

La responsabilità civile e gli ottant'anni del codice civile

di Massimo Franzoni

SOMMARIO: 1. Ottant'anni di responsabilità civile. – 2. La Relazione al codice civile del 1942. – 3. Segue: un progetto di società civile. – 4. L'applicazione del codice civile a partire dagli anni '50. – 5. Il *danno ingiusto* nella Rel. al c.c. e successivamente. – 6. Dalla colpa alla colpa professionale. – 7. La responsabilità civile nel danno alla persona. – 8. L'equità e le tabelle per il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona. – 9. Dal fatto fonte di responsabilità civile al fatto fonte di obbligazione da contatto sociale. – 10. La responsabilità civile del III millennio.

1. Ottant'anni di responsabilità civile.

Sono già passati 80 anni da quando in quel 1942, sul quale si erano già addensate molte nubi, presagio della tempesta degli anni a venire, entrarono in vigore i rimanenti libri del codice civile. Normalmente quando si ricorda il codice vigente, si riconosce che è un ottimo prodotto tecnico giuridico, frutto di una sapiente assimilazione culturale della tradizione francese e di quella tedesca, penso ad es. all'annullamento del contratto; con una speciale attenzione ad una modernità che soltanto una classe di giuristi di grande cultura poteva pensare osservando la società italiana degli anni 30 del secolo scorso, penso ad es. alla disciplina del contratto standard; con un'idea di società aperta a una pluralità di fini e di sviluppi futuri, penso all'art. 2349 rubricato «*Azioni a favore dei prestatori di lavoro*», nel testo originario). Inevitabilmente il ragionamento si chiude con una riflessione sulla unificazione dei codici, civile e di commercio, la scrittura del libro V del codice vigente, la previsione dell'art. 2082 c.c., molto lontana dallo statuto del commerciante che ci perviene dalla tradizione, più in generale, molto lontana dalle categorie giuridiche tradizionali legate all'atto o al negozio giuridico, come risultato della volontà del soggetto. Una particolare attenzione ha prestato Pietro Rescigno alla scelta di prevedere un libro VI dal carattere apparentemente ricognitivo, ma di questo non parleremo ora ⁽¹⁾.

La misura del tempo trascorso è data anche dalla scelta di trattare in questo convegno la responsabilità civile; dubito che questo argomento avrebbe visto ben due relatori negli anni '50 e forse anche negli anni '60 del secolo scorso. L'interesse per questa figura, non considerata un rimedio nel significato assegnato oggi a questo sostantivo, era ben rappresentato dalla sua collocazione nel codice civile: alla fine del libro IV, dopo il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza causa.

⁽¹⁾ È quanto è emerso negli intereventi raccolti in *Cinquant'anni del codice civile - Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, al convegno ha partecipato la più autorevole dottrina; così come all'altro convegno bolognese i cui atti sono stati raccolti da SESTA (A cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994.

A distanza di tanto tempo, può valer la pena di segnalare questa circostanza, non per segnalare chissà quale scoperta, ma soltanto per constatare il tangibile cambiamento della società nella quale il codice è stato applicato e le sue stagioni. Per constatare, in altri termini, che il fatto illecito, pensato dalla tradizione e dal codificatore per proteggere la proprietà, è giunto a svolgere molte altre funzioni, senza modifiche nell'originario testo normativo.

2. La Relazione al codice civile del 1942.

Ho trovato molto utile rileggere la relazione del guardasigilli al re, dal n. 793 al n. 803 ⁽²⁾. Sul piano sistematico, ho notato una chiara presa di posizione: illeciti sono i fatti, non gli atti, poiché, nel linguaggio del codice, il massimo grado di astrazione si raggiunge con la categoria dell'atto giuridico e non con quella del negozio giuridico (n. 793). Quello che nel linguaggio corrente talvolta è chiamato atto, perché proviene dall'uomo, quindi, per il codificatore deve qualificarsi un fatto che, se illecito, è fonte dell'obbligazione risarcitoria, secondo l'art. 1173 c.c. È una importante presa di posizione, normalmente ignorata da certa dogmatica, talvolta anche dallo stesso codificatore, per la verità, che all'art. 2598 c.c. menziona gli «atti di concorrenza sleale», mentre coerentemente avrebbe dovuto scrivere «fatti di concorrenza sleale».

Stupisce ancora l'accento che il relatore pone sulla imputazione della causa ignota, in tutte le figure che ormai, nel nostro tempo, etichettiamo di responsabilità oggettiva. Stupisce poiché siamo in un periodo in cui sembrava imperare il principio trasposto in regola “nessuna responsabilità senza colpa”; certo nella relazione si dà per certo che queste figure (artt. 2049, 2051, 2053 e così via) non sono di responsabilità assoluta, come diremmo ora. Tuttavia non possono dirsi neppure fondate sulla colpa, altrimenti la causa ignota sarebbe liberatoria per chi ha cagionato il fatto. Verrebbe da pensare che il latinetto *cuius commoda eius et incommoda* è antico, quindi che non c'è nulla di nuovo, anzi tutto spiegato con un rinvio alla tradizione, ma non è completamente vero, ocme diremo nel successivo § 4.

