il sistema degli illeciti consentiva di agire *ex lege Aquilia* o, nel diritto giustiniano, con l'*actio quasi ex delicto*.

Anche le *actiones de effusis vel deiectis, de positis et suspensis, e nautarum, cauponum, stabularionum* erano strutturate in maniera tale da far ritenere che il presupposto della responsabilità non fosse la *culpa*, ma l'assunzione del rischio¹⁷²; il che era anche confermato dagli orientamenti della giurisprudenza¹⁷³ e dallo stesso Gaio, che sottolineava come l'armatore, l'albergatore o lo stalliere rispondessero non per colpa, ma "come se lo fossero"¹⁷⁴.

Invero, l'ambiguità di questa espressione¹⁷⁵ potrebbe anche ipoteticamente dare adito a una interpretazione che contempra un atteggiamento colpevole di mancata sorveglianza in capo al soggetto legittimato passivo, quantomeno in via presuntiva. In ciò potrebbe

¹⁷⁰ Sia esso con tutela preventiva frutto di *cautio* o derivante da *actio ficticia*.

¹⁷¹ Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 471. L'a., successivamente, precisa a tal proposito che "è inesatto ripetere che si è tenuti a difendere la cosa (servo, animale) solo quando o in quanto ci si avvantaggia di essa (*qui sentit commodum sentire debet et incommodum*): lo schiavo (o l'animale, ecc.) può non essere utile o non essere sfruttato, eppure se ne deve rispondere ugualmente; il suolo può essere fonte di reddito, eppure, se non è costruito o piantato (ad es. se è a pascolo brado senz'alberi, opere e case coloniche), chi lo possiede o ne gode non dovrà risarcire i danni prodotti da frane, *ruinae* ecc. ecc."

¹⁷² A tal proposito, infatti, occupandosi di impresa marittima, Ulpiano osservava che "*debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint, sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit*" (D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 ad ed.). Ed inoltre: "*omnia...facta magistri debeo (exercitor) praestare qui eum proposui, alioquin contrahentes decipientur*" (D. 14, 1, 1, 5 Ulp. 28 ad ed.).

¹⁷³ Cfr. P. CERAMI, *op. cit.*, p. 113.

¹⁷⁴ Cfr. par. 3 e note 111 e 114. Ciò in quanto avevano scelto *mali homines*: si legge infatti in D. 44, 7, 5, 6, 3 *Aur.* = Inst. 4, 5, 3: "*aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur*".

¹⁷⁵ Vedremo a breve come i commissari giustinianeî, partendo proprio da questo brano, accentuarono inopinatamente il ruolo della colpa, facendola assurgere a requisito ineludibile delle fattispecie.

rinvenirsi un elemento di discriminazione tra i suddetti istituti da un lato e la nozione e il *damnum infectum* dall'altro.

Ma tale (anche solo presunzione di) mancata sorveglianza non è certamente rinvenibile nell'ipotesi di danno da cose. Il proprietario, in effetti, una volta "messo in dolo", si sarebbe potuto diligentemente prodigare per evitare la rovina e il danneggiamento. Se ciò non avesse fatto, o se fosse mancato l'ammonimento (in caso di *actio ficticia*), egli sarebbe stato responsabile senza necessità di provare un suo contegno colpevole, sempre a condizione che il danno fosse stato almeno prevedibile.

Un simile indirizzo interpretativo confermerebbe la validità della tesi sull'assunzione del rischio quale fondamento della responsabilità nelle ipotesi esaminate.

Tale rischio incombeva sul proprietario. Non vi erano riferimenti alla custodia, come nell'attuale fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. Detta custodia era sì nel diritto romano "un criterio oggettivo di responsabilità [...] che addossa[va] al debitore la responsabilità per determinati eventi, indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del debitore e l'evento e, a fortiori, tra la qualificazione psichica di tale comportamento e l'evento, in funzione di una valutazione tipica della possibilità del debitore di evitare l'accadimento"¹⁷⁶; ma era per lo più un criterio di determinazione della responsabilità del debitore per inadempimento dell'obbligazione.

Essa aveva il suo campo di operatività in ambito negoziale. Peraltro, non tutti convengono circa l'oggettività della sua rilevanza: v'è chi ritiene che essa fosse stata valorizzata quale criterio d'imputazione della responsabilità soprattutto nel periodo giustiniano, indicando un criterio soggettivo di diligenza, quello *custodiendae rei* appunto¹⁷⁷.

Nelle fattispecie di danni prodotti dalle cose, dunque, non ricorreva il concetto di custodia quale criterio di determinazione del soggetto responsabile, sebbene *l'habitor* o il proprietario fossero individuati in maniera non troppo dissimile dai soggetti che nel nostro ordinamento vengono qualificati custodi.

6.2.1. La scomparsa, da Giustiniano in poi, dei criteri oggettivi d'imputazione della responsabilità.

I passi in avanti compiuti a partire dal periodo repubblicano sull'eliminazione del requisito

¹⁷⁶ M. TALAMANCA, voce *Custodia (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 562.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, dove viene richiamato il Bonfante per la tesi appena riportata, di tipica impronta giustiniana, secondo cui la diligenza doveva appunto essere *exacta, exactissima*; di diverso avviso sono coloro (tra i quali l'a. cita il Baron ed il Pernice) i quali si richiamano per lo più ad una responsabilità oggettiva, secondo la concezione del diritto classico.

della colpevolezza (quantomeno presunta) del convenuto in alcune ipotesi di “responsabilità extracontrattuale”¹⁷⁸ furono successivamente neutralizzati dall’opera di Giustiniano, che configurò la colpa quale “indeclinabile presupposto soggettivo sia della responsabilità aquiliana, sia della responsabilità per fatto altrui”¹⁷⁹, influenzando in tal senso l’evoluzione giuridica successiva.

La centralità del ruolo della colpa rappresentò un’innovazione non tanto per l’illecito aquiliano¹⁸⁰ – del quale anche precedentemente non poteva dubitarsi ch’essa fosse requisito necessario – quanto piuttosto per le ipotesi tipiche di danni da cose o derivanti da fatto altrui, che s’è visto essere fondate sull’assunzione del rischio e su un’attribuzione oggettiva¹⁸¹ della responsabilità.

I compilatori giustiniani, infatti, portando alle estreme conseguenze alcuni risultati della giurisprudenza di età severiana¹⁸², annoverarono tra gli illeciti colposi non solo le ipotesi di danno aquiliano, ma tutta la gamma di fattispecie di danneggiamento causato da “terzi” (persone soggette a potestà, animali, cose).

Nei secoli successivi, “glossatori, commentatori e culti non apportarono radicali innovazioni, ma si limitarono ad esplicitare ed a sviluppare”¹⁸³ quanto formalmente sanzionato a livello legislativo da Giustiniano. La *culpa*, dopo il periodo della giurisprudenza classica, era ormai divenuta indeclinabile presupposto soggettivo della responsabilità¹⁸⁴.

¹⁷⁸ La nozione di responsabilità extracontrattuale non era ovviamente conosciuta all’epoca. Fu elaborata solo successivamente.

¹⁷⁹ P. CERAMI, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸⁰ Che fu riorganizzato in questi termini: nelle *Institutiones* la sua disciplina era contenuta nei primi 5 titoli del quarto libro: *obligationes quae nascuntur ex delicto (furtum, iniuria, damnum iniuria datum, iniuria), obligationes quae nascuntur quasi ex delicto*; al contrario, nei *Digesta* manca un’unità sistematica della trattazione. Tuttavia, l’impostazione del libro nono dei *Digesta* costituisce la medesima trama tecnica che ritroviamo alla rubrica *Des delits et des quasi delits* (Libro III, Titolo IV, Cap. II) del *Code Napoléon*, nel Titolo IX del Libro IV (“Dei fatti illeciti”) del Codice civile italiano ed in altre codificazioni europee (*De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*: L. IV, T. XVI, Capo II del codice civile spagnolo; *Unerlaubte Handlungen*: L. II, T. 25 del BGB tedesco).

¹⁸¹ Pur con le dovute cautele che si sono viste con riguardo alle *actiones de effusis vel deiectis, de positis et suspensis, e nautarum, cauponum, stabularionum*.

¹⁸² Cfr. *amplius* P. CERAMI, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸³ Cfr. *Ivi*, p. 107.

¹⁸⁴ *Ibidem* si individuano le seguenti tappe essenziali dello sviluppo storico della dottrina della responsabilità extracontrattuale dai glossatori fino a Donello: “a) marginalizzazione della funzione penale dell’*actio legis Aquiliae* e generalizzazione della sua funzione risarcitoria; b) ridimensionamento della tipicità del danno aquiliano e conseguente configurazione dell’*actio in factum ex lege Aquilia* come azione generale per ottenere la *damni culpa dati reparatio*; c) configurazione della *culpa* come indeclinabile presupposto soggettivo sia della responsabilità aquiliana, sia della responsabilità per fatto altrui; d) ridimensionamento del termine *erūs* e della connessa patrimonialità del danno aquiliano con la conseguente estensione del rimedio aquiliano all’ipotesi dell’uccisione dell’uomo libero e all’ipotesi del danno morale; e) configurazione

Parallelamente, anche la nozione di custodia, tradizionalmente considerata un criterio di determinazione della responsabilità del debitore per inadempimento dell'obbligazione, subì un processo di subiettivizzazione, laddove, fino al periodo classico, aveva assunto una connotazione oggettiva¹⁸⁵.

Dal quadro delineato, emerge per l'illecito aquiliano una qualche continuità con il periodo repubblicano: nella *Lex Aquilia* la *culpa* non era espressamente prevista, ma venne "ricavata" in via interpretativa dall'*iniuria*¹⁸⁶. La continuità non fu identica sovrapposizione, dal momento che i giustinianeî approfondirono la nozione di *culpa*, in ciò differenziandosi dai periodi precedenti¹⁸⁷.

Quanto invece alle ipotesi "speciali" di responsabilità, Giustiniano non si limitò ad ampliare gli approdi cui era giunta fino ad allora la cultura giuridica, ma operò una rottura: la *culpa* fu introdotta per la prima volta quale requisito di fattispecie che fino ad allora non la prevedevano e che si fondavano piuttosto sull'assunzione del rischio¹⁸⁸.

Tale operazione venne compiuta, forse, servendosi anche dell'affermazione di Gaio che si riferiva alla *culpa* più come *fictio iuris* che come effettivo elemento ineludibile della

del *damnum* come elemento cardine della responsabilità civile e correlativa costruzione del binomio categoriale danno contrattuale-extracontrattuale." Mentre i primi tre passaggi rappresenterebbero l'esplicitazione di linee di tendenza già manifestate dalla giurisprudenza classica, gli ultimi due sviluppano degli spunti che i giuristi classici si erano solo limitati ad abbozzare.

¹⁸⁵ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Custodia (diritto romano)*, *op. cit.*, p. 562, che definisce criterio oggettivo di determinazione della responsabilità quello che "addossa al debitore la responsabilità per determinati eventi, indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale tra il comportamento del debitore e l'evento, in funzione di una valutazione tipica della possibilità del debitore di evitare l'accadimento."

¹⁸⁶ Cfr. P. CERAMI, *op. cit.*, p. 113, dove si sottolinea l'introduzione dell'uso di *culpa* da parte della giurisprudenza di età repubblicana con la finalità di "stigmatizzare la condotta non giustificabile e, quindi, rimproverabile". A riprova di ciò, l'a. cita la definizione formulata da Q. Mucio Scevola, secondo cui la *culpa* era "*quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provi sum*" (in Paul D. 9, 2, 3, 1). Ed i giuristi classici suggerirono di valutare in modo rigoroso la possibilità di *provideri*, per scoraggiare condotte non improntate alla massima avvedutezza. Per questo Ulpiano (D. 9, 2, 44 pr.) aveva affermato che *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

¹⁸⁷ G. CRIFÒ, voce *Illecito*, *cit.*, p. 157, osserva come al diritto giustiniano si deve un'organica valutazione dello stato d'animo dei soggetti, ma anche la graduazione della colpa-diligenza, in base all'entità (*culpa levis* e *culpa lata*) e al carattere oggettivo e soggettivo (*culpa in abstracto* e *culpa in concreto*) del riferimento. Inoltre, è sempre dei giustinianeî la paternità della differenziazione tra *obligationes quae ex delicto* e *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*. Per le prime era necessario il dolo quale elemento soggettivo dell'illecito, mentre per le seconde sufficiente la culpa. Secondo M. TALAMANCA, voce *Custodia*, *cit.*, p. 523, invece, i giustinianeî si limitarono ad un tentativo di configurazione di un diverso atteggiarsi della *culpa* (nei suoi gradi di *lata* e *levis*). Le estreme conseguenze di tale tentativo si devono alla sistematizzazione dei giuristi medievali.

¹⁸⁸ Ritiene P. CERAMI, *op. cit.*, p. 113, che la giurisprudenza romana, in materia di responsabilità per fatto altrui, particolarmente nel campo di applicazione dell'*actio damni in factum ad versus nautas, cauponas, stabularios*, aveva individuato il presupposto della responsabilità non già nella *culpa*, bensì proprio nell'assunzione del rischio (confermerebbe l'assunto il frammento ulpiano in D. 4, 9, 7 pr. poc'anzi riportato (vedi note 110 e 173).

fattispecie¹⁸⁹. I commissari giustiniani accentuarono la seconda impostazione, magnificando il ruolo della *culpa* e condizionandone in tal modo l'ulteriore sviluppo storico.

I glossatori e i commentatori dei secoli successivi proclamarono il principio della necessaria colpevolezza per rispondere dei danni arrecati ad altri: l'assunzione del rischio, fondamento primigenio della responsabilità oggettiva, scomparve così dal raggio di operatività pratica, ma anche dalla *mens* giuridica dei dotti¹⁹⁰.

Successivamente, la materia della responsabilità extracontrattuale, così come consegnata dai giustiniani e sviluppata, ma senza radicali innovazioni, dai glossatori, dai commentatori e dai culti, si ritrovò trasfusa nel *De iure belli ac pacis*¹⁹¹ di Ugo Grozio, che rappresenta al contempo "il punto di arrivo dell'esperienza post-giustiniana" e "il punto di partenza dell'ulteriore sviluppo storico che conduce alle Codificazioni moderne"¹⁹².

Nella suddetta opera, nozione centrale della responsabilità extracontrattuale è il "*maleficium*"¹⁹³, termine che unisce qualsiasi tipo di illecito civile: atto o fatto, proprio o altrui. Esso consta di tre elementi costitutivi: una condotta rimproverabile a titolo di colpa; il danno¹⁹⁴; l'obbligo naturale del risarcimento.

La condotta, in particolare, può derivare direttamente al responsabile, ovvero essere a questi indirettamente riferibile in quanto derivante da persone, animali, cose sottoposte al

¹⁸⁹ Vedi i parr. 3 e 6.2, nonché le note 111 e 175. Sebbene Gaio non avesse affermato *expressis verbis* che l'armatore rispondeva per colpa, tuttavia i commissari giustiniani – servendosi del suddetto brano non soltanto nel titolo *De obligationibus et actionibus* dei *Digesta*, ma anche nel titolo *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* (*Inst.* 4, 5) - iniziarono ad utilizzarlo per giustificare una prospettiva diversa: cfr. P. CERAMI, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹⁰ L'opera dei glossatori e dei commentatori fu riorganizzata da Donello nei *Commentaria*, il cui Capo XLIII del Libro XV è dedicato alle "*obligationes quae quasi ex maleficio nascuntur*". Qui, sia l'*effusum vel deiectum* (n. V) che l'*actio in factum adversus nautas, caupones, stabularios* (n. X), hanno fondamento nella "*culpa*" dell'*habitor*, dell'*exercitor*, del *caupo*, dello *stabularius*. Ciò in quanto l'*habitor* "*debit enim prospicere, ne quis ibi esset, qui posset deicere: aut si aliqui essent, debuit diligenter monere, ne quid deiecerent, aut effunderent*" (n. 5); inoltre "*qui ed exercendam navem, cauponam, stabulum aliquod adhibet, hoc ipso quodammodo delinquit, quod malorum hominum opera in ea re utitur, cum posset eorum quos admitteret, delectum habere, et sua fidei concreditos non fallere*" (n. 12).

¹⁹¹ In particolare al Libro II del Capitolo XVII.

¹⁹² P. CERAMI, *op. cit.*, p. 119, che prima lo aveva definito altresì come lo "spartiacque fra esperienza postgiustiniana ed esperienza precodicistica" nella storia della responsabilità civile.

¹⁹³ Che si trovava descritto in questi termini: "*culpam omnem sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnans cum eo, quod aut nomine communiter, aut propter ratione certe qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut resarciatur.*"

¹⁹⁴ Che aveva un'accezione ampia (frutto dello sforzo sistematico e di comprendere l'opera interpretativa di secoli di cultura giuridica) e consisteva in qualunque forma di lesione, diminuzione o alterazione che venisse cagionata al patrimonio (*dominium*), all'integrità fisica (*corpus, membra*) o morale (*fama, honor, pudicitia*) di una persona.

suo potere o controllo¹⁹⁵. In entrambi i casi, non potrà esserci responsabilità senza colpa: ciò comporta l'assimilazione in un modello unitario di ipotesi di responsabilità e criteri d'imputazione molto diversi tra loro¹⁹⁶.

Ma la responsabilità oggettiva legata all'assunzione del rischio, non congeniale a Giustiniano, che l'aveva eliminata anche dalle ipotesi "speciali" di responsabilità e l'aveva sostituita con l'ineludibile *culpa*, non era definitivamente tramontata.

Per secoli (lungo tutto il Medioevo e poi fino al XIX secolo) rimase latente: non più formalmente normativizzata, sopita nel reticolo dei mondi giuridici possibili, ma non attuati.

Si dovette attendere fino agli ordinamenti ottocenteschi perché, grazie alla spinta propulsiva di dottrina e giurisprudenza, riemergesse dall'applicazione pratica di alcune fattispecie codificate, come un fiume carsico che termina il percorso sotterraneo e riprende quello in superficie, "alla luce del diritto"¹⁹⁷.

È per questo che, compiendo idealmente un salto lungo la storia dell'evoluzione giuridica, ci occuperemo della responsabilità civile negli ordinamenti tedesco e francese, nei quali si manifesta il richiamato fenomeno di riemersione della responsabilità senza colpa, con particolare riguardo all'ipotesi di danno da cose.

¹⁹⁵ Si discorrerà alternativamente di condotta primaria o secondaria.

¹⁹⁶ In quest'opera di unificazione v'è chi rinvia luci e ombre: P. CERAMI, *op. cit.*, p. 121-122, è di questo avviso, perché la sostituzione della distinzione romana tra responsabilità aquiliana fondata sulla *culpa* e responsabilità per fatto altrui fondata sul *periculum* (vale a dire sull'assunzione del rischio) con l'equazione *maleficium=culpa*, operata da Ugo Grozio (in continuità rispetto all'impostazione dottrinale dei glossatori), ha determinato una incongrua riconduzione ad uno schema unitario di danneggiamenti e criteri d'imputazione fra loro assai diversi.

¹⁹⁷ Ma la luce cui si fa riferimento non ha natura diversa da quella che aveva illuminato i sistemi giuridici di cui ci siamo occupati: *nihil sub sole novi*, verrebbe da affermare. Le nuove forme di responsabilità oggettive trovano le loro profonde radici nei fenomeni che abbiamo analizzato in questa parte: cfr. Cap. III, in particolare par. 3.4.

CAPITOLO III
**SPUNTI COMPARATIVI: ILLECITO CIVILE,
RESPONSABILITÀ OGGETTIVA E
FIGURA DEL CUSTODE IN FRANCIA E GERMANIA**

1. Responsabilità extracontrattuale e danni da cose nell'ordinamento francese.

1.1. Cenni sulla storia e la struttura del Code Napoléon. L'illecito civile.

Il *Code civil* francese del 1804 rappresenta l'acme della formalizzazione giuridica dei nuovi valori borghesi e liberali e del pensiero Illuministico. Diversamente dalle codificazioni coeve, come l'ALR prussiano ed il codice austriaco, fu il frutto non già di un despota illuminato¹, ma dell'elaborazione borghese che con la Rivoluzione Francese aveva sovvertito l'ordine sociale, ponendo fine all'*Ancien Régime* che non aveva tenuto conto del fondamentale principio di libertà ed uguaglianza tra i cittadini.

Tuttavia, non vennero eliminati completamente dal codice alcuni istituti giuridici tradizionali, tipicamente conservatori; sicché esso può dirsi un *mixtum compositum* tra le due tendenze ed esigenze: l'una, quella liberal-rivoluzionaria, propugnatrice di istituti innovativi; l'altra, quella tradizionale, ancora legata da un lato al diritto scritto (*droit écrit*) romano, dall'altro al diritto consuetudinario (*droit coutumier*) proveniente dal mondo germanico².

Determinante ai fini della codificazione fu anche il pensiero di due grandi giuristi, Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772), considerati i veri ispiratori del codice. Il primo, in particolare, rielaborò i concetti giuridici romani alla luce del pensiero giusnaturalista e delle nuove esigenze di quei tempi³.

La spinta propulsiva definitiva venne però dalla Rivoluzione francese, che fece assurgere come preminenti gli ideali illuministici e liberali, ma soprattutto da Napoleone Bonaparte (tanto che il codice viene anche indicato come *Code Napoléon*), il cui autoritarismo fu

¹ Sebbene l'impulso alla codificazione si deve a Napoleone.

² Cfr. K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, vol. I - Principi fondamentali*, Giuffrè, 1998, pp. 93 ss. Invero, un primo passo verso la codificazione fu compiuto proprio da quei sovrani francesi (il primo fu Carlo VII che nel 1454 promulgò la storica ordinanza di *Montils-les-Tours*) che tentarono di uniformare le divergenze tra diritto scritto e diritto consuetudinario, provvedendo a far ordinare e redigere in forma scritta delle *Coutumes* locali: ciò consentì la graduale formazione di un diritto comune.

³ Nel celebre lavoro intitolato *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, risalente al 1689.

determinante per dare vita al progetto, consacrando il nuovo ordine giuridico fondato sulla supremazia della legge, che a sua volta era espressione della volontà della nazione.

Il progetto di codificazione fu avviato nel 1800. Napoleone ne affidò la redazione a quattro grandi menti giuridiche del tempo: Tronchet, Maleville, Bigot-Préamneux e Portalis. A loro fu richiesto di dar vita ad un'opera che si distinguesse per concretezza e comprensibilità, piuttosto che per raffinate elaborazioni concettuali⁴.

Il *code civil* è strutturato in tre libri: il primo dedicato alle persone; il secondo ai “beni ed alla proprietà”; il terzo, intitolato “*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”, disciplina una serie diversificata di istituti: successioni, donazioni, contratti in generale e singoli contratti, altre forme di obbligazione e, per quanto a noi maggiormente interessa, la responsabilità extracontrattuale. Ma sono disciplinati in questo libro anche il regime patrimoniale tra coniugi, i privilegi, l'usucapione e la prescrizione.

Nella sua architettura di fondo⁵, il codice civile francese è rimasto inalterato fino ai giorni nostri: le diverse novelle intervenute negli anni ne hanno preservato l'architettura di fondo, nonostante le profonde modifiche che hanno interessato singole parti e capitoli. A tal proposito, la recentissima riforma del 2016⁶ ha cambiato la collocazione di numerose disposizioni, ivi incluse quelle sulla responsabilità civile.

In ogni caso, l'ordinamento giuridico francese è stato costantemente integrato da una continua legislazione complementare di natura civilistica.

Quanto al generale impianto normativo in materia di responsabilità extracontrattuale, occorre osservare che dall'ottobre 2016 le relative disposizioni non sono più contenute nel

⁴ Tuttavia, G. ALPA, *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 2, p. 6 ss., osserva che, pur possedendo limpidezza e precisione, il *Code* comunque “conserva un pregevolissimo stile letterario che ben diverge dal linguaggio più semplice e per certi aspetti sciatto ed impreciso di altri codici, come il codice civile svizzero promulgato all'inizio del Novecento proprio con il proposito di offrire ai destinatari un prodotto accessibile ad “ogni” individuo. Insomma, il *code* è un documento scritto da borghesi colti per borghesi colti.”

⁵ In cui il diritto scritto di origine romana emerge in maniera preponderante nella disciplina dei beni, dei contratti, del testamento, laddove il campo del diritto di famiglia ha rappresentato terreno di influenza del diritto consuetudinario.

⁶ La cui entrata in vigore è sopraggiunta proprio durante le fasi finali di redazione della presente ricerca: in data 11 febbraio 2016 è stata pubblicata nel *Journal Officiel* della Repubblica Francese l'*Ordonnance* n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, con la quale è stata data esecuzione da parte del Governo francese alla *Loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015. La delega aveva ad oggetto la modernizzazione e la semplificazione del diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni. Il nuovo atto normativo è entrato in vigore ufficialmente l'1 ottobre 2016. Per un quadro della riforma, cfr. G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in www.giustiziacivile.com, 3 maggio 2016.

Titolo IV, Capitolo II, del Libro III (agli articoli 1382-1386), ma nel Titolo III⁷, “Sottotitolo” II (“*La responsabilité extracontractuelle*”). La loro formulazione letterale è tuttavia rimasta intatta anche a seguito del mutamento di collocazione operata dalla sopracitata e recente riforma, che si è piuttosto occupata di modificare la formulazione e la conseguente portata normativa di articoli riguardanti la materia contrattuale⁸.

Passando al contenuto sostanziale della materia, il suo principio ispiratore – nelle intenzioni dei compilatori – era quello di agganciare la responsabilità ad atti illeciti colposi. Esso venne cristallizzato nell’art. 1382 *cod. civ.*, oggi divenuto art. 1240: la paternità si deve a Domat e Pothier⁹.

La suddetta disposizione contiene il “manifesto” della disciplina dei fatti illeciti, prevedendo una norma di portata ampia e generale. Provvederemo a breve ad esaminarne ogni elemento strutturale.

Il successivo art. 1241 specifica che la responsabilità deriva altresì da negligenza o imprudenza, aprendo di fatto alla responsabilità per omissione.

L’articolo più lungo del capitolo in questione è il 1242: anch’esso – come i precedenti – prevede un’estensione dell’area dei fatti rilevanti ai fini degli effetti risarcitori, delineando alcune particolari ipotesi di responsabilità. Il primo comma prevede l’obbligo al risarcimento per i fatti causati non dal responsabile direttamente, ma da persone delle quali egli debba rispondere, ovvero da cose poste sotto la sua custodia: è questa la disposizione di cui ci occuperemo più approfonditamente. Ai commi successivi è disciplinata la responsabilità per danno derivante da incendio (commi II e III), nonché quella degli esercenti la responsabilità genitoriale, di maestri e committenti, di insegnanti ed artigiani per i danni cagionati rispettivamente dai minori, dai domestici e preposti, dagli alunni ed apprendisti (commi IV, V e VI).

Ancora, l’art. 1243 disciplina l’ipotesi del danno cagionato da animali, di cui risponde il proprietario o colui che se ne serve. L’art. 1244 individua il responsabile dei danni

⁷ Che è intitolato “*Des sources d’obligations*”, comprendendo la disciplina di tutte le fonti delle obbligazioni (articoli da 1110 a 1303-4).

⁸ Al di là dell’ammodernamento dello stile redazionale delle disposizioni, sotto il profilo sostanziale risalta certamente la scomparsa della nozione di causa del contratto, eliminata dagli elementi essenziali dello stesso così come individuati dal nuovo art. 1128 (già art. 1108). Il legislatore non ha così inteso eliminare la funzione di “controllo” (economico-sociale-politico) svolta dalla causa, ma solo farla transitare su altre disposizioni. In proposito, è stato introdotto l’obbligo generale di informazione (art. 1112-1) tra i contraenti, cui fa da contraltare l’ampliamento del margine di libertà negoziale per gli stessi.

⁹ I quali a loro volta furono influenzati da Grozio e Pufendorf, che avevano rielaborato il concetto romanistico di *damni culpa reparatio*.

derivanti dalla rovina di un edificio e dovuti ad un difetto di manutenzione o ad un vizio di costruzione nel proprietario del bene suddetto.

Tutte queste ipotesi particolari di responsabilità verranno esaminate dopo aver inquadrato i singoli elementi costitutivi della figura principale di illecito.

1.2. La fattispecie generale di illecito: elementi costitutivi.

L'art. 1240, fattispecie d'apertura del capitolo sull'illecito civile, prevede che “*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” Tradotta, la norma ha il seguente tenore: “Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.”

Decostruendo la fattispecie alla ricerca degli elementi costitutivi, possiamo individuare: un fatto dell'uomo, un'implicita imputabilità del fatto al suo a., la colpa (*faute*) dell'agente, un danno da esso prodotto, che andrà risarcito.

Il fatto dell'uomo è rappresentato da qualsiasi comportamento idoneo a cagionare danno. Nell'elemento della *faute* si condensa l'illiceità del comportamento: la colpevolezza indica di per sé l'elemento soggettivo dell'agire umano, ma in essa è insita la contrarietà al diritto, requisito necessario a generare l'obbligo risarcitorio.

Quanto al danno, esso non riceve alcuna qualificazione da parte del legislatore: tuttavia, la cultura giuridica coeva alla codificazione ma anche dei tempi moderni, influenzata dalla concezione di *damnum* del diritto romano, conduce a ritenere il “*dommage*” di cui all'art. 1240 *cod. civ.* non una qualunque disutilità economica o morale, ma una perdita arrecata contravvenendo all'ordine giuridico: si tratta di una nozione tecnica¹⁰. Danno rilevante ai sensi della norma *de qua* potrebbe essere, dunque, quello recato in assenza di cause di giustificazione (antigiuridicità) o ledendo un diritto altrui; ma occorrerebbe meglio specificare quale tipo di diritti, se esclusivamente assoluti o anche relativi.

La colpa, stando all'accezione comune del termine *faute*, è certamente indicativa dell'elemento soggettivo della condotta del danneggiante, ma dovrebbe contenere anche dei riferimenti impliciti all'antigiuridicità oggettiva. Così, un comportamento posto in essere mediante *faute* si caratterizza tanto per l'atteggiamento soggettivo colposo

¹⁰ Secondo P.G. MONATERI, *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 16, l'uso che i giuristi fanno di danno (*dommage* o *damnum*) “si allontana dall'uso comune e diviene un uso tecnico che reca con sé l'idea della necessità della presenza di altri elementi oltre alla perdita economica o alla turbativa morale”.

dell'agente, quanto per una sua intrinseca ed obiettiva illiceità¹¹. Di talché, come per l'elemento del danno, anche in quello della colpa emergerebbe una dimensione di lesione di norme protettive o di diritti del danneggiato.

La formula amplissima dell'art. 1240 *cod. civ.* consente la sussumibilità nel suo alveo di numerose ipotesi di fatti dannosi¹²; tuttavia e per converso, essa rischia di avere contorni troppo sfumati. Il momento interpretativo, come individuato da studiosi e operatori del diritto¹³, si rileva determinante per una ricostruzione più dettagliata dei singoli elementi costitutivi e quindi dell'intera fattispecie normativa. Solo così potranno essere delineati gli effettivi confini di rilevanza e di applicabilità della fattispecie e successivamente, partendo da questa, potrà proseguire la ricerca sull'ipotesi di responsabilità da cose e sulla figura del custode nel diritto francese.

1.3. Momento interpretativo ed applicativo in ottica diacronica e sincronica: il cammino di dottrina e giurisprudenza.

Vediamo in cosa si sostanzia il comportamento colposo del danneggiante, quale sia l'effettiva qualificazione giuridica del danno e dell'illecito ai sensi dell'art. 1240 *cod. civ.*

Partendo da quest'ultimo concetto, gli studiosi non ebbero mai esitazione, sin dall'entrata in vigore del *Code*, a considerare requisito primario della responsabilità extracontrattuale proprio la "violazione di un diritto altrui"¹⁴, che serviva appunto a qualificare il fatto come illecito. Questo era il pensiero dominante dei giuristi del XIX secolo.

Anche la giurisprudenza partiva dalla medesima impostazione: non erano molti i casi di responsabilità civile che a quel tempo arrivavano *sub iudice*, ma tutti erano accomunati dal ritenere la responsabilità perfezionata solo in presenza di azioni che avessero leso un diritto

¹¹ Cfr. *Ivi*, p. 15.

¹² E ciò segna una differenza rispetto alla fattispecie generale di cui al § 823 *BGB*, in cui gli elementi costitutivi dell'illecito sono tutti chiaramente enunciati ed inquadrati.

¹³ P.G. MONATERI, *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 10, invero, mostra come la situazione sia ancora più complessa. Partendo dal tenore letterale della disposizione, analizza prima le ricostruzioni dottorali, individuando una divergenza tra l'una e le altre. Successivamente, osserva come "un'analisi della giurisprudenza francese, condotta sulle decisioni rese negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del *Code civil*, può mostrare se, effettivamente, la regola applicata era quella che troviamo presso gli interpreti, o quella enunciata dalla legge." Questa prospettiva di ricerca costituisce la base di partenza per la formulazione della nota teoria della "Sineddoche francese", (su cui vedi meglio *infra*), in grado di descrivere in maniera particolarmente icastica lo stato dell'arte dell'inquadramento interpretativo della responsabilità civile in Francia e la sua singolare uniformità, pur nella discrasia rispetto alla *littera legis*.

¹⁴ Il Marcadé esplicita così l'art. 1382: "*il faut d'abord quelle fait soit illicite, c'est à dire, qu'il presente une violation du droit d'autrui...*", in N.V. MARCADÉ, P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, Paris, 1855, sub. Art. 1382, p. 264.

assoluto della vittima del danno, ovvero che avessero violato una norma posta a protezione della stessa.

Il Monateri rileva in proposito la particolarità del fenomeno per cui si è verificata, sin dall'entrata in vigore del codice francese, un'immediata ed innaturale dissociazione tra la stretta lettera della legge e la sua concreta interpretazione ed applicazione¹⁵.

Meno sorprendente sarebbe stato se un'interpretazione evolutiva si fosse manifestata nel corso del tempo¹⁶, trattandosi l'art. 1240 (già 1382) *cod. civ.* di una formula amplissima nella sua generalità.

Tuttavia, sono gli stessi giuristi appartenenti alla generazione dei compilatori del codice che modificano l'interpretazione e l'applicazione della formula. Il danno, come già anticipato, veniva "arricchito", in sede interpretativa, dalla necessaria contrarietà ad un diritto altrui, ovvero dall'inesistenza di un proprio diritto: doveva essere danno arrecato *contra ius*¹⁷.

Il diritto applicato francese, dunque, avvertì anche sotto questo profilo la necessità di individuare i criteri di rilevanza della perdita patrimoniale dovuta a una condotta altrui: anche questa operazione, però, è formalmente contraria al modello positivo del *Code*, stando al quale sarebbe sufficiente una pura diminuzione economicamente rilevante¹⁸.

Un orientamento diverso sembrò essere segnato dall'opera del noto giurista Toullier¹⁹, che era dotto studioso ma anche magistrato. Egli sostenne la coincidenza tra la formulazione legale e quella dottrinale: entrambe avrebbero enunciato che ogni fatto dell'uomo, che avesse cagionato ad altri un danno con dolo o con colpa, avrebbe obbligato l'autore a ripararne le conseguenze, senza che l'illiceità o il danno dovessero essere integrati e "riempiti" di ulteriore significato²⁰.

¹⁵ V. P.G. MONATERI, *La sineddoche, cit.*, p. 8 considera il fenomeno di dissociazione del tutto interno al sistema francese, sottolineando come le esplicitazioni di Marcadé non sono isolate, ma rispecchiano l'interpretazione dominante dei giuristi nel XIX secolo. L'a. sottolinea altresì (p. 13) che "colpisce, e appare molto innaturale, una dissociazione che sussiste subito, immediatamente dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice. Le regole operative che aggiungono alla formula codicistica la necessità della lesione di un diritto assoluto della vittima sono coeve a questa stessa formula che smentiscono."

¹⁶ Osserva, invero, *Ivi*, p. 12, che "siamo abituati a formule tratlative e generali che nel corso del tempo vengono interpretate in maniera evolutiva. Così non ci colpisce se le corti a distanza di secoli interpretano la norma, discostandosi leggermente dalla stretta lettera della legge, diversamente dal passato. Questi fenomeni sono quasi "naturali" nella storia del diritto".

¹⁷ Cfr. *Ivi*, p. 16.

¹⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 9.

¹⁹ La tesi è espressa in C.B.M. TOULLIER, *Droit civil francais suivant l'ordre du Code*, 4 ed., Bruxelles, 1848, VI, n. 117.

²⁰ Osserva tuttavia P.G. MONATERI, *La sineddoche, cit.*, pp. 47-48 come la tesi esposta da Toullier non rappresenti in definitiva nulla di innovativo. Vi sarebbe infatti una «giustapposizione tra "ogni azione dolosa

Il così detto “elemento in più”, vale a dire la violazione di un diritto o di una norma protettiva della vittima, sarebbe dovuto scomparire dalle elaborazioni dei dotti. Non era più necessaria l’illiceità²¹, ma ogni fatto apportatore di un danno, così come effettivamente appariva dalla formulazione letterale del testo codicistico, era ritenuto rilevante ai fini del sorgere della responsabilità.

Tale opinione di dissenso rispetto alla maggioranza degli studiosi, tuttavia, non dovette avere seguito, neanche da parte della giurisprudenza: le regole operazionali del diritto applicato continuarono ad essere orientate nei termini poc’anzi illustrati, cioè di difformità tra *littera legis* e diritto concretamente applicato²².

Il quadro mutò verso la fine del XIX secolo, quando anche in seno alla giurisprudenza si verificò l’espansione del principio onnicomprensivo di danno. Alcune decisioni giudiziali allargarono l’area del danno risarcibile fino a ricomprendervi situazioni in cui non era evidente la lesione di un diritto assoluto della vittima, né l’eventuale norma protettiva violata, a parte gli artt. 1382 e 1383 (secondo la precedente numerazione) *cod. civ.*²³.

Fu lo studioso Laurent ad enunciare nuovamente con vigore la necessità della violazione di un diritto assoluto della vittima, mostrando di non condividere l’avvenuto cambio di rotta in ottica estensiva della giurisprudenza. Egli si dissociò dall’impostazione di Toullier ed auspicò il ritorno alla tradizione interpretativa precedente (propugnata, tra gli altri, da Marcadè).

Se per quest’ultima era evidente la regola della lesione di un diritto della vittima, nonostante l’aperta contraddizione con la *littera legis*, il pensiero di Laurent contrastava ormai tanto con la formulazione legale che con i dati giurisprudenziali. La soluzione tentata dallo studioso consistette in ciò, che vennero “costruite [...] nuove e fantasiose categorie di diritti violati, così da far apparire la nuova pratica operazionale in linea con la

o colposa che arreca un danno obbliga al risarcimento tranne che ricorra una causa di giustificazione”, dove però vale “causa di giustificazione = esercizio di un proprio diritto” e “esercizio di un proprio diritto = ogni azione che non sia vietata dalla legge” per cui solo la violazione di una situazione giuridicamente protetta della vittima obbliga a riparare il danno, così che operazionalmente questa seconda giustapposizione si riduce alla prima opposizione riscontrata.»

²¹ Per fatto illecito, si ribadisce, doveva intendersi quel fatto che comportasse la violazione di un diritto della vittima.

²² Cfr. P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 22.

²³ A titolo esemplificativo, si pensi che fu ritenuto responsabile anche un soggetto che presentò ad un istituto di credito – presso il quale godeva di considerazione – il proprio fratello, imprenditore in stato di passività ben noto al parente, al fine di procurandogli una somma di danaro, poi effettivamente erogata dalla banca. Ma poi il fratello imprenditore fallì ed il “propiziatore” del prestito dovette risarcire i danni alla Banca ai sensi dell’art. 1382.” (Bruxelles, 30 maggio 1865, Pas. 1865, 2, 361).

precedente.”²⁴ L'intento era quello di recuperare idea di fondo per cui “*toute lésion d'un droit est un délit dans le sens de l'article 1382*”²⁵.

Riassumendo i passaggi evolutivi cui fino ad ora si è fatto riferimento, può dirsi che, al momento dell'entrata in vigore del *Code Napoléon*, la formulazione legale amplissima divergeva dall'interpretazione di dottrina e giurisprudenza. Successivamente, la “formula onnicomprensiva” (senza cioè una qualificazione del danno e della colpa che ne circoscrivessero l'ambito di rilevanza) fu accolta anche da dottrina e giurisprudenza. Così, la *faute* venne ridotta all'elemento soggettivo della colpevolezza dell'azione dell'agente, senza che nella sua accezione rientrasse anche l'elemento oggettivo della contrarietà a norme protettive della vittima; correlativamente, il danno fu considerato mera disutilità economica o morale, senza una selezione del giuridicamente rilevante che tenesse conto di alcuna violazione del diritto o della norma protettiva²⁶.

Ciò nondimeno, una qualificazione del danno non quale mera disutilità economica, così come un ulteriore connotato della condotta che non fosse la sola colpevolezza soggettiva, furono *aliunde* ricercate da dottrina e giurisprudenza, sebbene proclamando in via di principio il contrario. Si tornò così, lentamente, a ricercare nell'interpretazione una nozione di danno e di colpa “arricchite”.

Il mondo reale dei rapporti tra soggetti dimostra l'assoluta insufficienza della formula letterale dell'attuale art. 1240 *cod. civ.*: di questo erano consapevoli anche i primi interpreti del *Code*.

²⁴ Così P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 27, che rileva inoltre (pp. 28-29) come le nuove categorie di diritti escogitate da Laurent siano diverse da quelle che si riscontravano in precedenza; la loro fantasiosità deriverebbe dal fatto di rappresentare “un evidente tentativo di adeguare la formula interpretativa alle regole giurisprudenziali. A patto di creare categorie di diritti abbastanza sfumate ed elastiche sarebbe possibile ricondurre ogni danno concretamente risarcibile ad un qualche diritto violato.”

²⁵ Così F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, V ed., Bruxelles - Paris, 1893, p. 423; l'a., immediatamente dopo, rileva che “*Le principe est certain*”, ma deve ammettere che “*l'application n'est pas sans difficulté*”.

²⁶ Tale momento è considerato dal Monateri, (cfr. *op. ult. cit.*, p. 35.) come l'illusione della scomparsa della sineddoche. Egli osserva come si sia passati dall'idea per cui solo la lesione del diritto o la violazione della norma protettiva della vittima fanno sorgere l'obbligo di risarcimento, a quella per cui qualunque danno che sia stato arrecato dolosamente o colposamente obbliga, salvo la sussistenza di una causa di giustificazione. Tale nuovo baricentro ermeneutico farebbe spostare l'attenzione, a dire dell'a., “dalla considerazione della sfera del danneggiato (onde verificare l'esistenza o meno di un suo diritto violato) alla considerazione della sfera del danneggiante (onde verificare l'eventuale presenza di una causa di giustificazione).” Ma subito dopo ammonisce circa il fatto che questa nuova impostazione “finirà per essere presentata come evidente e logica e per ricevere i crismi della razionalità”.

I diversi tentativi di selezionare e delimitare l'area del giuridicamente rilevante, in questo campo, palesano che “quando vogliamo conoscere se un certo danno deve essere riparato, colpa, dolo, danno ecc. non sono sufficienti.”²⁷

In definitiva, la norma generale sulla responsabilità civile nel *Code civil* francese prevede una formula amplissima, che consente di far rientrare nel suo alveo una serie molto variegata e diversificata di casi, purché siano presenti – secondo l'elaborazione e l'evoluzione normativa consolidatesi – i seguenti elementi costitutivi: un comportamento dell'agente (anche omissivo, ai sensi dell'art. 1241) connotato soggettivamente dalla colpa (o dal dolo) e idoneo a cagionare un danno; colpevolezza e danno devono essere qualificati da una situazione di illiceità, che rileva allorché venga violato un diritto soggettivo della vittima, oppure una norma posta a presidio della stessa (e naturalmente diversa dall'art. 1240).

È appena il caso di menzionare una certa tendenza interpretativa degli ultimi decenni nell'area della responsabilità civile: lo scopo di riparare il danno è preminente rispetto alla ricerca del colpevole²⁸.

1.4. Le altre ipotesi tipiche di responsabilità extracontrattuale; il sottosistema della responsabilità oggettiva basata sul rischio.

Le ipotesi tipiche di responsabilità extracontrattuale nel *Code Civil*, che si aggiungono alla previsione generale dell'art. 1240, sono quelle di cui agli artt. 1242, 1243 e 1244: occorre verificare adesso quale sia la forma di responsabilità e il criterio di imputazione da esse previsto.

L'art. 1242²⁹ è una norma a più fattispecie: il primo comma prevede l'obbligo al risarcimento per i fatti causati da persone delle quali si debba rispondere, ovvero da cose

²⁷ *Ivi*, p. 65. Per comprendere questo paradosso, si pensi all'esempio del risarcimento reciproco all'infinito tra commercianti dal momento in cui uno nuovo apre un negozio/attività commerciale. “Così dovrebbe avvenire ogni giorno, e si sarebbe condotti ad un regresso all'infinito di risarcimenti e controrisarcimenti. Questo paradosso è un vizio intrinseco della formula ampia enunciata con enfasi in Francia. Gli autori francesi invece di denunciare l'insufficienza di tale principio, ne hanno sempre lodata la saggezza, senza mai applicarlo in pratica.”

²⁸ Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 153.

²⁹ Così recita la disposizione citata: “*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.*

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

poste sotto la custodia, rispettivamente in capo al responsabile e al custode. Dedicheremo appositamente alla responsabilità da cose in custodia il paragrafo successivo.

I commi II e III³⁰ della disposizione sopra richiamata disciplinano l'ipotesi di danno derivante da incendio. Essi vengono introdotti testualmente da una preposizione avversativa: *toutefois*. Il legislatore sembrerebbe indicare immediatamente la differenza di regime tra questa ipotesi e quella di apertura dell'articolo in esame. Infatti, mentre al primo comma non è prevista *expressis verbis* alcun tipo di prova liberatoria³¹, il capoverso dell'art. 1242 prevede invece che “tuttavia”, chi detenga a qualsiasi titolo un bene (in tutto o in parte, mobile o immobile) da cui sia si sia originato un incendio, “sarà responsabile nei confronti dei terzi dei danni causati, *se si provi che [l'incendio] sia da attribuire a sua colpa o alla colpa di persone di cui risponde*”³².

È dunque previsto esplicitamente che l'ipotesi di danno da incendio costituisca una sorta di deroga rispetto alla norma d'apertura di cui al comma I dell'art. 1242: lo conferma la circostanza per cui i commi II e III non sono originari, ma costituiscono il frutto di un'aggiunta all'articolo in questione da parte della legge 7 novembre 1922³³, che sarebbe intervenuta per “escludere” il danno da incendio dal novero delle ipotesi riconducibili alla fattispecie di danno da cose in custodia³⁴.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.”

³⁰ Quest'ultimo, invero, si limita ad escludere la disciplina di cui al capoverso dell'art. 1242 cod. civ. nei rapporti tra proprietari e locatari.

³¹ Ma vedremo (infra, par. 1.5) che una prova liberatoria c'è, anche se fondata sul fortuito o comunque sulla forza maggiore.

³² Il corsivo è nostro.

³³ La legge di modifica alla norma originariamente numerata *sub* art. 1242, con l'introduzione della fattispecie di danno da incendio, si era rivelata necessaria dopo una serie di casi giurisprudenziali controversi (su tutti, Cass. 16 novembre 1920, in un'ipotesi di propagazione di un incendio da un edificio all'altro, aveva ritenuto responsabile il custode del primo edificio incendiato: vedi nota 44) e l'insurrezione degli assicuratori, preoccupati di venire coinvolti in una serie indefinita (e infinita) di ipotesi di danno, in mancanza, nella previsione normativa, di un elemento che limitasse l'area di responsabilità.

³⁴ Vedremo *infra* (Par. 1.5) come la previsione dell'ipotesi di danno da incendio, introdotta con legge successivamente (oltre un secolo dopo) all'entrata in vigore del *Code Napoléon*, dal momento che esplicita il criterio colpevolistico per l'attribuzione della responsabilità, sia stata intesa come *argumentum a*

Volgendo lo sguardo in chiave sinottica al nostro ordinamento, si evidenzia l'assenza di un'omologa disposizione nel codice civile. Nessuna fattispecie normativa disciplina specificatamente il danno derivante da incendio, che non viene dunque considerato come fenomeno in sé rilevante per la previsione di effetti giuridici risarcitori³⁵.

I commi successivi (IV, V e VI) si occupano della responsabilità degli esercenti la responsabilità genitoriale, di maestri e committenti, di insegnanti ed artigiani per i danni cagionati rispettivamente da minori, domestici e preposti, alunni e apprendisti. La formulazione normativa è priva di riferimenti espliciti a qualsivoglia requisito necessario della fattispecie, al di fuori del danno. Esso non è qualificato *expressis verbis*, ma deve *a fortiori* ritenersi che in proposito valga la medesima accezione tecnica dell'art. 1240³⁶: il danno deve essere la conseguenza della lesione di un diritto o di una norma posta a presidio del danneggiato.

Il legislatore si preoccupa, in queste fattispecie, di individuare il soggetto tenuto al risarcimento del danno, che non è mai colui che ha posto in essere il comportamento originatore dello stesso, ma è individuabile in quei soggetti che, in virtù di variegati rapporti giuridici, sono tenuti a sorvegliare, educare, istruire altre persone, o di queste si servono per l'esercizio di mansioni lavorative. La mancata capacità di agire (per i minori, comma IV), o la sottoposizione a direttive e sorveglianza (per i domestici, commessi, apprendisti, commi V e VI) da parte di altri sono la *ratio* che giustifica la traslazione della responsabilità in capo a persone diverse rispetto a chi abbia agito cagionando il danno.

Di fondamentale rilievo risulta comprendere se queste categorie di soggetti, individuati come responsabili dalle suddette particolari disposizioni, debbano aver adottato un comportamento (da intendersi anche come contegno omissivo) colposo per poter essere ritenuti obbligati al risarcimento del danno. In altri termini, ci si chiede se la colpa sia un requisito ineludibile di queste fattispecie.

Invero, genitori, padroni e committenti, insegnanti ed artigiani, possono fornire una prova liberatoria, consistente nel "provare di non aver potuto impedire il fatto dannoso" (art. 1242, VII comma); inoltre, meno gravosa è la posizione degli insegnanti, per i quali

contrario per confermare la natura oggettiva della responsabilità da cose. Se così non fosse, infatti, non sarebbe stato necessario prevedere una norma *ad hoc* che prevedesse il danno da incendio come ipotesi di illecito colposo.

³⁵ Al di là delle ipotesi di danni cagionati da terzi e per i quali sia chiamato a rispondere qualcun altro, nel codice civile italiano si guarda per lo più al substrato materiale (cosa, animale, edificio, automobile) da cui si è originato il danno, senza che rilevi la particolare modalità di manifestazione dello stesso ai fini dell'individuazione delle norme applicabili.

³⁶ Secondo quanto evidenziato dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

soltanto il comma VIII dell'art. 1242 esclude l'inversione dell'onere probatorio a loro vantaggio, prevedendo l'obbligo che chi agisce contro di loro fornisca prova della colpa, o imprudenza o negligenza.

In ciò si manifesta una qualche divergenza rispetto alle omologhe disposizioni contenute nel codice civile, segnatamente *in peius* per gli insegnanti, i padroni e i committenti, ma per motivi diversi gli uni dagli altri.

Infatti, la responsabilità di genitori, tutori, precettori e maestri d'arte³⁷ è disciplinata dall'art. 2048 c.c., che prevede la responsabilità di questi soggetti sostanzialmente per *culpa in vigilando* nei riguardi di figli, allievi, apprendisti, fatta salva la possibilità di liberarsi "se provano di non aver potuto impedire il fatto" (art. 2048, III comma, c.c.), con espressione praticamente sovrapponibile a quella dell'ordinamento d'oltralpe. Tuttavia, non v'è un regime più favorevole per gli insegnanti, con onere della prova a carico dell'attore, come si è visto operare in base all'art. 1242, comma VIII, *cod. civ.*; inoltre, nel nostro codice, la responsabilità di padroni e committenti³⁸ è disciplinata in altro e diverso articolo, il 2049, che nella sua formulazione letterale non prevede alcuna possibilità di prova liberatoria per gli stessi, avendo fatto ritenere ai più che, diversamente dalla previsione precedente, questa introduca un'ipotesi di responsabilità assoluta³⁹.

Tornando alla disposizione francese per verificare come la stessa venga interpretata e concretamente applicata, occorre preliminarmente evidenziare come dalla *littera legis* possa desumersi una duplice interpretazione, con riguardo alla prova liberatoria di cui al comma VII dell'art. 1242 *cod. civ.*: questa potrebbe attenere a un profilo di diligenza, quindi consistere nella dimostrazione della non colpevolezza; ovvero potrebbe riguardare l'oggettiva impossibilità di impedire il fatto.

Aderisce alla prima tesi chi sostenga che tutte le fattispecie di responsabilità civile del *Code Napoléon* sono assoggettate al principio "nessuna responsabilità senza colpa", consacrato nel precedente art. 1382, interamente trasfuso nell'attuale art. 1240 e valido per tutte le altre norme successive. Propende invece per una diversa forma di responsabilità,

³⁷ Corrispondenti, questi ultimi, agli *artisans* di cui all'art. 1242, comma VI, *cod. civ.*

³⁸ I *maîtres* e *commettants* di cui al comma V dell'art. 1242 *cod. civ.*

³⁹ Cfr. M. COMPORI, *Commentario, cit.*, p. 79 ss. ma anche p. 44, dove si palesa la condivisione della definizione di responsabilità "oggettiva assoluta" utilizzata da C. MAIORCA, voce *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 552; M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 761 ss.; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1240, che specifica come tale responsabilità prescinda dalla colpa del padrone o committente; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito, cit.*, p. 21 osserva come il riferimento ad un illecito che nasca dalla colpa del responsabile sia "inutilmente contorto", essendo detta colpa "criterio di valutazione del fatto dannoso" esclusivamente con riferimento al comportamento del domestico o commesso.

non basata sulla colpa ma orientata a criteri oggettivistici, chi ritenga che le norme di cui agli artt. 1242 e ss. costituiscano ipotesi speciali di responsabilità extracontrattuale, idonee ad estendere l'area del danno risarcibile ma in quanto tali assoggettate ad un "micro-sistema" che non ha l'elemento soggettivo quale requisito costitutivo⁴⁰.

Stando a quest'ultima impostazione ermeneutica, ipotesi di responsabilità oggettiva sono *a fortiori* quelle di cui agli artt. 1243 e 1244, che non consentono alcuna prova liberatoria alla stregua di quella appena descritta.

L'art. 1243, infatti, prevede l'ipotesi del danno cagionato da animali: ne risponde il proprietario o colui che se ne serve. La disposizione non contiene alcun espresso riferimento alla possibilità di prova liberatoria. Anzi, si è tenuti al risarcimento anche se l'animale non è più sotto custodia, in quanto sia scomparso o scappato⁴¹.

Passando all'ultima disposizione del Cap. II *Code Napoléon*, essa non prevede alcuna prova liberatoria: l'art. 1244 *cod. civ.* individua il responsabile dei danni derivanti dalla rovina di un edificio e dovuti ad un difetto di manutenzione o ad un vizio di costruzione nel proprietario del bene suddetto. Anche in questo caso, da una lettura sinottica si evidenzia immediatamente la formulazione pressoché identica dell'art. 2053 c.c., rubricato appunto "Rovina di edifici"⁴².

Tornando all'analisi degli artt. 1243 e 1244 *cod. civ.*, si osserva innanzitutto come anche queste disposizioni, nella loro sinteticità, si occupano di individuare il soggetto responsabile sulla base di un elemento normativo che chiaramente indica il criterio d'imputazione: la proprietà. Invero, nell'ipotesi di danno da animali può essere tenuto al risarcimento, in alternativa, anche colui che si serve dell'animale.

Si ripropone, ancora più ineludibile, il medesimo interrogativo: se l'assenza di richiami espliciti alla possibilità per i potenziali responsabili di fornire prova liberatoria manifesti un regime diverso da quello espresso in via generale dall'art. 1240 *cod. civ.*, che subordina

⁴⁰ Tuttavia, al novero di questo sotto-sistema di responsabilità civile non potrebbe formalmente appartenere la fattispecie di danno da incendio, introdotta nell'ordinamento francese a partire dal 1922: essa, pur essendo contenuta nell'art. 1242 (già 1384) *cod. civ.*, è basata sulla colpa del "detentore" delle cose incendiate.

⁴¹ Si tratta di una fattispecie normativa esattamente sovrapponibile all'art. 2052 c.c.: per il danno cagionato da animali, il nostro codificatore ha optato per una trasposizione integrale della disposizione del suo antenato diretto, il *Code Napoléon*, valorizzando l'imputazione della responsabilità sia a carico di chi, proprietario o meno, "si serve" dell'animale, sia nell'ipotesi di fuga o smarrimento dello stesso. Anche in questo caso, al responsabile non è mosso un rimprovero per un comportamento (omissivo o commissivo) posto in essere,

⁴² Può osservarsi che, mentre nelle ipotesi di responsabilità per fatto altrui il codificatore italiano ha previsto una disciplina con diversi elementi di differenziazione rispetto al *Code Civil*, diversamente le ipotesi di responsabilità derivanti da fatti non umani (riconducibili ad animali, edifici e, come vedremo a breve, cose più in generale) sono state quasi integralmente riprodotte.

la responsabilità alla colpa dell'agente. Dalla risposta a questo interrogativo discende, evidentemente, la configurabilità o meno, per queste particolari fattispecie previste nel *Code Napoleon*, di un regime di responsabilità oggettiva (per ognuna di esse si avrebbe, comunque, un autonomo criterio di imputazione della responsabilità), diverso appunto da quello generale per colpa.

Invero, risale già alla fine del XIX secolo la prima affermazione in Francia del principio di responsabilità oggettiva: era il 1896 e la sentenza pronunciata dalla Cassazione il 16.06 fu la *Guissez, Cousi net Oriolle c. Teffaine*⁴³.

Dopo qualche incertezza, a partire dal secolo successivo la responsabilità oggettiva venne costantemente affermata⁴⁴, tanto che oggi viene rilevato senza difficoltà che in Francia, tanto l'art. 1242, con tutte le fattispecie in esso contenute⁴⁵, quanto gli articoli successivi, 1243 e 1244, sono considerate alla stregua di ipotesi di responsabilità senza colpa⁴⁶.

Sarebbe quindi possibile conferire loro un'autonoma portata normativa, considerandoli alla stregua di un "sotto-sistema", interno al codice stesso, ma del tutto distaccato da quello dominato dall'art. 1240. Anzi, può ritenersi che essi, non contenendo alcun riferimento esplicito alla colpa⁴⁷, costituirono proprio lo spunto normativo *de iure condito* per un nuovo inquadramento della responsabilità oggettiva.

Certamente, questi orientamenti non tendono ad eliminare il sistema dell'illecito colposo, basato su tradizioni e su convinzioni culturali e morali, prima ancora che giuridiche: il principio della colpa non può certo scomparire dal mondo del diritto. Ciò vale particolarmente nell'ordinamento francese, dove "la forza di una tradizione risalente è ancora un grave ostacolo alla affermazione di principi diversi dalla colpa"⁴⁸.

⁴³ In V.A.D. DALLOZ 1897, I, c. 433. Si trattava del caso di un ingegnere morto su una nave a causa dello scoppio di una caldaia, che presentava una crepa nella saldatura. I proprietari dell'imbarcazione furono ritenuti responsabili e condannati al risarcimento in favore della vedova di Teffaine, nonostante la dimostrazione che non avrebbero in alcun modo potuto accorgersi del difetto che la cosa presentava. I giudici chiarirono che la prova liberatoria, nell'ipotesi dell'art. 1384 (attuale art. 1242), non sarebbe potuta consistere nella dimostrazione di non essere in colpa.

⁴⁴ Ciò a partire dalla decisione Cass. 16 novembre 1920, in V.A.D. DALLOZ 1920, 1, c. 169. Si veda *amplius* P. TRIMARCHI, op. cit., p. 4.

⁴⁵ Dovrebbe, invero, fare eccezione quella per danno da incendio, atteso che la lettera della legge preveda espressamente la possibilità di prova liberatoria fondata sull'assenza di colpa del detentore del bene da cui si sia propagato l'incendio.

⁴⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 289. Il riferimento dell'a., naturalmente rimanda alla numerazione precedente (artt. 1384, 1385, 1386).

⁴⁷ Tranne che, si ribadisce, per il II comma dell'art. 1242, sul danno da incendio. Il che peraltro, come meglio si vedrà *infra*, corrobora *a contrario* la tesi appena esposta.

⁴⁸ G. ALPA, M. BESSONE, op. cit., p. 147.

Quella parte della dottrina francese che si richiama ad Esmein⁴⁹, tuttavia, muovendo dal presupposto che nessuna responsabilità può prescindere dalla colpa, non concepisce che vi siano ipotesi in cui non se ne parli affatto. Quindi, non può neanche condividere che, pur senza rinnegare i principi cristallizzati nella fattispecie generale di cui all'art. 1240 *cod. civ.* (tra i quali appunto quello della colpa), vi siano nell'ordinamento fattispecie che non la prevedano come requisito necessario della responsabilità. L'unica soluzione possibile è quella di individuare sempre e comunque una colpa, anche presunta, del soggetto responsabile, poiché essa è imprescindibile per rivalutare "il ruolo della persona nel mondo del diritto" ed è l'unico criterio di imputazione della responsabilità che realizza fini di giustizia sociale: in definitiva, "sarebbe odiosa una regola che governasse i rapporti tra soggetti svalutando ogni esame della condotta umana."⁵⁰

Chi condivide la suddetta posizione si serve di un ulteriore argomento contro la configurabilità di una responsabilità oggettiva nel sistema della responsabilità civile: i criteri oggettivi sarebbero fondati sulla tesi del rischio, ma quest'ultima trovava la sua fonte nel socialismo giuridico⁵¹, che però è sopravvissuto solo fino ai primi anni del Novecento, per poi esaurirsi. Esso non avrebbe più ragione di giustificare la bontà della tesi della responsabilità senza colpa.

Ma la concreta applicazione delle fattispecie in questione, per come si afferma sempre più in epoca moderna, contrasta con queste granitiche posizioni, ossequiose nei riguardi della tradizione.

Lo stesso vale per un'interpretazione delle fattispecie guidata dal criterio letterale, per come abbiamo già visto, ad eccezione dell'ipotesi di danni derivanti da incendio di cui all'art. 1242, II comma, *cod. civ.*⁵².

Tuttavia, le soluzioni oggettive sono nel tempo divenute prevalenti per venire incontro ad esigenze di moralità, di equità e di tutela dei danneggiati: è lo "spirito di solidarietà umana e sociale che fa sentire come certamente e profondamente ingiusti i gravi e numerosi vuoti

⁴⁹ Noto il suo *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1931, redatto congiuntamente al Planiol ed al Ripert. Sul ruolo fondamentale assegnato alla colpa dall'a., cfr. in particolare P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949.

⁵⁰ G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 149.

⁵¹ I cui principali sostenitori furono Saleilles e Josserand. Cfr. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Parigi, 1932, II, nn. 523-553.

⁵² Ma ciò varrebbe limitatamente alla parte in cui si prevede che risponda il detentore del bene incendiato, se si prova che egli sia stato in colpa. Egli potrebbe, invero, essere ritenuto responsabile anche se viene fornita la prova della colpa di "persone di cui risponde". In tale ultimo caso, difatti, rimarrebbe esclusa, anche stando al tenore testuale della disposizione, la coincidenza tra soggetto responsabile e colpa: quest'ultima, sempre ammesso che venga provata, non sarebbe riferibile a chi invece è tenuto al risarcimento del danno.

di tutela lasciati da una rigida applicazione del criterio della colpa, in una realtà economica e un sistema produttivo diversi da quelli per i quali questo era forse [...] sostanzialmente adeguato.”⁵³

Potrebbe rivelarsi una forzatura, allora, la difesa della “colpa a tutti i costi”. Il criterio del rischio, che vorrebbe interpretare in maniera unificata tutte le fattispecie non rientranti nell’alveo della responsabilità colposa, avrebbe il pregio di imputare il danno a chi, secondo il tipo di vita realmente vissuto dalla generalità dei consociati, meglio può sostenerlo, pur garantendo il giusto risarcimento al danneggiato. Se poi il rischio si fonda sul profitto, su una posizione di sorveglianza, di responsabilità educativa o professionale, di controllo in virtù di particolari diritti su di un bene, è questione che attiene il profilo della singola fattispecie.

Il (sotto)sistema di responsabilità oggettiva basata sul rischio, in definitiva, si affianca alla colpa di cui all’art. 1240 *cod. civ.*: questa è inserita in una norma generale e di ampia portata, la cui formula amplissima s’è visto essere limitata “dall’elemento oggettivo ulteriore” che circoscrive l’area di rilevanza delle ipotesi di illecito; quello non pretende di assumerne la medesima importanza teorico-dogmatica⁵⁴ della colpa, ma rivendica una piena legittimità e operatività nell’ordinamento francese⁵⁵.

⁵³ G.B. FERRI, *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 348-349. Il Ripert non aveva forse tenuto nel debito conto tutto ciò quando ribadiva l’indispensabilità di conservare alla responsabilità civile il suo fondamento morale.

⁵⁴ Per G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 147, l’uno (il rischio) rappresenta l’eccezione rispetto all’altra (la colpa), cui andrebbe riservata la prevalenza nel sistema dell’illecito, attesa la sua preminente collocazione codicistica, frutto di un’antica tradizione giuridico-culturale (un paragrafo dell’opera è testualmente intitolato: “Il rischio come criterio eccezionale e la colpa come criterio prevalente di imputazione della responsabilità”).

⁵⁵ Osserva il R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, I, Paris, 1951, pp. 354-358, che “la responsabilità trova fondamento su valori umani, piuttosto che non sulla causalità fisica. Perché è tra gli uomini che la responsabilità fondata sulla colpa possiede questa virtù essenziale, di far eco alla libertà umana, di trattenere nell’uomo la coscienza del buon uso che egli deve fare di questa libertà, mai renderlo sensibile alle sanzioni nelle quali egli incorre quando ne fa cattivo uso, o agisce con negligenza o imprudenza. La responsabilità fondata sul rischio, al contrario, riposa esclusivamente su un equilibrio materiale, che è conforme ad una idea di equità impersonale. Sostituirla sistematicamente alla responsabilità fondata sulla colpa, senza rispettarne il primato, significherebbe il trionfo della materia sullo spirito.” G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 151, rilevano che anche i sostenitori del rischio ormai gli riconoscono un ruolo limitato e subordinato a quello della colpa. Sul punto, gli a. citano testualmente H. e L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Parigi, 1960, p. 357: “gli ultimi difensori della teoria del rischio non hanno più l’ambizione dei suoi primi fautori. Si accontentano di richiedere per il rischio un ruolo collaterale a quello della colpa. [...] Tale è, ancor oggi, la posizione del decano René Savatier, che divide il suo trattato della responsabilità civile in due parti: responsabilità fondata sulla colpa; responsabilità fondata sul rischio. Ancora: egli ritiene che la responsabilità senza colpa non possa esser che sussidiaria, e che il legislatore debba ammetterla solo in un’area limitata; quest’area però è stata notevolmente estesa da René Savatier.”

1.5. Segue. Responsabilità da cose: attività del custode tra controllo e uso nel proprio interesse.

La responsabilità per danno da cose in custodia è disciplinata dal primo comma dell'art. 1242 *cod. civ.*, secondo il quale “si è responsabili non solo del danno dovuto ad un proprio fatto, ma ancora di quello causato da un fatto delle persone delle quali si deve rispondere, o delle cose che si hanno in custodia.” Si tratta della norma di apertura della disposizione richiamata, quindi anche di quello che si è inquadrato come sotto-sistema di responsabilità oggettiva, diverso da quello per colpa di cui alla fattispecie generale *ex art. 1240 cod. civ.*; essa individua una serie di ipotesi in cui si è tenuti a rispondere per danni derivanti da un “fatto non proprio”. Nella sua sinteticità, detta norma sembrerebbe prevedere ben due fattispecie, espresse in termini alquanto ampi, sì da far queste ipotesi come generali.

La loro genericità ha destato in taluno⁵⁶ il dubbio che esse possano avere un'effettiva portata normativa, piuttosto che un valore meramente programmatico e di anticipazione di quanto nei commi successivi dello stesso articolo, nonché negli articoli successivi, il legislatore avrebbe previsto⁵⁷. Così, il danno derivante da fatti di persone di cui si debba rispondere anticiperebbe i commi da 4 a 7 dell'art. 1242; laddove l'espressione sui danni da cose in custodia rimanderebbe all'incendio di cui ai commi 3 e 4 dello stesso articolo, al danno cagionato da animali (art. 1243) e da rovina di edifici (art. 1244).

Se non si aderisce a questa singolare tesi, allora il primo comma dell'art. 1242 *cod. civ.* ha natura direttamente prescrittiva e prevede ipotesi di responsabilità certamente operanti in maniera autonoma nel sistema, sebbene dotate di una portata generale, tale da abbracciare diversi casi concreti in esse sussumibili.

Vi saranno situazioni, allora, di danni cagionati da soggetti dei quali un altro abbia la responsabilità a vario titolo, formalmente non rientranti nelle ipotesi di responsabilità di genitori, maestri, committenti, insegnanti, artigiani, ma che, grazie alla disposizione in analisi, non restano prive di effetti giuridici risarcitori, quindi sguarnite di tutela per gli eventuali ed incolpevoli danneggiati.

Discorso analogo vale per quei danni derivanti “da cose” che nulla abbiano a che vedere con gli incendi, o con gli edifici in rovina, o ancora con gli animali.

Proprio sul danno da cose in custodia concentreremo la nostra attenzione.

La richiamata generalità si riflette sull'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie: il danno, genericamente indicato, rileva se commesso in violazione di un diritto

⁵⁶ Dubbio, peraltro, non estraneo finanche agli stessi compilatori del *Code Civil*.

⁵⁷ Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 193.

del danneggiato o di una norma posta a sua protezione, coerentemente con l'operazione di selezione degli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. Manca qualsiasi riferimento alla colpa, o ad una generica (in)osservanza di doveri di diligenza. Elementi della fattispecie sono solo il danno derivante "da cose" e l'imputabilità di detto danno al custode delle stesse.

Non si riscontra neanche un riferimento ad una prova liberatoria; sicché, interpretando secondo criteri sistematici e teleologici la disposizione, l'unica possibilità per il custode di liberarsi consiste nella dimostrazione che il fatto, per ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore, non possa essere direttamente e causalmente riconducibile alla cosa.

Inoltre, la stessa nozione di custodia è un concetto normativo "da riempire": la determinazione dei suoi confini definitivi è operazione di grande importanza ai fini della determinazione del soggetto responsabile, quindi dello stesso criterio di imputazione.

Vediamo come la cultura giuridica francese ha interpretato la norma nel corso dei due secoli di vigenza del *Code*.

Dopo l'opera di Laurent⁵⁸ – che fu il primo a mettere in dubbio il principio della responsabilità colposa – nonché grazie all'elaborazione da parte di Josserand e Saleilles⁵⁹ della teoria del rischio⁶⁰, oggi gli studiosi sembrano convergere nel considerare la responsabilità *du fait des choses inanimées* come regola indipendente, che dispensa la vittima dal provare la colpa del custode. Quest'ultimo può liberarsi solo provando il caso fortuito (o forza maggiore⁶¹), non la propria assenza di colpevolezza. Si tratta di una conclusione raggiunta dopo molte esitazioni e interpretazioni intermedie⁶² volte a temperare la notevole portata di questo principio di responsabilità oggettiva.

Le dinamiche reali dei fatti giuridicamente rilevanti, nel tempo, hanno fatto constatare che non è sempre possibile riscontrare una colpa dell'agente laddove vi sia un evento di danno meritevole di tutela risarcitoria: ciò, tuttavia, non può far concludere per l'esclusione di una qualunque forma di responsabilità, sol perché si è accertato che non v'è colpa alcuna. Se così fosse, si determinerebbe un sacrificio ingiustificato di estese categorie di soggetti lesi.

⁵⁸ Che aveva condensato il suo pensiero nell'opera *Principes de droit civil*, Bruxelles-Parigi, 1878, XX, p. 691.

⁵⁹ Cfr. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, cit..

⁶⁰ Teoria che si è accreditata a tal punto da consentire al rischio di affiancare, senza soppiantarlo, il principio della colpa nel sistema della responsabilità civile.

⁶¹ Vedi, in proposito, P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 199, che rileva come in Francia al limite della responsabilità per il danno da cose si dia indifferentemente il nome di caso fortuito o di forza maggiore.

⁶² Sostiene una tesi intermedia P. ESMEIN, *Traité Planiol-Ripert*, Parigi 1952, p. 883, che riferisce di un "melange de presumption de faute et de sans faute".

Si osserva, dunque, come fosse ormai “assolutamente necessario porre rimedio alle conseguenze del l'uniforme applicazione del principio nessuna responsabilità senza colpa, così sfavorevoli per le vittime dell'evento dannoso”⁶³, proprio seguendo la via ermeneutica della considerazione dell'art. 1242 *cod. civ.* come regola generale di responsabilità oggettiva⁶⁴.

Anche la giurisprudenza, sulla base delle medesime osservazioni, iniziò a considerare un'ipotesi specifica di responsabilità la prima parte dell'art. 1242. Le prime sentenze della Corte di cassazione in tal senso individuaronò il fondamento della responsabilità nel “rischio prodotto”, secondo il quale colui che si serve di una cosa dannosa deve, per compensazione degli utili che ne ricava, prendere a suo carico i danni che detta cosa rischia di cagionare. In particolare, la sentenza della Cassazione Req. 30.03.1897, D. 1897.1.43 fu innovativa e determinante sotto due aspetti: per un verso, conferì una propria autonomia e specifica rilevanza all'art. 1384 (così all'epoca numerato), fino ad allora ritenuto semplicemente norma di rimando ai successivi artt. 1385 (danno cagionato da animali) e 1386 (danno da rovina di edifici); per un altro verso, lo ritenne applicabile tutte le volte in cui una cosa, posta sotto il controllo del convenuto, cagionasse danno ad altri⁶⁵.

La prova liberatoria, tuttavia, era ritenuta dalla Corte consistente nell'assenza di colpa del custode. Si trattava comunque di un primo, importantissimo passo, che spianò la strada verso un'evoluzione normativa che poi raggiunse l'impostazione oggi maggiormente accreditata.

Sebbene la prima frase dell'art. 1384 (oggi art. 1242), per gli autori del *Code*, avesse una funzione di mero richiamo alle disposizioni successive (dei commi seguenti dello stesso articolo o degli articoli successivi), la giurisprudenza francese iniziò presto a considerarla una fattispecie normativa autonoma, servendosene per stabilire una presunzione generale di responsabilità per i custodi delle cose inanimate che avessero cagionato un danno⁶⁶.

⁶³ G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁴ *Ibidem*, si collega la necessità di tale interpretazione all'assenza dell'intervento del legislatore speciale. In ciò si manifesta un'evidente differenza tra l'ordinamento francese e quello tedesco, facilitato nella costruzione e nell'accettazione di un sistema di responsabilità oggettiva da un'estesa legislazione speciale che derogava chiaramente al principio della colpa.

⁶⁵ Coeva a questa pronuncia fu anche Cass. civ., 18 giugno 1896, S. 1897.1.17, sopra già analizzata, che si era occupata dello scoppio di una caldaia di un rimorchiatore, enunciando la nuova tesi dell'autonomia dell'art. 1384, 1 comma, *cod. civ.* (corrispondente all'attuale art. 1242) come specifica ipotesi di responsabilità in deroga all'art. 1382. Il custode della cosa poteva essere condannato al risarcimento sulla base di un mero vizio occulto della cosa, senza che fosse dimostrata la sua colpa.

⁶⁶ Per R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel progetto italo-francese di un codice delle Obbligazioni*, in *Ann. dir. comp.*, 1930, 1, pp. 274-275, “il progetto regolarizza questa interpretazione, facendo della responsabilità del custode di una cosa inanimata, l'oggetto di un art. 82. Benché la

La ragione per la quale le pronunce giudiziali non parlarono immediatamente di responsabilità oggettiva, ma di presunzione di colpa, potrebbe individuarsi nella necessaria gradualità che sottende un cambiamento ermeneutico così incisivo e che si manifesta come tipica del cammino del diritto come scienza sociale pratica⁶⁷.

In ogni caso, dopo il periodo intermedio di esitazione, i giudici giunsero a non consentire più al custode di liberarsi dalla responsabilità dimostrando la sua mancanza di colpa. Egli si sarebbe potuto liberare solo provando che all'origine del danno vi era il caso fortuito o la forza maggiore.

Tale forma di responsabilità, ben più stringente di quella basata sulla presunzione di colpa, “non poteva spiegarsi che con l'influenza sussistente della teoria del rischio prodotto. Si cominciava col dire al custode di una cosa dannosa che era presunto in colpa, ma se egli dimostrava l'inesattezza materiale di questa presunzione, si manteneva ugualmente la sua responsabilità, perché, avendo posto in uso una cosa dannosa, doveva averne assunti i rischi a suo carico.”⁶⁸

Ad oggi, peraltro, l'interpretazione dell'art. 1242 (già art. 1384), comma 1, in termini di responsabilità oggettiva dipende non solo dal cammino evolutivo della giurisprudenza, suffragato da una parte di dottrina, ma anche da un ulteriore (e particolarmente valido) argomento: la legge 7 novembre 1922 aggiunse al primo periodo dell'art. 1384 *cod. civ.* (secondo la numerazione vigente a quel tempo) la disposizione relativa al danno derivante da incendio, secondo la quale il detentore delle cose (mobili o immobili) incendiate incorre in responsabilità se viene fornita prova della sua colpa. Ebbene, il fatto che il legislatore avesse sentito l'esigenza di specificare la necessità di provare la colpa per le ipotesi di danno da incendio costituisce un fortissimo *argumentum a contrario* idoneo a comprovare l'evidente differenza di regime per la fattispecie di apertura dell'articolo, di cui la colpa non costituisce, a questo punto, un requisito necessario⁶⁹.

presunzione stabilita da questo testo sia in parte irrefrangibile, e dia luogo in conseguenza, all'idea di rischio prodotto, accanto all'idea di colpa, essa sembra prendere autorità anche parzialmente da questa.”

⁶⁷ Ovvero, detta ragione potrebbe anche essere dipesa da un'altra circostanza: l'entrata in vigore della legge del 9 aprile 1898 sugli infortuni del lavoro, che accolse espressamente la teoria del “rischio prodotto”; conseguentemente, la giurisprudenza, per differenziare la materia degli infortuni sul lavoro, regolata dalla suddetta teoria, non si sentì di estendere l'ambito di applicabilità anche alla fattispecie codicistica in esame e finì per parlare, con riguardo a quest'ultima, di presunzione di colpa. Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁸ R. SAVATIER, *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel progetto italo-francese di un codice delle Obbligazioni, cit.*, p. 282.

⁶⁹ Cfr. in proposito M. COMPORTI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 13, che si richiama per la tesi a P. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, V ed., p. 112. *Ad abundantiam*, l'a. richiama altresì l'art. 181 del codice delle obbligazioni e contratti libanese (del 1932),

I problemi interpretativi della responsabilità da cose in custodia non si riducono certo all'esclusione della colpa come elemento costitutivo della fattispecie. Essi attengono anche all'individuazione dei contorni di ciò che debba considerarsi "fatto della cosa" rilevante ai fini della norma in esame, così come all'inquadramento del profilo del custode.

Quanto al primo ordine di questioni, ci si è chiesti innanzitutto quando un fatto possa dirsi "della cosa" piuttosto che "dell'uomo": allo stato attuale, dopo qualche incertezza interpretativa in seno alla giurisprudenza, si intende generalmente idonea a far sorgere responsabilità "l'azione" della cosa inanimata (*intervention active*), sia essa azionata o meno dall'uomo, purché non sia l'uomo stesso ad agire servendosi della cosa e purché il fatto rappresenti l'origine eziologica del danno⁷⁰.

Era stato sollevato anche un dubbio sull'applicabilità della norma alle sole cose mobili: tale dubbio venne poi risolto negativamente da dottrina e giurisprudenza⁷¹. Lo stesso può dirsi della questione sulla rilevanza o meno della pericolosità delle cose⁷²: tale requisito avrebbe notevolmente ed ingiustamente ridotto l'applicabilità della fattispecie a diverse situazioni meritevoli di tutela⁷³.

Resta da inquadrare il requisito soggettivo del custode, vale a dire del così detto *gardien*, la cui responsabilità è "collegata al controllo e all'uso nel proprio interesse della cosa"⁷⁴. Normalmente, custode è il proprietario della cosa. Questi, come s'è visto, non può liberarsi fornendo una prova di non colpevolezza, ma solo di caso fortuito o forza maggiore. Ma potrà anche dimostrare che la custodia si è trasferita ad altri⁷⁵. Evidentemente, custode potrà essere anche chi non è proprietario della cosa⁷⁶: ma non è all'uopo sufficiente il mero

frutto di opera codificatoria di giuristi francesi, che evidentemente riflette la situazione dell'esperienza giuridica francese di quel tempo, del tutto coerente con quanto sin qui osservato. La suddetta disposizione prevede che "Il custode di una cosa inanimata, mobile o immobile, è responsabile dei danni che essa causa, anche durante il tempo in cui essa non si trovi effettivamente sotto la sua condotta, il suo controllo e la sua direzione, come ad esempio, un'automobile in marcia, un aereo durante il volo o un ascensore durante il suo funzionamento. Questa responsabilità oggettiva non verrà meno se non quando il custode abbia provato il caso di forza maggiore o la colpa della vittima; non è invece sufficiente la prova di non aver commesso alcuna colpa."

⁷⁰ Vedi Cass. civ. 19 febbraio 1941, 1, 49, citata *Ivi*, p. 11, insieme ad altri riferimenti bibliografici.

⁷¹ Cfr. Cass. civ. 13 febbraio 1930, in *Gaz. Pal.*, 1930.1.676.

⁷² Cfr. H. e L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique e la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cit., p. 234 ss.

⁷³ Anche se, a questo punto, v'è chi sottolinea il rischio che, una volta ultimato con convinzione il cammino verso la responsabilità oggettiva, la giurisprudenza estenda in maniera eccessiva l'area di applicabilità della norma. Il riferimento è a M. COMPORI, *Fatti illeciti*, cit., p. 10 che vede in tale interpretazione estensiva eccessiva un effetto non previsto di un percorso interpretativo sicuramente corretto nelle intenzioni iniziali.

⁷⁴ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 240.

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁷⁶ Se infatti la cosa è trasferita a titolo di comodato, locazione o affitto, custodia e responsabilità si trasferiscono al comodatario, al locatario, all'affittuario. Tuttavia, si osserva *Ibidem* che ciò non accade "se

trasferimento della detenzione. La custodia non è riconducibile sempre e comunque ad una delle qualifiche soggettive che mettono in relazione l'uomo e la cosa. Custode non è necessariamente il proprietario o il titolare di un diritto reale sul bene. Allo stesso modo, se la cosa è oggetto di contratto che ne disciplina il godimento in capo ad altra persona, questa non sarà automaticamente custode. Comodatario, locatario, affittuario, potrebbero infatti non essere ritenuti custodi, se chi dà in comodato, locazione, affitto la *res* conserva il controllo su di essa⁷⁷.

Né, per ciò solo, può allora ritenersi assimilabile al custode il possessore, come soggetto che ha una relazione di fatto con la cosa. La *possession* francese, come il possesso italiano, è caratterizzato da due elementi costitutivi: potere di fatto e *animus*. Può rimanere possessore chi mantiene l'*animus possidendi*, pur avendo trasferito la disponibilità materiale della cosa ad un altro soggetto (detentore): ma non è detto che il possessore sia custode.

La suddetta qualifica potrebbe essere ricoperta dal detentore; ma neanche questi, a ben vedere, è considerato custode se non ha un potere effettivo di controllo sulla cosa: si pensi al mero detentore (ad esempio all'autista che accompagna in macchina il proprietario della stessa).

V'è forse un elemento di fondo che rimane costante: la rilevanza del potere di governo di fatto sulla cosa come criterio di scelta, nell'ordinamento, del soggetto su cui far ricadere la qualifica di custode e quindi la responsabilità in ipotesi di danni prodotti dalle cose. Tale potere di governo non è specificatamente collegato ad un'azione o ad un comportamento, ma è la conseguenza immediata di una serie di attività che, sulla cosa o con la cosa, il custode può svolgere, ivi compresa quella di controllo. Per questo, come alla cosa è collegato l'interesse realizzabile di chi può governare la stessa, così a quello stesso soggetto viene imputato il costo del suddetto interesse.

Esemplificativamente, un conduttore non diventa per ciò solo custode, ma occorre avere riguardo al titolo: se viene concesso in locazione un singolo appartamento, egli risponderà per i danni prodotti da questo, ma sul locatore rimarrà la responsabilità dei danni prodotti dall'intero edificio.

colui che dà la cosa in locazione o in comodato conserva il controllo su di essa: così, per esempio, nell'ipotesi locazione di autoveicolo con autista; così, ancora, nell'ipotesi di comodato, ove il comodante sia presente all'uso della cosa o abbia impartito istruzioni e imposto limiti stretti all'uso di essa."

⁷⁷ Si pensi all'ipotesi di locazione di autoveicolo con autista; ovvero, all'ipotesi di comodato, ove il comodante rimanga presente mentre il comodatario usa della cosa; ancora, sempre in tema di comodato, ove il comodante abbia impartito istruzioni o imposto limiti stretti all'uso della cosa.

O ancora, il comodatario può non diventare custode, se il bene oggetto di comodato non è di suo uso esclusivo, per aver ad esempio il comodante imposto limiti al godimento del bene.

Stesso discorso potrebbe valere per il lavoratore dipendente che esegua esattamente le istruzioni del datore nell'utilizzo di una macchina a lui affidata ma di proprietà di quello.

In definitiva, *gardien* non è il proprietario, né il possessore, né il detentore, ma è un soggetto che va individuato caso per caso, in ragione del titolo giuridico e della situazione di fatto dai quali emerge con evidenza il potere di controllare la cosa e di escludere dal governo della stessa altri soggetti.

E chi può controllare la cosa meglio del soggetto che su di essa possa svolgere una serie indeterminata di azioni, condensabili nell'insieme dell'attività, il cui "costo" gli viene imputato sotto forma di responsabilità. Il custode, allora, andrà individuato in "chi è il soggetto di quella situazione di appartenenza diversa dalla proprietà, da possesso o dalla detenzione [ma che è pur sempre potere di fatto, *n.d.r.*], cui si accompagna il potere di escludere gli altri soggetti e la responsabilità per i danni arrecati dalla cosa."⁷⁸

2. Responsabilità extracontrattuale e danni da cose nell'ordinamento tedesco.

2.1. Cenni sulla storia e la struttura del BGB tedesco. L'illecito civile.

La cornice di riferimento della disciplina sulla responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento tedesco non è solo il codice civile, ovverosia il *BGB*⁷⁹, ma anche la legislazione complementare; quest'ultima gioca un ruolo di grande rilievo per le forme particolari di responsabilità oggettiva.

Il BGB tedesco, quale eminente prodotto della Pandettistica e della Scuola Storica fondata dal Savigny⁸⁰, si rivelò un apparato normativo di grande rilievo teorico e raffinatezza concettuale⁸¹; esso ha un antenato nel codice prussiano (*ALR*) del 1794⁸² e degli ascendenti

⁷⁸ Così P.G. MONATERI, *La custodia di cui all'art. 2051 cod. civ.*, in *Resp. civ.* 1982, p. 759.

⁷⁹ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁸⁰ Esso manifesta emblematicamente la concezione del diritto come frutto della storia e della cultura del popolo e rappresenta il tributo al diritto romano antico e alle fonti giustiniane da parte degli studiosi incaricati di compilarlo.

⁸¹ Il movimento delle Pandette, infatti, si era dedicato all'elaborazione sistematica e all'approfondimento dogmatico delle fonti giuridiche romane.

⁸² Che rispecchiava fedelmente divisione della società in classi sociali e situazione della Prussia sotto Federico II.

prossimi nell'unificazione delle normative riguardanti il diritto commerciale (1861) e la disciplina dei titoli di credito (1848)⁸³.

L'opera di codificazione iniziò nel 1865⁸⁴; il *BGB* fu approvato oltre trent'anni dopo (1896) ed entrò in vigore ancora successivamente, il 1° gennaio del 1900. Esso si rivelò un'opera di non immediata intellegibilità per i comuni cittadini, che non erano operatori del diritto: ciò era in evidente relazione con la fine elaborazione di astrazione concettuale che lo caratterizzava⁸⁵.

La sua struttura segue la suddivisione sistematica dell'intera materia del diritto privato in cinque parti, tante quanti i Libri⁸⁶. L'evoluzione della società, quindi anche del diritto, ha comportato in Germania un'ampia revisione del codice civile⁸⁷: la nota riforma del codice, entrata in vigore l'1 gennaio 2002, ha interessato soprattutto il Libro II sulle obbligazioni⁸⁸. A distanza di oltre un secolo, anche le nuove norme introdotte sono state formulate secondo i criteri di astrazione, raffinatezza concettuale e generalizzazione tipici dell'entrata in vigore del *BGB*⁸⁹.

Focalizzando l'attenzione in particolare sulla disciplina della responsabilità extracontrattuale, appare necessario un primo sguardo generale sul titolo ad essa dedicata,

⁸³ Che fino ad allora risultavano disorganicamente diffuse in diverse leggi, poco sistematiche.

⁸⁴ Invero, solo alla fine del XVIII secolo dall'ambiente accademico giunse la proposta di elaborare un codice civile unitario. Il maggior fa. di quest'idea fu Thibaut (professore ad Heidelberg, una delle più importanti università tedesche). Egli riteneva ormai necessario sostituire il frammentario quadro del diritto civile tedesco con una codificazione generale ed unitaria, su modello del *code civil*. Ciò avrebbe costituito la base anche per l'unificazione politica della Germania.

⁸⁵ A differenza del *Code Napoléon*, si rivolgeva esclusivamente ai giuristi di professione. Inoltre, rispecchiava le esigenze della vecchia borghesia, costituita da proprietari terrieri o imprenditori, più di quanto non facesse con quelle della classe operaia, di meno risalente formazione.

⁸⁶ Il Primo (*Allgemeiner Teil*) rappresenta la Parte Generale e contiene la disciplina degli istituti giuridici fondamentali, come quelli riguardanti le persone fisiche e le persone giuridiche, i beni, il negozio giuridico (istituto che rappresenta emblematicamente la predilezione dei giuristi tedeschi per l'astrazione concettuale); il Secondo è dedicato alle obbligazioni, tra le quali quelle derivanti da illecito, oggetto principale di analisi del presente lavoro, disciplinate nel Titolo XXVII; il Terzo Libro riguarda in particolare i beni, la proprietà e gli altri diritti reali; il quarto disciplina il diritto di famiglia, mentre il quinto ed ultimo ha ad oggetto la materia delle successioni.

⁸⁷ Questa tendenza segna un'ulteriore differenza rispetto al sistema francese, dove si è scelto di non ritoccare mai radicalmente il *Code Napoléon*, provvedendo piuttosto alla realizzazione di codici di settore.

⁸⁸ In particolare, la riforma ha riguardato la disciplina della prescrizione, l'irregolarità nell'adempimento delle obbligazioni, l'impossibilità della prestazione nei contratti sinallagmatici, gli "obblighi di protezione", la responsabilità precontrattuale.

⁸⁹ Ciò ha comportato, secondo taluno, la diminuzione della certezza del diritto, vista l'assenza di indicazioni precise per l'ermeneutica degli istituti; ulteriore conseguenza è stata l'aumento delle controversie concernenti questioni interpretative. Gli obiettivi di maggiore certezza e trasparenza del diritto, proclamati dal legislatore, sarebbero così stati disattesi: Cfr. E. RAJNERI, *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in *Giust. Civ.* 2002, p. 325 e ss.; vedi anche, per approfondimenti, H.C. GRIGOLEIT, *La riforma del codice civile tedesco in sintesi* (trad. di E. Ferrante), in *Contr. Impr. Eu.*, 2004, 2.

prima di analizzare più nel dettaglio gli elementi costitutivi della fattispecie di illecito, nonché le ipotesi speciali.

Il Titolo XXVII, contenuto nel Libro II) consta di 30 Sezioni: le prime quattro (§§ 823-826) contengono la disciplina generale dell'illecito, con la previsione di tutti i principali elementi costitutivi.

Il § 823 enuncia che “chi dolosamente o colposamente lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno”. Stesso obbligo incombe “su chi viola una legge che mira alla tutela di un altro”, purché tale violazione avvenga colposamente. La colpa aquiliana, dunque, costituisce nel sistema tedesco criterio generale d'imputazione della responsabilità⁹⁰.

Analizzeremo a breve i singoli elementi costitutivi della fattispecie appena descritta. Intanto, occorre osservare come i paragrafi successivi “arricchiscano” questa disciplina, prevedendo l'obbligo di risarcimento del danno nelle ipotesi di minaccia del credito (§ 824), di induzione (maliziosa, minacciosa o abusiva) a compiere o subire atti sessuali (§ 825), di contrarietà al buon costume per atti dolosi (§ 826).

I §§ 827 ed 828 disciplinano le ipotesi di non imputabilità: l'impossibilità di libera determinazione della volontà dovuta a stato di incoscienza o di patologico turbamento (a meno che essa non sia stata liberamente predeterminata⁹¹) esclude la responsabilità. Ciò vale anche per le ipotesi di minore età e di sordomutismo. Per le ipotesi di non imputabilità, che esclude il risarcimento del danno, il § 829 prevede comunque una forma di indennizzo.

Il § 830 disciplina il “concorso” tra più soggetti per gli illeciti commessi “in comune” da più soggetti.

I §§ 831-839 costituiscono delle fattispecie particolari di illecito che obbliga al risarcimento del danno: ce ne occuperemo dopo aver esaminato la struttura generale dell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, in modo da individuarne eventuali elementi di divergenza e specialità.

⁹⁰ Un'opinione relativamente diversa si rinviene in G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 90, dove, richiamandosi alla dottrina prevalente, anche coeva alla compilazione, gli autori osservano come il BGB non codifichi nel § 823 il principio “nessuna responsabilità senza colpa”, “bensì il principio che qualunque atto lesivo di un diritto soggettivo altrui, come la vita, la persona, la salute, la proprietà, è illecito. E da questa nozione di illiceità, intesa come trasgressione di una norma giuridica posta a difesa di beni (*Rechtsgüter*), si inferisce poi la nozione di colpa che consiste appunto nel tenere un comportamento dannoso che risulta lesivo di un bene giuridicamente protetto.”

⁹¹ Il legislatore si riferisce evidentemente alle *actiones liberae in causa*.

Dal § 840 in poi, il Titolo XXVII si occupa dell'attuazione degli effetti risarcitori in alcune ipotesi eccezionali: responsabilità solidale (§ 840), bilanciamento in caso di responsabilità di un pubblico ufficiale (§ 841), danni al guadagno o alla carriera (§ 842), risarcimento nella forma di rendita in luogo di una liquidazione di capitale (§ 843), pretese risarcitorie di terzi in caso di uccisione del danneggiato (§ 844) o per servizi perduti (§ 845).

È altresì disciplinato il caso del concorso di colpa del soggetto leso, che determina la diminuzione del *quid* risarcitorio (§ 846).

I §§ da 849 a 852 disciplinano criteri integrativi di quantificazione pecuniaria del danno.

Infine, il sistema del codice si chiude con il § 853, riguardante l'eccezione di dolo, che consente al soggetto leso di rifiutare l'adempimento di un'obbligazione assunta a causa di un atto illecito compiuto dal creditore.

2.2 Elementi costitutivi della fattispecie generale di illecito.

Gli elementi strutturali dell'ipotesi fondamentale di responsabilità extracontrattuale nel sistema tedesco si rinvencono nel § 823 del *BGB*. Tale disposizione, insieme ai §§ 824, 825 e 826, costituisce l'impianto normativo principale e generale in materia di illecito civile.

I paragrafi successivi, infatti, prevedono ipotesi specifiche, che integrano quelle precedenti, con effetti giuridici risarcitori riguardanti situazioni che, altrimenti, ne rimarrebbero prive, non potendo rientrare nell'alveo della fattispecie generale di illecito⁹².

Gli elementi integrativi del fatto rilevante ai sensi del § 823 possono essere così individuati: è necessario che un comportamento doloso o colposo, posto in essere in maniera antiggiuridica, provochi la lesione della vita, o dell'integrità fisica, o della salute, o della libertà, o della proprietà o di altro diritto, da cui derivi un danno al soggetto leso. Pertanto, è necessaria la lesione di un diritto altrui, da cui derivi un danno, che sia stato cagionato da un comportamento antiggiuridico (*widerrechtlich*), posto in essere dall'agente con dolo o colpa (elemento soggettivo). Il comma 2 del § 823 estende la copertura normativa anche alle ipotesi in cui l'agente abbia violato "una legge posta a protezione della vittima." Sembrerebbe che tale previsione consenta di tutelare situazioni in cui un soggetto sia stato danneggiato, ma senza che l'agente abbia violato un suo diritto.

La fattispecie appena descritta costituisce un'evidente formula generale: in luogo di una elencazione casistica e tassativa delle varie ipotesi di illecito, vengono riassuntivamente e

⁹² Cfr. P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., p. 68.

generalmente previsti degli elementi che rilevano e sono individuabili in numerosissimi casi.

Ma detta formula non è solo generale e riassuntiva: già analizzandone il primo elemento costitutivo, si ritrovano esemplificate diverse e specifiche situazioni di diritti violati, che costituiscono la base di riferimento degli interpreti. Rileva quale illecito *ex* § 823 *BGB*, comma 1, la violazione dei diritti in esso specificamente menzionati, quali la vita, la salute, la proprietà: questi ultimi, tuttavia, costituiscono paradigma di riferimento per l'individuazione di tutte le altre situazioni giuridiche soggettive suscettibili di tutela, in virtù del riferimento espresso ad ogni altro diritto, contenuto nella formulazione codicistica, che consente un notevole ampliamento del ventaglio di tutela.

Ora, la tipologia di diritti sopra elencati ha il suo comune denominatore nel carattere di assolutezza.

Il legislatore, invero, non qualifica espressamente come assoluti gli “altri diritti” che, in caso di lesione, devono essere risarciti: tuttavia, essi sono stati da sempre considerati tali. Non era ammessa generalmente la rilevanza, ai sensi della norma in analisi e per il risarcimento del danno, di diritti relativi, dal momento che le situazioni giuridiche espressamente menzionate erano tutte qualificabili come diritti soggettivi assoluti (sia della personalità che reali) e conseguentemente fornivano un'indicazione precisa circa il carattere di assolutezza di cui avrebbero dovuto essere connotati gli “altri diritti”, non espressamente elencati, per essere sussumibili nell'alveo della fattispecie⁹³.

In definitiva, la lesione di uno diritti elencati, o di uno ulteriore simile per caratteristiche a quelli (vale a dire un diritto della personalità o altro diritto assoluto a contenuto patrimoniale) è elemento necessario della responsabilità; quando non vi sia tale lesione, è necessaria quantomeno la violazione di una norma posta a protezione della vittima, come previsto dal comma 2 dello stesso paragrafo.

Conseguenza inevitabile di una simile prospettiva è la giuridicizzazione del danno: non ogni perdita patrimoniale è rilevante e risarcibile, ma solo quella che abbia ricevuto una certa connotazione normativa, in quanto derivante da una condotta altrui che abbia leso una particolare situazione giuridica soggettiva della vittima. Così, il danno “conformemente alla definizione mommseniana è perdita, è ammanco di utilità per chi lo subisce, ma ai fini

⁹³ Tale scelta si giustificerebbe in virtù del maggiore rilievo – e conseguente meritevolezza di protezione – dei diritti assoluti rispetto a quelli relativi. Solo i primi, essendo della stessa natura di quelli esemplificati, sono suscettibili di tutela: la formula del *BGB* è sì generale, ma non onnicomprensiva: cfr. *Ivi*, p. 73.

della responsabilità non rileva come tale fin quando non sia qualificabile come risultato di una lesione giuridicamente rilevante.”⁹⁴

Quanto invece al comportamento antiggiuridico da cui si origina la lesione del diritto e il danno, esso può consistere in un atto positivo, ovvero sia commissivo, ma anche in un omissione, cioè nell’astensione da un *facere* in presenza di un dovere di agire.

Per la rilevanza ai sensi del 2 comma del paragrafo in esame, è necessario che il comportamento dell’agente violi una norma posta a protezione della vittima del danno e che sia quantomeno colposo. Ricadono in quest’ultima ipotesi alcune situazioni che non possono dare luogo alla tutela risarcitoria secondo il primo comma, ma alle quali l’ordinamento vuole garantire una difesa: è questa la speciale tecnica di tutela offerta dal *BGB* contro la violazione di diritti diversi da diritti soggettivi assoluti⁹⁵.

Altro elemento costitutivo della principale fattispecie di illecito aquiliano nel sistema tedesco è il requisito soggettivo: il comportamento che causa il danno rileva se ed in quanto posto in essere con colpa o dolo. Il *BGB* accoglie il principio jheringhiano “nessuna responsabilità senza colpa”, particolarmente saldo in un contesto intriso di cultura giuridica Pandettistica, che allo stesso von Jhering deve la sua origine. Ciò vale sicuramente per l’ipotesi principale di illecito⁹⁶; vedremo oltre che il medesimo principio non è necessariamente applicabile alle altre fattispecie del codice ed a quelle previste dalla legislazione complementare⁹⁷. In proposito, v’è addirittura chi sostiene che la codificazione del 1900, sotto questo profilo, abbia segnato “un regresso rispetto alle tendenze già accreditate dalla legislazione speciale del secolo scorso”⁹⁸.

In ogni caso, essendo la colpa inserita quale elemento strutturale della fattispecie principale del codice, si potrebbe ragionevolmente osservare che le ipotesi di responsabilità oggettiva

⁹⁴ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 13. L’a. accomuna in questa interpretazione la norma tedesca a quella italiana.

⁹⁵ Tra questi, P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 78 elenca l’inganno di cui sia causa una perdita patrimoniale “pur senza ledere uno specifico diritto soggettivo assoluto”, la diffusione di informazioni false (ammesso che una norma lo), la diffamazione, la pubblicazione di un segreto privato.

⁹⁶ Rileva R. SALEILLES, *Etude générale sur la théorie de l’obligation*, Paris, 1922, p. 408, che in Germania, non si è creduto che vi fosse necessità di derogare, per motivi di interesse pubblico (come era avvenuto in Francia), “dal punto di vista della teoria generale, al principio romano della colpa personale.”

⁹⁷ Nella “Relazione sul progetto di un codice delle obbligazioni e dei contratti comune all’Italia ed alla Francia”, Roma, 1928, p. 84, si sottolinea come il principio della responsabilità per colpa, pur permeando di sé i casi più importanti di illecito, non è contenuto in una disposizione generale nell’ordinamento tedesco: tale peculiarità costituisce elemento differenziale rispetto agli ordinamenti italiano e francese. G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 92, d’altra parte, pongono l’accento sulla notevole influenza della Scuola Storica sulla compilazione del *BGB*. Si pensi, ad esempio, al fatto che la *Lex Aquilia* corrispondeva più al reato di danneggiamento che non alle regole di responsabilità extracontrattuale: da ciò derivò probabilmente il rifiuto di una figura generale di responsabilità per colpa al di fuori delle ipotesi particolari.

⁹⁸ Così *Ivi*, p. 155.

presenti nel sistema costituiscono un'eccezione rispetto alla disposizione generale⁹⁹. Tuttavia, occorre considerare che, “se un tempo la responsabilità civile era considerata come un evento negativo, una sanzione morale - prima ancora che giuridica – di un atto dannoso”¹⁰⁰, oggi alcuni principi della tradizione sono superati e “la responsabilità diventa uno strumento per ripartire il rischio tra quei soggetti che sono in grado di meglio controllarlo.”¹⁰¹

Questa nozione di rischio, come vedremo, si palesa maggiormente nelle ipotesi specifiche di responsabilità extracontrattuale disciplinate nei paragrafi successivi del *BGB*, nonché nella legislazione complementare¹⁰².

Altra disposizione che delinea il quadro generale della responsabilità extracontrattuale è il § 824, che estende la tutela di cui al paragrafo precedente ai casi di lesione alla stima o alla buona fama di cui un soggetto gode, allorquando vengano asseriti o divulgati fatti a ciò idonei e contrari al vero: il danno può consistere non solo nella minaccia del credito, ma anche in un altro pregiudizio, come la perdita di guadagno o di carriera.

Valvola del sistema è il § 826 *BGB*, che obbliga al risarcimento del danno prodotto immoralmente. Questa norma sfuma i contorni dei requisiti analizzati poc'anzi: il danno è giuridicizzato in quanto derivante da un atto doloso e “contrario al buon costume”, senza che assuma rilievo il tipo di situazione giuridica soggettiva violata. Il legislatore tedesco, evidentemente, ha inteso ancora di più estendere i margini di tutela ad altre ipotesi non rientranti formalmente nell'alveo del § 823¹⁰³, la cui formula comunque è generale ma non generica: si connota per la presenza di criteri che non sembrano consentire una tutela eccessivamente estesa per circostanze e situazioni giuridiche protette. Per questo, il sistema

⁹⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 313, secondo il quale la causa di ciò risiederebbe nell'essere il sistema vigente in Germania “strenuamente preoccupato della centralità della colpa sul piano dell'affermazione di principio.”

¹⁰⁰ G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.* p. 160.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Ritiene A. WEITNAUER, *Remarques sur l'evolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1967, p. 807, che il diritto tedesco si sia adeguato all'evoluzione tecnologica non già grazie ad una giurisprudenza flessibile e capace di adattarsi alle nuove situazioni, bensì “servendosi” piuttosto della legislazione complementare. Conseguentemente, le lacune che permangono non sono colmate dai giudici ricorrendo all'analogia: pur non essendo previsto *expressis verbis*, le suddette leggi hanno infatti carattere eccezionale.

¹⁰³ Invero, nei casi concreti, all'atto doloso e contrario al buon costume si affianca spesso anche la lesione di un diritto assoluto soggettivo della vittima, o l'infrazione di una norma protettiva della stessa. “Ma la disposizione del § 826 *BGB* possiede un grande valore in quanto può servire da clausola generale onde reprimere, mediante l'uso della tutela risarcitoria, casi che non si riesce a far rientrare nelle ipotesi precedenti”. Così P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., p. 81, secondo cui la volontarietà prevista da tale norma non riguarda solo la condotta posta in essere dall'agente, ma anche il fatto stesso di causare un danno.

è stato integrato dal legislatore: da un lato, prevedendo altre norme di carattere generale – quelle appena considerate – che operano una prima estensione di tutela (§§ 824-826); dall'altro, mediante diverse previsioni tipiche, codificate per tutelare situazioni ritenute meritevoli ma non rientranti formalmente nell'alveo della fattispecie normativa generale.

2.3. Le altre fattispecie: teoria del rischio e responsabilità oggettiva. Ipotesi affini alla responsabilità da cose; cenni sulla figura del custode.

Le fattispecie tipiche di responsabilità, contenute nel *BGB* o disciplinate dalla legislazione complementare, sono considerate estensive ed integrative dell'area delle ipotesi di danno risarcibile¹⁰⁴. Prima di metterne in rilievo gli elementi costitutivi, ci si chiede se i caratteri generali e più importanti dell'illecito, cristallizzati dal § 823 *BGB*, ove non espressamente richiamati né tantomeno derogati dalle altre disposizioni, siano da considerare requisiti anche di queste particolari ipotesi normative. L'esame di ogni singola fattispecie farà emergere la risposta al suddetto interrogativo, la cui maggiore incertezza riguarda l'elemento soggettivo: non essendo prevista *expressis verbis* nelle singole disposizioni la necessità di dolo o colpa dell'agente – o del responsabile, laddove questi non coincida con chi abbia agito – queste ipotesi hanno costituito la base sulla quale mettere in discussione, negli ultimi decenni del secolo scorso, il principio *nullum crimen sine culpa*¹⁰⁵. Gli studiosi e gli operatori pratici del diritto, così, hanno conferito un rilievo sempre maggiore ad un'impostazione oggettivistica nell'interpretazione di queste fattispecie, giustificandola alla luce della così detta teoria del rischio.

Il § 831 prevede la responsabilità di chi si avvalga dell'opera di un altro soggetto, per il danno che questi dovesse cagionare illecitamente. Anche in questo caso, presupposto della responsabilità è l'illiceità del danno, vale a dire la violazione del diritto oggettivo o di una situazione giuridica del danneggiato che il legislatore non sembra qualificare, neanche implicitamente, come diritto assoluto. Non è presente neanche un riferimento esplicito

¹⁰⁴ Cfr. *Ivi*, p. 68.

¹⁰⁵ Scrive in proposito M. COMPORI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 6: "nella letteratura giuridica di lingua tedesca, negli ultimi decenni del secolo scorso, con la crisi della Pandettistica, veniva in discussione egualmente il principio *nullum crimen sine culpa*, particolarmente esaltato, com'è noto, da Jhering. Da un lato, nuovi studiosi come Karl Binding e Adolf Merkel tentavano di criticare l'impostazione tradizionale sul collegamento unitario tra la responsabilità penale e la responsabilità civile, insistendo sia sulla necessità di scindere i problemi dell'illecito-sanzione da quelli relativi al risarcimento del danno, sia sulla opportunità che colui che profitta di talune attività ne subisca anche tutti i relativi oneri, compresi i danni provocati a terzi. Tali iniziali idee apparivano poi variamente sviluppate dagli autori successivi, fra i quali è opportuno ricordare Mataja che, sempre sotto il profilo giuridico-economico, sosteneva che la legislazione doveva far ricadere l'obbligo di risarcimento dei danni su coloro che appaiono più idonei a sopportarne il peso secondo le esigenze di giustizia e l'assetto economico degli interessi."

all'elemento soggettivo: tuttavia, il "titolare dell'affare", per andare esente da responsabilità, può provar di aver osservato "la diligenza richiesta" o che "il danno si sarebbe verificato anche con l'impiego di tale diligenza". In quest'ultimo caso, sembrerebbe concedersi al convenuto quasi una prova del fortuito o di forza maggiore.

La possibilità di dimostrare la diligenza, prevista nella prima ipotesi di prova liberatoria, rappresenterebbe invece l'indice formale della presenza necessaria dell'elemento soggettivo della colpa alla base della responsabilità, stando almeno ad un'interpretazione letterale della norma: se il potenziale responsabile prova di essere stato diligente, ovvero sia di non aver posto in essere un comportamento colposo, allora andrà esente da responsabilità.

Struttura analoga al paragrafo precedente presenta il § 832, che obbliga al risarcimento chi è tenuto alla sorveglianza – *ex lege* o per contratto – di un altro soggetto, per minore età o infermità mentale o fisica di quest'ultimo. Anche qui il danno dell' "incapace" deve essere arrecato "illecitamente", mentre il soggetto tenuto alla sorveglianza può liberarsi nei medesimi termini visti per la fattispecie precedente, ovvero sia provando l'assolvimento dell'obbligo di diligenza o che il fatto si sarebbe comunque verificato.

Di particolare interesse è il § 833, che prevede la responsabilità di "colui che tiene animali" (*tierhalter*). Si tratta di una disposizione che sembrerebbe prevedere, stando al suo tenore testuale, due forme diverse di responsabilità. Il primo comma obbliga "colui che tiene animali" al risarcimento del danno (morte, lesioni o danni a cose) cagionato dagli stessi: non è prevista alcuna prova liberatoria, né in termini di caso fortuito-forza maggiore, né di assenza di colpa. Diversamente, il secondo comma chiarisce che se il danno è cagionato da "un animale domestico che è destinato a servire al lavoro", allora colui che lo tiene può liberarsi fornendo la prova liberatoria della diligenza adottata (assenza di colpa) o della circostanza per cui il danno si sarebbe comunque verificato (forza maggiore).

Provando ad esplicitare ciò che il presente paragrafo non enuncia espressamente, ma sembrerebbe lasciare intendere, si osservi come il primo comma, contrariamente al secondo, prevede la responsabilità di animali che "non servono al lavoro": ebbene, in questo caso sembra esservi una vera e propria responsabilità oggettiva. La prima, e come vedremo anche l'unica, desumibile già dalla *littera legis* nel *BGB*. Diversamente, nel secondo paragrafo la prova della diligenza adombra una responsabilità colposa, come nelle fattispecie precedentemente esaminate.

Il § 834 disciplina invece la responsabilità del “guardiano” di un animale, ovvero di colui che tiene animali (*tierhalter*) per conto di un altro, assumendone pertanto (il rischio del)la sorveglianza: egli ha un potere di fatto sull’animale stesso. In questa ipotesi, il guardiano è responsabile del danno cagionato dall’animale, ma può liberarsi provando la propria diligenza, cioè l’assenza di colpa: come nel secondo comma del paragrafo precedente, ma diversamente dal primo comma dello stesso.

Ebbene, se il § 834 chiarisce che il guardiano sorveglia l’animale per conto di “colui che lo tiene”, allora quest’ultimo non potrà che essere una figura assimilabile a quella del possessore-proprietario dell’animale stesso. Ai fini della responsabilità, requisito necessario delle fattispecie considerate è il potere di fatto e di governo, che può sussistere in capo al possessore-proprietario, ovvero può da quest’ultimo essere trasferito *ex contractu* ad un sorvegliante. Nella prima ipotesi, al potere di controllo si affianca il potere d’uso per conto proprio. Nel secondo caso, il “guardiano” deve limitarsi a “sorvegliare” l’animale: viene meno l’uso per conto proprio, ma rimane il potere di governo. È proprio questo l’elemento rilevante ai fini della responsabilità e che fa trasferire il piano della stessa responsabilità per danni dall’uno all’altro soggetto.

Il § 836 obbliga al risarcimento del danno derivante dal crollo di un edificio o di un’altra opera collegata ad un bene immobile o dal distacco di parti dell’edificio o dell’opera il possessore del bene, purché il crollo o il distacco sia la conseguenza di costruzione difettosa o di cerente manutenzione. Il possessore, tuttavia, può liberarsi fornendo la prova di aver adottato la diligenza richiesta dal traffico giuridico per evitare il danno. Se il danno si verifica entro un anno dal trasferimento del possesso, obbligato sarà il precedente possessore.

Direttamente collegate a questa disposizione sono quelle immediatamente successive: i §§ 837 ed 838. Il primo prevede il sorgere della responsabilità in capo al titolare di un diritto reale sui beni, se si tratta di soggetto diverso dal possessore; il secondo individua il responsabile in colui che abbia assunto l’obbligo di manutenzione del bene in luogo del possessore.

In tutti i casi menzionati, comunque, la formulazione normativa prevede la prova liberatoria della diligenza, assimilabile all’assenza di colpa.

A ben vedere, le fattispecie sin qui passate in rassegna presentano delle evidentissime analogie con quelle previste nel nostro codice civile italiano, pur con una con una differenza che emerge *ictu oculi*: la presenza, nelle ipotesi previste dal *BGB* e diversamente

dalle norme omologhe del codice civile italiano, della possibilità per il responsabile del danno di fornire una prova liberatoria inquadrabile come “assenza di colpa”, trattandosi di dimostrare di aver adottato la diligenza richiesta nel caso di specie.

Si pensi all’art. 2049 c.c. sulla responsabilità di padroni e committenti, speculare rispetto al § 831 ma che non presenta alcuna possibilità di prova liberatoria; o ancora all’art. 2048 c.c., che prevede sì la possibilità della prova liberatoria consistente nel “non aver potuto impedire il fatto”, ma che è decisamente più difficile da fornire rispetto a quella dell’omologo § 832; ancora, l’art. 2053 c.c. sulla rovina di edificio prevede la prova liberatoria della non derivazione della rovina stessa da difetto di manutenzione o vizio di costruzione, ma non consente al responsabile di liberarsi provando la propria diligenza, diversamente dai §§ 836, 837, 838 *BGB* sulla rovina di immobili.

Anche la responsabilità per danni prodotti da animali (art. 2052 c.c. *versus* §§ 833 ed 834 *BGB*) presenta le medesime differenze, tranne che per “colui che tiene animali” non domestici.

Sembrerebbe, stando alle fattispecie *supra* esaminate e a questo sommario quadro sinottico, che vi sia una netta differenza tra le fattispecie previste dall’ordinamento italiano, da considerare ipotesi di responsabilità oggettiva, e quelle del *BGB* poc’anzi esaminate, da ritenersi invece assoggettate al principio della necessaria colpevolezza.

Dunque, i casi di responsabilità extracontrattuale presenti nel *BGB* sarebbero tutti basati sulla colpa (*Verschuldenshaftung*); l’unica eccezione potrebbe essere rappresentata dal § 833, comma 1¹⁰⁶.

Tuttavia, per individuare l’effettiva forma di responsabilità in queste ipotesi, il loro fondamento ed il criterio d’imputazione – in altri termini, per conoscere l’effettivo momento applicativo di queste fattispecie – occorre considerare gli altri formanti dell’ordinamento, volgere cioè lo sguardo all’interpretazione di dottrina e giurisprudenza, per come si è sviluppata nel corso del tempo.

Potrà così riscontrarsi come l’affermazione della natura oggettiva di responsabilità nelle fattispecie di cui ai §§ 832 e ss. *BGB* rappresenta non già una voce isolata, bensì una lettura condivisa dell’impianto normativo tedesco¹⁰⁷, tanto che si afferma come “oggi in Germania si riscontra [...] un sistema binario della responsabilità civile, il c.d. Giano

¹⁰⁶ Che riguarda la responsabilità di colui che tiene animali non domestici. Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen und Berlin, 1964, p. 458.

¹⁰⁷ Nonostante quanto l’interpretazione letterale delle norme poc’anzi considerate lascerebbe intendere e sebbene il sistema codicistico vigente in Germania è “strenuamente preoccupato della centralità della colpa”, secondo l’espressione utilizzata da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 313.

bifronte secondo un suggestivo suggerimento di Markesinis: i §§ 823 e 826 fondano la responsabilità su elementi soggettivi mentre il § 831 e la legislazione speciale presentano ipotesi di responsabilità oggettiva.”¹⁰⁸

La responsabilità per colpa rimane fondamentale, ma un’importanza sempre crescente assume quella basata sul rischio, per via della necessaria interpretazione in chiave evolutiva di numerose fattispecie presenti già nel BGB: spesso, la prova liberatoria del comportamento diligente è intesa in senso fortemente restrittivo, a fronte dell’esigenza di garantire un congruo risarcimento ai soggetti danneggiati¹⁰⁹.

Difatti, l’ostacolo maggiore ad un’interpretazione delle norme in chiave oggettiva è la formulazione legislativa, che consente al danneggiante di dimostrare di aver adottato un comportamento rientrante nei canoni della diligenza per andare esente da responsabilità.

Ma l’accezione di tale prova liberatoria maggiormente diffusa in giurisprudenza ne sfuma i contorni soggettivistici: il risultato è l’elaborazione generalizzata dei così detti *Verkehrspflichten*, quali doveri di particolare diligenza la cui inosservanza genera inevitabilmente l’obbligazione risarcitoria.

Essi sono stati sviluppati estendendo il dovere di osservare la *im Verkehr erforderliche Sorgfalt zum Zwecke der Abwendung der Gefahr* di cui al § 836 BGB sulla rovina di edifici a diverse altre fattispecie. Il principio enucleato è il seguente: “chiunque introduce o lascia perdurare nella sua attività rispetto agli altri una fonte di pericolo, deve adottare tutte le misure di sicurezza necessarie secondo la situazione alla tutela delle altre persone.”

I *Verkehrspflichten* non sarebbero altro che doveri di conformazione della condotta per impedire che una situazione sotto il controllo di un soggetto (o da questi creata) possa sfociare in una lesione della sfera giuridica altrui; formalmente, si tratta di un paradigma di concretizzazione della diligenza, che tuttavia crea non poche incertezze in sede di applicazione pratica¹¹⁰.

¹⁰⁸ G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 164, che richiamano l’espressione di B. MARKESINIS, *A comparative Introduction to the German Law of Torts*, III ed., Oxford, 1994.

¹⁰⁹ Non sono mancate critiche, tuttavia, ad una tale struttura duale della responsabilità civile. Sono stati avviati anche alcuni progetti di riforma, laddove, a livello giurisprudenziale, a volte le Corti si sono ritrovate ad anticipare i risultati della legislazione speciale. Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, *cit.*, p. 314. L’a. ritiene che tale assunto sia confermato dalla dottrina, nel momento in cui sostiene che le *Verkehrspflichten* hanno la funzione di ridurre l’incertezza riguardo a ciò che veramente sia “lesione antiggiuridica e colposa”. “Ma la definizione di *Verkehrspflichten* [...] più che una concretizzazione è l’indicazione della necessità di concretizzazione, poiché anche riguardo ad essa si evidenzia la difficoltà insita nelle espressioni di tipo clausola generale non appena ci si chieda *ex ante* quali siano le *Sicherungsmaßnahmen* che, in relazione alla situazione, devono essere adottate da chi ha creato o comunque governa la situazione di pericolo.” Quella delle *Verkehrspflichten*, peraltro, rappresenta una categoria difficilmente percepibile dall’interprete straniero, «per la tensione

È evidente, infatti, che inquadrare la responsabilità da violazione di *Verkehrspflichten* come mancata prevenzione di una lesione evitabile è di per sé conforme al criterio della colpa; ma “in pari tempo la concretizzazione della diligenza che ne viene fatta, in relazione alla specifica situazione, la fa diventare una responsabilità oggettiva del caso per caso.”¹¹¹

Questa costruzione concettuale della giurisprudenza tedesca, al di là della discussione sui vantaggi pratici in termini di tutela di particolari situazioni, trova origine, forse, nel numero formalmente limitato di ipotesi normative di chiara impronta oggettivistica nell'ordinamento tedesco (*Gefährdungshaftung*); ciò avrebbe indotto la giurisprudenza a “rimediare” nei termini suddetti, per garantire una tutela adeguata alle esigenze di giustizia distributiva dei tempi moderni¹¹².

Alla base di tale ricostruzione c'è – si ribadisce – l'assunto per cui chi crea o mantiene lecitamente una fonte di pericolo a danno di terzi deve assumersi conseguentemente la responsabilità per i danni effettivamente verificatisi, anche qualora rispetto ai rischi potenziali egli abbia adottato un comportamento diligente e non gli si possa muovere alcun rimprovero. “Si tratta con ciò di una responsabilità civile oggettiva che prevede un elevato senso di responsabilità per una determinata sfera di rischi. Motivo della responsabilità non è la violazione, ma l'attribuzione del rischio, dovuto al danno, a colui che, in linea di massima, sia in grado di controllare il danno.”¹¹³

I principi della tradizione, cristallizzati dalle disposizioni del *BGB*, sono stati dunque superati: affiancando la nozione di responsabilità per rischio (*Gefährdungshaftung*) alla dottrina delle *Verkehrspflichten*, la responsabilità oggettiva è riuscita ad approdare

irrisolta che da sempre le attraversa tra la violazione del dovere di diligenza che sembra essere il loro elemento costitutivo e gli esiti di responsabilità oggettiva che ad esse la giurisprudenza e la dottrina tedesche fanno di fatto conseguire.”

¹¹¹ *Ivi*, pp. 316-317. Tale impostazione presenta un'evidente similitudine con l'art. 2050 c.c., in cui l'esercente un'attività pericolosa deve “adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno”, in un campo di rilevanza giuridica dei fatti non sempre interpretati dalla giurisprudenza in modo da consentire una facile allocazione di questa forma di responsabilità nell'alveo della responsabilità per colpa.

¹¹² In proposito, *Ivi*, p. 312 viene rilevato dall'a. come nell'ordinamento tedesco “la *Gefährdungshaftung* sempre più appare costituita da una serie troppo limitata di ipotesi di responsabilità oggettiva, come prova il risultato di un diritto giurisprudenziale costretto a nascondere sotto le spoglie delle *Verkehrspflichten* quella che nella sostanza è una responsabilità senza colpa, non fosse altro perché lo standard di condotta che si dice violato è determinato a posteriori dal giudice.”

¹¹³ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 451. L'a. argomenta in tal senso, facendo precedere le sue conclusioni dalle seguenti considerazioni: “responsabile è principalmente colui che in generale, seppure non necessariamente, controlla la fonte del rischio e in questo caso il decorso del danno provocato senza trarne alcun profitto anche transitorio. La legge parla di un imprenditore come pure di detentore di un animale o di un autoveicolo. Costui è responsabile per eventuali rischi verso terzi derivanti da un soffitto esercizio che si configura nell'uso di animali od autoveicoli. Ove il rischio si verifichi per un incidente, sarà opportuno, in base alla giustizia distributiva, che sia imputata a colui che ha causato il danno, nel suo interesse, la responsabilità generale”.

nell'interpretazione delle fattispecie codicistiche¹¹⁴. Di certo, non si giunge a ritenerla sinonimo di responsabilità per mera causalità; è stata semplicemente superata l'antica concezione della responsabilità come evento negativo e sanzione morale per un atto dannoso, giungendosi a considerarla come valido strumento di ripartizione del rischio “tra quei soggetti che sono in grado di meglio controllarlo.”¹¹⁵

Quanto alla responsabilità da cose, si osservi come non esiste nel *BGB* una fattispecie analoga all'art. 2051 c.c., quindi allo stesso art. 1242 del *Code Napoléon*. Tuttavia, di sicuro interesse in proposito è la lettura combinata dei §§ 833 e 834 *BGB* sulla responsabilità per danni cagionati da animali: essa fornisce validi spunti di riflessione e di ricerca sulla figura del custode, pur non riguardando direttamente la responsabilità da cose. Come già osservato, il *tierhalter*, cioè “colui che tiene animali”, risponde del danno da quelli cagionato ai sensi del § 833 *BGB*. La sua responsabilità deriva da un doppio requisito: potere di fatto sull'animale stesso, cioè possibilità di sorvegliarlo; uso dell'animale per conto proprio, con possibilità di farne derivare anche un profitto. La responsabilità è oggettiva, senza possibilità di liberarsi provando la diligenza. Non solo, ma il § 833 è l'unica disposizione del Titolo XXVII *BGB* dalla quale, ancor prima dello sviluppo della giurisprudenza sulle *Verkehrspflichten*, poteva già dalla *littera legis* desumersi una responsabilità oggettiva legata alla custodia del bene-animale, non essendo possibile fornire prova liberatoria della diligenza per i casi di animali non domestici (§ 833, comma 1).

Invero, chi mantiene l'uso dell'animale potrebbe anche “trasferirne per contratto la sorveglianza”: in quest'ultimo caso, disciplinato dal § 834 *BGB*, tenuto a risarcire l'eventuale danno sarà il nuovo “guardiano”. Egli avrà sicuramente la sorveglianza, *id est* il potere di fatto. Potrà eventualmente servirsi dell'animale, quindi esercitare anche un potere di “uso”; quest'ultimo avrà comunque una natura diversa rispetto all'uso che rimane in capo a colui che gli ha trasferito il potere di fatto. Così, anche in capo al guardiano potrebbero essere ricondotti tanto il potere di controllo, quanto “l'uso” dell'animale. Tuttavia, mentre il potere di controllo si sarà certamente trasferito in capo al “nuovo guardiano”, ciò non avviene necessariamente per l'uso.

Allora, ai fini del sorgere della responsabilità, elemento ineludibile è il solo potere di controllo; l'uso, da intendersi eventualmente come profitto, potrebbe o meno essere presente anche nel “sorvegliante per conto di chi tiene gli animali”, senza che ciò incida su

¹¹⁴ Valicando i confini della legislazione complementare (vedi par. 3.2).

¹¹⁵ G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 160.

una sua eventuale responsabilità. Quest'ultima, tuttavia, ha un regime meno rigido per il "guardiano" di cui al § 834 BGB il quale, diversamente da quanto è previsto dal primo comma del § precedente, ha la possibilità di liberarsi dimostrando la propria diligenza.

Altre ipotesi di responsabilità da "cose"¹¹⁶ nel *BGB* sono quelle di cui ai §§ 836-838, che obbligano al risarcimento del danno dovuto al crollo di edifici o altre opere collegate a beni immobili o al distacco di parti degli stessi. Per la configurazione di queste fattispecie normative in termini oggettivi, non solo vale quanto già osservato sulla dottrina delle *Verkehrspflichten*; viepiù, è proprio dal § 836 che la giurisprudenza ha tirato fuori – successivamente generalizzandola ed estendendola alle altre ipotesi normative – la *im Verkehr erforderliche Sorgfalt zum Zwecke der Abwendung der Gefahr*, che ha consentito un'oggettivizzazione del dovere di diligenza, con conseguente fuoriuscita dall'ambito della colpa.

Inoltre, tali fattispecie individuano il "possessore" (*besitzer*) quale soggetto responsabile, senza riferimento alcuno alla titolarità di diritti sui beni.

Le norme richiamano una situazione di fatto: la materiale disponibilità del bene, che consente al possessore di esercitare quel potere di governo rilevante ai fini della responsabilità.

Anche nelle disposizioni appena richiamate si fa riferimento (§ 838) alla possibilità di trasferire il potere di fatto sul bene (la norma parla di manutenzione) ad altro soggetto da parte del possessore: ed anche in questo caso, il nuovo soggetto sarebbe tenuto a risarcire i danni che dovessero prodursi.

Sembra esservi, allora, un possessore che mantiene "l'uso" del bene¹¹⁷, trasferendo ad altri il potere di fatto sullo stesso: proprio tale presupposto risulta avere maggiore rilevanza ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile.

Da quanto sin qui osservato, sembrerebbe potersi desumere che in Germania, pur mancando una previsione "generale"¹¹⁸ di responsabilità da cose, vi sono alcune fattispecie particolari ad essa riconducibili, che presentano punti di convergenza nell'individuazione del soggetto responsabile. Tale è generalmente considerato "chi usa della cosa per conto proprio ed ha su di essa quel potere di controllo che è presupposto dell'uso."¹¹⁹

¹¹⁶ Quali presupposto materiale dei beni: cfr. Cap. I, Sez. II, par. 2.1.

¹¹⁷ Idoneo ad ottenerne un beneficio, *rectius* un profitto.

¹¹⁸ Sull'aggettivo qualificativo utilizzato, per adesso apparentemente apodittico, si avrà modo di argomentare successivamente, costituendo uno degli esiti della ricerca: vedi Cap. V, Sez. II, par. 1, nonché Sez. III, par. 3.

¹¹⁹ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 242.

Allorquando i due requisiti, dell'uso e del controllo, non convergono in un unico soggetto, non consentendo quindi di determinare univocamente un custode, quest'ultimo viene individuato in colui il quale, pur condividendo eventualmente con altri l'uso-profitto (ciascuno in virtù di diversi titoli giuridici) della cosa (immobile o animale che sia), mantiene su quest'ultima l'effettivo potere di fatto, che gli consenta di governarla, sorvegliarla, controllarla.

Sembrerebbe che l'ordinamento individui il responsabile nel soggetto che trae un (potenziale o attuale) vantaggio pratico (uso) dalla cosa, o che comunque rispetto ad essa abbia una certa "libertà di agire" in quanto estrinsecazione del potere di governo e controllo; in caso di sussistenza dei due requisiti in capo a due soggetti diversi, sarà il secondo (potere di governo e controllo) a prevalere sul primo (uso). La responsabilità, pertanto, discende dall'imputazione del costo del vantaggio pratico (uso) collegato con il potere di governo e la libertà di agire.

3. Esiti generali della ricerca all'esito dell'indagine comparatistica.

3.1. Quadro sinottico dei sistemi considerati sulla responsabilità civile in generale.

L'indagine sui modelli tedesco e francese ci ha consentito di mettere in evidenza alcuni profili di convergenza nel settore della responsabilità civile, in particolare sul danno da cose in custodia, utili ai fini della ricerca.

Sembra opportuno prendere le mosse, per l'analisi del quadro in chiave sinottica, al sistema generale dell'illecito civile.

Guardando ai sistemi codicistici di responsabilità da illecito in Francia e Germania in maniera superficiale, verrebbe da pensare che essi siano alquanto divergenti tra loro nella selezione degli interessi rilevanti e quindi nella relativa disciplina dell'illecito civile: la formula ampia ed onnicomprensiva, che abbiamo riscontrato sussistere in Francia, appare contrapporsi in maniera netta alla disciplina tedesca, in cui la norma principale, prevedendo espressamente che ai fini della responsabilità civile devono essere lesi la vita, la salute, l'integrità fisica, la proprietà ed ogni altro diritto della vittima, delinea un contesto normativo caratterizzato da una chiara partizione casistica.

In realtà, l'approfondimento dell'evoluzione ermeneutica negli ordinamenti considerati ha mostrato scenari ben diversi da quelli che la formulazione letterale delle disposizioni lascerebbe immaginare.

La differenza tra i due sistemi, guardando a tutti i formanti che contribuiscono a qualificarli, finisce con il consistere “nel menzionare anche nella formula generale l'elemento oggettivo dell'antigiuridicità, o il lasciarlo sottaciuto. Rispetto alla formulazione scelta per il § 823 *BGB*, ciò che distingue il sistema francese non è l'avere una formula generale piuttosto che una mera elencazione, ma l'avere una formula generale in cui si parla solo di colpa o dolo e di danno.”¹²⁰

Difatti, guardando prima di tutto alla fattispecie generale di responsabilità civile in Francia, essa presenta una particolare dissociazione tra quanto espresso dalla formulazione legale e quanto sostenuto dagli studiosi e concretamente applicato dai giudici: la formula della legge, per quanto chiara e precisa, “enuncia solo una parte rispetto al tutto che è contenuto nelle esplicazioni messe in pratica dai suoi interpreti.”¹²¹ Si genera così una particolare figura, una sorta di “sineddoche”¹²², secondo la nota tesi del Monateri¹²³. La “parte per il tutto” rinvenibile nella fattispecie generale di responsabilità civile nell'ordinamento francese consisterebbe in ciò che “quando si va a studiare quali sono i fatti che danno luogo a responsabilità, si osserva che non bastano gli elementi enunciati [dalla formulazione legale, ma] occorre un elemento in più consistente nella violazione d'un diritto, nell'infrazione d'una legge o d'un regolamento, o nella contrarietà ai *coutumes et usages consacrés par les juges*.”¹²⁴

Si è già avuto modo di constatare come la *littera legis* dell'art. 1240 *cod. civ.* richieda ai fini del sorgere della responsabilità solo i seguenti elementi: fatto dell'uomo, danno, colpa, senza che nessuno di questi riceva dalla legge alcun tipo di qualificazione. Tale formula è chiaramente onnicomprensiva. Ma si è anche dato atto che l'interpretazione della norma ad

¹²⁰ P.G. MONATERI, *La Sineddoche, cit.*, p. 73.

¹²¹ *Ivi*, p. 9.

¹²² La *sineddoche* è una particolare figura retorica della nostra lingua, della quale ci si serve quando, in maniera ricercata, si indica una parte volendo in realtà riferirsi all'insieme più ampio cui detta parte si riferisce. Alla voce *Sineddoche*, in *Enciclopedia Treccani online* (<http://www.treccani.it/enciclopedia/ricerca/sineddoche/>), si specifica che essa “risulta da un processo psichico e linguistico attraverso cui, dopo avere mentalmente associato due realtà differenti ma dipendenti o contigue logicamente o fisicamente, si sostituisce la denominazione dell'una a quella dell'altra. La relazione tra i due termini coinvolge aspetti quantitativi, cioè i rapporti parte-tutto (una vela per la barca), singolare-plurale (lo straniero per gli stranieri), genere-specie (i mortali per gli uomini), materia-primo-oggetto prodotto (un bronzo per una scultura in bronzo)”.

¹²³ L'a. ha raccolto il frutto dei suoi studi nella nota e sopraccitata opera *La Sineddoche, cit.*

¹²⁴ *Ivi*, p. 65.

opera di dottrina e giurisprudenza, già all'entrata in vigore del *Code Napoleon*¹²⁵ ed ancora oggi¹²⁶, considerava quali elementi strutturali il fatto, il danno, la colpa, più un "elemento oggettivo in più"¹²⁷, vale a dire l'antigiuridicità derivante dalla violazione d'un diritto della vittima o dall'infrazione d'una legge posta a presidio della stessa vittima¹²⁸. Detto elemento in più si risolve in una particolare accezione: sia del danno, che così diventa "ingiusto" per la sua contrarietà al diritto; sia della *faute*, che non può più intendersi come mera negligenza, ma contiene in sé un *quid* di antigiuridicità.

Il risultato pratico è il seguente: il *quid pluris* della necessaria lesione di un interesse meritevole di tutela per l'ordinamento è un elemento nascosto, non individuato dalla legge né dalle enunciazioni dei giuristi¹²⁹, tuttavia esso "guida le soluzioni messe in opera dai giudici"¹³⁰.

In Germania, viceversa, non si assiste ad una dissociazione (*id est* al fenomeno della *sineddoche*) tra formule di ampio respiro e regole operazionali più stringenti, con la previsione di un requisito ulteriore. L'ordinamento tedesco risulta compatto tra i vari formanti e tra i vari livelli, cioè dalla norma generale all'ipotesi più specifica. "Non solo

¹²⁵ Ciò che renderebbe questo particolare fenomeno di dissociazione tra formanti alquanto singolare, a dire del Monateri, risiederebbe proprio nel fatto che esso non si è sviluppato nel corso del tempo, come fisiologicamente accade negli ordinamenti, ma era già presente e si manifestava sin dall'entrata in vigore del *Code Napoleon*.

¹²⁶ E con l'unica, peraltro dubbia in termini di esiti concreti, eccezione rappresentata dal periodo in cui dominavano le idee di Toullier, che sembravano far riconvergere l'interpretazione e la formulazione legale.

¹²⁷ Esso è qualificato come elemento ulteriore "muto" della fattispecie, che consente di far scaturire il dato operante della fattispecie, quale frutto di un'interazione tra un silenzio ed un parlato, da R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, 2015, p. 60. La realtà estranea al testo rappresenterebbe così l'elemento silenzioso dettato dalla "convizione degli interpreti", che "introduce nell'elenco degli elementi costitutivi la non conformità a diritto del fatto umano": proprio dall'interazione tra gli elementi individuati dalla disposizione di legge e la realtà estranea al testo scaturisce la "norma operante", consistente nella sussistenza della "responsabilità per il danno se c'è fatto dell'uomo non conforme a diritto, colpa, nesso causale, danno". La contrarietà al diritto del fatto dannoso, non presente nella formulazione letterale dell'art. 1240 *cod. civ.* ma considerata dagli interpreti elemento ineludibile della fattispecie, è in definitiva un "pezzo di norma", silenziosamente idonea a creare diritto insieme alla parte esplicitata dall'ordinamento vigente. Tale ricostruzione rappresenta l'esito della formulazione della teoria del diritto muto, cui si farà specifico riferimento al par. 3.3 di questo Capitolo, per fornire una chiave di lettura rispetto ai fenomeni che interessano l'inquadramento della figura del custode.

¹²⁸ Tale "scarto" che dà vita alla *sineddoche* è originato dalla circostanza per cui, con grande naturalezza, "i vari autori francesi aggiungono elementi alla formula legale, e applicano regole che si basano su elementi taciuti dagli articoli del Codice": così *ivi*, p. 9.

¹²⁹ La stessa dottrina non ha sempre riconosciuto espressamente tale fenomeno, che tuttavia è identificato da autorevoli interpreti: qualcuno di essi ha affermato che questo elemento, nascosto ma certamente presente ed influente, "*est, pensons nous, sous-jacente à toutes les décisions relatives à cette matière, alors même que celles-ci ne l'enoncent pas expressément*": così B. STARCK, *Droit civil. Les Obligations*, Parigi, 1972, n. 95, p. 47.

¹³⁰ Ed infatti, le decisioni giurisprudenziali sono comprensibili solo tenendo conto ed ammettendo "la necessità della lesione di un interesse legittimo giuridicamente protetto", cui però i giudici spesso non fanno esplicito riferimento: così P.G. MONATERI, *La sineddoche, cit.*, p. 66.

norme più di dettaglio sono in accordo con norme di maggiore generalità, ma anche lo studio dei vari interpreti dottorali non mostra alcuna divergenza tra formanti dottrinali e formante legale, né appare una dissociazione tra questi due ed i formanti giurisprudenziali.”¹³¹

In conclusione – e riprendendo quanto si è già avuto modo di osservare *supra* – nonostante l'apparente divergenza tra la *littera legis* dell'uno e dell'altro ordinamento, in entrambi i sistemi non basta il mero danno cagionato con colpa o con dolo per integrare la responsabilità: è necessario l'elemento dell'antigiuridicità, quale lesione del diritto o di norma protettiva della vittima¹³².

Questa convergenza delle ipotesi in cui sorge l'obbligo di riparare il danno trova la sua origine in alcuni fenomeni cui si è già accennato: per un verso, si pensi all'opera estensiva in Germania degli operatori del diritto, consistita nel ritenere meritevoli di tutela quei diritti che via via sono emersi nel corso dell'evoluzione giuridica, economica e culturale; per altro verso, si consideri il meccanismo di selezione delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela così come attuato in Francia, mediante il criterio discrezionale derivante dall'utilizzazione dell' "elemento oggettivo nascosto" quale requisito della fattispecie¹³³.

Operazionalmente, sembrerebbe non residuare una netta differenza. “Anzi, si può notare come il contenuto interpretato dalle norme tedesche reprima una serie di ipotesi molto vicine per estensione all'area dei casi repressi in Francia per mezzo della tutela risarcitoria. Non è affatto vero che il sistema tedesco sia più stretto di quello francese. E non è neanche vero che esso sia meno duttile.”¹³⁴

La vera differenza risiede in ciò che “mentre nel sistema tedesco i vari elementi che danno origine al sorgere della responsabilità civile extracontrattuale sono tutti esplicitamente enunciati, ciò non avviene nel sistema francese”¹³⁵, dove essi, pur essendo presenti, sono “sottaciuti”.

3.2. La responsabilità oggettiva e la conferma della legislazione complementare.

¹³¹ *Ivi*, p. 80.

¹³² *Ivi*, p. 88.

¹³³ In definitiva, afferma l'a. *Ibidem*, “in entrambi i sistemi il mero danno cagionato con colpa o con dolo, non integra di per sé responsabilità, mentre le ipotesi in cui sorge l'obbligo di riparare il danno tendono (ancor oggi) ad essere pressoché identiche nei due sistemi.” Conseguentemente, non viene condivisa la tesi secondo cui, come sostenuto da Saleilles o Weill, il modello di responsabilità civile tedesco è opposto a quello francese e non assicura adeguata tutela agli interessi dei privati.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ivi*, p. 89.

Pur con le dovute differenziazioni sui tempi e sull'incidenza dei formanti nell'inquadramento delle varie fattispecie, sia l'ordinamento francese che quello tedesco si sono lasciati permeare, soprattutto nel secolo scorso, dalla responsabilità oggettiva. Quest'ultima, in ogni caso, ha avuto un'origine e un percorso di sviluppo diverso in ciascuno dei sistemi giuridici considerati, per come si è avuto modo di constatare. Le peculiarità e le differenziazioni del cammino evolutivo sono osservabili anche attraverso la prospettiva del rapporto tra codice e leggi speciali, che consente al contempo di corroborare la tesi dell'operatività della responsabilità oggettiva.

In Francia il meccanismo evolutivo è consistito in un “graduale approdo [alla responsabilità oggettiva] del diritto giurisprudenziale che ha riorientato vecchie norme da una diversa precomprensione.”¹³⁶

La formulazione delle diverse disposizioni consentiva già, di per sé, un inquadramento di alcune fattispecie del *Code Civil* (artt. 1384 comma 1, 1385, 1386, secondo la numerazione precedente al 2016) in termini oggettivi: erano i principi cardine della responsabilità civile a dover essere (ri)orientati in termini diversi, ma comunque coerenti *de iure condito*, essendo in linea con quanto il legislatore aveva già previsto nella *littera legis*.

Dapprima, infatti, la strenua difesa del principio “nessuna responsabilità senza colpa”, operata da dottrina e giurisprudenza, portò ad interpretare anche le disposizioni appena richiamate nel senso di ritenere implicito che il responsabile potesse sempre liberarsi dalla responsabilità dimostrando di non essere in colpa, rimanendo questa presupposto ineludibile e principio in grado di permeare di sé l'intero sistema.

Con i tempi moderni e l'avanzamento delle nuove istanze di tutela, l'elaborazione della teoria del rischio (ad opera di Josserand e Saleilles), che è alla base in questo ordinamento della responsabilità oggettiva, dopo un iniziale rifiuto, prese sempre più piede, fino ad essere riconosciuta come finalmente operante da studiosi ed operatori del diritto.

Tale considerazioni, invero, si estendono alla legislazione complementare, che nell'evoluzione normativa ha rappresentato una specie di prova di conferma dell'ingresso nell'ordinamento francese della responsabilità oggettiva¹³⁷.

¹³⁶ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 328.

¹³⁷ La quale ha, come presupposti di rilevanza e operatività nell'ordinamento, la necessità di rispondere alle istanze emergenti nella società progredita (socialmente ed economicamente) e riconosciute meritevoli di tutela.

Le leggi speciali in materia, infatti, subentrarono per lo più in epoca successiva rispetto alle prime affermazioni dell'operatività della responsabilità oggettiva nel sistema codicistico, risalenti già alla fine dell'Ottocento¹³⁸.

Si pensi alla responsabilità da navigazione aerea ai sensi della legge 31 maggio 1924, che imputa la responsabilità oggettiva assoluta, anche in caso di forza maggiore, a colui che si serve di un aereo per i danni cagionati dal suddetto mezzo o dagli oggetti che da esso dovessero cadere, a meno che non provi la colpa della vittima (art. 35).

Ancora, la legge 5 luglio 1985 istituisce un particolare regime di responsabilità negli incidenti stradali, escludendo l'operatività dell'art. 1384 al. 1 (oggi art. 1240).

Il percorso di affermazione della responsabilità oggettiva, nel reciproco influenzarsi tra interpretazione delle fattispecie codicistiche e legislazione complementare, si è sviluppato in maniera alquanto diversa nell'ordinamento tedesco. Qui le linee tendenza divergono per metodo di legislazione ed ermeneutica, ma sul piano della *ratio* di tutela vi è perfetta comunanza rispetto al sistema francese.

Difatti, la quasi totale assenza della responsabilità oggettiva nel *BGB* non ha comportato ignoranza di essa da parte dei vari formanti in Germania. Se è vero che decisiva in tal senso è stata la diffusione della peculiare dottrina dei *Verkehrspflichten*¹³⁹, nondimeno la responsabilità oggettiva aveva già trovato ingresso nel sistema normativo attraverso la legislazione complementare, in un ottica diametralmente invertita rispetto al fenomeno riscontrato in Francia.

Nel diritto transalpino le leggi speciali hanno rappresentato un elemento di conferma della responsabilità oggettiva, in Germania invece sembrerebbero aver costituito una sorta di spinta propulsiva per la diffusione della stessa, legittimandola a tal punto da consentirle poi un ingresso – per quanto inizialmente timido e comunque ermeneuticamente complesso – all'interno del codice.

Nel *BGB*, in effetti, mancano ipotesi riconducibili, per mezzo della sola interpretazione letterale, alla responsabilità oggettiva, con l'unica eccezione del danno cagionato da

¹³⁸ La Cassazione si era espressa in questi termini già nel 1896 nella sentenza *Guissez, Cousi net Oriolle c. Teffaine*, imputando la responsabilità per la morte di un ingegnere, avvenuta su una nave a causa dello scoppio di una caldaia che presentava una crepa nella saldatura, proprio ai proprietari dell'imbarcazione. Vedi par. 1.4.

¹³⁹ Che formalmente, è opportuno ricordare, rappresentavano nient'altro che un una serie di doveri di diligenza, la prova dei quali avrebbe consentito – almeno teoricamente – al (potenziale) responsabile di liberarsi.

sebbene la quasi totalità di queste preveda testualmente la possibilità per il soggetto ritenuto responsabile di liberarsi fornendo la prova della propria diligenza (*id est* assenza di colpa).

animali non domestici, di cui risponde “colui che li tiene” (una sorta di possessore-custode: § 833, comma 1).

Ma la necessità di adeguamento della tutela degli interessi all’evoluzione tecnologica, economica, giuridica della società aveva alimentato la diffusione di una legislazione di vasta portata orientata proprio ai principi della responsabilità oggettiva secondo il criterio del rischio (*Verschuldenshaftung*): ciò si era verificato ancor prima dell’entrata in vigore del codice civile tedesco, con un fenomeno di inversione temporale ed anticipatorio della “decodificazione”.

Sebbene mancasse un impianto normativo codicistico che potesse influenzare (più o meno esplicitamente) la legislazione complementare con le sue scelte di politica del diritto, la responsabilità oggettiva era riuscita a fare breccia in un sistema dove teoricamente avrebbe dovuto costituire un caposaldo normativo il principio “nessuna responsabilità senza colpa”. Si pensi alla responsabilità dell’esercente per le immissioni derivanti da impianti industriali¹⁴⁰ introdotta ad inizio secolo scorso, o all’ancor più risalente (1865) disciplina dei danni derivanti dall’esercizio delle miniere¹⁴¹.

Nel corso del Novecento, le leggi speciali così improntate continuarono ad essere introdotte. Così, per il § 29 della legge federale tedesca sulla caccia del 29 novembre 1952, *Bundesjagdgesetz*, responsabile dei danni a terreni e raccolti cagionati da selvaggina è il concessionario della riserva o l’Associazione cacciatori; dei danni a persone o cose per l’esercizio di attività legate a ferrovie, miniere, cave, tram, officine di gas ed elettricità risponde l’esercente di dette attività: §§ 1 e 2 *Reichshaftpflichtgesetz*¹⁴²; dei danni a persone o cose a causa di un incidente per l’uso di un’automobile, risponde colui che la tiene (*Halter*), in base alla legge per la sicurezza del traffico sulle strade del 19 dicembre 1952 (*Strassenverkehrsgesetz: St VG*).

Nessuna tra le leggi appena menzionate, stando al tenore testuale delle disposizioni, consente al responsabile del danno di liberarsi fornendo la prova di aver adottato un comportamento diligente, *id est* dell’assenza di colpa. Ciò indurrebbe a ritenere che queste ipotesi di legislazione speciale, insieme ad altre anteriori e successive, debbano essere ritenute a pieno titolo fattispecie di responsabilità oggettiva, il cui criterio d’imputazione sarebbe quello del pericolo creato (*Gefährdungshaftung*). L’ordinamento avrebbe optato per un sistema diverso da quello basato sulla colpa, in ragione della particolarità di alcune

¹⁴⁰ § 26 *Gewerbeordnung* i.d.f. del 26.07.1900; *Gew O.*

¹⁴¹ § 148 *Preuss. Berggesetz* del 24.06.1865.

¹⁴² *Haftpfl G.* del 7.06.1871 e ss. mm. e ii.

situazioni concrete dovute all'evoluzione economica, in cui emerge la meritevolezza dell'interesse di tutela dei danneggiati; si ritiene giusto imputare la responsabilità a soggetti che, in ragione dell'attività da loro esercitata, possono ben sopportare tanto i benefici quanto le conseguenze negative che da dette attività dovessero derivare¹⁴³.

Gli autori che hanno elaborato concettualmente questo sistema¹⁴⁴, lo hanno ritenuto del tutto autonomo rispetto a quello della colpa. Esso, infatti, è generato da una esigenza di giustizia distributiva: i danni provocati da un'attività devono essere assunti dal soggetto che dalla stessa attività tragga profitto (*cuius commoda, eius et incommoda*), senza che assuma rilievo, nella formulazione del giudizio, il comportamento più o meno diligente del responsabile e quindi una sua colpevolezza¹⁴⁵.

Alla luce di quanto evidenziato, verrebbe da ritenere il nostro ordinamento, sotto questo peculiare profilo, più affine all'esperienza francese. Nel nostro diritto applicato, infatti, “alla quasi assenza di legislazione complementare al codice civile nella quale la responsabilità oggettiva avrebbe potuto trovare luogo, è corrisposta [...] una riconversione di alcune delle norme del tit. IX, libro IV del codice civile, operata dagli interpreti all'insegna della responsabilità oggettiva.”¹⁴⁶

Avremo modo di verificare la congruità di questa affermazione, volgendo lo sguardo anche alla nostra legislazione complementare, dopo l'analisi del momento applicativo¹⁴⁷.

3.3. Individuazione del custode (besitz tedesco, gewere saisine e “diritto muto”) e interesse realizzabile: attività-uso e costo della libertà.

¹⁴³ Cfr. M. COMPORTI, *Fatti illeciti*, cit., p. 26. Con riferimento ad esso, in G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 155 s'individua la sua introduzione nell'entrata in vigore della legge prussiana sulla circolazione ferroviaria. Attualmente la *Gefährdungshaftung* è prevista da una serie di leggi speciali che fanno eccezione alle regole del BGB. Inoltre, la responsabilità per rischio “è ora disciplinata in larga parte con norme estranee al contesto del Codice Civile”, tra cui rilevano in particolare quelle riguardanti la responsabilità delle ferrovie e dei *tramways* per i danni alle cose, la legge sulla circolazione stradale, la legge sulla circolazione aerea, la legge sulla produzione di energie nucleare.

¹⁴⁴ Si veda K. LARENZ, *op. cit.*, p. 410 e ss. Inoltre, si rimanda a M. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 26 (segnatamente alla nota n. 61) per un'elencazione più esaustiva degli autori tedeschi che hanno propugnato la tesi del sistema autonomo di responsabilità oggettiva basata sul rischio-pericolo per la legislazione complementare.

¹⁴⁵ “Rileva, invece, il fatto che dall'atto dannoso l'agente abbia ricavato un profitto (e, più in generale, che l'atto dannoso sia elemento di una attività rischiosa esercitata dal responsabile a scopo di lucro). Importa ancora che il soggetto responsabile, appunto perché consapevole dei rischi presentati dall'attività esercitata, sia in grado di contenere i rischi e di ridurre l'entità dei danni; in altre parole, che sia capace di controllare il danno da lui propagato nella società”. Così G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 160.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 328.

¹⁴⁷ Vedi Cap. V, Sez. II, par. 1.3, in cui la legislazione complementare è presa in esame secondo la prospettiva della lettura sinottica delle norme volta a perimetrare la nozione di “cosa” rilevante ai sensi dell'art. 2051 c.c.

Quanto all'individuazione dei criteri per identificare il responsabile per i danni prodotti da cose, la ricerca sembrerebbe aver evidenziato una certa comunanza – pur con le opportune cautele dovute alla differenza di formulazione delle fattispecie¹⁴⁸ – tra il diritto francese e quello tedesco, nonostante le altre differenze normative riscontrate a livello sistemico.

Tale figura soggettiva sembra essere riconducibile, volendo utilizzare categorie tipiche del nostro ordinamento, ad una sorta di “ibrido” tra possessore e detentore: il potere di fatto sulla cosa, infatti, spetta all'uno o all'altro, a seconda dei casi specifici; lo stesso vale per i *commoda possessionis* e gli *incommoda* legati alla responsabilità per danni arrecati dalla cosa¹⁴⁹.

Se il possessore è solo *animo*, non potrà essere considerato custode; specularmente, può essere considerato custode il detentore qualificato, per la rilevanza e la tutela giuridica che l'ordinamento riconosce al suo potere di fatto; ma ciò non può valere per il detentore mero e non qualificato: questi, infatti, non può realizzare in via autonoma un interesse dalla e con la cosa, né può svolgere sulla stessa un'attività autonoma di controllo, essendo all'uopo legittimato solo chi ha consentito la detenzione non qualificata¹⁵⁰.

In realtà, esiste un istituto giuridico al quale può essere costantemente ed interamente ricondotta – senza cioè eccezioni e necessarie differenziazioni di ipotesi – la figura del custode, per come abbiamo visto essere operante nei sistemi tedesco e francese: esso si rinviene proprio nel *BGB*, ed è il *Besitz*, vale a dire il possesso, disciplinato dai §§ 854 ed 855 *BGB* e consistente in un *thatsachliche Gewalt*, cioè in un potere di fatto che viene tutelato dall'ordinamento.

A ben vedere, tale istituto era già stato utilizzato quale argomento a sostegno della tesi della rilevanza meramente oggettiva della custodia di cui all'art. 2051 c.c.¹⁵¹, proprio perché suo elemento costitutivo è l'oggettivo controllo e governo della *res*, senza rilevanza alcuna dell'*animus*. Ebbene, anche le caratteristiche dei soggetti responsabili per fatti non umani derivanti da cose, così come emersi dall'analisi del sistema francese e tedesco, teoricamente inquadrabili in un ibrido tra gli istituti italiani del possesso e della detenzione,

¹⁴⁸ E soprattutto al fatto che un'ipotesi tipizzata di “responsabilità da cose” non è presente nel *BGB* tedesco, dove sono previste solo le fattispecie di responsabilità per danno cagionato da animali e da edifici.

¹⁴⁹ Cfr. P.G. MONATERI, *La custodia di cui all'art. 2051 cod. civ., cit.*, p. 760.

¹⁵⁰ Si tratta del proprietario, o del possessore o ancora del detentore qualificato, ovverosia gli stessi soggetti legittimati ad agire con l'azione di reintegrazione ai sensi dell'art. 1168 c.c.; dall'esperimento di quest'ultima *actio possessoria*, si noti, è espressamente escluso il detentore non qualificato.

¹⁵¹ Cfr. Cap. 1, Sez. II, par. 3.2.

sembrerebbero allo stesso modo assimilabili al possessore di cui al § 854 BGB¹⁵², così come lo era il custode di cui all'art. 2051 c.c.

In realtà, il Monateri¹⁵³ sostiene che ad influenzare gli ordinamenti tedesco e francese, ma anche italiano¹⁵⁴, nell'inquadramento dei caratteri rilevanti ai fini della custodia, non sia tanto l'istituto del *Besitz*, quanto una peculiare figura che del possesso tedesco costituisce proprio l'antenato e che ha operato nei secoli a livello di crittotipo¹⁵⁵: la *gewere-saisine*, la cui denominazione germanica adombra in realtà un'origine eminentemente romanistica.

Essa rappresentava nel modello antico-germanico, fino a qualche secolo fa, l'unica forma di appartenenza nota: per questo “la responsabilità (*lato sensu*) per la cosa è agganciata [...] a tale figura”¹⁵⁶. Serviva a designare “il fatto del possesso, analogo all'antico concetto romano di *usus*”¹⁵⁷ ed anteriore rispetto allo sviluppo della distinzione tra possesso e detenzione: ciò spiegherebbe la mancanza di riferimenti all'*animus* di colui che aveva la cosa nella sua sfera di controllo.

La *gewere-saisine*, dunque, è mantenuta come potere di fatto da un soggetto, finché non si estingua con la perdita della cosa o della sua custodia. Pertanto, essa “*ne distingueait pas la possession de la propriété, ni la détention de la possession*”; inoltre, è “*impossible à définir, parce qu'elle n'entre pas dans le cadre romain*”¹⁵⁸.

Tuttavia, ha segnato lo sviluppo del diritto francese e tedesco, lasciando la sua impronta tacita nel primo¹⁵⁹ e manifestandosi esplicitamente nel secondo con l'istituto del *besitz*.

La sua influenza è stata rilevante a tal punto da consentirle di operare in entrambi gli ordinamenti per l'inquadramento della figura del custode responsabile. Quest'ultimo, infatti, non è riconducibile, per i motivi che adesso appaiono ben più comprensibili, a nessuna delle relazioni soggetto-cosa espressamente normativizzate negli ordinamenti considerati: per il tramite di un processo storico, “si sarebbe, cioè, mantenuta una regola

¹⁵² Peraltro, nell'alveo di tale figura rientra anche quella corrispondente al detentore, ma solo al detentore “qualificato” (§ 855 BGB): le ragioni di servizio sono impeditive del *Besitz*, per questo il detentore mero e il detentore per ragioni di servizio o di ospitalità non possono essere custodi.

¹⁵³ P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, pp. 758 e ss.

¹⁵⁴ Si era già fatto cenno a questo profilo al Cap. 1, Sez. II, par. 3.2, anticipando l'influenza della *gewere-saisine* nella configurazione del *Besitz* di matrice tedesca, che tanta rilevanza sembrerebbe assumere anche per la descrizione delle caratteristiche del custode di cui all'art. 2051 c.c.

¹⁵⁵ Per la nozione di crittotipo e l'approfondimento del concetto, cfr. R. SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. Disc. Priv.*, V, Torino, 1993, p. 39.

¹⁵⁶ P.G. MONATERI, *La custodia, cit.*, p. 760.

¹⁵⁷ Cfr. C.F. MICHELET, *La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*, Paris, 1973, p. 33.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 32.

¹⁵⁹ Cfr. P.G. MONATERI, *La custodia, cit.*, p. 760.

nascosta per quel che concerne le relazioni soggetto-cosa che non si inquadra nelle categorie romaniste di proprietà, possesso e detenzione”¹⁶⁰.

Il riferimento alla regola nascosta fa emergere l’eco di una peculiare dottrina che ne fornisce una suggestiva chiave di lettura: si tratta del “diritto muto”, recentemente approfondito e rilanciato dall’opera di Rodolfo Sacco¹⁶¹, che per lungo tempo se n’è occupato.

Il noto comparatista individua nel mondo giuridico una serie di peculiari fenomeni¹⁶², ritenuti manifestazione del diritto muto il quale, pur risultando alquanto difficile da definire in maniera esaustiva e non artificiosa¹⁶³, è inquadrato in via di massima come fonte del diritto non verbalizzata: un “pezzo di norma” che “concreta, insieme ad altre energie, una norma”; la fonte parlata è regola scritta che da sola “non [può] recita[re] una intiera norma”¹⁶⁴ senza la scintilla del diritto muto.

Questa realtà silenziosa-fonte del diritto è muta solo originariamente: cessa di essere tale nel momento in cui viene verbalizzata dall’interprete¹⁶⁵. Un tempo, la realtà del diritto muto era certamente preponderante¹⁶⁶; ma anche dopo che “l’uomo, impadronitosi del linguaggio articolato, creò un diritto parlato, il diritto muto non fu eliminato dal suo mondo, e si perpetuò fino ad oggi”¹⁶⁷. Pur potendo manifestarsi in diverse forme ed essere inquadrato dai giuristi con una variegata nomenclatura¹⁶⁸, non potrà mai essere cancellato o negato¹⁶⁹: anche dopo che l’avvento della parola lo ha sopraffatto¹⁷⁰, esso continua sempre a mostrare la sua resilienza.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 762.

¹⁶¹ Segnatamente, R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit.

¹⁶² Tra questi (espressamente definitivi come “figure”: cfr. R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 60 e *passim*) sono annoverati proverbi, rinvii, metafore, sineddoche. Tra queste, è presa in esame segnatamente la “sineddoche francese” di cui ci siamo in precedenza occupati (vedi par. 1.3).

¹⁶³ Egli, infatti, afferma che può sì stipularsi un significato della parola muto, ma che esso rischia poi di apparire artificioso. Cfr. *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Operazione complessa, a questo punto, diviene quella di stabilire se la norma definitivamente operante può collocarsi nell’alveo del diritto parlato o del diritto muto. In realtà, la regola fa capo tanto ad una fonte parlante quanto ad una “fonte originariamente muta, poi verbalizzata dall’interprete in mezzo a qualche difficoltà e a incredibili incomprensioni e malintesi”: *ibidem*.

¹⁶⁶ Prima di sviluppare un linguaggio articolato, gli uomini si relazionavano giuridicamente mediante pratiche sociali vincolanti.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 56.

¹⁶⁸ Come crittotipo, o diritto vivente, o mezzo ermeneutico, o precomprensione; o ancora come natura delle cose; *law in action*; visione realistica del diritto, effettività. Sono tutti esempi passati in rassegna dall’a..

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 87 afferma che non può essere soppresso, pur potendosi negarlo, o chiamarlo con nomi nuovi.

¹⁷⁰ A tal proposito, *Ivi*, pp. 139-140, l’a. scrive che “la parola ha sopraffatto il diritto muto. Anche se sopraffare non vuol dire cancellare; anche se il diritto muto, fatto un passo indietro, è diventato

Ciò comporta, probabilmente, una maggiore difficoltà ad individuarlo nel suo manifestarsi, essendosi ridotto il suo operare ad alcune aree marginali del mondo-diritto¹⁷¹; tuttavia, senza di esso, molti fenomeni giuridici ben difficilmente potrebbero spiegarsi fenomenologicamente¹⁷².

L'esistenza del diritto muto, che è "elemento silenzioso" capace di concreate la norma insieme agli elementi cristallizzati dall'ordinamento giuridico¹⁷³, potrebbe in definitiva fornire una giustificazione rispetto alla somiglianza tra fattispecie (o tra singoli elementi strutturali di esse) appartenenti a sistemi giuridici molto distanti nel tempo, laddove gli ordinamenti che in mezzo a quelli si sono susseguiti storicamente non presentino nessun elemento che farebbe propendere per una continuità normativa, nemmeno a livello di principi¹⁷⁴.

Una prospettiva ricostruttiva simile, certamente suggestiva, lascia aperto il dubbio che la *gewere-saisine* poc'anzi descritta possa assurgere al rango di fonte del diritto muto, dal momento ch'essa costituiva una forma giuridica nota nelle antiche consuetudini

consuetudine e uso, è diventato diritto inferenziale, è diventato crittotipo, è entrato in uno stato di latenza (ma non ha cessato di esistere)."

¹⁷¹ Ed infatti, l'a. ammonisce dal pericolo di confonderlo e sovrapporlo, appiattendone i connotati, alla consuetudine, alla quale è accomunato solo da una mancanza di formalizzazione scritta (e nemmeno sempre, vista la presenza di "raccolte di usi" in diversi ordinamenti): la peculiarità del diritto muto, infatti, non è (solo) la non cristallizzazione in documenti scritti, bensì (ancor più radicalmente), la mancata verbalizzazione. La consuetudine, infatti è suscettibile di verbalizzazione (dal giudice, dal dotto, dal cittadino); il diritto muto no. A tal proposito, si chiede il comparatista (*Ivi*, p. 61), se possa ritenersi sulla buona strada un approccio di ricerca che definisca "il diritto muto come una consuetudine non (o non ancora) verbalizzata".

¹⁷² Il che spiegherebbe come, allorquando un organo giudicante (dirimendo una *quaestio iuris* a lui sottoposta) non dovesse fondare la sua decisione sulla legge, né risultasse esistente una consuetudine idonea a giustificare il *decisum*, ciò non deve far automaticamente concludere per una violazione del principio di separazione dei poteri da parte del giudice, che si sarebbe pronunciato non applicando, ma creando la norma, quasi fosse un legislatore. Potrebbe anche darsi che "un elemento di diritto [esistente, ma] non scritto è penetrato nell'*opinio*" (*Ivi*, p. 47) da cui è scaturita la sentenza. Peraltro, a tal proposito, secondo l'a. (*Ivi*, p. 120), il motivo per cui il diritto muto inattuato non merita una giustificazione risiede in ciò che fin quando non viene attuato, esso è nascosto, invisibile, "malamente conoscibile anche dal soggetto che lo porta con sé nella propria potenziale spontaneità"; ma anche allorquando un magistrato dovesse giudicare conformemente ad una regola derivante da quell'elemento silenzioso che gli appartiene e che fa parte del suo patrimonio ideale (implicito), gli eventuali processi di legittimazione e giustificazione delle sue idee "dovrebbero riguardare qualcosa di non verbalizzato. E l'ipotesi di analisi rivolte alla giustificazione di questo dato implicito non sembra meritare interesse."

¹⁷³ Siano essi formalizzati come legge scritta ovvero come consuetudine generalmente riconosciuta ed esplicitata.

¹⁷⁴ Con riferimento ai principi, il Sacco (*ivi*, pp. 76-77) specifica che si tratta di fondamenti, caratteri, modelli ispiratori della norma, ma che per l'appunto non sono norme (e non sono neanche diritto). "Non è diritto muto il principio inteso come superregola generale, contrapposta alle cento norme specifiche che la compongono, se le cento regole sono esplicite." Se ben si comprende, allora un principio non potrà mai essere (frutto e/o manifestazione di) diritto muto. Potranno essere diritto muto solo quelle singole norme non formalizzate, sempre ammesso che non esista già un principio che la conglobi.

germaniche, per cui di essa si aveva piena consapevolezza nei sistemi giuridici (invero rudimentali) in cui veniva applicata. Di certo, ha lasciato un'impronta forse non evidente *ictu oculi* – in quanto non codificata – ma certamente indelebile nella cultura giuridica di un ordinamento (quello francese) in cui è rimasto saldo il riferimento al potere di fatto per inquadrare alcune categorie soggettive.

Questa sua influenza, allora, consente di ritenerla, lì dove non era stata espressamente normativizzata, una fonte di diritto non scritto, ma “biologicamente o culturalmente legat[a]”¹⁷⁵ al sistema giuridico.

E poiché “in ogni ordinamento giuridico, accanto alla norma parlata, sopravvivono, poco visibili ma efficienti, reticolati di norme latenti”¹⁷⁶, la *gewere-saisine* può essere collocata nel novero di questi: elemento strutturale quasi “invariante”¹⁷⁷, è apparentemente venuta meno in seguito alla sua mancata codificazione formale, per poi riemergere in una direzione, tra quelle possibili, che l'evoluzione giuridica ha manifestato.

Si tratta di una norma non scritta, ma comunque operante, sopravvissuta accanto a quelle formalizzate, che si fa viva nel momento dell'interpretazione della legge scritta¹⁷⁸.

Invero, ciò che davvero può essere qualificato come elemento (rilevante ed) invariante non è tanto la custodia in sé, quanto l'interesse che da questa si desume. Il costo della responsabilità è infatti imputato a chi rispetto alla cosa abbia la maggiore libertà di agire, quale estrinsecazione del potere di governarla: in ciò si condensa la nozione di potere di fatto ed uso nell'interesse proprio¹⁷⁹, che abbiamo visto essere il criterio identificativo del custode in entrambi gli ordinamenti considerati (francese e tedesco). La responsabilità del custode si configura allora come costo della libertà, sganciandosi da un atto specifico

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 149.

¹⁷⁶ *Ibidem*. Queste norme latenti, secondo l'a., sono chiamate in diversi modi: mezzi ermeneutici, concetti scientifici, principi generali, valori, crittotipi, diritto vivente, *law in action* ed altri ancora.

¹⁷⁷ Nel senso che presenta i connotati tipici di quelle strutture che condizionano la vita del diritto e la sua evoluzione: infatti, la rilevanza del potere di fatto su una cosa si mantiene sempre uguale a sé stessa, pur nel mutare dei sistemi giuridici e degli istituti. Cfr., per la nozione di struttura invariante, A. GORASSINI, *Lezioni di Biodiritto. Appunti del corso di lezioni* (a cura di F. Tescione), Giappichelli, 2007, pp. 4 e 20 e ss., dove vengono individuate le strutture invarianti “fondamentali”, in quanto ontologicamente fondative del fenomeno diritto, nella regola di comportamento, nel soggetto e nella relazionalità.

¹⁷⁸ Osserva R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., p. 150 come questa tipologia di norme non scritte, che sopravvivono accanto a quelle parlate, sono “norme mute che si fanno vive nel momento dell'interpretazione della legge scritta”. Esse non solo sarebbero fondative della fenomenologia giuridica, ma addirittura esisterebbero quasi ontologicamente: esse, infatti, «hanno una loro esistenza non solo nel mondo delle norme e del *Sollen*, ma nel mondo di quel *Sein* dove si fabbrica il diritto muto.” Per questo si può affermare che “la parola ha sopraffatto, ma non ha estinto, le fonti del diritto muto.”

¹⁷⁹ Con prevalenza del primo sul secondo nelle situazioni incerte, in cui questi due elementi di fatto non convergono in capo ad un unico soggetto.

Potrebbe sostenersi la tesi secondo cui il custode non è tenuto ad un *facere* determinato, ma a sopportare i costi di una più generica attività, esercitabile o meno, sulla cosa, sia per soddisfare i propri interessi (economici e non solo), sia, auspicabilmente, per prevenire i danni potenziali.

Queste conclusioni, formulate come singolare tesi a partire dai risultati convergenti sulla responsabilità da cose nel diritto francese e tedesco, nonché suffragate dalla teoria di una radice comune nella *gewere-saisine*, potrebbero rappresentare una chiave dogmatica di lettura della fattispecie di responsabilità da cose in custodia anche nel nostro ordinamento, se l'approfondimento del dato applicativo confermerà i medesimi risultati¹⁸⁰.

In ogni caso, per come si è già evidenziato anche con riguardo ad altre ipotesi, la responsabilità per danni da cose è interpretata ormai in termini oggettivistici. Il custode delle cose che abbiano cagionato un danno non può liberarsi dimostrando di non essere in colpa.

Questo potrebbe essere un punto di non ritorno¹⁸¹ nell'evoluzione dei sistemi di responsabilità civile; il tempo consentirà di verificare la bontà della tesi.

3.4. Il “seme” – o il “fiume carsico” – della responsabilità oggettiva riemerso dopo secoli di latenza.

Sostenere la tesi suddetta, tuttavia, impone l'uso del condizionale. Non si dimentichi, infatti, che già molti secoli fa la natura oggettiva di alcune ipotesi di responsabilità, ivi inclusa quella da cose, con conseguente impossibilità di liberarsi dimostrando la non colpevolezza, venne eliminata dalla *voluntas legis* personificata nell'imperatore Giustiniano, cessando di essere diritto vigente e vivente¹⁸². I dotti giuristi successivi raccolsero questa eredità, senza intervenire sul punto: il fluire del tempo ha aumentato lo

¹⁸⁰ Per una breve suggestione in tal senso, si consideri come, a ben vedere, è già presente nel nostro codice una fattispecie che riserva alcuni effetti giuridici esclusivamente ad un soggetto assimilabile al *gardien* francese e al *Besitzherr* tedesco. Si tratta dell'art. 1168 c.c., che consente l'esperibilità dell'azione di spoglio, appunto, solo al possessore o al detentore per ragioni diverse da quelle di ospitalità o di servizio. L'esclusività del rapporto soggetto-cosa, non necessariamente coincidente con quello proprietario, rileva non solo per la sussistenza di un potere di fatto sulla cosa, da cui eventualmente può trarsi l'individuazione del soggetto responsabile per i danni da cose, ma anche per la speciale tutela possessoria. Per F.G. PIZZETTI, *Nuovi profili della responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 cod. civ.*, in *Giur. It.*, 1998, p. 1382 e ss., detto rapporto costituisce lo “speculum” della responsabilità.

¹⁸¹ Cfr. A. GORASSINI, *Lezioni di Biodiritto. Appunti del corso di lezioni, cit.*, p. 7: un punto di non ritorno si verifica nella storia degli ordinamenti ogni qualvolta una modifica strutturale permette “una maggiore potenzialità di alcune potenze originarie, generando lo spegnimento e la perdita definitiva di altre potenze che non vengono utilizzate.”

¹⁸² S'è visto infatti come i commissari imperiali uniformarono tutte le fattispecie di illecito, aquiliane e non, prevedendo la colpa quale indefettibile presupposto della responsabilità (vedi *amplius* Cap. II, par. 6.2.1).

spessore della coltre di dimenticanza sotto la quale era finita la responsabilità oggettiva. Anche le codificazioni tra XVIII e XIX secolo in Germania e Francia, invero, erano apparse a prima vista ossequiose al principio nessuna responsabilità senza colpa, *medio tempore* consacrato dal Von Jhering.

Ma i compilatori del *BGB* e del *Code Napoléon* e della legislazione speciale tedesca e francese, non si sa quanto consapevolmente, cristallizzarono alcune fattispecie con una formulazione tale da contenere *in nuce* la nuova porta d'ingresso affinché la responsabilità senza colpa, uscendo dai mondi del giuridicamente possibile, rientrasse, dopo esserne rimasta fuori per secoli, nel mondo-diritto effettivamente attuato¹⁸³.

E si è visto nei paragrafi precedenti, con particolare riguardo alla responsabilità da cose, quale sia stato l'*iter* tortuoso compiuto, grazie anche all'opera degli studiosi ed all'evoluzione interpretativa della giurisprudenza.

Tornando alla questione dubitativa circa la qualificazione della responsabilità oggettiva come punto di non ritorno dei sistemi giuridici, occorre anticipare come il percorso vitale degli ordinamenti attuali¹⁸⁴ sembra essere indirizzato in tal senso, sospinto dalle istanze economiche e sociali. La riemersione della responsabilità senza colpa, con un salto che ha il suo punto d'origine nel diritto romano classico, non solo si manifesta come elemento invariante¹⁸⁵ su cui il mondo-diritto è ritornato, percorrendo una delle strade possibili e già tracciate sin dal primo manifestarsi del fenomeno giuridico, ma addirittura parrebbe rafforzata dalla direzione imboccata dagli ordinamenti, vale a dire dallo stile di vita dichiarato dal diritto (quale personificazione del legislatore e degli organi giudiziari, per come anche sospinti dagli studiosi) come meta ideale e che sembrerebbe ormai già essere assunto a tipo di vita realmente vissuto¹⁸⁶.

La chiave ermeneutica della presente ricerca, almeno per come sin qui condotta, consiste forse nell'individuazione di quel "seme" della responsabilità senza colpa, rimasto per secoli sottoterra ma in grado di germogliare nuovamente negli ultimi tempi, dopo secoli di anonimato. Oppure, utilizzando una metafora già prospettata in precedenza¹⁸⁷, la

¹⁸³ Tale considerazione è coerente con la tesi secondo cui le strutture fondamentali del diritto (le c.d. invarianti) rimangono costanti. Le potenzialità dei sistemi giuridici sono sempre uguali, mentre è la forma specifica che è sempre diversa e "permette determinate attualizzazioni che cambiano», pur rimanendo «tutte espressione della stessa potenza". Così A. GORASSINI, *op. ult. cit.*, p. 14.

¹⁸⁴ Ivi incluso il nostro, come si avrà modo di approfondire ai capitoli successivi.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, nota 177.

¹⁸⁶ Cfr., per l'accezione di tipo di vita e stile di vita, A. GORASSINI, *Qualche riflessione sulla responsabilità del produttore funzionale all'analisi sistemica dei modelli di responsabilità civile, cit.*, p. 237, nonché *amplius* la nota n. 4 al Cap. I.

¹⁸⁷ Vedi Cap. II, par. 6.2.1.

responsabilità oggettiva è rimasta invisibile perché scorreva sotterranea (in mondi giuridici possibili ma inattuati o in sistemi non formalizzati) quale fiume carsico che ad un tratto è riemerso, riprendendo la sua corsa in superficie.

In ogni caso, l'evoluzione giuridica del diritto romano precedente all'avvento di Giustiniano ha consegnato ai posteri una prospettiva sulla responsabilità per fatto non proprio che, pur con le inevitabili differenze e i necessari aggiustamenti, ha costituito la base di partenza per gli ordinamenti moderni¹⁸⁸.

Si è potuto aderire, in qualche modo, all'invito formulato da Sacco: il ("semplice") giurista continui a "studiare e celebrare il diritto manifesto", ma "allorché la norma si fa manifesta il giurista che ha sensibilità si domandi dove si trovava il suo seme"¹⁸⁹.

Sarebbe alquanto interessante proseguire l'indagine in tale direzione: quella che è rimasta una suggestione per imbastire e proseguire la ricerca secondo quanto prospettato, potrebbe essere ulteriormente approfondita e verificata. Andando a scandagliare il fenomeno giuridico a ritroso nei secoli, potrebbero ricercarsi le eventuali manifestazioni di forme di responsabilità senza colpa rinvenibili come crittotipi, fenomeni giuridici circoscritti (localmente e temporalmente), consuetudini, massime, repertori, decisioni, costumi locali, secondo la prospettiva del "diritto muto"¹⁹⁰ o comunque attuato e non formalizzato. Si dimostrerebbe, in tal modo, come queste manifestazioni del diritto, latenti ma non meno incisive nella storia del fenomeno giuridico, abbiano "mantenuto in vita" il seme (o il germoglio) della responsabilità oggettiva¹⁹¹.

Una simile operazione di indagine certosina, tuttavia, pur interessantissima e stimolante, esulerebbe oltremodo dall'oggetto principale della presente ricerca¹⁹². Ma non è da

¹⁸⁸ Vedi *amplius* Cap. II, parr. 5.1 e 6.2.

¹⁸⁹ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., p. 151. Invero, l'a. punta ancora più in alto perché, immediatamente dopo, rilancia ulteriormente: "einfine il giurista dotato di capacità di ricerca, il giurista dotato di capacità euristiche si alleni nell'arte di individuare quei criteri che al momento si trovano rannicchiati nei repertori del diritto ancora muto e inattuato, potenziali modelli del nostro futuro diritto verbalizzato."

¹⁹⁰ Vedi par. precedente.

¹⁹¹ Facendo ciò, tali fenomeni latenti hanno consentito alla potenzialità della responsabilità oggettiva di non perdersi del tutto, mantenendo la possibilità di essere nuovamente presa in considerazione, quindi di essere nuovamente attuata. Bisognerà vedere, a questo punto, se nell'avvicinarsi dei richiamati fenomeni normativi vi sia qualcosa che sia diventato punto di non ritorno.

¹⁹² Oltre che essere contraria ad un criterio che costituisce proprio una "invariante delle metodologie utilizzabili nella ricerca dall'interno del fenomeno giuridico": il tempo massimo della ricerca. Così A. GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, Napoli, ESI, 1994, p. 37 (in nota). Ogni ricerca giuridica, in quanto estrinsecazione di quella eminente scienza sociale pratica che è il diritto (cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1950, p. 58, ora anche riportata nel volume ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 101-147), "ha un tempo massimo in cui deve essere compiuta, altrimenti perde di rilievo". Tale ristrettezza temporale - al di là delle scadenze "istituzionali" con le quali ogni studioso realisticamente deve fare i conti -

escludersi che possa in futuro essere condotta, quale prezioso complemento di questo lavoro¹⁹³.

3.5 La conferma nei tentativi di armonizzazione del diritto in Europa.

Quanto emerso nell'indagine comparatistica ed evidenziato nelle suggestioni da ultimo formulate – con particolare riguardo alla direzione intrapresa dall'evoluzione dei sistemi moderni in ordine alla responsabilità oggettiva quale “punto di non ritorno” – rinviene una peculiare prospettiva di riscontro nella “temperie armonizzatrice” di impronta europea (e segnatamente eurounitaria).

Le notevoli affinità rinvenute tra gli ordinamenti tedesco e francese, pur in presenza di tratti differenziali tra le strutture di diritto positivo, costituiscono infatti un evidente paradigma del retroterra di cultura giuridica comune all'interno del panorama europeo.

La consapevolezza di queste affinità, unita alla prospettiva del loro rafforzamento, ha dato impulso ad una serie di iniziative volte ad appianare le divergenze nel “tentativo di forgiare un set di regole comuni”: si è tentato, in tal modo, di delineare un minimo denominatore comune delle varie discipline nazionali, “disegnando un'immagine di un diritto europeo della responsabilità civile”¹⁹⁴ e rispondendo così positivamente all'interrogativo sulla bontà e adeguatezza di un dialogo giuridico interordinamentale di tale portata, attesa la pluralità di modelli circolanti in Europa.¹⁹⁵

è dovuta a livello più profondo al “tempo della rilevanza della realizzazione [...] del fine pratico perseguito”. Se i tempi di risposta del giurista venissero messi in second'ordine dalla preminenza che lo studioso dovesse riconoscere ad ogni stimolo ulteriore d'indagine che gli si presentasse davanti durante la ricerca, quest'ultima perderebbe non solo di significato, ma anche di quel valore pratico per il quale è stata avviata, finendo per essere travolta (e vanificata) dal fluire (oggi giorno sempre più rapido e inesorabile) della realtà positiva e storico-sociale in cui si è inseriti (A. GORASSINI, *ibidem*, si riferisce in proposito ai “cambiamenti legislativi” e al “modificarsi dei valori sociali”).

¹⁹³ Sarebbe necessario, in tal caso, un approccio interdisciplinare con la Storia del diritto.

¹⁹⁴ Così A. PALMIERI, *Regimi nazionali di responsabilità civile e regole armonizzate sull'assicurazione obbligatoria: la Corte di Giustizia attenua le interferenze*, nota a Corte di Giustizia UE, sez. III, 09 giugno 2011, n. 409, in *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, 2012, 2, p. 346.

¹⁹⁵ Tale pluralità dei modelli non faceva ritenere, per ciò solo, a chi sarebbe divenuto Presidente del comitato di lavoro sulle obbligazioni extracontrattuali costituito all'interno del gruppo di studio sul codice civile europeo e promotore di appositi Principii, che il tentativo di formulare uno statuto europeo sull'illecito extracontrattuale sarebbe consistito in un compito disperato: cfr. C. VON BAR, *Tort Law: National Variety and European Perspective*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 327. In proposito, secondo M. SERIO, *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, 2, p. 14 (la numerazione di pagina segue – per questa citazione e per quelle successive – il documento in formato word estratto dalla *Banca Dati De Jure*, da cui si è attinto il lavoro che, nella Rivista citata, è rinvenibile alle p. 327 ss.), il Progetto conditorio di diritto europeo della responsabilità civile, che è alla base dei *Principles of European law*, “merita credito per il fine di armonizzazione tra diverse esperienze giuridiche che persegue e suscita attenzione sul piano della riflessione dottrinale.”

Uno sforzo di studio, coordinamento e dialogo simile per “la costituzione di un diritto comune europeo della responsabilità civile implica come operazione logicamente preliminare e necessaria la rimozione delle barriere dogmatiche proprio per recuperare il nucleo comune delle nozioni portanti delle varie esperienze giuridiche”¹⁹⁶; per questo v’è stato chi ha parlato di “utopia della codificazione europea”¹⁹⁷.

D’altra parte, lo sforzo suddetto può essere qualificato, in una prospettiva ottimistica, come “nuova sfida” cui l’Europa chiama oggi il pensiero giuridico: si tratterebbe di un’assunzione di responsabilità finalizzata a “fornire quell’indispensabile contributo di proposte e di idee in grado di portare a compimento il processo di costruzione di un *commune ius civile* europeo, da tempo ormai nei voti dell’Unione”¹⁹⁸.

Gli ostacoli del percorso di armonizzazione certamente non sono mancati e non mancano tuttora: si pensi *in primis* alla difficoltà di individuare il giusto punto di equilibrio e contemperamento tra dogmatica e prassi; in secondo luogo, all’esigenza di non appiattare le differenze culturali, che rischierebbero di venire sacrificate sull’altare di *corpus* normativo comune.

La delicatezza del progetto si palesa ancor più ove si consideri che, sul fronte della responsabilità civile, non vi sono interventi diretti di matrice europea, più o meno cogenti, che limitano la discrezionalità degli Stati nella produzione normativa: “l’edificazione di una *European Tort Law* non è stata certo tra le priorità del legislatore comunitario.”¹⁹⁹

Conseguentemente, la frammentarietà del quadro giuridico-politico, unitamente al proliferare di disposizioni indeterminate e clausole generali che “accontentino” (*recte*, non scontentino) le pluralità ordinamentali protagoniste del percorso di armonizzazione, fanno sempre più emergere come determinante il ruolo degli studiosi.

In ogni caso, resistenze dogmatiche ma anche pratiche, difficoltà al dialogo (magari amplificate da inimicizie politiche) non sono riuscite ad annientare il progetto di una

¹⁹⁶ Così M. SERIO, *Ibidem*, che rimanda a C. VON BAR, *op. ult. cit.*, p. 337, a proposito della possibile codificazione di un *ius commune* europeo della responsabilità civile..

¹⁹⁷ Il riferimento è a C. CASTRONOVO, *L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 4, p. 842.

¹⁹⁸ Così V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 2, p. 239.

¹⁹⁹ A. PALMIERI, *Regimi nazionali di responsabilità civile e regole armonizzate sull’assicurazione obbligatoria: la Corte di Giustizia attenua le interferenze*, *cit.*, il quale osserva in proposito come l’unica eccezione sia rappresentata dal versante dell’assicurazione, su cui le istituzioni dell’Unione europea “hanno ormai da quattro decenni avviato un percorso graduale di armonizzazione, sfociato nell’emanazione di una direttiva che ha razionalizzato il quadro normativo” (ci si riferisce alla direttiva 2009/103/CE del 16 settembre 2009, che ha codificato le precedenti direttive in materia), abrogandole a far data dalla sua entrata in vigore (il 27 ottobre 2009).

“costruzione di una lingua franca della responsabilità civile da parlare in Europa”²⁰⁰. Esso è stato promosso seguendo le indicazioni di chi invitava a mettere ordine tra i molteplici concetti nazionali, rinunciando a quelli di difficile assimilazione per la maggioranza dei sistemi e valorizzando quei capisaldi comuni alle varie esperienze²⁰¹.

Questo sforzo di integrazione giuridica²⁰² crea una grande “forza connettiva”, che sarebbe così in grado di garantire l’unità attraverso una disciplina generale “costruita su principi e clausole generali riflettenti valori e diritti” condivisi²⁰³, ma nel rispetto della diversità costituita dal diritto proprio di ciascun ordinamento nazionale²⁰⁴.

Nel perseguimento di questi obiettivi un ruolo determinante è attribuito all’interprete accademico, chiamato non solo a razionalizzare il “materiale sparpagliato”²⁰⁵, ma anche a riappropriarsi di quell’antico (e sempre nuovo) ruolo di *pontifex* nella promozione di una cultura giuridica comune.

Proprio “il rigoglio dell’elaborazione colta”²⁰⁶ ha dato vita, tra gli altri, ai due documenti di maggior rilievo ai nostri fini, su cui si focalizzerà l’attenzione e che si pongono nel solco delle linee direttrici accennate: si tratta dei *Principles of European Tort Law* e del sesto libro del *Draft Common Frame of Reference*.

3.5.1 I Principles of European Tort Law.

I primi (in acronimo PETL), presentati a Vienna nel maggio del 2005²⁰⁷, costituiscono il frutto di una lunga ma entusiasmante collaborazione messa in atto da un gruppo di

²⁰⁰ M. SERIO, *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, cit., p. 2.

²⁰¹ Quali la violazione di doveri fondamentali, il risarcimento del danno, il nesso di causalità, per edificare su di essi la nuova “casa comune”, secondo l’indicazione (già rinvenibile nella sua relazione del 1998) di C. VON BAR, *Tort Law: National Variety and European Perspective*, cit., p. 338.

²⁰² Senza la quale, secondo quanto osserva V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 2, p. 5 (anche in questo caso la numerazione di pagina seguirà – per questa citazione e per quelle successive – il documento in formato word estratto dalla *Banca Dati De Jure*, da cui si è attinto il lavoro che, nella Rivista citata, è rinvenibile alle p. 239 ss.), “neppure l’Europa della moneta unica avrebbe prospettiva di lunga vita, e di sicuro finirebbe per ridursi a mera zona economica di libero scambio”.

²⁰³ *libidem*.

²⁰⁴ Vedi, sul punto, la raccomandazione del Parlamento europeo contenuta nella risoluzione del 26 marzo 2006, che invita a rispettare “le tradizioni e gli ordinamenti giuridici diversi”.

²⁰⁵ L’espressione è di S. MAZZAMUTO, *il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, *Europa e dir. priv.*, 2010, 3, p. 601.

²⁰⁶ *libidem*.

²⁰⁷ E pubblicati con il commento dei vari collaboratori del gruppo: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Springer, 2005. Il testo integrale dei *Principles* è presente nell’originaria lingua inglese (unica versione effettivamente “votata” dall’assemblea plenaria degli studiosi) e in varie traduzioni (tra cui quella italiana curata da Giovanni Comandè e Francesco Donato busnelli) anche sul sito <<http://www.egtl.org/Principles/index.htm>>.

accademici di altissimo profilo²⁰⁸, riunitisi già dal 1993 grazie alla felice intuizione del Prof. Jaap Spier, docente presso l'Università di Tilburg, città che diede inizialmente il nome al gruppo. Il *Tilburg Group* divenne presto *European Group on Tort Law*, la cui istituzionalizzazione avvenne nel 1999 con la fondazione dell'*European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL)*: il proficuo dialogo scientifico sui limiti della responsabilità civile portò, dopo oltre dieci anni di lavoro, alla formalizzazione dei "Principi di diritto europeo sulla responsabilità civile"²⁰⁹.

Questi si sostanziano in disposizioni con previsioni facoltative e aperte all'operatività della singola norma di diritto interno, in quanto unicamente in grado di ottenere un consenso ampio, passando il vaglio della definitiva formalizzazione: ciò si giustifica in ragione delle differenze di cultura giuridica tra i vari Paesi, che incidono su molti aspetti del settore della responsabilità civile.

Il linguaggio utilizzato, pertanto, presenta più un taglio descrittivo che tecnico, in quanto "volto al superamento delle ingombranti secche dogmatiche nazionali ed alla più agevole circolazione ed applicazione dello strumento normativo proposto."²¹⁰

Direttamente connesso a tale approccio è l'accentuazione dei profili rimediali²¹¹ e l'inevitabile effetto espansivo di tutela che l'utilizzazione le formule ampie comporta. Caratterizza l'impostazione del progetto dei *Principles*²¹², infatti, la qualificazione del

²⁰⁸ Provenienti da tredici paesi europei, oltre che dagli USA, da Israele e dal Sud Africa.

²⁰⁹ Il percorso di ricerca prodromico alla pubblicazione dei PETL fu avviato da un questionario iniziale, grazie al quale i rappresentanti degli Stati potevano predisporre i c.d. *country reports*; questi consentivano poi una prima approfondita indagine di taglio comparatistico sul tema specifico della responsabilità extracontrattuale: si mettevano in luce le affinità e divergenze tra le singole discipline nazionali. Successivamente, una prima formulazione di massima di principi di diritto veniva sottoposta alla discussione plenaria (l'assemblea era costituita dai singoli rappresentanti nazionali), ad esito della quale si perfezionavano le *regulae* sulle quali il consenso degli studiosi riusciva a convergere.

²¹⁰ Così M. SERIO, *cit.*, p. 7. Critica tuttavia uno stile simile di armonizzazione V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, *cit.*, p. 7, secondo il quale, mettendo da parte "ogni tentazione massimalista", andrebbe scartata "l'ipotesi di un uniforme diritto civile europeo, teso a soffocare o a sostituire i diritti particolari dei singoli ordinamenti nazionali. Sarebbe imperdonabile atteggiamento da inammissibile pensiero unico. I differenti diritti nazionali costituiscono un'insostituibile ricchezza della civiltà giuridica europea, che è e deve restare fundamentalmente plurale."

²¹¹ Peraltro tipici dei sistemi di *common law*, avulsi da tendenze astrattizzanti. Cfr. G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, p. 16.

²¹² Rispetto ad essi, invero, M. SERIO, *cit.*, p. 14, ritiene che il gruppo di lavoro guidato da Von Bar (orientato all'elaborazione dei *Principles of European Law*) sia stato maggiormente in grado di "rompere" il "telaio tradizionale dell'istituto della responsabilità civile", dal momento che i *Principles of European Tort Law* sembrerebbero essere stati (pur lodevolmente) "impiegati nello sforzo di avvicinare due estremi separati dall'oceano delle controversie dei conflitti dogmatici". Diversamente, i Principii relativi alla *Non-contractual liability for damage caused to another*²¹², sarebbero stati "coraggiosamente meno disposti a compromessi con una tradizione che, se interamente preservata, non avrebbe che potuto decretare l'aborto del progetto conditorio o il suo fallimento prematuro."

danno come “lesione materiale o immateriale di un interesse giuridicamente protetto”²¹³ (art. 2: 101): può essere risarcito un danno solo se connesso alla lesione di una situazione soggettiva ritenuta meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico²¹⁴.

Si tratta di una soluzione mediana rispetto ai due estremi rappresentati dalla clausola generale del *neminem laedere* e da un elenco tassativo di diritti tutelati: i *conditores* hanno così optato per un sistema di illeciti tipici, dotato al contempo di una certa elasticità²¹⁵.

Attorno a detta “soluzione mediana” ruota la configurazione dei PETL, suddivisi in titoli, capi, sezioni e articoli. Ogni singolo titolo è dedicato ad uno dei capisaldi del sistema conditorio immaginato²¹⁶. L’intera struttura dell’illecito è incentrata sul rapporto triadico che lega: una condotta (dolosa o colposa) ovvero, alternativamente una relazione di un soggetto con una specifica fonte di pericolo; il danno risarcibile, secondo la rilevanza giuridica di cui si è poc’anzi dato atto; il nesso di causalità tra i due precedenti elementi²¹⁷.

²¹³ Nell’originale versione inglese la disposizione ha il seguente tenore: “*Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.*”

²¹⁴ In sintonia con gli approdi attuali anche del nostro diritto interno. L’attenzione è più rivolta alla sfera giuridica della vittima (da riparare) che non a quella del trasgressore (da sanzionare).

²¹⁵ Così come desumibile dall’impostazione diffusa degli ordinamenti vigenti europei. Approfondendo la questione, M. SERIO, *cit.*, p. 4, sulla “questione della preconstituibilità della figura degli illeciti extracontrattuali, come contrapposta ad una norma-manifesto di affermazione di responsabilità civile al ricorrere di condizioni diversificate a seconda degli ordinamenti”, individua “l’alternativa più netta [...] tra modelli scanditi da stretti contenitori, simili a quelli disposti per ordinare gli oggetti su un’ampia scrivania (*pigeon-hole*), accreditati nel *common law* inglese ed irlandese e sistemi governati dalla clausola generale di responsabilità per i danni con colpa cagionati ad altri (con esempi tratti da ordinamenti continentali, eccettuato quello tedesco).” Rappresentano una posizione mediana tra i due poli “esperienze come quelle portoghese e tedesca, rispettivamente incentrate sul necessario concorso, ai fini dell’affermazione della responsabilità civile, della lesione di un diritto assoluto e della violazione di un dovere primario di condotta, e, in aggiunta a questi elementi, sulla contrarietà della condotta oggetto di scrutinio agli ordinari criteri delle azioni umane e sull’intento dannoso.”

²¹⁶ Il primo titolo contiene la norma base sui macro-criteri di imputazione del danno giuridicamente rilevante; il titolo II ha ad oggetto le condizioni generali della responsabilità; il III contiene la previsione delle fonti della responsabilità; il IV individua le cause di esclusione o limitazione della responsabilità; il V si occupa del problema della pluralità di danneggianti; infine, il titolo VI è dedicato alla far dell’attuazione degli effetti, con la previsione dei rimedi idonei a far valere il risarcimento.

²¹⁷ Critico sotto questo profilo è V. SCALISI, *Il nostro compito*, *cit.*, p. 5, che vede nei PETL una certa attenzione nella “determinazione [...] delle condizioni soggettive e oggettive di punibilità del danneggiante (più note come criteri di imputazione del fatto illecito), come tali determinanti ai fini dell’insorgere della responsabilità come pure della delimitazione del suo ambito di operatività”; per contro, sarebbe stato senz’altro trascurato, a dire dell’a., il problema dei “criteri di legittimazione del danneggiato al risarcimento (emblematicamente riassunti dal codice civile italiano nella clausola della ingiustizia del danno), [...] come tali essenziali alla fondazione stessa della pretesa risarcitoria”. I dubbi dell’a. sorgono in considerazione del fatto che i due profili indicati affrontano “questioni tra loro strettamente e intimamente connesse e correlate, sicché solo dalla regolamentazione congiunta di entrambi [...] può scaturire un coerente e modernamente attrezzato statuto della responsabilità civile.” Le critiche trovano origine nell’interrogativo ben più profondo riguardante l’effettivo cammino di ricerca, da parte della “Europa prossima futura”, sull’identità cultura e giuridica che vuole dare a proprio volto.

Proprio a quest'ultimo riguardo, il Titolo II, Capo 3 dei *Principles* dedica ben 7 articoli (da 3: 101 a 3: 106, oltre al 3: 201), suddivisi in due Sezioni, al tema della causalità. Oltre alla regola generale della *conditio sine qua non*, sono disciplinate anche le ipotesi delle cause concorrenti, nonché di quelle alternative, potenziali e della “causalità incerta parziale”. Di particolare rilievo per l'oggetto della nostra indagine è però l'art. 3: 106, secondo cui “*la vittima deve sopportare il danno nella misura corrispondente alla possibile incidenza di un'attività, evento o altre circostanze riferibili alla propria sfera di influenza*”. Si tratta di una disposizione che conferma come, tra i Paesi rappresentati dagli studiosi cui si deve la paternità dei PETL, vi sia convergenza – senza cui non si sarebbe potuta giustificare una simile formalizzazione espressa – circa la configurabilità della colpa del danneggiato come ipotesi idonea ad escludere il risarcimento del danno subito; l'ipotesi della condotta del terzo, cui è affiancata anche la forza maggiore, sono invece annoverate tra le “cause di esonero dalla responsabilità [solo] oggettiva”.

Quest'ultima constatazione consente di evidenziare l'aspetto di nostro maggiore interesse: i *Principles* corroborano l'idea di una diffusa tendenza delle norme sulla responsabilità civile in Europa all'affrancazione dall'unicità del criterio d'imputazione della colpa²¹⁸, operata attraverso l'oggettivazione della stessa, ma anche la previsione di ipotesi di inversione dell'onere probatorio e soprattutto l'affermazione del criterio della responsabilità oggettiva, che induce i soggetti non solo a tenere “lo standard di condotta ottimale” ma anche “un livello di attività [...] socialmente ottimo”²¹⁹.

Invero, la lettura della “Norma fondamentale” dei PETL (art. 1: 101) rivela come, tra i fatti condizionanti il danno risarcibile, siano annoverate ipotesi esclusivamente riconducibili, a livello fenomenologico, al comportamento umano: una condotta, un'attività, un fatto degli ausiliari. Non è previsto un fatto non umano, che nel nostro ordinamento configura tendenzialmente la proposizione condizionante il sorgere degli effetti risarcitori in caso di responsabilità oggettiva.

²¹⁸ Cfr., sul punto, C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 808.

²¹⁹ G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 438. Un'argomentazione simile trova conforto nella compresenza esplicita del momento riparatorio del danno subito insieme allo scopo di prevenzione (in funzione di *deterrence*) nella previsione d'apertura del Titolo VI dei PETL (10:101). Manca invece un riferimento esplicito al momento sanzionatorio, che evidentemente non rappresenta (o forse non rappresenta più) una finalità della responsabilità civile condivisa dagli ordinamenti coinvolti nel progetto in esame. La quasi totalità dell'attenzione è rivolta, ormai, alla sfera giuridica del danneggiato, come dimostrano paradigmaticamente i numerosi articoli che si occupano di qualificare e quantificare in maniera dettagliata le situazioni di danno astrattamente verificabili.

Tuttavia, proseguendo oltre nella disamina del progetto normativo, il Capo 5 del Titolo III scioglie ogni dubbio circa la presenza di ipotesi di responsabilità oggettiva. L'art. 5:10, infatti, ne enuncia espressamente l'operatività, restringendo tuttavia il campo dei fatti rilevanti per il suo sorgere alla sola "attività straordinariamente pericolosa", indicata come presupposto condizionante della responsabilità oggettiva insieme alla previsione del rischio, che si ritiene possa costituire un'esplicitazione della *ratio* di tutela, intesa quale fondamento normativo.

Ora, l'interprete deve domandarsi cosa abbia voluto intendere il *plenum* degli studiosi laddove ha previsto, al par. 2, che "un'attività è straordinariamente pericolosa se: a) crea un rischio particolarmente significativo e prevedibile di danno" nonostante una condotta accorta; "b) non corrisponda a pratiche di uso comune".

Tentando un riscontro rispetto al nostro diritto vigente, non è semplice individuare quali fatti siano sussumibili nell'alveo della suddetta fattispecie e a quali norme essa sia assimilabile. Il riferimento alla pericolosità sembrerebbe riconducibile all'art. 2050 c.c.; senonché, tale ultima fattispecie, sebbene ormai interpretata in senso fortemente restrittivo²²⁰, comunque prevede una prova liberatoria consistente nella dimostrazione, da parte del potenziale responsabile, "di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno." Viepiù – e al di là delle altre differenze in punto di previsione del fatto rilevante – scioglie ogni dubbio circa la non assimilabilità all'art. 2050 c.c. della norma in esame la presenza, sub art. 4: 202, di una ipotesi "tipica" di "responsabilità di impresa": quest'ultima si riferisce, tra gli altri, ad "apparecchiature tecniche" e a "standard di condotta", consentendo in tal modo, sia pur con le opportune cautele, di essere paragonabile ai "mezzi adoperati" e alle "misure idonee" di cui parla l'art. 2050 c.c.²²¹.

Risulta, in definitiva, alquanto arduo riuscire a discernere se e quale sia la fattispecie di diritto interno paragonabile all'art. 5:101 dei PETL, ma ancor prima quali siano le fattispecie concrete ad essa riconducibili, se si eccettuano le ipotesi di rischio di impresa. La sua formulazione, al contempo generale (ove non generica) e "tortuosa", alimenta le fatiche ermeneutiche²²². Per di più, il suo ambito di operatività è ulteriormente ristretto (ovemai fossero individuabili i margini) da una sorta di espressa "clausola di residualità"

²²⁰ Cfr. i riferimenti (anche bibliografici) sul punto al Cap. I, *passim*.

²²¹ In realtà la fattispecie è riconducibile anche alla responsabilità da prodotti difettosi, ove si consideri che il par. 2 si premura di definire il "difetto" dell'impresa come quella "deviazione dagli standard che possono ragionevolmente pretendersi dall'impresa o dai suoi prodotti o servizi".

²²² Evidentemente frutto dei tipici compromessi giuridico-culturali che hanno portato all'elaborazione dei *Principles*.

contenuta nel par. 4, che esclude l'applicabilità dell'articolo alle ipotesi di attività per le quali operi un'altra previsione di responsabilità oggettiva degli stessi PETL ovvero altra legge nazionale o convenzione internazionale.

Infine, siffatte difficoltà di sussunzione e interpretazione si amplificano ancora già ad una semplice lettura dell'articolo successivo, il 5:102, rubricato "altre fattispecie di responsabilità oggettiva", che per la nostra ricerca rappresenta un elemento cruciale di riferimento, idoneo a confermare quanto le indagini comparatistiche hanno già messo in evidenza.

Esso, infatti, sembrerebbe qualificabile come una sorta di "fattispecie-contenitore": al par. 1 consente al diritto nazionale di "prevedere altre ipotesi di responsabilità oggettiva per attività pericolose"²²³. La limitazione costituita dall'univoco riferimento all'attività viene tuttavia temperata dalla previsione del par. successivo: vi è innanzitutto contenuta una "clausola di salvaguardia" per le altre e diverse ipotesi di responsabilità oggettiva previste dal diritto nazionale, per poi esplicitarsi che "*ipotesi ulteriori di responsabilità oggettiva possono essere individuate in analogia con altre fonti di rischio di danno comparabili*".

In questa unica e densa norma si rinviene così la porta d'ingresso per tutte le altre fattispecie note di responsabilità oggettiva²²⁴, siano esse derivanti da comportamento altrui²²⁵ o da fatto non umano²²⁶.

Tra queste vi è senz'altro la responsabilità da cose in custodia, desumibile dalla fattispecie aperta in questione anche qualora non espressamente disciplinata dal diritto nazionale.

Tuttavia, il fatto che nei *Principles*, pur essendo previste diverse fattispecie tipiche di responsabilità (da impresa, per fatto di minori, incapaci, ausiliari ecc.), non sia inclusa una norma assimilabile all'art. 2051 c.c., testimonia l'assenza di una fattispecie simile in qualcuno degli ordinamenti protagonisti del progetto inaugurato dal Prof. Spier un ventennio fa.

Se si considera la genesi dell'apparato "normativo-progettuale" dei PETL e il *modus operandi* per la loro elaborazione, connotato da una peculiare e graduale individuazione

²²³ E ciò "anche se l'attività non è straordinariamente pericolosa."

²²⁴ Laddove altre fattispecie di imputazione dei danni derivanti da comportamento non proprio, riconducibili sostanzialmente agli artt. 2047 e 2048 c.c., sono inserite agli artt. 6:101 e 6:102, facenti parte del Capo 6 ("Responsabilità per fatto altrui"), già topograficamente escluso nei PETL dall'operatività della responsabilità oggettiva (circoscritta al Capo 5).

²²⁵ Come per la responsabilità dei padroni e dei committenti di cui all'art. 2049 c.c.

²²⁶ Si pensi, per rimanere nell'ambito del codice civile, ai danni cagionati da animali (art. 2052), da immobili o edifici (art. 2053) o da vizi dei veicoli a motore (art. 2054, IV comma); si veda comunque più ampiamente, sul punto, il Cap. V, Sez. II, Par. 1.

del minimo comun denominatore dei diritti interni, quanto rilevato risulta di più agevole comprensione. Evidentemente, il confronto comparatistico ha rivelato una non incisiva presenza dell'ipotesi di danno da "cose" nei sistemi dei Paesi coinvolti nell'*European Group of Tort Law*, così che essa non è stata espressamente inserita nel progetto conditorio. D'altra parte, la sua non completa estraneità alla struttura di fondo dei *Principles*, anzi la sua piena compatibilità con il sistema immaginato, ne consente un pieno diritto di cittadinanza grazie alla clausola di cui all'art. 5:102, par. 2.

Si corrobora, così, quanto lo studio comparatistico ha evidenziato, con particolare riguardo all'assenza, nel diritto tedesco, di una fattispecie tipica di danno "da cose in custodia", cui però fanno da contraltare alcune figure soggettive, previste in altre disposizioni (come il *tierhalter*), cui viene imputata la responsabilità sulla base degli stessi presupposti di rilevanza riscontrati per il *gardien* francese, ovverosia il potere di controllo e il governo per conto proprio.

Ma oltre alla responsabilità specifica per "danni da cose", dall'apparato dei PETL, a ben vedere, restano espressamente escluse – quantunque implicitamente compatibili con il sistema immaginato²²⁷ – fattispecie di responsabilità extracontrattuale come i danni cagionati da animali, ovvero da rovina di edifici, o ancora da vizi di costruzione o difetto di manutenzione di veicoli a motore.

Si potrebbe pensare che esse non appartengano, nelle loro peculiarità strutturali, ad un mondo giuridico condiviso dai vari Paesi europei (soprattutto quelli appartenenti all'Unione), sicché in fase di indagine comparatistica siano stati esclusi dal panorama delle norme comuni da far trasmigrare, interamente e senza notevoli adattamenti, in sede di progetto normativo.

Senonché, pur potendo valere un ragionamento simile per i *Principles of European Tort Law* appena passati sinteticamente in rassegna, esso viene sconfessato ove si volga l'attenzione ad un altro prodotto della scienza giuridica in prospettiva di armonizzazione tra gli ordinamenti europei.

3.5.2 II Draft Common Frame of Reference.

La considerazione *testé* espressa si riferisce al *Draft Common Frame of Reference* (acronimo DCFR), che proprio alle ipotesi normative poc'anzi richiamate²²⁸ dedica singole

²²⁷ E ciò sempre grazie alla "fattispecie aperta" dell'art. 5:102.

²²⁸ Ovverosia alle varie norme sulla responsabilità extracontrattuale per fatti non umani, non immediatamente riconducibili ad una condotta di un soggetto, così come disciplinati, ad esempio, dagli

e ben circostanziate fattispecie – così evidenziando il loro pieno diritto di cittadinanza nei sistemi giuridici europei coinvolti – con l’eccezione però, ancora una volta, del “danno da cose in custodia”.

Si tratta di un documento generato su iniziativa della Commissione Europea²²⁹ quale “tentativo generale” per giungere all’adozione di un Quadro comune di riferimento (il così detto *Common Frame Reference*) a livello comunitario²³⁰.

La sua paternità si deve alla cooperazione tra la Commissione per il diritto europeo dei contratti²³¹ e l’*Acquis Group*²³². Il *Draft Common Frame of Reference* rappresenta un prodotto del dialogo all’interno del mondo accademico e non solo²³³, per munirsi di un “armamentario concettuale-normativo” utile “revisione dell’attuale *acquis*, alla introduzione di nuove regolamentazioni, alla elaborazione di condizioni e clausole standard e, in una prospettiva temporale di più lungo termine, alla progettazione di un <codice civile europeo>”²³⁴.

L’ultima versione del DCFR, risalente al 2009²³⁵, consegna un prodotto di sintesi tra il diritto comune europeo (ricavato comparatisticamente dall’individuazione dei punti di convergenza tra diritti nazionali) e il diritto di stretta matrice comunitaria (*recte*, ormai eurounitaria). La richiamata sintesi non è stata sempre agevole, rivelandosi alquanto faticosa²³⁶.

attuali articoli 2052, 2053, 2054 IV, del codice civile, oltre che da diverse disposizioni contenute nella legislazione complementare (cfr. *amplius* Cap. V, Sez. II, Par. 1).

²²⁹ L’iniziativa risale già al 2001, ma fu poi meglio sviluppata con due successive comunicazioni: Comunicazione sulla “Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d’azione”, COM (2003) 68 def. e Comunicazione del 2004 “Diritto contrattuale europeo e revisione dell’*acquis*: prospettive per il futuro”, COM (2004) 651 final.

²³⁰ Il *Common Frame of Reference* aveva una duplice finalità: individuare “una terminologia comune nel campo del diritto contrattuale europeo, allo scopo di potersene servire come modello normativo di riferimento, nella futura produzione normativa comunitaria e nazionale; dall’altro, quello di corpus di regole applicabili alla materia contrattuale, da adoperare quale strumento opzionale.”

²³¹ A sua volta confluita nello *Study Group on European Contract law*.

²³² Si tratta di un gruppo di lavoro incaricato dalla stessa Commissione Europea a condurre un’indagine in ordine al modo in cui le direttive in materia di rapporti di consumo.

²³³ Dal momento che per la sua formulazione hanno collaborato diversi portatori d’interessi (esperti di associazioni ed istituzioni interessate o condizionate dall’emanazione del CFR), tra cui soprattutto imprenditori e rappresentanti del mondo forense.

²³⁴ Così G. ALPA - G. CONTE, “*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*”, in *Riv. dir. civ.* 2008, 2, p. 157.

²³⁵ Sono due le versioni del DCFR pubblicate, una “*interim outline edition*” nel 2008 ed una “*final outline edition*” nel 2009: C. VON BAR et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2009.

²³⁶ Tanto che v’è chi individua dei difetti strutturali del documento sotto questo profilo. R. SCHULZE, *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Monaco, 2008, p.5, parla di “debolezze metodologiche”, dal momento che solo alcune parti

Il documento finale abbraccia l'intera area del diritto delle obbligazioni, non essendo esclusivamente dedicato²³⁷ ai soli profili contrattualistici (o ad essi affini)²³⁸. Così, il Libro VI, dedicato alla responsabilità extracontrattuale, contiene al Capitolo III, Sezione II, le ipotesi di “*accountability without intention or negligence*”. Già dall'intitolazione emerge la condivisa impostazione, anche in questo secondo documento considerato, secondo cui alcune ipotesi di responsabilità vanno sganciate dall'elemento soggettivo della colpa e strutturate attraverso un criterio di imputazione oggettiva. Si tratta di un'ulteriore riprova dell'emersione (ormai non più timida) del seme della responsabilità oggettiva in maniera diffusa negli ordinamenti a noi vicini e coinvolti nei descritti processi di armonizzazione. L'art. 1:101, infatti, prevede che il danno giuridicamente rilevante possa portare ad obblighi risarcitori anche un soggetto al quale il fatto sia imputato diversamente che per dolo o colpa²³⁹. Esso apre la strada alle apposite disposizioni del capitolo terzo, segnatamente gli articoli 3:201 fino a 3:208, dalla cui lettura, peraltro, sembrerebbe riemergere il medesimo fenomeno di dialogo tra *ius positum* ed interpretazione riscontrato nell'ordinamento tedesco.

I suddetti articoli si occupano, in ordine, dei danni cagionati da dipendenti o rappresentanti (art. 3:201), da un immobile pericoloso (art. 3:202), da animali (art. 3:203), da prodotti difettosi (art. 3:204), da veicoli a motore (art. 3:205), da sostanze o emissioni pericolose (art. 3:206), da abbandono (art. 3:208)²⁴⁰.

Non è espressamente prevista una fattispecie normativa di “danni da cose in custodia”; sennonché, le citate disposizioni si riferiscono comunque – tralaltro *expressis verbis* – alla figura del custode.

Difatti, gli articoli che si occupano specificamente dei danni causati da animali (art. 3:203) e veicoli a motore (art. 3:205) costituiscono gli obblighi risarcitori in capo al “*keeper*”,

del DCFR nascono da un confronto di taglio comparatistico unitamente all'attenzione al diritto (già) comunitario.

²³⁷ Diversamente dal *Common Frame of Reference*, che dovrebbe contenere un “diritto europeo dei contratti coerente”, così come indicato dall'*Action Plan* della Commissione.

²³⁸ Per questo, c'è chi si è chiesto se il testo così creato non possa costituire un “*framework for the complete European private law*”: così R. SCHULZE, *op. ult. cit.*, p. 11.

²³⁹ SERIO conclusivamente, con riguardo alle fattispecie di responsabilità extracontrattuale nascenti da criteri d'imputazione alternativi al dolo ed alla colpa, le scelte effettuate nei Principii si muovano molto più speditamente nel solco della consonanza tra precetto giuridico e sentimento sociale che in un ricercato divario dogmatico rispetto a tradizioni culturali differenti. Il che può farsi risalire alla lista di meriti che i Principii possono ben dire di aver guadagnato.

²⁴⁰ Inoltre, singolare è l'art. 3:207, che apre ad altre ipotesi di danno che genera responsabilità, laddove rilevino ipotesi normative di diritto interno diverse da quelle già tipizzate dagli articoli precedenti del DCFR, o riguardanti sostanze o emissioni, ovvero ipotesi di danno da prodotti difettosi non rientranti nella fattispecie di cui all'art. 3:204.

ossia letteralmente al custode. I tratti identificativi di tale figura non vengono delineati dal sistema del DCFR, ma è certamente degno di nota l'elemento di differenziazione rispetto al nostro ordinamento, in cui la responsabilità per danni cagionati da animali e da veicoli a motore per difetto di costruzione o manutenzione (artt. 2052 e 2054, IV comma, c.c.) è attribuita al proprietario.