Poco dopo al n. 795 s. il relatore afferma: «la vera innovazione sta nel trattamento delle attività pericolose», l'art. 2050 è collegato all'art. 2054 c.c., in linea di continuità con la disciplina del codice della strada del 1933. Anche su queste norme è puntuale la ricaduta sull'onere della prova adeguato a queste fattispecie di responsabilità, penso all'art. 2054, comma 2°, c.c., che lascia intendere una diversa prospettiva rispetto a quella dogmatica: “nessuna responsabilità senza colpa”. L'attenzione è alla modernità, non alla tradizione.

⁽²⁾ Cfr. https://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici/-/asset_publisher/8DRwCIeuASnD/content/relazione-del-ministro-guardasigilli-grandi-al-codice-civile-del-1942

Sicuramente un'altra importante innovazione è data dall'art. 2057 c.c., secondo il quale il danno permanente alla persona può essere liquidato nella forma della rendita vitalizia (rel. n. 802). Si tratta di una norma che è stata eccezionalmente applicata fino ad ora, ma che dimostra una particolare sensibilità del codificatore a questioni del danno alla persona che non era scontato immaginare nel 1942. Sul piano sistematico questa norma è collegata al risarcimento in forma specifica dell'art. 2058 c.c., vista come una esecuzione in forma specifica (art. 2930 c.c.) nell'ambito dell'adempimento coattivo.

Sono norme che, se riportate al tempo in cui furono scritte, dimostrano la piena consapevolezza raggiunta da un sistema che immagina la legge come strumento di efficace innovazione per la società civile. Lo sguardo non è più rivolto alla tradizione, ma alla immaginazione del futuro da progettare, secondo le direttive del codice civile.

3. Segue: un progetto si società civile.

Nel n. 797, seppure apparentemente ad altro proposito, troviamo il fondamento dell'abuso di diritto nel rinvio agli art. 833 e 1175 c.c. e poco dopo (Rel. n. 798 s.) l'affermazione di una responsabilità anche per chi ha cagionato il danno in stato di necessità nell'art. 2045 c.c. o di incapacità nell'art. 2407, comma 2°, c.c. Sono tutte ipotesi che possono essere lette come un progressivo abbandono dell'autore del fatto per approdare alla centralità della figura della vittima. Nulla si dice dell'art. 2054, comma ult., c.c., nel quale è stabilito che il proprietario del veicolo è responsabile per «vizi di costruzione» del veicolo, ma la prospettiva è la medesima: ci sono tutti i presupposti per rivenire uno scollamento fra la responsabilità penale e la responsabilità civile.

La medesima logica riproposta nel n. 801, dove è chiaramente affermato che «non si è accolto così il principio di commisurare il risarcimento al grado della colpa». Tutto questo è funzionale a distinguere il risarcimento dalla pena e con ciò a separare la funzione punitiva da quella risarcitoria, in sostanza sono tutti «sintomi» di un chiaro abbandono dal dogma «nessuna responsabilità senza colpa».

4. L'applicazione del codice civile a partire dagli anni '50.

Dopo questa lettura della Relazione, ho provato a pensare a ciò che è successo dopo l'entrata in vigore del codice e ho maturato la convinzione che la cultura giuridica del codificatore non è la stessa di chi ha applicato quelle stesse norme, qualche anno dopo. Così, la grande innovazione delle attività pericolose, è stata interpretata come una derivazione dal dogma «nessuna responsabilità senza colpa», allo stesso modo di tutte le altre norme di c.d. responsabilità oggettiva. Il risultato è

stato di leggere queste norme non come eccezione alla regola dell'art. 2043 c.c., bensì come una sua specificazione ⁽³⁾. Non si è trattato, quindi, di una “grande innovazione”, ma di diversa lettura che è servita a dare continuità ad un pensiero antico, più antico di quello del codificatore. Tecnicamente ciò si è realizzato con l'impiego della figura della presunzione di colpa: il custode risponde perché la sua colpa si presume (art. 2051 c.c.), e lo stesso vale anche per il padrone o committente dell'art. 2049 c.c. e anche per il proprietario dell'edificio dell'art. 2053 c.c. Le norme non menzionano la colpa come criterio di imputazione, ma l'interprete ha corretto la “lacuna” legislativa.