Ebbene, se già il riferimento al *keeper* corrobora la tesi secondo cui quella del custode è una figura soggettiva presente nella cultura giuridica europea sulla responsabilità civile, anche i suoi elementi identificativi, così come emersi dai formanti dottrinale e giurisprudenziale in sede di analisi comparata, trovano cittadinanza nel DCFR.

Il presente capitolo, infatti, ha messo in luce che la figura del custode, o comunque del soggetto ad esso sostanzialmente sovrapponibile, è identificata dal potere di governo di fatto cui si affianca l'uso nell'interesse proprio²⁴¹. Proprio questi tratti peculiari sono trasfusi nell'art. 3:202 del DCFR: il primo paragrafo prevede la responsabilità per il danno causato da un immobile "pericolante" in capo non già ad una specifica qualifica soggettiva univocamente individuata, bensì a "*chi autonomamente esercita il controllo sull'immobile*". Questa perifrasi mette in evidenza la situazione di fatto del controllo come *discrimen* per l'identificazione del soggetto imputabile.

La disposizione in esame merita particolare attenzione anche perché, al secondo paragrafo, contiene una norma definitoria del controllo, prevedendo che "*una persona esercita un controllo autonomo su un immobile se l'esercizio è tale da potersi ragionevolmente imporre un obbligo di prevenire danni giuridicamente rilevanti ai sensi del presente articolo*"²⁴². Il terzo e ultimo paragrafo, infine, pone una presunzione di controllo in capo al proprietario, che può tuttavia liberarsi proprio dimostrando l'esistenza di un altro soggetto che – più e indipendentemente da lui – eserciti il controllo autonomo sull'immobile.

Di sicuro interesse si rivelerebbe una disamina approfondita delle singole previsioni, nel tentativo di individuare gli effettivi criteri di imputazione e la *ratio* sottesa alla scelta dei soggetti responsabili nelle ipotesi di responsabilità oggettiva. Ma la ricerca rischierebbe di imboccare percorsi tangenziali non esattamente in linea con gli specifici intendimenti che ne sono sottesi.

²⁴¹ Cfr. *supra*, parr. 1.5, 2.3, 3.3.

²⁴² La traduzione è dello scrivente. L'originale testo in inglese è il seguente: "*A person exercises independent control over an immovable if that person exercises such control that it is reasonable to impose a duty on that person to prevent legally relevant damage within the scope of this Article.*"

In ogni caso, ai documenti considerati, non certo efficaci quali *ius positum*, va tuttavia riconosciuto un notevole spessore anche in prospettiva *de iure condendo*, trattandosi di approdi emblematici per l'individuazione dello *status quo* dei nostri sistemi giuridici sul punto. Detti documenti hanno consentito di allargare lo sguardo (geograficamente e culturalmente), sia pur attraverso brevi cenni, sul cammino della responsabilità extracontrattuale nei sistemi giuridici (quantomeno) europei, senza dover necessariamente passare per l'analisi dei singoli ordinamenti²⁴³.

Le sintetiche aperture ai tratti di disciplina maggiormente inerenti la presente ricerca hanno evidenziato profili di conferma di quanto già emerso dall'analisi comparatistica "pura" nella prima parte del presente capitolo: la responsabilità oggettiva potrebbe a ragione essere considerata come punto di non ritorno negli ordinamenti attuali; inoltre, il potere di governo di fatto rileva come elemento identificativo del custode, anche se non ovunque è presente una fattispecie tipica di responsabilità di "danni da cose in custodia".

²⁴³ Operazione, questa, pleonastica rispetto agli obiettivi della ricerca, cui si legava semplicemente l'idea di individuare alcuni cenni di conferma di quanto emerso (che potrebbe essere oggetto di potenziale e ulteriore approfondimento).

CAPITOLO IV
ANALISI DEL MOMENTO APPLICATIVO:
IL CAMMINO GIURISPRUDENZIALE
NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 2051 C.C.

1. Premessa.

Le vicende tormentate che sin dall'entrata in vigore del codice del '42 hanno accompagnato – e, per certi versi, continuano tutt'oggi ad accompagnare – la fattispecie di responsabilità per danni da cose in custodia e che riguardano il suo inquadramento nel sistema generale degli illeciti, la sua natura, nonché la perimetrazione dei suoi elementi costitutivi, sembrano essere preconizzate già dalla Relazione al codice del 1942. Ivi¹ il Ministro Guardasigilli, dopo aver constatato la particolare disciplina della responsabilità “inerente alla relazione del soggetto con [le] cose”, dichiarava di non voler palesare alcuna presa di posizione circa la “giustificazione” – *id est*, la natura ed il fondamento – che l'art. 2051 c.c. può avere, “per scegliere quella che sembra meglio persuasiva”. Ci si limitava solo a rilevare che “non può ritenersi operante il principio della pura causalità”, sulla base della considerazione per cui “anche quella dottrina, che, nel caso di danno di cose o animali, riteneva di potere parlare di responsabilità obiettiva, ammetteva come prova liberatoria il caso fortuito, il fatto di un terzo del quale si debba rispondere e la colpa dello stesso danneggiato.”

Le parole della Relazione appena evidenziate introducono icasticamente questa parte della ricerca relativa al momento interpretativo ed applicativo ad opera della giurisprudenza, in quanto ne anticipano le possibili linee direttrici, ma anche le difficoltà incontrate e le incongruenze manifestate.

Vedremo, infatti, che il dato applicativo ha paradigmaticamente mostrato come possano essere invocate diverse giustificazioni e qualificazioni per la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., le quali poi, con un tipico effetto domino, si riverberano su tutti gli elementi della fattispecie.

La negazione dell'operatività della pura causalità, affiancata al riconoscimento che anche la dottrina della responsabilità oggettiva operava sulla prova liberatoria, non può dirsi un

¹ Al n. 794.

chiaro criterio ermeneutico (ancorato ad una obiettivata *voluntas legis* e) idoneo ad escludere la configurabilità della responsabilità oggettiva nella norma in esame. Del resto, ragionando *a contrario*, nulla avrebbe impedito al Guardasigilli di dichiarare espressamente che l'art. 2051 c.c. rappresentava un'ipotesi di illecito per colpa (anche solo presunta), al pari della previsione generale di cui all'art. 2043 c.c.; eppure, nessun riferimento in questo senso è contenuto nella Relazione.

L'analisi del fenomeno giurisprudenziale, peraltro, sembrerebbe confermare la suggestione secondo cui il diritto della responsabilità civile ha una "natura sostanzialmente giudiziale"².

Si provvederà all'inquadramento delle tesi sposate dalla giurisprudenza sulla fattispecie di danni da cose in custodia, anticipandosene sin d'ora notevoli divergenze ed oscillazioni³.

Si è scelto di concentrare l'analisi sulle pronunce della Suprema Corte di legittimità⁴, che comunque rappresentano lo *status quo* di tutto il formante giurisprudenziale, palesando gli approdi su quali poi le stesse correnti dei giudici di merito, prima o dopo, si sono adeguate.

Inoltre, la ricerca ha riguardato, in maniera approfondita e sistematica, le pronunce dei giudici di legittimità degli ultimi 35 anni, per un duplice motivo: da un lato, restringere l'ambito temporale ha consentito di meglio approfondire i dati a disposizione, riservando un tempo notevole della ricerca; dall'altro, fino agli anni Settanta del secolo scorso, cioè per i primi decenni di vigenza del codice, le nuove istanze che la società manifestava, idonee ad una lettura rinnovata della fattispecie e delle quali inizialmente solo la dottrina era cassa di risonanza, non avevano fatto breccia nel formante giurisprudenziale. Di conseguenza, quest'ultimo non è stato inizialmente interessato da una temperie ermeneutica tale da dar luogo al percorso tortuoso ma anche ricco di spunti utili ed interessanti di ricerca – e quindi affascinante e faticoso nella sua ricostruzione al contempo – come quello preso in esame.

² S. RODOTÀ., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 30. L'a., tuttavia, riteneva che la giurisprudenza non si fosse dimostrata sensibile alle nuove esigenze, in ciò cogliendo "la ragione profonda della scarsa attenzione dei civilisti per i problemi della responsabilità. Non fu soltanto la suggestione di certi modelli, dalla grande autorità tradizionale o reputati tecnicamente perfetti, a far da ostacolo: quella, se mai, fu la conseguenza o l'inconsapevole giustificazione di un preciso limite culturale."

³ A proposito delle oscillazioni della giurisprudenza sui danni da cose in custodia, in G.G. GRECO, D.M. PASANISI, B. RONCHI, *I danni da cose in custodia*, cit., p. 18 viene sottolineato come "quello della natura giuridica rappresenta sicuramente uno degli aspetti più dibattuti della responsabilità ex art. 2051 c.c.". Le divergenze di giurisprudenza e parte considerevole della dottrina si manifestano in frequenti oscillazioni tra interpretazione in termini soggettivi ed oggettivi (quest'ultima caratterizzata da una pluralità di posizioni variegate).

⁴ E quindi di non considerare la massa alluvionale del dato pretorio relativo alle Corti di merito, la cui mole sarebbe stata poco gestibile nella presente ricerca.

Per ragioni di completezza, in ogni caso, si darà atto delle prime – e inizialmente univoche – concezioni giudiziali sul punto.

I dati giurisprudenziali raccolti sono stati organizzati per essere approfonditi secondo una prospettiva che guarda dapprima alle considerazioni sul caso fortuito, quale elemento che l'analisi della normativa vigente ha mostrato essere il fulcro intorno al quale ruota l'intera considerazione della fattispecie. Le concezioni sul fortuito, infatti, si ripercuotono sugli altri elementi costitutivi della fattispecie, consentendo poi anche una maggiore comprensione delle posizioni sulla natura generale della responsabilità da cose, nonché sul suo fondamento.

Tutti i casi esaminati in questa parte riguardano esclusivamente situazioni in cui era coinvolto un “custode privato”. Autonoma rilevanza verrà riservata alle ipotesi di invocata responsabilità ex art. 2051 c.c. nei confronti della Pubblica Amministrazione, che saranno approfondite nel capitolo successivo, ritenendole funzionali a rappresentare una sorta di banco di prova dei risultati raggiunti e delle tesi proposte. Il prosieguo dell'analisi consentirà di comprendere il perché di una simile differenziazione: il formante giurisprudenziale, più o meno consapevolmente e/o implicitamente, ha mostrato nel tempo una sorta di (formalmente ingiustificato) “trattamento speciale” per la P.A. rispetto ai privati sulla portata della disciplina ritenuta applicabile.

I casi riguardanti l'invocata responsabilità da cose in custodia nei confronti di privati, in ogni caso, sono statisticamente di gran lunga inferiori rispetto a quelli che vedono coinvolto il custode pubblico; inoltre, il cammino pretorio sul punto si è mostrato meno incerto e si è sviluppato attraverso “fasi ermeneutiche” meno complesse e contraddittorie.

2. Il caso fortuito.

2.1. Nozione oggettiva: incidenza sul nesso causale ed irrilevanza del comportamento del custode.

Secondo la giurisprudenza ormai prevalente della Corte di legittimità, il caso fortuito – elemento della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. che, ove accertato, consente la liberazione del custode da responsabilità – è un fattore estraneo alla sfera di condotta del custode stesso ed idoneo ad interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso.

Esso “non attiene al comportamento del responsabile, ma alle modalità di causazione del danno”⁵; “inserendosi nel processo causale al di fuori di ogni possibile controllo umano, rende inevitabile il verificarsi dell’evento, ponendosi come l’unica causa efficiente di esso”⁶.

Conseguentemente, in tema di ripartizione dell’onere della prova, all’attore spetterà di provare l’esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l’evento lesivo; sarà il convenuto, per liberarsi, a dover fornire la prova dell’esistenza del fortuito, quale fattore causale esclusivo del danno ed estraneo alla cosa⁷.

Il presente orientamento considera il caso fortuito alla stregua di un elemento strutturale oggettivo, coerentemente con la stessa tesi, parimenti oggettiva, sulla natura della responsabilità da cose in custodia. Come la fattispecie di cui all’art. 2051 si fonda “non già su un comportamento o un’attività del custode, ma su una relazione intercorrente tra questi e la cosa dannosa”⁸, così anche il fortuito non attiene ad un contegno del custode, ma al profilo meramente obiettivo dei fatti, nella catena evenemenziale dei quali solo ciò che rompe il nesso di collegamento eziologico tra cosa e danno può costituire prova liberatoria.

2.2. Nozione soggettiva: assenza di colpa.

Di diverso avviso è l’indirizzo pretorio che, traendo linfa dall’adesione – più o meno velata – alla tesi della responsabilità da cose come forma di colpa presunta, inquadra il caso fortuito alla stregua dell’assenza di colpa.

Secondo tale orientamento, il caso fortuito non consisterebbe in un fattore esterno, o comunque estraneo alla sfera di custodia, interruttivo del nesso di causalità, ma nella dimostrazione, da parte del custode (in applicazione del principio di “vicinanza della prova”), di aver posto in essere, in maniera diligente e adeguata alla natura della cosa, tutte le attività di controllo, di vigilanza e di manutenzione gravanti su di lui in virtù di norme specifiche e del principio generale del *neminem laedere*. Qualora il custode dovesse

⁵ Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1080; in *Danno e resp.*, 1999, n. 2, p. 209 e ss..

⁶ Cass. civ., sez. III, 08 gennaio 1981, n. 170, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 1.

⁷ Cfr. Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2003, n. 15656, in *Danno e resp.*, 2004, p. 615; conformi Cass. civ., sez. III 04 febbraio 2004, n. 2062; Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 993; Cass. civ., sez. III, 20 luglio 2002, n. 10641, delle quali il testo integrale è rinvenibile in *Banca Dati De Jure*.

⁸ Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031, *cit.*.

riuscire a dimostrare le suddette circostanze, il sinistro verificatosi non potrà essere ascritto a sua colpa ed egli potrà andare esente da responsabilità⁹.

Invero, parallelamente al progressivo abbandono della tesi sulla presunzione di colpa da parte della giurisprudenza, i giudici non si riferiscono più apertamente al fortuito come ipotesi di mancanza di colpa; più esattamente, essi preferiscono richiamare il concetto di “possibilità o meno di custodia”, la quale però comunque è intesa in termini soggettivi, cioè più come dovere di custodire che come relazione (di diritto e di fatto) con la cosa.

Così, se la situazione di pericolo deriva dalle caratteristiche intrinseche della cosa, sarà difficilmente configurabile la prova liberatoria del fortuito, che potrebbe però comunque sussistere in alcune particolari circostanze¹⁰; viceversa, nell’ipotesi in cui l’evento dannoso si sia verificato a causa di alterazioni dello stato della cosa repentine ed imprevedibili, tali che il custode non abbia potuto tempestivamente attivarsi per “rimuover[le], nonostante l’attività di controllo e la diligenza impiegata al fine di garantire la tempestività dell’intervento”, potrà allora dirsi integrato il caso fortuito¹¹.

Occorrono un paio di precisazioni circa l’indirizzo appena richiamato, che si è sviluppato recentemente e che negli ultimi anni si sta accreditando sempre di più, trovando consensi via via più estesi presso i giudici della Suprema Corte.

Innanzitutto, esso si riferisce per lo più ad ipotesi di coinvolgimento di un “custode pubblico” (o al più di un custode privato di un bene pubblico)¹² in situazioni di danno: esse sono astrattamente riconducibili all’art. 2051 c.c. e, come meglio si vedrà *infra*, fanno sorgere i maggiori dubbi e contrasti interpretativi sulla fattispecie *de qua*.

⁹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 02 febbraio 2007, n. 2308, in *Dir. Giust. online*, 2007. Detta prova non era stata fornita, nel caso di specie, dal concessionario autostradale, che è stato ritenuto responsabile per i danni causati da un cane che si trovava sulla carreggiata senza che se ne conoscessero i motivi e l’origine della presenza.

¹⁰ Secondo Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, p. 584, “ai fini del giudizio sulla prevedibilità o meno della repentina alterazione della cosa, occorre aver riguardo, per quanto concerne i pericoli derivanti da situazioni strutturali e dalle caratteristiche della cosa, al tipo di pericolosità che ha provocato l’evento di danno e che, ove si tratti di una strada, può atteggiarsi diversamente, in relazione ai caratteri specifici di ciascun tratto e agli eventi analoghi che lo abbiano in precedenza interessato.”

¹¹ Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 293. Nella fattispecie la S.C. ha cassato la sentenza di secondo grado che, in applicazione dell’art. 2043 c.c. piuttosto che dell’art. 2051 c.c., aveva ritenuto il fondo stradale ghiacciato un evento imprevedibile ed infrequente in una giornata invernale soleggiata.

¹² Comuni, Regioni, altri enti locali più in generale, enti gestori di autostrade ecc. L’orientamento sul fortuito come prova di non colpevolezza ha reso necessario il riferimento ai casi coinvolgenti il custode pubblico, rispetto al quale si era anticipata l’intenzione di dedicare un apposito spazio di analisi: ciò in quanto è ormai tendenzialmente escluso questo tipo d’inquadramento nei riguardi dei custodi privati (o comunque non di beni pubblici). Si iniziano già a intravedere quei segni di disciplina differenziata cui poc’anzi si accennava.

In secondo luogo, assume una certa rilevanza in questo contesto la nozione di pericolosità della cosa. Essa non dovrebbe essere inquadrabile quale elemento strutturale della fattispecie; tuttavia, nell'indirizzo in esame, è invocata dai giudici per la determinazione della possibilità per il custode di evitare il fatto dannoso. È stato però anche fatto presente¹³ che la nozione di pericolosità, pur dichiaratamente presa in considerazione dai giudici, è stata utilizzata come presupposto giustificativo di dichiarazioni di principio tra loro divergenti, rinvenendosi piuttosto il punto nodale delle decisioni nella effettiva idoneità del comportamento del danneggiato a porsi come fattore determinante nella produzione del danno.

Dalle sentenze esaminate¹⁴, sotto questo ulteriore profilo, emerge l'utilizzazione della pericolosità nelle sentenze come strumento idoneo ad incidere sui fatti rilevanti della norma: così, il fortuito è inquadrato in una nuova prospettiva ed è considerato come fattore operante non (più) obiettivamente sul fatto dannoso, ma sulla possibilità per il custode di evitarlo o meno¹⁵.

La rilevanza nella struttura della fattispecie dell'elemento del fortuito si sposta dal profilo oggettivo dell'evento a quello soggettivo del comportamento del custode.

2.3. Imprevedibilità e inevitabilità; il problema dell'adeguatezza rispetto al fortuito oggettivo.

Peraltro, anche il primo orientamento poc'anzi considerato (che interpreta il fortuito in chiave oggettiva) corre il rischio di un inopinato mutamento di prospettiva allorquando, in un numero notevole di sentenze, vengono individuate le caratteristiche del caso fortuito stesso nell'imprevedibilità ed inevitabilità.

¹³ V. *amplius par.* 3 di questo Capitolo.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2005, n. 14749, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 7-8; Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15720, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, p. 519 con nota di E. Balucani; Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, p. 584: quest'ultima enuncia emblematicamente il seguente principio di diritto: "la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. è applicabile, in relazione alle strade aperte al pubblico transito, in riferimento alle situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, essendo peraltro configurabile il caso fortuito in relazione a quelle provocate dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere. Ai fini del giudizio sulla prevedibilità o meno della repentina alterazione della cosa occorre aver riguardo, per quanto concerne in particolare i pericoli derivanti da situazioni strutturali e dalle caratteristiche della cosa medesima, al tipo di pericolosità che ha provocato l'evento di danno che, ove si tratti di una strada, può atteggiarsi diversamente, in relazione ai caratteri specifici di ciascun tratto ed agli eventi analoghi che lo abbiano in precedenza interessato."

¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2013, n. 14856, in *Guida dir.*, 2013, 42, p. 65.

In pratica, le sentenze che aderiscono alla tesi oggettiva sulla forma di responsabilità ex art. 2051 c.c., affermano che alla base di essa non vi è un comportamento del custode, ma una relazione intercorrente tra questi e la cosa dannosa; conseguentemente – osservano – il caso fortuito è un fattore attinente non già ad un comportamento del custode, ma alle modalità di causazione del danno¹⁶.

Tuttavia, queste stesse pronunce individuano quasi sempre i caratteri qualificanti del fortuito nell'imprevedibilità ed eccezionalità¹⁷.

Ora, se per eccezionale può in qualche modo intendersi un fatto estraneo alla sfera di custodia ed avente impulso causale autonomo rispetto al comportamento del custode, ciò risulta ben più arduo quando ci si riferisce ad un fatto imprevedibile. Per definizione, il concetto di imprevedibilità è legato a ciò che può o meno essere anticipatamente conosciuto o immaginato da qualcuno¹⁸. Questo soggetto non può che essere il custode, il quale sembrerebbe poter andare esente da responsabilità se si dovesse verificare un fatto che egli non avrebbe potuto-dovuto prevedere.

Tuttavia, sostenendo che il fatto, per integrare il fortuito, deve essere completamente estraneo alla sfera del custode, non si comprende in che termini incida la prevedibilità o meno del suddetto fatto ai fini della configurazione della prova liberatoria.

In definitiva, si proclama la rilevanza oggettiva del fortuito, ma poi ci si richiama ad un fatto che non sarebbe stato possibile prevedere per il custode, spostando l'attenzione – almeno a livello terminologico – sulla sfera soggettiva del soggetto (potenzialmente) responsabile.

Si tratta di una poco chiara sovrapposizione dei piani. Essa trova conferma, ragionando *a contrario*, ove si osservi che il carattere dell'imprevedibilità, di solito riportato, quasi in un'endiadi, insieme a quello dell'inevitabilità, è invocato come requisito del fortuito da quelle pronunce che finiscono per non aderire alla natura oggettivistica della responsabilità da cose.

¹⁶ Cfr. *Ivi*.

¹⁷ Si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031, *cit.*; Cass. civ., sez. III, 20 luglio 2002, n. 10641, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1201 (con nota di P. Laghezza); in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1299; Cass. civ., sez. III, 04 febbraio 2004, n. 2062, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 2; Cass. civ., sez. III, 01 aprile 2010, n. 8005, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 494.

¹⁸ Cfr. la voce *prevedibile*, in *Vocabolario Treccani online* (<http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/prevedibile/>) che identifica ciò che si può prevedere, cioè conoscere, immaginare anticipatamente.

Le sentenze parlavano di presunzione (di colpa o di responsabilità), o invocavano la “possibilità di controllo umano”, allorquando richiedevano, ai fini dell’esclusione della responsabilità, il verificarsi di un evento che non poteva essere evitato, né previsto¹⁹.

Contava, dunque, la diligenza del custode: questi non poteva rispondere di un evento che non poteva “essere prevenuto [...] attraverso l’esercizio dei poteri di vigilanza che gli compet[eva]no.”²⁰

L’imprevedibilità, insieme all’inevitabilità, è considerata requisito del fortuito anche da quelle pronunce che finiscono col ritenere non oggettiva la natura della responsabilità da cose, in quanto si riferiscono ad un fatto non governabile dal custode, che ha tuttavia messo in atto uno sforzo diligente.

Peraltro, le sentenze richiamate poc’anzi, che affermano la rilevanza oggettiva del fortuito, per poi tuttavia qualificarlo come fatto imprevedibile, non provvedono mai a specificare quale accezione (ammesso che ce ne siano molte) attribuiscono al concetto di imprevedibilità, con ciò non facilitando il compito di chi cerchi di individuare la *ratio decidendi* delle pronunce.

Invero, si legge nelle motivazioni della sentenza della Corte di legittimità n. 10641 del 2002²¹ che l’orientamento sul fortuito come fattore esterno imprevedibile è condivisibile, ma “con la precisazione che la rilevanza dell’imprevedibilità, ai fini dell’individuazione del fortuito, opera, però, sempre sotto il profilo oggettivo al fine di accertare l’eccezionalità del fattore esterno e non come elemento per escludere la colpa del custode, la quale, di per sé, è irrilevante in questa sede.”

Questa, come le altre decisioni che affermano principi ad essa conformi, pur richiamandosi alla nozione di imprevedibilità, non mostrano di aver dato rilevanza alla diligente condotta del custode.

Si può allora inferire che il continuo riferimento all’imprevedibilità sia un pleonasma nelle sentenze esaminate: un’endiadi con la nozione di eccezionalità, più idonea ad inquadrare l’abnormità del fatto e la decisiva incidenza nel processo di causazione del danno, non più eziologicamente riconducibile alla cosa.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 03 ottobre 1997, n. 9658, in *Studium Juris*, 1998, p. 194; Cass. civ., sez. III, 08 gennaio 1981, n. 170, *cit.*

²⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 03 ottobre 1997, n. 9658, *cit.*

²¹ Cass. civ., sez. III, 20 luglio 2002, n. 10641, *cit.*

Altre pronunce²², soprattutto più recenti e sempre aderenti alle tesi oggettivistiche, ridondano nell'individuazione dei caratteri del fortuito, che farebbero letteralmente pensare ad una valutazione della condotta del custode. Si afferma, infatti, che il fatto idoneo ad escludere la responsabilità del custode deve avere i requisiti dell'autonomia, dell'eccezionalità, dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità e che sia, quindi, dotato "di efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento lesivo"²³.

In particolare, il riferimento all'irresistibilità²⁴ ed all'inevitabilità sono mutuati dalla forza maggiore, quale esimente della responsabilità che si considera rientrante nella nozione più ampia di fortuito, in quanto fattore dotato di caratteristiche tali che "impediscono sul piano causale la riferibilità dell'evento alla cosa in custodia"²⁵.

2.4. Fatto del danneggiato e fatto del terzo.

Venendo ad un ulteriore profilo dell'analisi giurisprudenziale sul caso fortuito, si evidenzia che costantemente i giudici di legittimità intendono la prova liberatoria del fortuito in senso ampio, come comprensiva anche del fatto dello stesso danneggiato²⁶.

Si afferma il principio secondo il quale il comportamento del danneggiato idoneo di per sé a produrre l'evento, escludendo altri fattori causali, configura il fortuito ed esclude la responsabilità del custode. Si pensi alla sentenza della Suprema Corte²⁷, che ha confermato il rigetto della domanda di risarcimento proposta dai congiunti di un dipendente di una impresa appaltatrice deceduto dopo la caduta in una botola che si trovava nella sala pompe di uno stabilimento della committente Ilva s.p.a., poiché era stato accertato che la caduta era dipesa dal comportamento imprudente del danneggiato, essendo la botola coperta e non risultando dalle prove che il pavimento fosse umido o bagnato²⁸. Ancora, è stato negato il

²² Tra le quali Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25029, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, p. 1475, della quale ci occuperemo più approfonditamente a breve, con riguardo al fatto del terzo.

²³ Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2015, n. 18317, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; in *Banca Dati De Jure*. Nello stesso senso si esprime anche Cass. Civ., sez. III, 14 ottobre 2011, n. 21286, inedita, il cui testo integrale è reperibile sulla *Banca Dati De Jure*.

²⁴ Cfr. Cass. civ. n. 6340, 25 novembre 1988, in *Mass. Foro it.*, 1988.

²⁵ Così M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 490.

²⁶ Cfr. Cass. civ., 25 novembre 1988, n. 6340, in *Mass. Foro it.*, 1988; Cass. civ., 26 marzo 2002, n. 4308, *ivi*, 2002; da ultimo, cfr. Cass. civ., Sez. VI, 28 luglio 2016, n. 15718, in *Dir. Giust.*, 2016, 29 luglio; Cass. civ., Sez. VI, 18 gennaio 2017, n. 1231, in *Dir. Giust.*, 2017, 18 gennaio.

²⁷ Cass. civ., sez. III, 09 febbraio 2004, n. 2430, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 2.

²⁸ In particolare, dalla lettura degli atti della indagine penale a carico dell'Ilva, conclusasi con decreto di archiviazione, era infatti emerso che la botola in questione era coperta da un solido coperchio di lamiera dotato di maniglia e le condizioni del pavimento erano soddisfacenti; del resto, nessuno dei presenti all'incidente aveva riferito all'ispettore del lavoro la circostanza, dedotta dagli attori, che il pavimento fosse umido o bagnato.

risarcimento ad un soggetto il quale, tuffatosi in un lago da un pontile (utilizzato come attracco per imbarcazioni), aveva subito danni andando a sbattere contro il fondo del lago, attesa la batimetrica particolarmente bassa in quel punto: il custode del pontile non poteva essere ritenuto responsabile di fronte ad un avvenimento cagionato dall'esclusiva colpa dell'incauto danneggiato²⁹. La casistica è molto variegata in proposito³⁰; recentemente, sulla classica ipotesi di caduta dalle scale che non presentino particolari caratteristiche o anomalie, è stato affermato in maniera perentoria che essa "rientra tout court nell'ambito del fortuito, riconducibile al fatto stesso del danneggiato"³¹.

Qualora il comportamento di questi abbia contribuito a cagionare il danno, senza escluderne completamente il nesso causale con la cosa, opererà la limitazione del risarcimento ex art. 1227 c.c.:

così afferma, tra le altre, Cass. civ. n. 4476 del 2011³², secondo la quale il fatto del danneggiato può rappresentare un'ipotesi di caso fortuito, "con effetto liberatorio totale o parziale", se dotato di "un'efficacia causale idonea a interrompere del tutto il nesso eziologico tra cosa ed evento dannoso o ad affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno."

Non rileva più esclusivamente la condotta del danneggiato dotata di efficienza causale tale da interrompere il nesso tra cosa e danno³³, ma anche quella idonea a concorrere, insieme

²⁹ Cfr. Cass. civ., 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Mass. Foro it.*, 2008.

³⁰ Si pensi alla vicenda in cui, invocando il "rischio elettivo" da imputare al danneggiato, a questi è stata negato il risarcimento per l'infortunio occorsogli (si trattava di un giocatore di calcetto) in seguito all'impatto contro un palo di una porta posta ai lati del campo di gioco. I giudici avevano ritenuto che, essendo ben visibile tale porta e non avendone chiesto la rimozione, veniva meno il nesso causale: il fattore determinante della causalità, idoneo a rompere il nesso, doveva essere individuato nella scelta dei giocatori di utilizzare il campo senza rimuovere le porte, dove era possibile, che nel corso del gioco, i giocatori finissero con l'urtare (Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2012, n. 13681, *cit.*). Ancora, Cass. civ., sez. VI, 09 gennaio 2013, n. 378, in *Dir. Giust. online*, 2013, 9 gennaio, ha ritenuto che l'evento di danno fosse "da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, il quale abbia interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno", verificandosi un'ipotesi di caso fortuito liberatoria per il custode, anche nell'ipotesi di un infortunio occorso ad un bagnante, che era transitato senza ciabatte di gomma a bordo piscina in luogo sempre bagnato ed in discesa; quest'ultima circostanza è stata ritenuta fatto idoneo ad interrompere il nesso causale tra la cosa in custodia ed il danno.

³¹ Così Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2016, n. 5617, in *Dir. Giust.*, 2016, 23 marzo (con nota di Savoia); si trattava di un caso di lesioni riportate dal ricorrente a seguito di una caduta mentre percorreva, in discesa, le scale di un palasport. Analogamente, il caso di una persona caduta dai gradini di un scala condominiale, in circostanze rispetto alle quali era risultata in definitiva "mancante la prova sicura sia delle modalità della caduta sia dell'effettiva presenza sui gradini del materiale scivoloso che, a detta del ricorrente, avrebbe causato la caduta medesima", è stata ritenuta "infondata la domanda risarcitoria, in considerazione dell'obbligo del danneggiato di provare l'esistenza del nesso di causalità, anche nell'ipotesi di cui all'art. 2051 c.c.": così Cass. civ., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 3875, in *Dir. Giust.*, 2016, 29 febbraio.

³² Sez. III, 24 febbraio 2011, *cit.*.

³³ A. LEONARDI, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per insidia stradale: dall'insidia e trabocchetto alla c.d. prevenzione bilaterale passando per la responsabilità oggettiva*, *cit.*, p. 1137, ritiene

alla cosa, nella produzione del danno. Questo principio è stato recentemente chiarito dalla Corte di legittimità³⁴, secondo la quale, posto che v'è “un dovere di cautela da parte di chi entri in contatto con la cosa”, quando il comportamento di questi “sia apprezzabile come incauto, lo stabilire se il danno sia stato cagionato dalla cosa o dal comportamento della stessa vittima o se vi sia concorso causale tra i due fattori costituisce valutazione squisitamente di merito, che va bensì compiuta sul piano del nesso eziologico ma che comunque sottende un bilanciamento fra i detti doveri di precauzione e cautela”³⁵.

Il fatto del danneggiato, inoltre, non deve per forza essere imprevedibile e inevitabile³⁶, sebbene si sia già detto della relatività e non necessaria pregnanza di questi concetti nei principi di diritto formulati dagli ermellini (ma anche dalle Corti di merito).

Lo stesso vale per un'altra ipotesi rientrante nell'alveo del fortuito, inteso nella sua accezione estesa: il fatto del terzo, anch'esso è idoneo ad escludere la responsabilità del custode, se dotato di efficacia causale (esclusiva o concorrente) nella produzione del danno³⁷.

Il fatto del terzo produce effetti in qualche modo equivalenti a quelli del fortuito naturale; conseguentemente, il custode potrà andare esente da responsabilità anche quando provi che il fatto si è prodotto a causa di un terzo che tuttavia non si riesca ad individuare con precisione.

Osservano i giudici di legittimità, a tal proposito, che “l'individuazione precisa del terzo non costituisce elemento essenziale per la prova dell'interruzione del nesso eziologico, nel caso in cui sia, comunque, certo l'effettivo ruolo del terzo stesso nella produzione dell'evento.”³⁸ Il fatto del terzo rimasto ignoto, pertanto, libera comunque il custode³⁹.

che a questo punto possa ritenersi “superata quella tendenza giurisprudenziale indirizzata a ritenere rilevante la condotta del danneggiato solo qualora presenti una efficienza causale così incisiva da essere in grado di interrompere il nesso causale, dando quasi vita ad una regola *sui generis* di *contributory negligence*.”

³⁴ Vedi Cass. civ., 17 ottobre 2013, n. 23584, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, p. 6.

³⁵ La sentenza prosegue aggiungendo che “perfino quando la conclusione sia nel senso che, anche in relazione alla mancanza di intrinseca pericolosità della cosa, la situazione di possibile pericolo comunque ingeneratasi sarebbe stata superabile mediante l'adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, potrà allora escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell'evento, e ritenersi integrato il caso fortuito.”

³⁶ Essendo necessario e sufficiente che esso “abbia dato luogo ad una serie causale autonoma e determinante”: così Cass. civ., Sez. II, 22 agosto 1989, n. 3737, in *Mass. Foro it.*, 1989.

³⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 18 febbraio 1972, n. 460, in *Resp. civ.*, 1972; Cass. civ., 23 ottobre 1990, n. 10277, in *Mass. Foro it.*, 1990; Cass. civ., 26 marzo 2002, n. 4308, *cit.*; Cass. Civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25029, *cit.*, che anche per il terzi si riferisce ai requisiti di autonomia, eccezionalità, imprevedibilità ed inevitabilità. In tal senso, da ultimo, si esprime anche Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2015, n. 18317, *cit.*

³⁸ Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25029, *cit.*; l'orientamento è condiviso, tra le altre, da Cass. Civ., sez. III, 14 ottobre 2011, *cit.*.

Tuttavia, occorre distinguere l'ipotesi suddetta, in cui il fatto dannoso è causalmente riconducibile ad un terzo, pur non individuato, da quella in cui sia la stessa origine di derivazione causale del danno ad essere sconosciuta. Quest'ultima ipotesi integra il fatto ignoto che, a differenza del fatto del terzo rimasto ignoto, non libera il custode⁴⁰.

Precisa la Suprema Corte che, qualora “persista l'incertezza sull'individuazione della concreta causa del danno, pur essendo certo che essa derivi dalla cosa, la responsabilità rimane a carico del custode, non essendo il fatto ignoto idoneo ad eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento, difettando in concreto la prova del fortuito.”⁴¹

Si tratta di una distinzione di non poco momento, ma coerente con i principi in tema di causalità: quando sia certo che il fatto di un terzo (identificato o meno) abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno, viene meno la riconducibilità dell'evento lesivo al custode; laddove, invece, non si riesca ad individuare se effettivamente vi sia stato o meno un fatto del terzo incidente sul nesso causale, allora tornerà ad operare il criterio d'imputazione della custodia per l'individuazione del soggetto responsabile del danno⁴².

Il fatto del terzo, anche se rimasto ignoto, libera il custode; ciò non opera per il fatto rimasto in sé ignoto. Si rivelerà particolarmente interessante verificare se ed in che termini venga intesa la prova liberatoria del fatto del terzo (spesso rimasto ignoto) nelle ipotesi di beni sotto la custodia della P.A.

2.5. Fortuito autonomo, incidente, concorrente.

Proprio con riferimento alle situazioni in cui il fatto colposo dello stesso danneggiato, ovvero di un terzo, configurano ipotesi di caso fortuito, per formalizzare la differenza tra i casi in cui la cosa è ridotta a mera occasione del danno e quelli in cui essa è addirittura

³⁹ Pur impedendo questo al danneggiato di individuare un potenziale responsabile del danno, nei confronti del quale agire per chiedere il risarcimento. Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 500.

⁴⁰ L'individuazione precisa del terzo non costituisce elemento essenziale per la prova dell'interruzione del nesso eziologico, nel caso in cui sia certo l'effettivo ruolo del terzo stesso nella produzione dell'evento. Qualora, invece, sussista l'incertezza sull'individuazione della concreta causa del danno, pur essendo certo che essa derivi dalla cosa, la responsabilità rimane a carico del custode, non essendo il fatto ignoto idoneo ad eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento, difettando in concreto la prova del caso fortuito. Cfr. Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2011, n. 21286, *cit.*

⁴¹ Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25029, *cit.*

⁴² Osserva M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 501, commentando il suddetto orientamento: “la impossibilità di indicare la persona del terzo non deve essere confusa con l'incertezza sull'effettivo ruolo che un terzo abbia avuto nella produzione dell'evento. In questo secondo caso, infatti, verrebbe a mancare la prova del caso fortuito.”

completamente avulsa ed estranea rispetto alla sequenza causale che ha condotto all'evento lesivo, un orientamento ormai accreditato – anche presso i giudici di legittimità, sebbene ricorra molto più spesso nelle pronunce di merito⁴³ – distingue diverse tipologie di caso fortuito. Sebbene infatti tale elemento della fattispecie non sia definito dall'art. 2051 c.c., le esigenze della pratica hanno condotto la giurisprudenza addirittura a prevederne una sottoclassificazione, concettualizzando la distinzione tra fortuito autonomo, incidente e concorrente.

Con il primo si intende un fattore del tutto estraneo ad indipendente dalla cosa, così come dalla custodia, di portata tale da causare (appunto autonomamente) il danno. La Corte di legittimità⁴⁴ lo definisce come quell'elemento “esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento”. Deve trattarsi di un fattore che rompe in maniera netta il rapporto tra cosa e danno, incidendo in maniera esclusiva nella determinazione dell'evento⁴⁵.

Il fortuito così detto incidente, invece, è rappresentato da quel fattore che interviene nel processo di derivazione causale del danno, senza tuttavia elidere completamente il ruolo della cosa: questa, nella dinamica dell'evento, non assume il ruolo di antecedente causale, ma risulta una mera occasione del danno, prodotto appunto dal fattore esterno.

⁴³ Tra le altre, il Tribunale Genova, sez. II, con la sentenza del 28 agosto 2007, in *Guida dir.*, 2008, 3, 68 (s.m), ha chiarito che “non sussiste la responsabilità del custode in tutti i casi nei quali l'evento sia imputabile al caso fortuito, sia esso autonomo (fattore esterno che, interferendo nella situazione, abbia provocato l'evento), sia esso incidente (quando la cosa, pur partecipando all'evento, ha ruolo di semplice occasione del danno), sia esso concorrente.” Applicando il suddetto principio di diritto, l'organo giudicante ha ridotto del 50% il risarcimento in favore di una persona che, mentre si accingeva ad entrare in un negozio, aveva violentemente battuto la testa contro la saracinesca, parzialmente abbassata. Ciò in quanto era stato ritenuto un'indubbia anomali “la circostanza che la saracinesca fosse solo parzialmente abbassata, da collocarsi nella sequenza causale nell'ambito delle insidie, ma che era altrettanto vero che la luce interna e quella esterna dovevano consentire di individuare l'ostacolo.”. Sempre il Tribunale di Genova, con la sentenza della sez. II, 23 agosto 2007, n. 2912, in *Guida dir.*, 2008, 1, 48 (s.m), aveva già esplicitato il suddetto principio di diritto, al quale si è conformata, più recentemente, anche la sentenza del Tribunale Lucca, 24 gennaio 2014, n. 116, in *Redazione Giuffrè*, 2014: nella specie, dal momento che la legge vieta ad un mezzo meccanico di qualunque tipo di salire sopra ad un marciapiedi, è stato ritenuto che il danno lamentato non si sarebbe verificato se l'attore avesse rispettato tale precetto legislativo, che la sua condotta *contra legem* (tale a prescindere dal fatto che i Vigili non avessero provveduto alla contravvenzione) “ha rappresentato un fattore causale autonomo determinante il fatto, che non fosse prevedibile, per il Comune convenuto, la sosta o anche solo il transito di una betoniera in un'area destinata a marciapiede, situata in pieno centro abitato cittadino”. Conseguentemente, il Tribunale ha respinto la domanda risarcitoria nei confronti del Comune per i danni subiti in conseguenza di un sinistro occorsogli quando, mentre l'attore si trovava alla guida di una betoniera e in prossimità dell'area di cantiere dove doveva scaricare il cemento, il terreno sottostante il mezzo aveva ceduto, facendo sprofondare le ruote posteriori del veicolo e ribaltare quest'ultimo su un fianco.

⁴⁴ In particolare Cass. civ., sez. III, 06 febbraio 2007, n. 2563, in *Giur. it.*, 2007, 11, p. 2443.

⁴⁵ Si riferisce testualmente ad un “fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento”, Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 993, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, p. 72.

Quest'ultimo, in pratica, presentando i caratteri dell'eccezionalità e dell'imprevedibilità, assume un'efficienza causale determinante nel rendere la cosa "fattore eziologico dell'evento dannoso"⁴⁶. Detto altrimenti, nell'ipotesi di fortuito incidente la cosa assume il ruolo di occasione dell'evento⁴⁷, o di mera "causa remota"⁴⁸, non adeguata alla produzione dello stesso⁴⁹. Nell'alveo della definizione di fortuito incidente si inseriscono le ipotesi di esclusione della responsabilità del custode per fatto ascrivibile allo stesso danneggiato o ad un terzo, il cui comportamento, incauto o autonomamente in grado di innescare il processo causale che porta poi all'evento lesivo, si pone come vera causa efficiente di quest'ultimo, declassando la cosa a mera occasione dello stesso.

Sulla base di questi presupposti, tra le altre, la sentenza n. 2563 del 2007 della Suprema Corte ha escluso la responsabilità da custodia di una società gestrice di un impianto di sci per le lesioni occorse ad uno sciatore conseguenti alla collisione, durante la discesa, con un casotto in muratura per il ricovero di un trasformatore dell'energia elettrica necessaria per il sistema di risalita posto in prossimità della pista, "sul presupposto dell'accertata assenza del nesso di causalità tra la cosa e l'evento, invece determinato [...] dalla condotta colposa della medesima vittima che non aveva osservato una velocità adeguata al luogo"⁵⁰.

⁴⁶ Vedi Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 993, *cit.*.

⁴⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 08 maggio 2014, n. 9936, in *Giust. civ. Mass.*, p. 2014. Il motivo di una decisione adottata dal supremo consesso nomofilattico è probabilmente da rinvenirsi non tanto nella decisione riguardante la responsabilità da cose in custodia, quanto nel particolarissimo (sicuramente innovatore) principio di diritto formulato, riguardante la così detta "ragione più liquida" e che trarrebbe fondamento, secondo gli ermellini, dalle disposizioni di cui agli artt. 24 e 111 Cost., "interpretati nel senso che la tutela giurisdizionale deve risultare effettiva e celere per le parti in giudizio". Sulla base di questi presupposti, i giudici hanno ritenuto di poter esaminare – nonostante ed ancor prima della pregiudizialità di giurisdizione che era stata sollevata quale prima censura – il secondo motivo di ricorso. Essendo quest'ultimo fondato, e conseguendone pertanto una declaratoria di rigetto della domanda risarcitoria, ne derivava l'assorbimento (per difetto di interesse) di quella relativa al preteso difetto di giurisdizione del giudice italiano. Così, è stato negato il risarcimento ad un ragazzo che si era appeso ad un canestro giocando a basket in quanto, "alla luce delle non contestate circostanze di fatto emerse in corso di causa, l'incidente ebbe a verificarsi per fatto e colpa esclusiva dell'indisciplinato minore il quale, nonostante fosse stato specificamente e reiteratamente avvertito del pericolo (peraltro, noto a qualsiasi pur sprovveduto praticante del gioco del basket) di rottura del canestro in conseguenza del (peraltro inutile) gesto di appendersi con tutto il proprio peso all'anello del canestro dopo una schiacciata, si era ben guardato dal prestare osservanza a tale indicazione". Secondo i giudici, l'utilizzazione palesemente impropria dell'anello del canestro aveva reso quest'ultimo una mera occasione dell'evento. Trattasi dell'ipotesi di fortuito "incidente", che tuttavia è stato qualificato in sentenza come "fortuito soggettivo"; tale espressione non è certo stata utilizzata per riferirsi ad un eventuale comportamento del custode, con reviviscenza di un'impostazione colpevolistica della fattispecie, ma più semplicemente alla rilevanza della condotta del danneggiato.

⁴⁸ Così si esprime Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20317, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, p. 1076.

⁴⁹ Verrebbe da ritenere, allora, che non può nemmeno definirsi causa, sia pur remota.

⁵⁰ Cass. civ., 06 febbraio 2007, n. 2563, *cit.* I giudici, inoltre, avevano osservato che lo colpa del danneggiato si era sostanziata altresì nell'essersi "imprudentemente portato fino al margine estremo del piazzale di arrivo, risultato comunque sufficientemente ampio, senza riuscire ad adottare manovre di emergenza

Qualora, invece, il comportamento del danneggiato contribuisca, insieme alla cosa, alla determinazione del danno, facendo propendere il giudicante per una limitazione del risarcimento ai sensi dell'art. 1227 I comma c.c., ricorrerà la figura del fortuito concorrente⁵¹. In questo caso, il fattore estraneo alla cosa non costituisce da solo causa efficiente del danno, ma condivide tale ruolo con la *res*: il nesso eziologico non rimane assorbito completamente dal fortuito, pertanto il custode verrà comunque ritenuto responsabile, sebbene “in concorso” con il danneggiato.

Se tale concorso di responsabilità si verifica non con il danneggiato, ma con un terzo, allora non vi sarà né esclusione, né tantomeno limitazione di responsabilità, rimanendo il custode tenuto per intero al risarcimento del danno.

La figura teorica del fortuito concorrente non è invocata spesso nelle sentenze della Corte di legittimità. Queste, tuttavia, adottano spesso il criterio decisionale ad esso sotteso: non si riferiscono ad un concorso tra causa fortuita (compreso il fatto del danneggiato) e causa proveniente dalla cosa, ma al concorso del danneggiato *tout court*, che ne limita il diritto al risarcimento del danno⁵².

La tesi che distingue il fortuito in autonomo, incidente e concorrente sembrerebbe palesare i principi teorici sottesi all'impostazione oggettivistica del caso fortuito.

A ben vedere, non c'è alcuna differenza di rilievo pratico tra l'affermare che l'elemento esterno abbia da sé prodotto il danno (fortuito autonomo), ovvero ch'esso abbia inciso in maniera determinante sulla cosa, rendendola mera occasione dell'evento (fortuito incidente): potrà dirsi configurata la prova liberatoria per il custode in entrambe le ipotesi.

Parimenti, con riferimento al fortuito concorrente, dal momento che esso riguarda per lo più i casi di concorso del danneggiato, l'ipotesi di un'eventuale ripartizione e redistribuzione delle responsabilità – e quindi anche del *quantum* risarcitorio – è già formalizzata dal codice, che all'art. 1227 c.c. prevede la diminuzione del risarcimento, “secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”, lì dove il fatto colposo del danneggiato abbia concorso a cagionare l'evento lesivo.

idonee ad evitare l'urto” contro l'ostacolo. Per gli ermellini, il fortuito incidente è da considerarsi “il fattore del tutto eccezionale e imprevedibile dotato di assorbente efficacia causale, rispetto al quale la cosa sia stata mera occasione del danno, ancorché riconducibile alla condotta colpevole della vittima.”

⁵¹ Cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 1987, n. 8308, in *Resp. civ.*, 1988, p. 169, che aveva precisato l'importanza di valutare con attenzione l'eventuale concorso di responsabilità tra chi aveva parcheggiato l'automobile sotto un albero carico di neve ed il proprietario-custode dell'albero stesso, una volta che la neve fosse caduta rovinosamente sull'automobile, danneggiandola.

⁵² Parlano esplicitamente di fortuito concorrente per lo più le sentenze di merito. Cfr. le già citate Tribunale Genova, sez. II, 28 agosto 2007 e sez. II, 23 agosto 2007, n. 2912; Tribunale Lucca, 24 gennaio 2014, n. 116.

È quantomeno lecito domandarsi, pertanto, se le figure del fortuito autonomo, incidente e concorrente abbiano un ineludibile ed insostituibile risvolto pratico, ovvero se nulla aggiungono a quanto desumibile *de plano* dalla norma.

A meno che esse non fungano da strumento argomentativo che consenta al giudicante, posto dinnanzi ad un caso concreto, di pervenire ad una decisione che formalmente si proclama fedele ad una teoria, ma nei fatti propende per un'altra, abilmente celata dietro simili costruzioni concettuali.

La validità di quest'ipotesi potrà essere vagliata dopo aver concluso l'indagine sul momento applicativo, con particolare riferimento al custode pubblico.

3. Caratteristiche della cosa e *vexata quaestio* della pericolosità: analisi e deduzioni.

La Giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, non si è mai soffermata troppo a delineare le caratteristiche di ciò che può considerarsi “cosa” rilevante ai sensi dell'art. 2051 c.c.: in ogni caso, rientra comunemente nella suddetta nozione ciò che è materialmente idoneo a cagionare il danno e purché non sia un bene o un oggetto di cui si occupi un'altra specifica disposizione (come ad esempio gli edifici, per la rovina dei quali la responsabilità è disciplinata dall'art. 2053 c.c.).

Invero, c'è una caratteristica della cosa sulla quale spesso i giudici – ed in larga parte gli ermellini, delle cui pronunce in questa sede ci occupiamo – si sono soffermati: la sua pericolosità. Ci si è chiesti se essa debba essere un requisito intrinseco ai fini del sorgere della responsabilità.

Prima dell'entrata in vigore del codice del '42, pur non essendo richiesto espressamente che le cose fossero pericolose per il sorgere della responsabilità dall'art. 1384 c.c., quest'ultimo veniva comunque interpretato in tal senso⁵³. Si affermava che solo una cosa intrinsecamente pericolosa potesse avere una propensione al danno.

⁵³ M. COZZI, *op. cit.*, p. 32, rappresenta che “intanto il concetto di cosa contenente in sé la causa del danno doveva necessariamente richiamare il concetto di pericolo. Che infatti vuol dire che una cosa ha propensione al danno se non che essa è una cosa pericolosa?” Inoltre, osserva l'a. che il Ripert sosteneva una corrente che “generalizzava la distinzione tra cose pericolose e cose inoffensive, estendendola dal campo della questione della responsabilità per incendi ad ogni altra ipotesi di responsabilità per fatto di cose. L'art. 1384 comma 1, si disse, si riferisce solo alle cose pericolose, poiché una custodia è concepibile solo nei riguardi di queste. Custodia è essenzialmente obbligazione specificata di vigilare a che i pericoli della cosa non si realizzino.”. Tuttavia, il Cozzi manifestava perplessità (*cit.*, p. 38) sulla corrente dottrinale e giurisprudenziale che poneva come criterio dell'applicazione dell'art. 1384, comma 1, il carattere pericoloso della cosa.

Può ritenersi che una simile posizione derivasse dalla considerazione della fattispecie di danni da cose come ipotesi di responsabilità per colpa: non avrebbe potuto essere in colpa il custode di una cosa non pericolosa da cui fosse comunque derivato un danno, poiché in tal caso, non essendo appunto la *res* dotata di un'intrinseca idoneità al nocimento, non sarebbe stato individuabile un comportamento accorto o diligente da richiedere al custode. Negli anni successivi all'entrata in vigore del nuovo codice, la Giurisprudenza di legittimità ha mostrato convergenza nel negare rilevanza alla pericolosità della cosa⁵⁴, nonostante l'indirizzo prevalente sulla responsabilità ex art. 2051 c.c. fosse inizialmente quello della presunzione di colpa.

Anche con il successivo affermarsi della tesi sulla natura oggettiva di tale forma di responsabilità, è rimasto saldo il suddetto orientamento; partendo da presupposti diversi, tanto le pronunce che ritenevano il 2051 c.c. un'ipotesi di colpa (almeno presunta), quanto quelle che propendevano per la sua natura oggettiva, sottolineavano e continuano a sottolineare che la pericolosità della *res* non rileva ai fini del sorgere della responsabilità.

Le prime, infatti, osservavano come, fossero o meno le cose dotate di pericolosità, comunque il dovere di custodia e controllo non veniva meno⁵⁵, sicché il custode non poteva invocare l'assenza di pericolosità della *res* per liberarsi da responsabilità, dovendo piuttosto la prova liberatoria essere configurata dal fortuito.

Le seconde, che aderivano alla tesi oggettivistica, precisavano che il legame eziologico tra cosa ed evento, da accertare concretamente, prescindeva dalla considerazione sulla natura della cosa⁵⁶: al più, la pericolosità di quest'ultima poteva facilitare l'operazione di accertamento del nesso causale.

Si osservava e si osserva, pertanto, che per la configurazione della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., che è ipotesi di responsabilità oggettiva, "è sufficiente il nesso causale, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa stessa"⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., 24 luglio 1963, n. 2055 in *Giust. civ.*, 1963, p. 2343; Cass. 09 giugno 1983, n. 3971, in *Giust. civ. Mass.*, 1983.

⁵⁵ Si veda in proposito Cass. civ. 22 maggio 2000, n. 6616, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1078: "in tema di danni causati da cose in custodia, l'art. 2051 c.c. non richiede necessariamente che l'idoneità lesiva dipenda dalla natura stessa di tali cose in quanto anche allorché questi siano prive di un proprio dinamismo sussiste un dovere di custodia e controllo quando il fortuito o l'effetto dell'azione umana possa prevedibilmente intervenire come causa esclusiva o come concausa nel processo obiettivo di produzione dell'evento dannoso provocando lo sviluppo di un agente, di un elemento o di un carattere che conferiscano alla cosa la idoneità suddetta."

⁵⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 06 febbraio 2007, n. 2563, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2.

⁵⁷ Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Giust. civ.*, 2008, 6, I, 1483.

L'indirizzo in questione si è ormai consolidato presso la Suprema Corte di legittimità: si ripete costantemente che “la responsabilità per danni da cose in custodia ha carattere oggettivo e, perché possa configurarsi, è sufficiente la sussistenza del nesso causale tra cosa in custodia e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa stessa (e, perciò, anche per le cose inerti) e senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza.”⁵⁸

Vi è, inoltre, un particolare indirizzo ermeneutico che si pone in conformità con quello suddetto, precisando tuttavia un ulteriore aspetto. Alcune sentenze, infatti, pur confermando l'irrilevanza, ai fini del sorgere della responsabilità, della pericolosità della cosa, sottolineano come quest'ultima possa essere dannosa sia in virtù di una “connaturale forza dinamica”, sia “per effetto di concause umane o naturali” (divenendo così “idonea al nocimento”)⁵⁹.

La suddetta specificazione, per un verso, riconosce la distinzione tra le cose pericolose in sé e quelle che tali non sono; per altro verso, pone l'attenzione sulla circostanza per cui, nondimeno, anche le cose intrinsecamente non pericolose possono diventare causa efficiente del danno: “pure le cose normalmente innocue sono suscettibili di assumere ed esprimere potenzialità dannosa in ragione di particolari circostanze o in conseguenza di un processo provocato da elementi esterni.”⁶⁰

Il “dinamismo connaturale” si pone, dunque, come espressione indicativa della pericolosità intrinseca di una cosa, laddove quest'ultima può anche divenire pericolosa – e conseguentemente essere causa di danno – nell'ipotesi di “insorgenza in questa di un processo dannoso, ancorché provocato da elementi esterni”⁶¹.

⁵⁸ Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 993, in *Banca Dati De Jure*; cfr. anche Cass. civ., sez. III, 07 aprile 2010, n. 8229, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 503.

⁵⁹ Questa specificazione è operata dalla nota Cass. civ. 20 febbraio 2006, n. 3651, *cit.*, che aveva aderito all'orientamento sempre più prevalente sulla responsabilità oggettiva, qualificando l'art. 2051 c.c. come ipotesi di responsabilità aggravata (per colpa). Nonostante tale peculiare qualificazione, neanche in questo provvedimento si afferma che la pericolosità è rilevante. Anzi, la suddetta pronuncia sottolineava proprio la diversità di *ratio* dell'art. 2051 c.c. rispetto all'art. 2050 c.c. (danni da esercizio di attività pericolosa), dove la pericolosità, viceversa, è rilevante.

⁶⁰ Cass. civ., 20 febbraio 2006, n. 3651, *cit.*.

⁶¹ Cass. civ., sez. I, 01 marzo 1995, n. 2301, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 472. Peraltro, proseguono i giudici, “il controllo circa l'idoneità della cosa all'uso cui è destinata compete al custode in ragione del potere materiale che egli esercita su di essa, senza che possano invocarsi, per escluderne la responsabilità, precedenti, omessi interventi di controllo da parte di soggetti privati (precedenti custodi) o pubblici sull'idoneità medesima.” Di conseguenza, “quando si tratti di cose in sé pericolose [...], costituisce preciso obbligo del custode, sanzionato anche penalmente (D.P.R. 27 aprile 1955 n. 547, art. 168 e ss.), prevenire il danno, esercitando il controllo della cosa in custodia ed attivandosi, anche autonomamente, per evitare che da essa derivino altri danni ai terzi.”

Sembrerebbe, dunque, che una cosa dotata di un suo “dinamismo intrinseco” sia *ex se* pericolosa e quindi facilmente individuabile come causa di un fatto di danno; diversamente, se una cosa è di per sé inerte, allora dovrà essere provato quell’elemento idoneo ad attivarne il rapporto di causalità rispetto al danno⁶².

Tuttavia, ciò che emerge come dirimente nelle decisioni giudiziali non è la pericolosità della cosa, bensì la sua partecipazione alla produzione del danno. La pericolosità potrebbe incidere percentualmente sul concreto accertamento di fatto⁶³, ma non sembra essere l’effettiva *ratio decidendi* nelle sentenze esaminate; conseguentemente, le specificazioni in ordine al “dinamismo” della cosa, sia esso intrinseco o “sopravvenuto”, costituisce per lo più un *obiter dictum* di queste pronunce⁶⁴.

Un *argumentum a contrario* a sostegno di una simile conclusione può essere ricavato dall’analisi di un altro indirizzo pretorio, che si occupa di mettere in relazione la (potenziale) pericolosità della cosa con il comportamento del danneggiato, al fine di individuare i requisiti di sussistenza del fortuito.

Si dubita che tale indirizzo possa essere considerato un orientamento univoco. Le conclusioni cui pervengono i giudici, come a breve si vedrà, sono simili; tuttavia, a divergere e, conseguentemente, a destare (quantomeno) stupore sono i presupposti di partenza, che si distinguono proprio là dove vanno a valutare l’incidenza della pericolosità o meno della cosa. Pericolosità che – si anticipa – sembra di conseguenza essere declassata, anche ad opera di questo indirizzo, a mero grimaldello argomentativo, senza avere nei fatti alcuna incidenza concreta.

⁶² Sembra confermare questa lettura Cass. civ., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 25214, in *Dir. Giust.*, 2014, 28 novembre, secondo cui non è necessario provare la pericolosità della *res* “allorché l’evento dannoso sia ricollegabile all’intrinseco dinamismo della cosa”. Si trattava di un carrello della spesa che, sganciandosi dal piano di calpestio del tappeto mobile, aveva cagionato danni ad una persona che da esso era stata colpita.

⁶³ Confermerebbe questa considerazione Cass. civ., sez. II, 09 dicembre 2009, n. 25772, in *Dir. Giust. online*, 2009, là dove osserva che “in tema di danno cagionato da cose in custodia, il giudizio sulla pericolosità della cosa inerte va fatto in relazione alla sua normale interazione con la realtà circostante”. Nel caso di specie, gli ermellini hanno cassato con rinvio la decisione dei giudici del merito, che avevano “riconosciuto ad una donna il risarcimento dei danni riportati in seguito ad una caduta occorsa in un vialetto condominiale, atteso che, a detta della Corte, i giudici si erano limitati a rilevare la presenza di sconessioni nella pavimentazione del vialetto in questione scarsamente illuminato, ma non avevano in alcun modo esaminato se tale situazione di oggettivo pericolo costituisse un’insidia non superabile con l’ordinaria diligenza e prudenza, ovvero fosse suscettibile di essere prevista e superata con l’adozione delle normali cautele da parte del danneggiato”.

⁶⁴ Cfr. R. BREDA, *La Cassazione e i danni da cose in custodia: quattro casi in rassegna*, nota alle sentenze Cass. civ., sez. III, nn. 13337/2000, 584/2001, 2331/2001, 782/2001, in *Danno e Resp.*, 2001, 7, p. 732, che, citando alcuni autori, rileva come secondo loro “il dinamismo riferito ad una qualità specifica della cosa costituisca un *obiter dictum*, mentre la *ratio decidendi* debba più correttamente essere individuata nella partecipazione della cosa alla produzione del danno.”

Ed infatti, diverse sentenze⁶⁵ precisano che la cosa può svolgere solo il ruolo di “occasione dell’evento” ed essere “svilita a mero tramite del danno in effetti provocato da una causa ad essa estranea”: quest’ultima s’inquadra come caso fortuito, che ben può essere integrato dallo stesso comportamento del danneggiato, verificandosi così il fortuito incidentale, idoneo ad interrompere il collegamento causale tra la cosa e il danno.

Ma se un simile assunto generale ricorre nelle sentenze qualificanti questo indirizzo, ciononostante il comportamento del danneggiato, rilevante quale caso fortuito, viene fatto derivare – e qui si manifesta la discrasia all’interno di siffatta opzione ermeneutica, solo apparentemente inquadrabile in maniera univoca – ora dall’assenza di caratteri insidiosi della cosa, ora dalla sua intrinseca pericolosità: ne viene fuori un fenomeno decisorio quantomeno paradossale.

Vediamo meglio queste divergenti impostazioni.

La sentenza di legittimità n. 584 del 2001⁶⁶ afferma che “il giudizio sull’autonoma idoneità causale del fattore esterno, estraneo alla cosa, va ovviamente adeguato alla natura della cosa ed alla sua pericolosità, nel senso che tanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l’adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l’efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo (costituente fattore esterno) nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere dunque la responsabilità del custode ai sensi dell’art. 2051 c.c..”

Se ben s’intende, provando ad esplicitare (semplificandola) la struttura dell’argomentazione giurisprudenziale appena esposta, è possibile affermare che: se la cosa non è (o è poco) “intrinsecamente” pericolosa, allora la situazione potenzialmente dannosa può essere, per la sua abnormità, più facilmente prevista e superata da una persona accorta. Per questo, se si verifica un danno, allora il comportamento del danneggiato dovrà presumibilmente essere stato poco accorto ed imprudente, divenendo causalmente idoneo ad essere sussunto nell’alveo del fortuito.

⁶⁵ *Ex multis*, si vedano Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584, *Giust. civ. Mass.*, 2001, 105, nonché Cass. civ., sez. VI, 18 dicembre 2015, n. 25594, in *Dir. Giust.*, 2015, 18 dicembre. Vengono indicate queste due poiché, come si chiarirà a breve, rappresentano emblematicamente i paradigma di altre pronunce che pervengono all’individuazione del fortuito costituito dal comportamento del danneggiato, partendo tuttavia da presupposti tra loro agli antipodi quanto alla considerazione della cosa: di questa, per l’una diventa determinante la pericolosità, per l’altra ha valore determinante la non pericolosità.

⁶⁶ Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584, *cit.*

Il che val quanto dire che, se si ha a che fare con una cosa non pericolosa, un'eventuale situazione di pericolo dovrà per forza di cose manifestarsi inequivocabilmente al (potenziale) danneggiato⁶⁷.

Il principio di diritto, così come formulato dalla richiamata sentenza, non è frutto di una tesi isolata: in conformità ad esso si sono espresse altre pronunce della Corte Suprema di legittimità⁶⁸. La sentenza n. 23584 del 2013⁶⁹ ha corroborato la tesi, ribadendo che “ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., allorché venga accertato, anche in relazione alla mancanza di intrinseca pericolosità della cosa oggetto di custodia, che la situazione di possibile pericolo, comunque ingeneratasi, sarebbe stata superabile mediante l'adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, deve escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell'evento, e ritenersi, per contro, integrato il caso fortuito.”⁷⁰ Il medesimo principio si riscontra tuttora: è stato ribadito dagli Ermellini anche nelle recentissima pronuncia n. 12895 del 2016⁷¹.

Analogo solo per la conclusione del ragionamento logico-giuridico, ma opposto per i presupposti condizionanti la conclusione stessa, è l'indirizzo che, contrariamente a quello appena esaminato, valorizza nell'*iter* argomentativo proprio l'intrinseca pericolosità della cosa.

⁶⁷ La sentenza in commento, Cass. civ., sez. III 17 gennaio 2001 n. 584, *cit.*, si era occupata di decidere il caso di una persona travolta dal carrello della spesa che stava trasportando e la cui ruota si era “impuntata” ed era stata bloccata da una buca presente sulla pavimentazione del cortile esterno (e di proprietà) del supermercato, che per il resto si presentava in perfette condizioni. Applicando i principi sopra richiamati, la suprema Corte ha dichiarato non sussistere la responsabilità del proprietario del supermercato ai sensi dell'art. 2051 c.c., avendo considerato caso fortuito il comportamento (ritenuto) imprudente del malcapitato danneggiato.

⁶⁸ Tra cui Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 253, secondo cui “in tema di responsabilità ex art. 2051 cc., il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno ed estraneo deve essere adeguato alla natura ed alla pericolosità della cosa, sicché tanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo (costituente fattore esterno) nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere, perciò, la responsabilità del custode.”. Cfr., più recentemente, Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3662, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 2, p. 642.

⁶⁹ Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2013, n. 23584, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

⁷⁰ Si trattava del caso di una donna inciampata in uno scivolo metallico, scarsamente visibile, che congiungeva due diversi livelli di un esercizio commerciale. Ritenendo esservi stata una disattenzione della donna, i giudici di legittimità, confermando le due precedenti decisioni di merito, hanno ritenuto interrotto il nesso eziologico tra cosa ed evento di danno.

⁷¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2016, n. 12895, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, che ha ritenuto il sinistro subito dalla ricorrente, rovinosamente caduta uscendo da un ascensore che si era arrestato con un dislivello di circa 20 centimetri rispetto al piano, causalmente attribuibile alla disattenzione della stessa ricorrente, in considerazione delle condizioni di illuminazione e della presenza di una doppia porta di apertura dell'ascensore, circostanze che avrebbero reso superabile il pericolo creato dal detto dislivello tenendo un comportamento ordinariamente cauto.

Esso si è sviluppato come precipitato della teoria del così detto “rischio elettivo”: il potenziale danneggiato, consapevole del pericolo derivante da una cosa, decide di entrarvi comunque in contatto⁷², cosicché gli eventuali danni andranno ricondotti alla suddetta scelta e non potranno essere imputati al custode della cosa.

Osserva in proposito la III Sezione della Cassazione civile, nella sentenza n. 13681 del 2012⁷³, che “la responsabilità del custode, di cui all'art. 2051 c.c. è esclusa in presenza di una scelta consapevole del danneggiato, il quale, pur potendo avvedersi con l'ordinaria diligenza della pericolosità della cosa, accetti di utilizzarla ugualmente.”⁷⁴

Ne discende, stando a quanto evidenziato dalla pronuncia di legittimità n. 24793/2013⁷⁵, il principio secondo cui “la cosa intrinsecamente pericolosa assume tanto minore efficienza causale dell'evento quanto più il possibile pericolo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato.”

Provando a ricostruire il ragionamento sotteso a queste ultime decisioni, si nota come, anche questa volta, è richiesta una particolare accortezza a chi entri in contatto con la cosa (potenziale danneggiato): ciò, tuttavia, si pone come conseguenza (non più della non intrinseca pericolosità della cosa, da cui discende la necessità di accorgersi di eventuali anomalie, bensì) della strutturale dannosità della *res*, che impone perciò di prestare molta attenzione, adottando tutte le precauzioni del caso al fine di evitare l'evento dannoso⁷⁶. Detto altrimenti, quando le situazioni di pericolo sono immediatamente e facilmente percepibili, può darsi che un eventuale danno sia dovuto alla superficialità del danneggiato che sia entrato in contatto con esse. Peraltro, anche ad un simile filone giurisprudenziale continuano attualmente ad aderire diverse sentenze, tra le quali, da ultimo, la n. 6407 del 2016⁷⁷, in cui la Corte espressamente afferma come il caso fortuito possa “essere integrato

⁷² Per soddisfare i propri più svariati interessi: ludici, ricreativi, economici.

⁷³ Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2012, n. 13681, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 1002.

⁷⁴ Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva escluso la responsabilità del custode di un campo di calcetto, per l'infortunio occorso ad un giocatore in seguito all'impatto contro alcuni tubi metallici accantonati ai margini del campo e ben visibili.

⁷⁵ Cass. civ., sez. III, 05 novembre 2013, n. 24793, in *Dir. Giust. online*, 2013, 5 novembre.

⁷⁶ Cfr., altresì, la recente Cass. civ., sez. VI, 09 ottobre 2015, n. 20366, in *Dir. Giust.*, 2015, 12 ottobre, che (escludendo il risarcimento in favore della vittima di una caduta avvenuta sulle scale di una Chiesa che portavano alla cripta, atteso che era emerso dall'istruttoria che le scale erano ben illuminate e segnalate) ha formulato il seguente principio di diritto: “ai fini di cui all'art. 2051 c.c., il caso fortuito può essere integrato anche dalla colpa del danneggiato, poiché la pericolosità della cosa impone un obbligo massimo di cautela, proprio poiché il pericolo è altamente prevedibile; e tale prevedibilità con l'ordinaria diligenza è sufficiente ad escludere la responsabilità del custode anche ai sensi dell'art. 2051 c.c.”. Da ultimo, cfr. anche Cass. civ., sez. VI, 06 luglio 2015, n. 13930, in *Dir. Giust.*, 2015, 6 luglio.

⁷⁷ Cass. civ., sez. VI, 01 aprile 2016, n. 6407, in *Dir. Giust.*, 2016, 4 aprile.

anche dalla colpa del danneggiato, poiché la pericolosità della cosa impone un obbligo massimo di cautela, proprio in quanto il pericolo è altamente prevedibile.”⁷⁸

Come può facilmente arguirsi, da due presupposti di partenza esattamente opposti sulla qualità, *rectius*, sulla pericolosità della cosa, la giurisprudenza è stata in grado di pervenire al medesimo risultato: se dai fatti è emerso un comportamento superficiale e poco accorto del danneggiato, esso integra gli estremi del caso fortuito che declassa la cosa a mera occasione dell’evento, o almeno integra l’ipotesi di concorso colposo del danneggiato di cui all’art. 1227, II comma, c.c..

È alquanto singolare, dunque, come un’identica conseguenza abbia come presupposto condizionante, in un caso, la non pericolosità della cosa, nell’altro, la sua intrinseca dannosità.

Quanto appena osservato sembrerebbe confermarsi quale valido *argumentum a contrario* della tesi sopra esposta: è la concreta e decisiva incidenza causale della *res* nella produzione del danno a rilevare nell’accertamento della configurabilità della fattispecie di cui all’art. 2051 c.c., laddove la sua intrinseca pericolosità non è vera *ratio decidendi*, ma costituisce al più un *obiter dictum*.

Non importa, in pratica, che la cosa sia di per sé insidiosa o meno: ciò che conta è la possibilità per il danneggiato di prevedere la situazione di pericolo che si viene a creare.

Dunque, anche le sentenze che si richiamano alla pericolosità della cosa quale fattore idoneo ad incidere sul sorgere della responsabilità del custode, non la considerano mai come elemento ineludibile della fattispecie.

Entrambe le ultime particolari ricostruzioni osservate, sebbene affermino che “il giudizio sull’autonoma idoneità causale del fattore esterno, estraneo alla cosa, va ovviamente adeguato alla natura della cosa ed alla sua pericolosità”⁷⁹, mostrano comunque di poter considerare integrato il caso fortuito della colpa del danneggiato indipendentemente dall’intrinseca dannosità della cosa.

Infine, occorre evidenziare come non sia da escludere – in un’ottica di considerazione olistica dell’operare e del reciproco influenzarsi tra loro dei diversi elementi della fattispecie da parte della giurisprudenza – che la pericolosità della cosa possa incidere su

⁷⁸ Conseguentemente, tale prevedibilità con l’ordinaria diligenza è ritenuta sufficiente ad escludere la responsabilità del custode; sicché, nel caso nella specie, che riguardava una richiesta di risarcimento per i danni conseguenti ad una caduta avvenuta dentro un negozio a causa della presenza di un gradino non adeguatamente segnalato, la Corte ha rilevato come il dislivello fosse lieve, il gradino fosse largo circa un metro e fosse presente anche una guida antiscivolo, sicché la caduta doveva essere imputata ad un difetto di attenzione della danneggiata nell’affrontare il gradino che aveva determinato la caduta.

⁷⁹ Cass. civ., 17 gennaio 2001, n. 584, *cit.*.

altri requisiti dell'ipotesi di responsabilità in esame, magari "attivandone" la rilevanza. Si pensi al comportamento del custode, su cui ci si soffermerà a breve: l'attenzione ad esso, nell'accertamento del caso concreto, potrebbe infatti anche dipendere dalla natura, *rectius* dalla pericolosità, della cosa⁸⁰. L'analisi condotta nei paragrafi successivi potrà confermare o smentire l'ipotesi avanzata.

4. La custodia: dall'obbligo di vigilare al potere di fatto e di diritto, fino all'irrilevanza del comportamento del custode.

La nozione di custodia non è sempre univoca in giurisprudenza, pur trattandosi di un elemento cardine della fattispecie, che indica la scelta del legislatore nell'individuazione del soggetto su cui far gravare la responsabilità – e quindi gli obblighi risarcitori – ai sensi dell'art. 2051 c.c..

Non essendo il custode il soggetto di cui all'art. 1766 c.c., ovverosia il depositario obbligato contrattualmente a custodire la cosa ricevuta, né tantomeno potendo essere appiattito sulla figura del proprietario, i giudici di legittimità hanno tentato di definirlo e di individuarne le caratteristiche, giungendo ad orientamenti spesso tra loro divergenti.

Un dato emerge evidente: la nozione di custodia che si rinviene nelle sentenze dei giudici di legittimità è in un rapporto di stretta interdipendenza con la natura che viene attribuita alla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c..

Le pronunce che hanno configurato il custode come un soggetto al quale è richiesto uno specifico *facere*, declinato secondo la dimensione assiologica del dovere, hanno poi palesato un'adesione alla natura soggettivistica anche della responsabilità da cose, in ossequio agli originari principi colpevolistici dell'illecito civile.

Secondo quanto affermato dai giudici di Piazza Cavour con la pronuncia n. 5885 del 1999⁸¹, che rappresenta emblematicamente l'orientamento prevalente fino ai primi anni del nuovo secolo, basato sulla così detta presunzione di colpa, quest'ultima trova origine nell'esistenza "di un effettivo potere fisico di un soggetto sulla cosa, al quale potere

⁸⁰ Detto altrimenti: se la cosa è pericolosa, ci si orienta a considerare come rilevante il comportamento del custode. Se la *res* difetta di intrinseca pericolosità, le circostanze vengono considerate di più oggettivamente, senza guardare al contegno del custode.

⁸¹ Cass. civ., sez. III, 14 giugno 1999, n. 5885, in *Banca Dati De Jure*.

inerisce il dovere di custodire la cosa stessa in modo da impedire che produca danni a terzi.”

I giudici vanno alla ricerca di chi abbia un potere “effettivo e fisico” sulla cosa; a questo soggetto attribuiscono la qualifica di custode e gli richiedono uno specifico obbligo di attivarsi per impedire che la cosa possa cagionare danno. Il custode è pertanto titolare di un dovere, per questo l’eventuale danno è indice presuntivo della violazione della suddetta situazione giuridica soggettiva e, conseguentemente, della colpa.

Questa strettissima relazione tra potere fisico, dovere di custodia e presunzione di colpa è messa in evidenza dalla sentenza n. 1859 del 2000⁸², dove il collegio giudicante ha ritenuto che proprio dal dovere di custodia – a sua volta “attivato” dall’effettivo potere fisico di un soggetto sulla cosa – deriva la presunzione di colpa⁸³.

Occorre, tuttavia, meglio specificare cosa si intenda per “effettivo potere fisico” del soggetto nei confronti della cosa. Hanno tentato questo inquadramento alcune sentenze affini all’orientamento *testé* delineato: secondo un provvedimento più risalente della Cassazione⁸⁴, tra soggetto e *res* deve esservi in pratica “un rapporto concreto che implichi il governo, il controllo e l’uso della cosa custodita”, da cui discende l’obbligo di vigilare affinché da questa, per sua natura o particolari condizioni, non derivi danno ad altri. Altre sentenze, come la n. 24529 del 2009⁸⁵, hanno in seguito specificato ulteriormente gli obblighi del custode: egli ha il “potere di sorveglianza, di modificare lo stato [della cosa] e di escludere che altri vi apportino modifiche”; sicché, per andare esente da responsabilità egli “deve dimostrare non avere potuto far nulla per evitare il danno”.

Questa triplice suddivisione del dovere di custodire, che si sostanzia nel potere di controllare, di eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte e di escludere i terzi dal contatto con la cosa, è stata adottata quale parametro di riferimento da altre pronunce – anche recenti - dei giudici di legittimità⁸⁶. Non tutte, però, provvedono a questa

⁸² Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1859, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 394.

⁸³ Ed infatti "l'art. 2051 c.c. non si riferisce alla custodia nel senso contrattuale del termine, bensì ad un effettivo potere fisico, che implica il governo e l'uso della cosa ed a cui sono riconducibili l'esigenza e l'onere della vigilanza affinché dalla cosa stessa [...] non derivi danno ad altri."

⁸⁴ Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 1981, n. 481, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 1. Simile, per certi aspetti, è Cass. civ., sez. III, 13 maggio 1997, n. 4196, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 725, là dove osserva che “la presunzione di colpa prevista dall'art. 2051 c.c. per i danni cagionati dalle cose in custodia, gravante su colui che esercita il potere fisico sulla cosa stessa, costituisce estrinsecazione del dovere di vigilare e di tenere la cosa sotto controllo in guisa da impedire che produca danni a terzi.”

⁸⁵ Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24529, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, p. 1614.

⁸⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 858, in *Giust. civ.*, 2009, 9, I, 2007; Cass. civ., sez. III, 01 aprile 2010, n. 8005, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 494; Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2014, n. 19657, in *Foro it.*, 2015, 2, I, c. 555.

estrinsecazione del generale profilo del custode per farne discendere poi una responsabilità per colpa, fosse anche presunta. Si generano così problemi di incertezza, ma anche di confusione dei piani e non coerenza tra i principi enunciati dai giudici e la *ratio decidendi* effettivamente sottesa ai singoli casi posti *sub iudice*.

Le pronunce che ritengono sussistente la custodia solo in presenza di una “effettiva possibilità di controllo”, invero, non sempre riconducono poi quest’ultima ad un obbligo di vigilanza da parte del custode.

Ad esempio, la pronuncia n. 1468 del 2014, pur dichiarando espressamente il carattere oggettivo della responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ed escludendo dalla sua rilevanza la condotta del custode, ha definito quest’ultimo come il soggetto che di fatto “controlla le modalità d'uso e di conservazione” della cosa, potendo conseguentemente controllare anche “i rischi inerenti alla cosa” stessa⁸⁷. Tale pronuncia – come quelle ad essa conformi – si trova in una posizione intermedia tra due orientamenti contrapposti.

Infatti, nelle decisioni in cui viene enunciato il carattere oggettivo della fattispecie di cui all’art. 2051 c.c., non vengono tendenzialmente presi in esame i singoli poteri riconducibili alla figura del custode, ma si guarda ad una situazione di fatto e di diritto obiettivamente accertabile.

Vediamo meglio, proseguendo nell’analisi del dato giurisprudenziale, quali sono le peculiarità di questo orientamento, che fa da contraltare alle opzioni ermeneutiche *supra* descritte, inquadrando su presupposti obiettivi anche il criterio d’imputazione della responsabilità, *id est* la custodia.

Un’autorevole definizione di custodia è contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di legittimità, n. 12019 del 1991⁸⁸, nota per aver dato impulso alla nuova concezione della forma di responsabilità di cui all’art. 2051 c.c., inaugurando l’orientamento in chiave oggettiva⁸⁹: secondo l’autorevole consesso, la custodia indica “la disponibilità di fatto e giuridica sulla cosa”, ma “non presuppone, né implica uno specifico obbligo di custodire la cosa; la norma fa soltanto riferimento ad uno stato di fatto.” Questa definizione di custodia,

⁸⁷ Cass. civ., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 1468, in *Dir. Giust.*, 2014, 24 gennaio. Nel caso di specie, è stato escluso il risarcimento in favore di un uomo che, mentre era a bordo della sua auto, era stato investito da un treno nei pressi di un passaggio a livello privo di custodia, dal momento che il conducente era risultato essersi fermato con la propria auto nella zona dei binari, violando l’elementare norma di diligenza che impone a chiunque di non effettuare soste o fermate in tale zona.

⁸⁸ Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 1991, n. 12019, in *Giust. civ.*, 1992, I, 41; in *Mass. Foro it.*, 1991; il testo integrale è rinvenibile in *Banca Dati De Jure*.

⁸⁹ Cfr. par. successivo.

condivisa successivamente anche da altre pronunce⁹⁰, individua un doppio momento identificativo: custode è chi abbia la disponibilità non solo di fatto, ma anche di diritto della cosa. La richiesta della sussistenza di entrambi i presupposti consente di restringere il campo per l'individuazione del custode: stando a questa definizione, il detentore per ragioni di servizio ed ospitalità, che non può disporre giuridicamente di un bene di cui magari si trova praticamente a godere, non potrebbe essere custode; parimenti, il titolo proprietario su una cosa potrebbe non essere sufficiente per far ritenere il *dominus* anche custode⁹¹, qualora detto *dominus* non abbia la disponibilità di fatto sul bene ed a condizione questa sia stata trasferita ad altro soggetto, che magari dispone giuridicamente del bene in virtù di altro e diverso titolo (si pensi al conduttore o al comodatario).

Consente di ritenere un soggetto custode la sussistenza di un potere di diritto, il quale però non può mai essere sganciato da un effettivo potere di fatto sullo stesso.

Inoltre, secondo questo orientamento, la qualità di custode non impone alcun *facere* positivo. Si tratta di una prospettiva coerente con una lettura in termini obiettivi della fattispecie: la responsabilità sorge al verificarsi di un danno eziologicamente riconducibile alla cosa, là dove questa abbia un custode ben individuabile sul quale far ricadere detta responsabilità per il danno occorso alla malcapitata vittima; non v'è alcuna individuazione, nemmeno in chiave presuntiva, di una colpa del custode che abbia ommesso di vigilare sulla cosa, contravvenendo ad una situazione giuridica di dovere.

Nel solco di questa impostazione, si colloca un orientamento convergente con quello appena delineato, sviluppatosi alla fine del secolo scorso di pari passo con la tesi della natura oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c. e tendente a fornire una nuova chiave lettura della medesima teoria, giungendo al medesimo risultato, pur partendo da presupposti diversi. Mentre infatti le sentenze sopracitate dichiaravano sussistente la custodia al ricorrere della disponibilità di fatto e giuridica sulla cosa, ve ne sono altre che specificano ciò che non è custodia, individuando tale indice nel comportamento del custode.

⁹⁰ Tra cui si veda Cass. civ., sez. III, 09 febbraio 2004, n. 2422, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2, secondo cui la responsabilità da cose in custodia si fonda sulla disponibilità giuridica e di fatto sulla cosa.

⁹¹ Custode è infatti "chi di fatto controlla le modalità d'uso e di conservazione della cosa, non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta. Ma deve esserci una effettiva possibilità del controllo, una concreta disponibilità", che non sempre è riscontrabile nell'ipotesi di beni pubblici. Così si esprime Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2011, n. 11016, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, p. 769; cfr. anche Cass. civ., sez. III, 02 marzo 2012, n. 3253, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, p. 991.

Leggiamo nella massima della pronuncia di legittimità n. 584 del 2001⁹² che “nel[l’art.] 2051 c.c. il profilo del comportamento del custode è estraneo alla struttura della fattispecie normativa”; e ancora, la nota sentenza n. 5031 del 1998, che diede una spinta decisiva al diffondersi della tesi giurisprudenziale sulla responsabilità oggettiva, sottolinea come la responsabilità per i danni cagionati da una cosa in custodia di cui all’art. 2051 c.c. “si fonda non già su un comportamento o un’attività del custode, bensì su una relazione di custodia intercorrente fra questi e la cosa dannosa.”⁹³

Tale orientamento è affine a quello precedentemente riportato: il primo individuava il custode, l’altro chiarisce che la sua condotta e l’osservanza o meno di un obbligo di vigilanza non rilevano per il sorgere della responsabilità⁹⁴, tanto che secondo gli Ermellini, nella sentenza n. 4446 del 2014⁹⁵, “il riferimento ad una concreta condotta colposa del danneggiante, contenuto nella domanda di risarcimento danni, esclude che la parte attrice abbia inteso richiamare la fattispecie della responsabilità da cose in custodia, che prescinde dall’accertamento del carattere colposo dell’attività o del comportamento del custode”.

Quest’orientamento sembrerebbe aver recentemente preso il sopravvento⁹⁶, conformemente alla prevalenza della tesi sulla natura oggettiva della responsabilità; tanto che, recentemente è stato per altra via confermata la necessaria sussistenza di un potere diritto contestualmente al potere di fatto, con quest’ultimo che tuttavia appare prevalere sul primo: è stata affermata la responsabilità ai sensi dell’art. 2051 c.c. dello stesso detentore, il quale può andare esente da responsabilità solo provando “l’assoluta mancanza di potere di ingerenza sulla cosa”⁹⁷, con evidente riconoscimento della prevalenza dell’elemento “potere di fatto” rispetto alla situazione giuridica soggettiva che qualifica il rapporto con la *res*. Non può affermarsi con certezza, nondimeno, che ad oggi unanimemente la Corte di legittimità focalizzi l’attenzione al solo potere di fatto, senza più considerare il profilo del contegno del custode⁹⁸.

⁹² Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584, *cit.*

⁹³ E inoltre, aggiungono gli ermellini, “il limite della responsabilità risiede nell’intervento di un fattore, il caso fortuito, che attiene non ad un comportamento del responsabile ma alle modalità di causazione del danno e che deve essere idoneo ad interrompere il nesso eziologico fra cosa ed evento lesivo.” Così Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031, *cit.*

⁹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 472, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 90.

⁹⁵ Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 4446, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

⁹⁶ Si veda, *ex aliis*, più recentemente, Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2015, n. 295, in *Dir. Giust.*, 2015, 13 gennaio.

⁹⁷ Così Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2016, n. 3695, in *Foro it.*, 2016, 9, I, p. 2857.

⁹⁸ Proprio di recente, Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21221, in *Dir. Giust.*, 2016, 24 ottobre, ha dapprima mostrato di condividere l’importanza della nozione di potere di fatto per l’individuazione del custode, affermando che “solo allorquando non si realizzi il totale trasferimento all’appaltatore del potere

5. Natura della responsabilità da cose in custodia.

5.1. Dall'illecito colposo tout court alla presunzione di colpa.

La ricostruzione diacronica del dato applicativo sui vari elementi della fattispecie di danno da cose in custodia ci consente, a questo punto, di ripercorrere, desumendolo anche da quanto sin qui esaminato, il cammino d'inquadramento della natura di questa ipotesi di responsabilità.

Per lungo tempo, alla responsabilità da cose veniva applicato diffusamente e convintamente il principio "nessuna responsabilità senza colpa": qualsiasi illecito presupponeva la necessità di accertare l'elemento soggettivo della colpa in capo al danneggiante⁹⁹. Non veniva presa in considerazione l'idea secondo cui, nell'ipotesi di responsabilità da cose, la disposizione non prevedeva un comportamento dell'uomo, ma un "fatto della cosa".

Si legge in una pronuncia risalente¹⁰⁰ che "la condotta umana illecita produttiva del danno secondo la previsione dell'art. 2051 c.c. non differisce, per sua natura, dal comportamento preso in considerazione, in una più ampia prospettiva, dall'art. 2043 c.c., essendo la prima caratterizzata solamente da un più intenso dovere di vigilanza e di precauzione imposto su chi ha l'effettivo potere fisico sulla cosa."

L'idea di fondo della giurisprudenza era quella di andare a rinvenire una colpa del custode, anche nelle ipotesi in cui questa mancava e nonostante il legislatore non ne facesse espressamente richiesta¹⁰¹. Veniva dunque negata la responsabilità oggettiva, ritenendo

di fatto sull'immobile, non viene meno per il concedente la detenzione del bene"; tuttavia, alla stessa detenzione (quale manifestazione del potere di fatto sulla *res*) gli Ermellini hanno agganciato il "conseguente dovere di vigilanza e custodia", dalla cui violazione discenderebbe "la responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati da sinistri verificatisi all'interno del bene in concessione."

⁹⁹ M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 507 sottolinea come alla base di questa convinzione vi fosse l'idea di "imputabilità morale" del fatto all'agente.

¹⁰⁰ Cass. civ., sez. III, 22 maggio 1982, n. 3134, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 5.

¹⁰¹ Questa impostazione si era già sviluppata sotto la vigenza del codice civile del 1865, in cui l'omologa disposizione sulla responsabilità da cose non presentava grandi differenze rispetto al riferimento esplicito al comportamento (atto illecito) del custode, di cui neanche sotto il vecchio art. 1153 c.c. si faceva menzione. Non tutti condividevano l'assunto. In particolare, fu il Cozzi a propugnare, già negli anni Trenta del secolo scorso, l'idea della natura oggettiva della responsabilità da cose. Si trovano espresse nella monografia M. COZZI, *La responsabilità civile per danni da cose, cit.*, p. 118, delle perplessità rispetto ad una sentenza della Corte d'appello di Torino, che aveva condannato al risarcimento, ritenendolo colpevole, l'esercente di un cinema, già assolto dal reato di lesioni colpose, per i danni prodotti dalla caduta della pala di un ventilatore elettrico, la cui vite di pressione per difetto intrinseco del metallo o per vizio di costruzione s'era spezzata. "La colpa consisteva, a parere della Corte, nell'aver collocato a rovescio la pala; diversamente la ala, pur dopo la rottura della vite, non sarebbe stata lanciata sul pubblico." Tuttavia, secondo lo studioso, sarebbe

invece la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. “fondata sul dovere in capo al custode di vigilare in modo da impedire che la cosa arrechi danno a terzi”¹⁰².

Questo orientamento rimase prevalente per lungo tempo. Tuttavia, soprattutto¹⁰³ a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso¹⁰⁴, si diffuse l'inquadramento della responsabilità da cose in custodia come presunzione di colpa¹⁰⁵, per cercare di trovare una soluzione coerente, da un lato, con la *littera legis*, che alla colpa non faceva alcun riferimento esplicito, dall'altro con le convinzioni della giurisprudenza di legittimità, che considerava certamente operante il criterio soggettivo d'imputazione della responsabilità.

Per rispondere ai sensi dell'art. 2051 c.c., il custode doveva essere in colpa: questa iniziò allora ad essere presunta. La norma descriveva una peculiare situazione di fatto: la circostanza della causazione del danno da parte della *res* faceva ritenere, in una sorta di automatismo, che se la cosa fosse stata adeguatamente governata dal custode, non avrebbe arrecato alcun danno¹⁰⁶. Detto altrimenti, la disposizione avrebbe inquadrato delle ipotesi peculiari in cui, se la cosa produce danno, ciò è dovuto ad una mancata diligenza del custode¹⁰⁷.

Si riteneva, infatti, di non poter fare a meno del principio “nessuna responsabilità senza colpa” neanche in questa forma particolare di illecito; tuttavia, la mancanza di riferimento

stato più opportuno “tener conto che collocando la pala a rovescio l' esercente del cinema seguiva un uso generale per ragioni di estetica e che egli non era in grado di accertare che la vite di pressione fosse di metallo difettoso o di costruzione difettosa e quindi di prevedere che si sarebbe rotta determinando la caduta della pala.” L'argomento è utilizzato per dimostrare l'artificio giuridico dell'attribuzione della colpa ad un soggetto cui nessuna mancanza di diligenza si sarebbe potuta contestare. Difatti, l'a. conclude osservando che “la colpa, che nella specie si addossò all' esercente del cinema, invero consistette nel non aver scoperto, egli persona priva di cognizioni tecniche in materia, la colpa del costruttore del ventilatore e nel non averne preveduto le conseguenze; o, se si vuol essere più leali, su di lui si fecero ricadere le conseguenze della colpa di quest'ultimo, l'unica forse veramente esistente.”

¹⁰² Cfr. Cass. civ., 1 aprile 1987, n. 3129, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 4.

¹⁰³ Anche nei decenni precedenti, quindi sotto la vigenza del vecchio codice, non erano mancate pronunce che si erano espresse riconoscendo una presunzione di colpa nell'art. 1153. M. COZZI, *op. cit.*, p. 120-121, per dimostrare che “talora la presunzione è fatta scaturire da circostanze tutt'altro che univoche e concludenti rispetto all'esistenza o probabilità di una colpa”, riporta il caso deciso da una sentenza della Corte di Milano (17 febbraio 1933): si trattava di un infortunio capitato all'utente abusivo di un'autostrada per effetto di un sasso che era su di essa; i giudici ritennero “che il semplice fatto che un grosso sasso stia sulla strada, che per lo speciale traffico cui è destinata deve essere liscia, appositamente pavimentata, costituisce tale un'insidia alla incolumità dell'utente, da far supporre senz'altro in colpa chi gestisce l'autostrada. E fu tanta la forza dimostrativa attribuita dalla Corte a simile fatto, che essa non ammise il convenuto a provare che il danno dipendeva esclusivamente da forza maggiore.”

¹⁰⁴ Si segnala, tra le prime, Cass. civ. 13 gennaio 1956, n. 38, in *Arch. resp. civ.*, 1956, p. 622; vedi anche Cass. civ., 2 aprile 1963, n. 809, in *Arch. resp. Civ.*, 1964, p. 600.

¹⁰⁵ Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 508.

¹⁰⁶ Cfr. G.G. GRECO, *op. cit.*, p. 575.

¹⁰⁷ Vedi Cass. civ., 25 ottobre 1988, n. 6340, in *Giust. civ. Mass.*, 1988; Cass. civ., 15 dicembre 1975, n. 4124, in *Giust. civ.*, 1976, I, 551; Cass. civ., 15 ottobre 1956, n. 3203, *ivi*, 1956, I, n. 38.

espesso, nella *littera legis*, alla colpa del custode, ne faceva appunto discendere la sua presunzione.

Secondo una simile impostazione, il danneggiato veniva “agevolato”, essendo esonerato dal dover fornire la prova positiva della colpa del custode; quest’ultimo, nondimeno, avrebbe potuto liberarsi provando il fortuito, da intendersi evidentemente quale dimostrazione di non colpevolezza¹⁰⁸.

Veniva dunque “invertito l’ordine degli addendi” rispetto all’ipotesi generale di responsabilità di cui all’art. 2043 c.c., inserendo il meccanismo presuntivo appena richiamato – con gli evidenti risvolti processuali che ciò comportava in termini di onere probatorio –, ma senza che il risultato cambiasse quanto agli elementi strutturali dell’illecito.

La massima di della sentenza n. 2671/1982¹⁰⁹ ne è un chiaro paradigma: “la condotta illecita, produttiva del danno secondo il titolo della responsabilità disciplinata dall’art. 2051 c. c., non differisce, nella sua essenza e per la sua natura, dal comportamento che è considerato, in una più ampia prospettiva, dall’art. 2043 c. c.: la prima ipotesi si differenzia dalla seconda ed è caratterizzata solo per un più intenso dovere di vigilanza e di precauzione imposto a chi ha un effettivo potere fisico sulla cosa, per cui se un danno si verifici nell’ambito del dinamismo ad essa connaturato (ovvero per lo sviluppo di un agente dannoso sorto nella cosa medesima), è posta a carico del custode una presunzione *iuris tantum* di colpa, la quale può essere vinta unicamente dalla prova che il danno è derivato da caso fortuito inteso nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e della colpa del danneggiato.”

L’art. 2051 c.c., stando al suddetto assunto, imporrebbe al custode una maggiore accortezza e diligenza nel controllare la fonte potenziale di danno. Egli è tenuto ad un comportamento caratterizzato da uno standard elevato di vigilanza e precauzione; da ciò discende che l’eventuale danno non può che essere a lui imputato, proprio per il livello più intenso di diligenza che gli è richiesto.

La possibilità di liberarsi dimostrando il fortuito faceva ritenere operante il meccanismo della *praesumptio iuris tantum*¹¹⁰: esso si giustificava alla luce della “*relazione diretta* tra

¹⁰⁸ Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 maggio 1980, n. 3160, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 5, che espressamente qualifica la fattispecie come ipotesi di presunzione di colpa.

¹⁰⁹ In *Giur. N.*, 1983, L, I, 63.

¹¹⁰ In proposito, M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 508, evidenzia l’incertezza sulla circostanza per cui la presunzione di colpa dovesse essere intesa *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Secondo l’orientamento prevalente, nell’art. 2051 c.c. era da individuarsi una presunzione *iuris tantum* (*iuris et de iure* era piuttosto

la cosa e l'evento dannoso" nonché della "esistenza di un *effettivo potere fisico* del soggetto sulla cosa"¹¹¹.

Relazione diretta ed effettivo potere fisico, per siffatto indirizzo giurisprudenziale, fungevano da elementi giustificativi e identificativi al contempo della presunzione. Questa, pertanto, sorgeva "per effetto della violazione dell'obbligo di vigilare e di mantenere sotto controllo la cosa medesima, in modo da impedire il verificarsi di qualsiasi pregiudizio per i terzi"¹¹².

La presunzione *iuris tantum* di colpa consentiva di mantenere inalterata la logica della supremazia dell'elemento soggettivo nell'illecito civile, in ossequio ai principi tradizionali¹¹³. L'indirizzo giurisprudenziale in esame prevalse per diversi decenni. Anzi, protrandosi fino agli anni Novanta inoltrati del secolo scorso¹¹⁴, riuscì addirittura a resistere per un certo tempo anche al nuovo approccio ermeneutico che, come vedremo a breve, iniziò a manifestarsi sin dalla nota sentenza a Sezioni Unite n. 12019 del 1991.

Nel corso del tempo, le sentenze si richiamavano sempre più ad un generale (o forse generico) "dovere di custodire"¹¹⁵, piuttosto che ad uno specifico "obbligo di vigilare" e di adottare le necessarie precauzioni. La sostanza comunque cambiò di poco: la massima di Cass. civ. n. 5885 del 1999¹¹⁶ inquadra icasticamente l'indirizzo descritto, esplicitando che "la presunzione di colpa per i danni cagionati dalla cosa in custodia ex art. 2051 c.c. ha base nell'esistenza di un effettivo potere fisico di un soggetto sulla cosa, al quale potere inerisce il dovere di custodire la cosa stessa in modo da impedire che produca danni a terzi."

la norma di cui all'art. 2052 c.c.). Ma l'a. ritiene il "dubbio infondato, sia perché la seconda delle due norme [cioè l'art. 2052 c.c., *n.d.r.*] prevede la stessa prova liberatoria richiesta al custode, sia perché la presunzione *iuris et de iure* è una mera finzione giuridica."

¹¹¹ Cass. civ., 23 gennaio 1985, n. 288, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 1.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Commentando Cass. n. 5989 del 12 novembre 1981, M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, pp. 514-516, ritiene che la *presunzione iuris tantum* di colpa sia un'invenzione superflua rispetto alla *regula iuris* giurisprudenziale che si fonda sulla nozione di custodia, di caso fortuito e sulla prova della causalità tra la cosa ed il danno. Detta presunzione sarebbe, a dire dell'a., un *obiter dictum* "che vuole riproporre la logica della supremazia della colpa in una fattispecie in cui la legge non vi fa menzione"; essa si rinviene in alcuni casi nella massima delle sentenze, in altri in motivazione.

¹¹⁴ Cfr. Cass. civ., 13 maggio 1997, n. 4196, *cit.*; Cass. civ., 9 febbraio 1994, n. 1332, in *Arch. civ.*, 1994, 781.

¹¹⁵ Vedi, esemplificativamente, Cass. civ., sez. III, 26 maggio 1993, n. 5925, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 931: "la responsabilità ex art. 2051 c.c. è basata sulla presunzione di colpa nei confronti di colui che ha il dovere di custodia sulla cosa, sia esso proprietario, usufruttuario, enfiteuta, conduttore, ecc. e può riguardare anche i danni che dipendono dall'insorgere nella cosa in custodia di un agente dannoso, come nel caso di infiltrazioni di acqua da un immobile ad un altro (nella specie, tali infiltrazioni erano state provocate da opere eseguite sul lastrico solare di un edificio dal possessore esclusivo di esso)."

¹¹⁶ Cass. Civ., sez. III, 14 giugno 1999, n. 5885, *cit.*.

La prevalenza, per diversi decenni, dell'approccio ermeneutico *testé* descritto trova la sua ragione in motivazioni di origine giuridico-culturale: si riteneva impossibile fondare la responsabilità altrimenti che sulla colpa. Il contrasto della formulazione letterale dell'art. 2051 c.c. con il dogma appena richiamato portò ad una soluzione di compromesso: la colpa, pur mancante nell'esplicita formulazione codicistica, veniva comunque presunta, perché non poteva essere altrimenti¹¹⁷. Si trattava di una soluzione mediana tra l'originaria interpretazione della norma – orientata semplicisticamente verso una mera responsabilità per colpa – ed il diffondersi delle tesi sulla sua natura oggettiva¹¹⁸.

5.2. Il “rischio da custodia”; timidi e confusi passi verso la responsabilità oggettiva.

L'operatività nel nostro sistema dell'idea di una responsabilità oggettiva del custode fu a lungo ritenuta impossibile da parte della giurisprudenza, ancorata al dogma "nessuna responsabilità senza colpa"¹¹⁹: esso permeava di sé la cultura giuridica al punto da far ritenere rilevante l'elemento soggettivo anche contro l'evidenza della *littera legis*, dando così adito al peculiare indirizzo interpretativo della presunzione di colpa. Tuttavia, a partire dagli anni Novanta, la giurisprudenza – prima di merito e poi di legittimità – ha

¹¹⁷ Secondo C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, pp. 334-335, “gli sforzi dottrinali, che con varia fortuna hanno messo in luce la possibilità sistematica della responsabilità oggettiva anche all'interno dell'impianto codicistico, avrebbero consentito a una giurisprudenza pur arroccata nella tradizione di fare, ben prima di quanto è accaduto, un'opzione ermeneutica che non fosse un puro atto di fede.” Tale opzione interpretativa non si è verificata, a dire dell'a., per una ragione di tipo culturale. “Da un lato l'implicazione reciproca di colpa e responsabilità, che abbiamo vista emergere come linea di tendenza delle varie codificazioni, è stata indebitamente estrapolata dal piano storico-fenomenico al quale apparteneva a quello del valore, ritenendosi impossibile fondare la responsabilità altrimenti che sulla colpa, salva una diversa indicazione del legislatore. L'idea di fondo che vi soggiace è quella di una responsabilità sul terreno giuridico considerata mero riflesso della responsabilità morale, al di qua di ogni opportuna distinzione tra pena e risarcimento e quindi tra diritto penale e diritto civile.”

¹¹⁸ Osserva in proposito autorevolmente F.D BUSNELLI, voce *Illecito civile, cit.*, p. 5 che, mentre la dottrina si sforza di ridimensionare il ruolo della colpa nella responsabilità civile, la giurisprudenza sembra andare in direzione opposta. Ma i due itinerari, tra loro apparentemente divergenti, finiscono con il raggiungere “l'identico obiettivo di ampliare l'area dei danni risarcibili: essa tende a ridefinire il concetto stesso di colpa, ancorandolo non più a un giudizio di riprovevolezza del comportamento del danneggiante, ma ad una valutazione oggettiva di tale comportamento alla stregua del parametro della diligenza. Colposo può dirsi allora [...] il comportamento obiettivamente in contrasto con norme positive e di comune prudenza.” Non bisogna correre il rischio di ritenere questa situazione sviluppatasi solo di recente: essa era riscontrabile già dagli anni Sessanta, come sottolineava lo stesso a., richiamandosi alla decisione di Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 1964, n. 351 (in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 104).

¹¹⁹ Conseguentemente, osserva M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 507-510, per lungo tempo non si è potuta far strada l'idea che la responsabilità del custode fosse oggettiva, laddove il persistente richiamo al vecchio dogma nessuna responsabilità senza colpa si manifestava come frutto di una “divina convinzione diffusa”, stando alla quale la responsabilità da fatto illecito presuppone “l'imputabilità morale” del fatto all'agente. Conseguentemente, la prevalente giurisprudenza era stata indotta “ad individuare una colpa anche laddove questa non c'era o dove non era richiesta dal legislatore, per avvalorare in altro modo la mancanza della prova liberatoria.”

manifestato i primi segnali di un'inversione di rotta, adottando decisioni prive di riferimenti alla presunzione di colpa, in cui il giudizio si basava sul rapporto causale tra il fatto della cosa in custodia ed il danno¹²⁰.

Il primo autorevole arresto in questa direzione è quello già citato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 12019 del 1991)¹²¹, che cristallizza il tipo di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. come "rischio da custodia", piuttosto che come colpa (quand'anche presunta) nella custodia¹²².

La nozione di rischio allontana l'attenzione dell'interprete dal comportamento del custode, facendola convergere verso il suo mero *status* giuridico, che lo vede quale soggetto viciniore alla cosa, tenuto a rispondere dei danni ad essa causalmente riconducibili.

Secondo questo indirizzo, che anche recentemente continua a trovare spazio nelle decisioni degli ermellini, "la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia [...] ha carattere oggettivo, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode, *posto che funzione della norma è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa*, intendendosi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione"¹²³. Dalla centralità del rischio da custodia – è stato osservato in sede di legittimità¹²⁴ – discende che "ai fini della configurabilità dell'esimente del caso fortuito non rileva il grado di diligenza della custodia, bensì esclusivamente l'esistenza di cause che abbiano cagionato autonomamente l'evento dannoso."¹²⁵

Neanche questo indirizzo, tuttavia, è esente da dubbi allorquando si approfondiscano la *ratio* e gli argomenti sottesi alle decisioni adottate dai giudici. La sentenza da ultimo

¹²⁰ Cfr. *Ivi*, p. 509.

¹²¹ In *Mass. Foro it.*, *cit.*; vedi altresì nota 88 in questo Capitolo.

¹²² E. CORRADI, *La custodia di cose quale criterio di imputazione della responsabilità ex art. 2051 c.c. nel quadro del rapporto di locazione*, in *Giur. it.*, 1992, 2, I, p. 2224, osserva come le Sezioni Unite (con la sent. n. 12019/1991) riuscirono a stemperare in parte la rigidità dogmatica dei precedenti orientamenti, aprendo "una breccia nella fitta trama delle artificiose e pretestuose costruzioni che, facendo leva su formule del tipo "presunzione di colpa" o "presunzione di responsabilità", travisano la portata normativa dell'art. 2051 c.c. ed attribuiscono al comportamento del custode un ruolo che gli è affatto estraneo e un rilievo giuridico che non può spettargli."

¹²³ Così Cass. civ., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 1468, *cit.* (il corsivo è nostro). La pronuncia prosegue specificando che custode è chi si trova in relazione diretta con la cosa. È a suo carico la prova liberatoria "del caso fortuito, inteso nel senso più ampio di fattore idoneo ad interrompere il nesso causale e comprensivo del fatto del terzo o dello stesso danneggiato."

¹²⁴ Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2003, n. 12219, in *Foro it.*, 2004, I, 511.

¹²⁵ Tale sentenza ha ritenuto responsabile il proprietario di un immobile per i danni cagionati all'appartamento sito al piano superiore, a nulla rilevando che tali danni fossero stati provocati dall'abbattimento di muri divisorii dell'immobile sottostante o derivassero da vizi di costruzione.

richiamata, ad esempio, pur affermando la natura oggettiva della responsabilità per danno da cose in custodia e richiamandosi non già alla colpa nella custodia, ma al “rischio da custodia”, considera quest’ultimo¹²⁶ alla stregua di una presunzione di responsabilità, per quanto oggettiva.

Si viene così a creare una sovrapposizione, non immediatamente comprensibile, tra la nozione di rischio e di responsabilità oggettiva che ne è alla base (anche là dove le sentenze non menzionino sempre *apertis verbis* lo stesso rischio) e quella di presunzione, che è un meccanismo processuale idoneo a provare fatti, non certo a far discendere effetti giuridici risarcitori.

Quello sulla “presunzione di responsabilità” è un altro indirizzo giurisprudenziale che si sovrappone, *rectius* si contrappone, tanto alla presunzione di colpa quanto alla responsabilità per rischio. Vi sono peraltro sentenze, come quella appena menzionata, che assimilano un indirizzo (presunzione di responsabilità) all’altro (rischio da custodia). Si potrebbe venire a creare, così, una inopinata incursione di elementi di soggettività che penetrano anche in pronunce di responsabilità fondate su un’imputazione dichiaratamente oggettiva¹²⁷.

Tuttavia, allorquando nel momento applicativo la vera *ratio decidendi* per l’imputazione della responsabilità è l’accertamento del rapporto di causalità tra la cosa in custodia e il danno, richiamarsi alla presunzione di responsabilità piuttosto che al rischio da custodia (con imputazione oggettiva) si traduce in una mera questione nominalistica, quasi un espediente per proclamare alcuni principi che risultano infine di scarso rilievo pratico¹²⁸.

5.3. L’art. 2051 c.c. come ipotesi di responsabilità oggettiva.

Al di là di alcune pronunce che scontano una dissociazione tra declamazioni di principio ed effettivi criteri decisionali¹²⁹, le decisioni dei giudici di legittimità sono ormai prevalentemente orientate ad inquadrare l’art. 2051 c.c. quale ipotesi di responsabilità oggettiva: ma il percorso per giungere ad un simile inquadramento si è rivelato particolarmente tortuoso.

¹²⁶ Sottolineando di seguire l’orientamento della giurisprudenza francese.

¹²⁷ Cfr. M. PASTORE, *Caso fortuito e uso improprio del bene: quale limite alla responsabilità del custode?*, commento a Cass. civ., sez. III, n. 24804 del 8 ottobre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, n. 5, p. 494, secondo il quale un simile fenomeno dà vita “ad una dissociazione tra il principio declamato e la regola operativa applicata, tanto da far parlare di ‘modelli misti’ di responsabilità.”

¹²⁸ Cfr. M. BESSONE, *Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 121.

¹²⁹ Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2002, n. 11268, in *Banca Dati De Iure*.

Nonostante la sopra richiamata sentenza delle Sezioni Unite del 1991, che ha parlato di rischio da custodia e di responsabilità oggettiva, la giurisprudenza successiva – come è stato già sottolineato – si è mostrata riottosa ad accogliere questo nuovo approccio ermeneutico. Un arresto decisivo in tal senso si è rivelata la sentenza della Corte di legittimità n. 5031 del 1998¹³⁰, che ha affermato la natura oggettiva della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., la quale si fonda sulla relazione di custodia che intercorre tra il soggetto e la cosa e sul nesso di causalità tra la *res* e il danno. È estranea alla struttura della norma qualsiasi valutazione del comportamento del custode. L'unica prova liberatoria che quest'ultimo può invocare è quella del caso fortuito che, secondo la Corte, “non si identifica con l'assenza di colpa”, configurandosi invero quale fattore esterno idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra *res* ed evento.

I giudici di legittimità, con la sentenza in esame, hanno palesato una certa consapevolezza circa il cambiamento di prospettiva nell'inquadramento della fattispecie di responsabilità da cose in custodia¹³¹, ma tale mutamento non è stato certo l'epilogo della travagliata storia dell'interpretazione dell'art. 2051 c.c.¹³², attesa la persistenza di altri indirizzi che hanno proseguito, parallelamente a questo, la loro parabola di operatività.

In ogni caso, la tesi della responsabilità oggettiva è emersa in maniera sempre incisiva dalle decisioni degli ermellini, che ne hanno delineato in maniera sempre più chiara i contorni: la pronuncia n. 10641 del 2002¹³³ ha ribadito che la responsabilità per i danni cagionati da una cosa in custodia si fonda non su un comportamento o un'attività del custode, ma su una relazione intercorrente tra questi e la cosa dannosa; inoltre, il limite della responsabilità risiede nell'intervento di un fattore, il caso fortuito, che attiene non ad un comportamento del responsabile ma alle modalità di causazione del danno. Conseguentemente, la suddetta sentenza ha precisato che, “in tema di ripartizione dell'onere della prova, all'attore compete provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la

¹³⁰ Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031, in *Danno e resp.*, 1999, n. 2, p. 209 e ss., con commento di S. DE VOGLI, *L'art. 2051 c.c. tra declamazioni e regole operazionali*, che ha salutato il “trionfale ingresso” (p. 211) nelle aule della Suprema Corte di quello che era l'orientamento prevalente solo in dottrina. “La Suprema Corte depone le armi (in particolare, la presunzione *iuris tantum* di colpa) e, con una resa almeno apparentemente incondizionata, recepisce totalmente la tesi della dottrina maggioritaria” (p. 209).

¹³¹ Cfr. S. DE VOGLI, *L'art. 2051 c.c. tra declamazioni e regole operazionali, cit.*, p. 212, che ritiene il riconoscimento esplicito della natura oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c. un vero e proprio *overruling* del precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale sul fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia, specificando come la tesi trovi conforto nelle argomentazioni della Suprema Corte.

¹³² Vi era stata quasi un'illusione da parte di S. DE VOGLI, *op. ult. cit.*, che aveva sperato essere giunto l'epilogo dei contrasti che avevano investito tutti gli elementi della fattispecie (la nozione di cosa e quella di custodia, il caso fortuito e il criterio di imputazione della responsabilità).

¹³³ Cass. civ., Sez. III, 20 luglio 2002, n. 10641, *cit.*

cosa e l'evento lesivo, mentre il convenuto, per liberarsi, dovrà provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale e, cioè, un fattore esterno (che può essere anche il fatto di un terzo o dello stesso danneggiato) che presenti i caratteri del fortuito e, quindi, dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità.¹³⁴

L'opzione per un inquadramento in chiave oggettiva della responsabilità¹³⁵ ha consentito di espungere dai criteri ricostruttivi della fattispecie il principio "nessuna responsabilità senza colpa".

Il giudice deve considerare la dinamica dei fatti, accertando che il danno sia causalmente riconducibile alla cosa, senza valutare in alcun modo il comportamento del custode, la cui diligenza non ha alcun rilievo ai fini della prova liberatoria. Quest'ultima ricorre solo se è provato il fortuito, ovvero sia quell'elemento in grado di escludere il collegamento causale tra la cosa ed il fatto dannoso¹³⁶ e che nulla ha a che vedere, si ribadisce, con un'accorta custodia.

Gli anni immediatamente successivi al sopracitato arresto n. 5031 del 1998 sono quelli in cui maggiormente si palesa un netto contrasto tra diversi orientamenti, tutti avallati dai giudici di legittimità: quello sulla presunzione di colpa, quello sulla presunzione di responsabilità¹³⁷, quello sulla natura oggettiva della responsabilità.

È probabilmente a partire dalla sentenza di legittimità n. 15384 del 2006¹³⁸ che in giurisprudenza si consolida l'orientamento che accoglie la tesi della natura oggettiva della

¹³⁴ Peraltro, laddove il comportamento colposo del danneggiato non sia idoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la cosa ed il danno, esso può, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.: diminuirà così la responsabilità del danneggiante, in base all'incidenza della colpa del danneggiato. Si esprime conformemente Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 472, *cit.*, nella cui massima si legge che "la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia (art. 2051 c.c.) ha carattere oggettivo e pertanto perché possa configurarsi in concreto è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza; il nesso di causalità deve essere escluso quando il danno sia ascrivibile al caso fortuito. Sia l'accertamento in ordine alla sussistenza della responsabilità oggettiva che quello in ordine all'intervento del caso fortuito che lo esclude involgono valutazioni (quali il dispiegarsi dei vari fattori causali, la ricerca dell'effettivo antecedente dell'evento dannoso, l'indagine sulla condotta del danneggiante e del danneggiato, le modalità di causazione del danno, ecc.), che come tali sono riservati al giudice del merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici."

¹³⁵ Rinvenibile, tra le altre, in Cass. civ., 6 febbraio 2007, n. 2563, in *Giur. it.* 2007, 11, 2443; *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; Cass. civ., 29 novembre 2006, n. 25243, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11, in tema di caduta sulla rampa di accesso ad un edificio condominiale resa scivolosa dalla neve; Cass. civ., 20 maggio 1998, n. 5031, *cit.*

¹³⁶ Cfr. G.G. GRECO, *op. cit.*, p. 583.

¹³⁷ Caratterizzato da una certa ambiguità e da contorni alquanto sfumati nella propensione per una impostazione in chiave oggettivistica ovvero soggettivistica.

¹³⁸ Cass. Civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384, in *Foro it.*, 2006, I, 3358.

responsabilità ex art. 2051 c.c.¹³⁹. Difatti, mentre a cavallo del nuovo millennio si sovrappongono decisioni tra loro contrapposte – ora ispirate alla presunzione di colpa, ora aderenti alla nuova impostazione in chiave oggettivistica –, a partire dalla decisione appena richiamata il formante giurisprudenziale manifesta una palese e univoca adesione alla tesi della natura oggettiva.

Ex multis, la pronuncia della Corte n. 2563 del 2007¹⁴⁰ riafferma la natura oggettiva della responsabilità da cose, sottolineando nella massima come sia “sufficiente il nesso causale tra cosa ed evento, senza che rilevi la pericolosità della cosa, né la condotta del custode o l’osservanza o meno di un obbligo di vigilanza.” Inoltre, il caso fortuito incide sul profilo causale dell’evento, configurandosi quale “fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l’evento, assumendo il carattere del c.d. fortuito autonomo, ovvero quando si versi nei casi in cui la cosa sia stata resa fattore eziologico dell’evento dannoso da un elemento o fatto estraneo del tutto eccezionale (c.d. fortuito incidentale), e per ciò stesso imprevedibile, ancorché dipendente da un comportamento colpevole di un terzo o della stessa vittima.”¹⁴¹

Appare necessario, a questo punto, sottolineare un fenomeno che si rinviene approfondendo le decisioni che aderiscono alla tesi sulla natura oggettiva della responsabilità: alcune di queste, nella rilevazione concreta dei presupposti di applicabilità dell’art. 2051 c.c., “spesso non trascura[no] di andare a ricercare quale sia stato il comportamento del custode, o quale sarebbe stato il comportamento da lui esigibile.”¹⁴²

Potrebbe trattarsi del riflesso di un’influenza dell’impostazione colpevolistica ancora emergente, ora nella *ratio legis*, ora nascosta nell’accertamento concreto ma non richiamata espressamente quale principio di diritto¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. C. SEVERI, *La condotta del custode*, cit., p. 1469: l’affermazione della tesi della natura oggettiva della responsabilità ha comportato una cesura rispetto a quanto sostenuto, pochi mesi prima, da Cass. civ., 20 febbraio 2006, n. 3651, che sosteneva la tesi della natura aggravata della responsabilità di cui all’art. 2051 c.c.

¹⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 06 febbraio 2007, n. 2563, cit.

¹⁴¹ Conferma la tesi, nello stesso anno, Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2007, n. 7934, in *Banca Dati De Jure*, la quale sul fortuito aggiunge che, potendo esso anche consistere nella condotta del danneggiato, comunque quest’ultima deve essere tale da interrompere il ridetto nesso, non bastando a tal fine che essa rilevi ai fini del concorso ex art. 1227 c.c.

¹⁴² C. SEVERI, *op. cit.*, p. 1471.

¹⁴³ Se non attraverso i concetti, per nulla ben individuabili nei loro contorni, dell’imprevedibilità ed inevitabilità del caso fortuito. Questa incertezza di confini si manifesta soprattutto – ma non solo – allorché ci si interroga sulla configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c. in capo alla Pubblica Amministrazione: ciò a riprova del cammino particolarmente tortuoso sul punto, che ha maggiormente affaticato dottrina e giurisprudenza e che giustifica una diversa collocazione e impostazione dell’analisi sul punto. In questa fase, è opportuno intanto sottolineare come, soprattutto a partire da Cass. civ., 27 marzo

L'impostazione oggettivistica, tuttavia, non sempre – alla luce dell'analisi fin qui condotta – permea di sé tutti i requisiti strutturali della fattispecie, da inquadrarsi con criteri univoci e coerenti.

Occorrerà verificare se tale fenomeno sia dovuto ad un'incoerenza latente tra principi declamati ed effettive *rationes decidendi*, ovvero ad una non univocità nella definizione dei concetti quali caso fortuito, cosa, custodia.

In ogni caso, si è posta attenzione al fenomeno della consolidazione, nelle massime dei Giudici di legittimità, della tesi della natura oggettiva della responsabilità da cose: l'antico retaggio dell'ossequio alla necessaria colpevolezza del responsabile sembra ormai (quasi¹⁴⁴) definitivamente tramontato. Negli ultimi anni, l'orientamento in questione è infatti richiamato da un numero proporzionalmente crescente di pronunce¹⁴⁵, che ripetono una massima affinata nel corso degli anni, facendo su di essa convergere la stragrande maggioranza delle sentenze e che vede affermata, oltre alla natura oggettiva della responsabilità, la necessità che il danneggiato dimostri l'esistenza del danno e la sua derivazione causale dalla cosa, nonché l'estraneità della diligenza del custode dall'ambito della prova liberatoria del fortuito, che attiene piuttosto al profilo causale dell'evento.

La Cassazione esplicita la non rilevanza del comportamento del custode in particolare nella pronuncia n. 1305 del 2014¹⁴⁶, dove si ribadisce in particolare come non debbano essere

2007, n. 7403, in *Banca Dati De Jure*, è stato affermato il carattere oggettivo della responsabilità ex art. 2051 c.c. e la sua configurabilità anche nei confronti della P.A., “nel caso in cui sussista il nesso causale tra la cosa in custodia ed il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza”. Tale tipo di responsabilità resterebbe esclusa solo dal caso fortuito, quale fattore che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'oggettiva imprevedibilità ed inevitabilità e che può essere costituito anche dal fatto del terzo o dello stesso danneggiato. Dello stesso avviso è Cass. civ., sez. III, n. 8157 del 03 aprile 2009, in *Banca Dati De Jure*: quest'ultima pronuncia, tuttavia, fornisce spunti più ampi in ordine alla sopra menzionata “dissociazione” tra il principio proclamato e la *ratio legis* concretamente adottata, là dove individua un'eventuale possibile esclusione della responsabilità a titolo di custodia nelle ipotesi (non di demanialità del bene, ma) di “impossibilità della P.A., da accertarsi nel concreto, di evitare l'insorgenza di situazioni di pericolo nella cosa in quanto soggetta all'uso diretto da parte di un rilevantissimo numero di utenti ed in quanto particolarmente estesa, tanto da rendere impossibile l'esercizio di un controllo adeguato.” In ogni caso, affronteremo *ex professo* la questione al Cap. 5, Sez. II, par. 2.

¹⁴⁴ L'avverbio è d'obbligo, atteso il diverso regime che viene applicato, come vedremo, al custode pubblico.

¹⁴⁵ *Ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Guida dir.*, 2010, 13, 71; Cass. civ., sez. III, 07 aprile 2010, n. 8229, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 503; Cass. civ., sez. III, 02 agosto 2013, n. 18496, in *Dir. Giust. online*, 2013, 2 agosto.

¹⁴⁶ Cass. civ., sez. VI, 22 gennaio 2014, n. 1305, in *Dir. Giust.*, 2014, 22 gennaio.

considerati “gli stati soggettivi e i requisiti psicologici imputabili sia al danneggiante che al danneggiato”¹⁴⁷.

6. Sul fondamento dell’art. 2051 c.c.

Alcune delle sentenze della Suprema Corte di legittimità che si sono occupate di affrontare il tema della forma e della natura della responsabilità di cui all’art. 2051 c.c., hanno anche esplicitato un’opzione chiara circa il fondamento di detta responsabilità¹⁴⁸.

Nella fase in cui era preponderante la tesi della natura di responsabilità per colpa (quantomeno presunta) della fattispecie di cui all’art. 2051 c.c., nella sentenza n. 1641 del 1971¹⁴⁹ la Corte di Cassazione aveva affermato che funzione della disciplina era “soddisfare un’esigenza di giustizia distributiva secondo la quale non è ammissibile che le conseguenze cagionate da una cosa inanimata ricadano sul terzo incolpevole che le ha subite e non piuttosto su chi detiene o comunque utilizza la cosa stessa.” L’idea di giustizia distributiva era alla base dell’esigenza di tutelare l’incolpevole danneggiato, a fronte di un custode che “utilizzava” la cosa.

Una simile dichiarazione di principio, a dire il vero, non contiene un’esplicita qualificazione del fondamento della responsabilità. Questo dovrebbe essere individuato nelle ragioni profonde che hanno orientato la scelta del legislatore, mentre in quel caso i giudici avevano piuttosto individuato l’interesse ritenuto preminente.

Ancor meno pertinente con l’idea di fondamento si rivela la pronuncia che a tale termine attribuisce il significato di “violazione dell’obbligo di sorveglianza”¹⁵⁰; quest’ultimo, a ben vedere, costituisce in realtà il fatto condizionante il sorgere dell’effetto risarcitorio.

Le sentenze che hanno effettivamente tentato di individuare un “fondamento”, inteso quale profonda *ratio* che ha ispirato la scelta legislativa e che costituisce elemento altro e diverso, tanto dai presupposti di fatto che condizionano l’applicabilità della norma, quanto

¹⁴⁷ Nella specie, il danneggiato al momento del decesso si trovava in stato di intossicazione etilica e dovuta ad abuso di droghe.

¹⁴⁸ Non tutte, infatti, si occupano *ex professo* di individuare la *ratio* sottesa alla fattispecie; probabilmente perché, diversamente dall’inquadramento della natura della responsabilità (colposa, oggettiva o derivante da presunzione), non si tratta di un’operazione necessariamente funzionale alla decisione da adottare.

¹⁴⁹ Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 1971, n. 1641, in *Resp. civ. e prev.*, 1972, p. 394.

¹⁵⁰ Ci si riferisce a Cass. civ., sez. III, 27 agosto 1999, n. 8997, in *Banca Dati De Jure*. Detto obbligo di sorveglianza, però, “presuppone che il terzo danneggiato abbia un titolo per entrare in legittima relazione con la cosa.”

dal criterio d'imputazione e dagli interessi ritenuti meritevoli di tutela, sono accomunate dall'indicazione del rischio, che graverebbe sul custode per i danni prodotti dalla cosa che non dipendano da fortuito¹⁵¹.

Si tratta di una posizione su cui la giurisprudenza sembra convergere, come confermano anche altre pronunce successive¹⁵².

Anche se il concetto di rischio e di fondamento non è approfondito nei provvedimenti esaminati, la precedente nozione di "utilizzazione", legata ad un'idea di giustizia distributiva, non sembra divergere troppo dal principio secondo il quale chi ha la custodia di una cosa deve accollarsi i rischi, non sopportabili dai danneggiati incolpevoli, che da detta cosa possano derivare.

Certamente, rispetto all'idea del fondamento individuato nel rischio, che sembra involgere situazioni incontrollabili e non derivanti da uno specifico comportamento del custode-utilizzatore, sembra essere più pertinente e congeniale la tesi della natura oggettiva della responsabilità, per come sopra esaminata.

Diversamente, ritenendo la fattispecie *de qua* un'ipotesi di responsabilità colposa, sarebbe meno calzante richiamarsi al rischio, laddove v'è una colpa dell'agente a giustificare l'attribuzione di responsabilità.

È forse per questo che solo più recentemente – in concomitanza cioè con il diffondersi delle tesi oggettivistiche – le sentenze più facilmente possono ancorarsi all'idea di rischio quale fondamento della responsabilità ex art. 2051 c.c. Nell'inquadramento tradizionale, dove predominava l'idea di imputabilità morale del fatto all'agente, non v'era l'esigenza, prima ancora che la possibilità giuridica, di individuare un fondamento a giustificazione dell'attribuzione della responsabilità.

¹⁵¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584, *cit.*

¹⁵² Cfr., *ex aliis*, Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2004, n. 12329, in *Dir. Giust.*, 37, p. 34, secondo cui "le due azioni di responsabilità per danni di cui agli artt. 2043 e 2051 c.c. implicano sul piano eziologico e probatorio accertamenti diversi e coinvolgono distinti temi d'indagine. La prima azione impone di accertare se sia stato attuato un comportamento commissivo od omissivo dal quale è derivato un pregiudizio a terzi, Nell'azione di responsabilità per danni da cosa in custodia, invece, si deve prescindere dal comportamento del custode, che è elemento estraneo alla struttura della fattispecie normativa, nella quale il fondamento della responsabilità è costituito dal rischio che grava sul custode, per i danni prodotti dalla cosa che non dipendano dal caso fortuito.". Ciò vale anche nel caso di responsabilità di un ente pubblico, dal momento che "funzione della norma è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, intendendosi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione". Così Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2011, n. 11016, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 769, dove si specifica che il custode non coincide necessariamente con il proprietario. Più di recente, Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2015, n. 295, *cit.*, ha affermato che "il fondamento della sua responsabilità va ricercato nel rischio che grava su di lui per i danni prodotti dalla cosa che non dipendano da fortuito." Nel caso di specie, è stata confermata la responsabilità dell'Anas per un sinistro occorso ad un automobilista uscito di strada per la presenza di una macchia sull'asfalto, non avendo il custode fornito la prova del caso fortuito.

CAPITOLO V

PER UN INQUADRAMENTO DEFINITIVO DELLA FATTISPECIE: ELEMENTO INVARIANTE E PORTATA NORMATIVA GENERALE RESIDUALE DELL'ART. 2051 C.C.

SEZIONE I

ANALISI DELLE VARIABILI ED EMERSIONE DELL'ELEMENTO INVARIANTE

1. Un andamento apparentemente stocastico: progressivi punti di conquista e di non ritorno.

Il cammino di ricerca esige, a questo punto, di sintetizzare quanto emerso dal dato applicativo, secondo la sua evoluzione diacronica, in modo da inquadrarne le attuali linee di tendenza ermeneutica, per poi proporre una lettura adeguata alla realizzazione degli interessi meritevoli sottesi alla fattispecie considerata, ma nel rispetto del sistema di *ius positum*, anche sotto il profilo dogmatico.

Preliminarmente, è opportuno fugare gli eventuali dubbi sulla confusione, asistematicità e assenza di criteri evolutivi univoci cui una lettura superficiale dei dati raccolti potrebbe indurre¹.

Nella linea del tempo è stato riscontrato un avvicendamento alquanto confusionario di varie tesi giurisprudenziali tra loro differenti, ove non diametralmente opposte. I criteri giustificativi delle decisioni sono sembrati non essere riusciti ad imporsi in maniera definitiva, così da ingenerare la sensazione di un andamento stocastico² del fenomeno. Ma allargando la visione prospettica, in uno sguardo d'insieme dell'intero processo e non della

¹ Una simile sensazione può essere generata da una visione limitata temporalmente del fenomeno normativo considerato.

² Il termine è mutuato dal campo semantico del calcolo delle probabilità, in cui è utilizzato per indicare (dal gr. στοιχαστικός "congetturale") un fenomeno casuale e aleatorio. Cfr. voce *stocastico*, in *Vocabolario Treccani online* (<http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/stocastico/>) estensivamente, il termine è utilizzato nel linguaggio scientifico per qualificare uno strumento, un procedimento, una teoria o un modello che descriva e studi situazioni che variano in base a leggi probabilistiche (e non deterministiche). È il caso dei fenomeni naturali.

singola frazione di tempo, l'evoluzione normativa mostra di avere una direzione precisa. Si evidenziano progressivi punti "di conquista" e punti "di non ritorno"³.

Le linee di tendenza nell'interpretazione delle norme considerate si colgono, dunque, solo ad esito di una ricerca non troppo limitata temporalmente, ma in grado di raccogliere il funzionamento complementare dei vari formanti del diritto in un arco temporale ampio, comprendente (nel nostro caso) l'intero periodo di operatività della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., dai primi anni di vigenza del codice civile fino ai giorni nostri.

Difatti, sembra di potersi affermare che il cammino evolutivo si sia compiuto non già con lo stile dei singoli passi discreti, quand'anche rari e distanziati tra loro, bensì con periodici ripensamenti e "passi indietro", che hanno reso più lento e meno intellegibile il pur irreversibile tragitto ermeneutico verso direzioni che, nel tempo, hanno rivelato contorni sempre più chiari, sebbene mai del tutto netti e definitivi. Un simile ragionamento vale a tutt'oggi.

Nella congerie di vie, principali e secondarie, che gli itinerari normativi hanno evidenziato, lo sguardo d'insieme consente di individuare una "strada principale", percorsa in maniera timida e graduale ma irreversibile nella scelta di tutela degli interessi.

Il referente primario di diritto positivo è stato senza dubbio l'impianto codicistico, che non ha mai perso la sua centralità. Il testo delle disposizioni non ha subito mutamenti nel campo di nostro interesse nel periodo considerato, ma l'"evoluzione è passata [...] da nuove letture di dottrina e giurisprudenza"⁴.

Invero, anche la legislazione complementare ha svolto un compito determinante, incoraggiando indirettamente le opzioni ermeneutiche inizialmente considerate innovative per la struttura testuale originaria del codice, ma che le fattispecie di nuova introduzione *extra codicem* mostravano nella loro adeguatezza alla tutela delle nuove istanze della collettività.

I motivi della resistenza al superamento dell'impostazione originaria, che hanno reso il cammino evolutivo particolarmente accidentato, sono probabilmente da individuarsi nella tradizione risalente dei principi colpevolistici nell'area della responsabilità civile, con conseguente selezione stringente dell'area dei danni risarcibili. I dogmi pandettistici, che

³ L'operazione d'inquadramento delle linee direttrici dell'evoluzione giuridica, allorché si passi da una visione parziale nello spazio-tempo ad un'altra d'insieme, genera la medesima sensazione che si sperimenta allorché un'immagine non ad alta risoluzione, inizialmente ingrandita oltremodo per essere ispezionata nel particolare, ma proprio per questo del tutto irricognoscibile, venga successivamente allontanata dall'occhio dell'osservatore, che – guardandola da una maggiore distanza – ne inizia finalmente a cogliere i tratti caratteristici.

⁴ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 25.

avevano influenzato per certi versi anche il nostro codice, erano graniticamente scolpiti nella *mens* dei giuristi (teorici e pratici) del secolo scorso. Le trasformazioni economiche e sociali hanno potuto intaccare i suddetti principi solo dopo un certo periodo, necessario per i grandi cambiamenti di prospettiva giuridica che non siano il portato di stravolgimenti improvvisi di sistema⁵.

Decisiva in tal senso se è rivelata la spinta della società verso l'allargamento dell'area del danno risarcibile, dovuta al mutamento dei rapporti economici e sociali tra i soggetti, che hanno determinato il sorgere di nuove situazioni di danno, un tempo neanche configurabili o comunque poco diffuse, ritenute da riparare per esigenze di giustizia.

Si sono moltiplicate le ipotesi di danni da cose ritenute meritevoli di tutela, in quanto un eventuale mancato riconoscimento del diritto al risarcimento si sarebbe dimostrato in contrasto con i valori dichiarati dall'ordinamento come stile di vita verso cui tendere e in larga parte già sperimentati dalla società come tipo di vita realmente vissuto.

Altro elemento di rilievo è rappresentato dalla divergenza tra i vari formanti, che non hanno camminato (e per certi versi continuano a non camminare) di pari passo nell'inquadramento della fattispecie e nella considerazione delle situazioni ritenute meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2051 c.c.: la giurisprudenza è infatti pervenuta alla medesima lettura teorizzata dalla maggior parte degli studiosi solo diversi decenni dopo le prime indicazioni provenienti dal formante dottrinale. I pionieri di un'interpretazione sganciata dai canoni colpevolistici (e tipici dell'ipotesi generale di illecito) e ancorata a nuovi criteri d'imputazione avevano evidenziato le diverse prospettive ermeneutiche sin dall'entrata in vigore del codice⁶, per poi trovare consensi sempre maggiori a partire dagli

⁵ Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *cit.*, p. 10 ss., nonché p. 280 ss.

⁶ In realtà, le tesi oggettivistiche iniziarono ad emergere già sotto la vigenza del codice del 1865; esse si diffusero sempre più dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. Pionieri in tal senso furono studiosi come Giacomo Venezian, Nicola Coviello e Ludovico Barassi, i quali tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del secolo scorso, pur partendo da presupposti notevolmente differenti ed approdando ad esiti altrettanto differenziati, intuivano il mutamento in senso oggettivistico cui stava andando incontro il sistema della responsabilità extracontrattuale. Ne dà atto C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 282 e ss., il quale evidenzia come in Italia Coviello e Barassi fossero "affascinati dall'odierno seducente miraggio di una responsabilità obiettiva" (pur affermando il primo, diversamente dal secondo, l'identità di natura tra illecito penale e civile, laddove secondo il Coviello la responsabilità oggettiva non presupponeva l'illiceità in quanto il punto di partenza era, piuttosto, la liceità), in un *continuum* del progredire della ricerca giuridica, che già dieci anni prima con Venezian aveva teorizzato una responsabilità civile che escludeva la colpa ed era fondata sul puro nesso causale. I tempi non erano però ancora maturi perché impostazioni simili potessero avere subito fortuna. Anche G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 134 ss., affrontano il tema della responsabilità oggettiva riferendosi al prezioso apporto dei suddetti studiosi. Venezian nell'opera *Danno e risarcimenti fuori dai contratti* attribuisce importanza alla dimensione oggettiva del danno, in contrasto con la preminenza soggettivistica della colpa del danneggiante. Egli ritiene che una "considerazione equa della posizione rispettiva del danneggiato e del responsabile" deve necessariamente passare per "la giustizia

anni Sessanta del secolo scorso. D'altra parte, come si è avuto modo di constatare, la giurisprudenza è pervenuta ai medesimi risultati solo nel recentissimo passato, in ogni caso mostrando interpretazioni aperte a prospettive diverse da quelle tradizionali non prima degli anni Novanta.

Ad un simile cambiamento di rotta ha forse contribuito la legislazione complementare. Mentre infatti nel codice, segnatamente nel Titolo IX del Libro IV sulla responsabilità extracontrattuale, nulla è cambiato dall'entrata in vigore sino ad oggi, i diversi interventi *extra codicem* hanno invece potuto legittimare – suffragandone le tesi a sostegno – un'impostazione della responsabilità extracontrattuale sganciata dai criteri generali e tradizionali dell'illecito⁷.

2. Caso fortuito come elemento cardine della fattispecie: fattore causale autonomo che incide sul danno-evento.

L'analisi del formante giurisprudenziale ha confermato quanto una prima lettura del dato positivo lasciava già intravedere: il caso fortuito rappresenta l'elemento cardine, una sorta di baricentro della fattispecie di responsabilità da cose in custodia, dal cui inquadramento dipende la considerazione di tutti gli altri requisiti costitutivi.

della responsabilità oggettiva". Il Coviello prediligeva invece una logica frammentaristica, proponendo un sistema misto in cui la responsabilità per colpa manteneva un ruolo fondamentale (per la sua "importanza pedagogico-educativa, in quanto tende a prevenire la negligenza e rende l'uomo attento a non ledere i diritti altrui se vuole che rimangano salvi i suoi") e veniva posta accanto alla responsabilità senza colpa "non in un rapporto di subordinazione, come d'eccezione e regola, ma coordinate tra loro per lo scopo comune della riparazione del diritto leso e indipendenti per ciò che ne riguarda il fondamento". In definitiva, secondo Coviello, "chi esercita un diritto o un'attività lecita deve sopportarne le conseguenze dannose che ricadono sul patrimonio altrui". Anche Barassi, pur con le sopracitate differenze rispetto al Coviello, teorizzava un sistema misto (a partire dal suo "Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali"), raggruppando tutte quelle che considerava eccezioni al principio generale di responsabilità per colpa in un "sistema di responsabilità parallelo al fondamento caratterizzato dall'art. 1151" (siamo nel 1898, quindi sotto la vigenza del vecchio codice, *n.d.r.*) in cui l'imputabilità è legata al profitto. Cfr., per un approfondimento in tal senso, *Ivi*, p. 135-136.

⁷ Peraltro, buona parte della legislazione complementare che ha rappresentato una via privilegiata per l'ingresso della responsabilità oggettiva nel nostro ordinamento è entrata in vigore ad inizio secolo, comunque prima del codice del '42: si pensi alla legge mineraria, risalente addirittura nel suo impianto originario al R.D. 29 luglio 1927, n. 1443. Ce ne occuperemo *infra*, alla Sez. II, par. 1.3, unitamente ad altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale disciplinate dalla legislazione complementare, come quella riguardante i danni da sfruttamento dell'energia nucleare di cui alla Legge 31 dicembre 1963, n. 1860 ("Impiego pacifico dell'energia nucleare"), modificata con D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519, ovvero quella derivante da prodotti difettosi di cui al D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (così detto Codice del Consumo).

Potrebbe anche ritenersi che sia la scelta sulla qualificazione del fortuito ad influenzare lo stesso fondamento attribuito all'ipotesi di responsabilità in esame, nel senso che la delimitazione del primo contribuisce ad una lettura in termini oggettivi o soggettivi della fattispecie. Sul punto, invero, non è agevole esprimere una posizione netta, ben potendo lo stesso fortuito essere “variamente inteso a seconda del fondamento che si attribuisce alla responsabilità per danno da cosa”⁸. Una lettura più moderata e attenta al dato applicativo suggerisce di ritenere possibili entrambe le prospettive: l'opzione sul fondamento della responsabilità e sulla qualificazione del caso fortuito si influenzano e si determinano reciprocamente, essendo l'uno e l'altro complementari.

Ciò conferma *a contrario*, in ogni caso, la centralità dell'elemento in esame nell'economia generale della fattispecie, essendo il fortuito elemento chiave per la determinazione di tutti gli altri requisiti previsti nel fatto giuridicamente rilevante per la responsabilità da cose in custodia..

Ed infatti, se caso fortuito è inteso quale evento imprevedibile ed inevitabile secondo l'ordinaria diligenza da parte del custode, la responsabilità per danni da cose assume una colorazione in termini soggettivistici, adombrando la sussistenza di un contegno colposo del custode, sebbene presunto.

Il fortuito quale prova di un contegno diligente influenza così la connotazione della figura del custode, del quale viene preso in considerazione il comportamento nell'indagine del singolo caso concreto⁹. La stessa natura della responsabilità si allinea all'ipotesi generale di cui all'art. 2043 c.c., in quanto fondata sulla necessaria colpevolezza (fosse anche presunta) del soggetto ritenuto responsabile.

Laddove invece il caso fortuito è inteso nell'accezione di causa estranea, in alcun modo rientrando nella sfera di controllo del custode, l'indagine sul comportamento di quest'ultimo perde di rilievo e l'intera fattispecie viene ricondotta a un'impostazione oggettiva di responsabilità.

⁸ Così R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 645.

⁹ Sull'inadeguatezza della “introduzione di un profilo colpevolistico nell'accertamento della prova liberatoria, posta a carico del custode” si esprime P. LAGHEZZA, *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, commento a Cass. civ. 15720/2011 e 11430/2011, in *Danno e resp.* 2012, n. 3, p. 288 in nota, specificando che un approccio simile “null'altro ottiene se non lo spostamento del problema poco più in là ed, anzi, la sua complicazione, perché lascia aperto l'interrogativo sull'individuazione, caso per caso, dello standard di diligenza imposto non ad una, ma ad entrambe (ammesso che non siano di più) le parti coinvolte nella fattispecie. E, contrariamente a quanto avviene in tema causalità - dove la medesima teoria di ricostruzione del nesso causale può tendenzialmente trovare applicazione in tutte le fattispecie - l'accertamento dello standard di diligenza dovuto (o violato) troverebbe soluzioni, queste sì, sempre diverse (e potenzialmente fra loro anche contraddittorie) in funzione della diversa condotta rilevante nella fattispecie.”

Quest'ultima opzione ermeneutica si è fatta sempre più largo nel recente passato, per arrivare ormai ad affermarsi attualmente: l'evoluzione normativa della giurisprudenza è approdata ad una lettura in termini oggettivi del caso fortuito. Detto elemento viene inteso come causa inevitabile; l'inevitabilità – si precisa – non adombra alcun riferimento a un momento valutativo del contegno del custode in termini di mancanza di colpa¹⁰. Si tratta di una “inevitabilità oggettivata”, spesso richiamata dagli organi giudicanti in una sorta di endiadi con l'imprevedibilità: concretamente intesa, guardando *a posteriori* alla *ratio decidendi* delle pronunce di orientamento maggioritario, essa si rivela quale elemento autonomo ed alieno rispetto a qualsivoglia controllo esercitabile dal custode.

Trovarebbe così conferma la proposta definitoria di avvio della ricerca¹¹, che vedeva il caso fortuito imperniato sui caratteri di autonomia, indipendenza, estraneità rispetto alla *res*, piuttosto che su quelli più ambigui di imprevedibilità e inevitabilità¹².

La rilevanza ai fini del fortuito delle caratteristiche dell'autonomia e terzietà, che si palesano come “causa estranea ai pericoli tipici ricollegati ad una determinata attività umana”¹³, costituisce la spinta decisiva per far emergere, sulla base di quanto sin qui evidenziato, un elemento, finora non adeguatamente evidenziato, che parrebbe risultare quale fattore decisivo per ritenere integrato il fortuito. Esso non è esplicitato dalla disposizione di cui all'art. 2051 c.c., ma ricorre spesso nelle pronunce giudiziali: si tratta dell'attività esercitabile sulla cosa.

Essa, infatti, può rilevare già per l'identificazione della figura del custode, come meglio vedremo a breve¹⁴. Ma una volta rivelatasi utile, eventualmente, per consentire in un primo momento l'individuazione del custode della cosa, essa manifesta ancora (ed in maniera più

¹⁰ Cfr. M. COMPORI, *Fatti illeciti, cit.*, pp. 41- 43, secondo cui caso fortuito è "causa estranea del tutto inevitabile che, nella sua nozione rigorosamente oggettiva, oggi quasi generalmente affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, esclude ogni possibile giudizio valutativo del comportamento del soggetto in termini di non colpa." L'a. richiama la dottrina più autorevole sul punto: aderiscono alla tesi riportata Trimarchi, Rodotà, Castronovo, Franzoni, Monateri.

¹¹ Cfr. Cap. 1, Sez. II, par. 5.4.

¹² Cercava di “tradurre” in termini oggettivistici la nozione di inevitabilità M. COMPORI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 276, che osservava come essa andasse intesa “in senso oggettivo, quale invincibilità ed irresistibilità, nel senso dell'assolutezza”. Ispirandosi alla dottrina penalistica, P. SANTORO, *Rigurgiti in agguato: la responsabilità del custode e l'uso improprio della cosa*, commento a Cass. civ. III sez., n. 24804 del 8 ottobre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 5, p. 500, osserva in proposito come, “per mandare esente da responsabilità il custode, è richiesta la prova che il fatto del danneggiato abbia i requisiti dell'autonomia, della eccezionalità e della idoneità a produrre l'evento, non anche della imprevedibilità e della inevitabilità”; questi ultimi, infatti, sarebbero piuttosto legati “ad una valutazione soggettiva dell'evento”. Conseguentemente, nel ricostruire la fattispecie, “il giudice deve valutare caso per caso, al fine di giudicare se la cosa oggetto di custodia e causa del danno sia diventato uno strumento nelle mani del danneggiato”.

¹³ M. COMPORI, *op. ult. cit.*, p. 275.

¹⁴ parr. 5 e 8 di questa Sezione.

decisiva) la sua portata dirimente per la configurazione della responsabilità, consentendo di rispondere ad un quesito determinante: se cioè nella sfera di attività del custode – una volta individuato – rientri la possibilità di “gestire” (prevenendolo, ovvero impedendolo al momento del suo manifestarsi) l’elemento eziologicamente riconducibile al verificarsi del danno.

La risposta negativa al suddetto interrogativo conduce a ritenere integrato il caso fortuito. L’attività esercitabile, così, rileva quale “unità di misura” del fattore causale produttivo di danno, al fine di verificarne la sua configurabilità come fortuito: ciò si verificherebbe allorché l’elemento che ha dato causa al danno nel concreto svilupparsi degli eventi si collochi al di fuori del perimetro dell’attività concretamente esercitabile dal custode sulla cosa, quale estrinsecazione del potere di fatto sulla stessa. Qualora, invece, il fattore determinante per il prodursi dell’evento lesivo è riconducibile alla sfera di attività di fatto esercitabile dal custode¹⁵, esso non potrà essere rilevante ai fini del fortuito. Nella struttura normativa, in definitiva, un fattore al di fuori all’attività esercitabile interrompe il nesso tra *res* e danno proprio in quanto estraneo al legame *res*-custode¹⁶, che è alla base della scelta del legislatore per l’attribuzione della responsabilità. Caso fortuito, dunque, è quel fattore completamente avulso rispetto ad una possibile attività esercitabile. La nozione di attività inizia così a manifestarsi come possibile chiave di lettura della fattispecie.

Non si tratta – si badi – di guardare a ciò che il custode avrebbe dovuto fare e non ha fatto; se così fosse, si ritornerebbe inopinatamente ad una (non tanto velata) responsabilità per colpa. Si tratta, più semplicemente, di vagliare la riconducibilità del fattore causale decisivo per la produzione del danno nella sfera obiettiva di attività esercitabile dal custode: una simile impostazione oggettiva del caso fortuito “comprenderà quegli elementi o fatti (riassumibili nella triade della forza maggiore, del fatto del terzo e della colpa della vittima), che, provenendo dall'esterno, abbiano inciso in modo determinante, ancorché mediato dal ruolo attivo della cosa, nel processo causativo del danno.”¹⁷

¹⁵ L’attività esercitabile ha un’accezione lata, in quanto *genus* nel cui alveo sono ricondotti il controllo della cosa, la vigilanza, la manutenzione, più o meno incisiva in base alla sua deteriorabilità, la riparazione rispetto ad eventuali malfunzionamenti, l’eliminazione delle fonti di pericolo insorte e delle condizioni per evitare quelle insorgende.

¹⁶ In tal senso, esso si distingue dalla mera “impossibilità di custodia”, esimente spesso invocata nelle decisioni giudiziali: la custodia, quale potere di fatto, non viene eliminata, né tantomeno essa è indicativa di doveri la cui eventuale violazione deve essere accertata nel singolo caso. Spostandoci sul piano di rilevanza ermeneutica dell’attività esercitabile, non viene mai meno il rapporto *res*-custode; semmai, viene valutata la riconducibilità di un fattore causale alla sfera di attività obiettivamente esercitabile dal custode stesso per determinare se vi sia o meno responsabilità.

¹⁷ Così C. SALVI, *op. cit.*, p. 1231.

Tuttavia, quand'anche gli approdi normativi, così come evidenziati, dovessero sembrare coerenti dogmaticamente e risolutivi praticamente delle molteplici situazioni astrattamente verificabili, cionondimeno sorge immediatamente un problema, che si pone tanto per il teorico del diritto quanto per l'operatore pratico: ci si chiede infatti quale sia il perimetro dei così detti "pericoli tipici" collegabili all'"attività" del custode, al di fuori del quale ogni fattore va invece considerato come caso fortuito. È nei casi concreti che quest'interrogativo si manifesta in tutta la sua insidiosa complessità, rendendo alquanto arduo riconoscere l'estraneità ed eccezionalità o meno della causa che ha originato il danno rispetto all'attività astrattamente esercitabile dal custode¹⁸.

Non solo, ma si corre nuovamente il rischio di uno scivolamento del piano interpretativo su una struttura colpevolistica o comunque su una sovrapposizione di piani tra custodia e caso fortuito, laddove ci si riferisca non più ad un fattore estraneo e autonomo rispetto al rapporto custode-*res*, ma ancor prima ad un elemento che rende particolarmente arduo il controllo al soggetto potenzialmente responsabile, il quale è considerato non rimproverabile, *id est* non colpevole.

Il caso fortuito, invero, non è un elemento che elimina la (possibilità di) custodia¹⁹, ma è un fattore che, successivamente al verificarsi di un evento dannoso, ne esclude la riconducibilità al custode; soggetto, quest'ultimo, che comunque deve essere individuato e rimane tale a prescindere dall'essersi verificata un'ipotesi di danno per via di una causa estranea alla sua sfera di attività esercitabile.

Anche l'orientamento (seppur ormai minoritario) che afferma la rilevanza soggettiva del caso fortuito richiede al custode la prova "che l'evento si è verificato per l'intervento di un

¹⁸ Si pensi, esemplificativamente, alla classica ipotesi di caduta su un pavimento. Se un avallamento o una mattonella sbeccata possono ragionevolmente essere ritenuti "pericoli tipici", ci si chiede se questo valga in caso di superficie resa insidiosa dalla presenza di liquidi che la rendano scivolosa. Oppure, in presenza di un albero i cui rami cadano provocando danni, è legittimo chiedersi quale sia il confine tra la caduta "tipica" e quella provocata invece da fattori esterni. O ancora, quando gli oggetti abbandonati sulla strada (cartacce, sacchi della spazzatura, bottiglie, pneumatici ecc.) assumono una rilevanza tale da essere annoverati al di fuori dei "pericoli tipici" della stessa?

¹⁹ Diversamente ritiene P. MANINETTI, *Responsabilità oggettiva: come e perché*, nota a Cass. Civ. n. 713/2010, in *Danno e resp.*, 2010, 10, p. 926, che vede "l'effetto scriminante delle ipotesi risarcibili [...] affidato" proprio al criterio della "possibilità di effettiva custodia". La singolarità della tesi sostenuta dall'a. non risiede tanto nell'individuazione del fortuito in quei termini, quanto piuttosto nella sua auspicata compatibilità con "un sistema privo della maglia dell'elemento soggettivo". Solitamente, sostenendo la natura oggettiva dell'art. 2051 c.c., se ne desume un analogo carattere anche per la prova liberatoria. Diversamente, in questo caso, a un'invocata responsabilità oggettiva si affianca sostanzialmente una concezione della prova liberatoria in termini di impossibilità di custodia, il che adombra inevitabilmente un riferimento alla non colpevolezza. Un simile approccio è ritenuto utile a risolvere il problema "di un incontrollabile dilagare delle ipotesi in cui la P.A. sarebbe tenuta a risarcire i danni". La sentenza commentata, invero, attribuisce all'art. 2051 c.c. un fondamento oggettivo, così come oggettivamente è inquadrato anche il caso fortuito.

fattore eccezionale, da lui non prevedibile e di conseguenza non evitabile, che gli ha impedito di uniformarsi alle regole obiettive di diligenza”²⁰; tale prova, tuttavia, è intesa nel senso di non colpevolezza. È questa l’accezione con cui vanno considerate l’inevitabilità e l’imprevedibilità, cosicché la prova liberatoria cui il custode è tenuto si riduce alla dimostrazione d’aver cercato di fare quanto possibile per evitare il danno²¹.

Le difficoltà di individuazione chiara dei margini di operatività delle cause estranee come ipotesi di fortuito, unitamente alla presenza di un orientamento in senso soggettivistico, hanno agevolato il diffondersi di una tesi ritenuta “intermedia”²² rispetto alle due *testé* enunciate. Secondo questa ulteriore lettura della norma, pur avendo la fattispecie carattere essenzialmente obiettivo – “potendo insorgere anche per ipotesi di assenza della colpa” – essa “consente tuttavia una limitata indagine sulla condotta dell’uomo nell’esercizio del suo potere di vigilanza”²³.

Sembrerebbe darsi rilievo alla dimensione della possibile attività esercitabile dal custode, non andando alla ricerca di ciò che il custode ha colpevolmente commesso od omesso, bensì indagando “sotto un profilo quantomeno negativo” se il danno “avrebbe potuto essere evitato qualora diverso fosse stato da parte del soggetto l’esercizio del suo potere di vigilanza e controllo”.

Questo approccio riproduce l’orientamento giudiziale che, pur affermando la natura oggettiva della responsabilità da cose, in concreto guarda al potere-dovere di controllo del custode, andando alla ricerca di ciò che questi avrebbe dovuto fare e non ha fatto.

Senonché, un’indagine orientata in tal senso reintroduce surrettiziamente un momento valutativo del comportamento del custode, che tuttavia si proclama essere elemento estraneo alla fattispecie.

Invero, chiedersi, in sede di accertamento del fatto, se il danno avrebbe potuto essere evitato, potrebbe equivalere a domandarsi, in definitiva, se la causa determinante del danno rientri o meno tra i pericoli tipici ricollegabili all’attività del custode; con l’unica

²⁰ M. FORZIATI, *La Cassazione e la responsabilità oggettiva del custode ex art. 2051 c.c.: limiti di una sentenza annunciata*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 1380.

²¹ Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 403.

²² Così M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 512, definisce la posizione assunta da V. GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, Milano, 1974, p. 74, che aveva affermato il carattere essenzialmente obiettivo della responsabilità di cui all’art. 2051 c.c., riconoscendo tuttavia la possibilità di una “limitata indagine sulla condotta dell’uomo nell’esercizio del suo potere di vigilanza, il che non accade di norma laddove si risponde in modo meramente obiettivo”.

²³ Così V. GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, cit., p. 74, il quale, con riferimento alla suddetta indagine sul comportamento del custode, aggiungeva che questo “non accade di norma laddove si risponde in modo meramente obiettivo”.

differenza che nella prima ipotesi potrebbe essere adombrato un giudizio implicito sul comportamento del custode (con conseguente ritorno ad un'ipotesi di responsabilità per colpa), laddove nel secondo caso si potrebbe guardare all'evento nella sua oggettività e alla estraneità o meno del fattore causalmente decisivo alla produzione del danno all'ordinaria sfera di attività e controllo del custode.

L'indagine è "obiettivata" in quest'ultimo caso²⁴; e quand'anche contenesse un momento riconducibile alla sfera soggettiva del custode, questo rimane *in re ipsa*, non è esplicitato in quanto non rileva espressamente, ma solo come elemento "sublimato" dalla scelta del legislatore e ormai trasfuso in una dimensione eminentemente fattuale ed obiettiva.

Non serve chiedersi cosa il custode avrebbe dovuto fare, scivolando in tal modo nel campo della colpevolezza; basta l'accertamento della riconducibilità del fattore causativo del danno alla sfera di attività dallo stesso custode esercitabile, ovvero la sua estraneità.

Un'interpretazione così orientata recupera linearità dogmatica senza rinunciare a un accertamento che tenga conto del dato reale, mantenendo coerente il principio di diritto della rilevanza oggettiva del caso fortuito con il suo concreto momento valutativo.

L'interpretazione e applicazione pratica della norma non ha dimostrato una definitiva affermazione di tale ultimo orientamento su quello (almeno presuntivamente) colpevolistico; vi è però una sua prevalenza, che rende chiaramente tracciato il cammino verso una consacrazione del caso fortuito come fattore causale autonomo, *id est* elemento che incide sul danno-evento, piuttosto che sulla (possibilità di) diligente custodia.

3. Natura oggettiva della responsabilità da cose; proporzionalità inversa tra affermazioni di principio e *rationes decidendi*.

I problemi di coerenza tra declamazione di principi, impostazioni teoriche e concreta *ratio decidendi*, poc'anzi evidenziati in fase di ricostruzione del momento applicativo con riguardo al caso fortuito, si riverberano inevitabilmente e in termini più generali

²⁴ Cfr. R. BREDA, *La Cassazione e i danni da cose in custodia: quattro casi in rassegna, cit.*, p. 729, secondo cui frequentemente – escludendo tuttavia la presenza di un meccanismo simile nelle sentenze in commento – le nozioni di inevitabilità ed imprevedibilità della causa fortuita non vengono messe in relazione con il giudizio di colpevolezza: "in numerose pronunce tali concetti, o non ricevono specifica connotazione, o sono utilizzati per stabilire se un determinato evento è in rapporto di regolarità causale con la *res*, con la conseguenza che l'asserito legame con la valutazione del comportamento del custode sembra nel concreto essere svuotato di significato."

allorquando si consideri l'esito della ricerca sulla qualificazione della forma della responsabilità da cose in custodia operata dagli organi giudicanti.

L'osservazione dell'evoluzione normativa ha consentito di riscontrare la pressoché unanime affermazione della natura oggettiva della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., a seguito di un graduale allineamento di formanti; la giurisprudenza si è avvicinata, quantomeno in via declamatoria, a quanto la dottrina maggioritaria auspicava già da tempo. Tuttavia, l'orientamento difforme, che qualifica la fattispecie normativa *de qua* come ipotesi di responsabilità per colpa (quantomeno presunta), non è ancora del tutto sopito. A cavallo del nuovo millennio, ad esso sono stati inferti i più duri colpi, che tuttavia non sono stati in grado di farlo definitivamente tramontare²⁵.

Al di là della cristallizzazione dello *status quo* – operazione, questa, relativamente semplice per lo studioso, a cui “basterebbe” spulciare le massime delle pronunce – v'è un fenomeno, tanto curioso quanto adombrato tra i principi declamati, il non detto dei giudici, gli *obiter dicta* e le concrete *rationes decidendi*, che suggerisce una peculiare lettura delle linee evolutive di sistema, quale esito tra i più interessanti (e forse meno attesi) della presente ricerca.

Si tratta di un singolarissimo “meccanismo compensativo”: esso può non infrequentemente riscontrarsi in molteplici tra le pronunce di legittimità, ma solo approfondendo il corpo motivazionale dei provvedimenti e, con un esperimento mentale, provando a sovrapporre i principi teorici enunciati al caso concretamente deciso. Da una simile operazione, infatti, sembra potersi arguire un approccio decisorio dei giudicanti che rende, in pratica, inversamente proporzionale l'accertamento concreto della (eventuale) responsabilità rispetto al principio proclamato, *id est* alla tesi cui formalmente la pronuncia aderisce sulla natura della responsabilità²⁶. Proviamo ad esplicitare meglio una simile considerazione.

²⁵ Si veda, su tutte, Cass. Civ., sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, 2006, 10, I, p. 2801; in *Giur. it.* 2007, 6, 1403 (s.m.) (con nota di Salvatori), che ha riaffermato la presunzione di colpa nella fattispecie ex art. 2051 c.c., quale ipotesi di responsabilità “aggravata”. Tale pronuncia (su cui vedi meglio *infra*, Sez. II, par. 2.5) si è posta come momento di “rottura” rispetto al cammino della giurisprudenza di legittimità, che a partire dagli anni Novanta era avviata verso l'affermazione della natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia.

²⁶ Volendo utilizzare una metafora, mutuando le leggi delle scienze esatte, sembrerebbe manifestarsi il tipico fenomeno riscontrabile nel sistema dei vasi comunicanti, in cui il fluido versato raggiunge la stessa quota in entrambi, indipendentemente dalla loro forma (e con l'eccezione dei vasi c.d. “capillari”). Si tratta della conseguenza della nota legge di Stevino (equazione che, in idrostatica, permette di calcolare le differenze di pressione tra le superfici di un fluido ideale), che consente anche di verificare il così detto “paradosso idrostatico”, secondo cui nonostante il liquido nei vari contenitori abbia un peso diverso, comunque la forza che viene esercitata sul fondo (in presenza di determinate condizioni) è sempre uguale e pari al peso del liquido contenuto nel recipiente.

Allorquando l'organo giudicante afferma la natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia, sottolineando come il comportamento del custode sia estraneo alla fattispecie, in diverse pronunce sembrerebbe che il regime normativo – pur proclamato nella sua oggettività e quindi nella sua idoneità a consentire più agevolmente al danneggiato la prova della responsabilità – venga di fatto “aggiustato in corsa” al fine di renderlo meno gravoso per il custode, proprio per “compensare” l'oggettività della forma di responsabilità con l'adozione di altri strumenti argomentativi a lui più favorevoli.

Ci si riferisce alla nozione di “possibilità di custodia”, oppure all'estensione della nozione di fortuito (con l'individuazione di ipotesi sempre nuove dello stesso), che la ricerca parrebbe aver evidenziato essere più frequenti proprio nei casi in cui viene proclamata la natura oggettiva della fattispecie normativa, ma ciononostante venga individuato un elemento volto ad escludere la responsabilità del custode.

In particolare, emerge un vaglio più approfondito del contegno del soggetto danneggiato, quasi a lasciar intendere che, quantunque non occorra provare la colpa del custode, in ogni caso il danneggiato non ne può invocare “con leggerezza” la responsabilità, dovendosi piuttosto indagare con attenzione (a maggior ragione, verrebbe da arguirsi) la sfera di comportamento del danneggiato stesso, al fine di individuare un suo eventuale comportamento colposo, o comunque poco accorto, che ben potrebbe aver innescato il fenomeno causativo del danno.

In altri termini, sembra quasi che alcune pronunce, in ottica compensativa, cerchino di “restituire” al custode quanto gli hanno “tolto” affermando la non necessaria prova della sua colpevolezza, mostrando una peculiare “accortezza” nell'accertamento dei fatti e stando ben attente a ricercare quell'elemento decisivo del fatto che possa escludere la responsabilità, guardando in particolare alla sfera del danneggiato. Visto dalla prospettiva di quest'ultimo, il peculiare fenomeno appena descritto si ribalta specularmente: a fronte della non necessaria colpevolezza del custode, quindi del “vantaggio” nell'inquadramento della fattispecie, il danneggiato deve ponderare oculatamente la richiesta di tutela risarcitoria, laddove abbia tenuto un comportamento non diligente e non idoneo ad evitare eventuali danni alla propria sfera personale.

Il peculiare approccio interpretativo descritto, invero, può rinvenirsi, *mutatis mutandis*, anche nei provvedimenti che mostrano di aderire alla tesi della responsabilità per colpa (sia pure presunta) dell'art. 2051 c.c.: essi, specularmente, pur inquadrando la fattispecie in maniera meno favorevole al danneggiato – dal momento che, sebbene presunta, la colpa

del custode è un requisito ulteriore della fattispecie, provando l'assenza del quale il convenuto potrà andare esente da responsabilità – si dimostrano “compensativamente” più stringenti nei confronti del custode, tendendo più facilmente ad attribuirgli la responsabilità e vagliando con molta cautela le sue eccezioni volte a dimostrare un comportamento diligente, ovverosia l'assenza di colpevolezza. Si finisce così con l'ammantare di responsabilità per colpa quella che in definitiva si configura come una responsabilità oggettiva²⁷, divenendo pressoché impossibile per il custode fornire prova di un fortuito inteso in senso soggettivistico.

Risuona particolarmente icastica a descrivere il presente fenomeno una domanda retorica che certa dottrina diversi decenni orsono formulava, allorquando, argomentando sui problemi della responsabilità per rischio, testualmente osservava: “Quale contributo porta alla soluzione di questi problemi il discorso di chi definisce la colpa semplicemente come “creazione di un rischio”, o “possibilità di prevedere e di evitare il danno”? Evidentemente nessuno e si viene così solo ad oscurare e a confondere i termini del problema.”²⁸

I due fenomeni evidenziati, quali peculiari esiti della ricerca sul momento applicativo, non costituiscono una linea di tendenza esclusiva, ma forniscono uno spunto di riflessione particolarmente interessante, in quanto rappresentano due direttrici apparentemente opposte ma in realtà perfettamente speculari e, di conseguenza, non in grado di prevalere una sull'altra, ma anzi tendenti ad elidersi reciprocamente a livello di influenza evolutiva di sistema.

L'uno proclama coraggiosamente il nuovo, ma finisce col rimanere invischiato – non si può dire con certezza se per timore dei possibili eccessi dell'approccio oggettivistico o per recondita preferenza di un sistema unitario di illecito extracontrattuale – dai criteri tradizionali di accertamento della responsabilità, arrivando di fatto a richiedere una prova liberatoria fondata sull'assenza di colpa del custode.

²⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 285, rileva in proposito il peculiare *modus operandi* delle Corti secondo cui “quanto meno esplicito si presenta sul terreno legislativo il superamento della colpa, tanto più viene ad emersione un filone giurisprudenziale che, nel momento stesso in cui la riconferma a parole, organizza *escamotages* più o meno evidenti che ne rappresentano la sostanziale negazione.”

²⁸ Così P. TRIMARCHI, *cit.*, p. 20, il quale giustifica la sua posizione sulla base dell'argomento secondo cui “non ogni creazione di rischio viola una regola di condotta: il problema della responsabilità per rischio è appunto quello di stabilire se sia opportuno sancire la responsabilità solo per il rischio vietato, o anche per il rischio permesso, e se quest'ultima più ampia forma di responsabilità sia più o meno compatibile con un certo sistema legislativo.” Lo stesso a. richiama l'espedito cui ricorre la giurisprudenza “per realizzare praticamente la responsabilità oggettiva servendosi delle norme che sanciscono una responsabilità per colpa”.

L'altro tributa ossequiosamente il passato, ma finisce con l'obiettivare a tal punto i criteri di accertamento della responsabilità che l'antico caposaldo "nessuna responsabilità senza colpa" rimane un vuoto simulacro, contenitore formale idoneo ad accogliere le nuove istanze di tutela dei danneggiati.

Non solo, ma la divergenza tra i due orientamenti in questione, particolarmente evidente con riguardo ai principi proclamati e ai criteri (solo dichiaratamente) perseguiti, finisce in realtà con l'azzerarsi, mutando direzione in un significativo convergere, ove si limiti l'osservazione alla concreta *ratio decidendi*, che in concreto si riduce alla verifica dell'attività esercitabile dal custode sulla *res*, senza alcuna rilevanza di un suo contegno colposo.

Pur non potendo in questa sede argomentare approfonditamente quanto appena affermato, di esso potrà fornire un valido indizio la sintetica lettura speculare di due decisioni recenti, che hanno proclamato principi di diritto differenti ma che, a ben vedere, approfondendo il corpo del provvedimento, presentano una medesima *ratio decidendi*.

Così, la sentenza n. 13222/2016 della Corte di Cassazione²⁹, chiamata a decidere sulla richiesta di risarcimento danni lamentati in conseguenza della frattura del femore subita da una signora all'esito di caduta verificatasi all'interno di un panificio, ha affermato che "il custode deve [...] dimostrare di avere espletato, con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa in considerazione delle circostanze del caso concreto, tutte le attività di controllo, vigilanza e manutenzione su di esso gravanti in base a specifiche disposizioni normative, e già del principio generale del *neminem laedere*", mostrando di richiedere un comportamento colposo (quantomeno presunto)³⁰ del custode alla base della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. Ciononostante, pur in assenza di un'evidente violazione nella vigilanza da parte del custode nel caso concreto, il collegio giudicante non ha ritenuto di poter semplicisticamente escludere la responsabilità: gli obblighi del custode sono stati

²⁹ Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2016, n. 13222, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; il testo integrale è rinvenibile nella *Banca Dati De Jure*. Si tratta di un provvedimento che analizzeremo più approfonditamente alla Sez. III, par. 2, in sede di prova di verifica definitiva delle proposte di inquadramento teorico e di applicazione pratica della fattispecie.

³⁰ Non si dice espressamente "presunzione di colpa" nel corpo del provvedimento, ma i principi di diritto formulati lasciano intendere un'opzione in tal senso. Tanto che la sentenza è stata massimata parlando di presunzione di colpa: "nell'ipotesi di caduta all'interno di un esercizio commerciale a causa del pavimento bagnato (per lo sgocciolamento degli ombrelli dei clienti), la mera disattenzione della vittima non integra caso fortuito ex art. 2051 c.c., in quanto il custode, per superare la *presunzione di colpa* [il corsivo è nostro, n.d.r.] a proprio carico, è tenuto a dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire i danni derivanti dalla cosa divenuta pericolosa per la situazione atmosferica e per la contestuale presenza di numerose persone nei locali." Inoltre, è stata spesso richiamata la nota Cass. civ. n. 3651/2006 (su cui vedi *amplius*, in questo capitolo, Sez. II, par. 2.5), che aveva inquadrato il caso fortuito a prova di non colpevolezza.

intesi in maniera talmente stringente da affermare che egli avrebbe dovuto costantemente asciugare il pavimento bagnato se avesse voluto evitare di incorrere in responsabilità, così come una mera disattenzione della vittima non è stata ritenuta idonea a integrare il caso fortuito. Una situazione di (potenziale) svantaggio probatorio per la vittima è stata così “riequilibrata” in favore di quest’ultima, la quale si è vista riconoscere il diritto al risarcimento³¹, laddove nei gradi di merito i giudici avevano escluso completamente la responsabilità del titolare dell’esercizio commerciale, liquidando il caso concreto come ipotesi di fortuito per imprudenza della vittima.

Diversamente, il collegio giudicante di ultima istanza, chiamato a decidere sul caso di una donna caduta mortalmente da una scala³², nella pronuncia n. 24480 del 2016³³, dà avvio al proprio iter argomentativo affermando la natura oggettiva della responsabilità di cui all’art. 2051 c.c.³⁴; tuttavia, i giudici sottolineano come sia indispensabile la dimostrazione “che lo stato dei luoghi presenti peculiarità tali da rendere potenzialmente dannosa la normale utilizzazione” della cosa.

In mancanza di una prova in tal senso, non è stata ritenuta configurabile la responsabilità del custode, la cui posizione probatoria di (apparente) “svantaggio”, derivante dall’affermata natura oggettiva della fattispecie normativa, è stata in tal modo contemperata da un’indagine più “zelante” e approfondita sui presupposti di fatto concretamente verificatisi. Il custode non era riuscito a dare prova della colpa della danneggiata, che tuttavia la Corte non ha ritenuto di poter radicalmente escludere, proprio in virtù della non dimostrata anomalia della *res*. Ciò, si osservi, quantunque vi fossero state dichiarazioni testimoniali che avevano fatto emergere “la presenza di alcune viti allentate e leggermente sporgenti”, dal momento che i giudicanti in sede di merito hanno svalutato la verosimiglianza di quanto emerso dal suddetto mezzo di prova.

³¹ O al più una diminuzione dello stesso per concorso colposo del creditore, da accertare in una nuova sede di merito, dopo la cassazione della precedente.

³² Gli attori, in proprio e nella qualità di eredi della defunta danneggiata, convenivano in giudizio Ferrovie dello Stato s.p.a., chiedendo il risarcimento del danno conseguente al sinistro verificatosi a carico della madre, la quale, “allorché si trovava a scendere una scalinata in ferro per recarsi alla fermata” ferroviaria, “a causa della presenza sulle scale di alcune viti di bloccaggio sporgenti in quanto non perfettamente avvitate, inciampava, perdeva l’equilibrio e cadeva rotolando per 617 scalini e battendo violentemente la testa sul pianerottolo di ferro.” Decedeva in ospedale poco dopo per grave trauma contusivo encefalico. I ricorrenti addebitavano la responsabilità dell’accaduto alla omissione da parte di Ferrovie del proprio obbligo di custodia, *ex art.* 2051 c.c.

³³ Cass. civ., Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 24480, in *Dir. Giust.*, 2016, 1 dicembre; il testo integrale è rinvenibile sulla *Banca Dati De Jure*.

³⁴ Osservando testualmente che “la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia è oggettivamente configurabile qualora la cosa custodita sia di per sé idonea a sprigionare un’energia o una dinamica interna alla sua struttura, tale da provare il danno”.

Dopo aver affermato la forma oggettiva di responsabilità, in definitiva i giudici hanno prudentemente vagliato le risultanze probatorie, evidenziandone la non precisione fino al punto di non escludere che la causa dell'evento lesivo possa essere stata diversa dalla cosa in custodia, ivi incluso, potenzialmente, lo stesso comportamento della vittima, o un malore o un urto della stessa operato da altre persone.

Gli Ermellini hanno confermato le decisioni di merito, ritenendo condivisibile che “in difetto di ulteriori e più precise allegazioni probatorie”, la responsabilità fosse da escludere. È evidente l'approccio del collegio giudicante più prudente, accorto a vagliare ogni singolo particolare del caso concreto, proprio per evitare di scivolare pericolosamente in una superficiale conclusione nel senso di ritenere responsabile il custode, sol perché la fattispecie normativa ha natura oggettiva.

Che l'art. 2051 c.c. rappresenti un'ipotesi di responsabilità per colpa (presunta) o meno, le due sentenze non sembrano aver dimostrato la natura dirimente del profilo suddetto ai fini del decidere. Gli organi giudicanti si sono serviti di altri criteri, orientando le loro decisioni sulla necessità di non privilegiare indiscriminatamente la posizione dell'una o dell'altra parte. Nell'accertamento concreto, al di là di ogni altra considerazione, decisiva si è rivelata l'attività esercitabile dal custode sulla *res*, quale estrinsecazione del potere, *id est* della situazione di fatto del possesso effettivo sulla stessa.

Ma nel primo caso la colpevolezza del custode, quale elemento (anche presunto) della fattispecie, pur essendo teoricamente un profilo probatorio di svantaggio per il danneggiato, è stata intesa in maniera particolarmente pregnante, così da non accontentarsi di una generica prova di diligenza del custode. Nel secondo caso, invece, la proclamata natura oggettiva della responsabilità non è stata intesa come “via facilitata” per accedere al risarcimento in favore del danneggiato; anzi, il nesso causale tra *res* e danno è stato ricercato in maniera talmente puntuale che, in assenza di prova di una specifica caratteristica della scala, intrinsecamente idonea a sprigionare energia e cagionare così il danno, quest'ultimo è stato ritenuto non riconducibile alla cosa.

Pronunce siffatte rivelano una “doppia tensione”: da un lato, una condivisa apertura alla tutela di ipotesi di danno che emergono con l'evolversi della società e che apparirebbe ingiusto lasciare prive di copertura risarcitoria; dall'altro, il timore di uno sconfinamento eccessivo delle ipotesi di risarcibilità del danno, col rischio di far ricadere su determinati soggetti (il custode di una *res*, nel nostro caso) le conseguenze dannose di situazioni non riconducibili alla loro sfera (giuridica e di fatto) di controllo effettivo.

Provando ad inquadrare nell'alveo delle strutture di diritto positivo a noi note le tendenze applicative individuate, nel tentativo di comporre le differenze e tracciare una strada interpretativa unitaria, potrebbe essere utile partire da una cifra qualificante comune: rimane ineludibile un momento valutativo di un comportamento³⁵. Ciò che muta è invero l'attualità o la potenzialità di detto comportamento, ma soprattutto la sua categoria dogmatica di riferimento e il giudizio di valore ritenuto espressione della fattispecie normativa. Il presupposto teorico, in pratica, incide sulle modalità di accertamento in concreto della responsabilità nei termini che immediatamente si chiariscono. Ritenendo l'art. 2051 c.c. una fattispecie di responsabilità per colpa (quantomeno presunta), la situazione giuridica di cui il custode è titolare non può che essere orientata nella modalità assiologica del dovere: egli ha l'obbligo di controllare la cosa³⁶. Conseguentemente, una sua eventuale responsabilità passa necessariamente per l'accertamento di una violazione del suddetto obbligo. Il suo comportamento (sia esso un atto commissivo o un contegno omissivo) si qualifica come illecito in quanto *non iure e contra ius*, sicché è inevitabile riferirsi ad una colpa (quand'anche presunta), da cui discende l'effetto giuridico della responsabilità e dell'obbligo risarcitorio.

Diversamente, allorquando, per venire incontro alle istanze di tutela presentate dalla società moderna, si opta per una tipizzazione delle ipotesi di risarcibilità *in re ipsa*, includendo tra queste il danno derivante da cose in custodia, si considera sempre il comportamento del custode, ma "obiettivandolo" e inquadrandolo nella modalità assiologica del potere. Ci si domanda se l'evento dannoso sia riconducibile alla sfera di attività esercitabile³⁷ del custode. L'accertamento positivo di un simile potere conduce all'integrazione della responsabilità dello stesso; non rientra nel giudizio di accertamento del fatto, così come in quello di sussunzione nella fattispecie astratta, alcun rimprovero per ciò che egli avrebbe dovuto fare e non ha fatto.

³⁵ Segnatamente, di un comportamento materiale e spontaneo rilevante giuridicamente, quale ulteriore sottoclassificazione rispetto alla categoria dei "fatti dell'uomo", secondo l'impostazione dogmatica che si rinviene in A. FALZEA, *Ricerche*, cit., p. 608. I fatti dell'uomo, a loro volta, costituiscono *species* del *genus* "fatti umani", quale insieme nel cui alveo rientrano anche i fatti di vita (quali processi vitali) e i fatti psichici, che a loro volta rappresentano eventi (o fatti giuridici in senso stretto). Cfr., per altre specificazioni sul punto, Cap. I, nota 28.

³⁶ Obbligo che viene solitamente esplicitato in una classica tripartizione: controllare la cosa, preservarla in buono stato manutentivo ed evitare l'insorgenza di situazioni pericolose.

³⁷ Ricorre così l'attività quale elemento nascosto ma decisivo per l'accertamento della responsabilità, del quale si è esplicitata l'utilità in sede di accertamento del caso fortuito e che verrà ulteriormente approfondito ai paragrafi successivi.

Ora, in entrambe le configurazioni il rapporto del custode con la cosa rimane unitario nel suo accertamento fattuale, pur essendo inquadrato in modi differenti dai peculiari orientamenti illustrati: che venga qualificato come violazione del dovere di vigilanza, ovvero come situazione oggettivamente riconducibile alla sua sfera di attività, l'elemento di fatto accertato rimane il medesimo e conduce alla responsabilità al di là dell'opzione sulla natura della stessa: in ciò consiste il peculiare effetto di "azzeramento delle distanze" nelle *rationes decidendi* cui ci si riferiva poc'anzi.

In ogni caso, l'orientamento che qualifica come oggettiva la natura della responsabilità da cose rappresenta l'approdo prevalente della giurisprudenza attuale, nonché di convergenza rispetto a quanto sostenuto già dalla dottrina maggioritaria³⁸.

Al di là delle cautele applicative adottate dal peculiare filone giurisprudenziale evidenziato, che testimoniano forse nient'altro che gli ultimi "presidi di resistenza" del retaggio colpevolistico in un inquadramento di tipo oggettivo, proprio la forma oggettiva della responsabilità in questione costituisce probabilmente un punto di non ritorno del sistema

³⁸ Su tutti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 33 e ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., pp. 504 e ss.; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1227; M. COMPORI, *Fatti illeciti*, cit., p. 294 e ss.; vedi anche, per altri riferimenti bibliografici, il Cap. I, Sez. II, *passim*.

Non può tuttavia affermarsi che la dottrina maggioritaria sia unanime sol perché concorde nel qualificare come oggettiva la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.; pur essendo questo un punto in comune tra gli studiosi, essi, come si è già avuto modo di esplicitare nel corso della ricerca, partono da presupposti giustificativi diversi, così come diverse sono le conclusioni interpretative cui approdano in punto di fondamento della responsabilità, ma anche criteri di accertamento del fatto. La selezione degli elementi ritenuti decisivi per l'inquadramento della fattispecie e degli interessi maggiormente meritevoli ne influenza in maniera determinante l'inquadramento teorico.

Peraltro, rimane ancora autorevole dottrina contraria alla qualificazione della responsabilità da cose in custodia come oggettiva: su tutti, cfr. C.M. BIANCA, *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, cit., p. 20, in cui si riprende quanto già sostenuto in *Diritto civile*, cit., p. 717 e ss., sostenendo come "non è riscontrabile un fondamento che giustifichi l'assoggettamento del custode alla responsabilità oggettiva"; di conseguenza, "la responsabilità del custode è una responsabilità per colpa, seppure aggravata". Meno recentemente, sosteneva la natura di responsabilità colposa dell'art. 2051 c.c. G. COTTINO, voce *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)* in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 377 e ss.; v. anche A. DE CUPIS, *op. cit.*, *passim*. Non può tacersi, inoltre, l'esistenza di un *tertium genus* di responsabilità, così detta "semiogettiva", in quanto "intermedia" tra quella oggettiva e quella per colpa, così come sostenuto da F.D. BUSNELLI, voce *Illecito*, cit., p. 25.

normativo³⁹ e un riferimento primario di conferma delle ricostruzioni tentate nella prima fase di analisi normativa della presente ricerca⁴⁰.

Anche gli altri elementi della fattispecie, conseguentemente, possono essere inquadrati e incidono nell'applicazione della norma sulla base del suddetto quadro ricostruttivo.

4. La nozione di cosa. Pericolosità come qualifica non necessaria, ma criterio selettivo del comportamento rilevante.

I recenti approdi giurisprudenziali hanno confermato quanto una prima ricostruzione normativa, fondata sul dato letterale, consentiva già di sostenere: la nozione di cosa di cui all'art. 2051 c.c. non presuppone una sua intrinseca pericolosità. È sufficiente che la *res* sia stata idonea di per sé a cagionare il danno⁴¹ e tale rilevanza causale non dipende dalla circostanza che essa sia necessariamente pericolosa.

Sul punto, la dottrina largamente dominante ha da tempo rilevato come la pericolosità non possa rappresentare “una qualità immanente di certe cose, ma una caratteristica che tutte le cose possono assumere, per la loro estrema relatività e gradazione di attitudine a divenire pericolose, con il mutamento delle particolari condizioni obiettive e soggettive.”⁴² Difatti,

³⁹ Nonostante essa fosse alquanto diffusa già diversi secoli orsono – in particolar modo nel periodo classico del diritto romano – e, purtuttavia, sia stata sommersa per lungo tempo e completamente offuscata dal dominio incontrastato della responsabilità per colpa. I presupposti giustificativi e gli interessi che hanno fatto ritenere adeguato un sistema di responsabilità oggettiva nell'ordinamento sono diversi nei tempi moderni rispetto al passato. La natura di quelli attuali e i segnali del cammino dell'evoluzione normativa fanno propendere per una definitiva consacrazione della responsabilità oggettiva; è piuttosto difficile immaginare che, dopo la sua riemersione (cfr. *amplius* Cap. 3, par. 3.4), essa possa essere nuovamente soppiantata.

⁴⁰ Peraltro, con riferimento più generale al sistema della responsabilità civile e alla coesistenza della responsabilità oggettiva insieme a quella per colpa, v'è chi osserva come “le eccezioni alla regola sono tali e tante, da aver capovolto il rapporto stesso tra regola ed eccezione: oggi, infatti, appare più estesa l'area della responsabilità oggettiva, di quanto lo sia quella della responsabilità per dolo o per colpa”: così G. BELLI, *La responsabilità oggettiva*, in *La resp. civ.*, 2011, 5, p. 373, in cui viene ripresa la tesi di F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 991. Alla base di questo fenomeno ci sarebbero le istanze proprie della moderna società industriale, cosicché l'accresciuta esposizione al pericolo ha comportato un diffondersi sempre maggiore di una “responsabilità da accadimento” accanto alla “responsabilità da condotta”.

⁴¹ Sintetizza questa conclusione G.G. GRECO, *op. cit.*, p. 581, che in proposito osserva come “rilevante sia solo il ruolo causale rivestito dalla cosa nella produzione dell'evento lesivo”, laddove la pericolosità in sé non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie.

⁴² M. COMPORTI, *Fatti illeciti*, *op. cit.*, p. 302, secondo una prospettiva condivisa anche da P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 215 e R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, *cit.*, p. 644. È ormai escluso che, qualora il danno derivi da cosa non pericolosa, esso debba necessariamente essere ricollegato “al comportamento di un soggetto che ha fatto sì che la cosa (di per se non nociva) divenisse causa del danno”, con conseguente applicazione dell'art. 2043 c.c.

“pure le cose comunemente ritenute inerti ed inoffensive [...] potrebbero, sebbene con diversa probabilità, essere di danno per gli altri.”⁴³

La pericolosità della cosa, tuttavia, finisce comunque per incidere, in punto di accertamento fattuale, sull’eventuale considerazione e valutazione tanto del comportamento del custode (*rectius*, della sfera di attività da questi esercitabile⁴⁴), quanto dello stesso danneggiato.

Non si può considerare sempre allo stesso modo la sfera di attività riconducibile al custode, così come il comportamento tenuto dal soggetto che ha subito il danno, senza avere riguardo alla situazione concreta; sulla configurazione di questa incidono proprio le caratteristiche della cosa, tra cui la sua eventuale pericolosità.

Infatti, se la cosa è di per sé intrinsecamente pericolosa, risulterà più agevole provarne il nesso di causalità con l’evento dannoso e quindi la riconducibilità dello stesso alla sfera di attività del custode. Quest’ultimo vedrà operare nei suoi confronti una valutazione *a posteriori* che, per quanto obiettivata, comunque riguarderà il suo standard di custodia esercitabile e/o esercitata.

Ne deriva un grado di difficoltà probatoria del caso fortuito direttamente proporzionale alla pericolosità della cosa. Non avendo ad oggetto la prova liberatoria del fortuito la diligenza in sé del custode⁴⁵, ma riguardando piuttosto l’incidenza di un elemento estraneo al danno-evento, è inevitabile che, quanto più la *res* manifesterà potenzialità dannose (*id est* pericolosità), tanto più sarà difficile la prova di un fattore autonomamente intervenuto, idoneo a “rompere” il nesso causale con il danno: è più agevole, in questi casi, inferire dall’accertamento di fatto che la potenzialità dannosa della cosa si sia spiegata nella sua capacità di nocimento. Si tratta della giuridicizzazione di una massima d’esperienza comune.

Viceversa, se la cosa non è di per sé pericolosa, di conseguenza sfuma la rilevanza del contegno del custode e, per notoria esperienza, sarà più agevole dimostrare l’insorgenza di

⁴³ M. COZZI, *op. cit.*, p. 38, il quale conseguentemente riteneva più esteso lo stesso concetto di custodia, giustificando una simile posizione sulla base del dato testuale secondo cui, in assenza di altra esplicitazione, “è chiaro che il legislatore con la semplice parola “cosa” non ha potuto affatto riferirsi unicamente alle cosiddette cose pericolose, le quali nel 1804 non esistevano ancora o almeno erano ben poche”.

⁴⁴ Si rammenta, infatti, che il comportamento va inteso sempre in forma “obiettivata”, essendo estranea alla fattispecie una sua valutazione in termini colpevolistici.

⁴⁵ Cfr. *supra*, par. 2. Che il custode avrebbe potuto prestare attenzione e diligentemente cercare di evitare il prodursi dell’evento dannoso è una circostanza non necessaria da provare ai fini dell’integrazione della fattispecie. Essa potrebbe al più rivelarsi determinante “a monte” rispetto al verificarsi o meno del danno, nel senso che una condotta accorta del custode può giovare a quest’ultimo se in grado di eliminare i rischi di produzione dei danni; ma detta condotta non costituisce prova in sé del fortuito come non colpevolezza.

un fattore causale nuovo ed autonomo, idoneo a cagionare il danno. Non solo, ma in questi casi, proprio in ragione dell'apparente estraneità del concatenarsi degli eventi alla sfera di controllo esercitabile dal custode, il giudizio di rilevanza dei fatti finisce con l'orientarsi – quasi in un meccanismo di ricerca automatica dell'origine causale degli eventi – verso un altro protagonista della vicenda: se la non pericolosità della cosa rende meno probabile la riconducibilità del danno alla sfera del custode, non può che focalizzarsi l'attenzione su quella del danneggiato, il cui comportamento finisce per divenire il “maggiore indiziato” di efficienza causale idonea alla produzione del danno.

In entrambi i casi, sembrerebbe che la pericolosità o meno della cosa fornisca un criterio orientativo per individuare e indirizzare la ricerca verso quella “colpa oggettivata” che rappresenta la vera origine del danno, sia essa proveniente dal custode (in quanto soggetto che ha il potere di fatto sulla cosa) o dal danneggiato. Tale considerazione, tuttavia, sembrerebbe praticamente smentita da quel peculiare orientamento – che è stato messo in evidenza in sede di approfondimento del dato applicativo⁴⁶ – secondo il quale viene indifferentemente invocata tanto la non pericolosità della cosa, quanto la sua pericolosità, per poi inferire logicamente che allora il danneggiato avrebbe potuto/dovuto prestare attenzione ed evitare il danno⁴⁷. Stando a tali singolari indirizzi interpretativi, tra loro simili e opposti al contempo, il “maggiore indiziato” del quale indagare il comportamento è sempre il danneggiato: ciò vale se la *res* non è in sé pericolosa, in quanto la situazione abnorme non potrà che essere, in tal caso, dovuta all'imprudenza del danneggiato, che ben avrebbe potuto evitarla; *idem* dicasi, indifferentemente, se la cosa è intrinsecamente dannosa, dal momento che in tal caso il danneggiato avrebbe dovuto prestare particolare attenzione e adottare le precauzioni utili ad evitare il danno.

La sussistenza di questi indirizzi interpretativi, così singolari nella loro speculare divergenza, indebolisce la tesi poc'anzi avanzata – che pure sembrerebbe poter fornire un chiave per l'applicazione della fattispecie – secondo la quale la presenza o meno di

⁴⁶ vedi Cap. IV, par. 3, nonché, in questo Cap., Sez. II, par. 2.6.

⁴⁷ In proposito, sono state richiamate al Cap. precedente, tra le altre, Cass. civ. n. 584 del 2001 e Cass. civ. n. 13681 del 2012 come paradigma delle posizioni opposte. La prima ha affermato che “tanto meno [la cosa] è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo (costituente fattore esterno) nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere dunque la responsabilità del custode ai sensi dell'art. 2051 c.c.”; la seconda, invece, ha enunciato il seguente principio di diritto: “la responsabilità del custode, di cui all'art. 2051 c.c. è esclusa in presenza di una scelta consapevole del danneggiato, il quale, pur potendo avvedersi con l'ordinaria diligenza della pericolosità della cosa, accetti di utilizzarla ugualmente.”

un'intrinseca pericolosità della *res* non è priva di rilevanza, ma è utile in sede di accertamento del fatto, per individuare la sfera soggettiva su cui focalizzare l'attenzione, ovvero sia rispettivamente quella del custode⁴⁸ e quella del soggetto leso. Di talché l'area di rilevanza della pericolosità della cosa non può definitivamente essere ricondotta all'equazione secondo cui essa sta alla valutazione della sfera del custode come la non pericolosità sta alla valutazione del comportamento del danneggiato, sebbene vi fosse una suggestione in tal senso.

Possono però essere individuati alcuni punti di riferimento, più sicuri in base agli esiti della ricerca, evidenziando quanto segue: che la pericolosità della cosa non rappresenti un elemento costitutivo della fattispecie è un approdo corroborato, ormai, dalla stessa qualificazione della fattispecie come responsabilità di natura oggettiva. Se la colpa del custode non è determinante per il sorgere degli effetti risarcitori, ne discende che provare la pericolosità della cosa non rileva ai fini di una possibile "rimproverabilità" di un comportamento al custode.

La pericolosità della *res*, in ogni caso, per quanto spesso relegata negli *obiter dicta* delle diverse pronunce, non si ritiene possa, per ciò solo, essere declassata ad elemento ininfluenza nell'economia generale della ricostruzione della responsabilità da cose in custodia.

Essa può, invero, fungere da indice rivelatore dell'area d'indagine da selezionare per accertare l'eventuale emersione del caso fortuito, acquistando così "rilievo nell'ottica della prova liberatoria"⁴⁹, secondo la logica probabilistica tipica del sistema civilistico⁵⁰.

Si può tentare allora di perimetrare sistematicamente l'area di rilevanza della pericolosità in questi termini. Più una cosa è pericolosa, più sarà probabile la sua idoneità causale nella produzione del danno e, pertanto, la sua riconducibilità alla sfera del custode. Su quest'ultimo dovrà ricadere, in punto di accertamento del fatto, l'attenzione dell'interprete,

⁴⁸ La cui scelta libera, per l'appunto, (può) comporta(re) una responsabilità proprio perché essa non è "incondizionata", cioè "slegata da qualsiasi legame con la realtà": cfr. S. PUGLIATTI, *Sulla responsabilità in generale*, cit., p. 403. In altri termini, le circostanze concrete non possono non incidere sulle scelte adottate da un soggetto rispetto alla *res* sotto la sua custodia.

⁴⁹ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 644. Aggiungeva inoltre l'a. che, in questo caso, il custode "troverà difficoltà notevolmente maggiori ai fini della dimostrazione del caso fortuito, in quanto la pericolosità presuppone per propria natura una maggiore prevedibilità delle possibili conseguenze negative."

⁵⁰ E diversamente dal sistema penale, in cui l'accertamento della causalità dovrà essere giustificato dal criterio del grado elevato di credibilità razionale, prossimo alla certezza, "poiché altrimenti si rischia di condannare ingiustamente una persona", laddove "nel sistema civilistico è sufficiente stabilire una relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del più probabile che non." Così M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 98.

al fine di verificare la possibilità per lo stesso custode di esercitare attività che consentano di evitare la produzione del danno. La prova del fortuito sarà in questo caso particolarmente ardua.

Sempre in presenza di una *res* pericolosa, la prospettiva cambia se il danneggiato era ben al corrente (oppure non lo era per sua colpa) del suddetto stato di pericolosità; in tale ultimo caso, un suo contegno malaccorto potrebbe essere ritenuto idoneo ad integrare autonomamente il caso fortuito.

Alle medesime conclusioni potrebbe giungersi, invero, in presenza di presupposti di partenza diversi. Difatti, in prospettiva opposta, meno la cosa è intrinsecamente pericolosa, più diventa determinante vagliare il comportamento del danneggiato, quale “maggiore indiziato” di aver innescato il meccanismo di produzione causale del danno, mediante il compimento di un atto anomalo, o comunque imprudente. Il custode – alla cui sfera di attività più difficilmente potrà questa volta essere ricondotta una situazione che si caratterizzi per particolare anomalia ed eccezionalità – avrà maggiori possibilità di fornire la prova del fortuito.

I presenti criteri orientativi, se da un lato riconoscono il rilievo pratico dell'accertamento sulla pericolosità della cosa, dall'altro ne delimitano l'operatività e soprattutto preservano un'impostazione dogmatica coerente con una fattispecie di cui la pericolosità non appare essere requisito strutturale.

Quanto alle altre caratteristiche della cosa, al di là della materialità che è insita nel suo stesso *nomen*⁵¹, può certamente ritenersi che non è dirimente il suo stato (solido, liquido, gassoso) o la sua dimensione. L'interprete, piuttosto, è chiamato a discernere le cose rilevanti ai sensi dell'art. 2051 c.c. da quelle che, per particolari caratteristiche o classificazione, presentano elementi di tipicità idonei a farle ricomprendere nell'alveo di rilevanza di altre fattispecie. Una lettura sinottica delle diverse ipotesi tipiche di responsabilità consentirà *infra*⁵² una simile operazione discretiva, unitamente alla delimitazione della nozione di custodia⁵³.

⁵¹ Secondo la già citata ricostruzione pugliattiana, secondo cui la cosa è una “entità naturale, [...] una parte del mondo esterno”, dotata di materialità, o meglio un “elemento materiale del concetto giuridico di bene, attraverso l'interesse che l'ordinamento tende a tutelare, attribuendo al soggetto un determinato diritto” (S. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, cit., p. 20. Cfr. *amplius* Cap. I, Sez. II, par. 2.1.

⁵² Nella Sez. II, par. I di questo Capitolo.

⁵³ Essa viene posticipata e collocata successivamente in quanto si auspica possa consentire di verificare due aspetti: da un lato, l'utilità della lettura sinottica delle ipotesi tipiche di responsabilità per descrivere, oltre alla cosa, anche la custodia (“in negativo”, cioè partendo da ciò che non è cosa e custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c.), di cui si dirà a breve; dall'altro (quale “prova di resistenza”) la validità della proposta sugli interesse fondamentale della fattispecie, sul suo fondamento e sugli elementi invarianti che la ricerca

5. Custodia: possesso della cosa come presupposto dell'attività esercitabile e dell'imputazione dei costi.

La nozione di custodia cui la giurisprudenza nel tempo è pervenuta consegna un quadro sempre più convergente verso un'impostazione unitaria, ma con alcuni punti d'incertezza che si può tentare di comporre a livello sistematico, mantenendo l'attenzione agli interessi giuridicamente rilevanti manifestati dalla società.

Sicuro punto di partenza è la conferma, da parte del formante giudiziale, di quanto l'iniziale analisi normativa consentiva già di affermare, ovverosia la nozione atecnica di custode⁵⁴. Questi non sarà necessariamente il proprietario o genericamente chi al momento del verificarsi dell'evento dannoso si trovasse in una qualche relazione con la cosa, ma il soggetto cui sia riconducibile una disponibilità tanto di fatto quanto di diritto della cosa, *id est* un potere sulla stessa.

Se nei casi a cognizione "lineare" queste indicazioni possono risultare sufficienti, difficoltà ben più notevoli emergono in alcune situazioni di fatto più complesse. Ciò si verifica allorquando vi siano più soggetti astrattamente qualificabili come custodi, in quanto ad entrambi sia riconducibile il potere di fatto e di diritto sulla cosa: è necessario in tal caso stabilire se prevalga ed in che misura il primo sul secondo.

In ogni caso, è bene precisare come, anche con riguardo alla custodia, è prospettabile un inquadramento della stessa nella prospettiva assiologica tanto del dovere quanto del potere. Nel primo caso, la custodia indicherebbe nient'altro che un obbligo di sorvegliare ed evitare l'insorgere di situazioni di pericolo. Tornerebbe così ad assumere rilevanza il profilo del comportamento del custode, in conformità ad un'impostazione soggettivistica della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., dal momento che il mancato ossequio al suddetto obbligo determinerebbe il sorgere della responsabilità, non essendosi il custode prodigato per impedire la produzione di danni ai terzi, reprimendo il pericolo inerente la cosa⁵⁵. Solo l'assenza di possibilità di controllare il bene escluderebbe la sussistenza di custodia.

sembrerebbe aver evidenziato. Aspetti, questi, che verranno approfonditi subito dopo aver vagliato singolarmente tutti gli elementi costitutivi della fattispecie normativa.

⁵⁴ Secondo quanto già affermato, tra gli altri, da F.D. BUSNELLI, *Illecito civile, cit.*, p. 24, per il quale la specificazione di questa nozione ampia ed elastica è affidata alla giurisprudenza, "la quale vi ricollega un obbligo (a cui viene attribuita fonte legale) di conservare il potere sulla cosa o sull'animale, di mantenerne il controllo e di vigilarne affinché non arrechi danno."

⁵⁵ Per A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 198 è proprio dal potere sulla cosa che deriva, "per la tutela dei terzi, l'obbligo della stessa custodia, considerata nel suo aspetto rivolto ad impedire la produzione di danni [ai] terzi mediante un comportamento in ordine alla cosa, atto a reprimere il pericolo, ad essa inerente, di [...] danni esterni."

Inquadrando invece la custodia secondo il senso letterale consegnato dagli ultimi approdi giurisprudenziali, ovverosia come relazione di fatto e di diritto del soggetto con la cosa, escludendo qualsivoglia considerazione sul comportamento del custode, si rientra invece nella dimensione assiologica del potere. Ciò significa che l'indagine fattuale andrà indirizzata verso l'individuazione di chi possa, più di chiunque altro, esercitare un'attività di controllo della cosa, quale estrinsecazione del potere di fatto sulla stessa. Operazione, questa, che nei casi "di confine" non si rivela semplicissima, attesa la presenza di diversi soggetti che potrebbero in astratto essere considerati custodi⁵⁶.

Il doppio piano di configurabilità della custodia riproduce le osservazioni già sviluppate a proposito del caso fortuito, tra cui quella relativa all'attività di controllo quale elemento potenzialmente unificante della duplice accezione di custodia: come comportamento obbligato ovvero come potere di fatto e di diritto. Difatti, in entrambi i casi, il custode è tale in quanto può esercitare sulla cosa una serie di attività, di là dal fatto che ne abbia la mera facoltà o il preciso obbligo.

L'individuazione di un simile elemento unificante, quale struttura invariante che emerge non solo dalla giurisprudenza più recente, ma anche dall'analisi normativa degli istituti "antenati" della responsabilità da cose in custodia, così come di quelli ad essa coevi e operanti in altri ordinamenti, suggerisce un certo approdo della ricerca: se la custodia viene in rilievo come "attività di controllo" sulla cosa – quale estrinsecazione del potere di fatto e di diritto secondo gli orientamenti più recenti in senso oggettivo, oppure quale contenuto dell'obbligo incombente sul custode stesso secondo la più tradizionale impostazione "colpevolistica" – e se i "costi" di un eventuale risarcimento per i danni dalla stessa cosa derivanti vengono imputati per scelta di diritto positivo a chi (può) esercita(re) la suddetta attività, allora può inferirsi che l'elemento formalmente nascosto⁵⁷ del sillogismo, ma rilevante, *recte* determinante, per l'individuazione del soggetto cui imputare (i costi del)la responsabilità sia il vantaggio pratico che dalla cosa discende.

⁵⁶ Sui rapporti tra locatore e conduttore, o comodante e comodatario, vedi nota 70.

⁵⁷ E rinvenibile nella forma di sineddoche, quale peculiare figura retorica "che risulta da un processo psichico e linguistico attraverso cui, dopo avere mentalmente associato due realtà differenti ma dipendenti o contigue logicamente o fisicamente, si sostituisce la denominazione dell'una a quella dell'altra. La relazione tra i due termini coinvolge aspetti quantitativi, cioè i rapporti parte-tutto (una vela per la barca), singolare-plurale (lo straniero per gli stranieri), genere-specie (i mortali per gli uomini), materia primo-oggetto prodotto (un bronzo per una scultura in bronzo)." La definizione è tratta dalla voce *sineddoche*, in *Enciclopedia Treccani online*, cit. Nel nostro caso, il vantaggio pratico rappresenta uno degli aspetti del (cioè una *species* del *genus*) potere sulla cosa. Per l'operatività di un'altra sineddoche nel campo della responsabilità civile, cfr. la nota tesi del Monateri al Cap. III, par. 1.3.

Considerata da un altro angolo visuale, la tesi potrebbe essere così sintetizzata: la custodia della cosa rientra nell'alveo della libertà per un soggetto⁵⁸ di esercitare una serie di attività sulla *res*, soprattutto di controllo e manutenzione, cui l'ordinamento collega inscindibilmente – quasi in un rapporto di implicazione necessaria ai fini del sorgere della responsabilità – l'imputazione dei costi del vantaggio pratico che lo stesso soggetto ritrae dalla cosa. Ora, siffatta “destinazione dell'utilità ritraibile dalla cosa, [...se indirizzata] a proprio vantaggio”⁵⁹, è qualificabile come fenomeno di godimento, che nel mondo giuridico si configura in una “dimensione relazionale” che “chiama necessariamente in causa [...] un soggetto, al quale il godimento possa essere ascritto, ed una qualche entità ad esso esterna, che ne rappresenta il punto di riferimento oggettivo.”⁶⁰

Custode è il soggetto cui sono imputati i costi della responsabilità in quanto si trova in stretto rapporto con la *res*⁶¹: può esercitare sulla stessa una serie di attività e ritrarre dalla stessa una serie di vantaggi, godendone e realizzando in tal modo un proprio interesse⁶². Realizzazione, questa, cui l'ordinamento collega il costo della responsabilità, che viene in definitiva ricondotta ad un comportamento umano: non già quale necessità di evitare il prodursi di eventi dannosi, nella dimensione assiologica della necessità; bensì, quale possibile “iniziativa del soggetto” esercitabile “in relazione ad un oggetto e teso al soddisfacimento di un interesse finale”⁶³, nella dimensione assiologica della possibilità.

⁵⁸ La libertà dei soggetti è lo *status* primario considerato dall'ordinamento, da riconoscere a ciascuno in assenza di altri interessi, ritenuti meritevoli e quindi in grado di giustificare la compressione del *quantum* di libertà di un soggetto, per garantire diritti appartenenti ad altri. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito, cit.*, p. 169; sul binomio libertà-responsabilità, cfr. altresì S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 459 ss.

⁵⁹ Così F. GIGLIOTTI, *Il fenomeno giuridico del godimento*, ESI, Napoli, 2008, p. 25.

⁶⁰ *Ivi*, p. 9. Nello studio monografico, che si ripropone “di ricostruire sistematicamente le situazioni giuridiche attive aventi ad oggetto un godimento” (p. 17), quest'ultimo è considerato in grado di estrinsecarsi solo in presenza di una condotta di un soggetto, che è suo presupposto. Il fenomeno giuridico del godimento, inoltre, viene analizzato dal punto di vista dogmatico, nella prospettiva della teoria della norma e dell'efficacia giuridica (cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, p. 278 e ss.): l'a. conclude ritenendolo in grado di comparire al contempo quale fatto nella proposizione condizionante e quale componente di fatto della proposizione condizionata (*id est*, nell'effetto della norma). Talvolta, addirittura, esso può essere “l'uno o l'altro indifferentemente” (p. 16).

⁶¹ Cfr. R. BRENDA, *op. cit.*, p. 730: la custodia, intesa non più “come fonte del generico obbligo di vigilanza, ma come situazione di fatto che lega un soggetto ad una cosa e che si sostanzia in un legame d'appartenenza soggettiva sorretto da una qualche forma di tutela giuridica, diviene, in tale prospettiva, criterio di traslazione delle conseguenze dannose prodotte dalla cosa.”

⁶² Afferma ancora in proposito F. GIGLIOTTI, *Il fenomeno giuridico del godimento, op. ult. cit.*, p. 18, che “l'utilità in tal modo ricavata è intesa come idonea alla soddisfazione di un bisogno”.

⁶³ Così M. TRIMARCHI, *Dalla proprietà al godimento*, Milano, 1992, p. 96, che collega detta iniziativa ad un “atteggiamento del corpo umano”, classificabile come “comportamento materiale attuario”, secondo la classificazione di teoria generale elaborata da A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto, cit.*, p. 393 ss; ID, *Comportamento*, in *Voci, cit.*, p. 710 e ss. Lo stesso F. GIGLIOTTI, *Il fenomeno giuridico del godimento, cit.*, p. 18 e ss., riprende la tesi suddetta, aderendovi e qualificando il godimento

Controllo e godimento della *res* rappresentano dunque i due requisiti identificativi della custodia: la loro implicazione necessaria costituisce il diretto precipitato della loro complementarità per l'identificazione del responsabile, trattandosi di nozioni tra loro affini ma comunque ben distinguibili⁶⁴.

Il godimento, a sua volta, può avere diversa natura. È qualificabile come diretto se il vantaggio pratico consiste in una immediata utilizzazione della *res* secondo quanto essa materialmente è in grado di offrire: è il caso di un libro che viene letto; si configura come indiretto allorquando la cosa serve in via strumentale alla realizzazione di interessi altri rispetto alla sua precipua destinazione: è il caso di un libro che venga venduto da un commerciante⁶⁵.

Oltre alla distinzione teorico-pratica tra godimento diretto e indiretto⁶⁶, va segnalato che l'interesse realizzabile per mezzo del godimento potrà avere diversa natura, patrimoniale e

come "comportamento materiale, oggettivamente apprezzabile, diretto a trarre utilità dalla cosa" e non necessariamente continuativo.

⁶⁴ Cfr., in questo senso, F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 10, che avverte come l'esame dei concetti di uso, fruizione, potere di fatto, ed altri ancora ne palesa la loro vicinanza e al tempo stesso la non sovrapponibilità con quello di godimento.

⁶⁵ Ancora, si configura come godimento diretto la coltivazione di un albero, i cui frutti vengono consumati da chi li coltiva e dalla sua famiglia; la piantumazione di un prato posto a pertinenza di un'abitazione, per godere dell'ombra e della frescura; la conservazione di propri beni in un locale adibito a garage-magazzino. Rappresenta invece godimento indiretto la coltivazione di un fondo finalizzata alla vendita dei frutti, dai quali percepire un guadagno pecuniario (l'interesse che si realizza è patrimoniale-economico); il piacere di concedere a un caro amico la propria casa con il giardino piantumato, perché egli possa tenervi una festa di compleanno (l'interesse che si realizza è non patrimoniale-morale); la locazione di un proprio garage ad un commerciante perché lo adibisca a deposito del negozio, con conseguente guadagno del canone mensile (l'interesse che si realizza è ancora patrimoniale-economico).

⁶⁶ Cfr. la distinzione sulla realizzazione degli interessi negli esempi alla nota precedente. F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 26 e ss., in prospettiva simile, pur divergente sotto il profilo terminologico, discorre in proposito di "uti" e "frui", i cui termini si ritiene possano essere ricondotti alla distinzione che si è appena proposta tra godimento diretto e indiretto. L'a. riporta anche la visione del L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, P. 156, che ricollegava l'uso al godimento diretto. Nell'uso (godimento diretto secondo la prospettiva da noi indicata) rientrerebbero l'impiego concreto che si fa della *res*, la trasformazione, l'unione, il miglioramento, le addizioni, financo la distruzione. Il godimento indiretto, inoltre, nella ricostruzione che si deve a L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, U. NATOLI e F.D. BUSNELLI, *Diritto civile. 1 Norme soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1986, p. 306, si sostanzierebbe "in un impiego giuridico del bene che si attua attraverso la concessione del godimento diretto di esso ad altri mediante un atto negoziale costitutivo di un diritto personale di godimento (si pensi ad un edificio concesso in locazione) o reale di godimento (si pensi al fondo concesso in enfiteusi o in usufrutto)." Questa tesi lascia aperti alcuni dubbi con riferimento ai beni pubblici, dei quali si affronterà *ex professo* la questione *infra* (Sez. II, par. 2), rispetto ai quali potrebbe infatti essere ritenuta astrattamente configurabile la compresenza di un godimento diretto di alcuni (privati cittadini) senza la presenza di un atto negoziale alcuno da parte della P.A. (l'ipotesi riguarderebbe i beni ad "uso comune" e non quelli ad "uso speciale" o ad "uso eccezionale": cfr. F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 139 e ss., dove si rinviengono altri riferimenti bibliografici sul punto).

non patrimoniale; l'una e l'altra sono perfettamente compatibili tanto col godimento diretto quanto con quello indiretto⁶⁷.

L'elemento nascosto determinante, emerso nella presente ricerca, è in definitiva proprio la libertà di esercizio di attività sulla *res* in quanto collegata al vantaggio pratico derivante dalla stessa, quale "facoltà somma di godimento"⁶⁸ che funge da ponte di collegamento tra potere di fatto e imputazione dei costi per i danni cagionati dalla cosa.

Tale elemento è presente, più o meno implicitamente, in qualunque impostazione ermeneutica della fattispecie. Sviluppando l'orientamento ormai consolidatosi sulla natura oggettiva della responsabilità da cose, quindi anche sull'accezione di custodia, essa rappresenterà un "potere obiettivo", per individuare il quale nei casi ambigui si potrà ancora una volta ricorrere al principio di adattamento dell'effetto al fatto⁶⁹.

Infatti, di fronte ad ipotesi di danni cagionati da cose e il cui risarcimento appare doveroso, laddove i tradizionali e formali criteri non consentissero un'agevole ed immediata individuazione del custode, questa sarebbe comunque possibile accertando il vantaggio pratico potenzialmente derivante dalla *res* e imputandone i relativi costi al soggetto beneficiario dello stesso.

Non interesserà più, a quel punto, chiedersi se il custode avesse un preciso obbligo giuridico o un mero potere di attivarsi: *imputet sibi damnum*. Si tratta di un ineludibile conseguenza rispetto alla scelta che egli è libero di compiere e che, pur tuttavia, ha

⁶⁷ Il vantaggio pratico che si ritrae dalla *res* può essere infatti un beneficio economico, come la soddisfazione di un interesse non patrimoniale, al di là della modalità di estrinsecazione dello stesso. Un albero può essere piantato e coltivato per trarne i frutti (godimento diretto con interesse economico) o beneficiare della loro vendita (godimento indiretto con interesse economico): ma i frutti possono anche essere regalati ad amici e persone care (godimento indiretto senza interesse economico), ovvero lo stesso albero può anche essere collocato in un giardino per mere esigenze ornamentali, ovvero per fare ombra a beneficio degli abitanti (godimento diretto senza interesse economico). Un locale può essere adibito a stanza per lo svago di una persona (serate con amici, pratica di un hobby, attività musicale), integrandosi così un godimento diretto per la soddisfazione di interessi non patrimoniali, ma anche come locale per l'esercizio di un'attività commerciale (negoziò, officina meccanica, ecc.: godimento diretto di natura patrimoniale); ove non venga locato ad altri, che ne potranno fare l'uso che meglio credono, consentendo comunque al locatore di ritrarne un'utilità economica (godimento indiretto per la realizzazione di interessi economici). Discorso analogo vale per i beni demaniali: una strada è mezzo di comunicazione che agevola i traffici commerciali, così come la viabilità per la comunità di cittadini, migliorando la qualità della loro vita non solo sotto il profilo economico.

⁶⁸ L'espressione è di M. COZZI, *op. cit.*, p. 334, che la utilizzava come sinonimo di governo e potere obiettivo proprio per non dare risalto al solo "elemento morale", rappresentato dal concetto di custodia, o a quello economico, identificato dal termine "signoria, disponibilità". Governo, o potere obiettivo, rappresenta invece, secondo l'a., una "fusione intima dei due concetti", "limitata però da obblighi rigorosi imposti dalla legge e dalla morale nell'interesse della coesistenza sociale. Esso non è signoria, potere suriettivo, atomistico, sconfinato, concettualmente ribelle ai limiti, né tampoco è custodia, puro ed astratto obbligo sovrumano di prudenza e preveggenza. Esso è *potere-dovere*; è *autorità* in una sola parola, in quanto questa è negazione sia di ingerenze estranee che di anarchia."