Si consideri che il distacco da questa argomento retorico è stato molto lento e preceduto da una fase nella quale si è affermato che l'oggetto di presunzione non era più la colpa ma, addirittura, la responsabilità: si presume la responsabilità (*sic!*), non la colpa ⁽⁴⁾. Si è trattato di un espediente retorico, poiché la presunzione non veniva superata dando la prova contraria, ossia la diligenza del comportamento, bensì offrendo la dimostrazione di un fatto positivamente determinato, non imputabile all'asserito responsabile, quindi del caso fortuito, ossia dell'interruzione del rapporto causale ⁽⁵⁾.

Il ritorno al dogma “nessuna responsabilità senza colpa” da parte di chi ha applicato il c.c. negli anni successivi alla sua entrata in vigore ha rappresentato la riproposizione di un antico sistema di valori, diventati dogmi, quindi alieni al contesto di applicazione. Il superamento del dogma “nessuna responsabilità senza colpa” non è stata una questione tecnica, ha rappresentato una passaggio epocale al quale ha fortemente concorso la dottrina a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Non per caso, questo momento ha coinciso con la scoperta del valore della costituzione nella lettura delle norme ordinarie, fra le quali ci sono anche quelle del c.c.

La novità è rappresentata da Pietro Trimarchi che nel 1961 ⁽⁶⁾ mette in discussione la supremazia della colpa nella responsabilità civile. La sua tesi è che nelle attività industriali il rischio avrebbe dovuto essere il criterio per amministrare il costo del danno, la colpa avrebbe potuto continuare a svolgere il suo ruolo, ma soltanto per le “attività biologiche”, ossia quelle non d'impresa. Come si può ben immaginare, si tratta di un saggio che avrebbe aperto a svariate

⁽³⁾ Rivio sinteticamente al pensiero di Adriano De Cupis che ha fortemente influenzato la cultura della responsabilità civile, essendo stato per lungo tempo l'unica opera sistematica: DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 1946, di circa 470 pagine.

⁽⁴⁾ Senza pretese di completezza, si esprimono in termini di presunzione di responsabilità, con riguardo ai precettori, la Cass., 22 gennaio 1990, n. 318, in *Arch. civ.*, 1990, p. 365; la Cass., 27 marzo 1984, n. 2027, in *Mass. Foro it.*, 1984; la Cass., 15 gennaio 1980, n. 369, in *Foro pad.*, 1981, I, c. 329, con nota di BESSONE, *La ratio legis dell'art. 2048 c.c. e la responsabilità civile degli insegnanti per il fatto illecito dei minori*; la Cass., 10 febbraio 1981, n. 826, in *Mass. Foro it.*, 1981.

⁽⁵⁾ L'ho dimostrato in FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988.

⁽⁶⁾ TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

prospettive, e il pensiero va immediatamente a Marco Comporti ⁽⁷⁾, ma soprattutto a Guido Calabresi per uno scritto di nove anni successivo ⁽⁸⁾, e a tutti i volumi di Guido Alpa e di Mario Bessone, pubblicati per i tipi della Giuffrè dagli anni settanta in poi e per i tipi della Utet successivamente ⁽⁹⁾.

Il cambiamento culturale non è dipeso dall'intervento della legislazione speciale, ad es. dal d.p.r. sulla responsabilità del produttore, il processo era già incominciato ben prima.

In sostanza è occorso che comparisse sulla scena una nuova generazione di giuristi, diversi da quella dei codificatori e da quella di chi lo ha applicato il codice negli anni '50 del secolo scorso. Sul fronte giurisprudenziale sono occorse numerose generazioni di magistrati, in successione fra loro, prima di giungere alla conclusione anticipata da Stefano Rodotà nel 1964 ⁽¹⁰⁾, di cui daremo conto nel § seg., seppure per altri fini.

5. Il danno ingiusto nella Rel. al c.c. e successivamente.

Nonostante la *culpa* e la *iniuria* abbiano sempre contraddistinto la struttura del fatto illecito, la comparsa del sintagma «danno ingiusto» nell'art. 2043 c.c. è stato sostanzialmente ignorato nei decenni successivi. Quasi nessun interprete ha inteso leggere una innovazione in quella previsione normativa che mancava nei precedenti codici, naturalmente anche nel *Code Napoléon*. Taluno l'ha inteso come un fastidio, qualche altro come un aggettivo accostato al sostantivo sbagliato, dal momento che il *fatto* avrebbe dovuto essere *ingiusto*, oltre che *illecito*, il danno potendo essere soltanto una perdita, come tale né giusta, né ingiusta ⁽¹¹⁾.

La lettura che è seguita della clausola generale dell'ingiustizia del danno non è stata soltanto una scelta tecnica, che ha comportato nella sostanza il passaggio da una logica di tipicità dell'illecito aquiliano (i soli diritti soggettivi assoluti) ad una di atipicità (tutti gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico). Ha significato spostare definitivamente l'attenzione dall'autore del fatto, quindi dalla condotta colposa, come nel sistema penale, alla

⁽⁷⁾ COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, stampato nel 1964.

⁽⁸⁾ CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, con presentazione di RODOTÀ, Milano, 1975. L'edizione originale era del 1970, ora è stato ristampato con presentazione di AL MUREDEN, Milano, 2015.

⁽⁹⁾ Cito solo *La responsabilità civile*, di Guido Alpa, Mario Bessone, Milano, la cui ult. ed. è del 2001, la prime sono degli anni ottanta; *La responsabilità civile - Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da Alpa Guido Bessone Mario, Torino, 1987 - 1997, volumi 5 in 6 tomi, più due volumi di aggiornamento negli anni 1988-96.

⁽¹⁰⁾ Si tratta di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, che ha avuto una ristampa qualche anno dopo.

⁽¹¹⁾ FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954.

vittima che subisce la lesione, quindi al danno ingiusto.

Per di più ha voluto dire che il fatto illecito è diventato uno strumento di portata generale, poiché protegge tutti gli interessi, purché meritevoli di tutela. Può proteggere anche una parte contrattuale nei confronti di un terzo che abbia compromesso la realizzazione della sua pretesa, senza doversi misurare con gli sbarramenti dati dal rigore della responsabilità contrattuale vs responsabilità extracontrattuale. In altri termini il fatto illecito è diventato uno strumento di controllo delle attività umane, e consente di accedere al risarcimento del danno fuori dell'applicazione dei rimedi contrattuali: si pensi agli illeciti per induzione all'inadempimento, per concorso all'inadempimento, per rilascio di informazioni errate, passando per la lesione del credito e anche dell'aspettativa di credito.

La clausola generale è stata anche impiegata per risarcire il danno ad un cittadino italiano leso dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria il cui recepimento gli avrebbe consentito di ottenere un vantaggio. L'omessa legislazione da parte dello Stato membro, oltre ad essere rilevante per il diritto pubblico comunitario esponendolo ad una sanzione verso l'Unione europea, è qualificabile come danno ingiusto per il cittadino di quello Stato e legittima la vittima a chiedere il risarcimento del danno ⁽¹²⁾.

Per superare la tradizionale visione, sostanzialmente abrogativa di una parte dell'art. 2043 c.c., si è resa necessaria una nuova generazione di giuristi, penso in modo particolare a Rodolfo Sacco ⁽¹³⁾ e a Piero Schlesinger ⁽¹⁴⁾, per giungere a Stefano Rodotà che, nel 1964, rilegge il danno ingiusto introducendo l'argomento costituzionale per costruire il precetto della norma e naturalmente, *last but not least*, a Francesco Donato Busnelli ⁽¹⁵⁾. È occorso un lungo cammino per affermare che il danno ingiusto è una clausola generale. La giurisprudenza ha dovuto passare numerose generazioni di magistrati, prima di giungere alla conclusione, anticipata da Stefano Rodotà nel 1964, che ha visto la definitiva consacrazione dello stesso concetto di clausole generale, applicato anche alla responsabilità civile, con le note sentenze n. 500 e n. 501 del 1999 ⁽¹⁶⁾.

6. Dalla colpa alla colpa professionale.

⁽¹²⁾ Mi sono occupato di queste vicende anche in FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna, 2020, sub art. 2043, Sez. V, fino a XI.

⁽¹³⁾ SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 1420 ss.

⁽¹⁴⁾ SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336.

⁽¹⁵⁾ BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

⁽¹⁶⁾ Senza dilungarmi troppo: Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 e n. 501, pubblicate e annotate su tutte le principali riviste, fra le quali *Foro it.*, 1999, I, c. 2487, sulla quale anche FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 1025 ss.

Leggiamo ancora nel n. 794 che il codificatore ha inteso disciplinare unitariamente la colpa, in ambito contrattuale come in ambito extracontrattuale. Talvolta la colpa è graduata come accade nell'art. 2236 c.c. o nell'art. 1710 c.c., dove la responsabilità è limitata alla colpa grave, nulla è previsto per la responsabilità aquiliana.

Dal 1973, in conseguenza di una sentenza della Corte cost., è iniziato un processo di costruzione della colpa professionale che ha visto far leva su uno degli elementi della colpa, pur tenendo sullo sfondo la tradizionale lettura dell'art. 1176, comma 2°, c.c. ⁽¹⁷⁾. Il ragionamento è stato che l'obbligazione del professionista – la vicenda ha visto il medico come protagonista – si caratterizza per il grado di perizia che connota la sua esecuzione. Sicché ciò che deve essere riguardato, anche agli effetti dell'art. 2236 c.c., è l'imperizia nel commettere l'errore, da un altro punto di vista si può ritenere che la limitazione della responsabilità alla colpa grave è correlata al dovere risolvere un problema di speciale difficoltà, quindi dal dovere prestare un particolare grado di perizia nell'adempimento ⁽¹⁸⁾.