⁶⁹ Secondo l'impostazione dogmatica di A. FALZEA, *Ricerche, cit.*, pp. 62-64.

necessariamente un “costo”: quello della responsabilità, che delimita la libertà circoscrivendone gli effetti, in quanto secondo elemento del binomio assiologico di riferimento (libertà-responsabilità).

La rilevanza del concreto svilupparsi degli eventi in fase di accertamento conduce ad affermare che, in presenza di più soggetti cui sia riconducibile la sussistenza tanto di un potere di fatto, quanto di un potere di diritto sulla cosa, custode sarà chi possa “vantare” la maggior somma tra i due⁷⁰.

Banco di prova – e forse di conferma – della natura obiettiva della responsabilità è la situazione in cui le somme tra potere di fatto e di diritto di due soggetti, entrambi potenzialmente custodi responsabili, si equivalgono: ci si chiede quale criterio debba prevalere in queste ipotesi-limite di “parità di somma tra poteri”. Certamente, in ogni caso concreto, tra i due potenziali custodi potrà essere uguale (appunto) solo la somma tra potere di fatto e di diritto, ma non i singoli addendi: ci sarà certamente qualcuno che abbia maggior potere di fatto e minore di diritto e viceversa.

Individuare il custode sulla base della prevalenza del potere di fatto potrebbe essere una scelta giustificata da un argomento testuale e al tempo stesso sistematico.

La disposizione dell’art. 2051 c.c. si riferisce espressamente alle cose in custodia, non ai beni. E se il termine cosa indica nient’altro che (il sostrato materiale di) un bene⁷¹, allora un bene-cosa può di certo essere causa di danno ai sensi dell’art. 2051 c.c.; ma l’ipotesi opposta non può configurarsi, quella cioè di un bene che cagioni un danno senza essere (dotato del sostrato materiale della) cosa.

A ciò si aggiunga che dei beni si può essere proprietari, venendo così in rilievo situazione giuridica di un diritto soggettivo assoluto; ma quando si guardi alla loro materialità, *id est*

⁷⁰ Così, il conduttore di un appartamento, pur non essendo proprietario del bene che ha in locazione, può esercitare sullo stesso una serie molto estesa di attività, dal momento che dispone di un potere di fatto alquanto ampio, pur nei limiti del rapporto contrattuale. Al suo inferiore potere di diritto si aggiunge un potere di fatto notevole: la somma algebrica degli stessi supera quella del locatore. I danni derivanti dal bene gli potranno dunque essere imputati; ma non quelli che attengono a difetti strutturali della cosa, poiché su quelli il potere del locatore-proprietario non viene meno e sarà quest’ultimo a dover eventualmente rispondere. Discorso analogo potrebbe valere per il rapporto tra comodante e comodatario. Qualora però, ad esempio, venga concesso in comodato un bene mobile (ad esempio uno strumento da lavoro, o un’attrezzatura per esercitare sport), non si può immaginare che sullo stesso il comodante mantenga alcunché di potere di fatto, sicché ogni tipo di danno andrà comunque imputato al comodatario. Nell’ipotesi di persona che venga ospitata per tempi limitati in una casa (magari per una breve villeggiatura o un soggiorno in compagnia) dal proprietario (ma anche dal locatore) della stessa, il soggetto ospitato non potrà dirsi custode, in quanto l’attività sulla *res* non sarà mai da quello esercitabile, quale estrinsecazione del potere di fatto e di diritto, rimanendo piuttosto configurata in capo all’ospitante. In tutte le ipotesi descritte, il responsabile sarà il possessore del bene o il detentore qualificato, mai il detentore non qualificato.

⁷¹ Vedi nota 51, nonché gli altri richiami ivi indicati.

alla cosa come presupposto materiale del bene, viene primariamente in rilievo l'esercizio del possesso, quale situazione di fatto da cui può desumersi la possibilità di esercizio di attività (non solo) di controllo del bene. La situazione di fatto del possesso appare come elemento più idoneo della situazione di diritto (proprietà) ad inquadrare l'ipotesi normativa dell'art. 2051 c.c., che si riferisce (ai fini degli effetti risarcitori) alle cose (e non ai beni) in custodia. Detto elemento fattuale, pertanto, appare come dogmaticamente più adeguato non solo a descrivere la fattispecie, ma anche a risolvere i casi meno chiari e più problematici; anche l'analisi di diritto comparato sembrerebbe aver confermato questa tesi.

Il possesso, in effetti, individua in maniera chiara il soggetto che possa governare la cosa, che coincide con chi sulla stessa abbia quel godimento prolungato, in questa sede teoricamente inquadrato – in termini generali – come “vantaggio pratico”.

La stessa possibilità di esercizio dell'attività di controllo sulla cosa deve essere effettiva e concreta, dunque rilevare in punto di fatto in sede di accertamento, dovendosi escludere dalla riconducibilità alla custodia quei casi in cui un soggetto ha con la cosa un rapporto che “non gli permetta di essere buon amministratore del rischio assegnatogli.”⁷²

Il campo d'indagine possibile all'interno del quale l'interprete è tenuto ad accertare le “variabili” del potere di fatto e del potere di diritto, per vagliarne la rilevanza come custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c. e per determinare, nei casi incerti, la prevalenza dell'uno sull'altro in presenza di più (potenziali) soggetti responsabili, deve essere delimitato alla luce dei rilievi appena svolti.

Così, può essere individuata un'altra figura soggettiva potenzialmente in grado di esercitare il controllo della *res* e di vedersi imputati i costi derivanti dal vantaggio pratico sulla stessa: si tratta della detenzione qualificata, secondo quanto le fattispecie concrete analizzate e gli esempi condotti hanno evidenziato.

Il possesso non può, dunque, essere univocamente ed esclusivamente sinonimo – o comunque nozione esplicativa – della custodia, nel cui alveo potrà certamente essere ricondotta anche la situazione di detenzione. Questa, infatti, in determinate condizioni, consente il pieno potere di fatto sulla *res*, oltre che di godere del vantaggio pratico derivante dalla stessa.

⁷² Così si esprimeva P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 256, riferendosi al detentore, per argomentarne l'esclusione dalla titolarità della responsabilità solidale, ritenuta “talvolta inopportuna, [...] precisamente nei casi in cui il rapporto che egli ha con la cosa non gli permetta di essere buon amministratore del rischio assegnatogli, né di operare sulle cause generali di esso.”

Ora, dal punto di vista teorico, la non univoca riconducibilità del custode alla figura del possessore non pone alcun problema per l'interprete. Anzi, non solo essa è fisiologica, ma fornisce anche la quadratura del cerchio rispetto alla stessa qualifica di custode per il soggetto responsabile dei danni da cose. La ragione per cui il legislatore non ha specificato che detto responsabile sia il (solo) possessore, o il (solo) proprietario, o ancora il (solo) detentore (qualificato), è proprio da individuarsi nella circostanza per cui gli elementi decisivi per la scelta del soggetto cui imputare i costi della responsabilità (potere di fatto-attività esercitabile e vantaggio pratico-godimento) possono ben essere rinvenuti in ognuna delle qualifiche soggettive *testé* citate. Escludere uno tra loro dall'alveo di applicabilità della norma avrebbe comportato un *vulnus* alle potenzialità di realizzazione degli interessi sottesi alla fattispecie.

Nell'ambito della responsabilità civile, dunque, custodia è *genus*, laddove proprietà, possesso, detenzione (qualificata) sono *species*, idonee a selezionare, in base alle circostanze del caso concreto, il soggetto cui imputare gli obblighi risarcitori.

Quanto invece al profilo pratico-applicativo, sarà proprio il (maggiore) potere di fatto – e quindi il *quantum* massimo di attività esercitabile – a “risolvere” il problema dell'individuazione certa del custode in caso di differenziazione soggettiva tra possessore e detentore di un bene-cosa, entrambi potenzialmente imputabili. S'è già osservato, infatti, che decisivo è chi possa vantare la maggior somma tra potere di fatto e potere di diritto, con prevalenza del primo sul secondo. Ciò in quanto il secondo elemento che *supra* s'è visto essere complementare e in rapporto di implicazione necessaria con il potere di governo della *res* per dar luogo alla custodia, vale a dire il vantaggio pratico quale godimento della cosa, sarà comunque presente e rinvenibile nei casi considerati di differenziazione soggettiva del potere di fatto. Il godimento sarà al più qualificabile come diretto o indiretto, ma sarà certamente presente, ben potendo infatti estrinsecarsi su cosa propria ma anche su cosa altrui⁷³. A questo elemento si potrà dunque collegare ermeneuticamente il secondo, determinante ai fini della custodia, ovvero sia il potere di fatto, il cui *quantum* maggiore risulterà così decisivo.

Così, la presenza di un detentore quale soggetto diverso dal possessore fa inevitabilmente propendere per la qualifica di custode in capo al primo piuttosto che al secondo: in presenza di un potere di diritto pur generalmente inferiore rispetto al possessore, il detentore ha un potere di fatto sulla *res* notevolmente maggiore, esattamente speculare

⁷³ Cfr. F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 13.

rispetto al godimento diretto sulla stessa (pur essendo questa un bene altrui), che risulta decisivo. Il possessore, invece, avrà un potere – e quindi un vantaggio pratico e un godimento – indiretto sul bene, decisamente inferiore di quello di cui disporrebbe se fosse “da solo” nella relazione con la *res.*. Riemerge così la validità della proposta iniziale⁷⁴ d’inquadramento del custode attraverso il criterio della *vicinitas*: la ricerca ha consentito di riempire di significato il concetto, ma soprattutto di individuare gli elementi determinanti per l’accertamento dello stesso e di trovarne conferma nei vari contesti (storico, comparatistico, applicativo) indagati. La *vicinitas* rappresenta nient’altro che un criterio di preferenza del godimento diretto del bene-cosa rispetto a quello indiretto, ma solo laddove rappresenti elemento rilevatore del (maggiore) vantaggio pratico e quindi dell’attività di controllo esercitabile quale manifestazione del maggiore potere di fatto sulla *res.* È infatti quest’ultimo a prevalere per l’individuazione del custode, che ben potrà essere un soggetto diverso da chi abbia il godimento diretto della cosa; il predetto potere, infatti, risulterà comunque decisivo, purché ad esso si affianchi il godimento sulla stessa, quantunque nella forma indiretta⁷⁵.

In definitiva, se il possessore ha il godimento diretto del bene, egli sarà anche custode responsabile, avendo il maggior potere di fatto: tale è il possessore *corpore et animo*. Qualora invece il possessore sarà solo *animo*, allora potrà essere individuato un diverso soggetto, che si identificherà nel detentore, sul quale, convogliandosi il maggior potere di fatto (controllo e governo) affiancato al godimento diretto del bene, in presenza di un idoneo titolo giuridico⁷⁶, ricadrà prioritariamente la scelta dell’ordinamento per la qualifica di custode⁷⁷. Non rileverà in questo caso il godimento indiretto del bene-cosa da parte del possessore, venendo tale situazione superata dal binomio maggior potere di fatto-godimento diretto.

Appena fuori dal confine dell’attività di controllo esercitabile rilevante ai fini della custodia potrà essere collocato il detentore mero. Rispetto a questi, ci dovrà essere un altro

⁷⁴ Cfr. Cap. I, Sez. II, par. 3.3.

⁷⁵ Questo profilo di differenziazione tra godimento diretto individuabile su un soggetto, e godimento indiretto affiancato dal maggior potere di fatto individuabile su un altro, con prevalenza di quest’ultimo profilo per l’identificazione del custode, si rivelerà particolarmente utile in fase di analisi della problematica sul custode pubblico (v. *infra*, Sez. II, par. 2)

⁷⁶ Mentre il potere concreto di godimento può essere acquistato sulla cosa da parte di un solo soggetto, è invece possibile la coesistenza di più diritti di godimento: cfr. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 17. Il godimento concreto è riconducibile ad una sola persona in virtù del carattere di esclusività della relazione con la cosa: v. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sotanziale*, Milano, 1935, p. 88; tranne che non si versi in un’ipotesi di comunione (cfr. F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 24).

⁷⁷ Il possessore solo *animo* avrà dunque un potere (e un godimento) indiretto.

soggetto (detentore qualificato o possessore, che sia proprietario o meno) “viciniore” alla cosa, sulla quale non perderà certo il suo (maggiore) potere di fatto a beneficio del sopracitato detentore non qualificato. In tale ultimo caso, solo il godimento potrà eventualmente essere indiretto⁷⁸, ma non il potere, dunque l’attività esercitabile⁷⁹. Il detentore mero non potrà dirsi custode anche per la considerazione secondo cui “se è indubbio che il godimento di cose altrui può realizzarsi, nell’universo delle relazioni sociali, in svariatissime occasioni, ciò non implica, tuttavia, che in ogni caso in cui un godimento si è in fatto realizzato per un certo tratto di tempo esso debba essere assunto, *sub specie iuris*, ad oggetto di una corrispondente situazione effettuale.”⁸⁰

All’estremo opposto dell’area di rilevanza giuridica per la determinazione della custodia, si pone il proprietario pieno ed esclusivo. In assenza di qualsiasi altro soggetto titolare di diritti (reali o personali) aventi ad oggetto la cosa, *id est* il bene, ovvero di fatto esercitante il possesso su di esso (legittimo o meno), o comunque il potere di fatto in quanto detentore qualificato, non sarà rinvenibile nessun altra figura soggettiva qualificabile come custode, in quanto converge sul citato proprietario (pieno ed esclusivo) il *quantum* massimo di potere (di diritto e di fatto) esercitabile sulla cosa. Nessun altro può vedersi imputati i costi di un vantaggio pratico inesistente.

6. Assunzione del rischio come fondamento normativo.

Una volta individuato il criterio d’imputazione della custodia quale collegamento tra libertà e vantaggio pratico da un lato e costi derivanti dalla *res* dall’altro, ma con esplicita esclusione della necessità di accertare un comportamento in violazione di un qualche obbligo, può allora essere sostenuto che sul custode incombe un rischio⁸¹, inteso come

⁷⁸ È il caso dei beni pubblici, rispetto ai quali la P.A. ha un potere di fatto e di governo, pur essendo il godimento degli stessi solo “indiretto”: esso si configura infatti come beneficio economico derivante dagli introiti di natura tributaria. Il godimento diretto dei suddetti beni spetta invece ai singoli cittadini, che fruiscono degli stessi sfruttandone l’utilità e la funzionalità immediata immediata. Approfondiremo *infra* la questione: cfr. Sez. II, par. 3.3.

⁷⁹ Si pensi all’ipotesi in cui un soggetto inviti in casa propria (magari quella al mare o in montagna adibita a soggiorni di vacanza) un amico con la sua famiglia. Questi ultimi godranno direttamente del bene, beneficiando del gradevole soggiorno, ma senza che il potere di fatto sull’immobile transiti dalla sfera dell’ospitante a quella degli ospiti.

⁸⁰ Così F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 95.

⁸¹ C. SALVI, *op. cit.*, p. 1227, basa l’analisi della fattispecie proprio sul “rischio da custodia”.

eventualità di verifica di un danno “connessa a circostanze più o meno prevedibili”⁸². Ciò esprime icasticamente la scelta del legislatore di “imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare [appunto, *n.d.r.*] i rischi inerenti alla cosa”⁸³: ecco individuata la *ratio legis*, il fondamento della responsabilità da cose in custodia, a sua volta inscindibilmente collegato la libertà dei soggetti e, conseguentemente, con la responsabilità, quale principio opposto e utile a completare il binomio classico di riferimento assiologico⁸⁴. Il motivo per cui è forse preferibile parlare di rischio e non di pericolo risiede in ciò che le circostanze da cui può derivare il danno non sono sempre ed esattamente prevedibili ed immediatamente percepibili⁸⁵. Tale considerazione potrebbe essere intesa come *argumentum a contrario* idoneo a confermare la validità della tesi della natura non soggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c.: la possibilità per il custode di evitare i danni che possano derivare dalla cosa non equivale infatti a preciso obbligo di evitarli⁸⁶, proprio in considerazione del fatto che essi non sono sempre e immediatamente percepibili nel loro spiegarsi potenziale e nella loro manifesta pericolosità.

Ciononostante, il rischio della loro verifica incombe in ogni caso sul custode, proprio per la scelta legislativa di imputare la responsabilità a chi abbia un vantaggio pratico dalla cosa ma al contempo possa esercitare (più di ogni altro soggetto) sulla stessa l’attività di controllo idonea ad evitarli (se non addirittura a prevenirli): si concretizza emblematicamente l’antico brocardo *cuius commoda, eius et incommoda*.

Difatti, vero è che il pericolo non è una situazione *in re ipsa* della fattispecie, come del resto emerge anche dall’assenza della pericolosità quale caratteristica intrinseca delle cose per la rilevanza ai sensi dell’art. 2051 c.c.; tuttavia, dal momento che è riconosciuta al custode la possibilità di adoperarsi (non propriamente per eliminare un pericolo già esistente, bensì) per evitare l’insorgere di un pericolo (che potrebbe ipoteticamente configurarsi), agendo prima del e impedendo il verificarsi del danno, ne discende che le

⁸² Voce *rischio* in *Vocabolario online Treccani*, (<http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/rischio/>). Il rischio è quindi più tenue e meno certo del *pericolo*. In realtà, il contenuto sostanziale del rischio così come individuato nella ricerca, sembra rientrare meglio nell’accezione economica dello stesso contenuta in *Dizionario online Garzanti* (<http://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=rischio>) che lo inquadra come “condizione in cui si trova un soggetto economico quando a ogni sua scelta sono associabili diverse conseguenze, ognuna con un determinato grado di probabilità.”

⁸³ Secondo una diffusa massima giurisprudenziale: cfr. Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2016, n. 15358; Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2016, n. 10893; Cass. civ., sez. III, 08 febbraio 2012, n. 1769; Cass. civ., sez. III, 06 luglio 2006, n. 15383; tutte le massime sono reperibili in *Banca Dati De Jure*.

⁸⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *Sulla responsabilità, cit.*, p. 403.

⁸⁵ Il che confermerebbe, *a contrario*, la tesi della qualifica del fortuito come fattore autonomo, piuttosto che imprevedibile e/o inevitabile (secondo un’accezione colpevolistica).

⁸⁶ Cfr. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 39.

eventuali conseguenze dannose derivanti dalla *res* saranno a lui imputate. Il custode si assume il rischio che dalla cosa, da cui egli trae vantaggi e rispetto alla quale egli è libero di comportarsi come crede, possano derivare conseguenze pregiudizievoli per altri: a lui il legislatore ha scelto di imputare il relativo costo, senza doversi accertare una sua eventuale colpa⁸⁷.

Ciò che rileva è il legame tra il vantaggio pratico derivante dalla cosa e il costo di tale vantaggio, che determina il sorgere della responsabilità, prevenibile con l'attività di controllo. Pertanto, il rischio è elemento posto a fondamento non già del rapporto di causalità in sé considerato, ma della *ratio* della fattispecie, in quanto idoneo a focalizzare l'interesse prevalente tra quelli in gioco⁸⁸. Esso non sorregge la motivazione giudiziale che conduce all'accertamento della causalità in punto di fatto, ma assurge a "concetto metagiuridico", in grado di supportare "le regole pratiche elaborate dalla giurisprudenza"⁸⁹, ma comunque orientato sul piano di selezione dei valori⁹⁰.

Non è dunque esattamente ed esclusivamente criterio d'imputazione; quest'ultimo è da rinvenirsi nella custodia⁹¹, cui solo si ricorre per applicare la fattispecie normativa e risolvere i casi pratici, senza la necessità di invocare il fondamento.

⁸⁷ Che però potrà ben presentarsi nel caso singolo, pur non dovendo essere oggetto di accertamento giudiziale.

⁸⁸ Diversamente M. COMPORI, *Fatti illeciti*, cit., p. 298, assume come impostazione di fondo quella secondo cui il fondamento dell'art. 2051 c.c. è da individuarsi proprio "nella relazione intercorrente tra il custode e la cosa, perché la norma trova la sua giustificazione sul fatto oggettivo della custodia della cosa, considerato come elemento costitutivo e fondamentale."

⁸⁹ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 70. Da solo non vale "a costruire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile".

⁹⁰ In proposito, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., p. 644, pur ritenendo il rischio e il pericolo principi che "possono solo invocarsi, come motivi possibili e concorrenti della statuizione legislativa, che, tuttavia, ne prescinde [...] nel determinare i presupposti dell'obbligo di risarcimento", ribadisce tuttavia che "il fondamento ed il limite della fattispecie normativa debbono ravvisarsi, e questo può bastare, nella circostanza che il soggetto, chiamato a rispondere, versa in una relazione particolarmente qualificata con la cosa dannosa." Invero, stando a quanto sin qui osservato, invocare il fondamento come riferimento alla relazione qualificata con la cosa dannosa apparirebbe più che altro individuare un inquadramento teorico del criterio d'imputazione della responsabilità, ovvero sia della custodia quale situazione (di fatto, prima ancora che di diritto) selezionata dall'ordinamento come rilevante per (e quindi condizionante) il sorgere della responsabilità. Ma l'individuazione nella formulazione normativa dell'elemento determinante per la produzione degli effetti giuridici è operazione diversa dalla ricerca del "motore propulsore" primigenio e assiologico in grado di attivare e di giustificare una fattispecie di responsabilità.

⁹¹ Cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 2005, p. 786, che qualifica espressamente la custodia come criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.; del medesimo avviso è M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 70, secondo cui, diversamente sostenendo, si riporterebbe "sul piano della causalità elementi che gli sono estranei e che riguardano il criterio di imputazione della responsabilità o la ingiustizia del danno.". Ritene invece esatta "la tesi che ha prospettato il fondamento dell'art. 2051 c.c. nella relazione intercorrente tra il custode e la cosa" M. COMPORI, *Fatti illeciti*, cit., p. 298, giustificando tale assunto sulla base del fatto che la norma

Tuttavia, non può ignorarsi come, per un verso una norma non è generalmente interpretata e applicata facendo necessariamente ricorso al suo fondamento, che non è appunto requisito costitutivo della fattispecie, ma è tuttavia in grado di illuminarla indicandone il principio fondativo, ovverosia la base di valori che sono assurti al grado di meritevolezza di tutela giuridica secondo lo stile di vita perseguito dall'ordinamento; per altro verso, non sono poi così rare le ipotesi in cui gli interpreti invocano proprio il fondamento di una norma per interpretarla e risolvere i casi pratici ad essa riconducibili, là dove questi si presentino incerti e di difficile soluzione. Il fondamento di una fattispecie normativa, per la sua "naturale" predisposizione ad indicare – nell'intricato mondo giuridico dell'interpretazione – gli interessi meritevoli cui fare primariamente riferimento, assume inevitabilmente una duplice valenza: principio metagiuridico di ispirazione e giustificazione valoriale di una fattispecie da un lato; elemento ermeneutico risolutore dei casi più complessi per gli interpreti dall'altro lato⁹².

Giunti a questo punto, sembrerebbe che gli esiti della ricerca indichino, in ultima analisi, una caratteristica peculiare in comune tra il rischio e l'attività del custode. Quest'ultima, s'è già detto, funge da collegamento tra il vantaggio pratico che la *res* apporta al proprio custode e il potenziale costo che a lui è imputato in ipotesi di danni eziologicamente riconducibili alla cosa. Ora, l'art. 2051 c.c. non fa espresso riferimento all'attività esercitabile. Essa tuttavia opera in maniera determinante ai fini dell'accertamento della responsabilità nel momento applicativo, secondo quanto la ricerca ha fatto emergere: rappresenta un "elemento nascosto" della fattispecie, ma certamente determinante⁹³. È presente, dunque, in forma di *sineddoche*.

Ebbene, anche il fondamento di una fattispecie, pur non potendo dirsi requisito della stessa presente in forma di *sineddoche*, ne rappresenta comunque un riferimento primario e ineludibile, in grado di operare – sia pure reconditamente a volte, proprio come l'aspetto dell'attività esercitabile dal custode – per dirimere le questioni sottese all'applicabilità o

trova giustificazione "sul fatto oggettivo della custodia della cosa, considerato come elemento costitutivo e fondamentale".

⁹² Si pensi, in un'ottica più generale, al fondamento negli ordinamenti moderni della responsabilità civile, che è chiamata a proteggere e tutelare i soggetti lesi da situazioni di pericolo e di danno sempre nuove e un tempo neanche immaginate. Si legge in proposito *Ivi*, p. 36, che la responsabilità civile oggi è chiamata a "svolgere la funzione riparatoria in modo più ampio e migliore del passato, essendo più rispondente alle esigenze di protezione e di tutela dell'individuo contro le fonti di pericolo sempre maggiori e temibili introdotte dalla tecnica moderna."

⁹³ Dalla possibilità di esercitare un'attività sulla *res* si desume la custodia, nonché il vantaggio pratico e la libertà che su di essa ha lo stesso custode, consentendo così di imputare a questi la responsabilità per gli eventuali danni.

meno della norma ad un singolo caso concreto, viepiù ove quest'ultimo presenti aspetti problematici e di non agevole soluzione.

In definitiva, il rischio, quale fondamento della responsabilità da cose in custodia, può essere espressamente utilizzato come parametro ermeneutico per risolvere casi singoli, qualora gli stessi si presentino particolarmente complessi. Nelle ipotesi ordinarie e più semplificate (sia in punto di accertamento fattuale che di inquadramento teorico) esso rimane “dietro le quinte”, ma sempre in grado di assolvere al proprio ruolo (anche metagiuridico, per certi versi) di indicatore degli interessi preminenti sottesi alla fattispecie per scelta di diritto positivo.

7. Interessi giuridicamente rilevanti e scelta dell'allocazione dei costi del danno.

Una volta inquadrati gli elementi costitutivi della fattispecie nelle loro caratteristiche essenziali, possono meglio desumersi gli interessi sottesi alla norma e che si vogliono tutelare secondo il tipo di vita realmente vissuto.

L'operazione di selezione degli interessi rilevanti nella fattispecie consente di evitare il pericolo di un mero criterio “descrittivo in negativo”⁹⁴: non basta una mera parafrasi degli articoli, in quanto “la spiegazione è sempre funzione di una relazione con altro da ciò che si spiega”⁹⁵.

Utilizzando le categorie della dogmatica, va evidenziato come, anche dopo aver descritto sia la fattispecie causale che quella effettuale, rimane da individuare in quest'ultima, insieme alla componente di fatto, la componente di valore⁹⁶: essa è proprio la chiave della normativizzazione degli interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento.

Per individuarla, dovrà preminentemente farsi riferimento alla natura della responsabilità, qualificata come oggettiva, nonché al criterio d'imputazione della fattispecie, che

⁹⁴ Così auspica C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.*, p. 289, criticando l'approccio di chi, come Scognamiglio, si limitava a desumere il criterio della responsabilità oggettiva dalla semplice parafrasi degli articoli del codice.

⁹⁵ *Ibidem*, prosegue affermando che la custodia della cosa o dell'animale, il rapporto di preposizione, di per se non spiegano nulla, anche perché si pongono in contrapposizione rispetto alla colpa, diversamente dalla quale non hanno alcuna capacità evocativa di principi e criteri fondativi e condivisi (oltre che temporalmente radicati).

⁹⁶ L'impostazione dogmatica seguita è sempre quella di A. FALZEA, *Ricerche, cit.*, p. 104 ss., in cui si sviluppa in particolare l'effetto giuridico come proposizione condizionata della norma, del quale può separarsi una componente di fatto (che è sempre un comportamento) da una componente di valore (che cristallizza l'interesse meritevole di tutela selezionato dalla norma).

rappresenta l'indice di "scelta" del "rapporto di causalità da rendere rilevante"⁹⁷; ciò in quanto il giudizio di responsabilità, non esaurendosi nella determinazione di un ciclo di causazione del fatto, imputa un evento dannoso non già necessariamente ad una azione soggettiva, ma ad un soggetto⁹⁸.

Al profilo soggettivo scelto dall'ordinamento verrà imputato non soltanto l'evento in sé, ma appunto anche la realizzazione dell'interesse fondamentale della fattispecie. L'imputazione s'inquadra così in una doppia accezione: fenomenica rispetto al danno-evento, assiologica rispetto alla necessità di tutelare gli interessi meritevoli⁹⁹, scegliendo su chi far ricadere le conseguenze di un fatto dannoso; quest'ultimo, dunque, si rivela l'elemento fondamentale che dà impulso al ciclo normativo della responsabilità¹⁰⁰.

Essendo comunque diversi i soggetti coinvolti nella situazione di danno – e quindi nel giudizio di responsabilità –, diversi saranno anche gli interessi da tutelare e da tenere in considerazione ai fini dell'accertamento della stessa responsabilità.

⁹⁷ Diversamente dalla responsabilità per colpa, in cui è quest'ultima ad essere richiamata e ad aggregarsi al rapporto causale. Cfr. in proposito, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 341, che sottolinea come "nella responsabilità oggettiva non può porsi un problema di rapporto da causalità come struttura portante di un criterio d'imputazione; quest'ultimo, invece, dalla descrizione della fattispecie, emerge come criterio di individuazione degli elementi tra i quali deve ricorrere un rapporto di causalità ai fini del giudizio di responsabilità."

⁹⁸ Secondo S. RODOTÀ, *Il problema, cit.*, p. 151, è proprio la "funzione di imputare un evento determinato (fatto dannoso) non già ad una azione soggettiva (come accadrebbe se il giudizio di responsabilità si esaurisse nel determinare il ciclo di causazione del fatto), ma ad un soggetto" che accomuna tutte le ipotesi di responsabilità civile; sulla base di tale assunto, l'a. vede il fulcro del sistema nel "fatto dannoso", arrivando così a sostenere che la colpa determina la nascita dell'obbligazione di risarcimento allo stesso modo in cui la determina un altro criterio contenuto nelle varie fattispecie tipiche (qualità di custode, o di proprietario, ecc.).

⁹⁹ Siffatta impostazione riprende, pur con qualche sfumatura di differenziazione, quanto affermato da S. PUGLIATTI, voce *autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452, secondo cui "l'imputazione, così, viene a risolversi in un duplice giudizio: rispetto al comportamento, si ha un giudizio fenomenologico o storico, consistente nello accertamento del vincolo genetico; rispetto alle conseguenze, si ha un giudizio deontologico (basato su di un elementare principio di coerenza), in virtù del quale si deduce ed afferma la *necessità* che il soggetto sopporti le conseguenze del fatto (azione od omissione) proprio." Nella ricostruzione del maestro, il "fulcro [...] sta nella imputazione delle conseguenze del fatto, all'autore di esso, la quale presuppone l'individuazione di un criterio che ad essa presieda": si guarda così più alla posizione del responsabile (riferendosi al comportamento e alla sopportazione dei costi), rispetto a quanto affermato in questa sede, dove si guarda più generalmente al rapporto tra gli interessi in gioco (riferendosi al fatto generalmente inteso e all'interesse del soggetto leso ad essere risarcito). In ogni caso, era ben presente la prospettiva assiologica di fondo nel pensiero dell'a.: cfr. ID, *Sulla responsabilità in generale, cit.*, pp. 407 e 411.

¹⁰⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema, cit.*, p. 78, il quale, proprio commentando il passo appena citato (alla nota precedente) di Pugliatti, notava un mutamento di prospettiva di non poco momento: il presupposto della responsabilità era infatti individuato non più nell'giustizia o nell'interesse sociale, né tantomeno nell'atto illecito (necessariamente colposo), bensì nel "fatto giuridico dannoso", come "elemento unitario" cui fanno da contraltare "molteplici" criteri d'imputazione.

Da un lato, l'ordinamento giuridico non vuole lasciare senza ristoro i danni subiti dai soggetti rimasti ingiustamente lesi, specie se a causa di situazioni sviluppatesi di pari passo con il progresso della modernità e un tempo neanche immaginate dal legislatore, ma in grado comunque di essere sussunte nell'alveo fattispecie già positivizzate, dotate di generalità e astrattezza. Si vorrebbe che i costi dell'evoluzione della società – in termini di nuove situazioni di danno dovute all'inevitabile rischio-pericolo insito nel progresso – non ricadessero indifferentemente e indistintamente sui poveri malcapitati¹⁰¹, ma su coloro che effettivamente possano prevederli o quantomeno metterli in conto rispetto alla realizzazione di interessi connessi con le potenziali fonti di danno; è ritenuto più giusto dalla coscienza sociale – e dal diritto che ha scelto di normativizzarla – che il costo venga sopportato da chi trae un vantaggio (attuale o anche solo potenziale) da ciò che ha originato l'evento lesivo¹⁰².

D'altra parte, emerge l'interesse – anch'esso meritevole di tutela – a non eccedere in automatismi di attribuzione della responsabilità a soggetti che non sempre potrebbero effettivamente prevedere, evitare o comunque sopportare economicamente il “trasferimento” in capo a loro dei costi del danno in misura migliore rispetto al potenziale danneggiato; ciò in assenza di un comportamento colposo che più facilmente orienterebbe la scelta di allocazione dei costi in capo a chi abbia agito *non iure*.

Si palesa, in tal modo, la necessità di un elemento assiologico, prima ancora che tecnico-giuridico, che giustifichi il trasferimento dei costi di un evento lesivo dal danneggiato ad altro soggetto, affinché detto trasferimento non appaia come ingiusto, oltre che poco efficiente per l'intero sistema giuridico.

Rispetto ai due interessi considerati, l'impossibilità di un'assoluta prevalenza dell'uno sull'altro in via teorica comporta la necessità del riferimento primario al caso concreto, non già per degenerare in un approccio casistico esasperato (e in contrasto con la strutture del diritto continentale), ma per qualificare detto caso in via ermeneutica proprio alla luce dei

¹⁰¹ Si risponde così alle istanze di giustizia distributiva, secondo cui le conseguenze cagionate da una *res* inanimata non possono ricadere sul terzo incolpevole e non piuttosto su chi utilizza la cosa stessa. Cfr., tra gli altri, L. CORSARO, voce *Responsabilità da cose*, in *Digesto Disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 104.

¹⁰² L'idea di vantaggio pratico è mediana tra quella eminentemente economica di profitto e quella di collegamento in base alla mera disponibilità del bene. E. BALUCANI, *L'esigibilità della custodia nella responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 5, p. 1049, non contemplando questa possibilità, esclude che alla base della responsabilità non può esserci il profitto, “diversamente da quanto sostenuto in passato”: la responsabilità sorge “non perché il custode trae un profitto dalla cosa, ma semplicemente perché, avendo la disponibilità piena ed esclusiva del bene, ha un potere di effettiva ingerenza, gestione ed intervento che gli rende possibile - e doveroso - impedire che il bene possa arrecare danni a terzi.”

criteri d'imputazione e di scelta dell'allocazione dei costi effettuate dall'ordinamento, che in tal modo ha – per certi versi – “preselezionato” gli interessi ritenuti meritevoli di tutela¹⁰³.

Primario riferimento, nella fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., è dunque il criterio d'imputazione della custodia, trasfigurata ed esplicitata dall'elemento (individuato in forma di *sineddoche*) dell'attività esercitabile sulla cosa: i suoi margini di operatività indicano una scelta previa del legislatore di *favor* tendenziale per i soggetti danneggiati.

Vediamo come la custodia operi per consentire l'imputazione e l'individuazione – prima ancora che della responsabilità – dell'interesse prevalente nella fattispecie¹⁰⁴.

Alla base della custodia vi è tanto un principio di libertà (di azione) rispetto alla cosa¹⁰⁵, quanto un vantaggio pratico che dalla stessa deriva, configurabile in diversi modi¹⁰⁶.

La libertà e il vantaggio pratico derivante dalla (custodia della) cosa comportano però un costo; la responsabilità. Ciò rappresenta un evidente corollario (logico, prima ancora che giuridico) del principio secondo cui “ciascuno deve sopportare i costi necessari a far valere i propri interessi”¹⁰⁷: espressione, questa, in cui il riferimento ai costi è una perifrasi

¹⁰³ Non serve ricorrere al “bilanciamento dei valori”. Un interesse (come portato del valore) preminente ci deve essere e c'è sempre. Se non è tutelato, non è perché in alcuni casi esso deve cedere il passo ad un altro, ma semplicemente perché non rileva *tout court*, in quanto le circostanze di fatto ne hanno eliminato la possibile operatività. Ciò si verifica, emblematicamente, nelle ipotesi di caso fortuito per colpa del danneggiato, il cui interesse al ristoro dei danni non è “bilanciato” con quello del custode, ma semplicemente non rileva come meritevole nel singolo caso concreto.

¹⁰⁴ Per S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 114, l'individuazione dell'interesse prevalente della fattispecie non rappresenta altro che il risultato del giudizio di responsabilità permeata dal principio della solidarietà, dal momento che, “rapportata al principio della solidarietà, la ingiustizia si palesa come giudizio di valore, da pronunciare sulla base di una considerazione di carattere obiettivo.”

¹⁰⁵ Vedi nota 58. C. SALVI, cit., p. 1192, ritiene vocazione unitaria della disciplina aquiliana quella di “mediare il conflitto tra libertà di svolgimento delle attività produttive e sicurezza individuale”.

¹⁰⁶ Il godimento della cosa che sia una bene e la molteplicità di altri interessi (patrimoniali e non) che per mezzo di essa si possono realizzare possono essere facilmente riscontrati nella realtà. Vedi nota 64 per alcuni esempi. La prospettiva del godimento e della realizzazione degli interessi di chi abbia in custodia la cosa non è dunque connessa esclusivamente al profitto, quindi ad una prospettiva economico-imprenditoriale, diversamente da quanto sostenuto da P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 12, che evidenziava l'esigenza di “garantire il risarcimento al danneggiato, attribuendo il danno a chi trae profitto dall'attività nel corso della quale esso si è verificato.” Una simile esigenza è considerata “sempre più viva e convincente con lo sviluppo della grande industria moderna, che sostituiva agli sporadici fatti dannosi compiuti da domestici, da contadini o da dipendenti di piccole imprese artigiane, o causati da animali, una serie continua e regolare di incidenti statisticamente prevedibili e connessi con la natura dell'impresa. È allora che si sviluppa il principio di una responsabilità oggettiva per i danni cagionati dal fatto dei dipendenti e per quelli cagionati dalle macchine, considerati, gli uni e gli altri, come parte del rischio di impresa.”

¹⁰⁷ L'espressione è di A. MERKEL, in *Juristische Encyclopadie*, Berlin-Leipzig 1885, parr. 666-683, riportata da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., p. 279. Essa è il frutto del superamento dell'identificazione tra responsabilità civile e fatto illecito. L'a. individua con un breve *excursus* le tappe fondamentali di questo cammino. Il Von Jhering aveva formulato il principio pandettistico “nessuna responsabilità senza colpa”, che tuttavia è considerato già l'iniziativa del superamento della pandettistica. Superando anche il suddetto principio, si verificò una sorta di “superamento del superamento”: con esso “il diritto civile si apriva al

dell'obbligo risarcitorio, laddove la realizzazione degli interessi propri rappresenta nient'altro che quel godimento della *res* fondato sul principio di libertà. Torna così, ancora una volta, un riferimento implicito al più volte citato binomio libertà-responsabilità.

Ecco allora individuato il motivo secondo cui, come il custode può godere della cosa che è sotto il suo potere di fatto, finalizzandola a molteplici soluzioni, ma ritenendosi libero finanche di poterla trascurare, così egli si vedrà imputati i costi derivanti dalle conseguenze pregiudizievoli cui la stessa cosa, nello svilupparsi causale degli eventi, avrà dato luogo.

Il custode non risponderà per inadempimento di un obbligo, ma potrebbe trovarsi a dover pagare la scelta (liberamente) effettuata sull'*an* e sul *quantum* di attività di controllo ed eventualmente di prevenzione dei danni, quindi dei costi. Egli è infatti il soggetto “nella posizione più adeguata a condurre l'analisi costi-benefici”, accertando cioè la convenienza o meno di prodigarsi per cercare di “evitare il danno mettendo a fronte i costi di prevenzione e il costo in cui consiste il danno stesso”¹⁰⁸.

Potrà dunque scegliere se e come servirsi della cosa: potrà trarne i benefici, economici e non solo; potrà scegliere di affrontare dei costi per controllare i pericoli che possano derivare, evitando così i costi “altri” per eventuali danni; oppure non esercitare alcuna attività di controllo, ma nella consapevolezza che potrebbero derivarne situazioni di danno ben maggiori, con consequenziale aumento dei costi (in termini di risarcimento del danno). In ciò risiede la libertà del custode, che non ha alcun obbligo *ex lege* di evitare i danni derivanti dalla cosa: ma alla sua libertà e al vantaggio pratico derivante dalla cosa, che pure è interesse meritevole di tutela, l'ordinamento sovraordina gerarchicamente l'interesse dell'eventuale incolpevole danneggiato dalla cosa a ottenere il risarcimento del danno¹⁰⁹.

futuro sul finire dell'Ottocento". L'emersione culturale della responsabilità oggettiva vide la strada spianata anche da Binding, che infranse l'identificazione tra responsabilità civile e fatto illecito, per poi arrivare a Merkel (che sottolineava la necessità e l'importanza, per il progresso della società, di alcune attività, pur pericolose), allievo dello stesso Binding, cui si deve la paternità dell'affermazione *testé* citata.

¹⁰⁸ Così *Ivi*, p. 342. Si dà così alla responsabilità oggettiva un fondamento qualitativamente diverso da ogni altro precedente. Il responsabile di un danno è tale perché si è trovato, prima del verificarsi dello stesso, nella situazione più idonea per valutare l'opportunità di evitarlo; sopportare il costo del danno significa pagare la scelta operata. Così si solleva la responsabilità dalla cieca imputazione, dimensione che aveva condizionato lo sviluppo della responsabilità oggettiva. Castronovo richiama la scelta come elemento ricorrente in varie teoriche (come quella del rischio o quella dell'esposizione al pericolo), soffermandosi in particolare sulle teorie di analisi economica del diritto formulate da Calabresi. Per quest'ultimo, la scelta attiene al singolo danno, mentre per le altre teoriche la scelta attiene a ciò che sta alla fonte del danno. Così Calabresi è ritenuto aver sceverato il criterio di responsabilità dalle difficoltà soggettivistiche, ma comunque "radicato nella dimensione uomo, la quale sembra l'unica alla quale si è disposti a ricollegare senza discussione ogni forma di responsabilità".

¹⁰⁹ E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, cit., pp. 2420-2421, sottolinea la natura di valore non più assoluto, ma ormai relativo, della libertà, che è “suscettibile di abuso rispetto ad interessi che di necessità devono essere giuridicamente rilevanti, posto che la stessa libertà d'agire ha una tutela

Così è strutturata l'imputazione dell'interesse fondamentale sotteso alla fattispecie, nonché la scelta dell'ordinamento per l'allocatione dei costi derivanti da queste situazioni.

L'individuazione dei suddetti interessi e della loro relazione consente di ritenere che per gli effetti di responsabilità e risarcimento ex art. 2051 c.c. non rileva un comportamento del custode; il suo accertamento non è necessario, non trattandosi di requisito della fattispecie causale (o proposizione condizionante) della norma. La libera scelta di non intervenire sulla cosa per evitare eventuali danni potrà al più essere all'origine della concatenazione causale che ha poi generato il danno, ma senza acquisire alcuna rilevanza giuridica; lo stesso dicasi per un'eventuale scelta di segno opposto, dal momento anche lo spiegarsi di un'attività di controllo sulla cosa non libererà automaticamente il custode dalla responsabilità¹¹⁰. In entrambi i casi, però, si guarderà ad un fattore: l'attività esercitabile dal custode sulla *res*.

8. Dallo schema possessorio all'attività sulla *res* legata al costo del vantaggio pratico: elemento invariante della fattispecie.

Ora, l'attività esercitabile, nell'accezione sin qui descritta, proprio alla luce delle considerazioni che precedono, sembrerebbe manifestare un costante collegamento con gli interessi in gioco della fattispecie, ma soprattutto un'adeguatezza tanto teorico-descrittiva

giuridica." Conseguentemente, la stessa ingiustizia costituisce "l'esito di un giudizio di prevalenza dell'interesse leso" posto che "la stessa libertà d'agire ha un valore giuridico", sicché "la mera giuridicità dell'interesse offeso equipara la posizione del danneggiato al danneggiante" sotto il profilo della meritevolezza di tutela giuridica di un interesse. Per A. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in AA. VV., *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria* (a cura di M. Comporti e G. Scalfi), Giuffrè, 1988, p. 263, il binomio libertà-responsabilità non può arrivare alla rottura a causa dell'espansione della tutela aquiliana, pena la perdita di significato dell'azione o della posizione del danneggiante.

¹¹⁰ Potrebbe infatti la *res* comunque generare autonomamente un danno. Una simile prospettiva è del tutto opposta rispetto a quanto affermava A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 188 ss., secondo cui "le cose possono produrre danno o quando l'uomo le usa come strumenti della sua positiva attività o quando la virtuale possibilità dannosa insita in esse si attua per un processo proprio e spontaneo", ma in quest'ultimo caso la responsabilità può sorgere solo se vi sia stato "un comportamento umano [che] abbia alimentato il pericolo del danno, così influenzando sull'origine dello stesso danno". Ciò in quanto, secondo l'a., "per l'ordinamento giuridico, all'effetto della responsabilità la pura e semplice derivazione del danno dalla cosa è irrilevante": sarebbe "assurdo ed iniquo che fosse altrimenti, che l'uomo fosse responsabile del danno prodotto esclusivamente dalla natura extraumana, pienamente indipendente dalla sua condotta". Conseguentemente, non era ritenuto giustificato "erigere la responsabilità per danno da cose in categoria rigidamente contrapposta alla responsabilità per danno prodotto dal fatto dell'uomo: in verità, dato che il c.d. danno da cose assume senso giuridico, è produttivo di responsabilità in ragione della umana partecipazione alla sua produzione, e quindi della sua umana imputabilità, quella rigida contrapposizione è priva di fondamento."

quanto pratico-applicativa: appare emergere come una sorta di (più o meno implicito) elemento invariante.

Infatti, chi dalla cosa trae un vantaggio pratico – nelle forme del godimento diretto o indiretto – si presume essere proprio il soggetto in grado di esercitare un'attività di controllo sulla stessa. Il legame con la *res* ai fini dell'esercizio dell'attività è basato più su una relazione di fatto che di diritto, quindi più sullo schema possessorio che su quello proprietario. Si assiste così al “piegarsi dell'esperienza – così del legislatore come della giurisprudenza pratica – a considerare forme di controllo dei beni che si esercitano fuori degli antichi schemi della proprietà”¹¹¹: fenomeno, questo, probabilmente connesso con il diffondersi della responsabilità oggettiva, la cui operatività nel sistema vigente è da quest'altra prospettiva ulteriormente confermata.

In definitiva, l'intera fattispecie normativa orienta verso l'imputazione dell'interesse prevalente e della responsabilità in base a chi può operare delle scelte sulla cosa, sostenendo poi il costo della libertà e del vantaggio pratico che ne deriva.

Operare delle scelte significa poter compiere sulla *res* una serie di attività, di godimento ma anche di controllo e – perché no – prevenzione dei danni. L'attività esercitabile legata al costo del vantaggio pratico è dunque l'elemento invariante, in quanto sempre presente nell'evoluzione normativa secondo quanto la ricerca sembrerebbe aver evidenziato, pur non essendo esplicitato nella formulazione normativa¹¹²: all'attività si guarda per l'imputazione della responsabilità e quindi dei costi del risarcimento.

Per individuarla, occorre considerare la situazione dal punto di vista fattuale del possesso, non sotto il profilo eminentemente giuridico del paradigma proprietario. Inoltre, l'accertamento dell'eventuale responsabilità non guarderà alla singola azione che poteva o meno essere posta in essere nel caso concreto, perché in tal caso si sconfinerebbe inopinatamente e nuovamente nella responsabilità per colpa, andando alla ricerca di un qualche comportamento del custode (sia esso un fatto commissivo ovvero un'omissione). Attività è nozione che abbraccia una situazione di fatto in una prospettiva allargata: non indica un'azione (*id est* un comportamento) nella sua singolarità e specificità, ma considera una situazione di fatto nel suo complesso, per consentire all'interprete di accertare la possibilità (*recte*, la libertà) per un soggetto (individuato come custode) di compiere non “l'atto” per eccellenza finalizzato ad evitare il danno, ma più genericamente “una serie” indeterminata di azioni, quali il controllo, la manutenzione, il godimento del bene.

¹¹¹ Così P. RESCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 4.

¹¹² Esso è infatti presente in forma di sineddoche: vedi *supra*, par. 5, nota 57.

Sussistendo questa possibilità, ne discenderà l'oggettiva responsabilità del custode, il cui interesse (vantaggio pratico derivante dalla cosa e libertà sulla stessa) viene meno di fronte a quello del danneggiato e la cui sfera soggettiva viene quindi scelta dall'ordinamento per l'imputazione dei costi dell'evento lesivo, vale a dire per la determinazione della responsabilità, pur potendo benissimo il custode non avere posto in essere alcun comportamento negligente o imprudente.

L'elemento invariante ha la forma di una *sineddoche*, in quanto espressione di una parte per il tutto, cioè di alcuni (controllo, manutenzione, godimento) fra la molteplicità dei poteri individuabili in capo al custode, che possono consistere in operazioni materiali come in atti giuridici¹¹³.

Un inquadramento in tal senso, che individua l'elemento invariante dell'attività come requisito nascosto ma determinante della fattispecie di danni da cose, è riscontrabile in maniera diffusa, sia diacronicamente che sincronicamente, nei sistemi considerati.

Nella *cautio damni infecti* di matrice romanistica, dopo la "messa in dolo" del *dominus* della *res* – senza la quale non si sarebbe potuta configurare alcuna responsabilità – questi aveva la possibilità di *cavere*, ovverosia di svolgere una serie di attività volte ad evitare che la cosa producesse danno. Nella libertà di scelta era insita l'eventualità di incorrere in responsabilità, qualora l'evento lesivo si fosse comunque verificato. Il meccanismo ebbe lo stesso funzionamento anche dopo l'introduzione della *fictio* di avvenuta *cautio*¹¹⁴.

Anche gli stallieri, gli armatori e i proprietari delle case, che pur rischiavano di incorrere in una responsabilità oggettiva, avevano la possibilità di adoperarsi per evitare gli episodi di danno occasionati dai o nei beni di loro proprietà.

¹¹³ A riprova della molteplicità dei poteri esercitabili sulla *res*, di cui quelli elevati al rango di invariante rappresenterebbero solo una parte, con conseguente conferma della qualificazione della stessa come "sineddoche", F. GIGLIOTTI, *cit.*, p. 52, pur servendosi dell'osservazione in prospettiva diversa, analizzando l'attività "di amministrazione" della cosa quale fenomeno diverso dal godimento ma ad esso complementare, riferisce come la suddetta attività (che ai nostri fini potrebbe essere assimilata alla molteplicità dei poteri astrattamente individuabili in capo al custode) si possa manifestare in una serie di operazioni materiali, quali manutenzione, riparazione, adeguamento a requisiti legali, coltivazione ecc., tanto quanto in precui atti giuridici, quali il pagamento di debiti, l'assicurazione, la manutenzione, la riparazione, il restauro, il pagamento delle imposte, la riscossione delle rendite. Una ricostruzione terminologicamente diversa si rinviene in S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, *cit.*, p. 89, secondo il quale godimento è *genus*, laddove (il potere di) disposizione ne rappresenta una *species* (ma critico sul punto è P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 482); per F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 159 era la nozione di "disposizione" a rappresentare la categoria più ampia, all'interno della quale potevano trovare collocazione le diverse tipologie di attività esercitabile.

¹¹⁴ Vedi Cap. II, parr. 4.3 e 5.1.

L'analisi di diritto comparato ha messo in evidenza l'operatività di una norma non scritta¹¹⁵ che ha consentito alla custodia di essere inquadrata come potere di fatto e uso nell'interesse proprio¹¹⁶, quale elemento cui agganciare il costo della libertà e, quindi, della responsabilità, secondo una prospettiva che era già stata ipotizzata come chiave dogmatica di lettura della fattispecie e che è corroborata dopo l'approfondimento del dato applicativo. Infatti, la giurisprudenza, in concomitanza con l'affermazione della natura oggettiva della responsabilità da cose, ha fatto ricorso sempre di più al termine stesso "attività esercitabile" per indicare l'elemento qualificante della custodia, senza però intenderla esplicitamente come un obbligo del custode.

Simili constatazioni, sebbene utili, non consentono di ritenere per ciò solo provata la tesi dell'attività sulla cosa quale elemento invariante della fattispecie; la ricerca esige ulteriori conferme.

8.1. Primo riscontro dell'elemento invariante.

Occorre, allora, tentare di immaginare una prima prova di resistenza del suddetto elemento invariante, nonché della preminenza dell'interesse fondamentale della fattispecie, attraverso un breve esperimento mentale che ne verifichi la sussistenza (quale elemento di ricostruzione teorica ma anche di utilità pratica), in tutte le situazioni di rilevanza della fattispecie ipotizzabili.

Si considerino le ipotesi alternativamente configurabili nella realtà, in modo che ad ogni interrogativo sulla sussistenza di un requisito della fattispecie si possa rispondere, alternativamente, in maniera positiva o negativa, come in un bivio dopo il quale l'operazione ermeneutica di sussumibilità del caso concreto nella fattispecie normativa si arresta definitivamente ovvero può proseguire, per l'accertamento della sussistenza degli altri elementi costitutivi. Ci si baserà sulla *littera legis*, secondo l'indicazione del primario criterio d'interpretazione letterale suggerito dall'art. 12 delle Preleggi.

Il primo interrogativo riguarda il "*danno cagionato dalle cose*", ovverosia la riconducibilità causale dell'evento lesivo alla cosa: se manca il nesso eziologico tra *res* e danno, può già escludersi la sussistenza della responsabilità; se vi è il nesso causale, si prosegue ad accertare gli altri elementi costitutivi del fatto.

Si passa a questo punto all'interrogativo sull'elemento successivo della fattispecie causale: la custodia. Qui si manifesta la rilevanza dell'elemento invariante dell'attività: il potere

¹¹⁵ Il riferimento è al "crittotipo" della *gewere saisine* di cui si è detto al Cap. III, par. 3.3.

¹¹⁶ Cfr. *Ivi*.

sulla cosa di fatto e di diritto, con l'accertata prevalenza del primo sul secondo, si configura concretamente come possibilità di esercitare una serie (più o meno estesa) di attività sulla *res*. L'attività – che fa da contraltare al vantaggio pratico derivante dalla cosa – consente di rispondere affermativamente o meno all'interrogativo se vi sia custodia sulla cosa ed in capo a chi sia riconducibile.

Nel caso di risposta negativa, ci si dovrà arrestare e il caso concreto non potrà essere sussunto nella fattispecie ex art. 2051 c.c.; se invece la risposta è positiva, si prosegue nell'operazione di accertamento, rimanendo ancora aperta la possibilità di responsabilità del custode.

Quest'ultimo, giunti a tale fase, sarà infatti considerato responsabile “*salvo che provi il caso fortuito*”. Ora, se le ipotesi di evidente autonomia ed eccezionalità di un fattore causale idoneo ad rompere il nesso tra *res* e danno risultano di agevole soluzione per l'interprete¹¹⁷, consentendo di optare per una certa esclusione di responsabilità, i problemi si pongono nei casi incerti e di difficile inquadramento¹¹⁸. Proprio in queste situazioni di confine, dinnanzi al bivio fortuito-non fortuito, torna ad assumere un rilievo determinante la *sineddoche-attività esercitabile legata al vantaggio pratico sulla res*: rispondendo all'interrogativo se l'evento fosse oggettivamente riconducibile alla sfera di controllo – quale manifestazione dell'attività possibile – del custode, si potrà definitivamente discernere ed imboccare la direzione giusta, che porterà all'effetto responsabilità ovvero alla sua esclusione.

Naturalmente, la sussumibilità del concatenarsi evenemenziale dei fatti nell'alveo della sfera di possibile attività esercitabile dal custode andrà vagliata ed accertata oggettivamente, escludendo un'indagine sulla colpevolezza del comportamento del custode, ma considerando esclusivamente una riconducibilità obiettiva alla possibilità di controllo del soggetto potenzialmente responsabile. In ciò si manifesta la situazione soggettiva del custode come onere piuttosto che come dovere e trova giustificazione il concetto di “inevitabilità” cui studiosi e operatori pratici spesso rimandano, quale

¹¹⁷ Si pensi alle ipotesi di fortuito “lapalissiano”: un fulmine che colpisca un albero, che cadendo rovina ciò che sta sotto di esso; un pedone che corre su un marciapiede ghiacciato, inciampando scivolando e riportando lesioni.

¹¹⁸ Un pedone che inciampi su una buca non molto profonda ma poco visibile, nonostante egli fosse ben consapevole della fonte di pericolo, che si trova sulla strada della propria abitazione; l'allagamento di uno scantinato dovuto alla rottura delle tubature di scarico del vicino di casa, verificatasi in concomitanza di un copioso fenomeno temporalesco e magari con possibilità di evitare i danni se lo scantinato danneggiato fosse stato adeguatamente messo in sicurezza dal soggetto (asseritamente) leso.

paradigma non già di non rimproverabilità, bensì di obiettiva non gestibilità della vicenda rispetto ai poteri propri del custode.

L'elemento invariante risulta momentaneamente confermato, evidenziando una duplice operatività in sede di interpretazione: emerge in un primo momento per rispondere all'interrogativo se vi sia o meno custodia; ma vale anche successivamente, quale parametro di riferimento per discernere la qualificabilità di un fattore come caso fortuito.

8.2. L'idea di garanzia.

La verifica positiva della sussistenza della possibilità di esercitare un'attività di controllo sulla cosa da parte del custode, inquadrata come presupposto da accertare oggettivamente parrebbe evocare l'idea che il custode si trovi quasi in una posizione di garanzia rispetto ai potenziali danneggiati.

Mancando una colpevolezza del custode, ma sussistendo piuttosto un fatto della cosa quale presupposto del danno ingiusto e quindi del diritto al risarcimento per il soggetto danneggiato, chi può esercitare l'attività di controllo sulla cosa si troverebbe a dover "garantire" che il danneggiato venga risarcito.

Non può certo essere la cosa destinataria di un'obbligazione risarcitoria¹¹⁹: per questo, la responsabilità del custode non sarebbe altro che una garanzia posta a presidio della riparazione del danno subito dall'incolpevole danneggiato.

Già il Chironi¹²⁰, sotto la vigenza del vecchio codice civile, commentando alcune ipotesi di responsabilità per fatto non proprio, pur tentando di rimanere fedele all'indiscusso (a quei tempi) principio "nessuna responsabilità senza colpa", si rendeva conto che nelle fattispecie in questione – corrispondenti sostanzialmente agli attuali artt. 2052 e 2053 c.c.¹²¹ – la colpa non aveva rilevanza alcuna.

Ma tale considerazione – non riuscendo lo studioso a liberarsi dalle maglie della necessaria colpevolezza come requisito ineludibile – lo portava a spostare il baricentro della riflessione teorica dalla responsabilità civile, avanzando l'idea che si dovesse parlare (non

¹¹⁹ Nella fenomenologia giuridica essa è oggetto; in quanto tale essa è priva di attitudine ad essere titolare di diritti e doveri.

¹²⁰ G.P. CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, II, Torino 1906, p. 264 ss.

¹²¹ Si trattava degli artt. 1154 e 1155 del c.c. italiano del 1865, i quali traducevano gli artt. 1385 e 1386 *Code Napoléon*. La loro formulazione non si distacca nella sostanza dalle attuali ipotesi di responsabilità strutturate sulla falsariga dell'art. 2051 c.c.

già di responsabilità, bensì) di garanzia, perché non c'era in quei casi alcun comportamento diligente da porre in essere¹²².

Invero, non può tacersi come il riferimento alla garanzia, se e in quanto inteso nei termini suddetti, è utilizzato in senso atecnico. Per quanto, infatti, la nozione di garanzia viene invocata allorché si descrivono situazioni molto diversificate tra loro, tra cui lo stesso “obbligo del risarcimento condizionato al verificarsi di un atto dannoso”¹²³, cionondimeno, occorre specificare che per garanzia tecnicamente s'intende quel “mezzo apprestato dall'ordinamento giuridico per assicurare l'adempimento di un'obbligazione o il godimento di un diritto”¹²⁴. Una situazione giuridica soggettiva orientata nella dimensione assiologica del potere deve quindi preesistere affinché (e prima che) possa sorgere un'eventuale garanzia.

Ma ciò non si verifica nella garanzia-responsabilità extracontrattuale, in cui non v'è una (già sussistente) obbligazione risarcitoria che viene “rafforzata”, apprestando una garanzia per il suo adempimento, ma è lo stesso momento genetico degli effetti risarcitori che viene considerato allo stesso tempo fattispecie costitutiva della garanzia.

Eppure, è stato sottolineato che proprio nei casi di responsabilità oggettiva (o per rischio) si parla di garanzia. Ciò in quanto si configurano delle obbligazioni “di sicurezza”, ovvero “destinate ad eliminare le conseguenze dannose di un evento determinato”: ma questo effetto è insito già nell'obbligazione risarcitoria¹²⁵, laddove il creditore non vede “rafforzata la sua posizione né meglio assicurata l'aspettativa” che gli deriverebbe dall'essere già titolare di un precedente diritto di credito; funzione, questa, tipica della garanzia, la cui accezione sin qui delineata con riferimento ai danni da cose, si configura come nient'altro che “un'obbligazione fondata su una ragione di responsabilità”.

¹²² C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità, cit.*, p. 290, considera che poi, nella dottrina italiana, questo tenue barlume di responsabilità oggettiva si affievolisce con l'avvicinarsi della codificazione del 1942.

¹²³ Così M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1969, p. 448, che evidenzia la distinzione in senso generale tra la definizione appena riportata e quella di garanzia intesa “come misura del potere di aggressione di ciascun creditore sui beni del debitore nel confronto con la misura dell'analogo potere degli altri creditori”. Altre nozioni (per certi versi atecniche) di garanzia sarebbero: “assunzione da parte del debitore di un obbligo secondario o sussidiario che integra o rafforza o assicura il contenuto del diritto attribuito a creditore e aggrava la responsabilità (garanzia del venditore di cosa o del cedente di un diritto); [...] assunzione di un rischio che l'altra parte teme (assicurazione).”

¹²⁴ *Ivi*, p. 449. Secondo l'a., il ricorso al medesimo termine per esprimere concetti giuridici (e quindi istituti e fattispecie) tra loro diversificati è riconducibile alla “causa certa” della “povertà del nostro linguaggio giuridico”.

¹²⁵ *Ibidem*: “in tali casi, dire che l'obbligazione ‘garantisce’ il suo adempimento è un nonsenso, perché non v'è obbligazione che non garantisca il suo adempimento; e lo garantisce perché v'è un soggetto che deve eseguire l'obbligazione, un soggetto che deve rivolgere il suo sforzo di adempimento fino al limite del fatto non imputabile, e talora del caso fortuito.”

Ma la suggestione del riferimento alla garanzia piuttosto che alla responsabilità nelle ipotesi di danni derivanti da fatto non proprio, come si verifica per l'art. 2051 c.c., sebbene tecnicamente impropria, ha il pregio di evidenziare ancora una volta il rilievo del costo del vantaggio pratico quale interesse (ed elemento) determinante per la configurazione della fattispecie. Chi realizza un interesse dalla e con la cosa, deve “farsi garante” nei confronti dei terzi per i danni che dalla cosa possano derivare.

Si verifica, dal punto di vista dogmatico, un fenomeno di adattamento dell'effetto al fatto¹²⁶: siccome nella fattispecie causale non v'è propriamente un atto umano che generi gli effetti risarcitori ma un fatto della cosa, l'effetto sembrerebbe meglio inquadrabile come garanzia che come responsabilità.

Una simile conclusione – è bene precisare – non può essere pienamente accolta, se non nella sua portata esclusivamente “descrittiva”: sia perché il dato positivo è inequivocabile nell'inquadrare la fattispecie come ipotesi di responsabilità; sia perché comunque, a ben vedere, muterebbe (per quanto in maniera tecnicamente inappropriata) solo il *nomen* (da responsabilità a garanzia), non già il contenuto della situazione giuridica che si costituisce al verificarsi del fatto, la quale è in ogni caso un'obbligazione risarcitoria, senza alcun effetto rafforzativo derivante da un'autentica garanzia.

Ci troveremmo, infatti, di fronte all'anomala situazione di una “garanzia personale della propria obbligazione”, laddove vera garanzia di un'obbligazione si verifica solo nell'ipotesi in cui colui che è già debitore “consente a destinare beni suoi ad una soddisfazione preferenziale della stessa”¹²⁷.

L'ipotesi di risarcimento per il danno derivante da fatto della cosa, in definitiva, difetta di una connessione del debito di risarcimento con un'altra obbligazione già sorta e inoltre si configurerebbe come un'inammissibile garanzia *contra se*¹²⁸, anche volendola inquadrare come “garanzia per ciò che l'obbligato, per i suoi fini e per l'azione sua impiega”¹²⁹.

¹²⁶ Cfr. A. FALZEA, *Ricerche*, cit., pp. 62-64.

¹²⁷ M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, cit., p. 450.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ G.P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cit., p. 368. Secondo M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 450, l'idea della garanzia, in questo caso, nasce dall'attribuzione, all'obbligazione generale di risarcimento, “di un incongruo fondamento. [...] La garanzia per risarcimento da danno incolpevole viene costruita *ad instar* di quella che viene denominata “garanzia dell'attività propria come rispettosa del diritto altrui” (secondo quanto affermato da G.P. CHIRONI, *op. cit.*), e peraltro muove dal presupposto che anche la responsabilità per fatto proprio comporti una garanzia. Questo presupposto costringerebbe a porre pure la responsabilità contrattuale sul fondamento di un'obbligazione di garanzia, se garanzia comportasse ogni obbligo di risarcimento, e ciò non è meno assurdo di quanto lo sia il riferimento alla garanzia per giustificare la responsabilità extracontrattuale.”

Manca in questa fattispecie di responsabilità extracontrattuale il connotato precipuo della garanzia, vale a dire il rafforzamento della posizione di un soggetto che abbia già un diritto di credito.

Non solo, ma occorre riconoscere che in ogni caso, atteso l'inquadramento del custode come possessore che abbia il godimento (diretto o indiretto) della cosa, l'idea di garanzia non potrebbe reggere, neanche nella sua portata tecnicamente impropria ed eminentemente descrittiva, in quanto riconduce comunque ad una situazione giuridica soggettiva di dovere: un possessore-custode che goda del bene-cosa non dovrebbe essere tenuto a rispondere, non essendo titolare di alcun obbligo di garanzia.

Il ragionamento non potrebbe essere condotto neanche provando a configurare la garanzia come onere, richiamando la libertà (godimento o vantaggio pratico sulla *res*, con potere di scelta sull'attività esercitabile) quale necessario elemento oppositivo della responsabilità. Difatti, in questo caso non vi è alcun esercizio di un diritto condizionato a un adempimento¹³⁰, in quanto il libero godimento della *res* non è subordinato al *facere* positivo del risarcimento. Si verifica invece un meccanismo esattamente inverso: vantaggio pratico e godimento della *res* sono immediatamente esercitabili e realizzabili, senza alcuna necessità che il custode (potenzialmente responsabile) tenga *ex ante* un determinato comportamento per conseguire il suddetto risultato a lui favorevole; la responsabilità, quale costo (eventuale) della libertà, non sarà un peso (*onus*, appunto) da sopportare prima e in ogni caso, ma una conseguenza solo eventuale, che il custode metterà in conto quale possibile *exitus* della disponibilità di fatto della *res*.

In realtà, la nozione (per quanto atecnica e semplificata) di garanzia non è in grado di spiegare la fattispecie di risarcimento per il danno derivante da fatto della cosa – o quantomeno di evidenziarne gli aspetti principali – nella misura in cui è stato rilevato che possesso-detenzione rappresenta un requisito della fattispecie legato al godimento della cosa.

Il concetto di garanzia rimane allora in grado (non certo di giustificare a livello di diritto positivo, né tantomeno di descrivere in maniera icastica, per quanto atecnicamente impropria, la fattispecie di responsabilità da cose, ma solo) di porre l'accento sulla prospettiva dell'imputazione del costo del vantaggio pratico al custode, come soggetto in

¹³⁰Secondo quanto la manualistica classica intende essere il contenuto della situazione giuridica soggettiva dell'onere. Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 83; nello stesso senso P. PERLINGIERI, *Manuale, cit.*, p. 85, che parla di comportamento che un soggetto deve tenere nell'interesse altrui.

grado di svolgere una certa attività di controllo sulla cosa e, proprio per questo, qualificabile come “garante” della potenzialità dannosa della stessa nei confronti dei “terzi” potenziali danneggiati, in una dimensione ricostruttiva che vede la cosa quasi come *res animata*¹³¹. A sostegno di una simile osservazione – secondo un’impostazione comunque non utilizzabile a sostegno della tesi suddetta sull’elemento invariante della fattispecie – v’è stato chi ha affermato che “in fondo quando si conclude che questo risarcimento non è che l’armatura del diritto alla prestazione che ne esce fortificato e munito di giuridicità, si finisce con lo sfiorare appunto il concetto di garanzia”¹³².

¹³¹ In difformità rispetto a quanto ritiene la nostra cultura (giuridica e non solo), secondo un’impostazione da secoli immutata. Cfr. Cap. 2, par. 5, dove si specifica come alle cose, in quanto prive di ragione e sensibilità, venisse negata un’autonomia d’azione già nel periodo classico.

¹³² Così L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, p. 103. L’a. si esprimeva in tal senso per collegare al risarcimento per equivalenza il “concetto di garanzia se si pensa all’importanza primaria che ha per il creditore la prestazione (o il suo diretto surrogato: l’esecuzione in forma specifica), e alla conseguente importanza solo subordinata del risarcimento del danno per equivalenza.”

SEZIONE II

QUADRO SINOTTICO CON RISCONTRO

1. Lettura sinottica delle ipotesi tipiche di responsabilità: prova di verifica dell'elemento invariante e tesi dell'art. 2051 c.c. come norma generale di chiusura sistemica.

Si tenterà, a questo punto, di corroborare la validità dell'elemento invariante (attività esercitabile e costo del vantaggio pratico) e delle sue caratteristiche come chiave teorico-pratica per l'interpretazione della fattispecie di danni da cose in custodia, attraverso una prova di verifica sistemica, che coinvolga l'intero settore della responsabilità civile: da una lettura sinottica di tutte le altre ipotesi tipiche di danno si cercherà di perimetrare definitivamente le nozioni di cosa e di custodia, escludendo ciò che rileva nelle altre fattispecie e considerando – attraverso un'operazione aritmetica di sottrazione – ciò che invece residua nell'alveo di applicabilità dell'art. 2051 c.c., per poi “misurare” le invarianti proprio sulla base di questa definitiva perimetrazione.

Cercare di comprendere, attraverso un procedimento *ad excludendum*, quali “cose” rilevino ex art. 2051 c.c. e perché il responsabile è individuato nel custode e non (ad esempio) nel proprietario consentirà, inoltre, di giustificare un altro peculiare esito della ricerca: la proposta dell'art. 2051 c.c. come norma generale e di chiusura sistemica per tutte quelle situazioni di fatto non rientranti in altre fattispecie, ovvero sia dotata di residualità per tutti quei fatti non umani per i quali – secondo il tipo di vita realmente vissuto dagli ordinamenti moderni – si attivi l'area del danno risarcibile e (in un reciproco concatenarsi di causa effetto) una riconducibilità ad una sfera soggettiva, diversamente individuata in base al criterio d'imputazione selezionato.

1.1. Responsabilità per comportamento altrui.

Prendendo avvio l'operazione dalle fattispecie normative di cui agli artt. 2047, 2048 e 2049 c.c., è opportuno segnalare come, invero, esse tocchino solo tangenzialmente l'oggetto della presente indagine, dal momento che alla base dell'evento lesivo (generatore di responsabilità) v'è un comportamento, dunque in un fatto dell'uomo; peculiarità di

queste ipotesi tipiche è la divergenza tra il soggetto che ha agito e quello cui è imputata la responsabilità.

L'art. 2047 c.c., che prevede la responsabilità del “sorvegliante” per i danni derivanti da fatto dell'incapace¹³³, ovvero sia di persona incapace di intendere e di volere, sembrerebbe quasi un risultato aritmetico derivante dalla sottrazione dell'art. 2046 c.c., che individua l'imputabilità del fatto dannoso al soggetto agente quale presupposto indefettibile della responsabilità, dall'ipotesi generale di cui all'art. 2043 c.c.: il soggetto tenuto alla sorveglianza risponde di un fatto non proprio, ma che gli viene imputato a tutela del danneggiato. La fattispecie normativa cristallizza la valutazione dell'ordinamento secondo cui egli avrebbe potuto evitarlo, tanto che la prova di non aver potuto impedire il fatto consente un adattamento dell'effetto al fatto, escludendo l'obbligo di risarcimento del danno.

La disposizione di cui all'art. 2048 c.c., strutturalmente simile alla precedente nella parte in cui si imputa la responsabilità a un soggetto per un fatto, *rectius* un atto non proprio, individua una sorta di “responsabilità educativa”¹³⁴ di genitori, tutori, precettori e maestri d'arte, tenuti a risarcire quei danni eventualmente derivanti da fatto di figli, di minori o incapaci legali sottoposti a tutela, di allievi, di apprendisti. Limite della responsabilità, più che una semplicistica non colpevolezza, è forse la prova di aver adottato e concretamente attuato il *quantum* massimo di diligenza possibile.

Più vicina per il tipo di interessi sottesi all'imputazione della responsabilità e per criteri di accertamento della responsabilità è forse la fattispecie di cui all'art. 2049 c.c. la quale, nel prevedere la responsabilità di padroni e committenti “per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti”, non contiene alcun riferimento a un eventuale prova liberatoria fondata su un comportamento massimamente diligente del (potenziale) responsabile. Il riferimento all'attività di domestici e commessi richiama una prospettiva di responsabilità fondata (non già su relazioni *lato sensu* educative, bensì) su un rapporto di lavoro, o comunque finalizzato alla realizzazione di un interesse pratico, magari economico-imprenditoriale, del padrone e del

¹³³ Si tratta di un comportamento certamente non causale, ma orientato che può ben essere, vista l'incapacità del soggetto, più un comportamento organicamente necessitato (dove la libera iniziativa è ridotta) che organicamente libero (dove la libera iniziativa si espleta al massimo delle potenzialità), cioè un atto in senso stretto, caratterizzato da piena libertà e capacità (naturale, oltre che giuridica) del soggetto che lo compie. Per questa classificazione dei comportamenti, cfr. A. FALZEA, *Ricerche, cit.*, pp. 679-680.

¹³⁴ Che può manifestarsi, alternativamente o cumulativamente, come *culpa in eligendo* e/o *culpa in vigilando*.

committente. S'intravede qui un possibile fondamento nel rischio, secondo la già citata prospettiva sintetizzata dal noto brocardo *cuius commoda, eius et incommoda*.

1.2. Dal raccordo dell'attività pericolosa ai fatti non umani: beni e cose nel codice civile.

Se le ipotesi fino ad ora considerate, in quanto fondate su un comportamento, hanno una rilevanza limitata con riguardo al tentativo di ricercare per altra via l'effettivo contenuto e l'accezione degli elementi "cosa" e "custodia" nella fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., di maggiore interesse sono gli artt. 2050-2054 c.c. per questo tentativo di individuare per altra via, mediante un procedimento *ad excludendum*, i confini di rilevanza del danno da cose in custodia e gli interessi sottesi o gli elementi nascosti, ma comunque operanti, della fattispecie.

L'art. 2050 c.c., in questo senso, costituisce una norma di raccordo tra le ipotesi normative precedenti¹³⁵, chiaramente incentrate su un atto dell'uomo, e quelle successive, che non prevedono esplicitamente un comportamento di un soggetto per il sorgere degli effetti risarcitori.

La sua natura ibrida si evidenzia nel contestuale riferimento alla "attività" pericolosa e ai "mezzi" adoperati. La prima rimanda a un atto dell'uomo, i secondi delimitano la sfera di operatività della norma alla presenza di una particolare tipologia di beni.

Quanto all'attività pericolosa, essa invero non individua uno specifico comportamento umano, ma definisce una serie di atti, tra loro funzionalmente collegati, che si caratterizzano per la pericolosità: questa può dipendere da una sua caratteristica intrinseca, ovvero dai mezzi adoperati¹³⁶.

¹³⁵ Per un inquadramento in termini di "livello intermedio tra due blocchi di norme" (art. 2043 c.c. e ss. da un lato, art. 2051 c.c. e ss. dall'altro) rispetto ai quali non vi siano evidenti "elementi di continuità", cfr. A. GORASSINI, F. TESCIONE, *Per un quasi commento, cit.*, p. 237. *Ivi* la fattispecie normativa è ritenuta avere quale presupposto la colpa (anche minima) presunta (in quanto ipotesi di responsabilità aggravata), laddove un'impostazione esclusivamente oggettivistica porterebbe a una "deriva di sistema".

¹³⁶ La nozione di pericolosità è alquanto ampia, identificandosi, oltre che con le attività che sono qualificate come pericolose dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, anche "con quelle attività che per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati comportino la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva." Così Cass. civ., sez. III, 06 aprile 2006, n. 8095, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

La pericolosità va accertata in concreto ed *ex ante*, altrimenti, se venisse accertata *ex post*, tutto potrebbe essere ritenuto pericoloso in quanto causa originatrice di un danno. Cfr. in questo senso A. GORASSINI, F. TESCIONE, *op. ult. cit.*, p. 240, che successivamente (*ivi*, p. 242 e ss.) elencano le attività qualificate come pericolose da documenti normativi e giurisprudenza. Per P.G. MONATERI, *Le attività pericolose*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, X, Torino, 2002, p. 96, "l'attività sarà quindi pericolosa quando statisticamente cagiona molti incidenti, e quando minaccia di cagionarne di molto gravi".

L'evento lesivo che genera responsabilità non dovrà necessariamente essere collegato a un singolo comportamento, ma potrà essere “semplicemente” ricondotto causalmente al complesso dell'attività qualificata come pericolosa¹³⁷.

Sotto il profilo dell'oggetto, si osservi che per “mezzi adoperati” s'intendono beni caratterizzati da una certa complessità: si tratterà per lo più di macchine azionate e utilizzate dall'uomo, che se ne serve per fini specifici¹³⁸. Si badi, tuttavia, che anche una “struttura organizzativa immateriale” può essere considerata alla stregua dei “mezzi adoperati” rilevanti ex art. 2050 c.c.: ne costituisce prova evidente la circostanza per cui anche al trattamento dei dati personali si applica la fattispecie *de qua*¹³⁹.

L'art. 2052 c.c. si occupa dei danni che possono derivare dagli “animali”, come altra specifica categoria di beni giuridici. Anche in questo caso l'evento di danno è generato da un fatto non umano¹⁴⁰, essendo gli animali collocabili fenomenologicamente nella categoria dell'oggetto e non del soggetto.

La peculiarità degli animali, quali oggetti (appunto) “animati” e in quanto tali dotati di un'intrinseca potenzialità di movimento e, per questo, di maggiore possibilità di generare eventi di danno, ha indotto il legislatore a estendere le ipotesi di responsabilità a tutte le situazioni di fatto astrattamente verificabili, evitando i vuoti di tutela: vi sarà qualcuno tenuto al risarcimento del danno in qualunque contingenza si trovi l'animale. Potrà essere sotto effettiva custodia di qualcuno, ovvero in fuga o ancora smarrito: in ogni caso il danno prodotto verrà imputato a un soggetto.

Sulla base di questo presupposto si coglie il riferimento alla responsabilità non solo del proprietario, ma anche di “chi se ne serve per il tempo in cui l'ha in uso”. Mentre il *dominus* dell'animale è stato individuato come soggetto da considerare primariamente per l'attribuzione di responsabilità, l'ordinamento ha previsto l'ipotesi in cui sia un altro

¹³⁷ Lo stesso sintagma “nello svolgimento”, che individua una sorta di limite di operatività della fattispecie, non va inteso “nel senso di una necessaria contestualità tra l'esercizio dell'attività e il verificarsi del danno, ma piuttosto nel senso della imprescindibilità di un rapporto di derivazione del danno dallo svolgimento dell'attività”. Così BUSNELLI, voce *Illecito, cit.*, p. 27, che richiama l'orientamento in tal senso della giurisprudenza di legittimità, tra cui Cass. civ. 27 gennaio 1982, n. 542, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, 480.

¹³⁸ Il riferimento è soprattutto ai complessi aziendali (una serie di macchinari per la lavorazione di prodotti agroalimentari, o per la produzione di oggetti in serie), pur essendo rilevanti anche singoli apparecchi (un forno, una macchina saldatrice, un'etichettatrice), purché destinati a un'attività.

¹³⁹ L'art. 15, comma 1, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice in materia di protezione dei dati personali”), prevede infatti che “chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile.”

¹⁴⁰ A meno che l'uomo non voglia da sé e volontariamente compiere una determinata azione, ai fini della quale “si serve” di un animale: di un cane addestrato ad attaccare per ferire una persona, di un cavallo per trainare qualcuno o qualcosa, provocando danni.

soggetto a “servirsi” dell’animale¹⁴¹: in tal caso, si apre una “finestra di tempo” limitato in cui sarà il suddetto soggetto, e non il proprietario, a rispondere dei danni cagionati dall’animale. Altrimenti, rimane il collegamento del diritto di proprietà quale riferimento giuridico sicuro per l’imputazione della responsabilità.

Il richiamo non generico al controllo dell’animale, ma specifico all’uso “per conto proprio”¹⁴², sembrerebbe consentire un approccio analogo a quello cui la ricerca ha condotto sull’art. 2051 c.c.: potrebbe emergere anche in questo caso l’elemento invariante del costo del “vantaggio pratico” che si trae dal bene (in questo caso animale e non “cosa”) come criterio d’individuazione del soggetto responsabile.

Limite esplicito che esclude la responsabilità è il caso fortuito, sulla cui perimetrazione si pongono non pochi problemi e sul quale possono valere, con gli opportuni accorgimenti, le medesime riflessioni sul fortuito nell’art. 2051 c.c.

Un altro limite, questa volta implicito, all’operatività della fattispecie dovrebbe essere rappresentato dall’ipotesi di un animale *res nullius*: non appartenendo né essendo in uso l’animale ad alcuno, manca un soggetto cui imputare l’obbligo risarcitorio. Tuttavia, tale ipotesi di chiusura dovrebbe non avere più rilevanza, là dove si leggano sistematicamente gli artt. 922 c.c. e l’art. 1 della legge quadro sulla caccia¹⁴³, ai sensi del quale “la fauna selvatica italiana costituisce patrimonio indisponibile dello Stato”. Con l’inclusione della fauna selvatica tra i beni contemplati dal secondo comma dell’art. 826 c.c., un animale o appartiene a un soggetto privato¹⁴⁴, oppure è di proprietà dello Stato: *tertium non datur*, non può esservi nel mondo giuridico un animale qualificabile come *res nullius*¹⁴⁵.

Invero, la questione dell’applicabilità *tout court* dell’art. 2052 c.c. per i danni cagionati dalla fauna selvatica ha generato e genera tuttora una serie di problemi teorici e pratici di

¹⁴¹ Potrà essere un agricoltore che chieda “in prestito” al fattore confinante un cavallo per trasportare dei beni, o per arare i campi; ovvero un lanaiolo che paghi un pastore per tosare le sue pecore e tenere per sé la lana; un esercente l’attività di *pet therapy* che abbia temporaneamente in uso il cane di un’altra persona; un allevatore che chieda a un altro un animale al fine di farlo accoppiare con il proprio.

¹⁴² In tale accezione va interpretato il verbo “servirsi di” cui si faceva *supra* riferimento. Anche un “*dog sitter*” potrebbe ritenere che “si serva” dei cani che porta a spasso per trarne l’utilità economica che caratterizza la propria attività remunerata.

¹⁴³ Si tratta della Legge 27 dicembre 1977, n. 968, modificata dalla Legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante “Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio.”

¹⁴⁴ Anche eventualmente in seguito ad occupazione ai sensi dell’art. 923 c.c., cioè se e in quanto fatto oggetto di caccia o di pesca.

¹⁴⁵ Cfr. C. CICERO, *Osservazioni in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, p. 1158, che ribadisce l’impossibilità di considerare *res nullius* la fauna selvatica, i cui danni – sostenuta la non sussumibilità della fattispecie nell’alveo dell’art. 2051 o 2052 c.c. – sono ritenuti risarcibili ai sensi della norma generale di cui all’art. 2043 c.c., “sol che si consideri – tra l’altro – come l’Amministrazione manchi di un effettivo potere di controllo della fauna selvatica”.

non poco momento, il cui approfondimento non è possibile in questa sede e ai fini della presente indagine¹⁴⁶, che in questa fase è piuttosto finalizzata all'individuazione di ciò che – nella sfera fenomenologica dell'oggetto – il diritto prende in considerazione ai fini della rilevanza delle fattispecie; si potrà successivamente, in tal modo, andare residualmente a discernere (con un'operazione aritmetica di sottrazione) cosa debba essere annoverato tra le “cose” di cui all'art. 2051 c.c.

Passando all'analisi della responsabilità da rovina di edificio o altra costruzione derivante da difetto di manutenzione o vizio di costruzione, si evidenzia la scelta del legislatore di prevedere una fattispecie tipica con riguardo ad una specifica tipologia di beni immobili. Leggendo sinotticamente l'art. 812 c.c. con l'art. 2053 c.c., si rende palese già dalla *littera legis* come residuo, nel *genus* degli immobili, altre *species* di beni non previste in questa fattispecie normativa, né in altre.

Restano esclusi dall'applicabilità dell'art. 2053 c.c. – e non sono previsti da altre fattispecie causali nel Titolo IX sui fatti illeciti – gli altri beni di cui al primo comma dell'art. 812 c.c.: il suolo, le sorgenti, i corsi d'acqua, gli alberi, ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo; stesso discorso vale per i beni che sono “reputati” immobili ex art. 812, II comma, c.c., ovverosia i mulini, i bagni, gli edifici galleggianti.

Non solo, ma dalla stessa formulazione dell'art. 2053 c.c. emerge *a contrario* come un eventuale danno provocato da un edificio o altra costruzione non rientra nell'alveo di rilevanza della suddetta norma qualora non dipenda da difetto di costruzione o vizio di manutenzione.

Proprio questo ambito circoscritto di rilevanza normativa parrebbe giustificare la speculare delimitazione di responsabilità: l'obbligo risarcitorio si produce in capo al proprietario del bene immobile, con esclusione degli altri soggetti che, a diverso titolo, possano entrare in relazione giuridica con lo stesso. L'ordinamento, nella sua opera di selezione di meritevolezza degli interessi, ha scelto di imputare il costo della responsabilità al proprietario, ritenuto l'unico soggetto su cui fosse giusto far ricadere le conseguenze pregiudizievoli di eventi dannosi derivanti da vizi così “originari e/o nascosti” come quelli di costruzione o di manutenzione.

¹⁴⁶ Per un approfondimento, si rimanda a M. COMPORTI, *Responsabilità civile per danni da selvaggina*, in *Riv. dir. agr.*, 1986, I, p. 834; G. RESTA, *Danno cagionato da animali*, in G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Aggiornamento 1988-1996, nella collana *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi), 1997; più di recente vedi M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., pp. 526-528.

Le esigenze sottese a questa scelta, tra cui anche quelle di certezza, vengono forse meno qualora il danno derivi dall'edificio ma non sia riconducibile a un vizio di costruzione o difetto di manutenzione dello stesso. Prima di domandarsi se, in tal caso, possa essere chiamato a rispondere un altro soggetto, *in primis* il custode quale figura diversa dal proprietario¹⁴⁷, si dovrebbe rispondere preliminarmente al quesito se possano verificarsi simili ipotesi di danno, ovvero se le stesse non possano più agevolmente (e ordinariamente) essere ricondotte alla fattispecie generale d'illecito aquiliano¹⁴⁸.

Ma al di là di questo profilo-limite, può evidenziarsi come la selezione di un particolare tipo di bene immobile e in ancor più di speciali circostanze di fatto (vizi genetici di costruzione o "reconditi" di manutenzione), con attribuzione della responsabilità al proprietario, potrebbe ancora una volta giustificare e corroborare l'elemento invariante del costo del vantaggio pratico e dell'attività potenzialmente esercitabile (per evitare il danno) quali criteri determinanti per l'imputazione degli obblighi risarcitori.

Probabilmente, con riferimento alle altre tipologie di beni sopra elencati ed esclusi dal novero dell'art. 2053 c.c., può esservi un soggetto diverso dal proprietario che, per contingenze giuridico-fattuali, abbia un interesse pratico che possa soddisfare attraverso il bene e, al tempo stesso, possa controllare quest'ultimo; ciò, tuttavia, non può valere per gli eventuali vizi strutturali degli edifici o delle costruzioni in genere. È proprio quest'ultimo l'unico caso in cui può ritenersi che il vantaggio pratico e la possibilità di controllo (*id est* l'attività esercitabile) siano riferibili con certezza ed esclusivamente al proprietario, con conseguente imputazione dei costi.

Un argomento idoneo a suffragare questa tesi può essere desunto dalla disciplina della locazione, segnatamente dall'art. 1576 c.c., che nel caso di beni immobili pone in capo al conduttore l'obbligo di provvedere alle sole riparazioni di piccola manutenzione, mentre il locatore è tenuto ad "eseguire [...] tutte le [altre, *n.d.r.*] riparazioni necessarie". Il che farebbe logicamente inferire che, come il locatore-proprietario ha l'obbligo di curare la manutenzione del bene, così sarà tenuto a rispondere per la mancata o insufficiente attuazione di detto obbligo.

¹⁴⁷ Categoria nella quale possono essere ricompresi diversi soggetti che abbiano una relazione con la cosa, a diverso titolo, come ad esempio l'usufruttuario, il conduttore, il comodatario.

¹⁴⁸ Un allagamento di un appartamento al piano superiore, che provochi danni a quelli situati ai piani inferiori, può derivare anche da una colpevole disattenzione di qualcuno che abbia lasciato un rubinetto aperto; *idem* dicasi per un'ipotesi di incendio, che ben potrebbe essere provocata da un mozzicone di sigaretta ancora acceso, gettato nella spazzatura e così in grado di farle prendere fuoco, con conseguente propagazione delle fiamme.

Se invece il bene non è locato¹⁴⁹, non si pongono problemi di differenziazione-duplicazione con riguardo ai soggetti che dispongono o usano il bene, sicché ogni potere di godimento e obbligo ricadrà necessariamente sul proprietario.

Se il ragionamento è corretto, allora dovrebbe potersi desumere che, nei casi riguardanti gli altri beni *supra* menzionati ed esclusi dall'operatività dell'art. 2053 c.c., non sarà necessariamente il proprietario il soggetto che goda del maggior "vantaggio pratico" derivante dal bene e che possa meglio esercitare un'attività di controllo sullo stesso. Si tratterebbe, così, dell'individuazione della ragione di fondo sottesa alla scelta del custode quale responsabile per i danni cagionati dai beni diversi da quelli esplicitati dalle ipotesi normative considerate (artt. 2050, 2052, 2053 c.c.) e ancora da considerare.

Proprio con riguardo all'analisi finalizzata a escludere ciò che non può normativamente essere considerato "cosa" ai sensi dell'art. 2051 c.c., rimane da vagliare l'ipotesi di danno derivante da circolazione di veicoli di cui all'art. 2054 c.c.

Il primo comma della norma in questione prevede l'obbligo di risarcimento del danno in capo al conducente di un veicolo senza guida di rotaie per il danno prodotto dalla circolazione dello stesso. Si tratta della tipizzazione di un'ipotesi di responsabilità da fatto dell'uomo, quindi di una *species* del *genus* comportamento rilevante ex art. 2043 c.c.: confermerebbe tale ricostruzione la previsione della possibilità per il conducente di liberarsi provando "di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno".

Ancora, il secondo comma della disposizione *de qua* si occupa dell'ipotesi – peraltro particolarmente frequente – dello scontro tra veicoli, prevedendo una presunzione di concorso di responsabilità tra i conducenti.

È il terzo comma che introduce, all'interno della disposizione, una fattispecie di responsabilità per fatto non proprio, "aggiungendo" l'obbligo risarcitorio del proprietario del veicolo¹⁵⁰ a quello del conducente, con il quale il primo risponderà in solido, a meno che non provi "che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà". Anche in questo caso, al di là della natura che le si voglia attribuire¹⁵¹, presupposto di tale forma di

¹⁴⁹ Ma il ragionamento è simile, pur con le opportune differenziazioni, se si faccia riferimento al rapporto di comodato.

¹⁵⁰ Ovvero, in sua vece, dell'usufruttuario o dell'acquirente con patto di riservato dominio.

¹⁵¹ Per F.D. BUSNELLI, *Illecito, cit.*, p. 27 si tratta della medesima natura di quella dell'art. 2050 c.c.; del medesimo avviso è e C. SALVI, *op. cit.*, p. 1247, che parla di "adattamento, al fenomeno peculiare della circolazione stradale, dei criteri [...] operanti in tema di attività pericolose e di danno da cose." Secondo l'a. si tratta di responsabilità fondata su colpa con inversione dell'onere della prova. Ma la Giurisprudenza è più rigorosa, esprimendo la tendenza a guardare con maggior favore alla posizione del danneggiato per garantirne la tutela e il risarcimento.

responsabilità rimane la fattispecie causale di cui al primo comma dell'art. 2054 c.c., che prevede un comportamento all'origine del danno. Tuttavia, all'obbligato solidale che "si aggiunge" come responsabile al conducente – si osservi – non viene imputato alcun atto commissivo specifico e rimproverabile (in quanto colposo o doloso): la norma focalizza l'attenzione su cosa egli avrebbe potuto (o dovuto) fare e non ha fatto per impedire a un altro di guidare il proprio mezzo. Anche qui, più che all'atto in sé, si volge l'attenzione all'attività più in generale, finalizzata a evitare la suddetta eventualità.

Certamente di maggior interesse, ai fini della nostra indagine, è il quarto comma della disposizione *de qua*, che introduce una fattispecie diversa da quella di circolazione dei veicoli e in cui manca un comportamento umano quale causa diretta del danno. Proprietario e conducente sono infatti "responsabili dei danni derivanti da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo": si tratta di un'ulteriore responsabilità per fatto non umano¹⁵².

In disparte, anche in questo caso, la natura di questa forma di responsabilità, emergono *ictu oculi* un'affinità e una divergenza al contempo rispetto all'art. 2053 c.c., che – parimenti al comma in esame – introduce un'ipotesi di responsabilità per danno derivante da una specifica tipologia di bene.

Guardando prima all'elemento di divergenza, si osservi come l'ultimo capoverso dell'art. 2054 c.c., dedicato ai danni derivanti dalla particolare tipologia di beni mobili costituita dai veicoli senza guida di rotaie, imputa la responsabilità non solo al proprietario, ma anche al conducente. In ciò si manifesta una differenza rispetto a quanto avviene nelle ipotesi di danni da edifici o costruzioni, dove è fatto responsabile il solo proprietario. Tornano, ancora una volta, ad assumere decisiva rilevanza gli elementi (nascosti e) invariati del costo del vantaggio pratico e dell'attività esercitabile, senza i quali non potrebbe spiegarsi questa difformità di disciplina.

Le diverse caratteristiche del veicolo rispetto a un edificio o altra costruzione non si riducono a una formalistica distinzione bene mobile-bene immobile. Un veicolo, per ragioni immediatamente percepibili da chiunque, presuppone un'utilizzazione di più immediata relazione con le sue caratteristiche e i suoi elementi strutturali di quanto non avvenga con un edificio o una costruzione: è molto più facile e probabile accorgersi di vizi e malfunzionamenti di un veicolo guidandolo, di quanto non possa avvenire con i difetti di costruzione o manutenzione di un'immobile abitandolo.

¹⁵² Difatti uno studioso come F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, ne colloca l'analisi al di fuori della responsabilità da circolazione di veicoli, riconducibile a un comportamento umano.

Questo dato di fatto di comune esperienza, apparentemente semplicistico ma in realtà immediato e diretto, costituisce forse la ragione che ha indotto il legislatore, da un lato, a circoscrivere la responsabilità al solo proprietario per gli edifici, dall'altro, a estenderla al conducente per i danni causati dai veicoli senza guida di rotaie.

In ottica di ampliamento di tutela per i danneggiati, potendo sia il proprietario che il conducente accorgersi facilmente dei vizi dei suddetti beni mobili, entrambi sono riconosciuti responsabili, quindi in grado di sopportare il costo del vantaggio pratico derivante dal bene, in quanto nella possibilità di esercitare sullo stesso l'attività di controllo, volta anche ad evitare potenziali danni; è presente in essi il requisito della *vicinitas*.

Elemento di comunanza con l'art. 2053 c.c., invece, è rappresentato dall'ambito di operatività della fattispecie circoscritto ai vizi di costruzione o ai difetti di manutenzione: restano esclusi i danni non derivanti da tali difformità.

La ragione di tale esclusione, che si tenterà di giustificare con un esempio-esperimento mentale, consentirà un'ulteriore apertura alla fattispecie di danni da cose e una conferma degli elementi invarianti.

Si pensi a un'automobile, normalmente parcheggiata in un'area privata al di fuori del suolo, che provochi danni a persone e/o cose circostanti prendendo improvvisamente fuoco e senza che l'incendio generatosi – dopo diversi accertamenti tecnici – possa essere ricondotto a vizi di costruzione o difetti di manutenzione del veicolo, ovvero al fatto (magari doloso) di un terzo (quand'anche rimasto ignoto); in tal caso, rimarrebbero incerte le circostanze che hanno prodotto l'incendio e i conseguenti danni, con conseguente operatività della responsabilità.

Un simile evento, invero, non può tecnicamente rientrare nelle ipotesi di “circolazione” di veicoli, sia per la dinamica in sé dell'evento, sia perché comunque il veicolo è “escluso momentaneamente dal flusso della circolazione”¹⁵³; né tantomeno può ricondursi

¹⁵³ M. FRANZONI, *L'illecito, cit.*, p. 579. Diverso, invece, sarebbe il caso di un'automobile in sosta sulla pubblica via che, immune da vizi di costruzione o difetti di manutenzione, venisse lasciata senza la cautela opportuna del freno a mano azionato e, trovandosi su un piano inclinato, rovini su altri (persone o beni), danneggiandoli: in tale ipotesi, infatti, si rientrerebbe nell'ambito della circolazione dei veicoli, sia per il luogo (pubblica via) in cui si è verificato il danno, sia perché comunque, pur non essendo il veicolo azionato e manovrato da un conducente, doveva ritenersi in una fase di moto rilevante quale circolazione ai sensi dell'art. 2054 c.c. Così infatti si orienta la giurisprudenza maggioritaria, che generalmente per circolazione intende non solo il movimento del veicolo sulla via pubblica o aperta al pubblico, ma anche la sosta e la fermata dello stesso: Cass. civ., sez. III, 06 giugno 2002, n. 8216, in *Giust. civ.*, 2003, I, 734 ha ricondotto il caso di un danno provocato a un motociclista dal un soggetto che, trasportato su di un'autovettura arrestata sulla pubblica via, aveva imprudentemente aperto lo sportello, colpendolo, alla responsabilità

all'ultimo capoverso dell'art. 2054 c.c., che disciplina appunto i soli casi di danni derivanti da vizi di manutenzione o costruzione. Ciononostante, qualora non si potesse risalire ad un comportamento colposo imputabile a un preciso soggetto che l'abbia posto in essere, esponendosi così alla generale fattispecie di responsabilità *ex art.* 2043 c.c.¹⁵⁴, apparirebbe ingiusto lasciare sguarnita di tutela detta ipotesi di danno.

Ma è proprio in questa situazione di confine che si manifesta, da un lato, l'inadeguatezza della riconducibilità della responsabilità al proprietario del veicolo¹⁵⁵, dall'altro, la necessità di individuare un altro criterio d'imputazione della stessa: torna così ad essere rilevante, *rectius*, decisiva la figura del custode¹⁵⁶, che ben potrebbe essere un soggetto diverso dal proprietario, ovverosia il comodatario, il conduttore, o più generalmente l'affidatario del veicolo¹⁵⁷. La scelta, infatti, viene fatta ricadere su (e dipende da) chi

(oltre che dell'agente *ex art.* 2043 c.c., anche) del proprietario e del conducente dell'autovettura ai sensi dell'art. 2054 c.c., "atteso che, nell'ampio concetto di circolazione stradale deve ritenersi compresa anche la situazione di arresto o di sosta di un veicolo su strada o area pubblica di pertinenza della stessa"; Cass. civ., sez. III, 21 settembre 2005, n. 18618, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10 aveva ribadito il medesimo principio di diritto, seppur ritenendolo operante all'atto del "compimento, da parte del conducente, di operazioni prodromiche alla messa in marcia" (cassando nella specie la sentenza di merito che aveva ritenuto non afferente alla circolazione la chiusura intempestiva dello sportello da parte del conducente, che aveva arrecato danno ad un soggetto intento a salire sul veicolo); ancora, Cass. civ., sez. II, 22 giugno 2007, n. 14656, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6, ha specificato che per "circolazione deve intendersi non solo il movimento, ma anche la sosta e la fermata dei veicoli sulla sede stradale" (la decisione però riguardava l'applicabilità delle disposizioni del Codice della Strada: era stata infatti dichiarata la violazione dell'art. 97 C.d.S. da parte del proprietario di un ciclomotore, fermo al momento dell'accertamento, che tuttavia presentava una alterazione delle caratteristiche tecniche idonea al superamento, da parte del mezzo in movimento, della velocità massima consentita). Tuttavia, certa dottrina non concorda su una simile impostazione: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 934 ritiene che una simile interpretazione sembrerebbe "non conforme alla legge che disciplina il fenomeno del moto guidato del veicolo, e non quello del moto non guidato o della assenza di moto, per i quali dovrebbe trovare applicazione, secondo la sistematica del codice, l'art. 2051 c.c.". Un'ipotesi del genere – è evidente – proprio per l'incertezza della sua qualificazione, non rappresenterebbe un valido argomento a sostegno della tesi avanzata, proprio in quanto contestata tra i vari formanti e, per questo, poco probante.

¹⁵⁴ Si pensi all'ipotesi in cui venisse individuato un preciso atto umano originatore dell'incendio; o comunque all'ipotesi in cui, pur mancando una specifica identificazione, comunque venga individuata l'origine causale del danno in un comportamento, quand'anche posto in essere da un terzo rimasto ignoto.

¹⁵⁵ E nemmeno, *a fortiori*, al conducente, non essendo il bene in circolazione.

¹⁵⁶ Come confermato dalla stessa giurisprudenza, che non solo differenzia la nozione di parcheggio da quella di sosta, ma specifica espressamente l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. e non dell'art. 2054 c.c. per le ipotesi di propagazione di incendio da un veicolo fermo: cfr. Cass. civ., 18 aprile 2000, n. 5032, in *Mass. Foro It.*, 2000; precedentemente, si era espressa in tal senso anche Cass. civ., 22 febbraio 1985, n. 1589, in *Arch. Giur. Loc.*, 1985, p. 695. Per C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 750 (richiamato anche da M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 580) non vi è circolazione nemmeno nell'ipotesi di un sinistro verificatosi a causa di un veicolo trasportato su un autotreno, o che sia stato "spostato" da cause naturali (alluvioni, terremoti, ecc.).

¹⁵⁷ Potrebbe rientrare in questa qualifica ed essere responsabile del danno, ad esempio, chi abbia ricevuto dal proprietario il veicolo per lo svolgimento di un determinato servizio professionale, quale un intervento di manutenzione e/o di riparazione, ovvero un servizio di parcheggio (Cfr. Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1995, n. 981, in *Giust. civ. Mass.*, 1995). Per quanto riguarda in particolare il servizio di parcheggio, le considerazioni appena svolte, che riguardano le ipotesi di eventuali danni a terzi, restano immutate a prescindere qualifica del rapporto contrattuale tra proprietario e affidatario del veicolo, che incide solo nei

possa essere ritenuto il soggetto più “avvantaggiato” praticamente dal bene¹⁵⁸, purché su di lui ricada la “maggior somma” tra potere di fatto e potere di diritto, tale da renderlo in grado di provvedere, più di ogni altro, al controllo sul suddetto bene: dirimente si dimostra ancora l’elemento invariante dell’attività esercitabile nel proprio interesse, laddove le ipotesi tipizzate dall’art. 2054 c.c. sono invece accomunate dall’interesse preminente del proprietario all’integrità del proprio bene, anche per evitare danni all’altrui sfera giuridica.

1.3. Segue. Beni e cose nel codice della navigazione e nella legislazione speciale.

Appare utile, giunti a questo punto dell’indagine, completare¹⁵⁹ il quadro delle ipotesi di danni derivanti da fatti non umani aggiungendo, alle richiamate fattispecie codicistiche, quelle previste dal codice della navigazione e da varie leggi speciali, in quanto involgenti anch’esse fatti non umani con riferimento a specifiche categorie di beni-cose.

Per quanto riguarda i danni derivanti da veicoli su guida di rotaie, se da un lato i passeggeri ricevono tutela contrattuale in base alle regole derivanti dal trasporto secondo l’apposita legislazione speciale¹⁶⁰, dall’altro gli eventuali terzi danneggiati potranno invocare il

rapporti interni tra questi ultimi soggetti citati. Si discute, infatti, se il “contratto di parcheggio” debba considerato alla stregua di un contratto di deposito ai sensi dell’art. 1766 c.c., con obbligo del gestore del parcheggio (depositario) di mettere a disposizione del cliente (depositante) uno spazio per la sosta, ma anche di custodire il veicolo; ovvero se esso debba essere qualificato come “locazione d’area” di cui all’art. 1571 c.c., obbligandosi in tal caso il gestore del parcheggio solo a predisporre un apposito spazio, senza assumere nei confronti del cliente alcun obbligo di custodia del veicolo. Di recente, hanno avuto modo di occuparsi della *quaestio iuris* le SS. UU. della Cass. civ. con la sent. 29 giugno 2011, n. 14319, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 971; *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2599; *Giust. civ.*, 2012, 3, I, 750, secondo cui “l’istituzione da parte dei Comuni, previa deliberazione della Giunta, di aree di sosta a pagamento ai sensi dell’art. 7, primo comma, lettera f), d. lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (codice della strada), non comporta l’assunzione dell’obbligo del gestore di custodire i veicoli su di esse parcheggiati se l’avviso “parcheggio incustodito” è esposto in modo adeguatamente percepibile prima della conclusione del contratto (art. 1326, primo comma, e 1327 cod. civ.) perché l’esclusione della custodia attiene all’oggetto dell’offerta al pubblico (art. 1336 cod. civ.), e l’univoca qualificazione contrattuale del servizio, reso per finalità di pubblico interesse, normativamente disciplinate, non consente il ricorso al sussidiario criterio della buona fede, ovvero al principio della tutela dell’affidamento incolpevole sulle modalità di offerta del servizio (quali ad esempio l’adozione di recinzioni, di speciali modalità di accesso ed uscita, dispositivi o personale di controllo), per costituire l’obbligo della custodia, potendo queste costituire organizzazione della sosta.” Conseguentemente, il gestore concessionario del Comune di un parcheggio senza custodia non è stato ritenuto responsabile del furto del veicolo in sosta nell’area all’uopo predisposta.

¹⁵⁸ È avvantaggiato: il parcheggiatore (depositario/locatore), che dalla sua attività di custodia del bene trae l’utilità economica del prezzo della tariffa per il parcheggio; il meccanico, che custodisce il veicolo presso di sé, traendone il vantaggio pratico della retribuzione per la sua manodopera volta a ripararlo o mantenerlo; chi prenda la macchina (atecnicamente) “a noleggio”, per la possibilità di spostarsi autonomamente; il conduttore nel *rent to buy*, che beneficia del bene e avrà la possibilità di acquistarlo successivamente.

¹⁵⁹ Sia pur celermente, illustrando solo gli aspetti più rilevanti delle fattispecie ai fini della presente ricerca.

¹⁶⁰ In deroga all’art. 1681 c.c. – e in forza dell’art. 1680 c.c. – l’art. 11, paragrafo 4, del R.D.L. 11 ottobre 1934, n. 1948, convertito nella legge 4 aprile 1935, n. 911, subordina la responsabilità dell’amministrazione ferroviaria per danno alla persona del viaggiatore al verificarsi di una “anormalità nel servizio”, e cioè ad un irregolare funzionamento o ad un’anomalia strutturale del mezzo tecnico con cui venga effettuata la

risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2050 c.c. solo se la situazione di fatto verrà ritenuta pericolosa in base al caso concreto¹⁶¹, altrimenti dovrà essere verificata la sussumibilità della stessa nell'alveo della responsabilità per danni da cose in custodia; ciò a meno di non poter ricondurre l'evento dannoso al comportamento colposo specifico di un soggetto ben individuato, rientrando così nell'ipotesi generale di cui all'art. 2043 c.c.