Questa costruzione, cui si deve concedere un buon grado di verità, non è nata nell'ambito della responsabilità contrattuale, ma in sede di applicazione della colpa dell'art. 2043 c.c., alla *malpractice* medica. Pur essendo pacifico che la specialità dell'art. 2236 c.c. non darebbe ingresso all'analogia, tuttavia gli interpreti, la giurisprudenza, hanno costruito la colpa professionale elaborando una regola ricavata da più contesti normativi. Ciò non toglie che il medico può essere imprudente e anche negligente, ma in tal caso risponde secondo regole comuni a qualsiasi altro debitore. Né può trovare un alleggerimento la nota distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, il cui fine è soltanto descrittivo, non detta alcuna regola di responsabilità: non ripartisce, non inverte l'onere della prova e non presume alcunché.

7. La responsabilità civile nel danno alla persona.

Adoperando le parole della Relazione al codice, ma ad altro riguardo, possiamo affermare che «la vera novità» è stata la stagione apertasi con il risarcimento del danno alla persona, che ha portato alla rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c., dunque alla completa riscrittura del danno alla persona ⁽¹⁹⁾. Su questo punto va osservato che siamo molto lontani dal modo in cui il n. 803 della rel. ha descritto l'originario art. 2059 c.c. e il suo collegamento con l'art. 185 c.p. Il codificatore

⁽¹⁷⁾ Cfr. Corte cost., 22 novembre 1973, n. 166.

⁽¹⁸⁾ Ho sviluppato questi temi in modo più ampio in FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2017.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in tutte le principali riviste, fra cui in *Corriere giur.*, 2009, p. 5, con nota di FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; e in *La responsabilità civile*, 2009, numero speciale, spec. § 4.3, della motivazione.

pensava al danno non patrimoniale come ad un esempio di danno punitivo, del resto per ammetterlo era necessario un fatto che costituiva reato o una espressa previsione legale per un fatto che avrebbe potuto essere riprovevole al pari di un reato, quantomeno nella considerazione sociale.

La terza stagione di studi sulla responsabilità civile, così l'ha efficacemente etichettata Francesco Busnelli ⁽²⁰⁾, ha portato a riscrivere completamente l'art. 2059 c.c., al punto da poter attribuirgli una funzione in senso lato compensativa, più propriamente satisfattiva, ma non concettualmente lontanissima da quella del risarcimento del danno patrimoniale. In ultima istanza, in quest'ultima stagione, l'interprete ha spostato l'asticella anche rispetto alla Relazione al codice. Ha sostanzialmente "riformato" l'art. 2059, come qualcuno ha affermato, cadendo in un *lapsus*, al punto che la responsabilità civile ha di nuovo mutato la sua funzione ed è diventata uno strumento di tutela della persona, così come la costituzione intende questo sostantivo.

Questa evoluzione verosimilmente non poteva essere immaginata dal codificatore e neppure dai giuristi che per primi hanno applicato il codice negli anni seguenti all'entrata in vigore. È stata il frutto di un lento processo che ha portato a ripensare gli stessi fondamenti della nostra società, alla quale anche il diritto comune è stato chiamato a dare risposte.

8. L'equità e le tabelle per il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona.

Il codificatore aveva previsto l'importanza della liquidazione equitativa del danno, c'è la previsione generale nell'art. 1226 c.c. e un richiamo, per certi versi problematico, nell'art. 2056, comma 2°, c.c. Non credo che il codificatore potesse immaginare l'impiego che dell'equità si sarebbe fatto nella liquidazione del danno alla persona. Non credo neppure che la dottrina che ha applicato per la prima volta il nuovo codice si sarebbe mai posta il problema di garantire l'uniformità di trattamento nell'impiego del criterio equitativo. L'equità era pensata proprio per garantire l'effettività del diritto al risarcimento del danno nel caso singolo, sostanzialmente inteso come unico o quantomeno inusuale.

L'uniformità del risarcimento è stato l'obiettivo che ha animato un dialogo stretto fra dottrina e giurisprudenza a partire dagli anni '80 del secolo scorso. La liquidazione del danno alla salute della vittima deve essere personalizzato al massimo grado, in omaggio all'idea del risarcimento integrale del danno, questo non può essere effettuato che in applicazione del criterio equitativo, ma questo non può portare a liquidare in modo differente situazioni fra loro omogenee. Oltre che in contrasto con l'art. 3 cost., questa soluzione sarebbe in contrasto con il buon senso.

La soluzione di questo problema avrebbe suggerito l'intervento legislativo, come è accaduto

⁽²⁰⁾ Cfr. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, p. 27 ss.

in altri Paesi dell'Unione europea come la Spagna. Con grande fatica il legislatore ha rincorso questa oggettiva necessità, ma il ritardo maturato di quasi vent'anni non accenna a terminare ⁽²¹⁾. Così siamo ancora in attesa dell'entrata in vigore delle tabelle nazionali per la liquidazione del danno non patrimoniale per le macro lesioni. Ad ogni buon conto, su questo punto, il legislatore non ha voluto riformare il codice civile, ha pensato ad un codice delle assicurazioni, lasciando inalterata, ancorché residuale, la norma comune. Con ciò ha inteso riproporre lo schema logico del rapporto fra genere e specie, sebbene quantitativamente la specie finisca per occupare lo spazio principale.