Occorrerà comunque verificare se il danno si sia verificato in occasione della circolazione del veicolo o meno.

Trovano una complessa copertura normativa, all'interno del codice della navigazione, le ipotesi di danno che coinvolgono navi e aeromobili, attesa la pericolosità intrinseca delle situazioni configurabili con riguardo a queste tipologie di beni e alla loro utilizzazione.

Per entrambi i mezzi di trasporto sono presi in considerazione i danni derivanti sia da collisione tra mezzi che da altre cause.

La responsabilità collegata alle navi¹⁶² disciplina innanzitutto, agli artt. 482, 483 e 484 cod. nav., le conseguenze risarcitorie in caso di urto. È escluso il risarcimento se l'evento lesivo è dovuto a caso fortuito o forza maggiore, "se non è possibile accertarne la causa": in tal caso, "i danni restano a carico di coloro che li hanno sofferti" (art. 482), altrimenti, la responsabilità è imputata in base al criterio della colpa (artt. 483 e 484)¹⁶³.

prestazione del vettore, cui sia eziologicamente ricollegabile il danno stesso secondo l'accertamento insindacabile del giudice del merito, a meno che l'amministrazione non provi che "l'anormalità è avvenuta per caso fortuito o forza maggiore." Il predetto articolo era stato abrogato dall'articolo 24 del D.L. 25 giugno 2008, n.112. L'abrogazione era stata ribadita, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall'articolo 2, comma 1, del D.L. 22 dicembre 2008 n. 200. Da ultimo, tuttavia, la sua efficacia è stata ripristinata dall'articolo 1 della Legge 18 febbraio 2009, n. 9, in sede di conversione.

¹⁶¹ Cfr., P.G. MONATERI, *La responsabilità civile per lo svolgimento di attività pericolose, Illecito e responsabilità civile*, Vol. X, II, in *Trattato di Diritto Privato* (diretto da M. Bessone), Giappichelli, 2002, che rammenta la sottrazione dal codice della responsabilità riguardante le ferrovie, anche se la Suprema corte (Cass. civ. 27 febbraio 1984, n. 1393, in *Foro It.*, 1984, I, 1280) aveva affermato come "in ipotesi di responsabilità extracontrattuale addebitabile all'azienda delle ferrovie possa in linea di principio trovare applicazione il paradigma normativo di cui all'art. 2050 c.c.". Tale orientamento ha trovato conferma successivamente, avendo i giudici di legittimità (Cass. civ., 16 febbraio 1996, n. 1192, in *Danno e Resp.*, 1996, 649) affermato che l'attività svolta dall'amministrazione ferroviaria non è pericolosa per espressa previsione normativa, ma può divenire tale in alcune specifiche ipotesi, con conseguente operatività della disciplina di cui all'art. 2050 c.c. al settore in esame (in disparte del fatto che non era stata ravvisata nel caso concreto: si trattava di una persona che era scivolata su una sostanza liquida presente sulla banchina di una stazione, finendo sui binari e venendo investita da un treno in movimento).

¹⁶² Disciplinata nella Parte prima ("Della navigazione marittima e interna"), Libro terzo ("Delle obbligazioni relative all'esercizio della navigazione"), Titolo III ("Della responsabilità per urto di navi").

¹⁶³ Si riportano testualmente le disposizioni richiamate. L'art. 482, rubricato "Urto fortuito o per causa dubbia", prevede che "se l'urto è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore, se non è possibile accertarne la causa, i danni restano a carico di coloro che li hanno sofferti. Ai sensi dell'art. 483, "urto per colpa unilaterale", "se l'urto è avvenuto per colpa di una delle navi, il risarcimento dei danni è a carico della nave in colpa." Infine, secondo l'art. 484, rubricato "urto per colpa comune", "se la colpa è comune a più navi, ciascuna di esse risponde in proporzione della gravità della propria colpa e dell'entità delle relative conseguenze. Tuttavia, nel caso che, per particolari circostanze, non si possa determinare la proporzione, il

Con una norma di richiamo alle disposizioni precedenti, l'art. 488 disciplina i casi di danni derivanti da "spostamento di acqua od altra causa analoga", siano essi cagionati a un'altra nave, a persone, a cose, "anche se non vi è stata collisione materiale"¹⁶⁴: viene in tal modo estesa l'area del danno risarcibile a tutti gli eventi astrattamente verificabili con riguardo a questa peculiare tipologia di beni mobili.

Un discorso analogo vale per i danni collegati con la proprietà e l'esercizio dell'aeromobile¹⁶⁵, la cui disciplina è leggermente più articolata: il legislatore ha ritenuto di dover prendere in considerazione una serie più estesa di ipotesi di danno, che oltre a differenziarsi per la loro origine da una collisione¹⁶⁶ o da altre cause, vengono ulteriormente distinte in base al *locus damni*, ben potrebbe l'evento lesivo verificarsi in volo così come sulla superficie.

Così, per l'urto e per le altre cause (spostamento d'aria o altra causa analoga) diverse da collisione materiale, rispettivamente gli artt. 966 e 967 cod. nav.¹⁶⁷ rimandano alla disciplina dei danni riguardanti le navi di cui al sopracitato Titolo III del Libro III cod. nav. (artt. 482-487).

L'art. 965 cod. nav., invece, si occupa della responsabilità per l'esercente per i danni a terzi sulla superficie, richiamando le "norme internazionali in vigore nella Repubblica, che si applicano anche ai danni provocati sul territorio nazionale da aeromobili immatricolati in Italia."

Quanto invece ai danni a terzi sulla superficie in seguito a urto, l'art. 968 cod. nav. specifica che il criterio di ripartizione della responsabilità è fondato sulla "gravità delle colpe rispettivamente commesse dagli esercenti stessi o dai loro dipendenti e preposti e secondo l'entità delle conseguenze di tali colpe"; in assenza di accertamento della colpa, o comunque della gravità delle colpe rispettive, ovvero in caso di danno prodotto da forza maggiore, la disposizione prevede comunque la risarcibilità del danno, che verrà ripartito

risarcimento è dovuto in parti uguali. Al risarcimento dei danni derivati da morte o lesioni di persone le navi in colpa sono tenute solidalmente.

¹⁶⁴ Art. 488, "Danni non derivanti da collisione materiale": "le disposizioni che precedono si applicano ai danni prodotti per spostamento di acqua od altra causa analoga, da una nave ad un'altra e alle persone o alle cose che sono a bordo di questa, anche se non vi è stata collisione materiale."

¹⁶⁵ La relativa disciplina è contenuta nella Parte II del codice della navigazione, intitolata appunto "Della navigazione aerea", al Libro secondo ("Della proprietà e dell'esercizio dell'aeromobile"), Titolo II, "Della responsabilità per danni a terzi sulla superficie e per danni da urto".

¹⁶⁶ E in tal caso non solo fra aeromobili in volo, ma anche "fra un aeromobile in volo e una nave in movimento".

¹⁶⁷ L'art. 966, inoltre, contiene una norma "definitoria", specificando che "l'aeromobile si considera in volo dall'inizio delle manovre per l'involò al termine di quelle di approdo." L'art. 967, rubricato "danni da spostamento d'aria o altra causa analoga", estende l'applicabilità della disciplina anche in assenza di collisione materiale fra i mezzi.

in parti uguali tra gli esercenti. Ci si può accorgere, in questa ipotesi, di come la peculiarità della situazione disciplinata abbia spinto il legislatore a prevedere una forma oggettiva di responsabilità.

Ma al di là della natura delle fattispecie, occorre evidenziare come nessuna ipotesi di danno – tra quelle connesse alle peculiari tipologie di beni mobili costituite da navi e aeromobili – sia rimasta esclusa dal perimetro di operatività della disciplina contenuta nel codice della navigazione e qui sinteticamente richiamata. Ogni situazione astrattamente configurabile: danno da collisione o da spostamento d’acqua (o d’aria), in mare (per le navi), in volo o sulla terraferma (per gli aeromobili) è presa in considerazione dalle norme¹⁶⁸.

Conclusa la verifica sulle previsioni normative di responsabilità riguardanti i mezzi di trasporto, possono adesso brevemente essere considerate altre peculiari ed eterogenee categorie di beni che le leggi speciali prendono espressamente in esame, al fine di disciplinare le ipotesi di danno che in essi trovino origine causale.

Il primo tra questi è l’impianto nucleare, il cui esercizio è una specificazione dell’attività pericolosa di cui all’art. 2050 c.c.: esso è oggetto di apposita disciplina normativa¹⁶⁹, che individua la responsabilità dell’esercente per tutti i danni derivanti alle persone o alle cose, ove causati da un incidente nucleare. Uniche cause di esclusione della responsabilità sono le ipotesi in cui l’incidente sia stato determinato da “atti di conflitto armato” o da “cataclisma naturale di carattere occasionale” (art. 15). L’elevatissimo grado di pericolosità insito nell’esercizio di un impianto nucleare ha dunque indotto il legislatore a prevedere una forma particolarmente rigorosa di responsabilità oggettiva¹⁷⁰, pur sussistendo, anche in questo caso, un limite massimo al *quantum* del risarcimento (art. 19), comunque garantito dall’obbligo, imposto agli esercenti, di stipulare un’assicurazione fino all’ammontare del suddetto limite¹⁷¹.

¹⁶⁸ Si verifica una limitazione però con riferimento al *quantum* del risarcimento (anche nei rapporti fra gli esercenti solidalmente obbligati ex art. 969 cod. nav.): ai sensi dell’art. 971, “il risarcimento complessivo dovuto dall’esercente [...] è limitato alle somme previste dalla normativa comunitaria come copertura assicurativa minima della responsabilità verso i terzi per incidente per ciascun aeromobile.”; l’art. 972 estende la limitazione anche alla responsabilità per danni da urto, spostamento d’aria o altra causa analoga; inoltre, l’art. 970 prevede la decadenza dell’esercente, nel caso previsto dall’articolo 968, “dal diritto di regresso verso gli altri obbligati se non notifica a costoro entro tre mesi l’intimazione ricevuta dal terzo danneggiato.” Lo stesso diritto è soggetto a prescrizione annuale, a decorrere “dal giorno del pagamento del risarcimento al terzo danneggiato.”

¹⁶⁹ Si tratta della Legge 31 dicembre 1962, n. 1860 (modificata con D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519), intitolata “Impiego pacifico dell’energia nucleare”.

¹⁷⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Illecito, cit.*, p. 29.

¹⁷¹ O di fornire altra idonea garanzia finanziaria (art. 21).

Un'altra legge speciale, la legge mineraria del 1927¹⁷², si occupa di “ogni danno derivante dall'esercizio della miniera, cava o torbiera”, attribuendo la responsabilità al concessionario della stessa (art. 31), in quanto soggetto “avvantaggiato” dall'esercizio: si tratta di un'altra ipotesi che è stata ritenuta di responsabilità oggettiva¹⁷³.

Per quanto riguarda i beni mobili, oltre a quelli sin qui presi in considerazione¹⁷⁴, sono oggetto di un'espressa disciplina in tema di responsabilità civile, all'interno del Codice del Consumo¹⁷⁵, i così detti “prodotti difettosi”, ovverosia dannosi per vizi intrinseci di fabbricazione, progettazione o informazione: in tal caso, la responsabilità grava sul produttore, ovverosia il fabbricante del prodotto¹⁷⁶, la cui mancata identificazione genera una responsabilità sussidiaria del fornitore, quale soggetto “che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale”, ma solo al ricorrere di determinate condizioni indicate dall'art. 116 cod. cons.¹⁷⁷.

Sul requisito della difettosità, l'art. 117 cod. cons. provvede a una generale qualificazione come mancata offerta di “sicurezza che ci si può legittimamente attendere”, sulla base di diverse circostanze quali la modalità e il tempo in cui è messo in circolazione del bene, la sua presentazione, l'uso al quale è ragionevolmente destinato e altri criteri previsti dalla norma richiamata¹⁷⁸.

¹⁷² Si tratta del R.D. 29 luglio 1927, n. 1443, recante “norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel Regno”.

¹⁷³ La stessa giurisprudenza di legittimità si è espressa in questi termini: Cass. civ. 23 gennaio 1962, n. 95, in *Foro it.*, 1962. I, 213 ha ritenuto la norma un'ipotesi di responsabilità oggettiva che “attinge a sua giustificazione dal fatto che, come il concessionario trae enorme vantaggio dalla coltivazione della miniera, così deve essere tenuto a risarcire tutti i danni derivanti dall'esercizio di essa, da chiunque subiti”. *Cuius commoda eius et incommoda*.

¹⁷⁴ Mezzi di trasporto (veicoli su guida di rotaie, veicoli senza guida di rotaie, navi, aeromobili), animali, macchine destinate a un'attività pericolosa.

¹⁷⁵ Segnatamente nel Titolo II, “Responsabilità per danno da prodotti difettosi” (artt. 114-127), della Parte IV (“Sicurezza e qualità”) del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, “Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”.

¹⁷⁶ La definizione di prodotto e di produttore è fornita dall'art. 115 (“Prodotto e produttore”): “1. Prodotto, ai fini del presente titolo, È ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile. 2. Si considera prodotto anche l'elettricità. 2-bis. Produttore, ai fini del presente titolo, È il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima, nonché, per i prodotti agricoli del suolo e per quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, rispettivamente l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore ed il cacciatore.”

¹⁷⁷ Il fornitore incorrerà in responsabilità solo qualora abbia “distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale” e “omesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto.”

¹⁷⁸ Specifica analiticamente l'art. 117 che “un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui:

- a) il modo in cui il prodotto È stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite;
- b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere;

Per ottenere il risarcimento del pregiudizio sofferto, il danneggiato dovrà provare “il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno” (art. 120 cod. cons.): manca qualsivoglia riferimento alla colpevolezza del produttore, sicché questa fattispecie è considerata un’ipotesi di responsabilità oggettiva¹⁷⁹. Ciò sarebbe confermato dalla circostanza per cui al produttore è riconosciuta la possibilità di fornire prova della sua mancata responsabilità solo dimostrando l’inesistenza del nesso eziologico (*id est* la non difettosità del prodotto) ovvero la sussistenza di una delle ipotesi tassativamente previste dall’art. 118 cod. cons.¹⁸⁰, nessuna delle quali, tuttavia, riguarda direttamente la sua diligenza in uno specifico caso.

È previsto come danno risarcibile quello derivante da morte o lesioni personali, ovvero da deterioramento o distruzione di un bene diverso dal prodotto difettoso, ma solo per la parte eccedente € 387,00 (art. 123 cod. cons.). La limitazione del risarcimento del pregiudizio sofferto, nell’*an* e nel *quantum*, cui si affianca un termine prescrizione breve (3 anni ai sensi dell’art. 125 cod. cons.), lascia impregiudicata la possibilità, per il danneggiato, di agire secondo il diritto comune vigente.

Invero, occorre puntualizzare come la disciplina della responsabilità per danno da prodotti difettosi incontra solo tangenzialmente la presente ricerca e l’obiettivo di questa rassegna delle ipotesi risarcitorie finalizzata a individuare, con un ragionamento *ad excludendum*, ciò che può essere ritenuto rilevante quale “cosa” ai sensi dell’art. 2051 c.c..

c) il tempo in cui il prodotto È stato messo in circolazione.

2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio.

3. Un prodotto È difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.”

¹⁷⁹ In maniera praticamente unanime dalla dottrina e dalla giurisprudenza: cfr. F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 1992, p. 683; P. PERLINGIERI, *Manuale, cit.*, p. 936, che richiama altresì le pronunce della Corte di legittimità orientate in tal senso, in particolare Cass. civ. 6007/2007 e Cass. civ. 25116/2010; F. TORIELLO, *Responsabilità civile e normativa comunitaria. La responsabilità del produttore*, in AA. VV. (a cura di A. Tizzano), *Il diritto privato dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 804. Peraltro, negli stessi “considerando” della direttiva europea 374/85, che ha dato impulso alla normativizzazione di questa forma di responsabilità negli ordinamenti (allora) comunitari, nonché nella Relazione della Commissione di studio istituita presso il Ministero della Giustizia per dare attuazione alla suddetta direttiva, veniva evidenziata la natura oggettiva della responsabilità del produttore.

¹⁸⁰ Ai sensi dell’art. 118, la responsabilità è esclusa: “a) se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione; b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione; c) se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell’esercizio della sua attività professionale; d) se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante; e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso; f) nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata.”

Se infatti il “prodotto” (inteso come *species* di bene mobile) dovesse cagionare danno alla sfera giuridica altrui per motivi diversi dalla difettosità di cui all’art. 117 cod. cons., non opera la disciplina consumeristica, ma torna ad avere rilevanza la disciplina generale dell’illecito, ove non direttamente l’art. 2051 c.c., la cui efficacia come ipotesi tipica di danno sarebbe giustificata dalla sussistenza di un rapporto di custodia.

1.4. “Cose” che residuano “per sottrazione” dalle altre fattispecie tipiche. Rilevanza dell’attività e del (costo del) vantaggio pratico nella norma residuale di cui all’art. 2051 c.c.

Si può provare, a questo punto, a riunire sistematicamente tutte le ipotesi di danni derivanti da fatti non umani – in quanto direttamente cagionati da oggetti e non da soggetti – che rimangono fuori come situazioni residuali non contemplate dalle norme considerate, siano esse contenute nei codici (civile e della navigazione) ovvero nella legislazione speciale.

Il passaggio successivo consisterà nel valutare la loro sussumibilità nell’alveo della fattispecie di danno da cose in custodia di cui all’art. 2051 c.c., anche al fine di trovare conferma della validità dell’elemento invariante costo del vantaggio pratico-attività esercitabile come esito della ricerca.

Partendo dalla categoria dei beni mobili, segnatamente dei veicoli, può ritenersi che i fatti non umani produttivi di danno e non rientranti nel perimetro delle fattispecie tipizzate sono quelli derivanti: da veicoli senza guida di rotaie, purché non occasionati dalla circolazione degli stessi, né da vizi di costruzione o difetti di manutenzione degli stessi; sono esclusi altresì i fatti riguardanti navi e aeromobili.

Tutti gli altri beni mobili che residuano dovrebbero poter essere annoverati tra le “cose” di cui all’art. 2051 c.c., ad eccezione di quelli organizzati in complesso aziendale-produttivo tale da configurare il presupposto materiale di un’attività qualificabile come pericolosa ai sensi dell’art. 2050 c.c., che in questo caso diventerebbe fattispecie a rilevanza preminente.

Discorso analogo vale per i “prodotti difettosi” secondo la disciplina richiamata del Codice del Consumo, ma con il limite di operatività di cui si è dato atto.

Quale singolare “bene animato”, anche gli animali sono presi in considerazione dalla fattispecie autonoma dell’art. 2052 c.c. (ivi compresa la fauna selvatica, in quanto rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato) e andranno esclusi dal novero dei “beni mobili” potenzialmente rilevanti ex art. 2051 c.c..

Passando ai beni immobili, rimangono privi di espressa tipizzazione i danni derivanti da tutti i beni elencati dai primi due commi dell'art. 812 c.c., ad eccezione di edifici e costruzioni: si tratta di suolo, sorgenti, corsi d'acqua, alberi, mulini, bagni, edifici galleggianti assicurati alla terraferma per la loro utilizzazione.

Discorso analogo vale per gli edifici e le costruzioni che producano un evento di danno per cause diverse da vizio di costruzione o difetto di manutenzione.

Da tutto quanto possa essere ricompreso in questo elenco andranno inoltre escluse le miniere, le cave e le torbiere¹⁸¹, in quanto oggetto di apposita disciplina che individua il concessionario quale responsabile per i danni derivanti dal loro esercizio.

Ora, l'insieme dei beni da ultimo elencati costituisce il risultato aritmetico della sottrazione, dal novero dei beni materiali potenzialmente produttivi di danno, di quelli presi in considerazione espressamente dalle fattispecie normative poc'anzi passate in rassegna (sia codicistiche che di legislazione speciale).

Ebbene, può essere sostenuta la tesi secondo cui proprio questo nuovo insieme di beni, *testé* elencati e ricavati per esclusione dalle norme tipizzate diverse dall'art. 2051 c.c., costituisce la base fattuale di potenziale operatività della fattispecie normativa di danno da cose in custodia.

E se si ponga mente alle loro caratteristiche comuni, si può tentare di individuare alcune regole operative, valide per tutti, a fini risarcitori, quindi per l'individuazione del soggetto responsabile in caso di evento dannoso.

Innanzitutto, valga una generale constatazione secondo cui il vantaggio pratico che (può) deriva(re) dall'utilizzazione di questa tipologia di *res*, tra loro accomunate dall'essere probabilmente tutte riconducibili alla sfera di operatività dell'art. 2051 c.c., non è riservato al solo proprietario. Anche altre figure soggettive, nella legittimità giuridica e nella fattualità del singolo caso, pur in virtù di situazioni (di fatto e di diritto) tra loro eterogenee, possono utilizzare il bene, servirsene per scopi personali, di natura patrimoniale e non, con spazi maggiori rispetto al titolare del diritto di proprietà¹⁸².

Conseguentemente, i suddetti soggetti, se diversi dal proprietario e in rapporto giuridico e fattuale col bene più intenso rispetto a quello, si trovano specularmente anche nella posizione che consenta loro di evitare i potenziali danni, con una generale attività di

¹⁸¹ Essi, peraltro, quali beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato ai sensi dell'art. 826 c.c., non potrebbero avere altro custode se non l'ente pubblico proprietario o il concessionario.

¹⁸² Potrà trattarsi di un concessionario, di un detentore qualificato come il conduttore o il comodatario, di un utilizzatore/futuro acquirente in un contratto di *leasing*, di un usufruttuario.

controllo, in maniera più incisiva ed efficace. Per questo, non sarà necessario andare alla ricerca di una specifica azione o di un determinato atto dannoso, quanto piuttosto della più generale e potenziale esercitabilità del suddetto controllo¹⁸³: in ciò si sostanzia la peculiarità del custode, che può o meno coincidere con il proprietario in base alla concreta dinamica dei rapporti di fatto e di diritto sul bene-cosa.

Ne discende, in definitiva, che la tipizzazione del danno da cose in custodia non è esplicitata con riferimento a una specifica e unitaria categoria di beni, né con riguardo alla figura soggettiva cui è imputabile la responsabilità; essa è piuttosto *in re ipsa*, desumibile attraverso l'operazione proposta di "sottrazione", ovvero sia "per esclusione" rispetto a quanto specificamente previsto dalle altre fattispecie normative che si occupino di beni potenzialmente rientranti nel *genus* delle "cose".

Non può nascondersi, dunque, stante l'esito di queste considerazioni, una certa dimensione di *residualità* della norma di cui all'art. 2051 c.c., che assumerebbe in tale prospettiva la funzione di "chiusura del sistema" per non lasciare fuori dall'area del danno risarcibile, quindi sguarnite di tutela, le situazioni di danno generate da fatti delle cose che non rientrino in ipotesi già tipizzate nel codice o nelle leggi speciali.

Un argomento di ordine sistematico potrebbe corroborare una simile tesi. Volgendo l'attenzione alla collocazione topografica dell'art. 2051 c.c. all'interno del Titolo IX sui "Fatti illeciti", esso costituisce la prima disposizione che si occupa di danni "esplicitamente" derivanti da fatti non umani. L'avverbio è utile a discernere e inquadrare una differenza di *ratio* ma anche di elementi strutturali della fattispecie rispetto all'art. 2050 c.c.: tale norma, prevedendo il risarcimento per "attività" pericolosa, costituisce quasi una sorta di *trait d'union* tra le disposizioni immediatamente precedenti, che si occupano di risarcimento per comportamenti altrui, e quelle immediatamente successive, che invece riguardano appunto fatti non immediatamente riconducibili ad atti dell'uomo.

Nella nozione di "attività" di cui all'art. 2050 c.c. si lascia uno "spazio aperto di rilevanza" dell'evento lesivo, che potrà avere come causa (magari remota) un comportamento umano¹⁸⁴, ma che invero non dovrà essere necessariamente provato nella sua specifica riconducibilità ad una singola e individuata condotta di un soggetto. Il nesso eziologico dovrà sussistere tra danno e generico esercizio dell'attività pericolosa, con riguardo alla

¹⁸³ E ciò al di là di una esclusiva rimproverabilità soggettiva ovvero di una mera rilevanza oggettiva dell'evento lesivo.

¹⁸⁴ Qualora, invece, vi fosse un atto dell'uomo quale causa immediata potrebbe tornare ad essere rilevante l'art. 2043 c.c., specie se trattasi di un'attività normalmente innocua che diventi pericolosa a causa della condotta di chi la ponga in essere.

natura della stessa o dei “mezzi adoperati”: si manifesta in tal modo una sorta di “rilevanza ibrida” tra comportamento umano e fatto degli strumenti (quali beni) imprenditoriali.

Tornando invece all’art. 2051 c.c., esso si pone quale prima fattispecie normativa che prevede danni da cose, cioè derivanti non (direttamente) da condotte umane, ma da fatti non umani giuridicamente rilevanti e involgenti oggetti, che pur tuttavia siano riconducibili (per scelta di diritto positivo) a soggetti. La sua formula ampia nel riferimento alle “cose”¹⁸⁵, così come nell’inquadramento del responsabile quale “custode”¹⁸⁶, consentirebbe la sussumibilità di tutte quelle situazioni di fatto non rientranti nelle altre fattispecie: in ciò risiederebbe la sua residualità e qualificabilità come norma di chiusura sistemica, dotata di generalità quasi alla stregua dell’art. 2043 c.c.¹⁸⁷.

Si verificherebbe, in pratica, il fenomeno per cui, qualora un evento lesivo derivante da beni-cose materiali non appaia integrare nessuna altra fattispecie tipica, possono venire in rilievo gli effetti risarcitori di cui all’art. 2051 c.c., che si adattano alla situazione concreta grazie all’ampiezza delle nozioni di cosa e di custode, consentendone la rilevanza giuridica ai fini del risarcimento del danno.

In uno scenario simile, un ruolo di preminente rilievo giocano gli elementi invarianti dell’attività esercitabile (dal custode) e del (costo del) vantaggio pratico ritraibile dalla cosa: essi costituiscono criteri generali – ma non generici e indefiniti, per come si è avuto modo di individuarli e descriverli – che consentono, grazie alla loro “operatività nascosta”¹⁸⁸, proprio di assolvere al ruolo di chiusura sistemica all’art. 2051 c.c. rispetto alle ipotesi di danno da cose.

Si coglie, in tal modo, anche la suggestione della garanzia¹⁸⁹ come nozione dotata di una certa capacità descrittiva di tutte quelle situazioni di fatto che l’ordinamento ha scelto di non lasciare prive di tutela. Il caso fortuito, quale limite di rilevanza della fattispecie, rappresenterebbe proprio un’ipotesi di non operatività della garanzia per mancanza di riconducibilità del danno alla cosa¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Sostantivo che consente di ritenere operante la fattispecie per qualunque oggetto dotato di materialità (e costituente il potenziale sostrato di un bene in senso giuridico). Vedi, in particolare, Cap. I, Sez. II, par. 2.1.

¹⁸⁶ Secondo i criteri di identificazione dello stesso che sono emersi nel corso della ricerca.

¹⁸⁷ Sulla portata normativa generale e residuale dell’art. 2043 c.c. vedi Cap. I, Sez. I, par. 3.

¹⁸⁸ Nel senso di implicita e presente in forma di sineddoche.

¹⁸⁹ Per cui vedi *supra*, in questo capitolo, Sez. I, par. 8.2.

¹⁹⁰ L’assenza di un custode su cui far gravare l’obbligo risarcitorio equivarrebbe alla mancanza di una figura cui ricondurre l’attività esercitabile e il vantaggio pratico sulla cosa. Ci si troverebbe, in tal caso, in un’ipotesi di confine della fattispecie, anzi immediatamente al di fuori della stessa. I danni in tal caso non verrebbero

2. Alla ricerca della conferma dell'elemento invariante: enti pubblici e responsabilità da cose in custodia.

2.1. Premessa: un cammino tortuoso.

La questione della responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni da cose in custodia è sempre stata una delle più controverse in materia di illecito civile. Negli ultimi decenni, ha rappresentato un nodo spinoso per gli interpreti del diritto, attese le notevoli divaricazioni di posizioni e prospettive sul punto.

In particolare, dottrina e giurisprudenza (di merito e di legittimità) hanno seguito un cammino evolutivo differenziato, quasi “a doppia velocità”. La prima ha potuto optare decisamente prima per la piena applicabilità dell'art. 2051 c.c. agli enti pubblici, avendo pionieristicamente propugnato la natura oggettiva della fattispecie di danni da cose in custodia¹⁹¹. La seconda ha camminato ben più lentamente, palesando istanze conservatrici. La complessità delle questioni, tuttavia, si pone su un piano ulteriore rispetto a quello della difformità tra interpretazioni dottorali e giudiziali. Ed infatti, anche all'interno dello stesso formante – ed in particolare in quello giurisprudenziale che qui ci occupa – l'iter evolutivo non è stato per nulla lineare. Le corti – in un sistema come il nostro non fondato sulla vincolatività del precedente – hanno percorso un cammino accidentato, quasi pendolare: a diversi passi in avanti seguiva (e segue tuttora) qualche passo indietro, senza mai tornare al punto precedente¹⁹². Meglio, allora, qualificare il cammino pretorio come caratterizzato da un andamento stocastico¹⁹³: i ripensamenti ed i ritorni indietro non hanno mai toccato il punto precedente ai passi in avanti compiuti, in tal modo costellando l'evoluzione giurisprudenziale di diversi “punti di non ritorno”¹⁹⁴.

allocati (in base ad una scelta legislativa) diversamente e altrove rispetto alla sfera giuridica soggettiva su cui si sono originariamente prodotti: si sconfinerebbe nel campo dell'irrelevanza giuridica.

¹⁹¹ Vedi *amplius* il Cap. I, Sez. II, dove emerge l'apporto fondamentale in tal senso, su tutti, di S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 23, nonché di P. TRIMARCHI, *op. cit., passim*. Per la tesi oggettiva della responsabilità da cose già sotto la vigenza del vecchio codice, cfr. M. COZZI, *op. cit., passim*.

¹⁹² Per questo è doveroso qualificare la metafora del pendolo con l'avverbio “quasi”.

¹⁹³ Il termine stocastico (dal gr. στοιχαστικός “congetturale”) appartiene eminentemente ai campi semantici delle scienze così dette “esatte”. Esso, nel calcolo delle probabilità, è un sinonimo di casuale e aleatorio. Cfr. la voce *stocastico* in *Enciclopedia Treccani online* (<http://www.treccani.it/enciclopedia/stocastico/>): “nel linguaggio scientifico, si dice di strumento, procedimento, teoria, modello atti a descrivere e studiare situazioni che variano in base a leggi probabilistiche (e non deterministiche), come, per es., tutti i fenomeni naturali.”

¹⁹⁴ Per una peculiare accezione dei punti di non ritorno nel mondo del diritto, v. A. GORASSINI, *Lezioni di Biodiritto*, cit., p. 7, dove si sostiene che l'evoluzione giuridica “può portare ad una modifica delle strutture con un punto di non ritorno ogni qual volta si raggiunga un punto tale da permettere una maggiore potenzialità di alcune potenze originarie, generando lo spegnimento e la perdita definitiva di altre potenze

Corollario del fenomeno peculiare appena descritto è la coesistenza temporale di orientamenti diversi (spesso contrapposti tra loro): questi non si sono semplicemente susseguiti, avvicinandosi l'uno dopo l'altro in un lineare fenomeno di successione cronologica tra indirizzi interpretativi; al contrario, hanno camminato parallelamente, rendendo ancor più complesso lo sforzo chiarificatore dello studioso che voglia ricercarne presupposti e *ratio* giustificatrice, nonché ordinarli per sistematizzarli scientificamente.

Di conseguenza, le correnti giurisprudenziali di cui si darà atto non vanno intese come passi discreti, l'uno successivo all'altro nel tempo: essi vanno studiati e considerati in una prospettiva "prudentemente diacronica", laddove (addirittura) non sincronicamente¹⁹⁵.

Queste brevi premesse rendono l'idea della complessità della questione sull'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A.¹⁹⁶, in grado di coinvolgere tutti gli operatori del diritto, per gli spunti teorici che consegna ma anche per i notevolissimi interessi pratici che coinvolge.

Nonostante ciò, sembrerebbe potersi trovare una qualche conferma degli elementi invariati ricercati, o quantomeno una direzione univoca del cammino giurisprudenziale, magari originariamente meno intellegibile ma poi sempre più visibile e riscontrabile.

2.2. Dall'inapplicabilità assoluta a quella relativa (in caso di beni non oggetto di uso generale e diretto) dell'art. 2051 c.c. alla P.A.

Secondo l'orientamento più risalente nel tempo¹⁹⁷, preoccupato di garantire agli organi pubblici quei privilegi derivanti dalla tipica asimmetria di posizione rispetto ai cittadini *uti singuli*, necessaria alla conservazione dell'ordinamento (quindi alla tutela dell'ordine pubblico ed al buon funzionamento dell'intera macchina statale), era applicabile alla Pubblica Amministrazione solo la fattispecie generale di illecito, non già l'art. 2051 c.c.¹⁹⁸.

che non vengono utilizzate.". Il punto di non ritorno, allora, consisterebbe il passaggio dalla potenza all'atto di alcune forme (e forze) giuridiche, fino ad un certo punto rimaste latenti, ma che una volta sviluppatesi, determinano il declino di forme precedenti, con esse incompatibili e non più idonee alla realizzazione degli interessi manifestati dai consociati. Conseguentemente, "anziché esserci un diritto naturale immutabile ed eterno, esiste un diritto che presenta *a priori* strutture che possono evolversi, che possono cambiare le potenzialità proprie del diritto stesso e che presentano dei punti di non ritorno."

¹⁹⁵ Le stesse indicazioni delle date delle pronunce costituiscono la prova evidente di quanto appena affermato, come si avrà modo a breve di constatare.

¹⁹⁶ Per G. BUFFONE, *Responsabilità della P.A. per omessa manutenzione del demanio stradale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 12, p. 2443, il quadro giurisprudenziale tuttora "non promette stabilità", proprio in virtù di quel mancato ordine diacronico, caratterizzato dalla coesistenza prolungata di diverse letture ermeneutiche "durante le diverse fasi attraverso le quali si scandisce l'evoluzione pretorile."

¹⁹⁷ Ben radicato sotto la vigenza del codice civile del 1865.

¹⁹⁸ Affermava Cass. civ. 20 febbraio 1905, in *Giur. it.*, 1905, I, 1, c. 467, che "dell'integrità personale del viandante custode e tutore non è il comune, ma lo stesso privato".

L'art. 2043 c.c., prevedendo come presupposto della responsabilità un atto (quantomeno) colposo, era considerata l'unica norma compatibile con la discrezionalità tipica della P.A.¹⁹⁹. Questa iniziò tuttavia ad essere considerata potenzialmente titolare di obbligazione risarcitoria allorquando avesse violato gli obblighi di segnalazione e manutenzione con riguardo ai beni pubblici²⁰⁰.

Solo le situazioni di pericolo occulto, qualificate come “insidia”²⁰¹, palesemente idonee a mettere a repentaglio la sicurezza degli utenti dei beni, giustificavano la soggezione degli enti pubblici alla norma generale in tema di responsabilità civile.

¹⁹⁹ Discrezionalità che “non poteva costituire, per ragioni di pubblico interesse, fonte di lesioni di diritti altrui”. Così M. COMPORTI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 317.

²⁰⁰ Cfr. Cass. civ. 28 giugno 1915, in *Foro it.*, 1915, I, c. 1248, segnalata da M. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 318 come una pronuncia di svolta in questa direzione.

²⁰¹ Proprio per descrivere le situazioni di pericolo occulto, infatti, erano state elaborate le figure dell’“insidia” e del “trabocchetto”, caratterizzate rispettivamente dall’elemento oggettivo della invisibilità e da quello soggettivo della imprevedibilità. Entrambe le figure erano considerate condizioni necessarie per determinare la responsabilità della P.A., che poteva dirsi integrata allorquando la strada o lo spazio aperto al pubblico accesso o transito, sebbene si presentassero come apparentemente normali, occultassero un pericolo non prevedibile con l’uso dell’ordinaria diligenza: si veniva a creare, in tal modo, una situazione potenzialmente rischiosa, perché dietro l’apparenza celava appunto delle insidie, attesa l’obiettivo non visibilità del pericolo e l’impossibilità di avvertirlo in tempo onde evitarlo. Tale ricostruzione prese avvio già dagli anni Venti del secolo scorso: per Cass. civ. 23 marzo 1925, in *Foro it.*, 1925, I, c. 878, “l’amministrazione deve dare affidamento che la strada non nasconda insidie che non si possano evitare con l’ordinaria diligenza dei passanti”. Cfr. M. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 319, per numerosi altri riferimenti giurisprudenziali sul punto. Detta ricostruzione, largamente maggioritaria fino agli anni Ottanta, continuò ad essere sostenuta anche successivamente dalla giurisprudenza: cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. III, 11 agosto 1995, n. 8823, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1512: “l’utente della pubblica strada, in ordine ai danni derivatigli dall’uso di essa, fruisce, indipendentemente dall’appartenenza della strada al medesimo ente obbligato alla sua manutenzione, soltanto della tutela apprestata dall’art. 2043 c.c., qualora ne ricorrano le condizioni e cioè quando i danni stessi siano stati cagionati da una situazione di pericolo occulto caratterizzata congiuntamente dall’elemento obiettivo della non visibilità e da quello soggettivo della imprevedibilità (c.d. insidia), mentre allorquando [...] venga esclusa la sussistenza dell’insidia, in funzione della accertata visibilità ed evitabilità dell’ostacolo, non costituisce fonte di responsabilità risarcitoria verso il danneggiato la violazione degli obblighi di segnalazione e manutenzione assunti dall’ente tenuto alla manutenzione della strada nei confronti dell’ente proprietario, in base a specifica convenzione, la quale vincola solo i contraenti e non attribuisce ai terzi alcun diritto al suo adempimento.”. Tuttavia, la figura dell’insidia non era normativamente prevista, non si trovava in nessuna disposizione. Non era e non è “un istituto giuridico, né un elemento di un istituto giuridico, né una situazione di fatto alla quale conseguono sempre e necessariamente determinate conseguenze”; essa, piuttosto, “è una situazione di fatto che, per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo rilevante sul piano probatorio”: così C. SEVERI, *op. cit.*, p. 1476. L’a. osserva il peculiare *iter* che la figura dell’insidia seguì rispetto al valore ermeneutico che gli operatori del diritto le conferirono: “inizialmente intesa come elemento sintomatico dell’attività colposa dell’Amministrazione, finì poi per essere individuata come elemento fattuale ineludibile della sua responsabilità, il cui onere probatorio veniva posto in capo al danneggiato.”. Ed infatti, nonostante l’allargamento (di cui si darà atto ai paragrafi successivi) delle maglie della responsabilità della P.A. ai sensi dell’art. 2051 c.c. negli anni successivi, essa continuò ad essere invocata dagli orientamenti giudiziali più conservatori, per suffragare la tesi dell’inapplicabilità dell’art. 2051 c.c. alla P.A. e, al contempo, specificare i contorni e i limiti della responsabilità ex art. 2043 c.c. Quantunque essa sia ancora utilizzata da qualche pronuncia isolata (prevalentemente di merito), può ormai considerarsi tramontata nella sua artificiosa (visto che non era prevista da alcuna disposizione) cogenza, mentre rimane

L'ipotesi tipica di responsabilità per danni da cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c. era però ritenuta inapplicabile alla P.A., nonostante la logica sottesa a questa posizione potesse adombrare un illegittimo privilegio, per nulla giustificato dall'esigenza di garantire il buon funzionamento degli organi pubblici.

L'orientamento appena descritto prevalse a lungo negli anni successivi all'entrata in vigore del codice del '42.

Con il trascorrere dei decenni, tuttavia, grazie anche alle spinte dottrinali, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si orientò "a rimuovere privilegi anacronistici a favore della pubblica amministrazione, creati non tanto dal legislatore, quanto da opinioni interpretative di lontana origine"²⁰².

A partire dagli anni Settanta-Ottantacinque, maturò un nuovo orientamento, secondo cui l'operatività dell'art. 2051 c.c. nei confronti della P.A. non era da escludersi *tout court*, ma solo con riguardo ai beni demaniali o patrimoniali oggetto di uso generale e diretto da parte della collettività. In tali ipotesi, si sarebbe potuta invocare in via esclusiva la norma generale di cui all'art. 2043 c.c., laddove sussistenti il requisito della colpa dell'ente pubblico, per una carente o inadeguata vigilanza²⁰³.

Solo se i beni venivano "utilizzati dall'amministrazione [...] in situazione tale da rendere possibile un concreto controllo ed una vigilanza idonea ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo"²⁰⁴, si sarebbe potuta invocare nei suoi confronti la norma di cui all'art. 2051 c.c.; quest'ultima, peraltro, era considerata un'ipotesi di responsabilità presunta per mancata diligenza nel controllo e nella custodia del bene in modo da non arrecare danno a terzi.

Il *discrimen* tra la nozione di beni di uso generale e diretto e quelli che tali non sono è emblematicamente indicato dalla decisione²⁰⁵ che ha confermato l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti di un ente pubblico²⁰⁶ per i danni cagionati dalle fognature, alla cui manutenzione esso è preposto: si trattava di un caso in cui un pozzetto fognario aveva recato danno ad un passante, "in quanto privo del tombino di protezione e non facilmente avvistabile". Quanto invece ad un'eventuale responsabilità concorrente del Comune per

un mero riferimento idoneo a descrivere le circostanze fattuali sussistenti, nel momento valutativo di un evento dannoso.

²⁰² Così M. COMPARTI, *Fatti illeciti, cit.*, p. 321.

²⁰³ Cfr., esemplificativamente, Cass. civ., 4 aprile 1985, n. 2319, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 560.

²⁰⁴ Cass. civ., sez. III, 20 marzo 1982, n. 1817, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 3; conformemente, vedi Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 1984, n. 5567, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 10.

²⁰⁵ Si tratta di Cass. civ., sez. III, 04 aprile 1985, n. 2319, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 4.

²⁰⁶ Nella fattispecie, si trattava dell'ente autonomo acquedotto pugliese.

omessa vigilanza della strada di sua proprietà, detta decisione ha dichiarato che, trattandosi di “beni demaniali o patrimoniali oggetto di uso generale e dirette da parte della collettività”, l’art. 2051 c.c. sarà inapplicabile alla p.a.: l’obbligo di manutenzione e controllo delle strade “esula dall’ambito della citata norma”.

Il Comune sarebbe potuto incorrere in responsabilità solo ai sensi dell’art. 2043 c.c., qualora il danneggiato avesse assolto “l’onere di provare la carenza o l’inadeguatezza della [...] vigilanza” dell’ente.

Si voleva cercare, in qualche modo, di preservare “la discrezionalità (e la conseguente insindacabilità da parte del giudice ordinario) dei criteri e dei mezzi con i quali l’amministrazione realizza e mantiene un’opera pubblica”, il cui limite è costituito dall’obbligo “dell’amministrazione medesima di osservare, a tutela dell’incolumità dei cittadini e dell’integrità del loro patrimonio, le specifiche disposizioni di legge e di regolamento disciplinanti quelle attività, nonché le comuni norme di diligenza e prudenza.”²⁰⁷. All’inosservanza di dette disposizioni sarebbe conseguita “l’ineludibile responsabilità dell’amministrazione per i danni arrecati a terzi” ex art. 2051 c.c., ma solo “in relazione a beni, demaniali o patrimoniali, non soggetti ad uso generale e diretto della collettività [...], i quali consentano, per effetto della loro limitata estensione territoriale, un’adeguata attività di vigilanza e di controllo da parte dell’ente a tanto preposto.”

Pertanto, “in ordine ai danni subiti dall’utente in conseguenza dell’omessa o insufficiente manutenzione di strade pubbliche, il referente normativo per l’inquadramento della responsabilità della P.A. è costituito – non dall’art. 2051 c.c., che sancisce una presunzione inapplicabile nei confronti della P.A. con riferimento ai beni demaniali, quando essi siano oggetto di un uso generale e diretto da parte dei terzi – ma dall’art. 2043 c.c., che impone, nell’osservanza della norma primaria del *neminem laedere*, di far sì che la strada aperta al pubblico transito non integri per l’utente una situazione di pericolo occulto; detta responsabilità pertanto è configurabile, a condizione che venga provata dal danneggiato l’esistenza di una situazione insidiosa caratterizzata dal doppio e concorrente requisito della non visibilità oggettiva del pericolo e della non prevedibilità subiettiva del pericolo stesso”²⁰⁸.

La sussistenza di un pericolo, dunque, faceva ritenere responsabile la pubblica

²⁰⁷ Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 1999, n. 674, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 159.

²⁰⁸ Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 2001, n. 16179, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 2203; cfr. anche Cass. civ., sez. III, 08 novembre 2002, n. 15707, in *Studium Juris*, 2003, 250.

amministrazione per cattiva oppure omessa manutenzione: una sua colpa, correlata ad una possibilità di evitare il danno, doveva essere accertata.

Evidentemente, la giustificazione teorica di un simile indirizzo era quella secondo cui un'utilizzazione e una fruizione particolarmente diffuse dei beni pubblici comportavano l'inevitabile insorgenza di situazioni di pericolo e di danno non facilmente gestibili dalle amministrazioni pubbliche, che venivano considerate, sotto questo profilo, in una condizione di disparità rispetto ad un "custode privato", ben in condizione di vigilare sui propri beni.

Per converso, l'esclusione *tout court* della responsabilità da cose in custodia per una serie notevole di beni pubblici ha costituito nondimeno una posizione di indubbio vantaggio per la P.A., dal momento che, per le suddette categorie di beni, fornire la prova di un pericolo strettamente connesso alla colpa dell'ente pubblico non era operazione probatoria semplice per i danneggiati.

Manifesta tutta la sua rilevanza la prevalenza della situazione di fatto del possesso rispetto a quella di diritto della proprietà come criterio dirimente. In un simile approccio ermeneutico, il custode può non essere l'ente pubblico proprietario proprio perché sulla qualifica di custode incide la concreta situazione di fatto, intesa come effettiva possibilità di vigilanza e controllo sul bene, considerato nella sua materiale territorialità.

L'indirizzo giurisprudenziale in esame, sviluppatosi soprattutto negli anni Ottanta del secolo scorso, è stato nel tempo affiancato e successivamente soppiantato da posizioni ermeneutiche diverse. Esso, tuttavia, ha continuato autorevolmente a resistere fino a non molto tempo fa²⁰⁹.

2.3. Art. 2051 c.c. applicabile alla P.A. se i beni possono essere controllati. Manifestazioni dell'elemento invariante.

In prospettiva leggermente più aperta, almeno in via di principio, si pone quell'indirizzo giurisprudenziale che non individua nei caratteri dell'uso generale e diretto dei beni

²⁰⁹ Tra le più recenti sentenze che si pongono nel solco di questo orientamento, cfr. Cass. civ., sez. III, 02 aprile 2004, n. 6515, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4, secondo cui "è configurabile, a carico della Pubblica Amministrazione, una responsabilità ex art. 2051 c.c., in relazione a beni, demaniali o patrimoniali, non soggetti ad uso generale e dirette della collettività, i quali consentano, per effetto della loro limitata estensione territoriale, un'adeguata attività di vigilanza e controllo da parte dell'ente ad esso preposto (nel caso di specie, la rete fognaria comunale). Più in particolare, qualora il potere di fatto risulta sia stato trasferito a terzi solo in parte, mantenendo l'ente l'obbligo di vigilanza e controllo, non viene meno il suo dovere di custodia, e quindi neppure la correlata responsabilità ex art. 2051 C.C., da cui l'ente proprietario si può liberare solo fornendo la prova del caso fortuito." Ma vedi anche, *ex aliis*, Cass. civ., 30 luglio 2002, n. 11250, in *Mass. Foro it.* 2002.

pubblici un elemento del fatto idoneo ad escludere *tout court* la riconducibilità della fattispecie nell'alveo dell'art. 2051 c.c., ma che inserisce un ulteriore elemento di valutazione nell'accertamento che il giudicante è tenuto a compiere: la possibilità di controllo.

La responsabilità da cose in custodia, pertanto, ha iniziato ad essere ritenuta applicabile nei confronti della p.a., anche con riguardo ai beni demaniali, ivi compresi quelli del demanio stradale oggetto di un uso generale e diretto da parte dei cittadini, a condizione che la loro estensione consentisse all'ente l'esercizio di un continuo ed efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per i terzi²¹⁰.

Il controllo di un bene è strettamente legato, in questa prospettiva, alla “concretezza ed attualità del potere di fatto”²¹¹ sullo stesso: così, in un'ipotesi di danni conseguenti ad omessa od insufficiente manutenzione di una strada comunale, è stato considerato applicabile l'art. 2051 c.c. nei confronti di un Comune non solo nelle ipotesi in cui esso “svolga una determinata attività sulla strada, ma ogni qualvolta non sia ravvisabile l'oggettiva impossibilità di un esercizio del potere di controllo dell'ente sulla strada in custodia, in dipendenza del suo uso generale da parte dei terzi e della notevole estensione del bene.”²¹²

La possibilità di controllo è considerata in maniera strettamente connessa alla “limitata estensione territoriale del bene”, che va considerata al di là dell'utilizzazione generale e diretta del bene da parte di terzi, poiché è da detta possibilità che scaturisce il dovere di “impedire l'insorgenza di cause di pericolo per i terzi.”²¹³

L'estensione del bene e l'uso generale e diretto da parte di terzi diventano criteri valutativi – la cui incidenza va accertata nel caso concreto²¹⁴ – per l'individuazione dell'effettiva possibilità di controllo e, conseguentemente, dell'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla pubblica amministrazione, al di là della formulazione del principio di diritto in termini positivi (l'art. 2051 c.c. si applica se, nonostante l'uso generale e diretto del bene, la sua

²¹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 27 dicembre 1995, n. 13114, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 12.

²¹¹ Cass. civ., sez. III, 07 gennaio 1982, n. 58, *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1.

²¹² Cass. civ., sez. III, 23 luglio 2003, n. 11446, in *Foro it.* 2004, I, 511.

²¹³ Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2009, n. 1691, *Diritto e Giustizia online*, 2009.

²¹⁴ Ed inoltre, secondo quanto ricorda Cass. civ., sez. III, 05 agosto 2005, n. 16576, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9, la relativa valutazione è riservata al giudizio di merito. Conseguentemente, secondo quanto afferma Cass. civ., sez. III, 26 novembre 2007, n. 24617, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11, “è proprio l'esistenza o meno del potere di controllo e di vigilanza sul bene - la cui sussistenza in concreto deve essere oggetto di indagine mirata, caso per caso, da parte del giudice del merito - a costituire il discrimine per l'applicabilità della norma suddetta e non già la natura demaniale del bene medesimo.”

limitata estensione ne consente il controllo²¹⁵), ovvero negativi (la P.A. non è responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. se il bene, per estensione e modalità d'uso, non è controllabile continuativamente²¹⁶).

L'attenzione alla dimensione e alle caratteristiche del bene torna costantemente nelle pronunce considerate, mostrando ancora una volta la preminenza – non sempre consapevole, ma di certo innegabile – della categoria del possesso rispetto a quella della proprietà ai fini dell'accertamento del rapporto di custodia.

A tale ultimo proposito, è stato formulato il principio di diritto secondo cui “la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. non opera nei confronti della P.A. per danni cagionati a terzi da beni demaniali sui quali è esercitato un uso ordinario, generale e diretto da parte dei cittadini, quando l'estensione del bene demaniale renda impossibile l'esercizio di un continuo ed efficace controllo che valga ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per i terzi.”²¹⁷

In applicazione del suddetto principio, i giudici di legittimità hanno ritenuto responsabile l'Enel per i danni cagionati in conseguenza della caduta di un fulmine su di un trefolo e sulla fune di guardia di una linea elettrica ad alta tensione, osservando che si trattava di oggetti in uso esclusivo dell'ente per la gestione della linea²¹⁸.

²¹⁵ In tal senso si esprime Cass. civ., sez. III, 05 agosto 2005, n. 16576, *cit.*, secondo cui “la disciplina della responsabilità per danno cagionato da cose in custodia trova applicazione nei confronti della PA ogni qualvolta sussista l'oggettiva possibilità di esercitare il potere di vigilanza e controllo. L'oggettiva impossibilità è ravvisabile in presenza di una duplice condizione: notevole estensione del bene da custodire e uso generale dello stesso da parte di terzi.”

²¹⁶ Questa impostazione è rinvenibile in Cass. civ., sez. III, 26 novembre 2007, n. 24617, *cit.*, secondo cui “l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A. per i beni demaniali soggetti ad uso generale e diretto da parte dei cittadini può essere esclusa soltanto nell'ipotesi in cui sul bene demaniale non sia possibile, per la notevole estensione di esso e le sue modalità d'uso - un continuo ed efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti.”

²¹⁷ Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11366, *cit.* La Corte, nel *decisum*, ha precisato che “tali principi sono applicabili pure nell'ambito del demanio stradale nel quale debbono intendersi comprese, oltre alla sede stradale, le zone limitrofe che siano anch'esse di proprietà della stessa p.a.”. Del medesimo avviso è anche Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 1998, n. 10759, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2204: “La presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. non opera nei confronti della P.A. per danni cagionati a terzi da beni demaniali sui quali è esercitato un uso ordinario, generale e diretto da parte dei cittadini” quando l'estensione del bene demaniale renda impossibile l'esercizio di un continuo ed efficace controllo che valga ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per i terzi. Tali principi sono applicabili nell'ambito del demanio stradale nel quale debbono intendersi comprese le scarpate, sia che costituiscano sostegno di una strada sovrastante, sia che a loro volta sovrastino un'altra strada, dovendo le scarpate considerarsi parti delle strade medesime.”

²¹⁸ Vedi Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 1996, n. 265, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 46.

In un altro caso, è stata invece esclusa la responsabilità del comune per i danni occorsi al viandante incespicato su di un tombino, sopraelevato rispetto alla sede stradale che, nel punto, risultava abbassata di qualche centimetro²¹⁹.

L'indirizzo giurisprudenziale in esame ha ricevuto l'autorevole avallo della Corte Costituzionale, che nella nota pronuncia n. 156/1999 ha considerato legittimo l'orientamento secondo cui "l'art. 2051 c.c. non si applica alla P.A. nel caso in cui sul bene di sua proprietà non sia possibile – per la notevole estensione e per le modalità di uso, diretto e generale, da parte di terzi, sulla scorta di indagini concrete del giudice – un continuo ed efficace controllo idoneo ad impedire l'insorgere di cause di pericolo per gli utenti."²²⁰

Invero, dopo aver passato in rassegna le decisioni che aderiscono all'approccio ermeneutico appena descritto, occorre osservare che i requisiti della demanialità, della notevole estensione e dell'uso generale e diretto del bene sembrerebbero essere individuati dai giudici non quali elementi idonei a configurare un'ipotesi di caso fortuito, che esclude la responsabilità del custode, ma ben più in radice come elementi che escludono la riconducibilità dei casi concreti alla fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.: ciò sulla base della circostanza per cui l'ente pubblico non può *ab initio* essere considerato custode del bene, stante l'impossibilità di controllo dello stesso e quindi di quella vigilanza necessaria ad evitare il prodursi dei danni.

²¹⁹ Vedi Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11366, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1415.

²²⁰ Era stata sollevata questione di legittimità costituzionale (dall'ordinanza emessa l'8 novembre 1997 dal Giudice di pace di Genova) con riguardo agli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione: dell'art. 2043 c.c., in quanto prevedesse che l'inerzia colposa della pubblica amministrazione, atta a creare o a non rimuovere situazioni di pericolo, fosse causa di responsabilità della stessa, solo in presenza di una situazione di pericolo insidioso; dell'art. 2051 c.c., laddove ritenuto non applicabile anche alla pubblica amministrazione per i beni demaniali soggetti ad uso ordinario, generale e diretto da parte dei cittadini; dell'art. 1227, primo comma, c.c., in quanto escludeva, in presenza di una insidia, un accertamento del concorso di colpa del danneggiato e del responsabile. La Consulta, con sentenza 10 maggio 1999, n. 156, in *Giust. civ.* 2000, I, 649 (con nota di Vitale); in *Giur. it.* 2000, 168, ritenne di aderire agli orientamenti a quel tempo prevalenti, non considerandoli incostituzionali. Dal momento che la manutenzione delle strade costituisce per l'ente pubblico un dovere istituzionale non correlato a un diritto soggettivo dei privati, i quali possono far valere soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale dell'ente medesimo, conseguentemente il difetto di manutenzione sarebbe stato rilevante, nei rapporti con i privati, solo nella misura in cui la pubblica amministrazione non avesse ossequiato alle norme e regole di prudenza e diligenza poste a tutela dell'integrità personale e patrimoniale dei terzi, in violazione del principio fondamentale del *neminem laedere*. La fattispecie configurabile, allora, sarebbe stata quella di cui all'art. 2043 c.c., trattandosi di un'ipotesi in cui l'ente pubblico veniva a superare il limite esterno della propria discrezionalità.

Di fatto, si valorizza il ruolo della condotta del custode pubblico, intesa come effettivo potere di controllo del bene. La custodia sarà ritenuta “esigibile in concreto e valutata tramite un giudizio *ex post* che tenga conto della natura e delle caratteristiche della *res*”²²¹. Pur rimanendo ancora forte una prospettiva (più o meno velatamente) colpevolistica, emergono già quei criteri di indirizzo verso gli elementi invarianti ricercati. In sostanza, infatti, l’art. 2051 c.c. è ritenuto applicabile alla P.A.: in presenza di un’attività effettivamente svolta sul bene; in presenza di un’attività esercitabile sul bene, secondo un concetto veicolato dal sintagma “possibilità di controllo”. Questa seconda opzione è invero collegata alla limitata estensione del bene e all’uso generale e diretto dello stesso da parte di terzi: elementi, questi, che sono considerati incidenti sulla (possibilità di) custodia, piuttosto che – eventualmente e in presenza di altri fattori – sulla “durata” del caso fortuito, secondo la proposta ricostruttiva avanzata. Ma si tratta di un meccanismo interpretativo inevitabile, stante la prevalenza dell’impostazione colpevolistica.

Snodo decisivo della ricerca sarà, allora, riscontrare la resistenza – quindi l’invarianza – dei suddetti elementi (anche) in una prospettiva ermeneutica che aderisce alla tesi sulla natura oggettiva della responsabilità *ex art. 2051 c.c.*: ne potrà discendere la conferma della loro decisività come chiave interpretativa della fattispecie.

Difatti, le sentenze sin qui esaminate, nel ritenere inapplicabile l’art. 2051 c.c. ai casi decisi, più o meno esplicitamente aderivano alla tesi soggettivistica della fattispecie *de qua*, secondo cui il custode è ritenuto responsabile per aver violato gli obblighi di manutenzione, controllo e vigilanza sottesi alla sua posizione. Considerando l’art. 2051 c.c. una presunzione di colpa, in cui ha rilievo l’omissione di vigilanza del custode, poteva essere logicamente coerente escluderne la rilevanza nei casi in cui – si riteneva – nessuna vigilanza poteva in concreto essere esigita alla P.A., per i motivi poc’anzi illustrati.

Tuttavia, l’affermarsi nel corso del tempo della natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia non ha comunque esaurito l’opzione interpretativa che si richiamava alle

²²¹ Così E. BALUCANI, *Condotta omissiva dell’ente pubblico e prevedibilità dell’evento dannoso nella responsabilità ex art. 2051 c.c.: due casi a confronto*, commento a Cass. civ., Sez. III, n. 15723 del 18 luglio 2011 e Cass. civ., Sez. III, n. 15720 del 18 luglio 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 527, secondo cui dalla necessaria valutazione della fattispecie concreta discende che la custodia costituisce al contempo “criterio di imputazione della responsabilità *ex art. 2051 c.c.* e il limite di applicazione della stessa, poiché il custode non potrà essere ritenuto responsabile se non poteva esercitare un controllo effettivo sul bene.” Di recente, dunque, si assiste alla tendenza della giurisprudenza di “analizzare tutte le caratteristiche del demanio stradale, le quali, inevitabilmente, condizionano anche le aspettative dell’utente: se all’esito del giudizio emerge che la custodia non era concretamente esigibile, dovrà escludersi la presunzione di colpa *ex art. 2051 c.c.*, giacché l’evento dannoso non poteva essere previsto dal custode e, in tal caso, la tutela risarcitoria dell’utente danneggiato sarà affidata esclusivamente alla disciplina di cui all’art. 2043 c.c.”.

condizioni di demanialità, modalità d'uso ed estensione del bene per giungere, in base alle circostanze del caso, ad escludere la possibilità di custodia, quindi l'operatività dell'art. 2051 c.c. in alcune ipotesi di danni derivanti da beni pubblici.

L'affermata natura oggettiva della responsabilità – con conseguente venir meno della possibilità di riferirsi *sic et simpliciter* al puntuale accertamento dell'omissione degli obblighi di vigilanza da parte degli enti – come vedremo immediatamente, ha nondimeno influito sulle concrete valutazioni di merito dei giudici, oltre che su alcuni aspetti delle affermazioni di principio. Era necessario, infatti, volendo mantenere in auge l'indirizzo giurisprudenziale, argomentare diversamente le decisioni, non potendo più i giudici servirsi della facile equazione argomentativa “impossibilità di custodia = mancanza di colpa dell'ente = non rimproverabilità per omessa vigilanza”.

Ed infatti, alcune pronunce più recenti hanno affermato, in maniera sempre più esplicita, che i criteri dell'estensione della strada, dell'uso generalizzato da parte della collettività ed altri ancora²²² possono valere ad escludere l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. solo allorquando la custodia, da intendersi come potere di fatto sulla cosa, non sia “in concreto esercitabile” quindi “oggettivamente possibile”²²³.

Le declamazioni di principio lasciano intendere che, mutata la prospettiva teorica d'inquadramento dell'art. 2051 c.c., i suddetti requisiti devono essere considerati in maniera molto più stringente, non quasi automaticamente come elementi “di vantaggio” per la P.A.: l'impossibilità di esercitare la custodia non può desumersi astrattamente dalle caratteristiche dei beni, ma deve essere concretamente accertata e “non sussiste quando l'evento dannoso si è verificato su un tratto di strada che in quel momento era in concreto oggetto di custodia o quando sia stata proprio l'*attività compiuta* dalla P.A. a rendere pericolosa la strada medesima.”²²⁴

Un primo corollario delle suddette affermazioni – inizia così ad intravedersi l'incidenza della mutata considerazione della natura della responsabilità in questione, sebbene non sempre esplicitata – è la precisazione che “il demanio stradale comunale all'interno della perimetrazione del centro abitato è certamente oggetto di custodia.”²²⁵

²²² Quali, ad esempio, la posizione, le dotazioni e i sistemi di assistenza.

²²³ Così Cass. civ., sez. III, 06 novembre 2012, n. 19154, in *Dir. e giust. online*, 2012, 7 novembre. Vedi anche Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2012, n. 16540, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, p. 2062.

²²⁴ Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2010, n. 9546, *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 584.

²²⁵ Cass. civ., sez. III, 08 maggio 2012, n. 6903, in *Dir. e Giust. online*, 2012, 9 maggio. Pur giungendo alle medesime conclusioni, Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2006, n. 16770, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8, rimane tuttavia ancorata alla considerazione dell'art. 2051 c.c. come norma che richieda l'omissione di vigilanza del custode (in prospettiva soggettivistica), là dove afferma che “dalla proprietà pubblica del Comune sulle

Così, affermando sempre che “l'estensione della strada e l'uso generale di essa da parte della collettività rilevano nell'indagine che il giudice è tenuto a compiere caso per caso per verificare se l'esercizio del potere di controllo e di vigilanza della strada da parte dell'ente che ne è proprietario sia risultato in concreto possibile”, i giudici di legittimità, applicando in maniera stringente detti requisiti per i motivi poc'anzi espressi, hanno confermato il risarcimento dei danni patiti dal titolare di un negozio a seguito della apertura di una profonda voragine sul manto stradale, antistante la sua attività commerciale e che aveva portato alla chiusura del traffico della strada, per eseguire i necessari lavori di manutenzione²²⁶.

Le pronunce che *expressis verbis* qualificano come oggettiva la responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, anche con riguardo ai beni demaniali, ma che, ciononostante, sostengono che questa forma di responsabilità non si applichi alla P.A. “ogni qualvolta sul bene demaniale, per le sue caratteristiche, non sia possibile esercitare la custodia, intesa quale potere di fatto sulla cosa”, precisano che “l'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale e diretta da parte di terzi sono solo figure sintomatiche dell'impossibilità di custodia”²²⁷.

Il mutamento di prospettiva – non troppo radicale in realtà – sembrerebbe risiedere in ciò che, mentre precedentemente (sotto la prevalente tesi sulla natura colposa della responsabilità *ex art. 2051 c.c.*) elementi come l'uso generale e diretto del bene o la sua estensione facevano propendere (se non automaticamente, quantomeno) con probabilità per l'impossibilità di custodia, quindi per l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 2051 c.c., successivamente (con il correlativo affermarsi del carattere oggettivo della responsabilità *de qua*), essi non rappresentano più un criterio di fatto vantaggioso per la P.A., essendo solo elementi indiziari, niente affatto determinanti per il convincimento del giudice.

Per questo, viene chiarito che il giudicante, “ai fini dell'imputabilità delle conseguenze del fatto dannoso, non può arrestarsi di fronte alla natura giuridica del bene o al regime o alle modalità di uso dello stesso da parte del pubblico, ma è tenuto ad accertare, in base agli elementi acquisiti al processo, se la situazione di fatto che la cosa è venuta a presentare e

strade (e sulle relative pertinenze, come il marciapiede) discende non solo l'obbligo dell'Ente alla manutenzione, ma anche quello della custodia con conseguente operatività nei confronti dell'Ente stesso della presunzione di responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, ove sussista omissione di vigilanza, al fine di impedire che i lavori su di essa effettuati costituiscano potenziale fonte di danno per gli utenti.” Cass. civ., sez. III, 06 luglio 2006, n. 15383, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8, parla del demanio comunale come “elemento presuntivo” della possibilità di custodia.

²²⁶ Tale chiusura aveva determinato, peraltro, una notevole contrazione della propria attività commerciale al punto di essere costretto a trasferire in altro luogo la propria sede, sopportando così notevoli spese. Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2015, n. 14635, in *Dir. Giust.*, 2015, 14 luglio.

²²⁷ Cass. civ., sez. III, 06 luglio 2006, n. 15384, testo integrale in *Banca Dati De Iure*.

nel cui ambito ha avuto origine l'evenienza che ha prodotto il danno, sia o meno riconducibile alla fattispecie della relativa custodia da parte dell'ente pubblico.²²⁸

Può a questo punto essere confermato l'elemento di riscontro auspicato: l'attività esercitata o esercitabile sulla *res* rimane decisivo anche dopo questo leggero mutamento di prospettiva nell'inquadramento della fattispecie. Essa rileva a prescindere dall'essere ritenuto l'art. 2051 c.c. una tipizzazione di responsabilità per colpa oppure oggettiva. Magari è intesa in senso più o meno stringente in base alla prospettiva cui l'organo giudicante aderisce, ma strutturalmente rimane nella sua portata dirimente rispetto all'accertamento della responsabilità; tale fenomeno ne giustificherebbe la qualificazione come "invariante".

2.4. Dalla proprietà dei beni pubblici discende in capo alla P.A. la qualifica di custode.

Un altro indirizzo giurisprudenziale ha mostrato di prediligere un ragionamento per così dire "semplificato", secondo il quale logicamente la qualità di proprietario delle strade pubbliche e quella di custode sono tra loro inscindibilmente collegate. In questo caso, l'elemento dell'attività esercitabile in particolare, nonché gli altri criteri identificativi del custode, sono ricondotti automaticamente – e senza possibilità di prova del contrario – all'ente pubblico proprietario.

Così il Comune, in quanto proprietario delle strade²²⁹, è anche, necessariamente, custode delle stesse; pertanto, non solo esso ha l'obbligo di manutenzione²³⁰, ma nei suoi confronti opera anche la presunzione di responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c.; secondo la pronuncia della Cassazione Civile n. 11749 del 1998²³¹, essa sarebbe fondata sull'omessa vigilanza per impedire danni a terzi. Quindi il riferimento alla presunzione riguarda l'inversione dell'onere della prova sul contegno diligente del Comune-custode.

Uno dei primi arresti degli ermellini in questa direzione è stato quello che ha evidenziato come "dalla proprietà pubblica del comune sulle strade poste all'interno dell'abitato (art. 16 lett. b L. 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F) discende non solo l'obbligo dell'ente alla manutenzione, come stabilito dall'art. 5 R.D. 2506 del 1923, ma anche quello della custodia con conseguente operatività, nei confronti dell'ente stesso, della presunzione di

²²⁸ Cass. civ., sez. III, 08 agosto 2007, n. 17377, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, pp. 7-8, secondo cui, inoltre, "ove tale accertamento risulti compiuto con esito positivo, la domanda di risarcimento va giudicata in base all'applicazione della responsabilità da cosa in custodia, dovendo valutarsi anche l'eventuale concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c."

²²⁹ Ai sensi dell'art. 16 lett. b) della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F.

²³⁰ Per come stabilito dall'art. 5 del R.D. 15 novembre 1923, n. 2506.

²³¹ Cass. civ., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11749, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 733 (con nota di Rapelli).

responsabilità ex art. 2051 c.c. qualora abbia omissso di vigilare al fine di impedire che terzi indicati dell'esecuzione di lavori sui beni oggetto della proprietà vi procedessero in guisa tale da determinare danno a fondi limitrofi.²³²

L'indirizzo in esame focalizza l'attenzione su due elementi. Innanzitutto, la conclusione secondo cui l'ente comunale è custode delle strade di sua proprietà è affermata con certezza come conseguenza della circostanza per cui dette strade sono situate all'interno del centro abitato. Invero, ciò sembrerebbe ridurre le differenze rispetto alle sentenze sopra esaminate, che consideravano importante l'estensione del bene ai fini della sussistenza della "possibilità di custodia".

Inoltre, la responsabilità ex art. 2051 c.c. è sempre fondata sull' "omissione di vigilanza" del custode, individuando così un carattere soggettivo della stessa: ciò vale anche per pronunce più recenti, che si sono mantenute sullo stesso tenore²³³.

In anni più recenti, questa impostazione è stata ripresa, sia pur con delle differenze, da alcune pronunce che hanno nuovamente puntualizzato la rilevanza meramente eventuale di caratteristiche quali estensione e modalità d'uso e solo in ipotesi di danni causati da elementi non strutturali del bene.

Il binomio proprietà-custodia ne è risultato rafforzato: se un danno deriva da ciò che intrinsecamente fa parte della struttura della cosa, allora vi è responsabilità dell'ente pubblico; nell'ipotesi negativa, l'ente potrà comunque essere responsabile e le caratteristiche dell'estensione, dell'uso generale e diretto del bene – che non contano, si ribadisce, se le situazioni di pericolo, che abbiano provocato il danno, siano immanenti alla struttura dello stesso – andranno prudentemente apprezzate dal giudice, senza da ciò far discendere facili automatismi ingiustificatamente favorevoli alla P.A.²³⁴: non è detto, infatti, che venga meno l'invariante dell'attività esercitabile, quale elemento idoneo all'identificazione del custode.

²³² Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1988, n. 723, in *Finanza locale*, 1989, 191.

²³³ Si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2006, n. 16770, *cit.*.

²³⁴ Di questo avviso è Cass. civ., sez. III, 06 giugno 2008, n. 15042, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 9, p. 1915, nella cui massima si legge che "per andare esente da responsabilità ex 2051 c.c. per la P.A., si deve riguardare non solo e non tanto all'estensione dei beni o alla possibilità di un effettivo controllo su di essi, quanto piuttosto alla causa concreta (natura e tipologia) del danno. Se, infatti, quest'ultimo è stato determinato da cause intrinseche alla cosa (come il vizio costruttivo o manutentivo), l'amministrazione ne risponde ex art. 2051 c.c.; per contro, ove l'amministrazione – sulla quale incombe il relativo onere – dimostri che il danno sia stato determinato da cause estrinseche alla cosa (perdita o abbandono di oggetti sulla pubblica via), non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione, essa è liberata dalla responsabilità ex art. 2051 c.c." Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2008, n. 20427, *cit.*.

Allora, “la responsabilità civile da custodia ex art. 2051 c.c. non rimane in modo automatico esclusa in ragione dell'estensione della rete viaria e dell'uso da parte della collettività, che costituiscono meri indici dell'impossibilità di un corretto esercizio dei poteri di relativo controllo e di vigilanza, la cui ricorrenza va verificata caso per caso dal giudice del merito.”²³⁵

Del medesimo avviso è la sentenza della Cassazione Civile n. 19653 del 2004²³⁶, secondo cui le tre caratteristiche della demanialità del bene, dell'uso diretto da parte della collettività e della sua estensione “non assumono rilevanza alcuna in relazione a situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze del bene demaniale [...], per le quali si configura una responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c.”.

Esse, peraltro, negli altri casi (cioè nelle situazioni di pericolo non immanenti alla struttura del bene), “non escludono per ciò solo l'applicabilità dell'art. 2051 c. c. agli enti pubblici, ma sono solo circostanze che, influenzando sull'espletamento della vigilanza da parte della P. A ., possono svolgere un rilievo ai fini della individuazione del caso fortuito e dunque dell'onere che la P.A., ritenuta applicabile la norma de qua e verificato il nesso causale, deve assolvere per esimersi dalla responsabilità.”

2.5. Dall'impossibilità di custodia, al caso fortuito come assenza di colpa, alla differenziazione delle fonti di pericolo; conoscenza, programmazione e avvertimento dell'ente pubblico come termine finale del fortuito.

Le decisioni esaminate consentono di individuare un altro cambiamento nel cammino evolutivo della giurisprudenza: le suddette caratteristiche (estensione, modalità d'uso ecc.), rilevano (con le dovute cautele e precisazioni) non più – come spesso si ripeteva in precedenza – perché palesano l'impossibilità di custodia dell'ente, quindi l'inapplicabilità ad esso dell'art. 2051 c.c.; adesso, invece, sono considerate alla stregua di elementi configuranti il caso fortuito.

La richiamata disposizione sarà dunque applicabile, ma con l'operatività della prova liberatoria idonea ad escludere la responsabilità dell'ente²³⁷.

Si tratta della medesima prospettiva tipica di un altro filone giurisprudenziale, molto importante come snodo evolutivo in termini di responsabilità del custode pubblico, sul

²³⁵ Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2012, n. 19758, *Dir. Giust. online*, 2012, 13 novembre.

²³⁶ Cass. civ., sez. III, 01 ottobre 2004, n. 19653, in *Il civilista*, 2012, 1, 24 (s.m.) (con nota di Savoia).

²³⁷ Cfr. Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2013, n. 8935, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

quale è doveroso soffermarsi e che può sintetizzarsi nell'inquadramento del caso fortuito come mancanza di colpa.

In proposito, l'arresto della Cassazione Civile, n. 3651 del 2006²³⁸ è stato rilevante per almeno un paio di motivi.

Da un lato, è stata affermata la natura "aggravata" della responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, in tal modo ricondotta ad una presunzione di colpa, con un "ritorno al passato" rispetto al cammino pretorio, che proprio in quegli anni sembrava assestarsi su una caratterizzazione in termini oggettivi della responsabilità da cose in custodia²³⁹.

Dall'altro lato, è stato confermato quanto già era emerso da altre sentenze: sulla prova del fortuito – che non potendo attenersi ad un fatto interruttivo del nesso di causalità tra danno e cosa in considerazione della ritenuta natura non oggettiva della responsabilità²⁴⁰, deve piuttosto giocarsi sulla mancanza di colpa – incidono i caratteri dell'estensione e dell'uso diretto della cosa da parte della collettività. Essi sono "estranei alla struttura della fattispecie e pertanto non configurabili come presupposti di applicazione della disciplina *ex art. 2051 c.c.*", ma possono servire a dimostrare i "caratteri dell'imprevedibilità e della inevitabilità non superabili con l'adeguata diligenza, come pure l'evitabilità del danno solamente con l'impiego di mezzi straordinari (e non già di entità meramente considerevole)."

Il fortuito, dunque, "emerge sul piano del raffronto tra lo sforzo diligente necessario per prevenire ed evitare l'evento e la condotta mantenuta" ed è vagliato sulla base dei suddetti caratteri.

Emerge evidente la tendenza della giurisprudenza, che negli anni ha enucleato i suddetti caratteri, a considerarli – senza troppa consapevolezza – ora come paradigma di esclusione del rapporto di custodia, ora come indici di caso fortuito, che si rinverrebbe quando il custode provi il proprio contegno diligente.

Così si sovrappongono, o comunque si sfumano alquanto, i contorni tra la custodia, quale criterio d'imputazione e rapporto rilevante per la fattispecie, ed il caso fortuito, quale prova

²³⁸ Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, 2006, 10, I, 2801; *Giur. it.* 2007, 6, 1403 (s.m.) (con nota di Salvatori).

²³⁹ Si è già visto al Cap. IV, parr. 5.2 e 5.3, ai quali si rimanda, il percorso evolutivo della giurisprudenza di legittimità in proposito.

²⁴⁰ Diversamente da quanto diverse sentenze già affermavano, parallelamente al diffondersi (soprattutto dalla fine degli anni Novanta) della tesi sulla natura oggettiva della responsabilità *ex art. 2051 c.c.*

liberatoria del (già identificato) custode: l'una scolora e si appiattisce sull'altro, come conseguenza di un'operazione pretoria non necessariamente consapevole²⁴¹.

In ogni caso, si osservi come tanto l'indirizzo che dalle caratteristiche del bene fa discendere l'impossibilità di custodia e quindi l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 2051 c.c., quanto quello da ultimo analizzato, secondo cui dette caratteristiche sono indizi utili a fornire prova del fortuito quale diligente sforzo necessario del custode, si fondano sulla considerazione della natura soggettiva della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. e, più in generale, sulla possibilità di dimostrare di non aver potuto evitare il danno, o per non essere stato l'ente pubblico custode del bene, ovvero per aver esso profuso tutti gli sforzi di vigilanza e manutenzione possibili.

Più recentemente, su quest'ultimo aspetto si erano concentrate diverse pronunce: non necessariamente richiamandosi alle caratteristiche del bene in custodia, un filone giurisprudenziale ha inquadrato il caso fortuito come ipotesi liberatoria del custode pubblico basata sulla sua diligenza e non colpevolezza, a prescindere dall'essersi il fatto dannoso verificato a causa di una anomalia del manto stradale di una struttura viaria, strada o piazza che sia, di cui l'ente sia custode²⁴².

Secondo la sentenza n. 24529 del 2009 della Corte di Cassazione²⁴³ “agli enti pubblici proprietari di strade aperte al pubblico transito è applicabile l'art. 2051 c.c. in riferimento alle situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, indipendentemente dalla sua estensione”²⁴⁴; tuttavia, sebbene per le strade aperte al traffico sia configurabile la responsabilità per l'ente pubblico “una volta accertato che il fatto dannoso si è verificato a causa di un'anomalia della strada stessa”, il custode potrà

²⁴¹ A tal proposito, si consideri, *ex aliis*, Cass. civ., 5 novembre 2013, n. 24793, in *Dir. Giust. online*, 2013, la quale afferma che spetta all'ente proprietario provare di aver diligentemente assolto agli oneri di organizzazione dell'attività di sorveglianza per garantire la sicurezza dell'uso della strada, “comprese le opportune indicazioni di attenzione nel caso di dislivelli accentuati della pavimentazione, e dell'attività di manutenzione della stessa onde eliminare le anomalie più pericolose e prevedibili in ragione del materiale di rivestimento, quale il basolato, per sua natura non regolare e stabile, potenziando di conseguenza diligentemente anche l'illuminazione notturna e la pulizia della strada onde consentirne la visibilità.” Gli Ermellini hanno altresì aggiunto come sia contestualmente onere della danneggiata provare (“soprattutto se a conoscenza dello stato dei luoghi”) la sua diligenza al momento della fruizione della strada, considerando anche il momento di verifica dell'infortunio (si trattava di un'ora notturna) ed “avuto riguardo anche al tipo di calzatura quella sera indossata, in applicazione del principio secondo cui la cosa intrinsecamente pericolosa assume tanto minore efficienza causale dell'evento quanto più il possibile pericolo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato.”

²⁴² Cfr. Cass. civ., sez. III, 06 novembre 2012, n. 19154, *cit.*,

²⁴³ Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24529, in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, p. 1399.

²⁴⁴ Secondo la Suprema Corte, inoltre, la responsabilità da cosa in custodia presuppone “che il soggetto al quale la si imputa sia in grado di esplicitare riguardo alla cosa stessa un potere di sorveglianza, di modificarne lo stato e di escludere che altri vi apportino modifiche.”

andare esente da responsabilità dimostrando “di non avere potuto far nulla per evitare il danno”. Così, una situazione improvvisa che esula dalle sue possibilità di sorveglianza integra il caso fortuito²⁴⁵.

Tuttavia, una simile concezione sulla possibilità di liberazione da responsabilità lascia già trasparire l'influenza della tesi oggettivistica sulla natura dell'ipotesi di cui all'art. 2051 c.c., anche con riguardo agli enti pubblici.

I tentativi di ritorno al passato non hanno potuto cancellare un cammino evolutivo giurisprudenziale che manifesta chiaramente un punto di non ritorno nell'inquadramento della responsabilità da cose in custodia come ipotesi di responsabilità oggettiva e che vede nel caso fortuito un evento che elimina il nesso causale tra *res* e danno, piuttosto che una dimostrazione di non colpevolezza.

Per rimediare alla situazione di incertezza poc'anzi descritta, si inizia allora a diffondere presso i giudici di legittimità un indirizzo interpretativo per così dire “mediano”, largamente condiviso, che sembrerebbe distinguere, ai fini della configurazione della responsabilità ex art. 2051 c.c. in capo al custode pubblico, tra tipologie di beni, facendo da questi dipendere anche l'eventuale rilevanza del contegno del custode. L'effetto che ne discende è la formulazione di un principio di diritto non interamente ed esattamente riconducibile alla tesi della responsabilità oggettiva, ma neanche a quella (presuntiva) per colpa.

Difatti, l'indirizzo in esame precisa l'opportunità di distinguere tra: le situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, per le quali il custode pubblico certamente risponde ex art. 2051 c.c.²⁴⁶; quelle provocate dagli stessi utenti, che esonerano da responsabilità il custode solo in quanto estranee alla sua sfera di custodia ed al suo comportamento; “le repentine e non specificatamente prevedibili alterazioni dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possano essere rimosse o segnalate, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere.”²⁴⁷

²⁴⁵ Specificano gli ermellini, nella sentenza appena presa in esame (Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24529, *cit.*) che l'ipotesi in cui l'ente proprietario non può far nulla è quella in cui la situazione che provoca il danno si determina “non come conseguenza di un precedente difetto di diligenza nella sorveglianza della strada ma in maniera improvvisa, atteso che solo quest'ultima (al pari della eventuale colpa esclusiva dello stesso danneggiato in ordine al verificarsi del fatto) integra il caso fortuito previsto dall'art. 2051 c.c., quale scriminante della responsabilità del custode.”

²⁴⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 21 settembre 2012, n. 16057, in *Dir. e giust. online*, 2012, 24 settembre.

²⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, in *Guida al diritto* 2009, 21, 77 (s.m). In tal senso si esprime anche Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2009, n. 20754, in *Redazione Giuffrè* 2009.

Ebbene, in tutte e tre le suddette ipotesi riemerge, in maniera incisiva e inequivocabile, l'attività del custode come chiave interpretativa e presenza ineludibile ai fini dell'accertamento della responsabilità, al di là dell'inquadramento in termini oggettivi o meno.

Nel primo caso, essa è insita nella riconducibilità al custode delle "situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada".

La seconda ipotesi sembrerebbe descrivere esattamente il fortuito come evento del tutto estraneo alla sfera del custode ed al suo comportamento²⁴⁸, sicché la sua incidenza sul solo danno-evento conduce a far ritenere insussistente l'elemento dell'attività esercitabile dalla P.A. sulla *res*. Queste prime due situazioni parrebbero essere collocate nell'alveo delle tesi oggettivistiche.

Nel terzo e ultimo caso, al di là del fatto che il riferimento alla non prevedibilità, non facile rimovibilità e segnalabilità delle alterazioni repentine – pur ritenute da vagliare alla luce dei caratteri dell'estensione e dell'utilizzo generale e diretto del bene (che così tornano ad assumere rilevanza) – sembra adombrare in qualche modo un momento valutativo del comportamento del custode, merita di essere segnalata la peculiare accezione del fortuito come "parentesi" o "finestra temporale", i cui margini di operatività sono determinati proprio dall'elemento dell'attività esercitabile, che emerge ancora una volta come rilevante e decisivo.

L'ipotesi di fortuito costituita dalle repentine e imprevedibili alterazioni dello stato della cosa è infatti delimitata dal "difetto del tempo" per l'espletamento dell'attività di controllo. Detta ipotesi termina, con conseguente ripristino della stessa attività esercitabile e, quindi, della responsabilità (anche per altri successivi ipotetici eventi di danno) del custode pubblico, allorquando quest'ultimo, alternativamente: a) venga a conoscenza in maniera autonoma della situazione di pericolosa alterazione della *res*; b) programmi un intervento di riparazione-manutenzione, il che fa logicamente presupporre la conoscenza del pericolo; c) venga avvertito da altri, che tempestivamente segnalino la situazione, "restituendogli" l'onere dell'intervento, quindi la possibilità di esercizio dell'attività di controllo quale elemento identificativo e indicatore della responsabilità.

Ecco dunque che la "parentesi" di fortuito cui si riferisce l'orientamento giurisprudenziale in esame e della quale il custode pubblico sembrerebbe poter beneficiare, "si apre" in suo vantaggio come momento fattuale purtuttavia limitato nel tempo: un evento dannoso che

²⁴⁸ Potendo in ipotesi configurarsi quale fatto del terzo o dello stesso danneggiato.

dovesse verificarsi durante questa “fase parentetica” non potrebbe essere ricondotto alla sua sfera soggettiva – quand’anche intesa come comportamento negligente – fintantoché non possa ritenersi spirato il *terminus ad quem* della fase in questione. L’attività concretamente esercitabile sulla *res* è proprio lo strumento interpretativo che consente l’individuazione del suddetto termine.

Sembrerebbe corroborare la presente tesi la pronuncia²⁴⁹ che ha ritenuto sussistente il caso fortuito in un sinistro occorso ad un automobilista il quale, per evitare un ramo caduto improvvisamente a causa del vento eccezionalmente forte, aveva urtato violentemente contro un albero. Gli alberi posti ai margini della strada in questione, infatti, erano stati da pochi mesi oggetto di potatura, cosicché si ritenne di non poter imputare all’ente gestore della strada la mancata diligenza nella manutenzione. Gli ermellini, in questa occasione, hanno ritenuto “configurabile il caso fortuito, ai fini dell’esonero dalla responsabilità, in presenza di quelle alterazioni repentine e non specificamente prevedibili dello stato della cosa che, *nonostante l’attività di controllo* e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possono essere rimosse o segnalate per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere.”²⁵⁰

Peraltro, secondo un’altra pronuncia²⁵¹ che aderisce a questo orientamento, “ai fini del giudizio sulla prevedibilità o meno della repentina alterazione della cosa, occorre aver riguardo, per quanto concerne i pericoli derivanti da situazioni strutturali e dalle caratteristiche della cosa, al tipo di pericolosità che ha provocato l’evento di danno e che, ove si tratti di una strada, può atteggiarsi diversamente, in relazione ai caratteri specifici di ciascun tratto e agli eventi analoghi che lo abbiano in precedenza interessato.”

Mentre in precedenza i giudici esplicitamente vagliavano la possibilità di custodia, facendola discendere dalle caratteristiche della cosa ed escludendo comunque la

²⁴⁹ Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22385, in *Dir. Giust. online*, 2012, 10 dicembre.

²⁵⁰ Il corsivo nella massima è nostro. Conforme a questa pronuncia è quella di Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15720, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, secondo cui “la disciplina di cui all’art. 2051 c.c. è applicabile, in relazione alle strade aperte al pubblico transito, in riferimento alle situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, essendo peraltro configurabile il caso fortuito in relazione a quelle provocate dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l’attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere. Ai fini del giudizio sulla prevedibilità o meno della repentina alterazione della cosa occorre aver riguardo, per quanto concerne in particolare i pericoli derivanti da situazioni strutturali e dalle caratteristiche della cosa medesima, al tipo di pericolosità che ha provocato l’evento di danno che, ove si tratti di una strada, può atteggiarsi diversamente, in relazione ai caratteri specifici di ciascun tratto ed agli eventi analoghi che lo abbiano in precedenza interessato”. Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3640, in *Dir. Giust. online*, 2013, 14 febbraio.

²⁵¹ Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2013 n. 14856, *cit.*.

responsabilità in caso di contegno diligente da parte dell'ente proprietario, questo ultimo approdo si serve dei medesimi presupposti, ma li inquadra formalmente nell'alveo del caso fortuito.

Su quest'ultimo elemento, piuttosto che sulla configurabilità o meno della custodia, sembra orientare i giudicanti l'elemento dell'attività esercitabile.

Questa "evoluzione" ermeneutica, non sempre lineare e dunque a tratti poco comprensibile, è stata in realtà sospinta da due "punti di non ritorno" che il cammino giurisprudenziale ha raggiunto: da un lato, l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. agli enti proprietari dei beni pubblici come regola generale²⁵²; dall'altro, l'ormai affermata natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia anche con riguardo al custode pubblico²⁵³, sebbene per quest'ultimo essa sia stata affermata ben più tardi rispetto alle ipotesi di custode privato²⁵⁴.

L'affermarsi della responsabilità oggettiva anche con riguardo al custode pubblico consente di guardare in maniera più agevole e coerente ad un'impostazione applicativa il cui elemento invariante – ovvero sia l'attività esercitabile – era però già presente *in nuce* nella fase del cammino giurisprudenziale in cui era prevalente l'orientamento colpevolistico.

Quest'ultimo, peraltro, non ha ceduto il testimone alle tesi oggettivistiche con una cesura netta, come dimostrato da un inquadramento alquanto "complicato" del caso fortuito, che ancora adombra la considerazione e la valorizzazione, più o meno velata, del comportamento esigibile del custode pubblico²⁵⁵, configurandosi come un ibrido tra l'inesigibilità della custodia, la diligenza del custode e il fattore causale autonomo.

²⁵² Ma non mancano le eccezioni, che manifestano la persistenza di un orientamento minoritario sul punto: cfr. Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2005, n. 14749, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7-8, che è tornata a sostenere l'inapplicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A. per la mera sussistenza, in ipotesi di beni demaniali quali le strade pubbliche (e con l'eccezione delle autostrade, "per loro natura destinate alla percorrenza veloce in condizioni di sicurezza, cui si è ammessi dietro pagamento di un corrispettivo"), della caratteristica dell'utilizzazione generale e diretta da parte di terzi, poiché in questi casi non è possibile un efficace controllo ed una costante vigilanza, tali da impedire l'insorgere di cause di pericolo per i cittadini. Tuttavia, è indubbio l'ormai irreversibile cambiamento di prospettiva: l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A. è ormai divenuta la tesi maggioritaria.

²⁵³ Ribadendo che la responsabilità del custode di cui all'art. 2051 c.c. costituisce un'ipotesi di responsabilità oggettiva e non di colpa presunta, Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2008, n. 20427, *cit.*, ha chiarito che, per ottenere il risarcimento da parte del custode, il danneggiato deve dimostrare unicamente l'esistenza del danno e la sua derivazione causale dalla cosa. "Al custode, per contro, per andare esente da responsabilità, non sarà sufficiente provare la propria diligenza nella custodia, ma dovrà provare che il danno è derivato da caso fortuito."

²⁵⁴ Come se fosse implicita una deroga per il "custode pubblico" nella formulazione della norma.

²⁵⁵ Cfr. Cass. civ., sez. III, 19 novembre 2009, n. 24419, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, p. 1606. Ancora, Cass. civ., sez. VI, 17 settembre 2013, n. 21233, in *Dir. Giust. online*, 2013, 18 settembre, ha ritenuto sussistente il

Paradigma evidente di quanto appena osservato è la pronuncia della Suprema Corte²⁵⁶ che, decidendo il caso di un infortunio occorso ad una donna, rovinata a terra a causa di una buca, ha cassato la decisione dei giudici del merito, che avevano escluso la responsabilità del Comune con l'erronea motivazione che la rete stradale, per estensione e modalità d'uso, era oggetto di una utilizzazione generale e diretta da parte dei cittadini, con conseguente impossibilità, per l'ente proprietario, di esercitare un effettivo potere di vigilanza e custodia sul bene.

La sentenza in questione ha chiarito che se un ente proprietario di una strada ne ha la disponibilità “in vario modo regolamentandone le condizioni di fruizione e incidendo sulle stesse”, allora esso ha lo *status* di custode: e ciò determina, in via di principio, la sua soggezione al regime di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.: “chi ne invoca l'applicazione, ha l'onere soltanto di dimostrare l'evento dannoso nonché il nesso di causalità tra la cosa e la sua verificaione”.

Ancora una volta è l'attività esercitabile²⁵⁷ a fornire la chiave per risolvere il momento applicativo della fattispecie. Il meccanismo interpretativo da essa fornito, dopo gli approdi ormai raggiunti, rimane ineliminabile strumento per l'accertamento della responsabilità; inoltre, la *ratio decidendi* delle pronunce finisce per essere ineludibilmente orientata in termini oggettivi, laddove sono al più le declamazioni di principio, prive di concreta portata ermeneutica, ad oscillare tra l'affermata natura colposa ovvero oggettiva di responsabilità.

Così, non sorprende che certa giurisprudenza di legittimità, dapprima espressamente aderendo alla tesi sulla natura oggettiva della responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, sembri poi operare un *revirement* inconsapevole nell'ambito dello stesso provvedimento.

caso fortuito in un sinistro occorso ad un guidatore che aveva urtato un bidoncino lasciato da altro utente sulla strada, ma della cui presenza l'ente gestore della strada non era stato informato, riaffermando che “rispetto alle strade aperte al pubblico transito, la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. è applicabile in riferimento alle situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, mentre è configurabile il caso fortuito in relazione a quelle situazioni provocate dagli stessi utenti, ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa, che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere.”

²⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 2094, in *Dir. Giust.*, 2013, 30 gennaio.

²⁵⁷ Veicolata dal riferimento testuale all'incidenza sulla regolamentazione delle condizioni di fruizione della *res*.

È stato infatti sostenuto dagli ermellini, nella sentenza n. 8229/2010²⁵⁸, che la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. “prescinde dall'accertamento sia del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode”, sia della pericolosità della cosa; pertanto, essa “non esige, per essere affermata, un'attività o una condotta colposa del custode, di talché, in definitiva, il custode negligente non risponde in modo diverso dal custode perito e prudente, se la cosa ha provocato danni a terzi.”²⁵⁹ Pertanto, solo il caso fortuito, che è “qualificazione incidente sul nesso causale e non sull'elemento psicologico dell'illecito”, può escludere la responsabilità del custode.

Fin qui risulterebbe una chiara adesione all'impostazione oggettivistica. Sennonché, la medesima pronuncia – al punto successivo – specifica che, nelle ipotesi in cui siano convenuti in qualità di custodi gli enti proprietari o concessionari di strade o comunque di beni demaniali aperti all'uso di un numero indifferenziato di utenti, “una volta accertato che il fatto dannoso si è verificato a causa di una anomalia della strada stessa, è comunque configurabile la responsabilità dell'ente pubblico custode, salvo che quest'ultimo non dimostri di non avere potuto far nulla per evitare il danno”: viene riportata l'attenzione sulla (im)possibilità per l'ente di evitare il danno, con ciò alludendosi – più o meno consapevolmente – ad un suo contegno diligente e tornando, di fatto, all'impostazione che considera caso fortuito la prova dell'assenza di colpa del fortuito, anche se in linea teorica si afferma il contrario.

Ne deriva, conseguentemente, la formulazione di un principio di diritto “ibrido”, secondo il quale “agli enti proprietari di strade aperte al pubblico transito è dunque applicabile la disciplina di cui all'art. 2051 c.c., con riferimento alle situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, essendo peraltro configurabile il caso fortuito in relazione a quelle provocate dagli stessi utenti, ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere”.

²⁵⁸ Vedi Cass. civ., sez. III, 07 aprile 2010, n. 8229, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 503; Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Giust. civ.*, 2008, 9, I, p. 1909; Cass. civ., sez. III, 05 dicembre 2008, n. 28811, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, p.1740.

²⁵⁹ Cfr. in tal senso anche Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, *cit.*

Su detto giudizio incidono i “caratteri specifici di ciascun tratto” e “le circostanze che ne connotano l'uso da parte degli utenti”²⁶⁰, con un ritorno alla considerazione della qualità della *res* ed alle modalità d'uso della stessa.

Invero, in definitiva la decisione ha censurato, non condividendolo, “l'approccio del giudice di merito il quale [aveva] apoditticamente ritenuto precluso, in relazione alla rete stradale comunale, in quanto oggetto di una utilizzazione generale e diretta, da parte dei cittadini, il concreto esercizio dei poteri di vigilanza e custodia da parte dell'ente proprietario.”

Sorge allora il ragionevole dubbio che il *decisum* sia fondato su una considerazione in termini stringenti dei caratteri del bene e conseguentemente della possibilità di controllo da parte dell'ente proprietario, quale estrinsecazione dell'invariante “attività esercitabile”; nei fatti, sono le tesi oggettivistiche ad aver orientato il giudizio della Corte, che ha ritenuto l'ente pubblico assoggettato al regime di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., con conseguente onere, per il danneggiato che ne invoca l'applicazione, di dimostrare solo l'evento dannoso e il nesso di causalità con la cosa.

Il riferimento alla possibilità per l'ente di provare “di non avere potuto far nulla per evitare il danno” e di non aver potuto rimuovere o segnalare l'alterazione dello stato della cosa, “nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata”, rimarrebbero, in conclusione, meri residui di una concezione di “privilegio” per il custode pubblico, ma si ritroverebbero declassati al rango di *obiter dictum*. Essi non risultano aver avuto rilevanza alcuna nell'effettiva *ratio decidendi*, la quale è stata orientata non già ad individuare ciò che il custode diligentemente ha fatto, ma, più prosaicamente, se la situazione di fatto concretamente rientrasse o meno nell'alveo dell'attività (di controllo, manutenzione, rimozione delle situazioni di pericolo) effettivamente esercitabile dal custode.

2.6. Fatto del danneggiato e caso fortuito: tra causalità e limiti di colpevolezza in caso di res periculosa.

Proprio nell'ottica suddetta, anzi, quasi come suo inevitabile effetto “di ritorno” e “di assestamento” interpretativo, può essere letta la recente diffusione, per un verso, di decisioni che affermano sussistente la responsabilità della P.A. per i beni di sua proprietà, siano essi anche di notevole estensione e di utilizzazione generale e diretta; per altro verso, di casi in cui è considerato rilevante il caso fortuito non tanto quando vi sia

²⁶⁰ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2011, n. 23562, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, p. 1589; Cass. civ., 3 aprile 2009, n. 8157, *cit.*

un'impossibilità concreta di custodia, né tantomeno quando si ritenga inesigibile un ulteriore sforzo di diligenza da parte del custode, bensì laddove rivesta particolare rilievo la condotta del danneggiato che sia idonea ad incidere sul fatto a tal punto da recidere il nesso causale tra *res* ed evento ed a costituire causa autonoma ed esclusiva del danno.

Non si tratta di un indirizzo nuovo, essendo un punto fermo, nelle ricostruzioni della giurisprudenza, la circostanza che anche il fatto del danneggiato può integrare un'ipotesi di caso fortuito.

La nuova prospettiva²⁶¹ risiede, piuttosto, nella sempre più diffusa ricorrenza statistica, con conseguente aumento in termini numerici, delle decisioni il cui esito è influenzato da una particolare attenzione dei giudicanti per il comportamento del danneggiato, anch'esso vagliato in termini causalistici, mentre si omette di riferirsi al custode e alla sua eventuale diligenza.

Il caso fortuito è inteso in termini oggettivi; rimanendo fedeli a tale prospettiva ermeneutica, i giudici di legittimità si orientano sempre di più nel considerare l'idoneità della condotta del danneggiato a costituire la causa dell'evento. Quando essa dovesse risultare solo una concausa, concorrendo con la cosa nella verifica del danno, allora essa varrà a diminuire il risarcimento *ex art. 1227 c.c.*

In proposito, i giudici di Piazza Cavour, con riguardo ai danni derivanti dall'uso di un bene demaniale, hanno osservato nella sentenza n. 1310 del 2012 che “l'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato esclude la responsabilità della P.A., qualora si tratti di un comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno ed il danno stesso, mentre in caso contrario esso integra un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante in proporzione all'incidenza causale del comportamento stesso.”²⁶²

²⁶¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2011, n. 23562, *cit.* ma di recente si registrano molte pronunce in tal senso: si segnalano, *ex multis*, Cass. civ., sez. VI, 18 dicembre 2015, n. 25594, in *Dir. Giust.*, 2015, 18 dicembre, secondo cui “allorché venga accertato [...] che la situazione di possibile pericolo, comunque ingeneratasi, sarebbe stata superabile mediante l'adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, deve escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell'evento, e ritenersi, per contro, integrato il caso fortuito”; anche Cass. civ., sez. VI, 24 settembre 2015, n. 18903, in *Dir. Giust.*, 2015, 24 settembre; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2015, 6, p. 1986, ha formulato il medesimo principio di diritto, escludendo il risarcimento in favore di una donna per il sinistro causato da una striscia antiscivolo parzialmente scollata, situata sulla rampa posta lateralmente alle scale condominiali, in ragione della negligente condotta della danneggiata che, quale abitante del palazzo, aveva percorso, in ora serale e in zona poco illuminata, la rampa adiacente una scalinata spingendo un carrozino con un bambino, parlando contemporaneamente con il marito che scendeva le adiacenti scale.

²⁶² Cass. civ., sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1310, in *Dir. Giust. online*, 2012, 2 febbraio.

La condotta del danneggiato, quindi, è intesa nella sua oggettività e idoneità ad incidere causalmente sulla produzione dell'evento.

In applicazione del suddetto principio di diritto, la Corte ha escluso la responsabilità dell'ente, in quanto l'insidioso avvallamento che secondo il danneggiato era privo di idonea segnalazione e costituiva un pericolo per gli utenti della strada non era altro che un'ordinaria griglia per lo scarico delle acque piovane; non era quindi ipotizzabile la lesione dell'aspettativa alla regolarità del manto stradale ed all'uomo sarebbe bastata l'ordinaria diligenza nel percorrere la strada per evitare la caduta.

In tema di danno da insidia stradale, la sentenza di legittimità n. 287 del 2015²⁶³ ha cassato con rinvio la decisione che aveva ritenuto responsabile l'ente proprietario *ex art. 2051 c.c.*, senza tuttavia tener conto che, attese le circostanze del caso e le caratteristiche della cosa²⁶⁴, il comportamento imprudente del danneggiato²⁶⁵ aveva avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno. Gli ermellini hanno all'uopo chiarito che “in tema di danno da insidia stradale, quanto più la situazione di pericolo connessa alla struttura o alle pertinenze della strada pubblica è suscettibile di essere prevista e superata dall'utente-danneggiato con l'adozione di normali cautele, tanto più rilevante deve considerarsi l'efficienza del comportamento imprudente del medesimo nella produzione del danno, fino a rendere possibile che il suo contegno interrompa il nesso eziologico tra la condotta omissiva dell'ente proprietario della strada e l'evento dannoso.”²⁶⁶

Ancora, di recente i giudici di legittimità, nella sentenza n. 56 del 2016²⁶⁷, ribadendo che la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo, hanno precisato che “è sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia: una volta provate queste circostanze, il custode, per escludere la sua responsabilità, ha

²⁶³ Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2015, n. 287, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

²⁶⁴ Si trattava di una strada di natura interpoderale, peraltro priva di pericoli nella fascia centrale della carreggiata.

²⁶⁵ Il conducente del ciclomotore era risultato viaggiare ad una velocità non moderata, in discesa e in corrispondenza di una strettoia e di una semicurva; inoltre, veniva trasportato un passeggero, nonostante il ciclomotore fosse omologato per una sola persona.

²⁶⁶ Vedi anche la conforme Cass. civ., sez. VI, 18 dicembre 2015, n. 25594, *cit.*, che ha escluso il risarcimento in favore del ricorrente, un professore caduto all'interno di una scuola a causa del pavimento bagnato e viscido per via di detersivi utilizzati nella pulizia da parte dei bidelli, evidenziando come “ai sensi dell'art. 2051 c.c., allorché venga accertato, anche in relazione alla mancanza di intrinseca pericolosità della cosa oggetto di custodia, che la situazione di possibile pericolo, comunque ingeneratasi, sarebbe stata superabile mediante l'adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, deve escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell'evento, e ritenersi, per contro, integrato il caso fortuito.”

²⁶⁷ Cass. civ., sez. VI, 07 gennaio 2016, n. 56, in *Dir. Giust. online*, 2016, 7 gennaio.

l'onere di provare il caso fortuito, ossia l'esistenza di un fattore estraneo che, per il suo carattere di imprevedibilità e di eccezionalità, sia idoneo ad interrompere il nesso causale.” La Corte ha altresì chiarito che “nei casi in cui il danno non sia effetto di un dinamismo interno alla cosa, scatenato dalla sua struttura o dal suo funzionamento, ma richieda che l'agire umano, ed in particolare quello del danneggiato, si unisca al modo di essere della cosa, essendo essa di per sé statica e inerte, per la prova del nesso causale occorre dimostrare che lo stato dei luoghi presentava un'obiettiva situazione di pericolosità, tale da rendere molto probabile, se non inevitabile, il danno”: in applicazione di detto principio, è stato escluso il risarcimento in favore del danneggiato, che era caduto da un gradino di una scaletta di ferro che consentiva la discesa a mare, atteso che il fatto che sugli ultimi scalini non fossero state applicate strisce antiscivolo non era incompatibile con una struttura degli stessi di per se predisposta per evitare di scivolare²⁶⁸.

Le sentenze passate in rassegna chiariscono con evidenza l'impostazione oggettivistica: non si guarda a ciò che il custode avrebbe dovuto fare; inoltre, il comportamento del danneggiato è considerato nella sua incidenza causale all'interno della sequenza evenemenziale, al fine di valutarne l'idoneità a recidere il nesso tra cosa e danno, o ad attenuarlo ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Emblematica, in tal senso, è la sentenza²⁶⁹ che ha ritenuto di escludere la responsabilità del custode in presenza di un “comportamento imprudente della vittima che, pur potendo prevedere con l'ordinaria diligenza una situazione di pericolo dipendente dalla cosa altrui, vi si esponga volontariamente.”²⁷⁰

Anche la recente sentenza n. 4661 del 2015²⁷¹ ha escluso la responsabilità dell'Ente per i danni occorsi ad un guidatore che, entrando in una buca presente sulla strada, aveva rotto il motore, atteso che la responsabilità del danno era attribuibile all'esclusiva colpa del guidatore, che, pur avendo percepito l'esistenza di un'enorme massa d'acqua sulla strada, non aveva fermato la marcia, entrando invece nella buca e integrando in tal modo, con la propria condotta, un'ipotesi di caso fortuito.

²⁶⁸ Peraltro, la corte territoriale aveva anche accertato che il particolare luogo in cui era avvenuto l'infortunio richiedeva da parte dei fruitori una particolare attenzione ad esso adeguata.

²⁶⁹ Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2012, n. 22898, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 12, p. 1415.

²⁷⁰ Nella specie, un medico in servizio in un ospedale aveva invocato la responsabilità *ex art.* 2051 c.c. nei confronti dell'azienda datrice di lavoro, allegando di avere riportato lesioni in conseguenza di un caduta causata allorquando, in ora notturna, era inciampato nella coperta sporgente da uno dei letti di degenza, sistemati in un corridoio scarsamente illuminato; la Corte, affermando il principio di cui alla massima, ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità della Asl.

²⁷¹ Cass. civ., sez. VI, 09 marzo 2015, n. 4661, in *Dir. Giust. online*, 2015, 10 marzo.

Secondo gli ermellini, infatti, “all’obbligo di custodia fa pur sempre riscontro un dovere di cautela da parte di chi entri in contatto con la cosa; sicché, quando la situazione di possibile pericolo comunque ingeneratasi sarebbe stata superabile mediante l’adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, può allora escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell’evento.”²⁷²

Dalle sopracitate decisioni emerge, come nuova frontiera della rilevanza del comportamento del danneggiato, il tramonto del principio di autoresponsabilità.

Esso, pur non espressamente consacrato dalla legge, era stato ancorato dalla dottrina all’art. 1227 c.c.²⁷³ ed inteso nel senso di imporre ai consociati un generale dovere di diligenza e attenzione nello svolgimento delle attività ordinarie, adottando le cautele necessarie ad evitare (o quantomeno a ridurre) le possibilità di verificazione di eventi dannosi²⁷⁴.

Ruolo centrale riveste la “colpa del danneggiato”, cui si riferisce la disposizione suddetta e che andrebbe intesa, secondo l’impostazione tradizionale, nella sua accezione di condotta “qualificata” della vittima: essa consisterebbe in una violazione di obblighi giuridici, quindi si paleserebbe come negligente o imprudente e come tale idonea ad imporre a un soggetto di “riparare [...] da sé alle conseguenze dannose che un suo proprio atto cagiona al suo patrimonio”²⁷⁵.

Il principio di autoresponsabilità costituiva il diretto precipitato del dovere di solidarietà consacrato dall’art. 2 Cost., nonché la giustificazione dell’idea per cui ogni consociato era tenuto a rispondere delle conseguenze pregiudizievoli della propria condotta malaccorta, anche laddove dannose per sé stesso. Il suo fondamento era individuato nella finalità di prevenzione; lo stesso sotteso all’art. 2043 c.c., che ammonisce i consociati delle conseguenze risarcitorie derivanti da comportamenti non diligenti che dovessero arrecare danno agli altri.

In quest’ultima ricostruzione emerge una *ratio* quasi paternalistica, volta a punire – negandogli il risarcimento – un soggetto poco prudente e, per questo, colpevole. “L’autoresponsabilità costituirebbe un mezzo per indurre anche gli eventuali danneggiati a

²⁷² Cfr., nello stesso senso, anche Cass. civ., sez. VI, 24 settembre 2015, n. 18903, *cit.*

²⁷³ Ritenuto applicabile, *ex art.* 2056 c.c., anche all’illecito aquiliano.

²⁷⁴ Cfr., su tutti, l’autorevole ricostruzione del principio, con l’esplicitazione dei motivi volti a suffragarne l’operatività nell’ordinamento, svolta da S. PUGLIATTI, voce *autoresponsabilità*, *cit.*, *passim*, cui si rimanda per un’approfondita e risalente bibliografia sul punto.

²⁷⁵ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1957, Vol. I, p. 210.

contribuire, insieme con gli eventuali responsabili alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirli.”²⁷⁶

Ad essa si era anche autorevolmente richiamata la Corte Costituzionale nella sentenza n. 156 del 1999²⁷⁷, ritenendo gli utenti “gravati di un onere di particolare attenzione nell'esercizio dell'uso ordinario diretto del bene demaniale per salvaguardare appunto la propria incolumità”.

Tuttavia, più recentemente la suddetta idea è stata gradualmente abbandonata. Pur prendendo in considerazione il comportamento di un soggetto, la valutazione si è orientata all'obiettiva sequenza evenemenziale, verificando l'eventuale incidenza causale della condotta (esclusiva o concorrente) sulla stessa, in una prospettiva eziologicamente orientata.

La nuova impostazione inquadra la regola di cui all'art. 1227 c.c. non più come esplicitazione del principio di autoresponsabilità²⁷⁸, bensì quale corollario del principio di causalità: il danno è imputabile al danneggiante e risarcibile, a meno che il comportamento della vittima²⁷⁹ non generi un apporto tale da essere ritenuto causa esclusiva o concorrente del danno, con conseguente esclusione o limitazione del diritto al risarcimento.

Ciò in quanto non può farsi carico al danneggiante di quella porzione di danno a lui non riconducibile eziologicamente.

Un simile approccio, oggettivo e causalmente orientato, è stato espressamente condiviso e legittimato dal noto arresto della Cassazione Civile, n. 15383 del 2006²⁸⁰, che ha chiarito come “la colpa, cui fa riferimento l'art. 1227 c.c., va intesa non nel senso di criterio di imputazione del fatto (perché il soggetto che danneggia se stesso non compie un atto illecito di cui all'art. 2043 c.c.), bensì come requisito legale della rilevanza causale del fatto del danneggiato.”

²⁷⁶ Così Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2006, n. 15383, *cit.*

²⁷⁷ Detta sentenza n. 156 del 10 maggio 1999 ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 2043, 2051 e 1227 c.c., comma 1, in rapporto agli artt. 3, 24 e 97 Cost., sulla base del fatto che, come era stato sottolineato in altre sentenze, “la notevole estensione del bene e l'uso generale e diretto da parte del terzi costituiscono meri indici dell'impossibilità del concreto esercizio del potere di controllo e di vigilanza sul bene medesimo.”

²⁷⁸ Per come, pur non esplicitamente normativizzato, era stato ritenuto immanente nell'ordinamento e desumibile, in via interpretativa, dall'art. 1227 c.c., letto specularmente rispetto all'art. 2043 c.c. ed “illuminato” dall'art. 2 Cost., che aveva consacrato il dovere di solidarietà.

²⁷⁹ Sia esso commissivo od omissivo.

²⁸⁰ Sez. III, 6 luglio 2006: il testo integrale è rinvenibile in *Banca Dati De Jure*.

La regola di cui all'art. 1227 c.c. diviene “espressione del principio che esclude la possibilità di considerare danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso”²⁸¹.

Conseguentemente, dal superamento della teoria del principio autoreponsabilità deriva che la colpevolezza del creditore-danneggiato è guardata come “unico elemento di selezione dei vari possibili comportamenti” se ed in quanto idonea a provocare il danno²⁸².

Stante il generico richiamo da parte dell'art. 1227 c.c., alla colpa del creditore danneggiato, valutata nella sua idoneità causale ad escludere la responsabilità del danneggiante rispetto all'evento lesivo, potrà quindi sussistere in ipotesi di violazione tanto di un preciso obbligo giuridico, quanto della generica norma comportamentale di diligenza²⁸³.

Inoltre, il comportamento colposo (commissivo od omissivo) del danneggiato potrà concorrere nella produzione del danno, limitando così l'obbligo risarcitorio del danneggiante; ovvero potrà escludere in radice il rapporto di causalità del danno con le cause precedenti, quindi anche il risarcimento del danno, rivelandosi da solo sufficiente a determinare l'evento.

I Giudici di Piazza Cavour, mostrando di condividere pienamente la tesi appena esposta nella sentenza in commento, hanno formulato il seguente principio di diritto: “tanto in ipotesi di responsabilità oggettiva della P.A. *ex art. 2051 c.c.*, quanto in ipotesi di responsabilità della stessa *ex art. 2043 c.c.*, il comportamento colposo del soggetto danneggiato nell'uso di bene demaniale (che sussiste anche quando egli abbia usato il bene demaniale senza la normale diligenza o con affidamento soggettivo anomalo) esclude la responsabilità della p.a., se tale comportamento è idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno e il danno stesso, integrando, altrimenti, un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c. comma 1, con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante in proporzione all'incidenza causale del comportamento del danneggiato”.

L'importanza della pronuncia, dunque, rileva su un duplice piano: da un lato è stato enunciata l'interpretazione dell'art. 1227 c.c. come manifestazione del principio di

²⁸¹ Così Cass. civ. 15383, *cit.*. Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 26 aprile 1994, n. 3957, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 560; Cass. civ., sez. III, 08 maggio 2003, n. 6988, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

²⁸² E ciò, prosegue la Corte, “qualunque possa essere l'interpretazione dell'obbligo giuridico, cui si richiama l'art. 41 c.p.c., comma 2, allorché il danno trovi la sua causa nel comportamento omissivo di altro soggetto.”

²⁸³ E si parlerà di colpa specifica nel primo caso; di colpa generica nel secondo. Cfr., in proposito, l'importante arresto di Cass. civ., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, p. 632, la quale ha precisato che la colpa del danneggiato può dirsi integrata in ipotesi sia di violazione di un obbligo giuridico, sia di violazione di una generica norma comportamentale di diligenza (e si parlerà in tal caso di colpa generica, appunto). Ciò in quanto parametro di riferimento sono i doveri di solidarietà sociale e di comportamento secondo correttezza.

causalità piuttosto che di autoresponsabilità in senso paternalistico-punitivo; dall'altro viene affermata la natura oggettiva della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., anche con riferimento ai beni demaniali.

Invero, i due piani sono strettamente connessi e interdipendenti: come la responsabilità per danni da cose in custodia ha natura oggettiva, allo stesso modo deve essere orientata la valutazione del comportamento del danneggiato.

L'indirizzo interpretativo autorevolmente suffragato dal provvedimento n. 15383 del 2006 si è rivelato in seguito prevalente²⁸⁴, come la rassegna giurisprudenziale al paragrafo precedente dimostra, così che il tramonto del principio di autoresponsabilità può dirsi ormai quasi definitivo²⁸⁵.

Ad abundantiam, manifesta l'adesione al principio di causalità la sentenza²⁸⁶ che ha evidenziato come "la possibilità per il danneggiato di percepire agevolmente l'esistenza della situazione di pericolo incide sulla concreta configurabilità di un nesso eziologico tra la cosa e il danno, ponendo correlativamente in risalto il rilievo causale attribuibile al comportamento colposo del danneggiato che avrebbe verosimilmente dovuto prestare maggiore attenzione alle condizioni della strada che stava percorrendo"²⁸⁷.

²⁸⁴ Vedi Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2013, n. 23584, in *Banca Dati De Jure*, richiamata poi anche da Cass. civ. n. 2692 del 2014), in cui è stato chiarito che "anche in relazione alla mancanza di intrinseca pericolosità della cosa, [quando] la situazione di possibile pericolo, comunque ingeneratasi, sarebbe stata superabile mediante l'adozione di un comportamento ordinariamente cauto da parte dello stesso danneggiato, potrà allora escludersi che il danno sia stato cagionato dalla cosa, ridotta al rango di mera occasione dell'evento, e ritenersi integrato il caso fortuito".

²⁸⁵ Si esprime in tal senso A. LEONARDI, *Responsabilità della pubblica amministrazione per insidia stradale*, cit., p. 1135, secondo cui "può dirsi ormai ragionevolmente acquisita, almeno da parte della giurisprudenza di legittimità, la convinzione che il concorso di colpa del danneggiato non possa essere inquadrato nell'ambito del principio di autoresponsabilità, così come invece postulato dalla dottrina tradizionale, per imporre ai potenziali danneggiati doveri di attenzione e diligenza e per indurli a contribuire, insieme con gli eventuali responsabili, alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirli, ma vada diversamente collocato nell'ambito del principio di causalità, per cui al danneggiante non può farsi carico di quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile e, per converso, non può essere considerato danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso." Tuttavia, nel lavoro si dà atto di come ancora il principio di autoresponsabilità continui ad essere menzionato, "soprattutto dalle Corti di merito, allo scopo di temperare il più favorevole regime di allegazione e di prova introdotto a favore del preteso danneggiato, utente del bene pubblico, da quella lettura oggettivistica dell'art. 2051 c.c. che vi ravvisa un'ipotesi di presunzione di responsabilità."

²⁸⁶ Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2012, n. 6065, in *Dir. Giust. online*, 2012, 19 aprile.

²⁸⁷ Si trattava di un sinistro causato dalla presenza sul manto stradale di una buca, peraltro segnalata. A parere dei giudicanti, non si poteva evincere che l'utente non fosse stato in grado di percepire l'esistenza della buca, qualora avesse mantenuto un'andatura coerente con le caratteristiche del veicolo da lui steso condotto ed avesse prestato una adeguata attenzione alle condizioni del terreno. Pertanto, si poteva ragionevolmente ritenere che l'evento *de quo* non si sarebbe verificato se, in ottemperanza della apposita segnaletica e nel rispetto del limite di velocità, l'utente non fosse transitato nella fascia della strada ove era presente la buca.

Tuttavia, si evidenzia altresì la necessità che al momento della valutazione giudiziale, oltre alle modalità manifestative del comportamento del danneggiato, vengano tenute “presenti nell'eziologia dell'evento” anche “la natura della cosa e le modalità che ne connotano in concreto e normalmente la fruizione”²⁸⁸.

A tal proposito, emblematicamente i giudici di legittimità²⁸⁹ hanno affermato la necessità di escludere il risarcimento in favore di una donna che era caduta percorrendo il passaggio pedonale di accesso ad una banca, su cui era stato sparso del sale per il ghiaccio, dal momento che la danneggiata, pur essendosi accorta del sale, comunque camminava lungo la rampa senza appoggiarsi al corrimano²⁹⁰.

Così, le caratteristiche della *res* e le modalità di fruizione della stessa, un tempo poste dalla giurisprudenza a fondamento dell'impossibilità di custodia, mantengono certamente rilievo nella configurazione della fattispecie, ma con un nuovo ruolo: rappresentano l'unità di misura (non solo dell'attività esercitabile dal custode, ma anche) della diligenza e della prudenza che il soggetto che entri in contatto con la cosa deve adottare²⁹¹. V'è in tal modo un termine di paragone per la valutazione del comportamento del danneggiato e di una sua eventuale incidenza causale (esclusiva o concorrente) nella verifica del danno.

Tuttavia, occorre rilevare come la necessità di tener conto delle caratteristiche della cosa nel giudizio sul comportamento (diligente o meno) da parte del danneggiato sia stata utilizzata recentemente in maniera non sempre oculata dalla giurisprudenza, che l'ha invocata anche per situazioni di evidente pericolo, in cui è stata ritenuta necessaria una particolare avvedutezza del danneggiato che entra in contatto con la *res*.

Sembrerebbe, infatti, che la valutazione del comportamento del danneggiato in relazione alle caratteristiche della cosa sia stata portata fino a conseguenze – per così dire – estreme: in una prospettiva che, in qualche modo, privilegia la posizione del custode pubblico, pur ritenendo oggettiva la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., si sostiene che, allorquando la cosa sia idonea per la sua pericolosità a cagionar danno, *a fortiori* chi entri in contatto con

²⁸⁸ Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3662, in *Dir. Giust. online*, 2013, 15 febbraio (con nota di Villa).

²⁸⁹ Cass. civ., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 7448, in *Dir. Giust. online*, 2015, 15 aprile.

²⁹⁰ Tale condotta è stata ritenuta integrante quel “fatto imprevedibile per il custode, che legittimamente può fare affidamento su comportamenti esigibili dagli utenti, fatto idoneo a interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento.”

²⁹¹ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 25220, in *Dir. Giust. online*, 2014, 27 novembre, che ha escluso la responsabilità di un Comune per i danni occorsi ad una donna per una caduta da una scalinata “perché, anche a voler ritenere provato il nesso di causalità tra la cosa e l'evento, sussiste caso fortuito costituito dalla condotta non diligente della danneggiata, atteso che l'evento - avvenuto di giorno, su una strada che la danneggiata percorreva per recarsi al lavoro e che presumibilmente conosceva come scalinata di vecchia fattura, con gradino rotto - avrebbe potuto essere evitato con l'ordinaria diligenza.”

essa deve comportarsi diligentemente e prudentemente. Qualora tale diligenza mancasse, il danno sarebbe conseguenza della condotta del danneggiato, idonea ad integrare il caso fortuito; si manifesta così un effetto collaterale dell'impostazione oggettiva e causalistica dell'art. 1227 c.c.

La pericolosità della cosa, allora, risulta direttamente proporzionale alla diligenza che deve impiegare chi entri in contatto con la *res*, laddove i criteri oggettivi di rilevanza causale potrebbero invece far ritenere che la condotta imprudente del danneggiato possa avere incidenza solo nelle ipotesi in cui la cosa non abbia una particolare pericolosità²⁹².

Di questo avviso, tra le altre²⁹³, è la sentenza di legittimità n. 13930 del 2015²⁹⁴, secondo cui “il caso fortuito può essere integrato anche dalla colpa del danneggiato, poiché la pericolosità della cosa²⁹⁵ [...] specie se nota o comunque facilmente rilevabile dal soggetto che entra in contatto con la stessa, impone un obbligo massimo di cautela, proprio poiché il pericolo è altamente prevedibile. E tale prevedibilità con l'ordinaria diligenza è sufficiente ad escludere la responsabilità del custode anche ai sensi dell'art. 2051 c.c.”

Conformemente a quest'ultima pronuncia aveva deciso la Corte con la sentenza n. 23919 del 2013²⁹⁶, escludendo la responsabilità dell'ente per i danni occorsi ad un ragazzo caduto dal motorino a causa di una buca presente sul manto stradale, atteso che, secondo la Corte, il conducente era a conoscenza dell'esistenza di buche e ben avrebbe potuto evitarle²⁹⁷.

Il *discrimen* per attribuire rilevanza al comportamento malaccorto di chi sia entrato in contatto con la *res* pericolosa risiede nella conoscenza di detta pericolosità da parte del danneggiato, allorquando essa fosse facilmente percepibile, per visibilità e prevedibilità: in pratica, non deve trattarsi di quella figura elaborata dalla giurisprudenza e consistente

²⁹² Così farebbero ritenere altre pronunce, tra cui si veda Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2014, n. 18167, in *Foro it.* 2014, 10, I, 2739, che ha statuito la non responsabilità del Comune per i danni occorsi ad un minore in seguito al contatto con le strutture di un parco giochi, dal momento che le attrezzature non si connotavano, di per sé, per una particolare pericolosità ed il rischio connesso al suo utilizzo doveva essere prevedibile da un adulto che accompagnasse il bimbo.

²⁹³ Vedi in tal senso anche Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2013, n. 11946, in *Dir. Giust. online*, 2013, 16 maggio: “quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso.”

²⁹⁴ Cass. civ., Sez. VI, 06 luglio 2015, n. 13930, in *Dir. Giust. online*, 2015, 6 luglio.

²⁹⁵ Si trattava, nella specie, di dissesto stradale.

²⁹⁶ Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23919, in *Dir. Giust. online*, 2013, 22 ottobre.

²⁹⁷ Ma vedi anche Cass. civ., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 25220, *cit.*, secondo cui “va esclusa la responsabilità dell'Ente comunale per i danni occorsi ad una donna per una caduta da una scalinata, perché, anche a voler ritenere provato il nesso di causalità tra la cosa e l'evento, sussiste caso fortuito costituito dalla condotta non diligente della danneggiata, atteso che l'evento – avvenuto di giorno, su una strada che la danneggiata percorreva per recarsi al lavoro e che presumibilmente conosceva come scalinata di vecchia fattura, con gradino rotto – avrebbe potuto essere evitato con l'ordinaria diligenza.”

nell'insidia, caratterizzata da una oggettiva non visibilità e da una soggettiva imprevedibilità.

Per questo, la Corte di legittimità²⁹⁸ ha potuto escludere la responsabilità dell'ente proprietario del demanio stradale per l'infortunio occorso a un cittadino caduto per la presenza di una buca. Nonostante l'evento si fosse verificato di notte e detta buca fosse priva di segnalazione, era emerso che la mancanza di pavimentazione era comunque ben percepibile, che la parte conosceva molto bene il luogo della caduta e che, consentendoglielo l'età (quarant'anni), avrebbe potuto "facilmente spostarsi aggirando il pericolo, sicché la responsabilità del fatto dannoso andava iscritta alla sua disattenzione nella circostanza della caduta, tale da integrare gli estremi del caso fortuito."

In definitiva, secondo l'indirizzo pretorio in esame, "la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della Pubblica Amministrazione per difetto di manutenzione della strada pubblica, dato che quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, sino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso"²⁹⁹.

L'orientamento passato in rassegna, tuttavia, presenta non poche difficoltà allorché si debbano inquadrare i limiti di rilevanza del fatto colposo della vittima per l'integrazione del caso fortuito³⁰⁰.

Se vi è convergenza nel ritenere la condotta negligente o distratta del danneggiato idonea a integrare un'ipotesi di caso fortuito, nondimeno il *minimum* di accortezza e diligenza esigibile dalla vittima, in assenza del quale il custode non può essere ritenuto responsabile,

²⁹⁸ Vedi Cass. civ., sez. VI, 09 marzo 2015, n. 4663, in *Dir. Giust.*, 2015, 9 marzo.

²⁹⁹ Così Cass. civ., sez. VI, 30 marzo 2015, n. 6425, in *Dir. Giust.*, 2015, 31 marzo, che ha escluso il risarcimento in favore di un motociclista, atteso che, avuto riguardo alla generale situazione di degrado della strada, agevolmente percepibile dall'utente, una guida accorta, prudente e tecnicamente adeguata non avrebbe potuto condurre alla perdita del controllo del motoveicolo e alla sua successiva caduta. Cfr. anche Cass. civ., sez. VI, 28 maggio 2015, n. 11107, in *Dir. Giust.*, 2015, 28 maggio: "nell'ipotesi di caduta di un pedone, perché inciampato sul cordolo sconnesso (sbeccato) di un marciapiede del centro cittadino, deve ritenersi idonea ad integrare il caso fortuito la condotta non diligente del pedone che, in ragione del carattere storico della pavimentazione (genericamente e della strada e del marciapiede) e al carattere noto dei luoghi, avrebbero dovuto utilizzare maggiore prudenza."

³⁰⁰ Si era già fatto riferimento in precedenza (*supra*, par. 2.6) alle difficoltà connesse all'individuazione dei limiti di rilevanza del fatto colposo della vittima. In questa sede si riprende la questione, che peraltro è ancor più manifesta e presenta (ove possibile) profili ulteriori di criticità con riguardo al custode pubblico.

non è individuato con chiarezza dalla giurisprudenza, per nulla assestata su posizioni certe³⁰¹.

Per quanto si osservi che “nella valutazione dell’apporto causale fornito dalla vittima alla produzione dell’evento il giudice deve tenere conto della natura della cosa e delle modalità che in concreto e normalmente ne caratterizzano la fruizione”³⁰², manca un criterio sicuro al quale ancorare le decisioni, garantendo l’uniforme interpretazione del diritto.

Dai provvedimenti esaminati, parrebbe emergere una diretta proporzionalità tra pericolosità della cosa e accortezza che deve adottare chi entra in contatto con essa, a condizione che detta pericolosità sia nota (o quantomeno percepibile), diversamente configurandosi una situazione di insidia.

Tuttavia, focalizzare l’attenzione sulla colpa della vittima, intesa non già nell’accezione – poc’anzi individuata³⁰³ – di comportamento idoneo causalmente, bensì come rimproverabilità soggettiva, rischia di dilatare oltremodo i margini di incertezza.

Si pensi ai casi appena considerati: in presenza di un gradino rotto in una scalinata di vecchia fattura, di una buca sul manto stradale (sia di giorno che di notte) visibile, di un cordolo sbeccato di un marciapiede, i giudici hanno ritenuto che il contegno malaccorto della vittima potesse configurare un’ipotesi di caso fortuito, senza necessariamente esplicitare quali fossero i confini tra la responsabilità del custode e il caso fortuito.

Una positiva inversione di rotta, in proposito, potrebbe essere stata avviata da una recentissima pronuncia, la n. 15761 del 2016³⁰⁴, con cui è stata cassata con rinvio una sentenza della Corte d’Appello di Lecce che, confermando quanto statuito dal Tribunale di Taranto, aveva rigettato la domanda proposta da una donna nei confronti dell’ente comunale per il risarcimento dei danni riportati “a seguito di una caduta causata dalla presenza di una buca” sul manto stradale.

Mentre i giudici di merito avevano ritenuto che, a causa delle sconessioni evidenti, l’attrice avrebbe potuto ben accorgersene e prestare attenzione ad evitarle, ritenendo conseguentemente integrato il caso fortuito per la sua “disattenzione nell’incedere”,

³⁰¹ Cfr. M. ROSSETTI (a cura di) *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità* (anno 2011), www.corte.dicassazione.it

³⁰² Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2011, *cit.*, p. 89, richiamando Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 4476.

³⁰³ Il tutto secondo la nuova impostazione ermeneutica dell’art. 1227 c.c., non più considerato precipitato normativo dell’autoresponsabilità. Cfr., in particolare, Cap. I, Sez. II, par. 5.3. Ma vedi anche nota 285 in questo Capitolo.

³⁰⁴ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2016, n. 15761, in *Guida al dir.*, 2016, 47, 73; per il testo integrale vedi *Banca Dati De Jure*.

diversamente ha ritenuto il collegio giudicante di ultima istanza, sulla base di una peculiare qualificazione del caso fortuito: di questa esimente, infatti³⁰⁵, sono stati affermati come ineludibili i caratteri di “peculiare imprevedibilità” e “manifesta estraneità” i quali, pur condivisi in linea di principio dai giudici di merito, non sono stati adeguatamente tenuti in considerazione, viziando così le pronunce di prime e seconde cure di “falsa applicazione della legge”.

In particolare, è stato evidenziato che “la condotta della vittima [...] assume efficacia causale esclusiva, soltanto ove possa qualificarsi come *abnorme*, e cioè estranea al novero delle possibilità fattuali congruamente prevedibili in relazione al contesto, salvo in caso contrario rilevare ai fini del concorso e nella causazione dell'evento, ai sensi dell'art. 1227 c.c.”: in definitiva “un comportamento disattento dell'utente non è astrattamente ascrivibile al novero dell'imprevedibile”, sicché potrebbe essere travolto quell'orientamento che ritiene integrato il caso fortuito alla prima, anche piccola, disattenzione della vittima.

Qualificando il fortuito come “abnorme” ed escludendo tale qualifica per un (semplice) “comportamento disattento” della vittima, gli ermellini hanno optato per un'opzione stringente dell'esimente, più coerente con i caratteri di autonomia, eccezionalità ed estraneità della stessa rispetto al rapporto *res-custodia* (caratterizzata dall'attività esercitabile)³⁰⁶; in tal modo, dovrebbe ridursi il suaccennato pericolo di incertezza rispetto alla perimetrazione del fortuito come fatto del danneggiato, che rileva solo in quanto “anomalo” rispetto alla concreta situazione di fatto e a quanto astrattamente configurabile.

Occorrerà verificare se questo giro di vite interpretativa, certamente meno favorevole al custode pubblico, avrà ulteriormente séguito.

³⁰⁵ Di cui, sul piano processuale, è stato sottolineata la natura non di eccezione in senso proprio, bensì di semplice difesa, “che deve essere esaminata anche d'ufficio dal giudice, attraverso le opportune indagini sull'eventuale sussistenza dell'incidenza causale del fatto del terzo o del comportamento colposo del danneggiato, indipendentemente dalle argomentazioni e richieste della parte, purché risultino prospettati gli elementi di fatto su cui si fonda l'allegazione del fortuito” (sono state richiamate in proposito Cass. civ., 22 marzo 2011, n. 6529 e Cass. civ., 10 novembre 2009, n. 23734).

³⁰⁶ Quasi in un'ottica “compensativo-restitutoria” – e di certo meno coerentemente con il cammino pretorio – sulla natura della responsabilità, invero, il collegio giudicante si è espresso in termini di “presunzione di colpa”, rinnegando così il percorso evolutivo che aveva portato all'affermazione della responsabilità oggettiva: è stato evidenziato infatti “che, per le strade aperte al traffico, è configurabile la responsabilità ex art. 2051 c.c., dell'ente pubblico proprietario, una volta accertato che il fatto dannoso si è verificato a causa di una anomalia della strada stessa, salvo che quest'ultimo non dimostri di non avere potuto far nulla per evitare il danno”. Invero, alla luce della statuizione definitiva, non sembra che il retaggio dell'impostazione colpevolistica abbia realmente inciso sul *decisum*, che anzi è stato orientato in termini stringenti per il custode pubblico, ritenuto soggetto a responsabilità anche in presenza di una leggera disattenzione della vittima. Può essersi trattato di un formalistico ossequio ad un'impostazione tradizionale, superata però in punto di applicazione della norma da un'enunciazione di principio coerente con gli ultimi approdi giurisprudenziali.

2.7. Il fatto del terzo come ipotesi “temporalmente limitata” di fortuito.

Merita attenzione, infine, l'inquadramento del fatto del terzo, quale ipotesi di caso fortuito, così come operato dagli ultimi approdi giurisprudenziali con riferimento al custode pubblico.

Un evento di danno può far declassare la *res* al mero rango di occasione dello stesso di fronte non solo a fattori esterni del tutto eccezionali o a comportamenti della stessa vittima, ma anche quando il danno sia da ascrivere al fatto di un terzo, quand'anche rimasto ignoto. Nelle fattispecie che coinvolgono la P.A., tuttavia, i giudici non si fermano alla considerazione dell'evento in sé: trattandosi di vicende che coinvolgono beni spesso utilizzati da un numero indefinito di utenti, *a fortiori* si pone attenzione all'eventualità che la situazione creata dal terzo possa esorbitare dalla sfera di controllo esercitabile dal custode, con un accertamento il cui approccio conferma ulteriormente la validità dell'elemento invariante dell'attività esercitabile. Tuttavia, non sempre questa è verificata in maniera fattuale e obiettiva, finendo in alcuni casi con l'essere vagliata – almeno a livello di affermazione di principio – la diligenza del custode.

Osserva in proposito la Cassazione, nella sentenza n. 783 del 2013³⁰⁷, che la responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c., applicabile al proprietario o gestore di strade, “trova un limite solo nel caso fortuito che va ravvisato nei casi in cui il danno sia stato determinato da cause estrinseche alla struttura del bene, o dal comportamento di terzi³⁰⁸ con modalità di tempo e di luogo tali per cui il pericolo non avrebbe potuto essere conosciuto ed eliminato tempestivamente, neppure con la più diligente attività di controllo e di manutenzione.”

Ma essendo l'ente “chiamato a rispondere dei danni provocati dall'omesso o incompleto adempimento del dovere di mantenere la strada in condizioni tali da non arrecare danno agli utenti”, dal momento in cui esso venga avvertito di un incidente che abbia determinato l'abbandono di uno pneumatico sulla strada, per andare esente da responsabilità per i danni conseguenti all'impatto con detto pneumatico “deve offrire la prova certa e inequivocabile di aver compiuto, dopo la segnalazione, tutte le attività necessarie a rimettere la strada in condizioni di sicurezza.”

Inoltre, sempre con riguardo al fatto del terzo, alcune sentenze distinguono i casi in cui l'evento dannoso si sia verificato prima “che l'ente proprietario o gestore abbia potuto rimuovere, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata al fine di garantire la

³⁰⁷ Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2013, n. 783, in *Arch. circ. sin.* 2013, 2, 131.

³⁰⁸ Nel caso di specie, si trattava dell'abbandono sulla pubblica via di uno pneumatico.

tempestività dell'intervento, la straordinaria ed imprevedibile situazione di pericolo determinatasi”³⁰⁹, da quelli in cui ciò sia avvenuto dopo: solo nella prima ipotesi può dirsi integrato il caso fortuito³¹⁰.

Il *discrimen*, allora, va individuato nella conoscenza della situazione di pericolo da parte dell'ente e nella possibilità materiale di porvi rimedio, sulla base del tempo all'uopo necessario per adoperarsi³¹¹.

Torna ad assumere rilievo, anche in questo caso, la tesi della “finestra di fortuito” che si apre in presenza di una repentina ed eccezionale alterazione dello stato della cosa provocata da altri³¹² e che trova la sua unità di misura nel ripristino dell'invariante attività esercitabile, in base alla sussistenza di uno dei tre elementi identificativi: conoscenza della situazione da parte del custode; programmazione di un intervento; “messa in dolo” per essere stato avvertito il suddetto custode rispetto all'anomalia verificatasi sulla cosa.

Sulla base di questi presupposti, gli ermellini hanno escluso la responsabilità di un ente provinciale per l'infortunio occorso ad un soggetto caduto sulla scala principale del palazzo dell'Amministrazione a causa della presenza, su uno dei gradini, di una penna o di un lapis³¹³, evidenziando come la Pubblica Amministrazione possa “andare esente da responsabilità per i danni causati da beni demaniali [ex art. 2051 c.c.] se dimostra che il danno è stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi (come può essere la perdita o l'abbandono sulla pubblica via di oggetti pericolosi), non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione.”

Troverebbe allora conferma l'idoneità del fatto del terzo a interrompere il nesso di causalità tra cosa e danno solo in una circoscritta “finestra temporale”, che “si apre” nell'immediatezza dell'insorgenza della fonte di pericolo e “si chiude” nel momento in cui l'ente proprietario possa adoperarsi per rimuovere o (quantomeno) segnalare la fonte di

³⁰⁹ Cass. civ., sez. VI, 14 maggio 2013, n. 11517, in *Dir. Giust. online*, 2013, 14 maggio.

³¹⁰ Ed infatti, *Ivi*, i giudici di legittimità hanno escluso la responsabilità dell'ente gestore dell'autostrada per l'incidente occorso ad un motociclista a causa di un cane che aveva invaso la sede stradale: era stata rilevata la presenza, su entrambi i lati della carreggiata, di una recinzione costituita da muro in calcestruzzo e pali con rete, facendo così ritenere che l'ente gestore avesse posto in essere tutte le cautele necessarie, “secondo le regole ordinarie di esperienza, adeguate a scongiurare che si potessero verificare l'intromissione nella carreggiata stradale di elementi estranei che costituissero un ostacolo alla normale circolazione degli autoveicoli”.

³¹¹ Si osserva ancora *ibidem*: “nel caso di responsabilità per le cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c. l'ente custode della strada pubblica incombe di provare di aver compiuto, dopo la segnalazione della situazione di pericolo per la pubblica circolazione, tutte le attività necessarie a ripristinare le condizioni di sicurezza sul sedime stradale o che, per l'eccezionalità della situazione verificatasi, l'evento dannoso si sia verificato prima che lo stesso abbia potuto provvedere a rimuovere la situazione di pericolo.”

³¹² Cfr., in questa Sezione, par. 2.5.

³¹³ Vedi Cass. civ., sez. III, 08 maggio 2015, n. 9323, in *Dir. Giust.*, 2015, 11 maggio.

pericolo, *id est* allorquando si ripristina l'attività esercitabile. Da quest'ultimo momento, non può più ritenersi esclusa la responsabilità, perché la fonte di pericolo viene ricondotta nell'alveo della sfera di custodia e non è più esclusivamente riconducibile al fatto del terzo. Tuttavia, non può negarsi che la prova liberatoria richiesta all'ente – allorquando si discorra di “dimostrazione di essersi adoperato per compiere tutte le attività necessarie a ripristinare le condizioni di sicurezza del bene” – adombri ancora una volta un caso fortuito fondato sulla “non colpevolezza” del custode.

2.8. Art. 2051 c.c. e P.A.: sintesi dell'orientamento attuale.

Venendo ad una sintesi del quadro attuale del formante giurisprudenziale, si può prudentemente ³¹⁴ affermare che ad oggi, sebbene non manchi qualche pronuncia contrastante, l'art. 2051 c.c. è considerata una fattispecie di responsabilità oggettiva pienamente applicabile anche alla Pubblica Amministrazione proprietaria e custode dei beni pubblici o demaniali³¹⁵.

Chi agisce in giudizio dovrà dimostrare il verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia.

D'altro canto, per liberarsi dalla responsabilità, il custode ha l'onere di provare il caso fortuito: questo è considerato fattore estraneo alla cosa che ne interrompe il nesso di causalità con il danno.

³¹⁴ L'avverbio cautelativo è d'obbligo, attese le continue oscillazioni di cui si è dato atto, ma anche le (più o meno implicite) discrasie tra principi proclamati e *rationes decidendi* dei provvedimenti, anche tra i più attuali, che pure sembrerebbero definitivamente essere orientati verso un'affermazione della responsabilità oggettiva del custode. Dubita di un riconoscimento così pacifico C.M. BIANCA, *Qualche spunto critico*, cit., p. 21, giustificando tale riserva sulla base del fatto: che “l'amministrazione è dichiarata esente da responsabilità per i danni subiti dagli utenti quando – secondo una corrente massima – l'uso generalizzato delle strade pubbliche e la loro notevole estensione renderebbero impossibile il loro controllo”; che “l'uso generalizzato delle strade pubbliche e la loro notevole estensione renderebbero insussistente – si dice – il rapporto di custodia.” In declamazioni di principio simili l'a. rinviene una “finzione evidente”, dal momento che “le strade affidate alla gestione e cura dell'amministrazione, e quindi alla sua custodia, sono infatti, per la loro stessa funzione, di uso generalizzato e hanno notevole estensione”, sicché “l'amministrazione che adduce l'uso generalizzato e la notevole estensione della rete viaria invoca in realtà la mancanza di colpa in situazioni che sembrano piuttosto denunciare la negligente organizzazione dei servizi di manutenzione e vigilanza del patrimonio stradale.”

³¹⁵ S. SCALZINI, *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*, nota a Cass. civ. 21508/2011, in *Danno e resp.*, 2012, 6, p. 620, auspica un decisivo e dirimente intervento delle Sezioni Unite, finalizzato ad avallare, “finalmente, l'indirizzo ermeneutico più rispettoso della *ratio* sottesa all'applicazione dell'art. 2051 c.c., respingendo interpretazioni volte a reintrodurre elementi velatamente colpevolisti.” Si osserva altresì come “il rischio dell'esposizione della Pubblica Amministrazione a fattori potenzialmente indeterminati, paventato da alcune pronunce a sostegno di un controllo della diligenza del custode pubblico ai fini dell'applicazione della norma, potrà essere scongiurato tramite una valutazione particolarmente attente in sede di sussunzione del caso concreto nelle nozioni – oggettive – di custodia e caso fortuito, anche attraverso un controllo maggiore in ordine all'eventuale concorso del danneggiato nella produzione del danno.”

Lo stesso fatto del danneggiato, o di un terzo, può configurare un'ipotesi di fortuito, se idoneo di per sé a cagionare il danno: ciò rileva soprattutto quando la cosa in sé non presenta caratteristiche strutturali o di funzionamento tali da far scatenare l'evento lesivo. Sarà l'agire umano o un fatto eccezionale a costituire la vera causa del danno, anche quando, una volta verificatasi la situazione di pericolo, il custode della cosa non avrebbe comunque avuto il tempo per rimuoverla o segnalarla, per mancanza del tempo necessario a provvedervi.

Peraltro, anche qualora la cosa presenti caratteristiche pericolose o comunque idonee a provocare un evento lesivo³¹⁶, ma queste nondimeno siano ben note o facilmente percepibili, il comportamento di chi sia entrato in contatto con essa, subendo un danno, ben potrebbe essere considerato idoneo ad integrare il caso fortuito, se poco accorto, imprudente e non adeguato alle circostanze fattuali obiettivamente verificabili.

3. Segue. Riflessioni e proposte conclusive sul custode pubblico.

3.1. Il ruolo teorico-pratico della (costantemente invocata) pericolosità.

A conclusione dell'indagine sul momento applicativo dell'art. 2051 c.c. con riferimento al custode-ente pubblico, si ritiene utile sottolineare la presenza di un elemento costante nelle decisioni e nelle argomentazioni delle Corti di legittimità, qualunque fosse l'opzione

³¹⁶ Proprio partendo dalla differenziazione delle caratteristiche delle cose, A. FRANCHI, S. ARGINE, *La Pubblica Amministrazione e l'art. 2051 c.c.: verso un tertium genus di responsabilità?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, p. 1965, avanzando una tesi alquanto singolare – certamente fantasiosa dal punto di vista del criterio ermeneutico letterale, non trovando essa alcun appiglio giustificativo nella *littera legis* – ritengono “più logico configurare due distinte forme di responsabilità: una prima (di natura sostanzialmente oggettiva) riferita ai danni provocati da cose dotate di un dinamismo intrinseco; una seconda (di natura sostanzialmente semioggettiva o aggravata, poiché informata dalla *culpa* concretamente accertabile in capo ai soggetti coinvolti) riferita ai danni occorsi nell'utilizzazione di cose statiche e inerti.” Mentre nel primo caso rimarrebbe operante una forma oggettiva di responsabilità, nel secondo “l'elemento soggettivo-colpevolistico della fattispecie non può considerarsi del tutto ininfluenza”, anzi consentirebbe di riacquistare *vis* persuasiva alle teoriche sull'insidia e il trabocchetto. Così argomentando, tuttavia, per quanto si possa sostenere – ma anche una simile tesi può non convincere del tutto – che “una incondizionata oggettivizzazione dell'art. 2051 c.c. non sia in grado di equilibrare in maniera armonica e coerente la posizione delle parti in giudizio”, non può per ciò solo forzarsi il dato positivo duplicando e differenziando una fattispecie normativa in base ad un requisito (cose dotate di un dinamismo intrinseco ovvero statiche e inerti) in alcun modo ricavabile dalle disposizioni. Il che appare ancora meno persuasivo laddove tale differenziazione sia “di secondo grado”, in quanto, prima ancora che riguardare l'alternativa staticità-dinamismo della cosa, è riferita con riguardo al solo custode pubblico. A nulla vale la giustificazione secondo cui non s'intende “ricondere *sic et simpliciter* la disciplina della responsabilità custodiale applicabile alla Pubblica Amministrazione nell'alveo del generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.”.

ermeneutica cui esse aderivano o aderiscono. Esso è rappresentato dal binomio caratteristiche della cosa-pericolosità.

Ora, poiché il percorso evolutivo in materia del formante giudiziale, come si è appena avuto modo di constatare, si connota per una particolare complessità, per le notevoli incertezze che lo hanno accompagnato ed ancora lo accompagnano e per l'assenza di indirizzi chiaramente condivisi e maggioritari (almeno fino a qualche anno fa), è evidente che il suddetto elemento ha influenzato l'interpretazione della norma in maniera non univoca, costituendo quasi la chiave teorica per l'inquadramento della fattispecie secondo impostazioni sempre diverse.

Sinteticamente, si potrebbe ricondurre la pericolosità della cosa ad una doppia area di rilevanza.

Essa è stata per lungo tempo considerata in relazione alla sfera soggettiva del custode: quanto più le caratteristiche della cosa erano tali da renderla (in potenza o in atto) pericolosa, tanto più veniva richiesta una particolare accortezza e diligenza del custode nel vigilare sulla cosa e impedire che la stessa arrecasse danno. Per converso, meno la cosa si caratterizzava per un'intrinseca pericolosità, minore attenzione v'era per la sfera di comportamento del custode.

In linea di massima, al di là delle proclamazioni di principio delle sentenze e della tesi sulla natura della fattispecie (oggettiva o soggettiva) cui esse (almeno formalmente) aderivano, può timidamente affermarsi che, se la *res* era pericolosa, allora la valutazione giudiziale si concentrava sulla considerazione del comportamento del custode; qualora, invece, la cosa non si connotasse per una particolare pericolosità, allora nelle valutazioni ci si "spostava" sull'evento in sé, non guardando alla colpa (eventuale) del custode, ma alla concatenazione causale puramente oggettiva dei fatti.

In realtà, più che vagliare lo specifico comportamento tenuto da uno dei soggetti coinvolti (custode piuttosto che vittima), la pericolosità andava – e tuttora va – ad incidere sul *quantum* dell'attività di controllo minima richiesta, in una valutazione di temperamento rispetto al vantaggio pratico che dalla *res* derivi al custode. L'attività esercitabile non rappresenta tuttavia uno specifico obbligo del custode, ma un suo potere-onere-garanzia, secondo l'accezione atecnica di cui si è detto *supra*³¹⁷.

Del resto, la stessa triade conoscenza-programmazione-avvertimento rispetto all'alterazione della *res* proveniente da un terzo, poc'anzi ribadita e configurante l'unità di

³¹⁷ Cfr., in questo Capitolo, Sez. I, par. 8.

misura (alternativa) per delimitare la fine della “finestra di fortuito”, è attivata da ed è commisurata alla pericolosità della situazione di fatto concretamente verificatasi.

Più la situazione è abnorme, anomala e insidiosa, più sarà evidente la verifica del caso fortuito, ma al contempo più “veloce” sarà il tempo di ripristino dell’attività esercitabile, perché il custode verrà a conoscenza della verosimilmente in tempi brevi, così come altrettanto celermente si adopererà per programmare un intervento volto ad eliminare la situazione di pericolo o comunque verrà messo al corrente della suddetta situazione da qualcuno dei consociati.

Più di recente, inoltre, le caratteristiche della cosa e la sua pericolosità vengono sempre più valutate in relazione al contegno del soggetto che entri in contatto con la *res*, vale a dire il potenziale danneggiato, secondo un’operazione coerente (almeno sul piano formale) con l’affermarsi della natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia³¹⁸ e con la ritenuta applicabilità della fattispecie in questi termini anche agli enti pubblici.

La giurisprudenza mostra di considerare con particolare attenzione il comportamento del danneggiato, per accertarne l’idoneità a far escludere, in tutto o in parte, la responsabilità del custode: il suddetto comportamento è preso in esame non astrattamente, ma in relazione alle caratteristiche del bene ed alla concreta possibilità di avvedersi della sua pericolosità.

Se il soggetto che entra in contatto con la cosa può avvedersi della sua eventuale pericolosità, gli viene richiesto un contegno diligente ed accorto, in mancanza del quale l’evento lesivo che dovesse verificarsi potrebbe allora essere a lui imputato³¹⁹.

In definitiva, il riferimento alle caratteristiche della cosa, nonché eventualmente alla sua pericolosità, costituisce un *leit motiv* nelle sentenze che nel corso del tempo si sono occupate della fattispecie di cui all’art. 2051 c.c. con riguardo alla sua configurabilità nei confronti del custode pubblico. Detto riferimento accomuna posizioni ben diverse tra loro, che negli anni si sono susseguite e delle quali esso è servito a giustificare teoricamente l’assunto di fondo.

³¹⁸ Secondo P. LAGHEZZA, *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva, cit.*, p. 292, la dimostrazione dell’impossibilità nel giudizio ex art. 2051 c.c., di prescindere dalla valutazione comparativa (sul modello della *comparative negligence*) tra il *deficit* precauzionale del danneggiato e il profilo del potenziale responsabile, sostenuta dalle teorie ‘neocolpevolistiche’, finirebbe paradossalmente per dimostrare la necessità di un riferimento al piano causale di verifica degli eventi, “che è al centro di un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità. [...] La tesi neocolpevolistica, finirebbe, in conclusione, per ribadire proprio quel ruolo centrale della causalità che, in ragione di una presunta supremazia della colpa, in premessa mirava ad abbattere.”

³¹⁹ E purché il suo comportamento possa essere qualificato come abnorme e particolarmente anomalo, non rilevando una leggera disattenzione ai fini del fortuito.

La pericolosità conferma, per altra via, la rilevanza dell'elemento invariante dell'attività esercitabile dal custode, perché incide sull'*an* e sul *quantum* della stessa.

3.2. Attività esercitabile e necessaria custodia: possesso del bene-cosa quale presupposto costitutivo dell'ente pubblico.

Proprio l'attività esercitabile costituisce un anello di congiunzione con un altro punto d'arrivo del cammino giurisprudenziale, che apre a considerazioni di notevole rilievo sotto il profilo dell'inquadramento teorico della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.: la custodia come possesso normalmente configurabile con riguardo al bene pubblico. Che il criterio d'imputazione sia collegato più alla situazione di fatto del possesso che alla situazione di diritto della proprietà è una tesi sostenuta nel corso della ricerca e che sembrerebbe essere confermata dal momento applicativo.

Inoltre, al di là delle suggestioni sugli ingiustificati privilegi da riconoscere – pur non esplicitamente – alla P.A., con conseguente differenziazione di disciplina tra la pubblica amministrazione e i soggetti privati, non sembra peregrina l'ipotesi secondo cui gli originari freni della giurisprudenza al riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 2051 c.c. agli enti pubblici potessero derivare da remore di carattere teorico sulla configurabilità del possesso del (e sul) bene pubblico.

Tuttavia, ove si ponga mente al fatto che il demanio stradale non solo è un bene di proprietà della P.A., ma addirittura è un elemento costitutivo dello stesso ente pubblico, allora potrebbe inferirsi che non se ne può mai perdere il possesso.

Anzi, è meno improbabile che un soggetto privato, il quale è “altro” – sia fenomenologicamente che materialmente – dalla cosa che ha nella disponibilità di fatto, possa non essere custode della stessa, piuttosto che ciò possa avvenire con un ente pubblico, il quale è custode di qualcosa che al contempo ne realizza la sua materialità nel mondo reale e ne consente la sua configurabilità ed esistenza nel mondo-diritto. La P.A. non può mai perdere il possesso di qualcosa che è parte costitutiva di sé stessa, sicché non può che essere custode di una cosa, stante la derivazione del rapporto di custodia proprio dall'accertamento della situazione di fatto del possesso.

L'attività esercitabile, pertanto, diventa elemento invariante contenuto *in re ipsa* nel presupposto di fatto del potere di governo della *res*.

3.3. Peculiarità del custode pubblico: vantaggio pratico come godimento “indiretto” della res e non configurabilità della “perdita di custodia” per l’esclusione della responsabilità.

Invero, dalla tesi della custodia come *vicinitas* e come *genus*, di cui possesso e detenzione sono *species* rilevanti nel singolo caso in relazione all’individuazione, da un lato, della maggior somma tra potere di diritto e di fatto (con prevalenza di quest’ultimo in fase di ponderazione) nonché, dall’altro, del godimento diretto o indiretto quale manifestazione del vantaggio pratico, si possono effettivamente desumere alcune differenze peculiari tra P.A. e privati³²⁰.

Generalmente, infatti, il possessore è custode in quanto ha tanto il potere di fatto, *id est* attività esercitabile, quanto il godimento diretto, *id est* vantaggio pratico, in misura maggiore rispetto ad altri sulla *res*. E s’è rilevato come la presenza eventuale di un detentore qualificato sposta sullo stesso (trasferendoli dal possessore) tanto il potere di fatto quanto il godimento diretto, sicché cambia il baricentro di riferimento della custodia, che sarà individuata in capo appunto al detentore; il possessore, al quale rimane un vantaggio pratico sulla cosa, ma come godimento indiretto e quindi di portata inferiore rispetto a quello diretto del detentore, non sarà più custode.

Ebbene, nel caso della P.A. cambia uno degli elementi della formula attività esercitabile-vantaggio pratico, che incide sul loro consueto operare reciproco, ma solo a livello qualitativo e non quantitativo; dunque senza che, per ciò solo, l’ente pubblico possa non considerarsi custode.

Esso, infatti, è possessore-custode dei propri beni pur avendo, oltre all’ordinario potere di fatto come governo degli stessi, un vantaggio pratico che non si configura mai come diretto, rilevando piuttosto come godimento indiretto: esso è chiaramente rinvenibile nelle entrate pubbliche derivanti dai tributi di cui sono onerati i cittadini-residenti. Il vantaggio pratico, pertanto, si realizza come beneficio economico derivante indirettamente dalla *res*, che non è sfruttata secondo la sua intrinseca utilità materiale.

Ma proprio al godimento indiretto, quale beneficio economico, è legato il potere di governo della cosa.

³²⁰ La possibilità che dalla peculiare natura del bene discendano “effetti giuridici diversi da quelli che, altrimenti, si sarebbero potuti determinare” è segnalata da F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 89, che con particolare riguardo ai beni demaniali si riferisce esemplificativamente, in nota, alla giustificazione della regola secondo la quale “il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto” (art. 1145, comma 1, c.c.), almeno nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Non potrà verificarsi, diversamente da quanto s'è visto per i privati³²¹, un trasferimento della qualifica di custode in capo a chi sulla *res* abbia un godimento diretto. È indubbio che la connotazione pubblica del bene non implica esclusione del privato dal suo utilizzo: sono infatti “numerosi [...] i casi in cui i beni pubblici – e in particolare quelli demaniali – assolvono l'interesse sociale servendo immediatamente non l'amministrazione, ma la stessa collettività, in persona dei suoi componenti, i quali vengono ammessi istituzionalmente a goderne in modo diretto”³²²; cionondimeno il singolo cittadino non potrà mai essere dotato, con riguardo al bene pubblico, oltre che del vantaggio pratico come godimento diretto, anche del maggior grado di potere di fatto.

Questo permane comunque, in misura massima, in capo alla P.A., la quale non potrà che essere custode, anche in presenza di godimento del bene da parte del privato che fa un uso comune della *res* e purché non si verifichi una delle peculiari ipotesi che giustifichino il trasferimento del suddetto potere con un precipuo titolo giuridico, come ad esempio nel caso di un atto concessorio³²³.

³²¹ Segnatamente nell'ipotesi di chi (conduttore, comodatario, usuario, usufruttuario ecc.) abbia un godimento diretto del bene-cosa affiancato al maggior potere di fatto (governo e controllo), pur in presenza di potenziale soggetto che goda indirettamente del bene (possessore solo animo che rivesta alternativamente la qualifica di locatore, comodante, o nudo proprietario concedente nel caso dei diritti reali).

³²² Così A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 286. Nella stessa direzione si esprime F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 138-139: “la connotazione pubblica del bene non significa necessariamente esclusione del privato dal suo utilizzo, ché, anzi, nella maggior parte dei casi una siffatta natura è funzionale proprio alla garanzia di una effettiva disponibilità della *res* a beneficio della collettività”.

³²³ Chiara risulta, in proposito, la distinzione operata da F. GIGLIOTTI, *cit.*, pp. 139 ss., delle diverse modalità attraverso le quali l'uso (quale sinonimo di godimento) diretto dei beni pubblici “viene consentito o autorizzato” ai privati cittadini. Una prima modalità è quella del così detto uso comune (detto anche “normale o generale”), in virtù del quale “tutti sono ammessi indifferenziatamente, senza necessità di uno specifico atto amministrativo e in conformità alla destinazione generale e obiettiva del bene” al godimento dello stesso. Vi è poi un uso speciale, “concesso non a tutti indiscriminatamente, ma soltanto a determinati soggetti, sulla base di apposito titolo (autorizzazioni, permessi, pagamento di tasse)”; permane anche in questa modalità di uso la conformità del bene pubblico alla sua destinazione primaria, laddove l'unica differenza con l'uso comune è determinata “dalla circostanza che si tratta di accesso selezionato, ma della medesima natura sostanziale”. Infine, l'uso eccezionale non è “conforme alla destinazione primaria del bene, il quale ultimo viene distolto dall'uso comune sulla base di apposito atto di concessione”, che ne attribuisce in via esclusiva il godimento ad un soggetto determinato. Ora, provando a indirizzare funzionalmente siffatta ricostruzione ai fini della nostra indagine, si può affermare che la situazione descritta in testo è rappresentata dall'ipotesi dell'uso comune (la situazione giuridica che viene generata in tal caso non è ritenuta qualificabile come diritto reale collettivo, né come diritto individuale, né tantomeno proprietà collettiva, in quanto “le entità destinate all'uso generale [...] non sono disponibili, sono necessariamente pubbliche e, quel che più conta, non formano oggetto di una appropriazione esclusiva da parte di alcun soggetto e tanto meno dello Stato”: così T.O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 532), in cui ciascun consociato, senza differenziarsi dagli altri (cfr. *Ivi*, pp. 141-142), ha poteri di utilizzazione (*id est* godimento diretto) del bene privi tuttavia di un titolo giuridico che giustifichi l'esclusività del godimento ma soprattutto il trasferimento del potere di fatto sulla cosa, della quale custode rimane necessariamente l'ente pubblico proprietario. A diverse conclusioni si potrebbe

In definitiva, per i privati il possessore è solitamente custode in quanto ha potere di fatto e godimento diretto della cosa; allorché il godimento diventasse indiretto, a ciò si accompagna ordinariamente la stessa perdita del maggior potere di fatto: esso viene trasferito, insieme al godimento diretto, ad un nuovo soggetto (il detentore), che assume pertanto la qualifica di custode.

Diversamente, quando si ha a che fare con gli enti pubblici, l'ipotesi maggiormente ricorrente è quella della compresenza del potere di fatto (attività esercitabile) sulla *res* insieme al vantaggio pratico quale godimento (solo) indiretto della stessa, nelle forme delle entrate pubbliche derivanti da imposte e tasse. Sarà il cittadino a “godere direttamente” dei beni (strade, marciapiedi, parchi, scale), senza tuttavia che ciò possa comportare un trasferimento del potere di governo della *res* e, quindi, della qualifica di custode. Tale assunto, peraltro, è coerente con la ricostruzione secondo cui l'interesse protetto del soggetto privato, che si manifesta come godimento diretto, non è predicato di un “diritto reale”, rappresentando piuttosto un interesse semplice, che si estrinseca nella necessaria utilizzazione di beni pubblici quale manifestazione “di diritti di libertà, egualmente assoluti, ma non connotati in senso materialmente reale”³²⁴, tra i quali spicca la circolazione all'interno del territorio.

I rilievi appena svolti corroborano l'argomento secondo cui ad incidere sull'esclusione della responsabilità non è la perdita del possesso – *id est* la perdita della custodia – ma il fortuito, quale fattore “altro” rispetto alla custodia e che la ricerca ha dimostrato essere elemento diverso dalla (im)possibilità di custodia. Cionondimeno, l'indagine ha evidenziato come l'operatività temporale del fortuito rimanga influenzata dall'elemento invariante dell'attività esercitabile, che è insita – come parte del tutto³²⁵ – nella stessa custodia.

In ciò risiede il rischio di sovrapposizione dei due piani, cioè di due elementi – custodia e caso fortuito – con caratteristiche e funzioni diverse l'una dall'altro, ma che trovano un punto di intersezione nell'elemento invariante dell'attività esercitabile. Essa è, per un verso, una parte della (totalità del potere di fatto rappresentato dalla) custodia, quale singola manifestazione della stessa; per altro verso, unità di misura “esterna” rispetto

giungere nell'ipotesi di uso speciale o di uso eccezionale, ma si tratta di fattispecie da quelle prese direttamente in esame nello sviluppo e per i fini specifici della nostra indagine.

³²⁴ F. GIGLIOTTI, *cit.*, p. 142, che giustifica la tesi osservando come l'interesse protetto del privato cittadini “non attiene alla relazione del soggetto con la cosa, bensì, direttamente, alla (protezione della) persona, in quanto relativo all'esercizio di talune libertà fondamentali, le quali, almeno entro certi limiti, non sono logicamente concepibili senza un sottostante materiale nel quale si svolgono ed hanno modo di esplicarsi.”

³²⁵ In quanto sineddoche, appunto.

all'operatività temporale del caso fortuito, in particolare nella sua manifestazione come fatto del terzo.

Il formante pretorio dovrebbe aver ormai aver acquisito, magari non ancora consapevolmente, una simile impostazione. O se ancora ciò non è punto di arrivo definitivo, si auspica che lo possa diventare in un futuro prossimo.

L'ente pubblico, proprio in quanto in grado di esercitare un'attività di controllo sul bene, del quale ha il possesso e la cui materialità è elemento costitutivo della propria soggettività nel mondo-diritto, è da considerare custode; qualifica, questa, che non può venir meno per il solo configurarsi del vantaggio pratico come godimento "indiretto" del bene³²⁶. Sussistono comunque in capo alla P.A. gli elementi costitutivi dell'invariante individuata.

³²⁶ Laddove saranno i singoli cittadini-residenti a godere in maniera diretta dei beni pubblici, fruendo di strade parchi, marciapiedi, ecc. auspicabilmente ordinati, puliti e in buono stato di manutenzione.

SEZIONE III

IL POSSIBILE VALORE ASSIO-PRATICO NELLA SOLUZIONE PROPOSTA: L'ART. 2051 C.C. COME NORMA GENERALE RESIDUALE

1. Per una definitiva proposta d'inquadramento *de iure condito* della responsabilità da cose in custodia.

Giunti a questo punto, dopo aver sottoposto a prova di verifica – attraverso la lettura sinottica delle diverse fattispecie normative e l'analisi del dato applicativo sulla P.A. – la tesi dell'art. 2051 c.c. come norma generale e degli elementi invarianti della fattispecie quali l'attività esercitabile (in quanto manifestazione del possesso) e il vantaggio pratico sulla *res* ad essa collegato, si può percorrere il tratto finale della presente ricerca attraverso una proposta d'inquadramento teorico-pratico della norma. Si proverà, infatti, a rispondere al quesito se esista *de iure condito* la possibilità di inquadrare la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. – non tralasciando nessun elemento costitutivo della stessa – in maniera dogmaticamente coerente e praticamente più soddisfacente per tutelare gli interessi emersi dal momento applicativo come manifestazione del tipo di vita realmente vissuto.

1.1. Il requisito dell'ingiustizia in re ipsa.

Il dato da cui prendere avvio è rappresentato dal reciproco operare ed influenzarsi dei vari elementi della fattispecie, anche alla luce dell'approccio ermeneutico del formante giurisprudenziale, che consente di desumere un'implicita conferma della tesi sulla “tipicità *in re ipsa*” dell'ingiustizia del danno. Anche quello cagionato da cose, infatti, dovrà essere ingiusto – cioè lesivo di una situazione giuridica meritevole secondo l'ordinamento – per generare effetti risarcitori: tuttavia, all'interprete basterà accertare la sussistenza del danno conseguenza, in quanto eziologicamente riconducibile alla cosa, proprio in considerazione del fatto che il sistema giuridico ha effettuato un'operazione di “pre-selezione” degli interessi preminenti del danneggiato rispetto al custode della *res*³²⁷.

Riferendosi infatti al “fatto della cosa”, potrebbe già ritenersi condensato quel “doppio giudizio” che nell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. passa necessariamente per un'identificazione distinta tra comportamento umano e conseguenza pregiudizievole da

³²⁷ Cfr. A. GORASSINI, F. TESCIONE, *op. cit.*, p. 255. Vedi anche Cap. 1, Sez. II, Cap. 1.3.

quello prodotta, laddove nell'ipotesi di cui all'art. 2051 c.c. è lo stesso verificarsi del "fatto della cosa" (in assenza di uno specifico atto dell'uomo) che contiene in sé tutti gli elementi dell'evento lesivo rilevante a fini risarcitori.

Nel danno da cose in custodia l'ingiustizia è dunque requisito implicito della fattispecie, che rileva con una sorta di automatismo ogni qualvolta si integri la situazione prevista dalla fattispecie causale della norma³²⁸.

Tale approdo, del resto, è coerente con l'alternativa *supra* descritta³²⁹, secondo cui, ai confini esterni della fattispecie, si trova l'area di irrilevanza giuridica (per fatto non derivante eziologicamente da cosa o non riconducibile a un custode). Ebbene, superfluo apparirebbe un momento valutativo circa l'ingiustizia del danno, che comunque non potrebbe *ab initio* essere ricollegato alla cosa. Qualora invece non si rientrasse nelle suddette ipotesi di confine, è già di per sé la sussumibilità del fatto nell'alveo normativo dei "danni da cose in custodia" che reca con sé, in un binomio inscindibile, la qualificazione del suddetto danno come ingiusto, per scelta *ex ante* di diritto positivo³³⁰.

In ciò risiede la naturale tipicità *in re ipsa* del danno.

1.2. Caratteristiche della cosa. Pericolosità come indizio rilevante solo in alcune ipotesi.

Spostandoci sul versante delle caratteristiche della *res*, può ritenersi raggiunto ormai il punto di approdo della sua non necessaria pericolosità intrinseca, secondo un'impostazione coerente con la *littera legis*, ma anche con le situazioni di fatto che spesso dimostrano come anche una cosa non pericolosa, al ricorrere di determinati presupposti, può assumere un'efficienza causale idonea al danno.

Tuttavia, sebbene non sia considerata requisito intrinseco, la pericolosità incide notevolmente sull'operatività e l'accertamento del nesso causale, rendendolo più o meno agevole in punto di ricostruzione fattuale. Non solo, ma lo stesso causo fortuito, in particolare ove configurato come fatto colposo del danneggiato, è influenzato dalla pericolosità della *res*.

³²⁸Per una considerazione del requisito implicito dell'ingiustizia come sufficienza dei soli elementi già indicati, "senza che sia necessaria una ulteriore qualificazione della fattispecie", cfr. S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 116.

³²⁹Cfr., in questo Capitolo, Sez. II, par. 1.4.

³³⁰Proprio la scelta di tutela degli interessi dell'incolpevole del danneggiato, ritenuti preminenti dall'ordinamento, è alla base del meccanismo previsto dall'art. 2055 c.c., per mezzo del quale "l'ordinamento, nell'ipotesi di concorso di responsabilità, considera prevalente l'interesse della vittima a essere risarcita per intero, su quello del responsabile a rispondere solo per la parte di danno da lui cagionata.". Così C. SALVI, *op. cit.*, p. 1257.

Eppure, l'analisi del momento applicativo ha dimostrato come ci si possa servire del requisito della pericolosità della cosa per giustificare decisioni tra loro diametralmente opposte: ora escludendo la responsabilità del custode perché il danneggiato “non si sarebbe potuto non accorgere” del pericolo, quindi va ritenuto in colpa; ora imputando la responsabilità al custode perché su di lui devono ricadere le conseguenze pregiudizievoli dei pericoli che sfocino in eventi di danno.

Più che elemento nascosto, ovvero *obiter dictum*, la pericolosità è divenuta nel tempo un grimaldello teorico per giustificare decisioni – o comunque ricostruzioni della fattispecie – che forse ben avrebbero potuto essere prese ricorrendo ad altri validi argomenti, magari più corretti sotto il profilo dogmatico.

Qualunque cosa, pericolosa o meno, può assumere un'efficienza causale – un “dinamismo intrinseco”, secondo larga parte della giurisprudenza – idonea a produrre l'evento di danno. Sarà il doppio limite, da un lato della custodia e dall'altro del fortuito come momento autonomo (e “anomalo”) che rompe il suddetto nesso, a consentire di risolvere praticamente i casi.

La pericolosità, allora, potrà assumere rilievo solo come elemento del fatto da tenere in considerazione per agevolare l'accertamento in punto di colpa del danneggiato, ovvero di attività esercitabile e di imputazione dell'interesse del custode. Essa manifesta la sua utilità se inquadrata quale valido elemento indiziario; si dimostra, viceversa, controproducente per la giustizia del caso singolo – oltre che fuorviante dal punto di vista dogmatico – allorché viene fatta assurgere a requisito indefettibile della responsabilità, con tanto di esclusione aprioristica della stessa in assenza di un evidente situazione “di pericolo”, che non sia obiettivamente osservabile negli istanti precedenti il prodursi del danno.

Potrebbe confermare la suddetta tesi l'argomento della residualità dell'art. 2051 c.c., inteso come norma che chiude il sistema sui danni prodotti da fatti non umani e che comprende nella sua sfera di operatività tutte le ipotesi di danni da cose non riconducibili ad altre fattispecie tipiche.

In queste ultime, infatti, siano esse all'interno o fuori dal codice, la pericolosità non è mai elemento costitutivo della fattispecie. Essa è completamente assente dalla struttura normativa³³¹; ovvero, al più, ne costituisce *ratio legis* ed è immanente alla stessa, là dove si

³³¹ Ciò vale per la responsabilità per danni cagionati da animali (art. 2052 c.c.) o da rovina di edifici (art. 2053 c.c.), o da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.), o ancora per la responsabilità da prodotti difettosi (artt. 114 e ss. Codice del Consumo); fa evidentemente eccezione la sola responsabilità per esercizio di attività pericolosa (art. 2050 c.c.), della cui natura “ibrida” però si è già detto e che non può dunque essere

tratti di norme volute dal legislatore proprio per disciplinare fattispecie dotate per definizione (appunto) di una pericolosità incontrovertibile, costante e intrinseca, tanto che non potrebbe mai ritenersi priva di tale caratteristica nessuna situazione ricadente in quell'area di rilevanza giuridica³³².

1.3. Tra libertà e possesso: attività esercitabile e costo del vantaggio pratico quali elementi (invarianti) identificativi del custode.

La custodia, quale criterio d'imputazione della responsabilità secondo la selezione degli interessi preminenti effettuata dall'ordinamento, può essere inquadrata alla luce di alcuni elementi identificativi.

Primo tra tutti è l'interesse fondamentale sulla cosa, che si sostanzia nel vantaggio pratico derivante dalla stessa quale godimento, diretto o indiretto, che potrà avere natura eminentemente economico-imprenditoriale o meno³³³.

Concorre a identificare il custode, insieme al vantaggio pratico derivante dalla cosa e ad integrazione di quest'ultimo (ove lo stesso non conduca all'identificazione univoca di un soggetto), l'attività esercitabile sulla stessa, a fini di gestione, controllo, manutenzione.

Essa rappresenta il punto di convergenza tra il sopracitato interesse fondamentale della fattispecie e lo *status* generale di libertà dei soggetti. Il custode, in quanto tale, ha una generica libertà nella sua relazione (di fatto e di diritto) con la cosa, essendo soggetto vicinore alla stessa. Ma la realizzazione del suo interesse non può comportare una libertà assoluta e incontrastata nei riguardi della cosa, ove la stessa si traduca nella possibilità di lesione degli interessi altrui.

Ecco quindi che la libertà – riconosciuta al custode per la realizzazione dei propri interessi – deve contemperarsi con la responsabilità che la custodia comporta³³⁴, in un incontro che avviene nell'attività esercitabile sulla cosa: questa, oltre a rappresentare la sintesi tra

annoverata tra le norme da prendere in considerazione per il ragionamento in corso, attesa la sua doppia riconducibilità tanto a fatti non umani che a comportamenti.

³³² Si pensi alla responsabilità prodotta dalla circolazione di navi o aeromobili di cui al codice della navigazione (artt. 482-487 e 966-968 cod. nav.) per urto, spostamento di acqua o aria o altra causa analoga, nonché al danno derivante dall'esercizio di miniere, cave o torbiere (ai sensi del R.D. 29 luglio 1927, n. 1443) o dall'impiego pacifico dell'energia nucleare (Legge 31 dicembre 1962, n. 1860 e ss. mm. e ii.).

³³³ Custode è il proprietario di un capannone industriale ma anche di una piccola struttura destinata a fungere da serra per diletto e per consumi personali; custode è chi si occupi di un uliveto destinato alla produzione intensiva di olio, come chi curi un ulivo nel perimetro della propria abitazione per mere finalità ornamentali (o per fare ombra).

³³⁴ Tornando agli esempi della nota precedente, la libertà della produzione industriale deve fare i conti con i rischi di danni che ciò comporta (il capannone potrebbe causare danni ai fondi attigui a causa di un'infiltrazione, ed esempio) tanto quanto il diletto della serra, che potrebbe essere divelta dal vento e rovinare un fondo altrui, o ferire un malcapitato passante.

interesse fondamentale e libertà dei soggetti, si manifesta altresì quale momento di risoluzione e di “scelta” preferenziale dell’ordinamento tra interessi contrapposti.

Entrambi i citati elementi, vantaggio pratico (derivante dall’interesse fondamentale) e attività esercitabile, costituiscono quelli che la ricerca ha evidenziato come “elementi invariati”, presenti nell’accertamento in forma “nascosta” di *sineddoche* in quanto identificativi di una parte della molteplicità dei poteri riconducibili al custode. Essi finiscono per rinvenirsi nel soggetto che disponga del maggior potere di fatto sulla cosa, purché legittimato da una situazione giuridica soggettiva, *id est* da un potere di diritto. In presenza di soggetti con eguale potere di fatto o di diritto, custode sarà chi può vantare una “maggior somma” tra i due, con prevalenza del primo sul secondo in caso di ulteriore parità della somma algebrica delle suddette situazioni di potere e purché rimanga sempre, in capo a chi verrà qualificato custode, una forma di godimento rispetto alla *res*, quantunque indiretta³³⁵.

Custodia è dunque *genus* comprensivo delle *species* proprietà, possesso, detenzione. La prevalenza dell’uno sugli altri si esprime sinteticamente nella maggiore *vicinitas*, che reca con sé l’invariante attività esercitabile legata al vantaggio pratico sulla *res*. Quest’ultimo potrà configurarsi come godimento diretto³³⁶ o indiretto³³⁷; decisiva sarà la sussistenza dell’attività esercitabile in virtù di un preciso titolo giuridico, quindi del potere di fatto insieme alla situazione di diritto, con prevalenza del primo sulla seconda, in virtù dell’elemento “cosa”, legata indissolubilmente al possesso, più che alla proprietà. La stessa custodia, non reca con sé, nella fattispecie di cui all’art. 2051 c.c., la previsione di un obbligo (di custodire appunto), che porterebbe a una responsabilità in caso di violazione.

Il controllo, la gestione e la manutenzione della cosa, quali estrinsecazioni dell’attività esercitabile, non costituiscono adempimento di una situazione di dovere, ma si configurano piuttosto come manifestazioni del potere di fatto del custode, che nella libertà di agire per soddisfare il proprio interesse sa che l’ordinamento gli imputerà, in caso di lesione di interessi altrui, anche la responsabilità per quanto dalla cosa sarà derivato; ciò senza la necessità di accertare una sua violazione, nemmeno del più generale divieto del *neminem laedere*.

³³⁵ Cfr., in questo capitolo, Sez. II, parr. 5 e 8, ma anche Cap. III, parr. 1.5, 2.3, 3.3 (quest’ultimo, in particolare, per gli echi dell’antica figura della *gewere-saisine*, che incidono anche su questo aspetto).

³³⁶ Per l’ipotesi di un possessore in rapporto esclusivo con la *res*, cioè *corpore et animo*; ovvero per l’ipotesi di un detentore che, proprio per il suo maggior potere di fatto e il godimento diretto, a sua volta escluda la configurabilità della qualifica di custode in capo al possessore.

³³⁷ È la classica ipotesi della Pubblica Amministrazione, che gode indirettamente (attraverso le entrate tributarie) dei beni che al contempo le appartengono e sono suoi elementi materiali costitutivi.

Il che val quanto dire che, pur potendo in ipotesi il custode ben essere in colpa per aver posto in essere un comportamento imprudente o malaccorto, ovvero ancora per una negligente omissione, tale circostanza, tuttavia, non rileva per la configurazione della responsabilità che qui ci occupa e non dovrà, pertanto, essere accertata ai fini della condanna al risarcimento.

L'ordinamento, non si dimentichi, con la previsione di un danno ingiusto *in re ipsa*, ha già provveduto ad una scelta dell'interesse ritenuto prevalente nel rapporto tra quelli in gioco, eliminando all'uopo l'accertamento indefettibile di una condotta colposa o dolosa, ma indirizzando l'interprete verso la (mera) individuazione di un soggetto che – alla luce di quegli elementi orientativi che la ricerca ha fatto emergere nella loro decisività e capacità discrezionale – può essere ritenuto responsabile in quanto custode della cosa (non già in quanto danneggiante colpevole).

Alla luce di questi risultati, la nozione di cosa e di custodia, nella loro rilevanza e operatività complementare, sembrerebbero confermare che le categoria di riferimento ai fini dell'accertamento dei fatti è quella del possesso, più che quella della proprietà. D'altra parte, se oggetto della proprietà sono i beni, oggetto di possesso sono proprio le cose.

Conseguentemente, in adesione a quanto l'attuale dottrina maggioritaria ma anche i più recenti approdi giurisprudenziali affermano, la responsabilità da cose in custodia può essere inquadrata come fattispecie di natura oggettiva.

Non solo la colpa del custode non va annoverata tra gli elementi costitutivi della fattispecie, ma l'eventuale dimostrazione della sua assenza non potrà costituire oggetto di prova liberatoria.

La circostanza dell'irrelevanza della colpa ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., tuttavia, non equivale a rendere questa norma un'ipotesi di responsabilità per "pura causalità", dal momento che gli elementi nascosti individuati, determinanti per far emergere gli interessi meritevoli della fattispecie, selezionano solo quelle circostanze del fatto decisive per la verifica dell'ipotesi di danno tipizzata dal legislatore.

Essi consentono un fenomeno di adattamento dell'effetto al fatto, dando all'interprete la possibilità di selezionare non ogni vicenda di danno, ma solo quella che possa essere ricondotta nell'alveo delle categorie determinate dal *ius positum*.

Inoltre, essi³³⁸ non solo identificano il custode, ma riempiono di significato la stessa nozione di custodia quale criterio d'imputazione della responsabilità, dal momento che – nel loro reciproco operare quali elementi invarianti³³⁹ della fattispecie – evidenziano anche il legame tra il custode e la cosa.

Difatti, a ben vedere, il criterio di imputazione di una fattispecie di responsabilità si sostanzia nell'individuazione di quel punto di collegamento operato dall'ordinamento tra l'elemento da cui l'evento lesivo si origina (la cosa) e il soggetto cui è imputata la responsabilità (il custode). E se il legame tra fonte del danno e soggetto responsabile è evidenziato dal binomio costo del vantaggio pratico-attività esercitabile, questa coppia di elementi invarianti rappresenta al contempo lo strumento identificativo del criterio d'imputazione della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.: ciò in quanto essi, mentre consentono di individuare il custode, ne svelano parimenti il legame con la cosa.

Il criterio d'imputazione, in tal modo, diventa momento di sintesi degli interessi in gioco, chiave ermeneutica per cogliere la scelta dell'ordinamento rispetto all'elemento di fatto ritenuto maggiormente rilevante per far ricadere la responsabilità risarcitoria su uno specifico soggetto.

Esso si distingue tanto da una mera “parafrasi” della norma, quanto da una superfetazione (e inutile ripetizione) delle caratteristiche del responsabile, così come dalla natura e dal fondamento della responsabilità.

1.4. Caso fortuito: fattore autonomo diverso ma “misurato” dall'attività esercitabile.

Una volta qualificati la cosa e la custodia e descritto il criterio d'imputazione, risulta più agevole comprendere le caratteristiche della prova liberatoria che potrà essere fornita dal custode.

Il caso fortuito, non potendo consistere in una dimostrazione di non colpevolezza, andrà qualificato come quella circostanza, autonoma rispetto alla cosa e “anomala” rispetto a ciò che possa ritenersi astrattamente verificabile, che elide il nesso causale tra la stessa cosa e l'evento lesivo.

Non attiene dunque alla diligenza nella custodia.

³³⁸ Non si dimentichi che l'attività esercitabile, in particolare, rappresenta anche elemento di sintesi e *reductio ad unitatem* tra lo stesso vantaggio pratico (altro elemento invariante) derivante dalla cosa e lo stato generale di libertà dei soggetti.

³³⁹ Pur non esplicitati e presenti nella forma di *sineddoche*.

Tuttavia, gli elementi invariati che la ricerca ha evidenziato incidono anche su questo elemento della fattispecie. Così, soprattutto la nozione di attività esercitabile, in sede di valutazione della sussistenza e del margine di operatività del fortuito, ha una funzione eminentemente delimitativa della sfera di rilevanza di quest'ultimo.

Per essere il fortuito una circostanza autonoma e anomala rispetto a ciò che possa dipendere dalla cosa, occorre infatti uno strumento che ne consenta di misurare il grado di estraneità.

Un elemento di fatto, candidato a rilevare quale prova liberatoria, potrà dirsi integrativo del fortuito allorché se dimostri la sua totale estraneità rispetto alla sfera di attività (di controllo) esercitabile dal custode, a prescindere dalla circostanza per cui questi si sia o meno attivato.

Non conta, dunque, se il custode abbia posto in essere uno sforzo diligente, ma solo se l'evento (per l'appunto) autonomo possa ritenersi in grado di vanificare una qualsivoglia attività di controllo, in disparte del fatto che detta attività sia stata o meno posta in essere.

In quest'ottica va considerato il termine "rottura" del nesso causale tra cosa e danno: se costo del vantaggio pratico e attività esercitabile – s'è visto *supra* – individuano il custode, al tempo stesso consentono di verificare quando una circostanza non abbia alcun legame eziologico con la cosa, mediante un accertamento delle circostanze del singolo caso concreto.

L'esercizio di un'attività di controllo potrà dunque esserci o meno; un fatto potrà integrare l'ipotesi del fortuito qualora ne venga accertata l'idoneità a rendere comunque vana la suddetta attività. Ciò comporta l'estraneità alla cosa, dal momento che, se così non fosse, quel fatto sarebbe rientrato nell'alveo dell'attività esercitabile³⁴⁰, che ha ad oggetto proprio la *res*³⁴¹ e la cui valutazione, in definitiva, non ha la funzione di verificare la diligenza della custodia quale comportamento che elimina la colpa e dunque la responsabilità; essa, invero, funge da parametro di riferimento – senza che rilevi il suo effettivo (e diligente) esercizio o meno – per "misurare" il grado di autonomia ed estraneità di una circostanza la

³⁴⁰ In quanto prevedibile ed evitabile. Ecco allora giustificato il ricorso costante, soprattutto da parte della giurisprudenza, alle nozioni di imprevedibilità e inevitabilità, da considerare però in un'ottica "oggettivizzata". Cfr. Cap. I, Sez. II, parr. 5.1 e 5.4.

³⁴¹ Una simile ricostruzione rende comprensibile e giustifica quell'orientamento giurisprudenziale che, nel valutare la rilevanza del fortuito, ne sottolinea l'autonomia e la sua capacità di rottura del nesso *res*-danno allorché "le repentine e non specificatamente prevedibili alterazioni dello stato della cosa [...], nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possano essere rimosse o segnalate, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere" (Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, *cit.*, seguita poi da altre pronunce del medesimo tenore). Cfr. *amplius*, in questo capitolo, Sez. II, parr. 2.5 e 2.7.

quale, ove non rientri nel margine di operatività e gestibilità della cosa, non potrà essere ricollegata alla stessa e si configurerà, conseguentemente, quale origine autonoma del danno.

Solo in questa accezione può dirsi che il fortuito è circostanza che esula dall'attività di controllo esercitabile dal custode³⁴², secondo un'impostazione di coerenza e al tempo stesso di conferma della natura oggettiva della responsabilità.

1.4.1. Elemento di riscontro: differenza tra fatto ignoto e fatto del terzo rimasto ignoto.

Una simile ricostruzione teorica può essere corroborata facendo riferimento, in primo luogo, alla distinzione tra fatto ignoto e fatto del terzo rimasto ignoto nonché, successivamente, alla limitazione temporale della rilevanza del fortuito rispetto a situazioni di alterazione della cosa provenienti da terzi e in grado di cagionare danno.

Quanto al primo profilo, può affermarsi che, mentre il fatto del terzo rimasto ignoto libera il custode da responsabilità, ciò non avviene per il fatto ignoto³⁴³.

Nel primo caso, si ritiene integrato il caso fortuito poiché si manifesta una circostanza evidentemente riconducibile ad altri e, per questo, del tutto estranea alla cosa e autonoma rispetto alla sfera dell'attività esercitabile dal custode. Le circostanze verificatesi sono a lui completamente estranee³⁴⁴, cosicché non si ritiene giusto imputargli il costo di un danno, sol perché chi lo abbia in effetti originato non possa essere individuato con certezza. In questo caso, sarà il danneggiato a dover sopportare le conseguenze dell'evento lesivo senza avere possibilità di risarcimento: i costi restano nella sfera giuridica in cui si sono prodotti *ab initio*.

Diversamente un fatto ignoto, non potendo essere eziologicamente riconducibile con certezza a cause estranee alla *res* ovvero a comportamenti di altri soggetti, difetta della caratteristica fondamentale del fortuito, ovvero sia la comprovata autonomia rispetto alla cosa e (quindi) alla sfera di attività esercitabile dal custode³⁴⁵. Così, nella valutazione

³⁴² Con conseguente non operatività dell'garanzia, quale meccanismo inteso attecnicamente ma con finalità descrittiva (vedi, in questo capitolo, Sez. I, par. 8.2).

³⁴³ Cfr. Cass. civ., 29 marzo 2012, n. 5072, in *Dir. e Giust. online* 2012, che distingue tra l'ipotesi in cui è la causa ad essere ignota, rimanendo il danno a carico del custode, da quella in cui v'è certamente un terzo quale autore del danno, che tuttavia è rimasto ignoto, precisando che "in questo caso, essendo interrotto il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso, il custode non risponde del danno". In senso conforme si esprimeva già Cass. civ. 20 gennaio 1982, n. 365, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1.

³⁴⁴ Ciò in quanto "l'individuazione precisa del terzo non costituisce un elemento essenziale per la prova dell'interruzione del nesso eziologico": così Cass. civ., 29 marzo 2012, n. 5072, *cit.*

³⁴⁵ Osserva in proposito G. SPINA, *La responsabilità del custode ex art. 2051 c.c. tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva*, *cit.*, p. 1546, che "il permanere dell'obbligo risarcitorio in capo al custode nel caso

complessiva degli interessi in gioco, in una situazione di incertezza simile, è coerente che le conseguenze pregiudizievoli cadano sul soggetto che trae beneficio dalla *res*, come costo del suddetto vantaggio e quindi, in definitiva, della libertà. In questa ipotesi, infatti, la mancata certezza dell'estraneità del fattore produttivo del danno rispetto alla cosa (*id est*, alla sfera di attività esercitabile sulla stessa dal custode) consente di ritenere comunque sussistente il diritto al risarcimento per il danneggiato e di allocare i costi nella sfera giuridica del custode³⁴⁶.

1.4.2. Fatto del terzo e rilevanza temporalmente limitata: conoscenza, programmazione e “messa in dolo” come termine finale del fortuito.

Un'altra peculiare situazione che di fatto spesso si configura, collegata alle precedenti, è forse in grado di confermare ulteriormente quanto sin qui osservato: si tratta della rilevanza “temporalmente limitata” da assegnare al fatto del terzo come ipotesi di fortuito, al fine di rendere coerente tutta la gamma delle vicende astrattamente verificabili con il sistema individuato, ma anche di risolvere numerosi casi pratici

Presupposto di fondo è la non configurabilità *sine die* di un fatto del terzo come fortuito; passaggio ulteriore è la ricerca del *terminus ad quem* rispetto alla sua finestra temporale di operatività. I casi che coinvolgono il custode pubblico si rivelano, per questi fini, terreno privilegiato d'indagine³⁴⁷.

Le ipotesi da verificare per l'accertamento dell'*an* (prima) e del *quando* (poi) del termine finale di rilevanza del fatto del terzo quale fortuito sono tre in particolare: la conoscenza autonoma del fatto del terzo da parte del custode; la “programmazione” di attività (verosimilmente di riparazione e manutenzione) sulla *res* in seguito all'intervento del terzo che ne ha alterato lo stato; la “messa in dolo” del custode rispetto al fatto del terzo verificatosi.

Nella prima ipotesi, il fatto di conoscenza dell'intervento di un terzo da cui sia dipeso un evento lesivo funge da circostanza che innesca un meccanismo di adattamento dell'effetto

del fatto ignoto è [...] connesso alla circostanza del permanere dell'incertezza sull'individuazione della concreta causa del danno.”

³⁴⁶ Non è giusto, infatti, che questi possa “giovarsi dell'ignoranza dello stato della cosa o dell'incertezza circa la causa dell'evento”: così *Ibidem*; cfr. anche G. BELLÌ, *Cose in custodia, incendio, caso fortuito e aggravamento della prova liberatoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 222.

³⁴⁷ È proprio nei casi di beni appartenenti ad enti pubblici, in quanto dotati di particolare estensione, che si manifesta la maggiore probabilità da un lato di verifica di cause di danno riconducibili a terzi, quali fruitori del bene, dall'altro di un'obiettivo non immediata possibilità, per il custode pubblico, di avvedersi delle fonti di pericolo che si concretizzano sui beni.

(appunto) al fatto. Finché il custode non possa avvedersi di un fattore estraneo, provocato da terzi, che faccia cagionar danno dalla cosa ad altri, a lui non sarà imputabile il costo della responsabilità, perché la rilevanza del fatto del terzo è tale da elidere il legame tra evento e cosa, rendendo quest'ultima mera occasione del danno. Tuttavia, questo scenario può valere per un tempo limitato, cioè solo all'interno della finestra temporale in cui qualsivoglia possibilità di attività esercitabile sarebbe comunque vanificata da un concatenarsi degli eventi repentino, anomalo e autonomo. Così, se su un tratto di strada un mezzo in transito improvvisamente perde una grossa quantità di sostanza oleosa e scivolosa, che poi cagioni lo sbandamento e l'incidente (con danni a cose e/o a persone) di un altro mezzo che passi dallo stesso tratto successivamente, potrà dirsi integrato il caso fortuito. Ma la rilevanza dello stesso come fatto del terzo potrà valere solo temporaneamente: i presupposti di repentinità che avevano portato ad escludere qualsiasi attività esercitabile dal custode vengono meno nell'istante in cui questi (la P.A. proprietaria o l'ente concessionario, nel nostro caso) venga a conoscenza della situazione di pericolo. Egli, infatti, diviene in grado di porvi rimedio³⁴⁸, sicché si verifica un effetto "ripristinatorio" della possibilità di imputare eventuali conseguenze pregiudizievoli di un evento di danno al custode, grazie al legame tra costo del vantaggio pratico e attività esercitabile.

Si badi, però, che l'eventuale (successivo) evento lesivo genererà gli effetti risarcitori in capo al custode non già per essere questi incorso in un'omissione colposa di mancata riparazione e/o manutenzione della *res*; se così fosse, l'impostazione ermeneutica difetterebbe di coerenza sistematica, andando a rievocare l'operatività di una forma di responsabilità basata sulla colpa (sebbene presunta), piuttosto che oggettiva.

Invero, il custode incorrerà in responsabilità sol perché un ipotetico, successivo, evento di danno torna a ricadere nella sua sfera soggettiva, a prescindere dall'essere egli in colpa o meno per non aver – negligenteente e imprudentemente – provveduto a ripristinare lo stato di sicurezza della cosa, eliminando la fonte di pericolo. Non si vuole qui negare che, di fatto, il custode potrebbe verosimilmente aver colpevolmente ommesso di attivarsi; si

³⁴⁸ Osserva in proposito, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2016, n. 13222, in *Banca dati De Jure* (che verrà *infra* analiticamente commentata), come si possa configurare il caso fortuito solo "allorquando l'evento dannoso si sia verificato prima che il custode abbia potuto rimuovere, nonostante l'attività di controllo espletata con la dovuta diligenza al fine di tempestivamente ovviarvi, la straordinaria ed imprevedibile situazione di pericolo determinatasi". Cfr. nota 250 per altri precedenti conformi.

afferma solo che una circostanza simile non ha rilevanza per l'operatività della fattispecie³⁴⁹.

Ai medesimi risultati conduce la seconda ipotesi avanzata come momento in cui viene meno la "parentesi temporale" di fortuito, ovverosia la programmazione dell'attività³⁵⁰ da parte del custode. Anzi, essa costituisce punto di riferimento ancora più granitico per il ripristino dell'imputazione del danno al custode, in quanto indice presuntivo *iuris et de iure* della possibilità di esercizio dell'attività, che a sua volta comprende in sé l'intera prima ipotesi *testé* presa in esame. Se il custode ha programmato un'attività di riparazione o comunque di eliminazione di una fonte di pericolo dalla cosa, allora *a fortiori* può ritenersi certa la conoscenza, da parte sua, della situazione di pericolo. Quand'anche questa sia stata originata da un fatto del terzo e abbia in ragione di ciò provocato un evento lesivo, per il quale – stante l'operatività del fortuito – il malcapitato danneggiato non può ottenere il risarcimento dal custode, ciononostante, a partire dal momento in cui programma l'attività³⁵¹, il custode torna ad essere potenzialmente responsabile³⁵². A lui potranno nuovamente essere imputati i costi di un eventuale altro evento lesivo: tornano infatti ad assumere rilievo gli elementi invarianti del (costo del) vantaggio pratico e dell'attività esercitabile, quali ponte di collegamento tra *res* e custode, oltre che giustificazione del criterio d'imputazione. Neanche in questo caso andrà riconosciuta rilevanza alla diligenza o meno del custode, pur potendo questa costituire un fattore recondito ma determinante per il verificarsi del danno³⁵³.

Da ultimo, andrà presa in considerazione l'ipotesi in cui il custode, pur non avendo da sé conoscenza di un fatto del terzo idoneo a cagionare danno autonomamente rispetto

³⁴⁹ Di certo, però, se il custode si attivi per eliminare la fonte di pericolo, egli farà notevolmente diminuire le possibilità di verificazione di eventi di danno. Ma la valutazione in termini di costi-benefici, che potrebbe essere sottesa ad un'eventuale scelta di intervento, spetta a lui solo e non costituisce elemento valutabile nella fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.

³⁵⁰ Sia essa volta alla manutenzione della cosa, o alla sua riparazione, ovvero a liberarla da intervenute fonti di danno quali corpi estranei ad essa.

³⁵¹ Dimostrando, peraltro, un comportamento certamente prudente e diligente.

³⁵² E infatti il custode (anche quello pubblico) dovrebbe rispondere anche se un'attività di manutenzione era stata già programmata, a riprova del fatto che un comportamento diligente (sempre ammesso che tra la programmazione dell'attività di manutenzione e la sua effettiva realizzazione trascorra una parentesi di tempo ragionevolmente breve) non esclude per ciò solo la responsabilità.

³⁵³ Basti pensare alla circostanza per cui una diligente programmazione può portare ad una celere riparazione o eliminazione delle fonti di danno dalla *res*, laddove un'ingiustificata e imprudente dilatazione dei tempi d'intervento aumenta considerevolmente le possibilità che si verifichi un evento di danno. La colpa del custode, in questo senso, è elemento che può certamente essere sotteso allo svilupparsi degli eventi, determinandone tempi e modi. Tuttavia, per scelta di diritto positivo, la serie evenemenziale degli elementi di fatto rilevanti per l'efficacia della norma è considerata a partire da un momento successivo, la cui origine può o meno essere colposa, senza per questo condurre a conseguenze diverse dal punto di vista degli effetti della responsabilità.

all'incidenza causale della *res*, venga tuttavia “avvisato” e messo nelle condizioni di rendersi conto della situazione da altri.

Scatta in questo modo un meccanismo di “messa in dolo”, che manifesta un ritorno fenomenologico alla genesi della fattispecie, viste le inequivocabili affinità con l'istituto della *cautio damni infecti* già presa in esame³⁵⁴. Quella serviva, nell'antico diritto romano, a tutelare chi temesse danno da un vizio proveniente da un fondo o da un edificio, mediante l'apposito rimedio che consentiva, dopo aver invocato il *decretum* del pretore, di ottenere apposita cauzione o, in alternativa, di immettersi nel possesso della *res*³⁵⁵: il peculiare meccanismo della *cautio serviva* proprio a “mettere in guardia” il proprietario, di modo che il danno, pur provenendo dalla cosa, fosse comunque riconducibile da una specifica sfera soggettiva. Allo stesso modo, con una struttura normativa simile, in questa ipotesi tipica della modernità, soprattutto nel caso del custode pubblico³⁵⁶, si verifica la medesima situazione descritta nella prima ipotesi, con conseguente possibilità, da un lato, che il custode intervenga, dall'altro che gli vengano imputate le conseguenze di un successivo evento di danno, essendosi ripristinata la rilevanza del binomio attività esercitabile-costi del vantaggio pratico.

Viene ancora una volta confermato, in tal modo, il rilievo della sineddoche nella fattispecie *de qua*. Ma soprattutto, si rinviene una giustificazione teorica di tutte quelle pronunce che, soprattutto in casi di custode pubblico, escludono la responsabilità invocando l'ormai nota “impossibilità di controllo nonostante la vigilanza espletata”.

Utilizzando il meccanismo descritto di adattamento degli effetti, questo orientamento giurisprudenziale può in tal modo essere sciverato da tutti i passaggi e le (più o meno consapevoli) imbeccate di responsabilità per colpa – che si presentano subdolamente ma inevitabilmente per risolvere questioni apparentemente inestricabili – rimanendo il solo riferimento ai parametri della responsabilità oggettiva.

³⁵⁴ Vedi Cap. II, par. 4.3.

³⁵⁵ Si trattava della *missio in possessionem ex primo decreto* dopo la quale, qualora il proprietario avesse persistito nel rifiutarsi di prestare cauzione, faceva seguito una *missio ex secundo decreto*, con cui veniva attribuito a chi si era rivolto al pretore un possesso idoneo all'usucapione.

³⁵⁶ L'ipotesi, invero, ben potrebbe riguardare anche una cosa in custodia di un privato, non oggetto di utilizzazione generale e diretta come gran parte dei beni pubblici (strade, marciapiedi ecc.). Si pensi al caso di un albero i cui rami siano stati resi pericolanti da un taglio parziale e maldestro effettuato non già dal proprietario, ma da un vicino (magari per dispetto, o anche per eliminare la parte della chioma che sporgeva sul suo fondo). La caduta dei rami su un ignaro e incolpevole passante, in un momento temporalmente non lontano dal taglio operato dal vicino, potrebbe portare a un accertamento della responsabilità di quest'ultimo. Ma se il custode venga avvertito dell'insidia venutasi a creare, scatterebbe allora il termine finale di efficacia della parentesi di fortuito, tornando il suddetto custode a poter vedere a lui imputate le conseguenze risarcitorie di un eventuale, successivo danno.

Il riferimento ad una (programmata o meno) attività di controllo *inutiliter data* non dovrà necessariamente recare con sé l'invocata (e pur sempre da provare) circostanza della diligenza del custode, ma potrà essere considerato nella sua rilevanza oggettiva, distinguendo temporalmente quando il fortuito renda la cosa mera occasione del danno rispetto al momento in cui venga ripristinato il legame tra la cosa e l'attività esercitabile sulla stessa.

1.5. Assunzione del rischio tra “bene-ficio” e “bene-danno”.

Conclusivamente, resta da considerare il fondamento della fattispecie normativa.

Gli interessi che entrano in gioco nella dinamica dei fatti consentono allo studioso di scorgere quella *ratio legis* che ha spinto alla formalizzazione giuridica di un valore, nell'ottica della soddisfazione dell'interesse ad esso sotteso.

Nella responsabilità da cose in custodia la ricerca ha consentito, per un verso, di evidenziare come intendere i vari elementi della fattispecie, quali la cosa, la custodia, il caso fortuito, secondo quanto si è appena tentato di chiarire; per altro verso, è stata anche avanzata la tesi della rilevanza dei così detti elementi invarianti dell'imputazione dell'interesse fondamentale quale costo del vantaggio pratico e dell'attività esercitabile. L'adeguatezza del loro inquadramento teorico, ma anche della loro utilità pratica in sede di risoluzione dei casi concreti, per come si è cercato di argomentare, ha messo in luce l'impostazione oggettiva della fattispecie, anche rispetto al profilo dell'attività esercitabile dal custode. Questo elemento, che potrebbe adombrare una situazione di dovere in capo al custode, andrà invece inquadrato in termini oggettivi, secondo quanto emerso anche grazie all'argomento della differenziazione tra fatto ignoto e fatto del terzo rimasto ignoto.

La non rimproverabilità del custode per i danni derivanti dalla cosa, ma la mera rilevanza obiettiva degli stessi – sempre in assenza di un ulteriore elemento del fatto che integri il caso fortuito – fa da contraltare al “bene-ficio” che sullo stesso custode ricade in virtù dell'utilizzazione (*id est*, attività esercitabile) della *res*: in ciò si sostanzia l'elemento invariante del vantaggio pratico, sia esso di natura economico imprenditoriale ovvero non patrimoniale.

Se la cosa è (portatrice di) bene(ficio) per il custode, e se un eventuale danno derivante dalla stessa non gli verrà imputato esclusivamente in presenza di un contegno colposo,

allora la circostanza che il custode dovrà sostenere i costi del danno³⁵⁷ può essere qualificata come rischio, calcolato o calcolabile, ma comunque su di lui incombente.

L'accezione di rischio cui ci si riferisce non coincide esattamente con quella di "profitto", riconducibile ad autorevole dottrina del secolo scorso³⁵⁸, che collegava la responsabilità a una dimensione imprenditoriale o comunque precipuamente economica: l'esercizio di un'impresa – si affermava – comporta l'inevitabile prodursi di danni, che andranno risarciti dall'imprenditore, anche se incolpevole, purché siano economicamente valutabili e tipici rispetto all'impresa esercitata, rappresentando così un "costo di produzione" nei confronti del quale l'imprenditore può assicurarsi³⁵⁹. Siffatta impostazione finisce per distinguere le attività economiche da quelle biologiche: le prime presuppongono una "decisione", "continuità" ed "organizzazione" e giustificano la responsabilità oggettiva fondata sul rischio; le seconde non sono organizzate, di talché sarebbe sufficiente una loro regolamentazione mediante la sola responsabilità per colpa, non esistendo per queste "condizioni generali di rischio"³⁶⁰.

Un simile assunto manifesta *ex se* delle incongruenze rispetto a quanto emerso dalla presente ricerca: la *littera legis* dell'art. 2051 c.c.³⁶¹ s'è visto non regolamentare situazioni in cui emergono esclusivamente interessi economici³⁶².

Né tantomeno, la tesi sostenuta è esattamente riconducibile alla così detta "teoria del pericolo" – pur avendone maggiori punti di contatto –, anch'essa autorevolmente sostenuta³⁶³ per giustificare il criterio d'imputazione della responsabilità, ritenuto così più congruamente ricondotto ad un "profilo strettamente giuridico" di "rapporti fra le varie sfere intersoggettive", finalizzati a difendere la collettività "dai pericoli vecchi, ed indi da

³⁵⁷ Quale secondo elemento della coppia oppositiva bene-danno.

³⁵⁸ Che assurge a presupposto di fondo di tutta la costruzione teorica di M. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

³⁵⁹ Il che giustificherebbe l'affermazione secondo cui nell'insieme dei danni risarcibili ricadono anche quelli inevitabili: questi non costituiscono ipotesi di fortuito, diversamente dai danni imprevedibili, che rappresentano invece limiti esterni del rischio. Cfr. *Ivi*, pp. 30-49.

³⁶⁰ *Ivi*, pp. 43-44.

³⁶¹ Ma anche di altre norme ad esso affini, che ne precedono la residualità.

³⁶² La derivazione di siffatta tesi dall'analisi economica del diritto ne rivela al contempo le suggestive prospettive ma anche i limiti ineludibili di fronte ai principi dell'interpretazione; non potendosi invocare un principio che limiti inopinatamente e ingiustificatamente la portata normativa delle fattispecie, qualora l'applicabilità della stessa fosse ristretta al solo fenomeno imprenditoriale. Per un maggiore approfondimento della tesi, cfr. già il Cap. I, Sez. II, par. 3.2.

³⁶³ La sua formulazione si deve al Comporti. Una sua chiara esposizione è rinvenibile in M. COMPORTI, *Fatti illeciti*, cit., pp. 68-75.

quelli nuovi”, che la minacciano³⁶⁴. Il principio ispiratore di tale dottrina è quello secondo cui “colui che crea, e tiene fonti di esposizione al pericolo per la collettività, è ugualmente obbligato al risarcimento dei danni conseguenti, indipendentemente dalla colpa”³⁶⁵.

Senonché, gli esiti della presente indagine hanno condotto ad affermare che una “situazione importante una elevata probabilità di danno per i terzi”³⁶⁶ non è presupposto necessario né requisito intrinseco della fattispecie di danni da cose. Il danno che dovesse comunque sprigionarsi, anche in assenza di tale pericolosità, non impedirà, comunque, il sorgere della responsabilità in capo al custode: ciò in quanto alla base della fattispecie vi è un criterio di imputazione non già “del pericolo”³⁶⁷, bensì dell’interesse fondamentale della fattispecie, ovverosia di quel vantaggio pratico che si ritrae dalla *res* come godimento diretto o indiretto e che legittima, unitamente al potere di fatto (attività esercitabile), la qualifica di custode grazie alla sua caratterizzazione come “invariante” della fattispecie.

In tal modo, si possono spiegare più agevolmente tutte le situazioni astrattamente verificabili, caratterizzate da un interesse non necessariamente economico, essendo la coppia oppositiva “bene-ficio – bene-danno” idonea a riassumere i campi del giuridicamente possibile e rilevante secondo l’ordinaria quotidianità, qualunque sia la natura della cosa³⁶⁸ o la qualifica soggettiva del custode.

L’assunzione del rischio è dunque fondamento dell’art. 2051 c.c. in quanto elemento in grado di inquadrare il valore che giustifica la fattispecie e che è stato giuridicizzato per tutelare gli interessi ad esso sottesi, ovverosia quelli del danneggiato incolpevole, mediante l’allocazione dei costi del risarcimento in capo a chi sia stato scelto come soggetto più adeguato alla loro sopportazione.

Il parallelismo rinvenibile dalla *ratio legis* così inquadrata è il seguente: chi dalla cosa trae “bene-ficio” deve essere lo stesso soggetto che sopporta i costi del danno, *id est* del non (più) bene giuridico.

³⁶⁴ *Ivi*, pp. 71-72. Si afferma, infatti, che la tesi è valida “anche in considerazione del fatto che la responsabilità aquiliana obiettiva è dominata dall’esigenza di difesa dell’individuo dai pericoli sempre più minacciosi che nel mondo moderno su di lui incombono.” In tal modo, il legislatore può non vietare *tout court* le attività pericolose, ma permetterle “prescrivendo tutte le dovute cautele dirette a prevenire il massimo degli incidenti.”

³⁶⁵ Egli è infatti comunque in grado di “dominare od evitare i pericoli creati” (*Ivi*, p. 73). Proprio il differente grado di pericolosità della situazione giustificherebbe la qualifica di responsabilità oggettiva assoluta o relativa

³⁶⁶ *Ivi*, p. 73.

³⁶⁷ *Ivi*, p. 75.

³⁶⁸ Purché sempre rientrante nell’alveo di sussumibilità dell’art. 2051 c.c. in base ai criteri discretivi individuati grazie all’opera di analisi sinottica (supra, Sez. II, par. 1), che ha consentito di sottrarre ciò che è rilevante per altre fattispecie normative.

2. Esperimento mentale su un caso giurisprudenziale: Cass. civ. n. 13222/2016.

La proposta *de iure condito* appena avanzata, di inquadramento cioè della struttura della fattispecie in maniera dogmaticamente coerente e praticamente soddisfacente, senza rinunciare alla tutela degli interessi preminenti che entrano in gioco, può a questo punto essere sottoposta ad una “prova di resistenza”. Se ne verificherà la validità teorica e l’adeguatezza pratica immaginando di risolvere, secondo i criteri da essa individuati, un caso già sottoposto recentemente al vaglio della giurisprudenza di legittimità. Dopo aver descritto la fattispecie concreta, si analizzerà il *decisum* degli ermellini, evidenziandone gli snodi maggiormente problematici; si tenterà, con un successivo esperimento mentale, di immaginare un’ipotetica decisione – più o meno diversa, eventualmente, per dispositivo o *ratio decidendi*, da quella cui la Corte è effettivamente pervenuta – giustificandola alla luce dei criteri e dei principi di diritto enucleati alla luce della suddetta proposta, quale sintesi degli esiti della ricerca.

Potrà così riscontrarsi se possano effettivamente risolversi i problemi di coerenza manifestati di recente da certa giurisprudenza; se vengano comunque adeguatamente tutelati gli interessi in gioco; se trovino conferma il fondamento dell’assunzione del rischio e l’elemento invariante dell’attività esercitabile come funzione del costo della libertà e del vantaggio pratico.

Il caso riguarda una richiesta di risarcimento dei danni lamentati da una signora in conseguenza della frattura del collo femorale sinistro subita all’esito di caduta avvenuta l’antivigilia di Natale all’interno di un panificio. L’attrice conveniva in giudizio il titolare dell’esercizio commerciale, ritenendolo responsabile ai sensi dell’art. 2051 c.c. e affermando in proposito di essere scivolata a causa della “presenza sul pavimento di grasso ed altre sostanze alimentari”.

Il Tribunale di Palermo, con provvedimento datato 11 marzo 2005, accoglieva la domanda proposta dalla malcapitata signora; la Corte d’Appello di Palermo riformava la precedente pronuncia, accogliendo successivamente (18 febbraio 2013) l’impugnazione promossa dal “custode” titolare del panificio; infine, la Corte di Cassazione, Sezione III, n. 13222 del 27 giugno 2016³⁶⁹, ha cassato con rinvio la sentenza di seconde cure, ritenendo fondato il ricorso proposto dalla danneggiata.

³⁶⁹ Il testo integrale è disponibile sulla *Banca Dati De Jure*.

Quest'ultima denunciava violazione e falsa applicazione degli artt. 2051 e 1227 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, lamentando l'erronea esclusione, da parte della corte di merito, della responsabilità ex art. 2051 c.c., che aveva ritenuto "non provata la circostanza che sul pavimento del panificio "G." fosse presente una sostanza oleosa, essendo rimasto accertato solo che il pavimento era bagnato per la pioggia, sicché "ove l'attrice avesse prestato attenzione l'evento non si sarebbe verificato".

La ricorrente affermava inoltre come incomba sul custode l'onere di prevedere che, all'interno del negozio, si possano "creare pericoli per i clienti e prendere provvedimenti per evitarli"³⁷⁰; lo stesso custode³⁷¹, inoltre, per liberarsi dalla responsabilità avrebbe dovuto dare la prova del fortuito.

L'*iter* argomentativo della corte di legittimità prende avvio con l'affermazione secondo cui "custodi sono tutti i soggetti, pubblici o privati, che hanno il possesso o la detenzione (legittima o anche abusiva) della cosa"³⁷².

Il riferimento al possesso giustificerebbe la nozione di custodia come potere di fatto (più che di diritto) sulla cosa; per questo ordinariamente il custode è il proprietario, ma ben potrebbe essere un'altra figura soggettiva³⁷³, purché nella disponibilità della cosa e dotata di "poteri di effettivo controllo" sulla medesima³⁷⁴.

Pur avendo impostato la ricostruzione della fattispecie in termini apparentemente oggettivistici, la Corte ritiene tuttavia necessario specificare che il custode è gravato da "obblighi di manutenzione e controllo della cosa custodita", tanto da ricondurre l'ipotesi di un eventuale sinistro "come nella specie avvenuto all'interno o nell'ambito della cosa in custodia" alla "omessa o insufficiente relativa manutenzione" della stessa, con ciò scivolando verso una (più o meno implicita) ricostruzione attenta al comportamento (quantomeno omissivo) del custode³⁷⁵.

³⁷⁰ Dal momento che "i sigg. G. [titolari dell'esercizio commerciale, *n.d.r.*] avrebbero dovuto prevedere che il pavimento (in marmo) costituiva un pericolo per i clienti, proprio a causa della pioggia che cadeva quel giorno copiosamente."

³⁷¹ In realtà si trattava di più soggetti, quali coeredi del precedente titolare del negozio.