Il silenzio del legislatore è stato accompagnato dall'attività degli operatori del settore che, riuniti in "Osservatori", hanno elaborato Tabelle, che, da una ventina d'anni a questa parte, continuano ad affinare i dati numerari o percentuali, sulla base delle novità giurisprudenziali e dei risultati della scienza medico legale. La legittimità dell'operato degli osservatori è stata individuata pure nell'art. 47 *quater* r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, «*Ordinamento giudiziario*».

Così, presso alcuni Fori, penso a quello di Milano, di Roma di Venezia, giudici, avvocati, medico legali, professori universitari si sono riuniti in Osservatori ed hanno elaborato Tabelle utili per liquidare il danno non patrimoniale alla persona. Che cosa siano queste Tabelle nel sistema delle fonti del diritto è arduo affermarlo, se si segue la via del diritto positivo in senso stretto. Naturalmente non sono leggi, neppure usi, non seguono le regole delle fonti di produzione del diritto, né L'art. 47 *quater* appena citato può aggiungere qualcosa in più. Tuttavia sono utili strumenti per liquidare in via equitativa il risarcimento del danno non patrimoniale, in modo uniforme, nel rispetto dell'art. 3 cost. ⁽²²⁾.

Le Tabelle per la liquidazione del danno alla persona sono un esempio di ciò che si intende per diritto vivente che, diverso dal diritto vigente per il modo di prodursi, tende a smussare la "durezza" della *lex* o a colmarne le lacune. Sono un diritto condiviso, ottenuto per una via diversa da quella dell'esercizio del potere sovrano, come accade con la legge, oppure dal diritto che proviene dal fatto, come accade per gli usi.

9. Dal fatto fonte di responsabilità civile al fatto fonte di obbligazione da contatto sociale.

⁽²¹⁾ L'art. 138 cod. ass. del 2005, prevede che «con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si [sarebbe dovuto provvedere] alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica».

⁽²²⁾ La lettera con la quale sono divulgate le Tabelle milanesi in tema di liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, così si conclude: «le nuove Tabelle vengono pubblicate sul sito del Tribunale e sono trasmesse al Consiglio superiore della magistratura, rappresentando certamente una buona pratica giudiziaria».

C'è ancora un'altra questione da trattare prima di terminare questo breve *excursus* sugli ottant'anni del codice civile e di avviarmi a concludere. Per alcune categorie di illeciti, a partire dal 1999, la disciplina del fatto illecito è risultato inadeguato, sicché ha incominciato a prendere forma la categoria, di fonte giurisprudenziale, andata sotto il nome del contatto sociale. Determinate situazioni di contatto fra alcune persone particolarmente qualificate come i pazienti e gli ospedali, gli utenti e le banche, gli scolari e gli istituti scolastici e così via ⁽²³⁾, fanno nascere l'aspettativa da parte dei cittadini fruitori di un certo servizio che la qualità sarà di un certo standard. Sicché è proprio quel "contatto" fa nascere l'obbligazione per quel debitore qualificato, secondo lo schema riconducibile all'art. 1173 c.c., parte finale: un altro fatto fonte di obbligazione secondo l'ordinamento giuridico ⁽²⁴⁾.

La ragione è stata duplice, la prima è che qualche volta nel momento in cui l'azione aquiliana veniva proposta l'azione quinquennale era prescritta ⁽²⁵⁾, la seconda è che, in qualche caso, la disciplina applicabile al rapporto era più opportuno che fosse quella del rapporto contrattuale, se avesse potuto esserlo. È proprio quest'ultima la ragione per la quale all'amministratore di fatto di una società di capitali è stata applicato l'art. 2392 c.c., ancorché formalmente quella norma non avrebbe potuto essere invocata, poiché l'amministratore non era un amministratore di diritto ⁽²⁶⁾. È questa la ragione per la quale la colpa professionale del medico non muta in ragione del titolo di responsabilità che lo vedrà responsabile.

Nell'ambito medico, questa figura controversa ⁽²⁷⁾ si è accreditata in un momento in cui il dibattito sui servizi pubblici ha evidenziato che la qualità della prestazione deve prescindere dalla natura pubblica o privata del debitore. Certo il rapporto tra lo Stato erogatore e il cittadino fruitore non è governato dal contratto, secondo la nostra tradizione giuridica: chi entra in ospedale, chi frequenta le scuole pubbliche non contratta alcunché. Tuttavia del danno cagionato al paziente dal medico o dalla struttura ospedaliera, del danno cagionato allo studente dalla negligenza di un insegnante di scuola è difficile ravvisare quella casualità dell'incontro fra responsabile e vittima che

⁽²³⁾ Mi sono occupato di questa figura in FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 1693 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 539 ss.; e naturalmente CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, spec. p. 443 ss. Gli autori affrontano il tema da una prospettiva molto differente.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Corriere giur.*, 1999, p. 1396, con nota di PERRONE, *Un revirement della cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto*.