³⁷² E si evidenzia come questo sia un presupposto interpretativo ormai consolidatosi: vengono richiamate in proposito Cass. civ. 3 giugno 1976, n. 1992; Cass. civ. 20 febbraio 2006, n. 3651, *cit.*; Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20317, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7-8.

³⁷³ Questa specificazione risolve immediatamente il problema della non necessaria riconducibilità del custode univocamente al titolare del diritto di proprietà sul bene (di cui la cosa costituisce substrato materiale).

³⁷⁴ Poteri che potrebbero essere condensati nell'elemento invariante dell'attività esercitabile sulla *res*.

³⁷⁵ Scivolando così in quella "dissociazione tra principio declamato e [...] regola operativa applicata" denunciata da chi individuava nell'*iter* motivazionale di altre sentenze in tema di danni da caduta – non dissimili sotto questo profilo da quella in esame – la penetrazione di elementi di soggettività, "più conferenti ad un'imputazione di responsabilità per colpa", anche nelle pronunce di responsabilità "fondate

Difatti, specifica dapprima l'organo giudicante che "il danneggiato che domanda il risarcimento del pregiudizio sofferto in conseguenza dell'omessa o insufficiente manutenzione della cosa in custodia, o di sue pertinenze, invocando la responsabilità del custode è tenuto, secondo le regole generali in tema di responsabilità civile, a dare la prova che i danni subiti derivano dalla cosa, in relazione alle circostanze del caso concreto"; tuttavia, dopo aver aggiunto che "tale prova consiste nella dimostrazione del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con la cosa in custodia, e può essere data anche con presunzioni", l'estensore si premura di aggiungere che "la prova del danno è di per sé indice della sussistenza di un risultato "anomalo", e cioè dell'obiettiva deviazione dal modello di condotta improntato ad adeguata diligenza che normalmente evita il danno". Viene così desunta, dalla prova del danno derivante dalla *res*, una prova *in re ipsa* di colpevolezza del custode. Tuttavia, tale elemento non può essere ricavato dalla lettera della legge, né dalla ricostruzione sistematica in chiave oggettiva che è stata tentata, alla luce dei più recenti approdi interpretativi.

Una prova *in re ipsa* può invero desumersi, ma questa – per come s'è cercato di dimostrare – attiene primariamente all'ingiustizia del danno³⁷⁶, in base a una (pre)selezione degli interessi operata dal legislatore in sede di tipizzazione normativa. Inoltre, una volta provato il nesso tra *res* e danno, anche il rapporto tra *res* e custode si ricava dall'attività esercitabile e dal costo del vantaggio pratico, quali elementi invarianti che però non presuppongono necessariamente un'eventuale negligenza, imprudenza o imperizia del custode³⁷⁷. La non necessaria prova (neanche implicita) di questo elemento colpevolistico è posta a tutela dello stesso danneggiato e dei suoi preminenti interessi, che ne giustificano l'elisione dalla fattispecie causale necessaria a generare l'effetto risarcitorio.

In realtà, la tesi della violazione di specifici obblighi³⁷⁸, quale presunzione che genera la responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, sarebbe giustificata, a dire dei giudici di legittimità, dal riscontro dei suddetti obblighi rispetto "ai poteri che la particolare relazione con la cosa

su un'impostazione dichiaratamente oggettiva". Così M. PASTORE, *Caso fortuito e uso improprio del bene: quale limite alla responsabilità del custode?*, cit., p. 494.

³⁷⁶ Il danno *contra ius*, infatti, non è *expressis verbis* contenuto quale requisito della fattispecie, ma ne è comunque tratto qualificante, in quanto elemento cardine della responsabilità extracontrattuale. Cfr. Cap. I, Sez. II, par. 1.3, nonché soprattutto, in questa Sezione, par. 1.1.

³⁷⁷ Il che, beninteso, non vuol significare che non possa esserci stato un comportamento colposo dello stesso.

³⁷⁸ Vale a dire obblighi di vigilanza, di controllo, di manutenzione, di eliminazione delle fonti di pericolo "alla stregua non solo di specifiche disposizioni normative ma già in base alle clausole generali di diligenza e buona fede [secondo una prospettiva condivisa anche da pronunce recenti: vedi Cass. civ., 30 giugno 2014, n. 14065, su *Banca Dati De Jure*; Cass., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1643] o correttezza."

[...] attribuisce” al custode, tanto che “in ossequio al principio di c.d. vicinanza alla prova, in caso di danno derivato dalla cosa il custode è allora tenuto a dimostrare che esso si è verificato in modo non prevedibile né superabile con lo sforzo diligente adeguato alle concrete circostanze del caso”. L’imprevedibilità del caso fortuito, che il custode è tenuto a provare, attiene dunque, secondo una ricostruzione siffatta, al comportamento che sarebbe stato esigibile.

Una posizione simile è invero coerente con la tesi della prova del danno quale “indice” di violazione dei propri doveri da parte del custode. Nondimeno, con essa è incompatibile l’impostazione della fattispecie in termini oggettivi, in cui rileva il nesso causale tra evento lesivo e cosa, nonché il legame precipuamente obiettivo tra quest’ultima e la custodia intesa quale potere di fatto, non già come specifico obbligo.

Il caso fortuito, pertanto, non andrebbe inteso come limite dello sforzo diligenze esigibile dal custode, ma quale fattore causale autonomo che elimina il nesso tra *res* e danno. L’elemento invariante dell’attività esercitabile sulla cosa (per controllarla, eliminare le fonti di pericolo ecc.), che non prende in esame la diligenza in sé del custode ma le sue possibilità di azione³⁷⁹, torna ad assumere rilievo, in sede di prova liberatoria del fortuito, solo dopo che ne sia stata provata la sussistenza, al fine di verificare fino a quando perduri la “finestra temporale” di operatività del fortuito, ovvero sia il termine in cui possa ritenersi ripristinata l’attività esercitabile dal custode successivamente al verificarsi del fattore causale autonomo.

Questa ricostruzione proposta, che guarda al fortuito come elemento che incide sul danno-evento, per poi servirsi dell’attività esercitabile quale unità di misura della (rilevanza temporale della) prova liberatoria³⁸⁰, entra in collisione con la tesi degli Ermellini, che nella sentenza in esame finiscono col richiedere praticamente un *facere* positivo al custode, laddove affermano che questi deve “dimostrare di avere espletato, con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa in considerazione delle circostanze del caso concreto, tutte le attività di controllo, vigilanza e manutenzione su di esso gravanti in base a specifiche disposizioni normative, e già del principio generale del *neminem laedere*”.

³⁷⁹ Quindi è orientata come situazione giuridica soggettiva in termini assiologici di potere

³⁸⁰ Soprattutto per quanto riguarda i casi di fatto del terzo. Nel fatto del danneggiato il danno si verifica immediatamente; nel fatto del terzo (noto o rimasto ignoto) la “finestra temporale” del fortuito potrebbe infatti chiudersi prima che si verifichi l’evento lesivo, oppure dopo che si verifichi un evento di danno ma comunque prima che ne possano susseguirsi degli altri. Ciò in presenza di uno degli elementi della triade conoscenza-programmazione dell’attività-“messa in dolo” del custode rispetto al fatto di un terzo.

Del resto, qualora si aderisse alla ricostruzione della corte di legittimità, non potrebbe spiegarsi la circostanza – paradossalmente evidenziata dalla stessa sentenza in esame – per cui sul danneggiante “grava anche il rischio del fatto ignoto”³⁸¹. Detto rischio, che certamente agevola la posizione del danneggiato, non dovrebbe poter essere ricollegato alla diligenza del comportamento del custode, ma può al più essergli addossato per scelta di diritto positivo, che sarebbe – questa volta sì – coerente con un’impostazione in termini oggettivistici della fattispecie.

Proseguendo nell’analisi dei motivi della decisione, appare condivisibile e risultato ormai acquisito dalla giurisprudenza quello per cui l’insidia o trabocchetto “non è elemento costitutivo dell’illecito aquiliano, in quanto non previsto dalla regola generale *ex art. 2043 c.c.*, né da quella speciale di cui all’*art. 2051 c.c.*”³⁸²; l’insidia è una figura di matrice giurisprudenziale³⁸³, che l’aveva ritenuta una “figura sintomatica di colpa” la cui prova veniva in precedenza addossata al danneggiato.

Ma se l’affermazione in linea di principio è condivisibile, ciò non vale per la motivazione addotta dai giudici di legittimità, che la eliminano dall’onere probatorio del danneggiato, per poi però farla inopinatamente riemergere quale elemento di rilievo nella prova del fortuito.

Difatti, secondo la ricostruzione della pronuncia *de qua*, la colpa del custode è insita nella prova del danno³⁸⁴, ma non costituisce comunque onere probatorio per il danneggiato³⁸⁵, quanto piuttosto elemento di prova liberatoria per lo stesso custode: a quest’ultimo sarebbe consentito, con intensità variabile in base all’effettiva sussistenza di circostanze di fatto qualificabili come insidia o trabocchetto, provare “di avere, con lo sforzo diligente adeguato alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto, adottato tutte le misure

³⁸¹ Secondo l’interpretazione unanime della giurisprudenza: v. Cass. civ., 9 giugno 2016, n. 11802, in *Guida al dir.*, 2016, 31, 71; Cass. civ., 10 ottobre 2008, n. 25029, *cit.*; Cass. civ., 29 settembre 2006, n. 21244, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; del medesimo avviso già Cass. civ. 14 marzo 1983, n. 1897, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 3.

³⁸² Viene richiamata in proposito Cass. civ., 17 maggio 2001, n. 6767.

³⁸³ Cfr. Cass. civ., 13 luglio 2005, n. 14749, *cit.*; la sentenza in commento richiama in proposito anche Cass. civ., 25 giugno 2003, n. 10131.

³⁸⁴ Il danneggiato non è invece tenuto a provare anche la sussistenza dell’insidia o trabocchetto, né la condotta omissiva o commissiva del custode. In tal senso si esprimono anche Cass. civ., 20 febbraio 2009, n. 4234, in *Guida al Dir.* 2009, 21, 71; Cass., 14 marzo 2006, n. 5445, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.

³⁸⁵ Ciò in quanto l’ordinamento è ispirato da un generale *favor* per il danneggiato, “quale titolare della posizione giuridica soggettiva giuridicamente rilevante e tutelata rimasta lesa o violata dalla condotta dolosa o colposa altrui, che impone al relativo autore di rimuovere o ristorare, laddove non riesca a prevenirlo, il danno inferito”. I giudici richiamano altresì, con riferimento a differenti ipotesi, alcune recenti sentenze: Cass. civ., 27 ottobre 2015, n. 21782 e Cass. civ., 29 settembre 2015, n. 19213.

idonee a prevenire che la cosa in custodia prospetti per i terzi una situazione di pericolo occulto ed arrechi danno”.

Conseguentemente, osservano i giudici, “è sul piano del fortuito, quale esimente di responsabilità, che l'insidia e il trabocchetto possono se del caso assumere rilievo per superare, avuto riguardo alle circostanze concrete del fatto, la presunzione di responsabilità ivi prevista, qualora il custode dimostri che l'evento dannoso presenta i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità non superabili con l'adeguata diligenza del caso, ovvero l'evitabilità del danno solamente con l'impiego di mezzi (non già di entità meramente considerevole bensì) straordinari”.

Successivamente, la sentenza si sofferma a valutare l'applicabilità dell'art. 1227, comma 1, c.c., all'ipotesi di responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, ritenendo di poter dare risposta affermativa³⁸⁶, distinguendo però “tra le situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della cosa in custodia e quelle provocate da una repentina ed imprevedibile alterazione della stessa.”

Selezionando solo la seconda delle suddette ipotesi come situazione in cui si può configurare un concorso di colpa del danneggiato, essa è però circoscritta temporalmente: evidenziano infatti i giudici di legittimità che si può configurare il caso fortuito solo “allorquando l'evento dannoso si sia verificato prima che il custode abbia potuto rimuovere, nonostante l'attività di controllo espletata con la dovuta diligenza al fine di tempestivamente ovviarvi, la straordinaria ed imprevedibile situazione di pericolo determinatasi”³⁸⁷.

Una simile prospettiva per un verso conferma gli esiti della ricerca, per altro ne tradisce la loro portata interpretativa e applicativa.

Riferendosi all'operatività del fortuito “prima” della “attività esercitabile”, il provvedimento dà conferma dell'elemento invariante suddetto quale chiave ermeneutica della fattispecie, nonché della limitatezza temporale del fortuito, la cui rilevanza viene meno nel momento in cui si ripristini il “potere” del custode sulla cosa. Tuttavia, il termine di paragone e il tratto qualificante dell'attività esercitabile non è ravvisato dagli Ermellini – come sarebbe stato auspicabile – nel potere di fatto sulla cosa quale giustificazione

³⁸⁶ Coerentemente con un orientamento consolidato: cfr. Cass. civ., 9 giugno 2016, n. 11802, *cit.*; Cass. civ., 22 marzo 2011, n. 6529, in *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, 1552; Cass. civ., 8 agosto 2007, n. 17377, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

³⁸⁷ Secondo un principio di diritto enunciato sempre più frequentemente dal formante giurisprudenziale: cfr., da ultimo, Cass. civ., 9 giugno 2016, n. 11802, *cit.*; vedi anche Cass. civ., 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 293; Cass. civ. 12 marzo 2013, n. 6101, in *Dir. Giust.*, 2013, 13 marzo; Cass. civ., 18 ottobre 2011, n. 21508, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1262.

dell'imputazione del costo del vantaggio pratico dalla stessa derivante, quanto piuttosto nella diligenza esigibile dal custode.

Ma a ben vedere, se un fattore causale³⁸⁸ autonomamente elimina il nesso tra *res* e danno, l'assenza di qualsivoglia attività esercitabile sulla cosa, finché perduri, costituisce nient'altro che il venir meno del potere di fatto sulla stessa, con conseguente non imputabilità dei costi al custode. L'inutilità di un riferimento alla diligenza dello sforzo esigibile dal custode, oltre che evidenziarsi strutturalmente³⁸⁹, emerge altresì considerando il *favor* per il danneggiato: anche se chi ha subito l'evento lesivo non deve provare la colpa del custode, in tal modo si riconoscerebbe nondimeno a quest'ultimo di poter liberarsi dimostrando di aver assolto con diligenza ai suoi "obblighi", laddove la mera sussistenza del potere di fatto sulla cosa eliminerebbe in radice una simile possibilità.

Il riferimento temporale, invece, avrebbe la funzione di limitare l'operatività del fortuito, che pur rilevando oggettivamente non può essere una "scusante *sine die*" per il custode³⁹⁰.

Approfondendo le questioni inerenti specificatamente il caso sottoposto al suo vaglio, con particolare riferimento ai danni cagionati da precipitazioni atmosferiche, la Corte di Cassazione ha specificato che l'eccezionalità e l'imprevedibilità delle stesse "possono configurare caso fortuito o forza maggiore idonei ad escludere la responsabilità del custode per il danno verificatosi solo quando costituiscano causa sopravvenuta autonomamente sufficiente a determinare l'evento"³⁹¹.

Nel caso di specie, è stato escluso che la pioggia potesse essere ritenuta fattore causale autonomo del danno, alla luce di una serie di considerazioni fondate sul vaglio delle singole risultanze processuali, così come emerse nei precedenti gradi di giudizio, ma che tuttavia avevano indotto i giudici di merito a trarre conclusioni non condivise dai giudici di ultima istanza.

Era stato accertato, infatti, che l'evento di danno si era verificato durante una giornata particolarmente piovosa, all'interno di un panificio affollato di clienti³⁹² i cui ombrelli e indumenti gocciolanti rendevano il pavimento bagnato e, per questo, scivoloso.

Da tali circostanze i giudici di merito traevano la conclusione che la ricorrente³⁹³ non aveva adoperato "la necessaria attenzione nel muoversi su un pavimento che non poteva

³⁸⁸ Che può consistere nello stesso comportamento colposo del danneggiato.

³⁸⁹ Poiché, a partire dal momento del venir meno obiettivo del potere di fatto del custode, non avrebbe in radice alcun senso interrogarsi sulla diligenza potenzialmente esigibile.

³⁹⁰ Vedi *supra*, par. 1.4.

³⁹¹ Nello stesso senso, è richiamata la recente Cass. civ., 24 settembre 2015, n. 18877, in *Banca Dati De Jure*.

³⁹² Il numero elevato di avventori era dovuto anche al giorno particolare (23 dicembre, antvigilia di Natale) e all'orario (quasi ora di pranzo).

non aspettarsi bagnato e che, a sua volta, non poteva essere, sia pure parzialmente, asciugato dal personale del panificio, a causa dell'affollamento del locale”: era stato dunque ritenuto integrato il caso fortuito per colpa del danneggiato³⁹⁴.

Tale assunto è stato ritenuto erroneo dai giudici di piazza Cavour³⁹⁵, sulla base della circostanza per cui la caduta della vittima non poteva ritenersi ascrivibile esclusivamente alla sua disattenzione, sol perché le era ben nota la circostanza della scivolosità del pavimento; né tantomeno era impedito al personale del panificio di asciugare il pavimento bagnato³⁹⁶, cercando così di evitare eventi di danno.

È in effetti apodittica la conclusione del Tribunale secondo la quale la condotta colposa della cliente è assurda a causa esclusiva del danno, ponendosi come interruttiva del nesso di causalità tra evento dannoso e cosa in custodia³⁹⁷, nella misura in cui liquida superficialmente tutte le altre circostanze rilevanti nel caso concreto.

Qualora le risultanze probatorie avessero evidenziato un comportamento palesemente imprudente e sconsiderato della vittima, questo avrebbe potuto essere considerato quale caso fortuito, autonomamente in grado di generare il danno-evento della caduta. Ma simili circostanze non sono emerse, sicché non può ritenersi semplicisticamente la pioggia – quantunque copiosa – un fattore causale autonomo rispetto al danno, ma al più un’occasione dello stesso. Essa infatti non può essere ricondotta nell’alveo di quegli aventi anomali e del tutto imprevedibili in cui solitamente si concretizza il caso fortuito; né potrebbe correttamente affermarsi – se non a costo di cadere in macroscopici errori di ricostruzione fattuale – che essa abbia avuto un’incidenza causale “diretta” nella produzione del danno. L’incidente infatti si è verificato al chiuso (interno del negozio),

³⁹³ Anche lei, ovviamente, proveniente “dall'esterno e quindi da sotto la pioggia.”

³⁹⁴ Così affermavano i giudici di merito: “torna evidente che causa esclusiva della caduta della R. è stata la sua disattenzione”; e aggiungevano: “si consideri che non risulta – dalle prove assunte – la caduta di altri clienti, il che significa che i medesimi stavano ben attenti a mettere i piedi, date le particolari condizioni della giornata.” Inoltre, l’attenzione nel mettere i piedi avrebbe evitato alla ricorrente la caduta anche in presenza di sostanze oleose, poiché “le cautele adottate si sarebbero comunque rivelate utili a prescindere dalla natura della sostanza scivolosa”.

³⁹⁵ Che hanno osservato testualmente come “l’erroneità di tale assunto si coglie invero con tutta evidenza là dove la responsabilità della caduta [...] subita dall’odierna ricorrente risulta dalla corte di merito ascritta alla esclusiva disattenzione della medesima, ergo solamente alla sua condotta colposa [...], argomentando dal rilievo della circostanza ben nota anche alla medesima [...] costituita dalla giornata piovosa”, con conseguente immediata percepibilità del pavimento bagnato, a causa degli ombrelli gocciolanti provenienti da una pluralità di persone.

³⁹⁶ Valutazioni, queste, del tutto opposte a quelle profuse dalla sentenza impugnata.

³⁹⁷ Conclusione parafrasata dal collegio giudicante di legittimità nei seguenti termini: “se l’odierna ricorrente fosse stata attenta a dove metteva i piedi, come le circostanze di tempo e di luogo imponevano, al pari degli altri clienti non sarebbe caduta.”

senza che l'agente atmosferico pioggia abbia avuto un dinamismo "intrinseco" e immediatamente idoneo alla sua produzione.

A questo punto, le circostanze di fatto alterate dallo stato di pioggia, non potendo da sole costituire la causa dell'evento lesivo, fanno permanere la rilevanza eziologica della *res*, il cui legame con il danno, quand'anche non possa più ritenersi completamente reciso, potrebbe però essere smorzato.

Verrebbe meno, infatti, proprio il requisito dell'attività esercitabile sulla cosa quale elemento invariante che l'agente atmosferico ha reso tutt'al più maggiormente difficoltoso. Proprio la possibilità e la "natura" dell'attività di controllo esercitabile dal titolare del panificio³⁹⁸, mediante l'operazione di asciugatura del pavimento o regolamentazione dell'afflusso della clientela, diviene un elemento determinante nell'economia dell'interpretazione e applicazione del caso di specie. Il giudice di merito l'ha velocemente liquidata come impossibile. Di avviso opposto sono stati gli ermellini che invece, stando alle risultanze probatorie dei precedenti gradi di giudizio, hanno sottolineato come poteva essere "ben nota" anche al custode la circostanza della scivolosità del pavimento per via della copiosa pioggia; circostanza che avrebbe potuto essere in qualche modo arginata.

Ma se in precedenza questo potere del custode era stato escluso, nel giudizio di legittimità esso è addirittura fatto assurgere ad obbligo del custode, "in ossequio alla diligenza, prudenza e cautela dovute in considerazione delle concrete circostanze del caso"³⁹⁹. Sulla base di questo presupposto, è stato ritenuto rimproverabile il custode del panificio per non aver, ad esempio: regolamentato, e se del caso contingentato, l'afflusso dei clienti, "pure al fine di evitarne un sovraffollamento che ne ostacolasse o impedisse il mantenimento in condizioni di sicurezza mediante la relativa asciugatura"; impedito "ai clienti l'accesso con gli ombrelli sgocciolanti all'interno del locale, con utilizzazione di portaombrelli all'ingresso o al suo esterno"; apposto "materiali (es., tappetini) antiscivolo sul pavimento"; dotato "il locale di idoneo sistema di aerazione."

Ora, il custode avrebbe potuto forse porre in essere tutte le possibili condotte analiticamente descritte nel provvedimento. Ma lo snodo interpretativo che consente un'interpretazione soddisfacente dal punto di vista pratico, nonché coerente sotto il profilo

³⁹⁸ Direttamente o all'uopo incaricando i propri dipendenti.

³⁹⁹ Si legge testualmente nella pronuncia che la vigilanza e il controllo costituiscono un "potere-dovere [...] da assolvere con diligenza, prudenza e perizia, con adozione di tutte le misure idonee a prevenire ed evitare che dalla cosa divenuta a tale stregua pericolosa a causa della pioggia grondante dagli ombrelli dei clienti che aveva bagnato e reso scivoloso il pavimento del locale affollato di clienti potessero derivare danni a terzi."

dogmatico, risiede nella qualifica di questa serie di comportamenti (ipotetici): se essi erano nella possibilità oggettiva di compimento da parte del custode, sia pure con maggiore difficoltà per via della pioggia, la custodia non può venir meno, così come il comportamento della vittima, non essendo in grado autonomamente di determinare la caduta, non può da solo costituire caso fortuito. Ciò rileva in maniera obiettiva, nel senso che, in presenza del potere di fatto per il custode – che si (sarebbe potuto) sostanza(re) nella realizzazione di tutti gli accorgimenti poc'anzi elencati – non ha alcun rilievo domandarsi se egli si sia prodigato con diligenza o meno in tal senso: risponderà del danno quale imputazione oggettiva di responsabilità per scelta di diritto positivo, che prevede l'allocazione dei costi nella sua sfera giuridica in quanto collegati al vantaggio pratico derivante dalla *res*.

Egli può essere o meno in colpa per aver omesso di vigilare e controllare il (pavimento del) panificio: risponderà comunque del sinistro occorso alla vittima.

Ragionando *a contrario*, se nel caso concreto il custode avesse dimostrato di essere intervenuto in precedenza rispetto al verificarsi del sinistro, pregando i clienti di prestare attenzione al pavimento bagnato e prodigandosi ad asciugare quest'ultimo, ciò avrebbe forse determinato un'esclusione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., stando alla ricostruzione del collegio giudicante.

Ma l'impostazione in chiave oggettiva evita le sabbie mobili cui simili (eventuali) accertamenti di fatto possono far rimanere invischiato l'interprete, riconsegnando alla fattispecie normativa la sua strutturale vocazione di tutela della vittima e di imputazione dei costi del vantaggio che un custode abbia dalla *res*, assumendosene così il rischio.

È facile intuire in cosa si sostanzia il vantaggio pratico per il custode: l'attività commerciale del panificio gli consente di produrre utili, che aumentano in una giornata come l'antivigilia di Natale, in cui i clienti si moltiplicano esponenzialmente. Nell'analisi costi-benefici che il titolare del panificio avrebbe potuto effettuare, rientrava di certo anche la considerazione per cui, stante la copiosa pioggia e la notevole affluenza di clientela, non poteva escludersi il rischio che qualcuno scivolasse, soprattutto qualora la pavimentazione non fosse dotata di rimedi antiscivolo. Il custode avrebbe potuto scegliere se adoperarsi o meno per scongiurare il verificarsi di eventi simili, facendo così eventualmente diminuire la possibilità di una loro verifica; ma in entrambi i casi, l'attività esercitabile sulla *res*, in assenza di un evento del tutto anomalo (quale un comportamento macroscopicamente sconsiderato di una vittima), non gli avrebbe consentito di liberarsi da responsabilità. *Cuius*

commoda, eius et incommoda: l'ordinamento gli imputa la responsabilità per la sua posizione⁴⁰⁰, in cui si condensano gli elementi invarianti dell'attività esercitabile (quale possibilità di controllo) e la scelta di accollare i costi che derivino dal vantaggio che la cosa determina in suo favore.

Questi elementi andranno vagliati obiettivamente, senza la necessità di accertare la colpa del custode. Ciò vale anche con riguardo alla prova liberatoria che lo stesso custode è tenuto a fornire per andare esente da responsabilità: in presenza di un potere di fatto effettivamente sussistente sulla cosa, quand'anche reso più difficoltoso dalle circostanze fattuali, il caso fortuito non potrà essere costituito dall'espletamento di comportamenti diligenti, ma dovrà piuttosto fondarsi sulla prova di un elemento estraneo al rapporto *res-custode*⁴⁰¹.

La ricerca di una violazione di doveri (anche implicita), cui sembra riferirsi la Corte di Cassazione, diventa l'accertamento di un potere di fatto, che restituisce la natura oggettiva a tutta la fattispecie, ma anche un criterio sicuro di accertamento dei fatti e della loro rilevanza.

Così, una volta appurato che la caduta all'interno del locale non è dipesa (almeno completamente) dalla condotta malaccorta della vittima e che quindi essa “costituisce diretta conseguenza della condizione del pavimento reso scivoloso dall'acqua piovana introdotta dai numerosi clienti ivi entrati con gli ombrelli sgocciolanti, [...] non può invero escludersi [...] la diretta derivazione del sinistro [...] dalla cosa [...]” in ragione delle relative condizioni che l'avevano resa pericolosa e insidiosa; condizioni, si badi, non già – ecco l'incongruenza ricostruttiva dei giudici di legittimità – “determinate anche dalla condotta del custode non improntata alla diligenza, prudenza e cautela dovute”, bensì “semplicemente” e obiettivamente collegate al custode in quanto soggetto in grado (e non nell'obbligo) di esercitare l'attività di controllo e, come tale, scelto dall'ordinamento per l'allocazione, nella sua sfera giuridica, dei costi derivanti dal vantaggio pratico che abbia sulla *res*.

Il custode può o meno essersi adoperato con diligenza, ciò non può avere rilievo nella fattispecie causale o effettuale della norma di cui all'art. 2051 c.c., in prospettiva (anche) di tutela dei preminenti interessi dei malcapitati danneggiati.

⁴⁰⁰ Quasi di “garante”, nei termini “descrittivi” indicati *supra* (Sez. I, par. 8.2).

⁴⁰¹ Elementi, quelli della cosa e della custodia, collegati appunto dagli elementi invarianti dell'attività esercitabile e del vantaggio pratico di cui beneficia il custode stesso.

Volendo ricostruire dogmaticamente quanto appena osservato, può ritenersi che l'eventuale circostanza del controllo diligente del custode non può essere considerata quale elemento della fattispecie causale che esclude il prodursi degli effetti risarcitori, in un meccanismo di adattamento dell'effetto al fatto; essa, invero, si pone del tutto al di fuori del perimetro di rilevanza normativa dell'art. 2051 c.c., non appartenendo ad alcuna delle proposizioni (condizionante o condizionata) che compongono il ciclo normativo.

Se espletata in forme tali da impedire completamente la verifica di un evento di danno, essa avrà infatti eliminato "alla fonte" la possibilità che un fatto possa assumere rilevanza per la responsabilità da cose in custodia, evitando così *ab origine* l'innescarsi del procedimento (normativo prima ed ermeneutico poi) che dal(l'accertamento del) fatto conduce all'effetto risarcitorio.

Sarà dunque, evidentemente, interesse precipuo del custode quello di adoperarsi per mettere la cosa (che si trova sotto la sua sfera di controllo) nelle condizioni di non cagionare danno ad alcuno, ben sapendo di non poter mai impedire del tutto questa eventualità, anche adottando tutte le misure di sicurezza: ecco perché il costo della responsabilità gli è imputato oggettivamente. Si tratta di mettere in conto i costi che il vantaggio pratico derivante dalla *res* comporta.

In definitiva, alla luce di quanto in questa sede proposto come chiave interpretativa e applicativa della fattispecie, può ben comprendersi come, delle tre considerazioni finali formulate dai giudici di legittimità per la decisione sul ricorso presentato dalla vittima, solo le prime due hanno un rilievo effettivo, laddove l'ultima si traduce in una superfetazione.

Ritengono decisivo infatti i giudici: innanzitutto, che l'evento in sé non presentasse caratteri tali da farlo rientrare nell'alveo dell'anomalo e da far escludere il potere di fatto del custode; in secondo luogo, che l'infortunata non "abbia fatto un uso anormale della cosa così singolare da non poter essere neppure prevedibile e prevenibile"⁴⁰², nulla avendo al riguardo indicato la corte di merito"⁴⁰³.

Ebbene, già queste due circostanze, alla luce dei criteri interpretativi proposti – in difformità parziale rispetto alla ricostruzione operata dagli ermellini – consentirebbero di addivenire a una decisione, che potrebbe essere di riconoscimento di responsabilità del

⁴⁰² Cfr., in proposito, Cass. civ. 8 maggio 2008, n. 11227, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 5, 679.

⁴⁰³ Limitatasi invero ad affermare apoditticamente che la signora che era caduta non aveva prestato "la necessaria attenzione nel muoversi su un pavimento che non poteva non aspettarsi bagnato."

custode, eventualmente in concorso con la colpa della danneggiata ai sensi dell'art. 1227, I comma, c.c.⁴⁰⁴.

Ma il collegio giudicante, dovendo tenere in considerazione la diligenza dal custode, quale elemento negativo della fattispecie ed estrinsecazione del fortuito, ritiene opportuno osservare come non sia stata fornita prova dell'avere il custode, “con lo sforzo diligente adeguato alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto, adottato tutte le misure idonee a prevenire che il panificio presentasse per i clienti una situazione di pericolo ed arrecasse ad essi danno [...]”⁴⁰⁵. È solo dopo questa terza sottolineatura che la Corte può logicamente considerare non assolto l'onere probatorio del fortuito⁴⁰⁶. Proprio in virtù di ciò si riscontra la non imprescindibilità di una circostanza del genere la quale, secondo la prospettiva avanzata quale esito della presente ricerca, può ben essere declassata a mero *obiter dictum* ed essere superata dalle prime due circostanze *supra* riportate.

Non serve accertare che il custode non abbia posto in essere uno sforzo diligente di controllo della cosa al fine di determinarne la responsabilità. Il controllo e la manutenzione del bene, se efficaci, avrebbero in radice impedito la verifica dell'evento: in ciò si sostanzia l'imputazione dell'interesse fondamentale della fattispecie quale costo del vantaggio pratico derivante dalla *res*.

La diversa prospettiva del collegio giudicante di ultima istanza, tuttavia, non gli ha consentito di approdare ad una conclusione simile, nonostante il *decisum* in sé sia sovrapponibile a quello cui la ricostruzione proposta ha fatto pervenire.

È infatti lasciata aperta, nel cassare la sentenza impugnata e rinviare alla Corte d'Appello di Palermo, la strada per l'eventuale accertamento di un concorso colposo della vittima⁴⁰⁷, da non ricostruirsi tuttavia – secondo il parere espresso dai giudicanti – sulla base del “criterio equitativo proporzionale del nesso di causalità”, vale a dire del così detto

⁴⁰⁴ Prospettiva, questa, condivisa peraltro anche dalla sentenza in esame, come si vedrà *infra*.

⁴⁰⁵ Cfr. Cass. civ., 9 giugno 2016, n. 11802, *cit.*; Cass. civ. 20 febbraio 2006, n. 3651, *cit.*

⁴⁰⁶ In disparte dal fatto che lo collochi nell' “ultimo comma” (*sic!*) dell'art. 2051 c.c., sebbene quest'ultimo sia una disposizione sviluppata in un unico (e sintetico) comma. Deve essersi trattato di una svista.

⁴⁰⁷ Così argomentando: “va al riguardo d'altro canto osservato che, ove ritenuta anch'essa colposa sulla base invero di precisi indici rivelatori di negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, regole e discipline, e non già di un generico giudizio di “disattenzione”, dalla corte di merito invero apoditticamente desunta argomentando dal mero rilievo che non vi fu nella circostanza “la caduta di altri clienti, il che significa che i medesimi stavano ben attenti a mettere i piedi, date le particolari condizioni della giornata”, la condotta della cliente odierna ricorrente può nella specie se del caso assumere rilievo sotto il profilo del concorso *ex art. 1227 c.c., comma 1*, da provarsi da parte del custode, presunto responsabile.” Vengono all'uopo richiamate nuovamente Cass. civ. 9 giugno 2016, n. 11802, *cit.*, Cass., civ., 22 marzo 2011, n. 6529, *cit.*; Cass. civ., 8 maggio 2008, n. 11227, *cit.*.

frazionamento causale⁴⁰⁸, che purtuttavia sembrava negli ultimi tempi trovare accogliamento sempre maggiore presso le Corti⁴⁰⁹.

In fondo, la stessa “decostruzione” della fattispecie operata dalla sentenza in commento, partita da un inquadramento in termini (almeno in apparenza) oggettivistici e poi inevitabilmente sfociata in una prospettiva (più o meno velatamente) colpevolistica, conduce alla conseguenza di un’analisi del fatto del danneggiato orientata più alla ricerca della colpa in sé che non al fattore (con)causale idoneo a incidere sulla produzione del danno-evento.

Cassare la sentenza di merito può in linea teorica ritenersi una decisione corretta, ma il presupposto giustificativo della decisione è stato frutto di un fraintendimento teorico della fattispecie.

Tentando adesso di rimettere in ordine l’iter logico argomentativo proposto per risolvere il caso di specie in maniera dogmaticamente coerente e praticamente soddisfacente, si provvederà ad eliminare quei passaggi di cui è stata sostenuta l’incongruenza, ovvero la portata pleonastica, sostituendoli con quelli idonei a giustificare la tesi qui sostenuta.

Punto di partenza della ricostruzione⁴¹⁰ è la necessità che ad una cosa corrisponda sempre un custode, pubblico o privato che sia. Egli è il soggetto che più di ogni altro ha il potere di fatto sulla cosa⁴¹¹, esercitando sulla stessa il possesso e/o la detenzione, potendo controllarla, mantenerla, eliminarne le fonti di pericolo.

In presenza di una *res*, l’interrogativo riguardante il custode dovrebbe porsi non già sull’*an*, bensì sul *quis*.

Al verificarsi di un evento lesivo, il danneggiato sarà tenuto a provare la derivazione causale del danno dalla cosa ai fini della configurabilità della fattispecie ex art. 2051 c.c. Nella suddetta prova è contenuta *in re ipsa* l’ingiustizia del danno, così come la necessità di imputare il costo della responsabilità a colui il quale abbia con la *res* il legame più stretto in assoluto (*vicinitas*), potendo esercitarvi l’attività di controllo e dovendo

⁴⁰⁸ La Corte ha infatti esplicitato di non accogliere il così detto “criterio equitativo proporzionale del nesso di causalità, con conseguente esclusione che possa trovare correlazione in termini di automatica percentuale corrispondenza ad “operazioni di apporcionamiento/frazionamento” del nesso di causalità”; aggiunge l’estensore che “esclusivamente a tale stregua può invero se del caso pervenirsi, in ragione della graduazione della colpa (e nella considerazione dell’entità delle conseguenze che dalla concorrente condotta colposa derivano) ex art. 1227 c.c., comma 1, ad una limitazione dell’ammontare di risarcimento gravante sul custode responsabile”.

⁴⁰⁹ Vedi *supra*, Cap. I, Sez. II, par. 5.3, nonché, Cap. IV, par. 2.4.

⁴¹⁰ Condiviso, in questo caso, con la sentenza poc’anzi esaminata.

⁴¹¹ O la maggior somma tra potere di fatto e di diritto, in caso di pluralità di soggetti potenzialmente qualificabili come custodi. In caso di parità della somma, custode è chi disponga di un maggiore potere di fatto.

sopportare il costo che il vantaggio pratico derivante dal (rapporto con)la cosa implica, in quanto elemento speculare del godimento prolungato del bene.

Nessuna prova esplicita, né tantomeno una presunzione, ha ad oggetto la violazione di obblighi di controllo diligente e prudente sulla *res* da parte del custode. Non solo il mancato ossequio agli obblighi di custodia è escluso dall'onere probatorio incombente sul danneggiato, ma neanche lo stesso custode può liberarsi dalla responsabilità dimostrando di aver posto in essere un comportamento volto ad eliminare le fonti di pericolo e di potenzialità dannosa riguardanti la cosa.

Ben potrà il custode dare attuazione al suo potere di fatto predisponendo tutta una serie di cautele finalizzate ad eliminare i rischi di produzione di danno. Con riguardo al caso di specie, il titolare del panificio avrebbe potuto attrezzarsi per consentire il deposito temporaneo degli ombrelli gocciolanti ai clienti, regolamentare il flusso degli stessi all'interno del locale, provvedere metodicamente all'eliminazione delle chiazze d'acqua sul pavimento mediante una costante asciugatura dello stesso. Questa serie di attività gli avrebbe potuto giovare in termini di drastica riduzione delle probabilità di verificazione di sinistri all'interno del panificio. Ma un eventuale evento lesivo comunque sarebbe stato da imputare a lui in quanto soggetto tenuto a sopportare i costi risarcitori connessi alla cosa, a meno che detto evento non si fosse verificato esclusivamente per circostanze del tutto anomale rispetto alla propria sfera di custodia.

In altri termini, una custodia diligente in luogo di una malaccorta non fa integrare il caso fortuito, ma fa aumentare in radice le *chances* di non trovarsi a dover rispondere dei danni cagionati ad altri dalla cosa: consente, in pratica, ad un ipotetico fatto rilevante ai sensi dell'art. 2051 c.c. di non potersi neanche configurare, piuttosto che agli effetti risarcitori di essere esclusi.

Caso fortuito, invece, la cui dimostrazione è onere del custode, sarà costituito esclusivamente dal fattore causale del tutto anomalo e autonomo nella produzione del danno, riconoscibile con evidenza ed estraneo alla sfera di potere-attività esercitabile dal custode.

Conferma la tesi appena sostenuta, quale argomento *a fortiori*, la permanenza in capo al custode del rischio del fatto ignoto, che sarebbe intrinsecamente incompatibile con un fortuito parametrato sulla diligenza esigibile dal custode. Che le conseguenze pregiudizievoli originate da una circostanza rimasta ignota – e pertanto non riconducibile con certezza alla cosa in custodia – debbano ricadere sulla sfera del custode, con relativa

imputazione dei costi risarcitori, è un assunto unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza. Tuttavia, esso può ragionevolmente essere compatibile con un'impostazione della fattispecie in cui l'imputazione del costo del vantaggio pratico avviene oggettivamente e a prescindere dalla sussistenza di una colpa (commissiva od omissiva) del custode, per il solo rischio che su questi incomba in virtù della sua attività esercitabile sulla *res*. Ciò non potrebbe valere, invece, nella misura in cui nella prova del nesso tra cosa e danno si cerchi (quand'anche solo implicitamente) la violazione di un obbligo di diligenza.

Tornando in generale all'elemento del fortuito, poiché l'alterazione di una *res* di intensità tale da farla declassare a mera occasione di un evento lesivo non può essere rilevante *sine die* – sia essa il prodotto dell'azione colposa dello stesso danneggiato ovvero anche di un terzo – occorre individuare il *dies ad quem* rispetto al quale può ritenersi che un eventuale danno, ulteriore rispetto a quello già ricondotto appunto al fortuito, sia da attribuire ancora a detta prova liberatoria piuttosto che al custode. La “parentesi di tempo” di rilevanza del fortuito s'interromperà allorquando l'elemento estraneo, di per sé autonomamente in grado di cagionare il danno, possa essere neutralizzato dall'attività esercitabile del custode⁴¹², che si ripristina al ricorrere, alternativamente, di queste ipotesi: a) prova della conoscenza che abbia avuto il custode della causa estranea, successiva al suo sprigionarsi in capacità lesiva; b) effettiva programmazione di una specifica attività di controllo, manutenzione, o eliminazione delle fonti di pericolo, che fa presumere *iuris et de iure* che il custode conosca la fonte di pericolo, la quale non potrà più essere considerata estranea alla sua sfera soggettiva; c) l'essere stato il custode “messo in dolo” da qualcuno rispetto al pericolo rappresentato da una particolare caratteristica della *res*.

Nulla quaestio sul fatto che l'insidia o il trabocchetto non costituiscano elementi costitutivi della fattispecie di danni da cose in custodia. Ma essi non rappresentano neanche un elemento presuntivo dell'illecito: per questo, non possono assumere rilievo ai fini della prova liberatoria, consentendo al danneggiante la prova di essersi adoperato con diligenza per “prevenire che la cosa in custodia prospetti per i terzi una situazione di pericolo occulto ed arrechi danno”, ovvero di non aver potuto far nulla rispetto a un elemento imprevedibile.

Anzi, il carattere di eventuale insidiosità della *res* è un elemento che, ove concretamente accertato, potrà al più facilitare il collegamento causale con l'evento lesivo.

⁴¹² Il quale potrà in tal modo tornare a sopportare il costo del vantaggio pratico della *res*.

Qualora il fatto colposo del danneggiato non avesse una *vis* tale da determinare esso solo la produzione del danno, per i caratteri di eccezionalità e autonomia, potrebbe comunque rilevare a titolo di concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, I comma, c.c.⁴¹³.

Il caso fortuito, comunque, potrà essere integrato anche da un fatto del terzo che abbia generato una situazione in grado, autonomamente ed eccezionalmente, di provocare un'alterazione dello stato della *res* da cui sia poi dipeso il danno. Ciò dovrà essersi verificato prima che il custode avesse potuto (ri)attivarsi, secondo uno dei tre criteri idonei a porre fine alla "parentesi di tempo" del fortuito di cui si è detto; il tutto senza che abbia rilevanza alcuna, tanto in punto di accertamento fattuale che di ricostruzione sistematica, l'eventuale comportamento diligente posto in essere dallo stesso custode.

Con riferimento alle precipitazioni atmosferiche, queste possono integrare gli estremi del caso fortuito solo se, nel concreto svilupparsi degli eventi, rappresentino un fenomeno completamente anomalo, tale di sprigionare autonomamente una forza causale idonea a cagionare degli eventi, eliminando in radice la possibilità di esercizio di qualsivoglia attività per il custode. Un'ipotesi simile, è evidente, sarà del tutto eccezionale, dal momento che il fenomeno-pioggia in sé, per quanto copioso, non può certamente qualificarsi come imprevedibile. Per questi motivi, l'aumento del disagio che una giornata di pioggia dovesse arrecare non potrà integrare gli estremi del fortuito laddove non elimini totalmente il potere di fatto su una qualsivoglia cosa da parte del custode. Residua infatti, in capo a quest'ultimo, sia la possibilità di esercizio dell'attività sia il vantaggio pratico, che gli costerà eventualmente l'imputazione di un eventuale danno.

Nel caso di specie, già la circostanza dell'essersi il sinistro verificato in un locale al chiuso agevola l'interprete nell'operazione di esclusione della configurabilità del caso fortuito dovuto al fenomeno pioggia. Le precipitazioni di quella giornata, unitamente all'afflusso notevole di clientela, rendevano certamente più difficoltoso per il custode adoperarsi per il controllo della *res*, ma non lo impedivano completamente.

Il titolare del panificio aveva il potere di attivarsi, non già l'obbligo. La predisposizione di una serie di cautele, come s'è visto *supra*, avrebbe potuto eventualmente giovargli,

⁴¹³ La giustificazione teorica della norma, in tal caso, mantenendo un'impostazione oggettivistica, dovrà essere quella del così detto "frazionamento causale": si guarda al comportamento del danneggiato nella sua materialità e idoneità causale ad incidere sulla verifica del danno. Non ci si lascia orientare da esigenze sanzionatorie del danneggiato, in considerazione della sua colpa, secondo la contrapposta teorica dell'autoresponsabilità; questa ricostruzione sembra ormai essere tramontata, secondo quanto si è già avuto modo di osservare (Cap. I, Sez. II, par. 5.3) e che, giunti a questa fase della ricerca, dovrebbe essere ulteriormente confermato. Tuttavia, la pronuncia in commento afferma esplicitamente di non aderire alla teoria che inquadra nell'alveo del frazionamento causale l'art. 1227, I comma, c.c.

diminuendo le probabilità di sinistro; ma si trattava di un suo potere, non di un obbligo la cui violazione (per quanto presunta) avrebbe unicamente potuto determinare il sorgere della responsabilità a suo carico.

In una situazione di fatto simile, una volta inquadrata le altre circostanze, l'eventuale comportamento malaccorto della vittima rappresenta un elemento dirimente ai fini dell'attribuzione della responsabilità. Nel caso di specie, si possono configurare tre diversi scenari.

Innanzitutto, qualora la vittima non abbia posto in essere alcun gesto sconsiderato, né abbia in alcun modo sottovalutato i disagi “di riflesso” della pioggia, anche all'interno del locale, non può essere esclusa, né tantomeno diminuita la responsabilità del custode. Rimane invariato il vantaggio pratico che a lui derivi dell'uso della cosa (locale adibito ad attività commerciale di panificio), così come il potere di fatto sulla stessa, nonostante la maggiore difficoltà di esercizio di un'attività dovuta alla pioggia, a prescindere dalla violazione di (più o meno definiti) obblighi di vigilanza.

In secondo luogo, nell'ipotesi in cui, invece, il danneggiato abbia posto in essere una condotta macroscopicamente colposa, difettando dell'ordinaria diligenza e avvedutezza che l'ordinamento impone a tutti i consociati, il suo comportamento potrebbe a ragione essere considerato, sulla base delle circostanze di fatto da accertare, causa eccezionale del danno, provocato autonomamente e nonostante qualunque potere di fatto potesse essere esercitato sulla *res*.

La pioggia di per sé non è un vizio intrinseco della cosa, ma ne influenza il dinamismo. Rappresenta un fattore noto a chiunque, tanto al custode quanto a chi entri in contatto con la *res*: il primo sarà tenuto a fare i conti con un aumento del rischio, quindi delle potenzialità dannose della cosa; il secondo sarà tenuto a mettere in atto una dose minima di prudenza per orientare i propri comportamenti. Ciò non significa che il fattore-pioggia impone al solo potenziale danneggiato un adeguamento della condotta; se così fosse, paradossalmente il custode potrebbe “giovarsi” dei pericoli derivanti (direttamente o meno) dalla cosa, in quanto fattore che aumenta la diligenza richiesta ai terzi. L'influenza degli elementi (agente atmosferico, in questo caso) che incidono sulle circostanze di fatto opera su tutti i soggetti coinvolti nella vicenda. Il una giornata di pioggia, il custode sa aumentano le potenzialità dannose dei propri locali; l'avventore è tenuto a prestare maggiore attenzione ai propri movimenti. Ma mentre il primo risponde oggettivamente, quindi va incontro ad un “semplice” aumento di possibilità di incorrere in responsabilità, il

secondo rischia, agendo con colpa evidente, di porre in essere un comportamento da solo in grado di cagionare il sinistro, con conseguente operatività del caso fortuito.

Diversamente, venendo alla terza ipotesi, una condotta della vittima solo superficialmente imprudente, in assenza di un'evidente anomalia e di un'autonoma adeguatezza causale al danno, non può da sola integrare gli estremi del caso fortuito, ma diviene rilevante per il concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227, I comma, c.c.: né la condotta della vittima, né la pioggia in sé possono rappresentare causa esclusiva dell'evento dannoso. E per quanto gli effetti della precipitazione atmosferica rendano obiettivamente più disagiata per il custode l'esercizio di tutta una serie di attività volte al controllo della *res*, questo non può dirsi escluso, così come il vantaggio pratico dalla stessa derivante. Il custode del panificio non può andare esente da responsabilità, quand'anche si adoperi diligentemente per evitare i danni.

Ora, dalle risultanze processuali sembra che nella fattispecie concreta si sia verificata proprio quest'ultima ipotesi. La pioggia non ha dato luogo a nessuna circostanza eccezionale e oggettivamente estranea alla sfera di controllo della *res*, né tantomeno la vittima si è comportata in maniera assolutamente imprevedibile: non è emerso, infatti, che la danneggiata abbia compiuto un qualche gesto sconsiderato.

Di certo, non può inferirsi, dal semplice fatto che nessun altro avventore era caduto, che la vittima doveva aver posto in essere una condotta colposa tale da escludere in radice la responsabilità del custode e integrare autonomamente un'ipotesi di caso fortuito: un'affermazione del genere peccherebbe di apoditticità⁴¹⁴.

Stando ai risultati probatori evidenziati dai giudici di merito, può escludersi l'uso anormale della cosa da parte della sfortunata signora; così come può essere escluso che si siano verificate circostanze estranee alla cosa (così come alla danneggiata), talmente straordinarie ed eccezionali da dar luogo autonomamente al caso fortuito: non si rinviene alcun riferimento in tal senso.

Nessun rilievo, invece, ha la circostanza del mancato sforzo, da parte del custode, volto a rimuovere i pericoli all'interno del locale, con il compimento di tutta la serie di operazioni poc'anzi elencate. Difatti, il non aver predisposto le misure idonee ad evitare il danno non

⁴¹⁴ Non può escludersi, infatti, che la danneggiata sia stata solo "particolarmente sfortunata" per essere incappata in una chiazza (magari anche piccola) d'acqua, che casualmente gli altri avventori del panificio avevano evitato; oppure che solo qualche istante prima che lei scivolasse, qualche indumento bagnato o qualche ombrello aveva gocciolato sulla superficie della pavimentazione che lei avrebbe poi calpestato; ovvero ancora che altri non siano caduti per essere riusciti a mantenere meglio l'equilibrio, scivolando ma senza cadere a terra.

rende il custode responsabile perché in colpa (anche presunta). Se egli le avesse invece adottate, il danno forse non si sarebbe verificato, con ovvio beneficio per il custode⁴¹⁵; oppure il danno, comunque (sfortunatamente!) verificatosi, se non fosse stato riconducibile a fattori causali “altri”, avrebbe dovuto comunque essere a lui imputato, in quanto riconducibile alla cosa⁴¹⁶.

Il caso avrebbe dunque potuto essere deciso diversamente da quanto prospettato dai giudici di legittimità, ma anche dal collegio di secondo grado.

Escludendo l'ipotesi di caso fortuito per esclusivo comportamento anomalo della vittima, come pure per il fenomeno-pioggia, per nulla eccezionale e autonomo rispetto alla cosa, non rimane che riconoscere la responsabilità del custode del panificio, senza necessità di riferimento alcuno alla sua diligenza nella custodia. Come egli trae beneficio dalla cosa in custodia (ha cioè un vantaggio pratico derivante dal godimento del bene per l'attività commerciale esercitata), così ne ha il potere di fatto e sarà tenuto a sopportare i costi per i danni che dalla stessa derivino.

In base alle circostanze di fatto, può essere però ritenuto sussistente un concorso colposo della vittima. Un'eventuale comportamento volto a controllare il bene da parte del custode potrebbe, eventualmente, rilevare solo per altra via, contribuendo cioè a determinare quegli elementi presuntivi che possano far ritenere colposa la condotta della danneggiata.

La soluzione *testé* delineata ha forse il pregio della coerenza teorica, proponendosi come struttura interpretativa priva del riferimento alla diligenza del custode, non prevista espressamente nella disposizione normativa, né desumibile implicitamente dalla prova liberatoria del fortuito. Come il requisito della custodia, quale criterio d'imputazione della responsabilità, ha un presupposto oggettivo costituito dal potere di fatto sulla *res*⁴¹⁷, così l'attribuzione effettiva della responsabilità deve avere, quale presupposto di rilevanza, l'oggettiva relazione causale tra la cosa e l'evento lesivo.

Questa imputazione oggettiva del costo della responsabilità al custode, del resto, è coerente anche con l'interesse (ritenuto preminente) del soggetto danneggiato, il quale avrà maggiori *chances* di ottenere ristoro per il pregiudizio subito.

⁴¹⁵ E questa circostanza non avrebbe potuto che giovare al custode, il quale non sarebbe stato convenuto in un giudizio di risarcimento del danno.

⁴¹⁶ Si comprende, alla luce di queste argomentazioni, il motivo per cui l'ultimo dei tre elementi ritenuti determinanti dalla Corte di legittimità nella sentenza in commento non abbia in realtà alcuna rilevanza decisoria.

⁴¹⁷ Tanto da assumere maggiore rilevanza il possesso e la detenzione rispetto alla formale titolarità del diritto di proprietà sul bene.

Del resto, se custodia è potere di fatto, parallelamente e coerentemente, può dirsi che il custode avrebbe potuto – e non dovuto – adoperarsi per evitare in radice il verificarsi di sinistri. Il che non lo esonera, comunque, dalla responsabilità per gli eventi lesivi poi effettivamente verificatisi; il custode ne sarà comunque responsabile, anche qualora si fosse adoperato per evitarli. Ecco perché la sua negligenza non è elemento del fatto, neanche presunto, decisivo ai fini del sorgere degli effetti risarcitori. È dal vantaggio pratico, che egli realizza dalla custodia della *res*, che deriva la sua responsabilità; le altre circostanze verrebbero allegate (ed eventualmente provate) inutilmente. O meglio, nell'ipotesi di caso fortuito, che si fosse già verificato quale causa esclusiva del danno, le suddette circostanze, quali la difficoltà di controllare il bene per il custode, nonostante l'attività di controllo, possono valere quale meccanismo di adattamento dell'effetto al fatto, al fine di accertare, guardando al caso concreto, quando si ripristini l'effettivo potere di fatto, quindi il rapporto di custodia con la *res*.

3. Art. 2051 c.c. come norma generale residuale di chiusura sistemica. Suggestioni conclusive.

Così individuati la struttura della fattispecie, le invarianti decisive, gli interessi tutelati dalla norma e il suo fondamento, troverebbe definitiva conferma la possibilità di inquadrare l'art. 2051 c.c. come norma di chiusura sistemica per riconoscere il risarcimento in quelle situazioni di danno originate da fatti delle cose non rientranti in ipotesi normative già tipizzate.

Da una simile tesi è possibile inferire una duplice qualificazione della portata normativa della disposizione *de qua*.

Per un verso, essa presenta il connotato della "residualità". L'interprete, per verificare la possibilità di sussumere un'ipotesi di danno in una delle fattispecie positivizzate, dovrà preliminarmente discernere se all'origine dall'evento lesivo vi sia un comportamento dell'uomo ovvero un fatto non umano riconducibile però ad una sfera soggettiva. In questo secondo caso, dovrà compiere un ulteriore controllo ermeneutico, verificando se la fonte del danno, in quanto eziologicamente riconducibile in via diretta ad un oggetto e non ad

una persona⁴¹⁸, sia individuabile in una delle tante e variegate “cose-beni” espressamente prese in considerazione dal legislatore⁴¹⁹; in tal caso, troverà applicazione la specifica disciplina.

In caso contrario, potrà vagliarsi – come ultima possibilità di sussunzione – l’eventuale rilevanza della fattispecie di danni da “cose”, non altrimenti qualificate o nominate, il cui responsabile è allo stesso modo individuato nel “custode”, senza altre specificazioni. Ecco rinvenuta la residualità della norma: la sua applicabilità è subordinata alla previa verifica negativa dell’applicabilità di altre fattispecie al caso concreto. Sottraendo algebricamente queste ultime, “residua” eventualmente solo l’art. 2051 c.c., ammesso che l’origine causale del danno sia (riconducibile ad) una *res* e possa essere individuato un (responsabile che presenti le caratteristiche – delineate dalle invarianti evidenziate – del) custode. In caso contrario, non resta che optare per l’esclusione della responsabilità civile.

I passaggi logico-interpretativi descritti non sono certo lunghi e complessi; si potrebbe affermare che essi impegnano quasi “implicitamente” la *mens* dell’interprete. Ciononostante, essi sono determinanti e sono ben individuabili, pur nella loro distanza temporale infinitesimale (e quasi inconscia)⁴²⁰.

Viepiù, in favore del carattere di residualità della fattispecie considerata militano gli argomenti di ordine sistematico *supra* richiamati: all’interno del Titolo IX sui “Fatti

⁴¹⁸ Ferma restando la peculiare eccezione dell’art. 2050 c.c., della cui natura “ibrida” si è già detto, trattandosi di una norma che descrive nella proposizione condizionante una situazione che può ricondursi, in base alle circostanze concrete, tanto a un comportamento umano quanto a un fatto della cosa.

⁴¹⁹ Autoveicoli senza guida di rotaie, animali, impianti nucleari o minerari, prodotti difettosi, navi, aeromobili, edifici con vizi di costruzione e/o manutenzione.

⁴²⁰ A riprova di ciò, basti osservare che, qualora si provasse ad eliminare mentalmente alcune fattispecie tipiche di responsabilità, chiedendosi come un caso concreto possa essere sussunto in una norma astratta prima e dopo la loro eliminazione, nel secondo caso l’operazione ermeneutica si arresterebbe proprio nella fase logico-inferenziale appena descritta, facendo concludere l’interprete per la sussumibilità di un caso concreto nell’alveo dell’art. 2051 c.c. Così, per un prato rovinato da un animale del vicino, fuggito dal pascolo confinante, l’interprete agevolmente si interrogherebbe sull’operatività dell’art. 2052 c.c.; per converso, immaginando di eliminare mentalmente dal codice la predetta disposizione, probabilmente l’interprete, non trovando un’ipotesi normativa più specifica, “si arresterebbe” di fronte all’art. 2051 c.c., ritenendo l’animale una “cosa”, quale sostrato materiale di un bene (mobile) giuridico, rilevante ai sensi della norma da ultimo citata. Lo stesso potrebbe valere, per esemplificare ulteriormente, nell’ipotesi in cui un edificio, a causa del crollo del cornicione, cagionasse danno ad un malcapitato passante, ferendolo: in assenza dell’art. 2053 c.c., ben sarebbe riconducibile l’ipotesi verificatasi all’art. 2051 c.c.; gli esempi potrebbero ancora continuare, immaginando con un esperimento mentale di eliminare le altre ipotesi tipiche *supra* elencate per giustificare la residualità dell’art. 2051 c.c., ovvero sia l’art. 2054, IV comma, c.c., ma anche la fattispecie tipizzate dalle leggi speciali e riguardanti miniere, cave, torbiere, navi, aeromobili ecc.

Il passaggio mentale di verifica della sussumibilità del caso concreto nell’art. 2051 c.c., dato quasi per scontato nel primo caso, attesa la sua pacifica esclusione, torna ad essere “visibile” nella seconda ipotesi, finendo addirittura per costituire il punto di arresto del processo ermeneutico di sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta.

illeciti”, l’art. 2051 c.c. è collocato come prima fattispecie tra quelle non riconducibili direttamente all’atto dell’uomo; inoltre, gli stessi elementi delle “cose” e della “custodia” costituiscono ampio *genus* di tutte le *species* individuabili nelle altre disposizioni, secondo quanto si è già avuto modo di argomentare.

Proprio quest’ultima osservazione conduce alla seconda qualificazione della portata normativa dell’art. 2051 c.c.: la sua generalità.

Difatti, sono l’ampiezza concettuale degli elementi costitutivi della fattispecie, con conseguente loro estesa applicabilità, a far ritenere “generale” questa ipotesi normativa.

La stessa residualità, formalmente dovuta alla rilevanza dell’art. 2051 c.c. per “sottrazione” (o comunque per esclusione dell’operatività) dalle altre fattispecie riguardanti danni (originati) da beni-cose, costituisce al contempo riprova e argomento a sostegno della generalità della norma.

Come ampiamente osservato, tante situazioni sono riconducibili alla nozione di cosa o di custodia; requisiti, questi, tutti dotati di ampia portata concettuale, giustificata dall’esigenza di non lasciare privi di risarcimento quei malcapitati danneggiati che non possano invocare altre e più specifiche ipotesi normative. In ciò si rinviene la complementarità tra residualità e generalità come chiusura del sistema, finalizzato a non lasciar sguarnite di tutela alcune situazioni ritenute meritevoli secondo lo stile di vita delineato dall’ordinamento.

I caratteri appena delineati adombrano la suggestione di una certa dimensione di specularità tra gli artt. 2043 e 2051 c.c.: quasi in un parallelismo volto a coprire tutta l’area fenomenologica di rilevanza giuridica, l’art. 2043 c.c. starebbe alla nozione generale di fatto, *rectius* atto umano dannoso, come l’art. 2051 cc. sta alla nozione generale di fatto non umano dannoso.

Le considerazioni su residualità e generalità, ricche di contributi della dottrina sull’art. 2043 c.c.⁴²¹ ma del tutto assenti sull’art. 2051 c.c., trattandosi di una prospettiva non delineata altrove, potrebbero essere riproposte con riferimento alla responsabilità da cose. Né sembra che la peculiarità dell’art. 2043 c.c. e la sua differente portata sistemica rispetto all’art. 2051 c.c. giustifichino la non estensibilità delle predette considerazioni sulla prima disposizione anche alla seconda: si tratta, infatti, di profili riguardanti la tecnica legislativa e la formulazione normativa, piuttosto che il ruolo primario ed esclusivo della fattispecie generale nel sistema degli illeciti.

⁴²¹ Su cui vedi *amplius* Cap. I, Sez. I, par. 3.

Pertanto, i caratteri della generalità – e, per certi aspetti, anche della residualità – che connotano l’art. 2043 c.c., da considerarsi norma a portata (e non clausola) generale secondo quanto è stato argomentato nel quadro introduttivo del presente lavoro⁴²², possono essere ritenuti attributo caratterizzante anche dell’art. 2051 c.c. – e sia pur con le opportune differenziazioni già evidenziate –, stando all’inquadramento teorico e alla sfera di operatività pratica che sono stati evidenziati dalla ricerca.

Gli elementi costitutivi della fattispecie hanno tutti una precipua connotazione tecnico-giuridica: il danno, inteso come evento lesivo comprensivo dell’evento e delle conseguenze pregiudizievoli da esso derivanti, contiene *in re ipsa* l’ingiustizia secondo la qualificazione che s’è appena evidenziata; la cosa non è altro che il riferimento alla materialità della nozione di “bene”, quale fondamentale categoria dogmatica della scienza giuridica; la custodia, per quanto concetto atecnico rispetto alla dimensione negoziale, grazie anche alle invarianti individuate, si manifesta quale *genus* di una serie di istituti previsti e disciplinati dall’ordinamento (detenzione, possesso, proprietà), rispetto ai quali si differenzia per la valorizzazione dell’elemento materiale costituito dal potere di fatto; il caso fortuito, pur non definito dalla disposizione, è nozione da tempo elaborata dalla scienza giuridica, per quanto ancora oggi discussa e dibattuta.

Detti elementi si caratterizzano per una mancata specificità del significato ch’essi veicolano, il quale tuttavia ha un perimetro concettuale rinvenibile all’interno dell’ordinamento vigente: ciò giustifica e consente al tempo stesso l’applicabilità e la portata normativa generale dell’art. 2051 c.c. rispetto agli eventi lesivi non immediatamente (ma appunto solo attraverso un particolare criterio d’imputazione) riconducibili eziologicamente ad una condotta dell’uomo.

L’indagine in chiave sinottica delle altre fattispecie ha evidenziato che diverse norme (artt. 2052, 2053, 2054, IV comma, c.c., oltre alle molteplici ipotesi contemplate dalla legislazione *extra codicem*) prevedono già ipotesi di danno “da cose”, le quali andranno escluse dalla sussumibilità nell’alveo della suddetta disposizione, con conseguente diminuzione della sua area di rilevanza, che risulterà più circoscritta e delimitata.

Proprio quest’ultima circostanza manifesta l’adeguatezza della qualificazione dell’art. 2051 c.c. come norma residuale rispetto alle “cose” che non siano già state più specificamente individuate dal legislatore in altre fattispecie di responsabilità extracontrattuale. Queste ultime troveranno primariamente applicazione; solo in caso di

⁴²² Cfr. *ivi*, in particolare par. 3.2.

mancata sussumibilità di un'ipotesi di danno da cose in una fattispecie già tipizzata, che riguardi proprio (quelle "cose" costituenti il sostrato materiale de)i beni segnatamente interessati dal caso concreto effettivamente verificatosi, "entrerà in gioco" l'operatività dell'art. 2051 c.c.

Il fondamento di quest'ultima norma, individuato nel rischio, illumina assiologicamente l'intera fattispecie, giustificando una forma oggettiva di responsabilità che è agganciata e trova la sua *ratio* in quel potere di fatto che si traduce nell'attività (di controllo, gestione, manutenzione, eliminazione delle fonti di pericolo) concretamente esercitabile sulla *res* inscindibilmente legata al vantaggio pratico sulla stessa, quale godimento diretto o indiretto dei benefici che ne possano derivare. Attività esercitabile e vantaggio pratico costituiscono l'invariante della fattispecie, ineliminabile qualunque sia l'impostazione teorica che le si attribuisca, in quanto criterio per l'allocatione dei costi della responsabilità: beneficio e danno da risarcire (in quanto appunto secondo elemento della coppia oppositiva bene-danno) seguono così un'imputazione univoca dell'interesse fondamentale che emerge dalla norma.

Un'ultima suggestione emerge timidamente: sembrerebbe percorribile l'idea – che andrebbe verificata più approfonditamente⁴²³ – di un mutamento della classificazione delle fattispecie di illecito.

La dottrina ha discusso, fin dall'affermarsi della responsabilità oggettiva, di un'alternativa tra: a) un modello bipolare in cui si contrappongono illecito colposo e responsabilità oggettiva; b) un modello plurale in cui, alla colpa come criterio generale e di maggiore importanza (in quanto cristallizzato nell'art. 2043 c.c.) si affiancano una serie di altri e diversi criteri di imputazione, ciascuno diverso in base alla singola fattispecie.

Ebbene, occorre precisare intanto come, stando agli esiti della presente ricerca, non potrebbe aderirsi alla pluralità dei criteri d'imputazione, almeno per quelli che dovrebbero giustificare fattispecie fin qui considerate *species* del *genus* responsabilità da cose. La custodia e le cose, infatti, rappresenterebbero gli elementi identificativi di un "macro-criterio" identificato dall'invariante "attività esercitabile-vantaggio pratico": le altre fattispecie sarebbero così da considerare un'ulteriore specificazione dello stesso, rispetto al quale non si differenzerebbero per l'imputazione dell'interesse fondamentale; dovrebbe

⁴²³ Ma non è certo questa la sede per la verifica *de qua*. Si offre semplicemente uno spunto, quale mera suggestione priva di riscontri scientifici e argomentativi rigorosi, che potrebbe eventualmente essere approfondita in un altro percorso di ricerca.

così risultare preferibile un riferimento univoco al fondamento del rischio per queste forme di responsabilità⁴²⁴.

Ma soprattutto, alla luce di quanto sin qui emerso, potrebbe ipotizzarsi l'utilità di una nuova e diversa prospettiva di classificazione, fondata non più (tanto) sulla natura della responsabilità (oggettiva o per colpa), né sullo specifico criterio d'imputazione, quanto piuttosto sulla struttura di fondo (quale modalità fenomenologica di verifica) del fatto rilevante, cui è comunque sotteso un macro-criterio d'imputazione: per esigenze teoriche e pratiche al contempo, si potrebbe allora ragionare in termini di suddivisione tra fattispecie di responsabilità "per comportamento umano" da un lato, e "per fatto non umano" (*id est*, cagionato da "cose") dall'altro. L'uno e l'altro "insieme" della classificazione, pur comprendendo al suo interno diversi criteri per l'individuazione della responsabilità, mantengono l'elemento identificativo univoco dell'interesse fondamentale per l'imputazione dei costi della responsabilità: elemento soggettivo (dolo o colpa) che qualifica un comportamento da un lato, vantaggio pratico (quale godimento diretto o indiretto) collegato al potere di fatto sulla (categoria generale della) cosa dall'altro.

In mezzo, quale "enclave" tra le due appena descritte, si collocherebbe l'altra categoria, rappresentata dalla responsabilità per comportamento altrui, che dell'una prenderebbe la modalità di estrinsecazione del fatto, ovvero sia la condotta umana, dell'altra il fondamento del rischio legato all'invariante controllo-vantaggio derivante (non più dalla cosa, ma) dal rapporto con un altro soggetto⁴²⁵.

A testimoniare l'impossibilità strutturale, quasi "congenita", di una netta cesura – tanto teorica, quanto pratico-applicativa – tra le categorie rappresentate, inevitabilmente destinate ad un perenne dialogo e una continua osmosi, rimane "quell'icastico ibrido" della responsabilità di cui all'art. 2050 c.c.: *trait d'union* tra due mondi comunicanti, plasticamente scolpito dal legislatore in perenne equilibrio tra il momento spazio-temporale dello "svolgimento di un attività pericolosa" e il contesto di fondo della "natura dei mezzi adoperati". Scenario, questo, di frontiera fenomenologica tra i fatti provocati

⁴²⁴ Rischio da non collegarsi al "profitto" secondo l'impostazione teorica che si deve al Trimarchi, né tantomeno quale al "pericolo" quale criterio d'imputazione della responsabilità (questo piuttosto è rinvenibile nella custodia e nei suoi elementi invarianti) nella ricostruzione del Comporti. Cfr., per le tesi richiamate e l'esplicitazione dei criteri di divergenza dalle stesse, in questa Sezione, par. 1.5.

⁴²⁵ Il vantaggio pratico quale beneficio e godimento (diretto o indiretto) legato al rapporto con la persona non dovrà avere necessariamente natura economico-impresoriale (come quella risultante ad esempio da un rapporto di lavoro tra un datore di lavoro e un lavoratore subordinato quale suo "domestico" o "commesso" ai sensi dell'art. 2049 c.c.), potendo anche essere legato alla realizzazione di interessi non patrimoniali (si pensi al rapporto genitori-figli, ma anche al rapporto tra un artista/artigiano che per passione e in maniera totalmente gratuita formi un giovane allievo).

dagli oggetti e gli atti (*rectius*, comportamenti) posti in essere dai soggetti, i cui confini si trovano a scorrere l'uno sull'altro⁴²⁶, così offrendo allo studioso del diritto un'ulteriore riprova del fascino della scienza giuridica, mai esatta e per questo prodotto tipicamente umano.

⁴²⁶ Come in un fenomeno orografico che coinvolge le placche tettoniche, i cui confini si trovano in equilibrio sempre precario tra la silente e vicina coesistenza da un lato e un incontro-scontro generatore di movimenti tellurici (dotati di più o meno vasta pericolosità e magnitudo) dell'altro.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE B., voce *Damnum iniuria datum*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1961, pp. 110-111
- ID., voce *Illecito (Storia)* in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1970, p. 50 ss.
- ALPA G., *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.
- ID., *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e gestioni*, Il Mulino, Bologna 1991.
- ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile* (a cura di G. Alpa), IV, Milano, 1999.
- ID., *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 2, p. 6 e ss.
- ID., *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *www.giustiziacivile.com*, 3 maggio 2016.
- ALPA G., BESSONE M., *I fatti illeciti*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. Rescigno, XIV, Torino, 1982.
- ID., *La responsabilità civile*, III ed. (a cura di P.M. Putti), Milano, 2001.
- ALPA G., CONTE G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 2, p. 141 ss.
- ANNUNZIATA G., *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, Padova, 2010.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1960 (ristampa dal 1934).
- APICELLA D., *Responsabilità da cose in custodia (Responsabilità extracontrattuale)*, in *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da P. Stanzione, Milano, pp. 449-520.
- BALUCANI E., *L'esigibilità della custodia nella responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 5, p. 1045 ss.
- ID., *Condotta omissiva dell'ente pubblico e prevedibilità dell'evento dannoso nella responsabilità ex art. 2051 c.c.: due casi a confronto*, commento a Cass. civ.,

sez. III, n. 15723 del 18 luglio 2011 e Cass. civ., sez. III, n. 15720 del 18 luglio 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, p. 522 ss.

BARCELLONA M., *Clausola generale e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.

BEINART B., *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 279 ss.

BELLI G., *Cose in custodia, incendio, caso fortuito e aggravamento della prova liberatoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, p. 222 ss.

ID., *La responsabilità oggettiva*, in *La resp. civ.*, 2011, 5, p. 373 e ss.

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 632 ss.

BENEDETTI, A.P., *La responsabilità da cose in custodia tra prova liberatoria e condotta del danneggiato*, commento a Cass. civ., sez. III, 22 settembre 2009, n. 20415, in *Danno e resp.*, 2010, 5, p. 459 e ss.

BESSONE M., *Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 121 ss.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.

BIANCA C.M., *Diritto Civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994.

ID., *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, 1, p. 19 e ss.

BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D. e NATOLI U., *Diritto civile, 1, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1986.

BINDING K., *Die Normen und ihre Ubertretung*, II, Leipzig, 1916.

BITETTO A.L., *La responsabilità (oggettiva?) ex art. 2051 c.c., tra prevedibilità del pericolo per l'utilizzatore e diligenza del custode*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2014, n. 18167, in *Danno e resp.*, 2014, 12, p. 1167 ss.

BOTTERO R., *La ripartizione degli oneri probatori nella responsabilità ex art. 2051 c.c.*, in www.personaedanno.it

- BOVE L., voce *Danno (diritto romano)* in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 143 ss.
- BRANCA G., *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937.
- BRASIELLO U., *Cose pericolose e cose seagenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 27 ss.
- BREDA R., *La Cassazione e i danni da cose in custodia: quattro casi in rassegna*, in *Danno*.
- BUFFONE G., *Responsabilità della P.A. per omessa manutenzione del demanio stradale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 12, p. 2432 ss.
- ID., *Il danno da mancata manutenzione del demanio stradale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, p. 1302 ss.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.
- ID., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 649 ss.
- ID., *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV Roma, 1991, p. 1 ss.
- CANNATA C.A., *Genesi e vicende della culpa aquiliana*, in *Labeo*, 1971.
- ID., *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, in AA. VV., *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, atti del Convegno di Madrid 1993, a cura di L. Vacca, Giappichelli, 1995, pp. 25-57.
- CAPPUCCIO, F., *La pubblica amministrazione e l'art. 2051 c.c.*, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 697 ss.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.
- ID., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 21-30.
- ID., *Danno biologico senza miti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 31 ss.
- ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

- ID., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 4, p. 837 ss.
- ID., *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 787 ss.
- CERAMI P., *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ed Ugo Grozio*, in AA. VV., *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-Comparatistica*.
- CHIRONI G.P., *Colpa extracontrattuale*, II, Torino 1906.
- CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966.
- CICERO C., *Osservazioni in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, p. 1152 ss.
- COHEN M., *Lo scarabeo di Wittgenstein e altri classici esperimenti mentali*, Sfere, 2006.
- COMPORTI M., *Responsabilità civile per danni da selvaggina*, in *Riv. dir. agr.*, 1986, 1, p. 834 ss.
- ID., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049 - 2053) in Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002.
- ID., *La responsabilità per i danni da omessa o cattiva manutenzione stradale*, in *La resp. civ.*, 2008, 11, p. 870 ss.
- CORRADI E., *La custodia di cose quale criterio di imputazione della responsabilità ex art. 2051 c.c. nel quadro del rapporto di locazione*, in *Giur. it.*, 1992, 2, I, p. 2224 ss.
- CORSARO L., *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969.
- ID., voce *Responsabilità da cose*, in *Digesto Disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 104 ss.
- ID., *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2003.
- COTTINO G., voce *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)* in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 377 ss.

- COZZI M., *La responsabilità civile per danni da cose*, Padova, 1935.
- CRIFÒ G., voce *Danno* (Storia), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 616 e ss.
- ID., voce *Illecito* (diritto romano), in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 154 ss.
- CURSI M.F., *Iniuria cum damno*, Giuffrè, 2002.
- D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, 1989, pp. 426-461.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954.
- ID., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna 1971.
- DE MARTINI D., *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983.
- DE VOGLI S., *L'art. 2051 c.c. tra declamazioni e regole operazionali*, nota a Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031, in *Danno e resp.*, 1999, 2, p. 209 ss.
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1984, pp. 539-571
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970.
- ESMEIN P., *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949.
- ID., *Traité Planiol-Ripert*, Parigi 1952.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970.
- ID., *Introduzione alle scienze giuridiche, parte I: il concetto del diritto*, Milano, 1975.
- ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997.
- FERRI G.B., *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 348 ss.
- ID., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, p. 1 ss.

- FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 119ss.
- FIGONE A., *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 341 ss.
- FORCELLINI F., IULIANI A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 2, p. 395 ss.
- FORZIATI M., *La Cassazione e la responsabilità oggettiva del custode ex art. 2051 c.c.: limiti di una sentenza annunciata*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 1380 e ss.
- FRAGALI M., voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1969, p. 446 ss.
- FRANCHI A., ARGINE S., *La Pubblica Amministrazione e l'art. 2051 c.c.: verso un tertium genus di responsabilità?*, commento a Trib. Milano, 8 gennaio 2014, n. 164, Sez. X e App. Milano, 12 febbraio 2014, n. 615, Sez. II, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, p. 1958 e ss.
- FRANZONI M., *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* (diretto da F. Galgano), 1988.
- ID., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Galgano*, (art. 2043-2049), Bologna-Roma, 1993.
- ID., *L'illecito*, I, in *Trattato della responsabilità civile*, II Ed., Giuffrè, 2010.
- ID., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009.
- GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 1992.
- GERI V., *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, Milano, 1974.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.
- GIGLIOTTI F., *Il fenomeno giuridico del godimento*, ESI, Napoli, 2008.
- GIORDANO F., *La colpa nell'illecito extracontrattuale tra vecchi e nuovi orientamenti di dottrina e giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 1997, 4, p. 169 e ss.

- GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.
- GORASSINI A., *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in AA. VV., *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria* (a cura di M. Comporti e G. Scalfi), Milano, 1988, p. 259 ss.
- ID., *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, Napoli, 1994.
- ID., *Qualche riflessione sulla responsabilità del produttore funzionale all'analisi sistemica dei modelli di responsabilità civile*, in *Roma e America Diritto Romano Comune*, 1997, 3, p. 233 ss.
- ID., *Analisi economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile*, in *Panorami*, 2001, p. 39 ss.
- ID., *Per un'etica giuridica fondante*, in *La Chiesa nel tempo*, 2007, II.
- ID., *Lezioni di Biodiritto. Appunti del corso di lezioni* (a cura di F. Tescione), Giappichelli, 2007.
- ID., *Il valore vivente nel diritto*, in *Atti Del Convegno* (a cura di F. Tescione), *Il soggetto come fattispecie della Persona*, ESI, 2010, p. 4 e ss..
- GORASSINI A., TESCIONE F., *Per un quasi commento sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 237 ss.
- GRECO G.G., *Responsabilità da cose in custodia della struttura alberghiera: rilevanza del rapporto di causalità ed onere della prova*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 3, p. 575 e ss.
- GRECO G.G., PASANISI D.M., RONCHI B., *I danni da cose in custodia*, Milano, 2004.
- GRIGOLEI H.C., *La riforma del codice civile tedesco in sintesi* (trad. di E. Ferrante), in *Contr. Impr. Eu.*, 2004, 2.
- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1932.
- LAGHEZZA P., *Responsabilità da cose in custodia*, in *Danno e resp.*, 2009, 12, p. 1209 e

ss.

ID., *Pericolo caduta massi: franano i privilegi del custode pubblico*, nota a Cass. civ., sez. III, 28 settembre, 2009, n. 20754, in *Danno e resp.*, 2010, 1, p. 40 e ss.

ID., *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, commento a Cass. civ. 15720/2011 e 11430/2011, in *Danno e resp.* 2012, n. 3, p. 282 e ss.

ID., *Concorso di cause tra solidarietà e frazionamento*, commento a Trib. Civ. Bari, 12 dicembre 2013, in *Danno e resp.*, 2014, 8-9, p. 855.

LAURENT F., *Principes de droit civil francais*, V ed., Bruxelles - Paris, 1893.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen und Berlin, 1964.

LAZZARINI S., voce *Responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 293.

LEONARDI A., *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per insidia stradale: dall'insidia e trabocchetto alla c.d. prevenzione bilaterale passando per la responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 4, p. 1116 ss.

LI JUN, *L'actio de effusis vel deiectis nella vigente Legge sulla responsabilità da illecito civile della Repubblica Popolare Cinese*, su www.dirittoestoria.it

LONGO G., voce *Lex Aquilia de damno*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 799 ss.

LUZZATTO G.I., voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 614 ss.

MAIORCA C., voce *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 534 ss.

MANINETTI P., *Responsabilità oggettiva: come e perché*, nota a Cass. civ. n. 713/2010, in *Danno e resp.*, 2010, 10, p. 921 e ss.

MARCADÉ N.V., PONT P., *Explication du Code Napoléon*, sub. Art. 1382, Paris, 1855.

MARKESINIS B., *A comparative Introduction to the German Law of Torts*, III ed., Oxford, 1994.

- MAZEAUD H. e L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, V ed., Parigi, 1958.
- ID., *Leçons de droit civil*, Parigi, 1960.
- MAZZAMUTO S., *il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 3, p. 601 ss.
- MAZZON R., *Responsabilità oggettiva e semioggettiva*, Torino, 2012.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. I, Milano, 1957.
- MICHELET C.F., *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, Paris, 1973.
- MONATERI P.G., *La custodia di cui all'art. 2051 cod. civ.*, in *Resp. civ.* 1982, p. 756 ss.
- ID., *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.
- ID., *La responsabilità civile*, III, in *Trattato di Diritto Civile* (diretto da R. Sacco), Torino, 1998.
- ID., *La responsabilità civile per lo svolgimento di attività pericolose* in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, X, Torino, 2002, p. 83 ss.
- NAVARRETTA E., *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 12, p. 2419 ss.
- PALMIERI A., *Regimi nazionali di responsabilità civile e regole armonizzate sull'assicurazione obbligatoria: la Corte di Giustizia attenua le interferenze*, nota a Corte di Giustizia UE, sez. III, 09 giugno 2011, n. 409, in *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, 2012, 2, p. 346 ss.
- PASTORE M., *Caso fortuito e uso improprio del bene: quale limite alla responsabilità del custode?*, commento a Cass. civ., sez. III, n. 24804 del 8 ottobre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 5, p. 489 ss.
- PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, II Ed., Giuffrè, 2016.

- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.
- ID., *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 2014.
- PIZZETTI F.G., *Nuovi profili della responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 cod. civ.*, in *Giur. It.*, 1998, p. 1382 ss.
- ID., *Soggettività ed oggettività della responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.*, in *Giur. it.*, 1999, 7, p. 713 ss.
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1950, p. 58 ss.
- ID., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss. *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè, 1962,
- ID., voce *Beni (teoria generale)*, *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 186 ss.
- ID., voce *Cosa (teoria generale)*, *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 19 ss.
- ID., *Sulla responsabilità in generale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, p. 387 ss.
- ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978.
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1998.
- RESCIGNO P., *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. dir.civ.*, 1972, p. 4 ss.
- ID., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 1
- RAJNERI E., *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in *Giust. Civ.* 2002, p. 325 ss.
- RESTA G., *Danno cagionato da animali*, in G. Alpa, M. Bessone, *La responsabilità civile*, Aggiornamento 1988-1996, nella collana *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, 1997
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

- ID., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.
- ID., *Il tempo delle clausole generali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.
- ROSSETTI M., *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, in *Rassegna della Giurisprudenza di legittimità* (anno 2011), www.cortedicassazione.it
- SALEILLES R., *Principes de droit civil*, Bruxelles-Parigi, XX, 1878.
- SACCO R., voce *Crittotipo*, in *Dig. Disc. Priv.*, V, Torino, 1993, p. 39 ss.
- ID., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.
- SALEILLES R., *Etude générale sur la théorie de l'obligation*, Paris, 1922.
- SALVAGO S., *La perdurante incertezza giurisprudenziale circa la responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'ente per omessa o insufficiente manutenzione della strada*, in *Giust. civ.*, 2007, 1, p. 167 ss.
- SALVATI A., *La responsabilità da cose in custodia*, Milano, 2012.
- SALVI C., voce *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1186 ss.
- ID., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1084 ss.
- SANDULLI A.M., voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 286 ss.
- SANTORO P., *Rigurgiti in agguato: la responsabilità del custode e l'uso improprio della cosa*, commento a Cass. civ. III sez., n. 24804 del 8 ottobre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 5, p. 498 ss.
- SAVATIER R., *La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel progetto italo-francese di un codice delle Obbligazioni*, in *Ann. dir. comp.*, 1930, 1, p. 285 ss.
- ID., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, I, Paris, 1951.
- SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, p. 29 ss.

- ID., V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 2, p. 239 ss
- SCALZINI S., *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*, nota a Cass. civ. 21508/2011, in *Danno e resp.*, 2012, 6, p. 614 e ss.
- SCHIPANI S., *Responsabilità ex lege Aquilia: criteri di imputazione e problema della culpa*, Giappichelli, 1968.
- SCHLESINGER P., *L'“ingiustizia” del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss.
- SCHULZE R., *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Monaco, 2008.
- SCOGNAMIGLIO R., *Illecito (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 164 ss.
- ID., *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 628 ss.
- SCOZZAFAVA T.O., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.
- SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, Torino, 1925.
- SEN A., *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Marsilio, 1998.
- SERIO M., *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, 2, p. 327 ss.
- SERRAO F., *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, p. 93 ss.
- SEVERI C., *La condotta del custode nella fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 7-8, p. 1469 ss.
- SMORTO G., *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 423 ss.
- SPINA G., *La responsabilità del custode ex art. 2051 c.c. tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 5, p. 1532 ss.

- STARCK B., *Droit civil. Les Obligations*, Parigi, 1972.
- TALAMANCA M., voce *Colpa civile (storia) - diritto romano e intermedio*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 517 ss.
- ID., voce *Custodia (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 562 ss.
- TORIELLO F., *Responsabilità civile e normativa comunitaria. La responsabilità del produttore*, in AA. VV. (a cura di A. Tizzano), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 804 ss.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XVIII Ed., Milano, 2007.
- TOULLIER C.B.M., *Droit civil francais suivant l'ordre du Code*, 4 ed., Bruxelles, 1848.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- ID., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- ID., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss.
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.
- VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori del contratto*, in *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1918
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 2005.
- VON BAR C., *Tort Law: National Variety and European Perspective*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 327 ss.
- ID., et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2009.
- WEITNAUER A., *Remarques sur l'evolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1967.
- ZITELMANN E., DJZ, 1990, 3.
- ZIVIZ P., *Il danno cagionato dalle cose in custodia*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 100 ss.

ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato, vol. I - Principi fondamentali*, Milano, 1998.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Springer, 2005.

- voce *Prevedibile*, in *Vocabolario Treccani online*, (<http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/prevedibile/>)
- voce *Rischio*, in *Dizionario online Garzanti*, (<http://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=rischio>)
- voce *Rischio* in *Vocabolario online Treccani*, (<http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/rischio/>)
- voce *Sineddoche*, in *Enciclopedia Treccani online*, (<http://www.treccani.it/enciclopedia/ricerca/sineddoche/>)
- voce *Stocastico*, in *Vocabolario Treccani online*, (<http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/stocastico/>)
- Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007, Roma, 25 gennaio 2008, (a cura di V. Carbone, Primo Presidente della Corte di Cassazione) <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resorces/cms/documents/relazione/PresCarbone2007.pdf>
- Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010, Roma, (a cura di E. Lupo, Primo Presidente della Corte di Cassazione) <http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/comunicazione/allegati/Relazione%20amministrazione%20giustizia%20anno%202010%20Primo%20Pres.%20E.%20Lupo.pdf>
- Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011, Roma, 26 febbraio 2012, (a cura di E. Lupo, Primo Presidente della Corte di Cassazione) (http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20120126_RelazioneAG2011.pdf)
- Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013, Roma, 24 gennaio 2014, (a cura di G. Santacroce, Primo Presidente della Corte di Cassazione) http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/comunicazione/allegati/Relazione_anno_giudiziario_2013%20Cassazione.pdf
- Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014, Roma, 23 gennaio 2015, (a cura di G. Santacroce, Primo Presidente della Corte di Cassazione)

http://www.csm.it/PDFDinamici/PPC_2015.pdf

- Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015, Roma, 28 gennaio 2016, (a cura di C. Giovanni, Primo Presidente della Corte di Cassazione)
http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_sull_amministrazione_della_Giustizia_anno_2015_deL_Primo_Presidente_Giovanni_Canzio.pdf
- Rassegna della giurisprudenza di legittimità (anni 2007, 2012, 2013, 2014, 2015), www.cortedicassazione.it
- Comunicazione sulla "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione", COM (2003) 68 def. e Comunicazione del 2004 "Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro", COM (2004) 651 final.

Giurisprudenza

- Cass. civ. (Francia), 16 giugno 1896, in *V.A.D. DALLOZ*, 1897, I, c. 433.
- Cass. civ., 20 febbraio 1905, in *Giur. it.*, 1905, I, 1, c. 467.
- Cass. civ. (Francia), 16 novembre 1920, in *V.A.D. DALLOZ*, 1920, 1, c. 169.
- Cass. civ., 13 febbraio 1930, in *Gaz. Pal.*, 1930.1.676.
- Cass. civ., 1 agosto 1954, n. 2897, in *Giur. It.*, 1955, I.
- Cass. civ., 13 gennaio 1956, n. 38, in *Arch. resp. civ.*, 1956, p. 622.
- Cass. civ., 23 gennaio 1962, n. 95, in *Foro it.*, 1962, I, 213.
- Cass. civ., 2 aprile 1963, n. 809, in *Arch. resp. Civ.*, 1964, p. 600.
- Cass. civ., 24 luglio 1963, n. 2055 in *Giust. civ.*, 1963, p. 2343.
- Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro It.*, 1971, I, c. 1286, con nota di F.D. Busnelli; in *Giur. it.*, 1973, n. 2, c. 1186, con nota di G. Visintini.
- Cass. civ., sez. III, 31 maggio 1971, n. 1641, in *Resp. civ. e prev.*, 1972, p. 394.
- Cass. civ., 18 febbraio 1972, n. 460, in *Resp. civ.*, 1972.
- Cass. civ., 15 dicembre 1975, n. 4124, in *Giust. civ.*, 1976, I, 551.

- Cass. civ., sez. III, 13 maggio 1980, n. 3160, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 5.
- Cass. civ., sez. III, 08 gennaio 1981, n. 170, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 1.
- Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 1981, n. 481, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.
- Cass. civ., 2671/1982, in *Giur. N.*, 1983. L, 1, 63.
- Cass. civ., sez. III, 07 gennaio 1982, n. 58, *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1.
- Cass. civ., 27 gennaio 1982, n. 542, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, 480.
- Cass. civ., sez. III, 20 marzo 1982, n. 1817, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 3.
- Cass. civ., sez. III, 22 maggio 1982, n. 3134, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 5.
- Cass. civ., 14 marzo 1983, n. 1897, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 3.
- Cass., 09 giugno 1983, n. 3971, in *Giust. civ. Mass.*, 1983.
- Cass. civ., 27 febbraio 1984, n. 1393, in *Foro It.*, 1984, I, 1280.
- Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 1984, n. 5567, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 10.
- Cass. civ., 23 gennaio 1985, n. 288, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 1.
- Cass. civ., 22 febbraio 1985, n. 1589, in *Arch. Giur. Loc.*, 1985, p. 695.
- Cass. civ., 4 aprile 1985, n. 2319, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 560.
- Cass. civ., sez. III, 04 aprile 1985, n. 2319, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 4.
- Cass. civ., 21 gennaio 1987, n. 522, in *Mass. Foro it.*, 1987.
- Cass. civ., 1 aprile 1987, n. 3129, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 4.
- Cass. civ., Sez. III, 22 luglio 1987, n. 6407, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 7.
- Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 1987, n. 8308, in *Resp. civ.*, 1988, p. 169.
- Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1988, n. 723, in *Finanza locale*, 1989, 191.

- Cass. civ., 25 ottobre 1988, n. 6340, in *Giust. civ. Mass.*, 1988.
- Cass. civ., Sez. II, 22 agosto 1989, n. 3737, in *Mass. Foro it.*, 1989.
- Cass. civ., 23 ottobre 1990, n. 10277, in *Mass. Foro it.*, 1990.
- Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 1991, n. 12019, in *Giust. civ.*, 1992, I, 41; in *Mass. Foro it.*, 1991; il testo integrale è rinvenibile in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. III, 26 maggio 1993, n. 5925, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 931.
- Cass. civ., 9 febbraio 1994, n. 1332, in *Arch. civ.*, 1994, 781.
- Cass. civ., sez. III, 26 aprile 1994, n. 3957, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 560.
- Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1995, n. 981, in *Giust. civ. Mass.*, 1995.
- Cass. civ., sez. I, 01 marzo 1995, n. 2301, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 472.
- Cass. civ., sez. III, 11 agosto 1995, n. 8823, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1512.
- Cass. civ., sez. III, 27 dicembre 1995, n. 13114, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 12.
- Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 1996, n. 265, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 46.
- Cass. civ., 16 febbraio 1996, n. 1192, in *Danno e Resp.*, 1996, 649.
- Cass. civ., sez. III, 13 maggio 1997, n. 4196, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 725.
- Cass. civ., sez. III, 03 ottobre 1997, n. 9658, in *Studium Juris*, 1998, p. 194.
- Cass. civ., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5031 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1080; in *Danno e resp.*, 1999, n. 2, p. 209 e ss.
- Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 1998, n. 10759, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2204.
- Cass. civ., 25 novembre 1988, n. 6340, in *Mass. Foro it.*, 1988.
- Cass. civ., 25 novembre 1988, n. 6340, in *Mass. Foro it.*, 1988.
- Cass. civ., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11749, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 733 (con nota di Rapelli).

- Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 1999, n. 674, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 159.
- Corte cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *Giust. civ.* 2000, I, 649; in *Giur. it.* 2000, 168.
- Cass. civ., sez. III, 14 giugno 1999, n. 5885, in *Banca Dati De Jure*.
- Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Riv. amm. R. It.*, 1999, 579 (con nota di S. Tarullo);
- Cass. civ., sez. III, 27 agosto 1999, n. 8997, in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1859, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 394.
- Cass. civ., 18 aprile 2000, n. 5032, in *Mass. Foro It.*, 2000.
- Cass. civ., 22 maggio 2000, n. 6616, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1078.
- Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 105.
- Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 2001, n. 16179, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 2203.
- Cass. civ., 26 marzo 2002, n. 4308, in *Mass. Foro it.*, 2002.
- Cass. civ., sez. III, 06 giugno 2002, n. 8216, in *Giust. civ.*, 2003, I, 734.
- Cass. penale, Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Dir. Giust.*, 2002, 35, 21.
- Cass. civ., sez. III, 20 luglio 2002, n. 10641, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1201; in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1299.
- Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2002, n. 11268, in *Banca Dati De Iure*.
- Cass. civ., 30 luglio 2002, n. 11250, in *Mass. Foro it.* 2002.
- Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11366, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1415.
- Cass. civ., sez. III, 08 novembre 2002, n. 15707, in *Studium Juris*, 2003, 250.
- Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 472, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 90.
- Cass. civ., sez. III, 08 maggio 2003, n. 6988, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

- Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2003, n. 12219, in *Foro it.*, 2004, I, 511.
- Cass. civ., sez. III, 23 luglio 2003, n. 11446, in *Foro it.* 2004, I, 511.
- Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2003, n. 15656, in *Danno e resp.*, 2004, p. 615.
- Cass. civ., sez. III, 04 febbraio 2004, n. 2062, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 2.
- Cass. civ., sez. III, 09 febbraio 2004, n. 2430, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 2.
- Cass. civ., sez. III, 02 aprile 2004, n. 6515, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4.
- Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2004, n. 12329, in *Dir. Giust.*, 37, p. 34.
- Cass. civ., 15 ottobre 2004, n. 20334, in *Rep.* 2004, voce *Responsabilità civile*.
- Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9754, in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2005, n. 14749, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7-8.
- Cass. civ., sez. III, 05 agosto 2005, n. 16576, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9.
- Cass. civ., sez. III, 21 settembre 2005, n. 18618, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10.
- Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20317, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, p. 1076.
- Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Foro it.*, 2006, 10, I, 2801; *Giur. it.* 2007, 6, 1403 (s.m.) (con nota di Salvatori).
- Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5445, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.
- Cass. civ., sez. III, 06 aprile 2006, n. 8095, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.
- Cass. civ., sez. III, 06 luglio 2006, n. 15383, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8.
- Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384, in *Foro it.*, 2006, I, 3358.
- Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2006, n. 16770, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8.
- Cass. civ., 29 settembre 2006, n. 21244, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9.
- Cass. civ., 29 novembre 2006, n. 25243, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11.

- Cass. civ., sez. III, 02 febbraio 2007, n. 2308, in *Dir. Giust. online*, 2007.
- Cass. civ., sez. III, 06 febbraio 2007, n. 2563, in *Giur. it.*, 2007, 11, p. 2443.
- Cass. civ., 06 febbraio 2007, n. 2563, in *Giur. it.*, 2007, 11, p. 2443.
- Cass. civ., sez. III, 06 febbraio 2007, n. 2563, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; in *Giur. it.* 2007, 11, 2443
- Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2007, n. 7934, in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. II, 22 giugno 2007, n. 14656, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6.
- Cass. civ., sez. III, 08 agosto 2007, n. 17377, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, pp. 7-8.
- Cass. civ., 8 agosto 2007, n. 17377, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.
- Tribunale di Genova, sez. II, 23 agosto 2007, n. 2912, in *Guida dir.*, 2008, 1, 48 (s.m).
- Tribunale Genova, sez. II, 28 agosto 2007, in *Guida dir.*, 2008, 3, 68 (s.m).
- Cass. civ., sez. III, 26 novembre 2007, n. 24617, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11.
- Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Giust. civ.*, 2008, 6, I, 1483.
- Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 858, in *Giust. civ.*, 2009, 9, I, 2007.
- Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 253.
- Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Giust. civ.*, 2008, 9, I, p. 1909.
- Cass. civ., 8 maggio 2008, n. 11227, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 5, 679.
- Cass. civ., sez. III, 06 giugno 2008, n. 15042, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 9, p. 191
- Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25029, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, p. 1475.
- Cass. civ., 10 ottobre 2008, n. 25029, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 10, 1475.
- Cass. civ., sez. III, 05 dicembre 2008, n. 28811, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, p. 1740.

- Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 993, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, p. 72; in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2009, n. 1691, *Diritto e Giustizia online*, 2009.
- Cass. civ., 20 febbraio 2009, n. 4234, in *Guida al Dir.* 2009, 21, 71.
- Cass. civ., 10 marzo 2009, n. 5741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 3, p. 422.
- Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, p. 584.
- Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, p. 584.
- Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2009, n. 8157, in *Guida al diritto* 2009, 21, 77 (s.m).
- Cass. civ., sez. III, 22 settembre 2009, n. 20415, in *Danno e resp.*, 2010, 5, 464.
- Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2009, n. 20754, in *Redazione Giuffrè* 2009.
- Cass. civ., sez. III, 19 novembre 2009, n. 24419, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, p. 1606.
- Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24529, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, p. 1614.
- Cass. civ., sez. III, 20 novembre 2009, n. 24529, in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, p. 1399.
- Cass. civ., sez. II, 09 dicembre 2009, n. 25772, in *Dir. Giust. online*, 2009.
- Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Guida dir.*, 2010, 13, 71.
- Cass. civ., sez. III, 01 aprile 2010, n. 8005, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 494.
- Cass. civ., sez. III, 07 aprile 2010, n. 8229, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 503.
- Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2010, n. 9546, *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 584.
- Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 293.
- Cass. civ., 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 293.
- Cass. civ., 22 marzo 2011, n. 6529, in *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, 1552.

- Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2011, n. 11016, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, p. 769.
- Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2011, n. 11016, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 769.
- Cass. civ., Sez. Un., 29 giugno 2011, n. 14319, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 971;
Resp. civ. e prev., 2011, 12, 2599; *Giust. civ.*, 2012, 3, I, 750.
- Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15720, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, p. 519, in
Giust. civ. Mass., 2011.
- Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2011, n. 21286, inedita, in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., 18 ottobre 2011, n. 21508, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1262.
- Cass. civ., 11 novembre 2011, n. 23562, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, p. 1589.
- Cass. civ., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, p.
632; in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1643.
- Cass. civ., sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1310, in *Dir. Giust. online*, 2012, 2 febbraio.
- Cass. civ., sez. III, 02 marzo 2012, n. 3253, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, p. 991.
- Cass. civ., 29 marzo 2012, n. 5072, in *Dir. e Giust. online* 2012.
- Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2012, n. 6065, in *Dir. Giust. online*, 2012, 19 aprile.
- Cass. civ., sez. III, 08 maggio 2012, n. 6903, in *Dir. e Giust. online*, 2012, 9 maggio.
- Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2012, n. 13681, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 1002.
- Cass. civ., sez. III, 21 settembre 2012, n. 16057, in *Diritto e Giustizia online* 2012,
24 settembre.
- Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2012, n. 16540, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, p.
2062.
- Cass. civ., sez. III, 01 ottobre 2004, n. 19653, in *Il civilista*, 2012, 1, 24 (s.m.) (con
nota di Savoia).
- Cass. civ., sez. III, 06 novembre 2012, n. 19154, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 7
novembre.
- Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2012, n. 19758, in *Dir. Giust. online*, 2012, 13
novembre.
- Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22385, in *Dir. Giust. online*, 2012, 10
dicembre.

- Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2012, n. 22898, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 12, p. 1415.
- Cass. civ., sez. VI, 09 gennaio 2013, n. 378, in *Dir. Giust. online*, 2013, 9 gennaio.
- Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2013, n. 783, in *Arch. circ. sin.* 2013, 2, 131.
- Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 2094, in *Dir. Giust.*, 2013, 30 gennaio.
- Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3662, in *Dir. Giust. online*, 2013, 15 febbraio.
- Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3662, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 2, p. 642.
- Cass. civ., 12 marzo 2013, n. 6101, in *Dir. Giust.*, 2013, 13 marzo.
- Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2013, n. 8935, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.
- Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2013, n. 11946, in *Dir. Giust. online*, 2013, 16 maggio.
- Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2013, n. 14856, in *Guida dir.*, 2013, 42, p. 65.
- Cass. civ., sez. III, 02 agosto 2013, n. 18496, in *Dir. Giust. online*, 2013, 2 agosto.
- Cass. civ., sez. VI, 17 settembre 2013, n. 21233, in *Dir. Giust. online*, 2013, 18 settembre.
- Cass. civ., 17 ottobre 2013, n. 23584, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, p. 6.
- Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2013, n. 23584, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.
- Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23919, in *Dir. Giust. online*, 2013, 22 ottobre.
- Cass. civ., sez. III, 05 novembre 2013, n. 24793, in *Dir. Giust. online*, 2013, 5 novembre.
- Cass. civ., 5 novembre 2013, n. 24793, in *Dir. Giust. online*, 2013.
- Tribunale di Lucca, 24 gennaio 2014, n. 116, in *Redazione Giuffrè*, 2014.
- Cass. civ., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 1468, in *Dir. Giust.*, 2014, 24 gennaio.
- Cass. civ., sez. VI, 22 gennaio 2014, n. 1305, in *Dir. Giust.*, 2014, 22 gennaio.
- Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 4446, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.
- Cass. civ., Sez. Un., 08 maggio 2014, n. 9936, in *Giust. civ. Mass.*, p. 2014.
- Cass. civ., 30 giugno 2014, n. 14065, in *Banca Dati De Jure*.

- Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2014, n. 18167, in *Foro it.* 2014, 10, I, 2739.
- Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2014, n. 19657, in *Foro it.*, 2015, 2, I, c. 555.
- Cass. civ., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 25220, in *Dir. Giust. online*, 2014, 27 novembre.
- Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2015, n. 287, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.
- Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2015, n. 295, in *Dir. Giust.*, 2015, 13 gennaio.
- Cass. civ., sez. VI, 09 marzo 2015, n. 4661, in *Dir. Giust. online*, 2015, 10 marzo.
- Cass. civ., sez. VI, 09 marzo 2015, n. 4663, in *Dir. Giust.*, 2015, 9 marzo.
- Cass. civ., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 7448, in *Dir. Giust. online*, 2015, 15 aprile.
- Cass. civ., sez. III, 08 maggio 2015, n. 9323, in *Dir. Giust.*, 2015, 11 maggio.
- Cass. civ., Sez. VI, 06 luglio 2015, n. 13930, in *Dir. Giust. online*, 2015, 6 luglio.
- Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2015, n. 14635, in *Dir. Giust.*, 2015, 14 luglio.
- Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2015, n. 18317, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.
- Cass. civ., sez. VI, 24 settembre 2015, n. 18903, in *Dir. Giust.*, 2015, 24 settembre, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2015, 6, p. 1986.
- Cass. civ., 24 settembre 2015, n. 18877, in *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. VI, 09 ottobre 2015, n. 20366, in *Dir. Giust.*, 2015, 12 ottobre.
- Cass. civ., sez. VI, 18 dicembre 2015, n. 25594, in *Dir. Giust.*, 2015, 18 dicembre.
- Cass. civ., sez. VI, 18 dicembre 2015, n. 25594, in *Dir. Giust. online*, 2015, 18 dicembre.
- Cass. civ., sez. VI, 07 gennaio 2016, n. 56, in *Dir. Giust. online*, 2016, 7 gennaio.
- Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2016, n. 3695, in *Foro it.*, 2016, 9, I, p. 2857.
- Cass. civ., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 3875, in *Dir. Giust.*, 2016, 29 febbraio.
- Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2016, n. 5617, in *Dir. Giust.*, 2016, 23 marzo.
- Cass. civ., sez. VI, 01 aprile 2016, n. 6407, in *Dir. Giust.*, 2016, 4 aprile.
- Cass. civ., 9 giugno 2016, n. 11802, in *Guida al dir.*, 2016, 31, 71.
- Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2016, n. 12895, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

- Cass. civ., Sez. VI, 28 luglio 2016, n. 15718, in *Dir. Giust.*, 2016, 29 luglio.
- Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2016, n. 15761, in *Guida al dir.*, 2016, 47, 73; per il testo integrale vedi *Banca Dati De Jure*.
- Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21221, in *Dir. Giust.*, 2016, 24 ottobre.
- Cass. civ., Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 24480, in *Banca dati De Jure*.
- Cass. civ., Sez. VI, 18 gennaio 2017, n. 1231, in *Dir. Giust.*, 2017, 18 gennaio.

Fonti normative

- Regio Decreto 29 luglio 1927, n. 1443: “Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel Regno.”
 - Regio Decreto Legislativo 11 ottobre 1934, n. 1948, convertito nella legge 4 aprile 1935, n. 911 (in *Gazzetta Ufficiale*, 19 giugno, n. 143): “Condizioni e tariffe per il trasporto delle persone sulle ferrovie dello Stato”
 - Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327, Codice della Navigazione
- Legge 31 dicembre 1962, n. 1860 (in *Gazz. Uff.*, 30 gennaio, n. 27; modificata con D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519): “Impiego pacifico dell'energia nucleare.”
- Legge 27 dicembre 1977, n. 968, modificata dalla Legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante “Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio.”
 - Decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 224 (in *Suppl. ordinario alla Gazz. Uff.*, 23 giugno, n. 146): “Attuazione della direttiva CEE numero 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi dell'articolo 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183 (come modificato dal decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 25, di attuazione della direttiva 1999/34/CE)”
 - Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (in *Gazz. Uff.*, 13 ottobre, n. 240): “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.”
 - Legge 25 febbraio 1992, n. 210 (in *Gazz. Uff.*, 6 marzo, n. 55): “Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati”

- Decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38 (in Gazz. Uff., 1 marzo, n. 50): “Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell' art. 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144.”
- Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n.196 (in Suppl. ordinario n. 123 alla Gazz. Uff., 29 luglio, n. 174): “Codice in materia di protezione dei dati personali.”
- Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206: “Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.”
- Legge 27 febbraio 2015, n. 18 (in Gazz. Uff., 4 marzo 2015, n. 52): “Disciplina della responsabilità civile dei magistrati.”