⁽²⁷⁾ Cfr. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss, preziosa l'indagine dei precedenti tedeschi dove è nata l'espressione "contatto sociale".

caratterizza la normalità dell'illecito aquiliano.

La legge Gelli e Bianco ha parzialmente rivisto questa impostazione ed ha previsto che soltanto la struttura ospedaliera risponde per contatto e non invece il medico. Segnalo questa vicenda, quasi nella logica dell'appendice, per ricordare come in un certo momento storico, molto diverso da quello in cui il codice è stato approvato, la tutela della persona umana ha assunto un carattere tale da richiedere una sorta di allargamento degli strumenti giuridici per favorire la sua protezione.

Si può riassumere questo processo con il titolo di una possibile relazione per un futuro convegno: "la miglior tutela della persona con la più efficace disciplina".

10. La responsabilità civile del III millennio.

L'impressione che si riceve ripercorrendo la vicenda della responsabilità civile dal '42 ad oggi è di una storia molto ricca di contributi e molto vitale nell'*enforcement*. È un racconto che non ha visto il legislatore come protagonista, anche se il legislatore, specie quello di fonte comunitaria, ha legiferato, così come ha legiferato il Parlamento italiano quando ha recepito i trattati internazionali⁽²⁸⁾. Il legislatore, quando è intervenuto, come nel caso della definizione del danno biologico, della predisposizione delle tabelle per le micropermanenti, lo ha fatto con discrezione, sempre sulla scia di soluzioni che il diritto vivente aveva già anticipato, quindi in chiave di conferma. Probabilmente un po' diversa è stata il d.p.r. di recepimento della direttiva sul danno da prodotti, non per l'impatto precettivo che in concreto ha avuto in quel settore, ma perché ha contribuito autorevolmente a rimuovere in via definitiva il dogma "nessuna responsabilità senza colpa".

L'art. 7, l. 26 aprile 2019, n. 36, ha introdotto due commi all'art. 2044 c.c., più per soddisfare le esigenze della partitocrazia che quelle del diritto. Paradossalmente la modifica economicamente più rilevante è stata portata dalla sentenza della corte cost. del 1972⁽²⁹⁾, la quale ha deciso che la presunzione di eguale concorso dei conducenti nella produzione del danno subito dai singoli veicoli (art. 2054, comma 2°, c.c.) opera anche nell'ipotesi in cui uno dei veicoli coinvolti nello scontro non abbia subito danni patrimoniali.

Il breve racconto appena terminato sulle vicende della responsabilità civile ci ha mostrato un

⁽²⁸⁾ Penso alla l. 31 dicembre 1962, n. 1860, alla l. 12 febbraio 1974, n. 109, che ratifica le convenzioni internazionali di Parigi (29 luglio 1960) e di Bruxelles (31 gennaio 1963), e del d.p.r. 10 maggio 1975, n. 519, e ora del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 230, tutte in tema di responsabilità per l'impiego pacifico dell'energia nucleare; penso alla l. 25 gennaio 1983, n. 23, ha dato attuazione alla convenzione sulla responsabilità internazionale per i danni causati dalla caduta di oggetti spaziali, firmata a Londra, Mosca e Washington, il 29 marzo 1972.

⁽²⁹⁾ Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 205, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 708.

quadro profondamente cambiato rispetto al tempo in cui il codice civile è entrato in vigore, sebbene questo cambiamento sia avvenuto in costanza del diritto oggettivo. Si è verificato che lo stesso testo normativo è stato portatore di un mutamento del diritto, talvolta molto significativo, nei diversi momenti storici. Il risultato ultimo è che, alla prova dei fatti, il testo originario ha dato prova di grande resilienza, come si usa dire nel linguaggio corrente, e non pare che vi sia la necessità di particolari interventi correttivi o di modifica. Tutto ciò anche alla luce delle scelte che in precedenza il legislatore ha fatto; penso alle norme che sono confluite nel codice del consumo, con riguardo alla responsabilità del produttore; alle norme che sono confluite nel codice delle assicurazioni, con riguardo alle norme che disciplinano il risarcimento del danno alla persona da incidente stradale, norma estesa anche ai danni da malpractice medica ⁽³⁰⁾; alle svariate norme che hanno esteso il danno non patrimoniale anche ad ipotesi diverse dall'art. 185 c.p.; a quelle norme che hanno introdotto figure di vero e proprio danno punitivo ⁽³¹⁾.

Certo alcune parole sono dure e dal sapore antico come i “padroni” dell'art. 2049 c.c.; chi oggi, al posto di Ugo Ogetti, rileggesse il codice civile, probabilmente preferirebbe un'altra espressione. Tuttavia l'impianto generale, la scelta di porre all'inizio la regola generale nell'art. 2043 c.c., di conservare la colpa quale criterio generale di imputazione della responsabilità conservano un immutato valore sistematico. Lo stesso vale per l'impiego polisemico del sostantivo danno, diviso fra lesione dell'interesse (danno ingiusto), nocumento patrimoniale, perdita non patrimoniale (art. 2059 c.c.) e persino sanzione civile indiretta (danno punitivo), al quale da tempo ci si è abituati, non merita integrazioni o correzioni.

La tenuta del testo attuale probabilmente è in grado di reggere anche lo tsunami prodotto dalla stagione in atto che vede la digitalizzazione e l'impiego dell'intelligenza artificiale come il modo di essere della nostra società. Si dovranno riscrivere tutte le norme, quantomeno per l'ipotesi in cui i conflitti riguardino questo settore della vita delle persone, oppure potremo applicare le stesse norme, pur con qualche adattamento? Si dovrà costruire un sistema alternativo a quello comune, imitando così il fenomeno antico che ha visto nascere la *lex mercatoria*, il diritto dei consumatori, oppure potremo immaginare uno sviluppo simile a quello che ha visto nascere la colpa professionale?

Pur con qualche correttivo, propenderei per la seconda soluzione. Il mondo digitale non è affatto simile al mondo reale, peraltro un aeroplano non vola come un uccello, ma vola; una

⁽³⁰⁾ Si tratta di norme che, in via equitativa (art. 2056 c.c.), hanno finito per trovare applicazione anche a casi non espressamente previsti dalla legge.

⁽³¹⁾ Di queste ultime due figure, mi sono occupato in FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca*, cit., sub art. 2059, Sez. III.

lavastoviglie non lava le posate come una persona, ma le lava e altrettanto bene ⁽³²⁾. Senonché il mondo digitale non ha cambiato la persona al punto da renderla diversa, certo cambiano i rapporti tra le persone, quando sono intermediati da un algoritmo (*rectius* da un *agency*) e talvolta si moltiplicano per la persona, come accade con l'identità digitale. Certo per poter firmare digitalmente un atto occorre che una legge riconosca l'efficacia di quella firma così da poterla equiparare alla firma autografa, per poter certificare digitalmente la conformità di un atto giudiziale alla sua copia, occorre che una legge autorizzi l'avvocato a farlo, ma queste mi paiono questioni di dettaglio.

Tutto questo ci porta a dover riconoscere che i nuovi conflitti generati dall'impiego del digitale e dell'intelligenza artificiale sono sempre meno risolvibili in chiave di quella colpa che per secoli ha individuato nella volontà consapevole e intelligente la quintessenza della persona. Il digitale e l'intelligenza artificiale non sono manifestazioni di intelligenza alternative a quella umana, sono soltanto espressione di una grande capacità di fare le cose, nella quale spesso è compreso anche il potere di prendere decisioni. Con altro linguaggio c'è chi ha spiegato che, per la prima volta nella storia dell'umanità, l'intelligenza si è separata dalla capacità di fare le cose ⁽³³⁾.

Un'auto capace di guidare senza il conducente ha un algoritmo che prende le decisioni che impediranno di impegnare un incrocio con il semaforo rosso o di superare un limite di velocità, poiché così è stato programmato e, con altro linguaggio, "formato". Qualora si verifichi un incidente, potrà la colpa essere utile per dirimere il conflitto nato da quello scontro? Probabilmente sarà più utile ragionare secondo l'antico adagio *cuius commoda eius et incommoda*, come del resto già il codificatore aveva pensato introducendo gli artt. 2050 e 2054 c.c. Può darsi che, una volta soddisfatto il danneggiato, più soggetti possano essere riamati a rispondere in via di regresso o di rivalsa: il programmatore, chi ha "allenato" l'algoritmo costituendo una banca dati o consentendogli di operare con dati ibridi o con dati sintetici. Sono tutte vicende che possono trovare un'adeguata soluzione nell'art. 2055 c.c. e forse in qualche norma del codice del consumo nel quale sono confluite le norme della direttiva sul danno da prodotti difettosi.

Certo per consentire ad un'auto di circolare senza la guida del conducente occorrerà che una legge la omologhi e con ciò le riconosca questa proprietà, ma, come si suol dire, questa è un'altra storia rispetto alle regole della responsabilità civile.

⁽³²⁾ Sono gli esempi più efficaci che si trovano in letteratura sui quali FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale - Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, p. 43 ss.

⁽³³⁾ Cfr. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale - Sviluppi, opportunità, sfide*, cit., spec. cap. II.